



## فهرست مطالب

- تلف حکمی مال مغضوب فروخته شده به خریدار با حسن نیت در ترازوی نقد فقهی (نقد طرح اصلاح ماده ۳۲۳ قانون مدنی) / عاطفه آجری آیسک و صدیقه محمدحسینی ..... ۳
- تأثیر فسخ قرارداد مشارکت در ساخت بر قراردادهای پیش فروش از منظر فقهی - حقوقی و قانون پیش فروش ساختمان / قاسم اسلامی نیا و کیان فولادی و حمیدرضا پرهام مهر ..... ۲۷
- رویکردهای تفسیر قرارداد: بافت گرای و متن گرای، با تأکید بر قصد طرفین محسن اکبری و امیرعباس بزرگمهر و محمود حبیبی ..... ۵۳
- تأملی در شرطیت انحصار ملکیت به دو نفر در اثبات حق شفعه از منظر فقه امامیه و مذاهب اهل سنت عبدالله بهمن پوری و ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی و سیدصدرالله صمدی و فاطمه قدرتی ..... ۹۵
- بررسی فقهی - حقوقی نظریه ارزش زمانی پول و گستره کاربرد آن محمدتقی تولمی و محمد نوذری فردوسی و محمدرضا خلیل زاده ..... ۱۲۵
- واکاوی شرط عدم استیلا در نکاح از جهت مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه (مطالعه تطبیقی در حقوق انگلستان و آمریکا) / علی جعفری و فاطمه شعبانی ..... ۱۵۱
- وضعیت و تبعات حقوقی کاشت ریزتراشه با تأکید بر مسئولیت مدنی نرگس دهقان و رضاحسین گندمکار و محمد مهدی عزیزالهی ..... ۱۸۱
- انحلال قرارداد به واسطه ناممکن شدن اجرای تعهدات ناشی از قرارداد به نحو غیر قابل انتساب به متعهد محمدعبدالصالح شاهنوش فروشانی ..... ۲۰۵
- طرفین حواله و لزوم رضایت محال علیه؛ تمهید نظریه عمومی انتقال دین و طلب در فقه امامیه با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه / سیدحسین صفائی و محمدهادی جواهرکلام ..... ۲۳۱
- غیر قابل استناد بودن معاملات به قصد فرار از دین در حقوق ایران با نگاهی به حقوق به فرانسه؛ و نگرشی بر رأی وحدت رویه ۷۷۴ مورخ ۱۳۹۸/۰۱/۲۰ / مجید عزیزبانی ..... ۲۶۷
- تحلیل فقهی وضعیت تملک موصی به در اثر قتل موصی توسط موصی له حمید مسجدسرائی و حسن پورلطف اله و رضا الهامی ..... ۲۹۱
- توزیع مسئولیت مدنی بر اساس میزان تقصیر در تعدد اسباب عرضی از منظر فقه اهل بیت (علیهم السلام) سیدحسن وحدتی شبیری و سیدباقر محمدی ..... ۳۱۹
- چکیده های انگلیسی / محمدحسین گلپاری ..... ۳۶۰

## راهنمای تدوین مقالات

- مقاله باید علمی - پژوهشی، مستند و دارای نوآوری باشد.
  - مقاله باید بین ۶۰۰۰ تا ۹۰۰۰ کلمه باشد (تعداد کلمات مقاله در واژه‌پرداز word قابل مشاهده است).
  - تیترهای اصلی با شماره‌های ۱، ۲، ۳ و ... و زیرمجموعه آن‌ها با ۱-۱، ۲-۱، ...، ۱-۲، ۲-۲، ... مشخص شود.
  - چکیده مقاله که آئینه تمام‌نما و فشرده بحث است، به زبان‌های فارسی و انگلیسی، حداکثر در ده سطر ضمیمه شود و واژگان کلیدی مقاله (سه تا هفت واژه) به دنبال هر چکیده بیاید.
  - ارجاعات فارسی [Latin در متن مقاله به صورت (نام خانوادگی، سال انتشار: جلد / صفحه)] (Surname, Pub\_Date: Vol/Page) نوشته شود.
  - اگر ارجاع بعدی بلافاصله به همان مأخذ باشد، از (همان) (Ibid.) یا (همان: جلد / صفحه) (Ibid.: Vol/Page) و اگر به مأخذ دیگری از همان نویسنده باشد، (همو، سال انتشار: جلد / صفحه) (Id., Pub\_Date: Vol/Page) استفاده شود.
  - ترتیب منابع:
  - کتاب: نام خانوادگی، نام (نویسنده / نویسندگان)، نام کتاب، نام مترجم، محقق یا مصحح، نوبت چاپ (در صورتی که چاپ نخست باشد، نیاز نیست)، محل نشر، نام ناشر، تاریخ انتشار.
  - مقاله: نام خانوادگی، نام (نویسنده / نویسندگان)، «عنوان مقاله داخل گیومه»، نام نشریه، دوره / سال، شماره جلد، تاریخ انتشار.
  - نام کامل نویسنده، رتبه دانشگاهی یا عنوان علمی و نام مؤسسه متبوع وی به دو زبان فارسی و انگلیسی قید شود و همراه با نشانی پستی، شماره تلفن و نشانی الکترونیکی ارسال گردد.
  - مجله در ویرایش مقاله آزاد است.
  - ارسال و دریافت مقاله صرفاً از طریق سامانه مدیریت نشریات به نشانی <<https://journals.razavi.ac.ir>> انجام می‌گیرد.
  - ارتباط با مجله از طریق رایانامه <[razaviunmag@gmail.com](mailto:razaviunmag@gmail.com)> امکان‌پذیر است.
- ### اصول اخلاقی مجله
- فهرست نام نویسندگان نشان‌دهنده همکاری آن‌ها در تدوین مقاله است و لذا تعیین نام مسئول مقاله و نیز رعایت عدم وجود اسامی غیر مرتبط ضروری است.
  - نویسنده مسئول فردی است که در تهیه، آماده‌سازی و ... مقاله، سهم عمده را بر عهده دارد و نیز مسئولیت هر گونه ایراد قانونی و رعایت ضوابط بر عهده وی می‌باشد.
- ### حقوق نویسندگان و داوران
- اطلاعات شخصی نویسندگان برای عوامل اجرایی و اعضای تحریریه مجله محرمانه بوده و از آن محافظت می‌شود.
  - داوری مقالات توسط داوران، بدون اطلاع از نام نویسندگان انجام می‌گردد.
  - نام داوران مقاله، محفوظ است و به هیچ عنوان در اختیار نویسندگان قرار داده نمی‌شود.
- ### قانون کپی‌رایت
- مقالات ارسالی نباید کپی‌برداری از آثار چاپ‌شده یا ترجمه آثار باشد و قبلاً در نشریه دیگری چاپ شده یا برای نشریه دیگر به طور همزمان ارسال شده باشد.
  - در صورت تخلف نویسندگان، مطابق با ماده ۳ از فصل دوم قانون حمایت از حقوق پدیدآورنده (تأیید شده در وزارت علوم، تحقیقات و فناوری) رفتار خواهد شد.
  - همپوشانی مقالات چاپ‌شده نویسنده یا نویسندگان تا ۱۰ درصد قابل قبول است و بیشتر از آن شامل قانون کپی‌رایت می‌گردد.

# تلف حکمی مال مغضوب فروخته شده به خریدار با حسن نیت در ترازوی نقد فقهی (نقد طرح اصلاح ماده ۳۲۳ قانون مدنی)\*

- عاطفه آجری آیسک<sup>۱</sup>
- صدیقه محمدحسینی<sup>۲</sup>

## چکیده

در فقه امامیه، غاصب مکلف به استرداد عین مال مغضوب است، مگر در صورت تلف (اعم از حقیقی و حکمی) عین مغضوبه. بر این مبنا، ماده ۳۲۳ ق.م. خریدار مال مغضوب را در حکم غاصب دانسته که مالک می‌تواند برای استرداد عین به او رجوع نماید. لیکن در راستای صیانت از اعتبار سند رسمی و حفظ حقوق خریدار با حسن نیت، طرحی مبتنی بر اصلاح ماده فوق، تقدیم مجلس گردیده که طبق آن، مال مغضوبی که از طریق تنظیم سند رسمی انتقال یافته و مشتری نسبت به مغضوبه بودن آن جاهل است، در حکم تلف گرفته شده و مالک صرفاً مستحق قیمت آن می‌باشد که جهت دریافت آن فقط می‌تواند به «بایع غاصب» مراجعه نماید. طرح مزبور از لحاظ مبانی فقهی قابل مناقشه است

\* تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۷/۰۸ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۵/۰۹.

۱. استادیار گروه حقوق دانشکده ادبیات و علوم انسانی دانشگاه بیرجند (نویسنده مسئول)  
(ajori@birjand.ac.ir)

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی (mohamadhasani600@yahoo.com).

که در مقاله حاضر با روش توصیفی - تحلیلی و با استفاده از منابع اصیل فقهی مورد بررسی قرار می‌گیرد؛ زیرا ملاک تحقق تلف حکمی، حدوث مانع عقلی یا شرعی در استرداد عین موجود است. «خروج از مالیت»، «تعدُر»، «ضرر بدنی»، «تلف مال محترم» و «تلف مال غاصب خصوصاً در فرض تلف و تخریب اموال معتابه وی»، از موانع شرعی و عقلی استرداد عین مغضوب محسوب و موجب تحقق عنوان تلف حکمی می‌گردد؛ اما صرف «تصرفات ناقله» به دلیل عدوانی بودن ید غاصب، موجب تحقق مانع شرعی و در نتیجه عنوان تلف حکمی در مورد عین مغضوب نمی‌شود. به علاوه در فرض تلف حکمی عین مغضوب، مشتری اعم از جاهل یا عالم در کنار بایع غاصب، ضامن مثل یا قیمت مال مغضوب می‌باشد و صرف جهل، رافع مسئولیت وی نخواهد بود.

**واژگان کلیدی:** غصب، مال مغضوب، استرداد عین، تلف حکمی، تصرفات ناقله.

## ۱. مقدمه

به اجماع فقهای امامیه، تا زمانی که عین مال مغضوب موجود است، باید عین همان مال به مالک مسترد گردد. در اثبات این مطلب، به روایاتی مانند نبوی «علی الید ما أخذت حتی تؤدی» یا «إِنَّ الْعَصَبَ كُلَّهُ مَرْدُودٌ» و عدم ازاله مالکیت مالک در اثر استیلاي غاصب استناد شده است (نجفی، ۱۴۰۴: ۷۵/۳۷؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۱۲/۱۷۵). بر همین اساس، ماده ۳۱۱ ق.م. غاصب را ملزم به رد عین مغضوب در صورتی که باقی باشد، و ملزم به رد مثل یا قیمت در صورتی که تلف شده باشد، دانسته است. سپس ماده ۳۲۳ ق.م. خریدار مال مغضوب را نیز در حکم غاصب دانسته و مقرر می‌دارد:

«اگر کسی ملک مغضوب را از غاصب بخرد، آن کس نیز ضامن است و مالک می‌تواند بر طبق مقررات مواد فوق به هر یک از بایع و مشتری رجوع کرده، عین و در صورت تلف شدن آن، مثل یا قیمت مال و همچنین منافع آن را در هر حال مطالبه نماید».

این ماده به تبعیت از نظر مشهور فقهای امامیه، بین حالت علم و جهل مشتری قائل به تفکیک نشده است. همچنین چگونگی و طریقه انتقال مال مغضوب به مشتری موضوعیت ندارد. لذا خواه انتقال گیرنده مال مغضوب، عالم به غصب باشد، خواه جاهل،

و خواه انتقال مال مغضوب از طریق تنظیم سند رسمی صورت گرفته باشد یا از طریق سند عادی، در حکم ماده تأثیری نداشته و در هر صورت تا زمانی که عین مال مغضوب موجود باشد، مالک حق دارد جهت استرداد عین مغضوبه مراجعه نماید. در صورت تلف عین نیز مالک می‌تواند مثل یا قیمت مال مغضوب را از بایع یا مشتری مطالبه کند.

لیکن در راستای صیانت از اعتبار سند رسمی و حفظ حقوق خریدار با حسن نیت، طرحی مبنی بر اصلاح مواد ۳۲۳ و ۳۲۵ قانون مدنی، توسط ۴۹ نفر از نمایندگان مجلس دهم، تقدیم مجلس شورای اسلامی گردید.<sup>۱</sup> این طرح دارای دو بند به شرح ذیل است:

«۱- یک تبصره به شرح ذیل به ماده ۳۲۳ [قانون مدنی] الحاق می‌گردد:

تبصره: انتقال مال مغضوب از طریق تنظیم سند رسمی، در حکم تلف است و مالک تنها می‌تواند به انتقال‌دهنده رجوع نماید؛ مگر آنکه انتقال‌گیرنده، عالم به غصب باشد که در این صورت وفق مقررات عمل می‌شود.

۲- عبارت «در غیر فرض قسمت اول تبصره ماده ۳۲۳» به ابتدای ماده ۳۲۵ [قانون مدنی] الحاق می‌گردد».

همان طور که ملاحظه می‌شود، تبصره پیشنهادی ضمن بیان یک حکم جدید، در مقام تخصیص اطلاق ماده ۳۲۳ قانون مدنی برآمده است. طبق تبصره پیشنهادی، اگر اولاً مال مغضوب از طریق «تنظیم سند رسمی» به مشتری انتقال یافته باشد و ثانیاً مشتری جاهل به مغضوب بودن مورد معامله باشد، در این صورت مال مغضوب علی‌رغم آنکه موجود بوده و تلف نشده، در حکم تلف گرفته خواهد شد. لذا مالک نسبت به عین مال مغضوب حقی نداشته و صرفاً استحقاق مثل یا قیمت آن را خواهد داشت. در این صورت نیز مالک جهت استرداد مثل یا قیمت صرفاً می‌تواند به بایع غاصب مراجعه کند و حق رجوع به مشتری جاهل را نخواهد داشت.

گذشته از تمام مناقشات قابل طرح در مورد شیوه نگارش این تبصره، با توجه به مخالفت حکم مقرر در تبصره پیشنهادی با نظر مشهور فقها، این پرسش مطرح می‌شود که مبنای فقهی در حکم تلف گرفتن مال مغضوب فروخته‌شده از طریق تنظیم سند رسمی به خریدار جاهل چیست؟ آیا اساساً این حکم با مبانی متقن فقهی مطابقت دارد؟

۱. پایگاه ملی اطلاع‌رسانی قوانین و مقررات کشور: <<https://dotic.ir/news/2929>>.

به منظور پاسخ به پرسش مذکور، ضروری است به این مسئله پردازیم که از منظر فقه امامیه، تلف حکمی در چه مواردی محقق می‌شود و فقهای امامیه تحت چه شرایطی، قائل به تلف حکمی شده‌اند؟ آیا از نظر فقهی، تصرفات ناقله از عناوین موجب تحقق تلف حکمی محسوب می‌شود؟ در صورت مثبت بودن پاسخ این پرسش، آیا می‌توان این حکم را در مورد مال مغضوب جاری دانست، به گونه‌ای که در صورت انتقال مال مغضوب بتوان آن را تلف شده فرض نمود؟

در راستای پاسخ به مسائل فوق‌الذکر، در قالب روش توصیفی - تحلیلی، نخست ادله و مستندات بیان خواهد شد که در توجیه طرح پیشنهادی قابل طرح است. سپس با استفاده از منابع معتبر فقهی، ضمن احصای عناوین موجب تحقق عنوان تلف حکمی در فقه امامیه، بدین پرسش پاسخ داده می‌شود که آیا «تصرفات ناقله» از عناوین موجب تحقق تلف حکمی محسوب می‌شود؟ در ادامه بررسی می‌شود که آیا بر اساس ادله اجتهادی و فقهی در صورت انتقال مال مغضوب، می‌توان آن را تلف شده فرض نمود؟ و در پایان نیز موضع قانون‌گذار نسبت به حکم مقرر در طرح مورد بحث بیان خواهد شد.

## ۲. ادله و مستندات توجیهی طرح اصلاح ماده ۳۲۳ ق.م.

### ۲-۱. صیانت از اعتبار سند رسمی و حمایت از حقوق مالکیت

در راستای توجیه طرح پیشنهادی مزبور، پس از استناد به بندهای ۶۶ و ۶۷ قانون سیاست‌های کلی برنامه ششم توسعه و بندهای ۱۳، ۲۱ و ۳۶ قانون سیاست‌های کلی نظام در دوره چشم‌انداز چنین ابراز شده است که «علی‌رغم مواد فوق‌الذکر، بسیاری از اموال که از طریق تنظیم سند رسمی مورد انتقال قرار گرفته‌اند، بعد از چندین سال به‌عنوان اینکه مالک، فرد دیگری بوده است و مال مورد انتقال غصبی است، منجر به ابطال سند مالکیت و مسترد شدن مال به مالک اولیه می‌گردد. حال آنکه این امر اعتماد مردم به سند رسمی را به‌عنوان یکی از مهم‌ترین نماد اقتدار قانون متزلزل ساخته و نیز سبب کاهش شدید رتبه ایران در سطح جهانی در خصوص حمایت از مالکیت می‌گردد. افزایش امنیت قضایی و حقوقی مردم و اعتماد به اسناد رسمی به‌عنوان نمادی از اقتدار

حاکمیت از طریق لزوم توجه به شاخص مالکیت به عنوان یکی از عناصر مهم در توسعه سرمایه‌گذاری، لزوم ایجاد اعتماد مردم به اسناد رسمی و لزوم حمایت از نظم عمومی، موجب تقدیم طرح مزبور به مجلس شورای اسلامی شده است.»

اگرچه شیوه نگارش ادله توجیهی طرح مزبور تا حدود زیادی مبهم و نارساست، اما به طور کلی می‌توان دو دلیل عمده را به عنوان مبنای طرح پیشنهادی بیان نمود: نخست، تحکیم جایگاه سند رسمی به عنوان یکی از مهم‌ترین نمادهای اقتدار قانون و حاکمیت و دوم، حمایت از حقوق مالکیت. طرح مزبور در صدد است با حفظ حقوق خریدار و صیانت از اعتبار سند رسمی، علاوه بر افزایش امنیت قضایی و حقوقی در سطح جامعه، از فعالیت‌های اقتصادی و سرمایه‌گذاری‌های داخلی و خارجی نیز حمایت نماید.

## ۲-۲. همسویی با نظام‌های پیشرفته حقوقی در حمایت از خریدار با

### حسن‌نیت

برخی از نظام‌های حقوقی مانند نظام حقوقی آلمان (ماده ۹۳۲ قانون مدنی آلمان) و فرانسه (ماده ۲۲۸۰ قانون مدنی فرانسه)، بین مشتری عالم و جاهل به غضب قائل به تفکیک شده و با شرایطی خریدار با حسن‌نیت را به عنوان مالک به رسمیت می‌شناسند. لذا در توجیه طرح پیشنهادی می‌توان به همسویی آن با نظام‌های حقوقی آلمان و فرانسه در حمایت از خریدار با حسن‌نیت استناد نمود. در وضعیت فعلی حقوق ایران، اگرچه خریدار جاهل می‌تواند مبتنی بر قاعده غرور و بر اساس ماده ۳۲۵ ق.م. جهت دریافت ثمن و سایر خسارات به بایع غاصب مراجعه کند، اما حدود خسارات قابل پرداخت در قانون مدنی تعیین نشده است. لذا رویه قضایی در این زمینه متشتت بوده و غالباً از صدور رأی مبنی بر جبران کامل خسارات وارده به مشتری امتناع می‌نمایند.

مسئله فوق در بحث جبران خسارات وارده بر مشتری در فرض مستحق‌الغیر درآمدن مبیع نیز که ارتباط تنگاتنگی با بحث حاضر دارد، مطرح بوده است؛ به گونه‌ای که صدور رأی متهاافت در خصوص دامنه خسارات قابل جبران در این فرض، سبب صدور رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳-۷/۱۵-۱۳۹۳ شد. طبق این رأی، اطلاق عنوان «غرامات» در ماده ۳۹۱ قانون مدنی علاوه بر هزینه‌های متعارف قرارداد، شامل کاهش ارزش ثمن

نیز بوده و در صورت جهل مشتری به وجود فساد، بایع قانوناً ملزم به جبران آن خواهد بود. اما آنچه در این رأی به طور نقدبرانگیزی مغفول مانده بود، توجه به قابلیت مطالبه خسارت ناشی از افزایش قیمت مبیع است. کاهش ارزش ثمن که قبل از این رأی هم مطابق ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی و با توجه به تغییر شاخص سالانه که توسط بانک مرکزی اعلام می‌گردد، قابلیت مطالبه داشت و این رأی از این نظر، فاقد نوآوری بود. آنچه مورد غفلت واقع شده، این بود که خریدار با حسن نیت از خسارت ناشی از افزایش قیمت ملک (که امروزه به طور جدی مشهود است)، محروم می‌شد. مبتنی بر مطالب فوق، از منظر طرفداران طرح مزبور در راستای حمایت از خریدار با حسن نیت و جبران ضرر وی (خسارت ناشی از کاهش ارزش ثمن و افزایش قیمت ملک)، بایسته است که حکم به تلف حکمی مال مغضوب نمود؛ به نحوی که مشتری جاهل، مکلف به استرداد عین مال مغضوب نباشد و بایع مسئول جبران خسارات مالک باشد.

اما باید توجه داشت که ابهام لفظ «گرامات» در ماده ۳۹۱ ق.م. و خلأ قانونی فوق‌الذکر با صدور رأی وحدت رویه شماره ۸۱۱-۱/۴/۱۴۰۰ که خسارات ناشی از افزایش قیمت مبیع را قابل جبران دانسته، برطرف شده است. با لحاظ این رأی، در راستای حمایت از خریدار با حسن نیت، غاصب باید خسارات ناشی از افزایش قیمت مبیع را برای خریدار جاهل جبران نماید.

## ۳-۲. جلوگیری از افزایش دعاوی متعدد در سیستم قضایی کشور

طبق ماده ۳۲۵ قانون مدنی:

«اگر مشتری جاهل به غصب بوده و مالک به او رجوع نموده باشد، او نیز می‌تواند نسبت به ثمن و خسارات به بایع رجوع کند؛ اگرچه مبیع نزد خود مشتری تلف شده باشد».

این مسئله در فرض تعاقب ایادی و تعدد غاصبان، منجر به تحقق دعاوی متعدد خواهد شد. بر این اساس در توجیه طرح مزبور می‌توان چنین استدلال نمود که اگر مال مغضوب فروخته شده به خریدار جاهل، در حکم تلف گرفته نشود و بدین ترتیب از خریدار با حسن نیت حمایت نشود، این امر سبب افزایش دعاوی در سیستم قضایی خواهد شد. تبعات این مشکل خصوصاً در فرض تعاقب ایادی و وجود ایادی متعدد



که هر یک از خریداران باید برای مطالبه ثمن و خسارات علیه فروشنده خود طرح دعوی کند، بسیار وسیع تر و جدی تر خواهد بود.

## ۲-۴. جلوگیری از ورود ضرر به مشتری با حسن نیت

حکم به استرداد مال مغضوبی که به خریدار با حسن نیت فروخته شده است، علاوه بر تضعیف جایگاه سند رسمی، موجب ورود ضرر مالی به خریدار با حسن نیت می گردد. مستند به فتوای برخی فقها مانند امام خمینی، اگر استرداد عین مغضوب موجب تلف مال غاصب و در نتیجه ورود ضرر مالی معتابه و هنگفت برای غاصب گردد، مال مغضوب در حکم تلف بوده و استرداد آن واجب نخواهد بود؛ بلکه استرداد مثل یا قیمت آن به مالک کافی است (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۹۵/۴؛ محقق داماد، ۱۴۰۶: ۷۹/۱؛ موسوی خمینی، بی تا: ۳۵۸). بنابراین در فرض مذکور در طرح نیز چون استرداد مبیع مغضوب، باعث ورود ضرر به خریدار می شود و خریدار نیز خریدار با حسن نیت است که مال را به موجب سند رسمی خریده است، پس بر مبنای قیاس اولویت باید این فرض را در حکم تلف دانست. به نظر می رسد مبنای حکم فوق، قاعده عدالت و انصاف باشد که در احکام متعددی مورد توجه فقها (نجفی، ۱۴۰۴: ۹۴/۲۳؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۵۳۴/۱؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۴۹۱/۲) قرار گرفته است؛ زیرا حکم به استرداد مال مغضوب به مالک، موجب ورود ضرر مالی به مشتری با حسن نیت خواهد بود. تحمیل این ضرر که با توجه به شرایط تورمی اقتصاد کشور بسیار معتابه می باشد، به خریداری که با حسن نیت کامل اقدام به خرید مالی نموده، حکمی غیر منصفانه و ناعادلانه است.

البته باید بررسی شود که آیا از نظر فقهی، قاعده عدالت و انصاف می تواند با ادله اجتهادی مانند روایات مبنی بر لزوم استرداد مال مغضوب به مالک معارضه نموده و مبنای تلف حکمی مال مغضوب فروخته شده باشد؟ یا اینکه آیا راهکاری میانه جهت جمع بین حق مالک و مشتری با حسن نیت وجود دارد که با اتخاذ آن بتوان بین قاعده عدالت و ادله اجتهادی مبنی بر لزوم استرداد مال مغضوب به مالک جمع نمود؟

اکنون پس از بیان ادله طرح مزبور، نخست باید به مبانی فقهی تلف حکمی پرداخت و آنگاه ضمن ارزیابی ادله طراحان، میزان مطابقت ادله مزبور را با مبانی فقهی محک زد.

### ۳. عناوین موجب تحقق تلف حکمی در فقه امامیه

تبعی جامع در منابع اصیل فقهی نشان می‌دهد که تحقق چهار عنوان مختلف، سبب شده که فقهای امامیه در ابواب مختلف فقهی قائل به تلف حکمی شوند؛ یعنی مالی را که حقیقتاً تلف نشده، تلف شده فرض نموده و احکام مال تلف شده را بر آن بار کنند. این عناوین عبارت‌اند از: «تصرفات ناقله»، «خروج از مالیت»، «امتزاج»، و «تعذر» (شامل تعذر استرداد، تعذر وصول و تعذر انتفاع) که در ادامه مورد بررسی قرار می‌گیرند.

#### ۱-۳. عنوان نخست: تصرفات ناقله

«تصرفات ناقله» از عناوینی است که سبب شده فقهای امامیه در ابواب مختلف فقهی از جمله بیع، نکاح، وکالت، مضاربه و هبه، عین موجود را در حکم تلف بدانند. در ادامه به برخی از اهم این موارد اشاره می‌شود.

#### ۱-۳-۱. بیع

در فروع مختلف از احکام بیع، انتقال مبیع از ملکیت مشتری سبب حکم به تلف حکمی مبیع شده است. در مورد وضعیت خیار غبن در صورت ظهور غبن پس از انتقال مبیع از سوی مشتری، طبق دیدگاه مشهور، جمع بین حق بایع و مشتری اقتضا دارد که بایع حق فسخ، و مشتری حق تصرف در مبیع را داشته باشد. بر این اساس، اگر مبیع به نحو لازم منتقل شده باشد، بایع مغبون صرفاً می‌تواند به مثل یا قیمت مراجعه کند. در حقیقت، انتقال مال سبب شده که مال انتقال یافته در حکم تلف دانسته شود (ابن فهد حلی، ۱۴۰۷: ۳۷۷/۲؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۲۹۵/۴؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۴: ۹۹/۲؛ موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۳۳/۲).

در بحث اقاله نیز خروج عوض از ملکیت به اسبابی مانند بیع یا هبه سبب می‌شود که عوض انتقال یافته در حکم تلف دانسته شود؛ به نحوی که مالک پس از اقاله، مستحق مثل یا قیمت مال خواهد بود (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۵: ۱۹۴؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۵: ۱۱۴/۲؛ فیاض کابلی، بی‌تا: ۲۰۴/۲).

### ۲-۱-۳. نکاح

در صورت طلاق زوجه پس از تسلیم مهریه و قبل از نزدیکی، زوج می‌تواند جهت استرداد نصف مهر به زوجه مراجعه کند. اما اگر مهریه پس از تسلیم، تلف شده باشد، زوج حق دارد نصف مثل یا قیمت نصف مهر تلف شده را از زوجه مطالبه نماید. از نظر مشهور فقهای امامیه، انتقال لازم مهریه (بیع یا هبه لازم) توسط زوجه موجب می‌شود که مهر، تلف شده فرض شده و تابع احکام تلف حقیقی باشد. لذا زوج صرفاً می‌تواند به مثل یا قیمت نصف مهریه مراجعه نماید (جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۲۳۳/۸؛ سبزواری، ۱۴۲۳: ۲۳۰/۲؛ بحرانی آل عصفور، ۱۴۰۵: ۱۴۴/۲۴؛ نجفی کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۲۳۵؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۵۸/۶؛ ترحینی عاملی، ۱۴۲۷: ۴۶۳/۶؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۷: ۱۴۶/۳). در صورت بازگشت مجدد مهریه به ملکیت زوجه، بسیاری از فقها معتقدند که زوج حق مراجعه برای دریافت نصف عین مهر را نخواهد داشت و صرفاً می‌تواند نصف بدل مهریه را دریافت کند (جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۲۳۳/۸؛ سبزواری، ۱۴۲۳: ۲۳۰/۲؛ نجفی کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۲۳۵).

در فرض انتقال جایز مهریه نیز بسیاری از فقها معتقدند که زوجه در فسخ معامله مخیر است. در این صورت، اگر زوجه اقدام به فسخ معامله نماید، زوج می‌تواند نصف عین مهریه را استرداد کند و در غیر این صورت، صرفاً حق استرداد مثل یا قیمت نصف مهریه را خواهد داشت (جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۲۳۳/۸؛ سبزواری، ۱۴۲۳: ۲۳۰/۲؛ نجفی کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۲۳۵؛ موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۳: ۳۶۱/۲). چنان که روشن است، از منظر این گروه از فقها، انتقال جایز مهریه، در صورت عدم رجوع زوجه، از مصادیق تلف حکمی مهریه به شمار می‌رود.

### ۳-۱-۳. وکالت

در فقه امامیه، تلف متعلق وکالت از موجبات انحلال وکالت محسوب می‌شود. انتقال متعلق وکالت از ملکیت موکل، در حکم تلف دانسته شده است؛ برای مثال، اگر موکل با دیناری که برای فروش آن وکالت داده، کالایی خریداری نماید و یا آن دینار را از طرق مختلف از ملکیت خود خارج نماید، در حکم تلف متعلق وکالت بوده و از مصادیق تلف حکمی به شمار می‌رود. در این صورت، احکام تلف حقیقی متعلق وکالت

از جمله انحلال وکالت، بر این فرض مترتب خواهد شد (جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۲۴۸/۵؛ بحرانی آل عصفور، ۱۴۰۵: ۲۴/۲۲؛ بحرانی آل عصفور، بی تا: ۱۷۳/۱۳؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۶۳/۱۰).

### ۴-۱-۳. هبه

در صورت تلف عین موهوبه پس از قبض، هبه لازم و غیر قابل رجوع خواهد شد. خروج عین موهوبه از ملکیت متهب و انتقال آن از طریق عقد لازم، در حکم تلف دانسته شده است (نجفی کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۱۲).

### ۵-۱-۳. مضاربه

در عقد مضاربه، اگر عامل حصه خود از سود را بفروشد یا هبه نماید، سپس خسارتی بر مال التجاره وارد گردد، بر عامل واجب است بین مبلغی که در مقابل آن، سهم خود را فروخته یا مقدار خسارت وارده، مقدار کمتر را به مضارب بپردازد. خسران لاحق کاشف از بطلان بیع یا هبه و نحو آن نخواهد بود؛ بلکه این امور سبب می شود که سهم عامل از سود، در حکم تلف فرض شود (موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۱۳۰/۲؛ فیاض کابلی، بی تا: ۲۹۷/۲؛ حسینی روحانی قمی، بی تا: ۲۴۳/۲). در تعلیل این حکم، چنین استدلال شده که مفروض آن است که به محض ظهور سود، عامل مالک شده و خسران متأخر، کاشف از عدم تحقق مالکیت عامل نخواهد بود. نهایتاً در صورت تحقق خسارت، عامل باید خسارت را بپردازد. حال چنانچه عین آن موجود باشد، عین آن و در صورت تلف آن به دلایلی مانند بیع، عامل ضامن بدل آن خواهد بود (طباطبایی قمی، ۱۴۲۶: ۵۵۰/۸).

موارد فوق الذکر در کنار سایر مصادیق مذکور در کتب فقهی که ذکر همه آنها از حوصله پژوهش حاضر خارج است، نشان می دهد که «تصرفات ناقله» یکی از اسباب حکم به تلف حکمی است. البته دقت در تمامی مصادیق فوق، این نکته را اثبات می کند که صرفاً تصرفات ناقله مشروع از سوی مالک، سبب تحقق عنوان تلف حکمی شده است. در تمامی فروض فوق، مالکیت ناقل نسبت به مال منتقل شده، سبب مشروعیت کلیه تصرفات حقوقی و مادی وی می شود. لذا در فرضی که مالکیت وی (اعم از مالکیت مستقر یا متزلزل)، به اسبابی مانند فسخ یا اقاله از بین رود، وی فقط ضامن استرداد مثل یا قیمت مالی است که آن را به نحو مشروع به دیگری منتقل نموده

است. در حقیقت در این فرض، انتقال مال مانعی شرعی در استرداد عین مال محسوب شده و امتناع شرعی مانند امتناع عقلی است. این مطلب در مقام تحلیل و تطبیق بحث انتقال مال مغضوب به عنوان یکی از مصادیق تلف حکمی شایان توجه ویژه است؛ زیرا انتقال مال مغضوب توسط غاصب، مبتنی بر مالکیت مشروع اعم از مستقر یا متزلزل نیست. در ادامه مباحث، توضیحات بیشتری در این باره بیان خواهد شد.

### ۲-۳. عنوان دوم: خروج از مالیت

«خروج از مالیت» از دیگر عناوینی است که تحقق آن سبب شده تا فقهای امامیه مال موجودی را در حکم تلف بدانند؛ برای مثال، چنانچه مال مغضوب به گونه‌ای تغییر یابد که هیچ شخصی تمایل و رغبتی به آن مال نداشته و حاضر به پرداخت مالی در مقابل آن نباشد، این مال در حکم تلف خواهد بود و غاصب ضامن مثل یا قیمت آن می‌باشد (جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۱۷۶/۱۲؛ موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۶: ۳۲۶/۲). همین حکم در بحث مقبوض به عقد فاسد نیز بیان شده است. بنابراین برای مثال، هرگاه تالف آب را در بیابان یا یخ را در تابستان تلف نموده باشد، چون مثل آب در کنار نهر و یخ در زمستان فاقد ارزش مالی است، لذا تالف ضامن قیمت آب یا یخ خواهد بود (موسوی خویی، بی‌تا: ۱۶۹/۳).

### ۳-۳. عنوان سوم: تعذر

«تعذر» شامل سه نوع تعذر استرداد، تعذر وصول و تعذر انتفاع، از عناوین دیگری است که با تحقق آن، مالی که حقیقتاً تلف نشده، در حکم تلف گرفته می‌شود.

#### ۱-۳-۳. تعذر استرداد

طبق نظر برخی از فقهای امامیه، ید راهن در رهن مستعار، ضمانتی است و اگر مال مرهون، در ید مرتهن بدون تقصیر وی نیز تلف شود، راهن ضامن مثل یا قیمت عین مال مرهونه خواهد بود. یکی از مواردی که در محل بحث، در حکم تلف دانسته شده و راهن را نسبت به رد مثل یا قیمت ضامن دانسته‌اند، تعذر استرداد عین مال مرهون از جمله به سبب بیع مال مرهون توسط مرتهن (در راستای وصول طلب) است (علامه حلی، ۱۴۲۰: ۴۹۵/۲؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۷۴/۲).

همچنین در صورت عدم تمکن غاصب از رد مال به دلیل غصب یا فراموش کردن محلی که مال در آن قرار داده شده، مال مغضوب در حکم تلف محسوب می‌شود. لذا غاصب ضامن مثل یا قیمت مال مغضوب خواهد بود (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۵۵۱/۲).

### ۲-۳-۳. تعذر وصول

در عقد بیع، چنانچه مبیع قبل از قبض مشتری تلف شود، عقد بیع منفسخ و تلف از مال بایع خواهد بود. در همین راستا، تعذر وصول و دستیابی به مبیع در حکم تلف خواهد بود. لذا چنانچه مبیع به سرقت رود، غرق شود، فرار کند یا پرواز نماید، مبیع تلف شده فرض می‌شود و لذا عقد بیع منفسخ و تلف از مال بایع خواهد بود (موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۴۶/۲؛ فیاض کابلی، بی تا: ۱۶۹/۲؛ حسینی روحانی قمی، بی تا: ۹۰/۲؛ نجفی کاشف الغطاء، ۱۴۲۳: ۱۵۷/۳؛ حسینی سیستانی، ۱۴۲۲: ۳۱۶؛ همو، ۱۴۱۷: ۶۶/۲). همین مطلب در بیع فضولی (موسوی قزوینی، ۱۴۲۴: ۸۵۴/۲) و احکام مقبوض به عقد فاسد در فرض تعذر وصول به مورد معامله مطرح شده است (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۵۷/۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۲۳۵/۲).

گفتنی است ملاک تحقق تعذر در کلام فقها، یکی از چهار عنوان «یأس از دستیابی»، «امید نداشتن به دستیابی»، «عدم دسترسی به مال در کوتاه مدت» و «عدم دسترسی به مال در طولانی مدت» است (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۵۷/۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۲۳۵/۲). البته اگر تعذر استرداد دائمی باشد، یعنی در دو فرض نخست، موجب تحقق عنوان تلف حکمی و وجوب استرداد مثل یا قیمت به طور مطلق است. اما اگر تعذر موقت باشد، یعنی در دو فرض اخیر، مورد وجوب، بدل حیلولة است. لذا با از بین رفتن تعذر موقت باید عین مال به مالک مسترد شود؛ چرا که تعذر موقت موجب ازاله مالکیت مال نمی‌شود (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۵۹/۳؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۹۵/۴).

### ۳-۳-۳. تعذر انتفاع

اگر عین مستأجره کلاً یا بعضاً تلف شود، اجاره باطل خواهد بود. تعذر انتفاع از عین مستأجره در حکم تلف می‌باشد. بر این اساس، در فرضی که آب بر زمینی که برای زراعت اجاره شده، استیلا یابد یا بارش برف مانع از طی طریقی شود که برای پیمودن آن، حیوانی اجاره شده است، مال مستأجره در حکم تلف بوده و عقد اجاره

### ۳-۴. عنوان چهارم: امتزاج

امتزاج عنوان دیگری است که سبب شده فقهای امامیه مال موجودی را تلف شده فرض نموده و احکام تلف را در مورد آن جاری بدانند. در بحث مسقطات خیار غبن بیان شده که اگر مورد معامله از طریق امتزاج با مال دیگر غیر همجنس تغییر یابد، اگر مبیع در آن مال مستهلک گردد، مورد معامله در حکم تلف خواهد بود؛ مانند آنکه عصاره گل‌ها با مقداری روغن در هم آمیزد. در این فرض، در صورت عدم استهلاك مورد معامله در مال غابن نیز بعید نیست که همین حکم جاری بوده و مال در حکم تلف گرفته شود؛ زیرا مال جدید، طبیعتی ثانویه و متفاوت از طبیعت نخست دارد (نراقی، ۱۴۲۲: ۳۴۶؛ نراقی، ۱۴۱۵: ۳۹۴/۱۴). در توجیه الحاق این فرض به تلف، چنین استدلال شده است که در این فرض نیز امکان استرداد عین مال برای مالک وجود ندارد (انصاری، ۱۴۱۰: ۳۱۶/۶). مبتنی بر مطالب فوق، ملاک در حکم تلف گرفتن عین موجود، عدم امکان یا همان تعذر استرداد عین ممزوج است. بنابراین این فرض ملحق به فرض تعذر استرداد است.

تا بدین جا عناوین موجب تحقق عنوان تلف حکمی در فقه امامیه احصا شد. این عناوین عبارت‌اند از «تصرفات ناقله»، «خروج از مالیت»، «تعذر» شامل تعذر وصول، انتفاع و استرداد، که مورد اخیر ممکن است از طریق «امتزاج» با شرایطی خاص محقق شود. دقت در عناوین فوق می‌تواند منجر به استنتاج یک ملاک کلی در زمینه تحقق تلف حکمی گردد؛ مبنی بر اینکه حدوث هر گونه مانع عقلی یا شرعی در استرداد عین موجود، سبب تحقق عنوان تلف حکمی شده و موجب می‌شود که مال موجود، تلف شده فرض گردد.

در خصوص «تصرفات ناقله» بیان شد که شخص به سبب وجود عنوان مالکیت، حق تصرف در عین مال را داشته و لذا تصرفات شخص مشروع بوده است. انحلال مؤخر مالکیت، موجب عدم مشروعیت و عدم صحت تصرفات ناقله مالک در زمان مالکیت وی نمی‌شود. بنابراین مانعی شرعی در استرداد عین مال وجود دارد و در حکم

تلف گرفته می‌شود. در صورت «خروج از مالیت» نیز وجود یک مانع شرعی در استرداد عین موجود، سبب تحقق عنوان تلف حکمی می‌گردد؛ زیرا در این فرض، اگرچه استرداد عین مال عقلاً ممکن است، اما خروج از مالیت و بی‌ارزش شدن مال سبب می‌شود که حکم به وجوب استرداد مال مبتنی بر دلایلی مانند قاعده لاضرر برداشته شده و مال در حکم تلف دانسته شود. در فرض «تعذر» (شامل تعذر استرداد، وصول و انتفاع) و «امتزاج» نیز مانعی عقلی در استرداد مال وجود دارد؛ یعنی استرداد عین مال عقلاً محال و غیر ممکن است. لذا آن عین موجود در حکم تلف گرفته می‌شود. بنابراین به طور کلی می‌توان گفت موارد تحقق تلف حکمی، محدود و محصور در موارد فوق‌الذکر نبوده و هر گاه مانعی عقلی یا شرعی در استرداد عین موجود حادث شود، عین موجود تلف‌شده فرض خواهد شد.

#### ۴. ضابطه تحقق تلف حکمی در مورد عین مغضوب

همان طور که قبلاً اشاره شد، به اجماع فقهای امامیه تا زمانی که عین مال مغضوب، موجود است، باید عین همان مال به مالک مسترد گردد؛ هرچند این امر سخت باشد. حال این پرسش مطرح می‌شود که با وجود تأکید اکید فقهای امامیه بر لزوم استرداد عین مال مغضوب، مادامی که عین آن موجود باشد، در چه شرایطی می‌توان مال مغضوب را در حکم تلف دانست، به نحوی که غاصب تنها ضامن پرداخت مثل یا قیمت مال مغضوب گردد؟ آیا «تصرفات ناقله» از اسبابی است که سبب می‌شود مال مغضوب در حکم تلف گرفته شود تا بدین ترتیب بتوان مبنایی برای توجیه طرح پیشنهادی یافت؟

#### ۴-۱. تحقق عنوان تلف حکمی در مورد مال مغضوب با تحقق عناوین

«خروج از مالیت»، «تعذر»، «ضرر بدنی» و «تلف مال محترم»

بررسی منابع اصیل فقهی نشان می‌دهد که تحقق دو عنوان «خروج از مالیت» (جبی عاملی، ۱۴۱۳: ۱۲/۱۷۶؛ عاملی جزینی، ۱۴۱۷: ۳/۱۰۹) و «تعذر دائمی استرداد»، موجب شده فقهای امامیه عین مغضوب را در حکم تلف دانسته و غاصب را ضامن استرداد مثل یا قیمت مال مغضوب بدانند (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۲/۵۵۱؛ طوسی، ۱۳۸۷: ۳/۸۰).



ضرر بدنی یا ضرر مالی به مال محترم نیز یکی دیگر از اسبابی است که موجب تحقق عنوان تلف حکمی در مورد مال مغضوب شده است. از منظر فقهای امامیه، اگر استرداد مال مغضوب موجب ضرر بدنی یا هلاک نفس محترمه‌ای اعم از انسان یا حیوان و اعم از غاصب یا غیر غاصب گردد، استرداد واجب نیست. همچنین استرداد در فرضی که موجب تلف مال محترمی گردد، واجب نخواهد بود. بر این اساس، حصول ضرر بدنی یا مالی به مال محترم که از قبیل استرداد عین مال مغضوب حاصل می‌شود، مانع شرعی در استرداد عین مال مغضوب محسوب شده و موجب تحقق عنوان تلف حکمی است (نجفی، ۱۴۰۴: ۷۵/۳۷؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۸۸/۳).

#### ۲-۴. بررسی تحقق عنوان «تلف حکمی» در مورد مال مغضوب در صورت «تلف مال غاصب»

۱-۲-۴. نظر مشهور مبنی بر لزوم استرداد مال مغضوب علی‌رغم تلف مال غاصب قریب به اتفاق فقهای امامیه، مستند به ادله‌ای مانند روایات «الْحَجَرُ الْعَصْبُ فِي الدَّارِ رَهْنٌ عَلَى خَرَابِهَا» و «الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال» و انصراف ادله لاضرر و لاجرح از شخص غاصب، معتقدند که تلف مال غاصب در نتیجه استرداد عین مغضوب، مانع از وجوب استرداد عین نخواهد بود. حتی اگر استرداد عین مال موجب تلف مال غاصب گردد، باز هم غاصب مکلف به استرداد عین مال مغضوب است و تحمل ضرر مالی، مانع مسئولیت وی نسبت به استرداد عین نخواهد بود. در حقیقت از این منظر، مال غاصب محترم دانسته نمی‌شود. از منظر فقهای امامیه، تلف مال غاصب در صورت استرداد مال مالک، حتی اگر منجر به ضرر مالی معتابه به غاصب گردد نیز مانع از وجوب استرداد عین مال مغضوب به مالک نیست (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۳۰۴/۶؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۷۵/۳۷؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۸۸/۳؛ فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۱۸۷/۲).

۲-۲-۴. نظر مبنی بر عدم لزوم استرداد مال مغضوب در صورت تلف مال غاصب علی‌رغم دیدگاه مشهور، برخی فقها مانند امام خمینی، استرداد عین مال مغضوب را در صورت تلف مال غاصب خصوصاً زمانی که استرداد مال مالک، سبب تخریب و

تضییع اموال معتابه غاصب شود (مانند استرداد تخته چوبی که در ساختمان یک کشتی غول‌پیکر به کار رفته یا استرداد آجری در ساختمان یک برج مرتفع) واجب ندانسته‌اند (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۹۵/۴؛ محقق داماد، ۱۴۰۶: ۷۹/۱؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۳۵۸). این فقها با استناد به ادله مختلف از جمله ادله اسراف و تبذیر (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۷۹/۱)، ضعف سند روایات مورد استناد مشهور<sup>۱</sup> و اخلاقی بودن اکثر این روایات، به اثبات کلام خود پرداخته‌اند. از منظر امام خمینی، انصراف ادله لاجرح و لاضرر از غاصب، و اخذ غاصب به اشق احوال، مربوط به جایی است که استرداد عین مال مغضوب، مستلزم تحمل برخی مشقت‌ها مانند تحمل زحمت و مشقت سفر و مانند آن باشد. به علاوه، انصراف ادله لاضرر و لاجرح در جایی که استرداد عین، مستلزم فساد مال غاصب باشد، مسلم نیست (موسوی خمینی، بی‌تا: ۳۵۸؛ همو، ۱۴۲۱: ۶۵۸/۱). مبتنی بر مطالب فوق می‌توان تلف مال غاصب را خصوصاً در فرض معتابه بودن ضرر مالی با ویژگی‌هایی که گفته شد، یک مانع شرعی در استرداد عین مال مغضوب دانست؛ به گونه‌ای که مال مغضوب در حکم تلف دانسته شده و غاصب صرفاً ضامن استرداد مثل یا قیمت مال مغضوب می‌باشد؛ مانند آنکه تیرآهن مغضوب یا آجر مغضوب در ساختمان یک برج بسیار بزرگ و مرتفع به کار رفته باشد و استرداد آن موجب اتلاف مال معتابه‌ای از غاصب گردد.

#### ۴-۳. عدم تحقق عنوان «تلف حکمی» در صورت تصرفات ناقله مال

##### مغضوب توسط غاصب

به اجماع فقهای امامیه، «تصرفات ناقله غاصب» مانع از وجوب استرداد عین مال به مالک نمی‌باشد. بر این اساس اگر غاصب، مال مغضوب را به شخص دیگری منتقل نماید، مالک می‌تواند جهت استرداد عین به هر یک از بایع یا مشتری مراجعه نماید (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۷۷/۳۷؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۹۴/۳). در حقیقت، فقهای امامیه انتقال مال مغضوب را موجب تحقق عنوان تلف حکمی ندانسته‌اند؛ به گونه‌ای که بتوان عین مغضوب را تلف شده فرض نمود و غاصب را فقط ضامن مثل یا قیمت مال مغضوب دانست. به نظر می‌رسد حکم فوق‌الذکر با مبانی فقهی فقها در مورد مال مغضوب و

۱. روایاتی مانند «الْحَجَرُ الْغُصْبُ فِي الدَّارِ رَهْنٌ عَلَى خَرَابِهَا» (نهج البلاغه، حکمت ۲۳۲).

ضابطه تلف حکمی کاملاً سازگار است؛ زیرا از منظر فقهای امامیه صرفاً تصرفات ناقله (مشروع) از سوی «مالک»، سبب تحقق عنوان تلف حکمی می شود. لذا با توجه به اینکه ید غاصب بر مال مغضوب عدوانی می باشد، نمی توان تصرفات ناقله غاصب را به عنوان یک مانع شرعی، موجب تحقق عنوان تلف حکمی در مورد مال مغضوب دانست.

البته اگر استرداد مال مغضوب توسط مشتری اعم از عالم یا جاهل، موجب تحقق یکی از عناوین «خروج از مالیت»، «تعذر دائمی استرداد»، «ضرر بدنی»، «تلف مال محترم» یا «تلف مال غاصب خصوصاً در فرض تلف و تخریب اموال معتابه غاصب» گردد، استرداد عین مال مغضوب واجب نیست. در این فرض، مال مغضوب در حکم تلف گرفته شده و غاصب تنها ضامن مثل یا قیمت مال مغضوب خواهد بود.

در مقام جمع بندی بحث باید گفت تا بدین جا روشن شد که در فقه امامیه، غاصب مکلف به استرداد عین مال مغضوب خواهد بود؛ مگر آنکه عنوان تلف حقیقی یا حکمی در مورد عین مغضوب تحقق یابد. اگرچه مفهوم و مصادیق تلف حقیقی تا حدود زیادی روشن است، اما در مورد مصادیق تلف حکمی در خصوص مال مغضوب، اختلافاتی بین فقها مشاهده می شود. با این حال، این مطلب مسلم است که تعذر استرداد عین مال مغضوب، خروج از مالیت و تحقق ضرر بدنی و مالی به مال محترم، موجب تحقق عنوان تلف حکمی در مورد مال مغضوب می باشد. به علاوه، تردیدی وجود ندارد که صرف تصرفات ناقله موجب تحقق عنوان تلف حکمی در مورد مال مغضوب نیست.

##### ۵. ارزیابی ادله طرح پیشنهادی در توجیه تحقق عنوان «تلف حکمی»

###### مال مغضوب فروخته شده از طریق تنظیم سند رسمی

تا بدین جا روشن شد که ملاک تحقق عنوان «تلف حکمی» در فقه امامیه، «حدوث مانع عقلی یا شرعی در استرداد عین موجود» است که فقهای امامیه طبق ضابطه مزبور به تعیین مصادیق تلف حکمی در مورد مال مغضوب پرداخته اند. آنچه مسلم است، طبق ضابطه مورد بحث، فقهای امامیه تصرفات ناقله را به دلیل عدوانی بودن ید غاصب، از مصادیق تحقق عنوان تلف حکمی در مورد مال مغضوب ندانسته اند.

حال ضمن توجه به مطالب فوق، ضروری است به ارزیابی ادله طرح مورد بحث پرداخته شود که تا چه اندازه این ادله می‌تواند تحقق عنوان «تلف حکمی» در صورت فروش مال مغضوب از طریق تنظیم سند رسمی را توجیه نماید.

صیانت از اعتبار سند رسمی و حمایت از حقوق مالکیت، همسویی با نظام‌های پیشرفته حقوقی در حمایت از خریدار با حسن نیت، جلوگیری از افزایش دعاوی متعدد در سیستم قضایی کشور و جلوگیری از ورود ضرر به مشتری با حسن نیت، اهم ادله مورد استناد پیشنهاددهندگان طرح اصلاح ماده ۳۲۳ قانون مدنی است.

به نظر می‌رسد ادله و مستندات فوق در راستای توجیه طرح پیشنهادی، استحساناتی است که با ادله متقن اجتهادی از جمله روایات و اجماع فقهای امامیه منافات داشته و از منظر مبانی فقهی قابل مناقشه و غیر قابل پذیرش است.

خصوصاً در بحث حمایت از خریدار با حسن نیت که مبتنی بر قاعده عدالت و انصاف قابل توجیه است، به نظر می‌رسد با سیستم جبران کامل خسارات به نحوی که غاصب مکلف به جبران کامل خسارات خریدار با حسن نیت گردد، می‌توان از خریدار جاهل، حمایت کافی را به عمل آورد، بی‌آنکه لازم باشد مالکیت مالک از مالش را سلب نمود و حق مسلم وی را نسبت به عین مال نادیده گرفت. به علاوه، سیستم جبران کامل خسارات سبب می‌شود که غصب برای غاصب بسیار پرهزینه باشد و لذا اشخاص در تصرفات خود با احتیاط بیشتری عمل نمایند. بدین ترتیب با کاهش تحقق غصب از سوی اشخاص، دعاوی ناشی از غصب نیز به نحو فاحشی کاهش خواهد یافت. مزیت لحاظ این نکته توسط مقنن و محاکم قضایی، آن است که ضمن همسویی با ادله اجتهادی مانند روایات و اجماع مبنی بر لزوم استرداد مال مغضوب به مالک، عدالت و انصاف در حق مالک و مشتری با حسن نیت نیز رعایت خواهد شد. شایان ذکر است که طراحی یک سیستم جبران کامل خسارات با دو رأی وحدت رویه<sup>۱</sup> ۱۳۹۳/۷/۱۵-۷۳۳ و ۱۴۰۰/۴/۱-۸۱۱ محقق شده است؛ چرا که در رأی نخست، خسارات ناشی از کاهش ارزش ثمن و در رأی دوم، خسارات ناشی از افزایش قیمت مبیع قابل جبران دانسته شده است. ممکن است از سوی طرفداران طرح، این گونه استدلال شود که اگر تلف مال غاصب و ورود ضرر مالی به غاصب، موجب تحقق تلف حکمی و عدم وجوب استرداد

عین می‌شود، به طریق اولی نباید خریدار مال مغضوب را که جاهل به غصبی بودن نیز بوده است، ملزم به استرداد عین کرد؛ چرا که استرداد عین موجب ضرر مالی وی می‌شود. اما باید توجه داشت که تحقق عنوان تلف حکمی به واسطه ورود ضرر مالی به غاصب در کلام فقیهانی مانند امام خمینی، ناظر به وضعیتی است که رد عین مال، موجب تخریب و تضییع اموال غاصب گردد که در این صورت بر مبنای ادله‌ای مانند ادله اسراف و تبذیر، حکم به رد عین را مشکل و بعید دانسته، معتقدند که عقلاً در چنین مواردی حکم به رد عین نمی‌دهند (موسوی خمینی، بی‌تا: ۳۵۹). در حالی که در فرض مذکور در طرح، استرداد عین از خریدار، موجب تلف، تخریب و تضییع مالی نمی‌شود؛ بلکه مال مغضوب به مالک برمی‌گردد و خریدار جاهل برای جبران خسارت باید به بایع مراجعه کند.

با توجه به نکات فوق، طرح پیشنهادی از دو جهت قابل مناقشه جدی است: اولاً اطلاق طرح پیشنهادی که انتقال مال مغضوب را به موجب سند رسمی، موجب تحقق تلف حکمی دانسته، فاقد مبنای فقهی است. ثانیاً اینکه طرح مزبور، خریدار جاهل را ضامن مثل یا قیمت مال مغضوب ندانسته، قابل نقد است؛ زیرا حتی اگر عین مغضوب در حکم تلف گرفته شود، باز هم خریدار، ضامن مثل یا قیمت مال مغضوب بوده و جهل وی مانع مسئولیتش نیست.

## ۶. موضع قوانین موضوعه ایران

علاوه بر قانون مدنی، بررسی ماده واحده «لایحه قانونی راجع به رفع تجاوز و جبران خسارات وارده به املاک» مصوب ۱۳۵۸/۹/۲۷ در راستای کشف موضع مقنن در موضوع مورد بحث، شایان توجه است. در قانون مدنی، همان طور که گفته شد، ماده ۳۱۱ غاصب را مکلف به استرداد عین مال مغضوب دانسته است. با وجود این، در صورت تلف حقیقی عین مال مغضوب، غاصب مکلف به استرداد مثل یا قیمت آن خواهد بود. همچنین در صورت تعدر استرداد عین مال مغضوب که یکی از عناوین موجب تحقق تلف حکمی است، غاصب مکلف به استرداد مثل یا قیمت مال می‌باشد. با این حال، قانون مدنی در مواد ۳۲۳ تا ۳۲۷، تصرفات ناقله مال مغضوب را موجب تحقق عنوان تلف حکمی ندانسته و مشتری را اعم از جاهل و عالم، مکلف به استرداد

عین مال مغضوب نموده است.

به علاوه، ماده واحده «لایحه قانونی راجع به رفع تجاوز و جبران خسارات وارده به املاک» در صورت تحقق شرایطی خاص، رد عین را لازم ندانسته و غاصب را صرفاً مکلف به پرداخت قیمت کارشناسی ملک می‌داند. این شرایط عبارت‌اند از اینکه اولاً باید بنا یا مستحدثاتی در ملک غیر ایجاد شده باشد. ثانیاً باید تحقق غصب ناشی از تجاوز به املاک مجاور باشد؛ یعنی این گونه نباشد که غاصب ابتدائاً و مستقلاً اقدام به ساخت بنا و مستحدثات در ملک غیر نموده باشد، بلکه باید بنا و یا مستحدثات در ملک مالک بنا شده باشد و صرفاً در اثر عواملی مانند اشتباه، تجاوز به ملک مجاور روی داده باشد. ثالثاً متصرف باید حسن نیت داشته باشد؛ یعنی قصد تجاوز نداشته و تصرف ملک ناشی از اشتباه باشد. رابعاً ضرر مالک در مقایسه با ضرر ناشی از خلع ید و قلع بنا و مستحدثات باید نسبتاً جزئی باشد. خامساً متصرف باید قیمت زمین مورد تصرف را طبق نظر کارشناس تودیع نماید. با جمع این شرایط، دادگاه به جای حکم به خلع ید و قلع بنا، حکم به پرداخت قیمت زمین و کلیه خسارات وارده و اصلاح سند مالکیت به نام متصرف خواهد داد.

برخی از حقوق‌دانان، این قاعده را یک قاعده استثنایی و منحصص مواد ۳۰۸ و ۳۱۱ ق.م. دانسته‌اند که ضروری است به قدر متیقن آن اکتفا نمود (صفایی و رحیمی، ۱۳۸۹: ۳۰). با وجود این به نظر می‌رسد که حکم مقرر در این ماده واحده، همسو با نظرات فقهای است که تلف مال غاصب خصوصاً تلف و تخریب اموال معتابه غاصب را مانع عقلی استرداد عین مغضوب و موجب تحقق عنوان تلف حکمی دانسته‌اند؛ زیرا اگرچه ماده واحده مزبور در خصوص «لزوم تحقق ضرر مالی معتابه»، صراحت کافی را نداشته و از عبارت «جزئی بودن ضرر مالک در برابر ضرر غاصب» استفاده نموده است، با وجود این با توجه به فضای کلی حاکم بر مقرر مزبور که به تجاوز به حدود ملک مجاور مبتنی بر عواملی مانند اشتباه اشاره نموده که در نتیجه آن بنا و مستحدثاتی در ملک غصبی احداث شده است، به نظر می‌رسد مقنن شرایطی را مدنظر داشته که استرداد عین مغضوب، موجب تخریب بنا و مستحدثات متعلق به غاصب شده و ورود ضرری هنگفت به غاصب را در پی خواهد داشت.

مبتنی بر بررسی‌های فوق باید گفت قانون‌گذار در خصوص استرداد عین مال مغضوب مبتنی بر مبانی مشهور فقهای امامیه، مشی نموده است. بر این اساس در حقوق موضوعه ایران، اولاً استرداد عین مال مغضوب لازم دانسته شده است، مگر در صورت تلف حقیقی یا تلف حکمی مال مغضوب. ثانیاً مقنن به برخی از مصادیق و عناوین موجب تحقق عنوان تلف حکمی (تعذر استرداد عین مغضوب و تلف مال غاصب خصوصاً تلف و تخریب اموال معتابه غاصب در نتیجه استرداد عین مال مغضوب) تصریح نموده و در این موارد، استرداد عین مال مغضوب را لازم ندانسته است. در این فرض، غاصب مکلف به استرداد مثل یا قیمت مال مغضوب خواهد بود. ثالثاً تصرفات ناقله مال مغضوب موجب تحقق عنوان تلف حکمی و عدم لزوم استرداد عین مال مغضوب نیست. مبتنی بر مطالب فوق پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار با بیان ضابطه و ملاک کلی تحقق تلف حکمی، استرداد عین مال مغضوب را در فرض تحقق تلف حکمی، به صورت مطلق لازم ندانسته و غاصب را مکلف به استرداد مثل یا قیمت مال مغضوب بداند.

### نتیجه‌گیری

مطابق فقه امامیه، غاصب مکلف به استرداد عین مال مغضوب خواهد بود؛ مگر در صورت «تلف حقیقی» یا «تلف حکمی» مال مغضوب. ملاک تحقق تلف حکمی، حدوث یک مانع عقلی یا شرعی در استرداد عین موجود است. لذا در مواردی مانند «خروج از مالیت»، «تعذر» و «تصرفات ناقله مشروع»، عین موجود در حکم تلف گرفته می‌شود. البته این موارد محصور نبوده و هر جا ملاک مزبور حاصل شود، می‌توان حکم به تلف حکمی نمود.

در مورد مال مغضوب، «خروج از مالیت»، «تعذر»، «ضرر بدنی به غاصب یا غیر غاصب» و «ضرر مالی به مال محترم»، موجب تحقق عنوان تلف حکمی می‌گردد. مبتنی بر ادله اسراف و تبتدیر، چنانچه استرداد عین مغضوب موجب تلف مال غاصب، خصوصاً تخریب و تضييع اموال معتابه غاصب اعم از عالم یا جاهل گردد، تلف حکمی محقق شده و غاصب مکلف به استرداد مثل یا قیمت مال مغضوب خواهد بود.

در فقه امامیه، این نکته مسلم است که صرف «تصرفات ناقله» موجب تحقق عنوان

تلف حکمی در مورد عینِ مغضوب و سالب عنوان مالکیت مالک نیست؛ زیرا تصرفات عدوانیِ غاصب مشروعیت نداشته و مانع شرعی محسوب نمی‌شود.

در قوانین موضوعه ایران نیز همسو با فقه امامیه تا زمانی که عین مال مغضوب حقیقتاً تلف نشده باشد، غاصب مکلف به استرداد عین مال مغضوب است. قانون‌گذار از عبارت «تلف حکمی» در مورد مال مغضوب استفاده ننموده است؛ اما با تصریح به برخی از عناوین موجب تحقق تلف حکمی، استرداد عین را لازم ندانسته است. این عناوین عبارت‌اند از تعذر استرداد عین مال مغضوب و تلف مال غاصب خصوصاً در فرض تخریب و تضييع اموال معتابه غاصب با حسن نیت. لذا پیشنهاد می‌شود که مقنن با بیان ضابطه کلی تلف حکمی، در تمام موارد تحقق تلف حکمی، غاصب را از استرداد عین مال مغضوب معاف نماید. با وجود این، صرف تصرفات ناقله، موجب تحقق عنوان تلف حکمی در مورد عین مال مغضوب نخواهد بود.

مبنتی بر مبانی فقهی و رویکرد کلی قانون‌گذار که تا حد زیادی همسو با فقه امامیه است، طرح پیشنهادی مبنی بر در حکم تلف گرفتن مال مغضوب منتقل شده از طریق سند رسمی و عدم مسئولیت مشتری جاهل نسبت به پرداخت بدل مال مغضوب، قابل مناقشه جدی است؛ زیرا اولاً صرف «تصرفات ناقله»، مصحح حکم به تلف حکمی عین مغضوب فروخته‌شده نیست. ثانیاً حتی در صورت حکم به تلف حکمی مال مغضوب فروخته‌شده، باز هم مشتری ضامن استرداد مثل یا قیمت آن بوده و صرف جهل مشتری، رافع مسئولیت وی نیست. لذا استناد به ادله‌ای مانند صیانت از اعتبار سند رسمی و حمایت از حقوق مالکیت، جلوگیری از افزایش دعاوی و حمایت از خریدار با حسن نیت در توجیه طرح پیشنهادی مبنی بر تلف حکمی مال مغضوب فروخته‌شده، استحساناتی است که از منظر مبانی متقن فقهی پذیرفتنی نیست. خصوصاً در زمینه حمایت از خریدار با حسن نیت به نظر می‌رسد با الزام غاصب به جبران کامل خسارات خریدار جاهل، می‌توان از خریدار با حسن نیت، حمایت کافی را به عمل آورد، بی‌آنکه لازم باشد مالکیت مالک از مالش را سلب نمود و حق مسلم وی را نسبت به عین مال نادیده گرفت. به علاوه، سیستم جبران کامل خسارت سبب می‌شود که غضب برای غاصب بسیار پرهزینه باشد که می‌تواند یک عامل بازدارنده برای وقوع غضب و در نتیجه باعث کاهش دعاوی ناشی از غضب گردد.



## کتاب شناسی

۱. نهج البلاغه.
۲. ابن ادریس حلّی، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۳. ابن فهد حلّی، جمال الدین احمد بن محمد اسدی، المهذب البارع فی شرح المختصر النافع، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۴. انصاری، مرتضی بن محمد امین، کتاب المکاسب (المحشی)، چاپ سوم، قم، دار الکتاب، ۱۴۱۰ ق.
۵. همو، کتاب المکاسب (ط - الحدیثه)، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۶. بحرانی آل عصفور، حسین بن محمد، الانوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع (للفیض)، قم، مجمع البحوث العلمیه، بی تا.
۷. بحرانی آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم، الحقائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۸. ترحینی عاملی، سید محمد حسین، الزبدة الفقهية فی شرح الروضة البهیة، چاپ چهارم، قم، دار الفقه للطباعة و النشر، ۱۴۲۷ ق.
۹. جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۱۰. حسینی روحانی قمی، سید محمد صادق، منهاج الصالحین، بی جا، بی تا، بی نا.
۱۱. حسینی سیستانی، سید علی، المسائل المنتخبة، چاپ نهم، قم، دفتر آیه الله سیستانی، ۱۴۲۲ ق.
۱۲. همو، منهاج الصالحین، چاپ پنجم، قم، دفتر آیه الله سیستانی، ۱۴۱۷ ق.
۱۳. حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح بن علی، العناوین الفقهیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۱۴. سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن، کفایة الاحکام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۱۵. صفایی، سید حسین، و حبیب الله رحیمی، مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، تهران، سمت، ۱۳۸۹ ش.
۱۶. طباطبایی حائری، سید علی بن محمد علی، ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل، قم، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، ۱۴۱۸ ق.
۱۷. طباطبایی حکیم، سید محمد سعید، منهاج الصالحین، بیروت، دار الصفوه، ۱۴۱۵ ق.
۱۸. طباطبایی قمی، سید تقی، مبانی منهاج الصالحین، قم، قلم الشرق، ۱۴۲۶ ق.
۱۹. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم بن عبدالعظیم، سؤال و جواب، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۱۵ ق.
۲۰. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضویه، ۱۳۸۷ ق.
۲۱. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین مکی، الدروس الشرعية فی فقه الامامیه، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۲۲. همو، حاشیه الارشاد، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۴ ق.
۲۳. علامه حلّی، ابو منصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تحریر الاحکام الشرعية علی مذهب الامامیه (ط - الحدیثه)، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۲۰ ق.
۲۴. همو، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.

۲۵. فخرالمحققین حلی، ابوطالب محمد بن حسن بن یوسف، *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق.
۲۶. فیاض کابلی، محمد اسحاق، *منهاج الصالحین*، بی جا، بی نا، بی تا.
۲۷. کرکی عاملی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۲۸. محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۲۹. محقق داماد، سیدمصطفی، *قواعد فقه*، چاپ دوازدهم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۳۰. مکارم شیرازی، ناصر، *کتاب النکاح*، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۴ ق.
۳۱. موسوی بجنوردی، سیدحسن بن آقابزرگ، *القواعد الفقهیه*، قم، الهادی، ۱۴۱۹ ق.
۳۲. موسوی خمینی، سیدروح الله، *کتاب البیع*، تقریر محمدحسن قدیری، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، بی تا.
۳۳. همو، *کتاب البیع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.
۳۴. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، *مصباح الفقاهة (المکاسب)*، تقریر محمدعلی تهریزی، بی جا، بی نا، بی تا.
۳۵. همو، *منهاج الصالحین*، چاپ بیست و هشتم، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰ ق.
۳۶. موسوی قزوینی، سیدعلی، *ینایع الاحکام فی معرفة الحلال والحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۴ ق.
۳۷. موسوی گلپایگانی، سیدمحمد رضا، *هدایة العباد*، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۱۳ ق.
۳۸. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۳۹. نجفی کاشف الغطاء، احمد بن علی، *سفینة النجاة و مشکاة الهدی و مصباح السعادات*، نجف اشرف، مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۳ ق.
۴۰. نجفی کاشف الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر، *انوار الفقاهة (کتاب النکاح)*، نجف اشرف، مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ ق.
۴۱. همو، *انوار الفقاهة (کتاب الهبه)*، نجف اشرف، مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ ق.
۴۲. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، *مستند الشیعة فی احکام الشریعه*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۵ ق.
۴۳. نراقی، مولی محمد بن احمد، *مشارق الاحکام*، چاپ دوم، قم، کنگره بزرگداشت ملامهدی نراقی و ملااحمد نراقی، ۱۴۲۲ ق.

# تأثیر فسخ قرارداد مشارکت در ساخت

## بر قراردادهای پیش فروش

### از منظر فقهی - حقوقی و قانون پیش فروش ساختمان\*

- قاسم اسلامی نیا<sup>۱</sup>
- کیان فولادی<sup>۲</sup>
- حمیدرضا پرهام مهر<sup>۳</sup>

#### چکیده

یکی از قراردادهای رایج و پرکاربرد، قرارداد مشارکت در ساخت فیما بین مالک زمین و سازنده برای احداث واحدهای آپارتمانی است. در این بین، فسخ قرارداد مشارکت پیش از احداث آپارتمان‌های پیش فروش شده و تأثیر آن بر پیش خریداران سهم سازنده، یکی از موضوعات پرچالش و بحث‌برانگیز است. دیدگاهی که ماهیت عقد پیش فروش در قرارداد مشارکت در ساخت را بیع به معنای رایج و سنتی آن می‌داند، با تأثر از بحث تملیکی بودن عقد بیع و اصولی همانند اصل صحت و اصل عدم قهقراپی اثر فسخ و در عین حال بدون در نظر داشتن ماهیت و لوازم قرارداد مشارکت در ساخت، عقیده دارد که فسخ بعدی، تأثیری

\* تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۹/۰۶ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۵/۰۹.

۱. استادیار حقوق دانشگاه زابل (نویسنده مسئول) (esliminia@uoz.ac.ir).

۲. استادیار حقوق دانشگاه پیام نور (kinfulladi@pnu.ac.ir).

۳. مربی گروه حقوق دانشگاه زابل (parhammehr@uoz.ac.ir).

بر پیش فروش‌های قبلی ندارد. در مقابل به موجب دیدگاه دوم که پیش فروش سهم سازنده در قرارداد مشارکت در ساخت به عنوان یک قرارداد عهده‌ی و مستمر را دارای عناصری متفاوت و خاص نسبت به مفهوم رایج و اصطلاحی بیع می‌داند، حتی با قرائت تملیکی از همه انواع عقد بیع و با در نظر داشتن اصل تراضی و ساختار قرارداد مشارکت در ساخت و وابستگی تام قرارداد پیش فروش به آن قرارداد، با فسخ قرارداد مشارکت قبل از اجرایی شدن آن، امکان تسلیم مبیع در بستر قرارداد مشارکت به مثابه مادر و پایه قراردادهای پیش فروش، منتفی و قراردادهای پیش فروش دچار انفساخ قهری می‌گردد. این نوشتار با تبیین و تحلیل ماهیت قرارداد مشارکت در ساخت و رابطه آن با قراردادهای پیش فروش در قالب تئوری مادر و جنین و عقد معلق و در نظر داشتن اصل حاکمیت اراده، به اثبات نظریه دوم رسیده است و آن را برطرف کننده برخی چالش‌های حقوقی قراردادهای پیش فروش آپارتمان ناشی از قرارداد مشارکت در ساخت در رویه قضایی ایران می‌داند.

**واژگان کلیدی:** قرارداد مشارکت در ساخت، فسخ، پیش فروش، آپارتمان، تملیکی، مبیع.

### مقدمه

افزایش حجم ساخت‌وساز مسکن به دلیل تقاضای زیاد به ویژه در مناطق پرتراکم شهری و سود بالای آپارتمان‌سازی، بسیاری از صاحبان ویلاها و ساختمان‌های قدیمی را ترغیب به آپارتمان‌سازی از طریق قرارداد مشارکت در ساخت می‌نماید، که طرف دوم قرارداد به عنوان سازنده، کار ساخت‌وساز را بر عهده می‌گیرد و واحدهای ساخته‌شده به نسبت آورده و توافق طرفین تقسیم می‌گردد. با این حال، همه قراردادهای مشارکت در ساخت با موفقیت به اتمام نمی‌رسد و احتمال عدم توانایی سازنده در احداث و یا تکمیل واحدهای پروژه، به دلایل مختلفی وجود دارد. در این بین، اگر واحدی پیش فروش نشده باشد، آثار حقوقی فسخ فی‌مابین طرفین با دشواری خاصی مواجه نیست. اما چنانچه قرارداد مشارکت در ساخت بعد از پیش فروش فسخ گردد، تبیین آثار حقوقی فسخ بین مالک و سازنده و پیش‌خرداران قرارداد مشارکت در ساخت، اهمیت زیادی دارد و هیچ قانون مصرح و یا نوشتار مستقلی هم به صورت مستقیم، به تبیین آثار حقوقی

فسخ قرارداد مشارکت بر پیش‌خریدهای سهم سازنده پرداخته و این امر موجب اختلاف در رویه دادگستری محاکم و اطلاع دادرسی گردیده است.

از طرفی راجع به موضوع حاضر، بعضاً رویه قضایی با استناد به نظریه تملیکی بودن عقد بیع، اصول حقوقی، منابع فقهی و همچنین مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی که اصولاً در مورد عدم تأثیر فسخ بر عقود و قراردادهای آنی و دارای عین معین است، حکم به عدم تأثیر قهقرایی فسخ می‌دهد؛ به عنوان مثال هیئت عالی قوه قضاییه راجع به همین موضوع چنین اظهار نظر نموده است:

«اثر فسخ به زمان بعد از اعلام فسخ می‌باشد و اثر قهقرایی ندارد. از این رو با احراز و استقرار حق پیش‌خریدار به یکی از واحدهای آپارتمانی در دست ساخت، همان‌طور که وی می‌تواند حکم علیه سازنده را درخواست نماید، در ضمن وی می‌تواند رأساً نسبت به تکمیل یا ساخت واحد پیش‌خرید شده اقدام نماید»<sup>۱</sup>.

ظاهراً قائلان به این نظریه با در نظر داشتن نظریه تملیکی بودن عقد بیع در فقه، به محض انعقاد قرارداد پیش‌فروش، شخص ثالث را دارای یک حق مستقر و قطعی می‌دانند که فسخ بعدی قرارداد مشارکت، حتی پیش از اجرایی شدن آن، نمی‌تواند خدشه‌ای به حق مزبور وارد نماید. اما رویکرد فوق، لوازم و چالش‌هایی را به همراه دارد که به راحتی قابل رفع نیست؛ از جمله اینکه در صورت عدم تأثیر فسخ، تکلیف ساخت واحدهای پیش‌فروش شده با کیست؟ آیا تعهدات سازنده به صورت قهری به مالک و یا پیش‌خریدار منتقل می‌شود؟ در حالی که در متن قرارداد مشارکت، این نوع انتقال تعهد پیش‌بینی نشده است. به عبارتی، تبدیل تعهد در قرارداد مزبور، مبنای قراردادی، قانونی و شرعی ندارد. آیا در مجموعه‌های چندین واحدی که ناگزیر مدیریت واحدی بر ساخت آن‌ها حاکم است، هر پیش‌خریداری می‌تواند به تنهایی و بدون توجه به سایر واحدها، نسبت به ساخت واحد خود اقدام نماید، در حالی که مثلاً شناژ و پی ساختمان مشترک است؟ آیا امکان الزام سازنده به ادامه ساخت وجود دارد؟ در حالی که اگر امکان الزام او به ساخت وجود می‌داشت و یا اگر سازنده توانایی ساخت واحدها را داشت، اصولاً قرارداد مشارکت در ساخت فسخ نمی‌شد.

1. <<http://www.dadfarandadandish.com>>.

در مقابل بر اساس دیدگاه دوم می‌توان حق پیش‌خریدار را تابعی از حق سازنده دانست و معتقد بود که تا زمان عدم ساخت و تکمیل واحد، حق سازنده بر سهم‌الشرکه قراردادی، یک حق متزلزل است و اگر قرارداد مشارکت در این مرحله فسخ گردد، به تبع آن، حق ثالث نیز قابل استقرار و تحقق نیست. با این حال، قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ هم در این زمینه ابهامات و اشکالات زیادی دارد و منعکس‌کننده نظریات معتبر فقهی - حقوقی نیست؛ زیرا اولاً به تصریح ماده ۱ قانون مزبور، آن قانون مربوط به پیش‌فروش‌های رسمی است و پیش‌فروش‌های عادی به صورت تخصصی از شمول آن خارج است؛ ثانیاً این قانون نسبت به مواردی که سرمایه‌گذار بعد از پیش‌فروش واحدهای متعلق به خود، از ادامه پروژه سر باز می‌زند و امکان الزام او میسر نیست و در عین حال مالک و پیش‌خریدارهای سازنده نیز با یکدیگر به توافق نمی‌رسند، سکوت اختیار کرده است و تبیین موضوع مفروض از منظر فقهی و حقوقی در راستای حل پرونده‌های مربوطه و تکوین رویه قضایی متقن و علمی و ایجاد رویه واحد در فرض مذکور ضروری است.

لذا سؤال اصلی این نوشتار آن است که آیا با فسخ قراردادهای مشارکت در ساخت، پیش از احداث و یا تکمیل عرفی واحدهای موضوع قرارداد، تحویل و تسلیم مبیع پیش‌فروش شده توسط سازنده در بستر قرارداد مشارکت امکان‌پذیر است؟ و در غیر این صورت، تکلیف قانونی و شرعی قراردادهای پیش‌فروش چیست؟

با توجه به سؤالات فوق‌الذکر، این نوشتار برای اولین بار به یکی از جنبه‌های مهم قرارداد مشارکت در ساخت، یعنی «پیش‌فروش سهم سازنده و تأثیر فسخ بعدی قرارداد مشارکت بر پیش‌فروش‌های قبلی» پرداخته است. در حالی که ماهیت پیش‌فروش ساختمان در حالت عادی از مبحث عهده‌ی یا تملیکی بودن بیع متأثر است و این نوشتار در قسمت آغازین نیز به آن پرداخته است؛ لیکن در نهایت، تحلیل قرارداد مشارکت در ساخت به عنوان یک قرارداد عهده‌ی و مستمر، موجب پاسخ به سؤال اصلی مقاله می‌گردد. از طرفی، علاوه بر اینکه قانون مدنی به آثار فسخ قراردادهای عهده‌ی و مستمر بر معاملات پیشین نپرداخته است، قانون پیش‌فروش ساختمان نیز که به حق سازنده در مورد پیش‌فروش اشاره نموده است، نسبت به آثار عدم اجرای قرارداد مشارکت توسط سازنده

و تأثیر آن بر پیش‌فروش‌های انجام‌شده ورود پیدا نکرده است؛ زیرا ظاهراً تصویب‌کنندگان این قانون نتوانسته‌اند در مورد ماهیت پیش‌فروش سهم سازنده به اجماع خاصی برسند و لذا موضوع مهم و چالش‌برانگیز مزبور را مسکوت گذاشته‌اند و این موضوع نیز موجب سردرگمی صاحبان دعوی و همچنین نظام قضایی در این عرصه گردیده است.

با وجود آنکه قرارداد مشارکت در ساخت و پیش‌فروش واحدهای آپارتمانی که طبق قرارداد موصوف باید در آینده احداث گردند، از مسائل مورد ابتلاء زندگی شهری نوین است و لذا در کتب فقهی اصیل به صورت مستقیم مورد بحث واقع نگردیده است، اما در عین حال می‌توان با طرح مباحثی همانند عهدی یا تملیکی بودن قرارداد پیش‌فروش، ماهیت فقهی سهم‌الشرکه سازنده در قرارداد مشارکت در ساخت و تبیین محدوده و شمول اصل تراضی و ارتباط آن با اصل صحت قراردادها، موضوع نوشتار را از جنبه فقهی نیز واکاوی نمود.

از منظر نوشتار حاضر برای پاسخ به سؤال تحقیق و داوری بین دو دیدگاه پیش‌گفته باید ماهیت بیع پیش‌فروش و قرارداد مشارکت در ساخت، شرایط ایجاد سهم‌الشرکه و ارکان و عناصر قرارداد مشارکت و قصد و نیت طرفین که منطبق با اصل تراضی و حاکمیت اراده است، مورد امعان نظر واقع گردد. لذا در گام اول (بعد از اشاره به پیشینه تحقیق)، ارکان قرارداد مشارکت در ساخت توضیح داده می‌شود.

در گام دوم، ماهیت فقهی و حقوقی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان مطرح خواهد شد. سپس برای تبیین و تحلیل فسخ و یا مختومه شدن قرارداد مشارکت در ساخت و تأثیر آن بر پیش‌فروش‌های سهم سازنده، قصد و نیت طرفین (اصل تراضی) در قالب تئوری مادر و جنین و تئوری عقد معلق و نحوه انطباق آن با قرارداد پیش‌فروش مطرح می‌گردد. در ادامه بر حسب ضرورت، قاعده عدم تأثیر فسخ بر حق ثالث مورد تحلیل و نقد واقع می‌گردد و در خاتمه از نارسایی تمسک به اصل صحت برای تنفیذ قراردادهای پیش‌فروشی که نافرجام باقی مانده‌اند، سخن خواهیم گفت.

### پیشینه تحقیق

با مراجعه به وبگاه‌های معتبر علمی همانند مگیران و نورمگز مشخص می‌گردد که

هیچ تحقیقی راجع به موضوع اصلی این نوشتار، یعنی «آثار حقوقی فسخ قرارداد مشارکت در ساخت» وجود ندارد. در حقیقت بیشتر تحقیقات مربوط به این حوزه، راجع به تحلیل ماهیت عقد پیش فروش ساختمان است که به عقیده این نوشتار به صرف تحلیل آن نمی‌توان به جواب قاطعی در مورد تأثیر فسخ بر قراردادهای پیش فروش قبلی رسید و لازم است متن قرارداد مشارکت در ساخت و قانون پیش فروش ساختمان مورد واکاوی قرار گیرد. در عین حال در ادامه، به مهم‌ترین تحقیقاتی که فقط تا حدودی مربوط به چند صفحه ابتدایی تحقیق حاضر است، اشاره می‌نمایم.

- قبولی درافشان (۱۳۸۶: ۹۳) در کتاب *مفهوم بیع و تمایز آن از سایر قراردادها در حقوق ایران*، به تحلیل ماهیت بیع (و نه قرارداد پیش فروش) از دیدگاه فقها و حقوق‌دانان پرداخته است.

- غریبه و مسعودی (۱۳۹۰: ۱۵۷) در مقاله «تحلیل فقهی و حقوقی قرارداد پیش فروش آپارتمان»، بیع مزبور را بدون لحاظ جایگاه آن در قرارداد مشارکت در ساخت تحلیل نموده‌اند.

- رحیمی و خدارحمی (۱۳۹۳: ۳) در مقاله «مطالعه تطبیقی قرارداد پیش فروش آپارتمان در حقوق ایران» به هیچ عنوان اشاره‌ای به پیش فروش سهم سازنده نداشته‌اند.

- چگنی و سیاه‌بیدی کرمانشاهی (۱۳۹۹: ۹۵) در مقاله «بررسی فقهی و حقوقی اثر فسخ نسبت به قراردادهای سابق» به صورت کلی به تأثیر فسخ بر قراردادهای تبعی و فرعی اشاره نموده و بحث خاصی در مورد فسخ قرارداد مشارکت ارائه ننموده‌اند.

- زارعی و رحیمی (۱۳۹۸: ۹۵-۱۱۶) در مقاله «بررسی فقهی حقوقی تأثیر فسخ معامله مبنا بر معاملات تملیکی متعاقب»، این موضوع را با معیار قرار دادن خیارات قانونی و قراردادی مورد تحلیل قرار داده‌اند که تخصصاً از موضوع نوشتار حاضر خارج است.

بدین ترتیب تحقیقاتی که تا کنون در زمینه قراردادهای پیش فروش ساختمان و چالش‌های حقوقی پیرامون آن به انجام رسیده‌اند، هیچ‌گاه به تحلیل پیش فروش سهم‌الشرکه سازنده در قرارداد مشارکت در ساخت پرداخته‌اند؛ حال اینکه در رویه عملی طرفین قرارداد مشارکت در ساخت، پیش فروش سهم‌الشرکه سازنده بلافاصله پس



از انعقاد قرارداد مشارکت در ساخت، به امری متداول و متعارف بدل گردیده که در فرض فسخ قرارداد مشارکت در ساخت، ابهامات و دشواری‌های حقوقی متعددی برای طرفین قرارداد مشارکت و خریداران سهم‌الشرکه سازنده و به تبع آن محاکم دادگستری ایجاد خواهد کرد. در فرض پیش‌فروش سهم مالک، حتی در صورت فسخ قرارداد مشارکت، با عنایت به مالکیت مالک بر عرصه، وی موظف به احداث و تکمیل واحد پیش‌فروش شده خواهد بود (مگر با ذکر شرط مباشرت سازنده). اما ابهام اصلی در فرضی محقق می‌گردد که در قرارداد مشارکت، سازنده اقدام به پیش‌فروش سهم‌الشرکه خود نماید و پس از آن با فسخ قرارداد نخستین مواجه گردد. لازم به ذکر است که این نوشتار تا جایی به ماهیت عقد پیش‌فروش پرداخته است که تأثیر فسخ قرارداد مشارکت بر آن را مورد تحلیل قرار دهد. در واقع، طرح ماهیت پیش‌فروش فقط در راستای پاسخ‌دهی نقادانه و استدلالی به موضوع مقاله بوده که امری ضروری بوده است و در هیچ یک از قسمت‌های این نوشتار، طرح مباحث پیش‌فروش خارج از موضوع اصلی مقاله نبوده است.

## ۱. ارکان قرارداد مشارکت در ساخت

قرارداد به معنای توافق، تراضی و عقد است. عقد نیز به معنای بستن و گره زدن است. در واقع طرفین در اثر عقد و تراضی، حقوق و تعهداتی پیدا می‌کنند که در یکدیگر تنیده شده و پیدایش و استمرار هر تعهدی به تعهد طرف دیگر وابسته است (غروی نائینی، ۱۴۱۳: ۲۷۷/۱). اصولاً قرارداد مشارکت در ساخت به عنوان یک قرارداد معاوضی، بین مالک عرصه و شخصی که متعهد به ساخت اعیان بر روی عرصه می‌گردد، منعقد می‌گردد. ایجاب و قبول در قرارداد مشارکت در ساخت به عنوان یک قرارداد مستمر، نه پایان عقد که آغازی بر پذیرش تعهدات مندرج در عقد و بلکه زمینه‌سازی برای آن است. بر اساس لغت‌نامه دهخدا، پیش‌خرید به عنوان (اسم مصدر) عبارت است از خریدن کالایی که هنوز حاضر و موجود نیست و خریدار پولی می‌دهد که بعداً کالا را تحویل بگیرد. پیش‌فروش نیز عبارت است از فروختن مال یا غله قبل از مهیا شدن. قرارداد مشارکت در ساخت به عنوان یکی از عقود نامعین، زیرمجموعه آیه شریفه

﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (مائده / ۱) محسوب می‌گردد و می‌توان با توجه به اصل تراضی و قاعده فقهی «المؤمنون عند شروطهم» (طوسی، ۱۴۰۷: ۳۷۱/۷)، از نظر فقهی نیز آن را تحلیل نمود. افزون بر آن، این نوشتار قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ که مربوط به پیش‌فروش‌های رسمی است، متن قول‌نامه‌های رایج در بنگاه‌های معاملاتی ملکی را نیز که مربوط به پیش‌فروش‌های عادی و غیر رسمی و منطبق با ماده ۱۰ قانون مدنی است، ملاک تحلیل و تبیین ماهیت قرارداد مشارکت در ساخت و تأثیر فسخ بعدی برای پیش‌فروش‌های قبلی در نظر گرفته است. پیش از تحلیل بحث به بعضی از مواد مهم قرارداد مشارکت در ساخت که مربوط به موضوع این مقاله است، اشاره می‌گردد. معمولاً در ماده ۱ قرارداد مشارکت، اسامی و مشخصات طرفین معامله قید می‌گردد. در ماده ۲ به موضوع قرارداد مشارکت در ساخت تحت عنوان احداث بنا اشاره می‌گردد. در ماده ۳ قرارداد مشارکت، آورده هر یک از طرفین مشخص می‌شود. در قرارداد مزبور، آورده مالک زمین اوست که به صورت بالفعل و نقد در هنگام انعقاد قرارداد مشارکت در ساخت موجود است. آورده سازنده به عنوان طرف دوم قرارداد نیز احداث همه واحدهای موضوع قرارداد مشارکت در ساخت تا پایان مهلت قرارداد تعیین می‌گردد. در ماده ۴، شرط اختصاص سهم‌الشرکه به طرفین قرارداد بر اساس آورده‌ها و تعهدات آنها تعیین می‌گردد. در ماده ۵، حق نقل و انتقال طرفین قرارداد مشارکت از نظر فروش و پیش‌فروش تعیین می‌گردد و این امکان وجود دارد که از ابتدای قرارداد، حق پیش‌فروش برای سازنده به رسمیت شناخته شود.

در این قرارداد، آورده یک طرف زمین و آورده طرف دیگر، ساخت واحدهای مورد نظر است. آورده یک طرف نقد است؛ اما آورده طرف دیگر باید به تدریج در طول قرارداد ایجاد شود. سهم مالک قطعی و مستقر است؛ اما سهم سازنده که منوط به ایجاد است، متزلزل و غیر قطعی است. همچنین زمین به طور مطلق و برای یک زمان نامحدود و برای هر نوع نقل و انتقالی در اختیار سازنده قرار نمی‌گیرد؛ بلکه زمین برای مدتی محدود و برای ساخت کامل واحدها در اختیار سازنده قرار داده شده است. قید زمان دارای آثاری است که در مباحث بعد به آن می‌پردازیم.

## ۲. ماهیت حقوقی پیش فروش

با توجه به اینکه آپارتمان ساخته نشده، یکی از مسائل مستحدث و نوظهور محسوب می‌گردد، در مورد اتصاف آن به هر یک از مصادیق بیع، نظرات مختلفی وجود دارد. گروهی معتقدند که آپارتمان ساخته نشده، عین معین نیست؛ چون در هنگام عقد وجود خارجی ندارد. اما در مقابل، گروهی به استناد مشخص بودن فضا، ابعاد، مترها و سایر مشخصات، آن را عین معین می‌دانند. اما موضوع مفروض، کلی در معین هم نیست؛ زیرا این اصطلاح اشاره به مصادیقی دارد که در هنگام عقد وجود دارد و تنها مصداق آن مشخص نیست. کاتوزیان فروش آپارتمان ساخته نشده را بیع مال آینده می‌داند که به حکم عادت در آینده ایجاد می‌شود و آن را چیزی میان عینی و کلی می‌داند و معتقد است که در بیع مزبور، «زمینه پیدایش مال» در دید عرف ارزش دارد؛ اما در مجموع معتقد است که باید آن را در حکم کلی دانست (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۷۵). در ادامه این نوشتار، منظور از توصیف در حکم کلی بودن آپارتمان آینده و مبانی فقهی - حقوقی آن به بحث گذاشته خواهد شد. به هر حال، منظور از کالای آینده کالایی است که در تاریخ عقد، وجود خارجی و ملموس ندارد؛ اما با بیع به عنوان پیش فروشنده تعهد می‌کند که بعداً آن را فراهم کند و سر موعد تحویل دهد. در حقوق کشورهای عربی، قرارداد پیش فروش با عنوان «بیع الأشیاء المستقبلية» بررسی می‌شود که در آینده به وجود می‌آید یا ساخته می‌شود (پیرهادی، ۱۳۸۶: ۱۲۹).

### ۱-۲. ماهیت عقد پیش فروش از منظر فقهی

مبنای نظر کسانی که معتقدند فسخ بعدی، حتی اگر ناشی از عدم اجرای قرارداد مشارکت در ساخت باشد، تأثیری بر پیش خریدهای قبلی ندارد، غالباً ناشی از عقیده آن‌ها به تملیکی بودن پیش فروش است؛ زیرا به عقیده این گروه، پیش فروش نیز نوعی عقد تملیکی است و به محض انعقاد، مالی که در آینده قرار است ساخته شود، منتقل می‌گردد و فسخ بعدی تأثیری در نقل و انتقال قطعی قبلی ندارد و نمی‌تواند مالکیت مستقر شده را زائل نماید. در واقع از منظر فقها، عین آن چیزی است که اگر در خارج موجود شود، مشتمل بر ابعاد ثلاثه یعنی عرض، طول و ارتفاع است. لذا عین را شامل

همه موارد از جمله کلی در معین و کلی فی الذمه می‌دانند (مرعشی نجفی، ۱۴۰۶: ۱۴/۲): زیرا به هر حال در هنگام اجرای تعهد و تسلیم به خریدار، لاجرم باید در قالب عین معین محقق گردد (لطفی، ۱۳۸۸: ۲۰۸). به عبارتی، فقها لفظ عین را صرفاً در مقابل منفعت استعمال می‌نمایند (موسوی خمینی، ۱۴۱۸: ۴۰)؛ هرچند حقوق‌دانان غالباً لفظ عین را در مورد کالای معین استفاده می‌کنند و معتقدند که عین به کالای محسوس اطلاق می‌گردد، اما با اضافه کردن قید معین و استفاده از اصطلاح «عین معین» نشان داده‌اند که همچنان تحت تأثیر تعریف و برداشت فقها از عین هستند (مرعشی نجفی، ۱۴۰۶: ۱۴/۲). نتیجه تعریف فقهی از عین آن است که همه اقسام بیع (اعم از کلی، معین و مال آینده) از دیدگاه فقها تملیکی محسوب می‌شود. در عین حال، این سؤال قابل طرح است که آیا قرائت تملیکی از بیع پیش‌فروش به معنای انتقال قطعی و مستقر آن است؟ با مذاقه در آثار فقها می‌توان به این نتیجه رسید که از نظر آن‌ها:

«تملیک به معنای تسلیط بر عین، انحصاراً به صورت آتی نیست. بلکه اگر زمینه تملیک با ایجاب و قبول هم ایجاد گردد، به آن تملیک اطلاق می‌گردد؛ زیرا مالکیت عبارت است از رابطه اعتباری اختصاص یک موضوع به یک شخص که بیانگر حقانیت وی نسبت به تصرف در مملوک خود و جلوگیری از تصرف دیگران در آن است» (قبولی درافشان، ۱۳۸۶: ۹۳).

لذا از نظر فقها، ملازمه‌ای بین تحقق مالکیت و وجود متعلق آن در خارج نیست. از دیدگاه فقها، مالکیت بیش از آنکه از أعراض خارجی باشد، امری ذهنی و از اعتباریات عقلی است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۵۴/۱). از طرفی مال آینده معدوم مطلق نیست؛ بلکه دارای یک وجوب اعتباری است که جایگاه آن ذمه متعهد است (موسوی خمینی، ۱۴۰۴: ۱۷). در این صورت، شخص مالک چیزی می‌گردد که در چهارچوب توافق باید در آینده ایجاد گردد. لذا فقهای امامیه، نفس سلطه قانونی را مالکیت نامیده و آن را مختص به عین معین نمی‌دانند؛ بلکه آن را «سلطنتی اعتباری که توسط شارع مقدس و عقلاً ثابت است، تعریف نموده‌اند» (صفار، ۱۳۷۳: ۴۵).

با توضیحات فوق مشخص می‌گردد که در مکتب فقهی اسلام، مالکیت مفهوم گسترده‌ای دارد و منحصر در مبیع خارجی نیست؛ بلکه به مالی که ایجاد آن به ذمه

شخص منوط می‌گردد نیز اطلاق می‌شود و اگر ذمه مزبور نتواند مال مورد تعهد را ایجاد نماید، بیع به جهت فقدان موضوع، فاقد اعتبار است (مصطفوی، ۱۴۲۳: ۱۰). در واقع، مالکیت از طریق یک خط اعتباری و فرضی، اشخاص را به اموال مرتبط می‌نماید و در این خط فرضی، تفاوتی بین معین بودن یا در ذمه بودن نیست. به عبارتی با توجه به اینکه مبیع، کلی و یا فعلاً ناموجود است، ظرف مال مزبور بر خلاف عین معین، ذمه است و خریدار در واقع مالک مافی الذمه فروشنده می‌شود؛ بی‌آنکه مالک چیزی در عالم خارج گردد. البته گروهی با نوعی رویکرد حمایتی و جانبدارانه معتقدند که پیش‌خریدار به صورت آنی و قطعی، مالک قسمتی از عرصه موجود می‌گردد (پیرهادی، ۱۳۸۶: ۱۰۷). این گفته در صورتی صحیح است که قرارداد مشارکت به عنوان بستری که در آن پیش‌خرید انجام شده است، عرصه را تبدیل به واحد نماید. اما در صورتی که قرارداد مشارکت در ساخت بدون ایجاد موضوع مختومه گردد، مالکیت بر عرصه نیز زائل می‌گردد؛ به این دلیل آشکار که بر اساس مفاد قرارداد مشارکت در ساخت، پیش‌فروشنده حق انتقال عرصه را فقط با تعهد به ساخت واحدهای مورد نظر داشته و انتقال عرصه بدون عملی شدن موضوع قرارداد مشارکت، از شمول توافق و قصد و نیت متعاملین خارج است (همان: ۱۳۰). لذا هرچند که «انتقال حق عینی و از جمله مالکیت، یک عمل مجرد است که نیاز به ظهور خارجی ندارد و با صرف یک تحلیل و تشخیص ذهنی تصدیق می‌شود» (محسنی، ۱۳۸۲: ۶۰)، لیکن مالکیت اعتباری مزبور در نهایت باید تبدیل به وجود عینی گردد.

در بیع آپارتمان ساخته‌نشده به محض اتمام ساخت که «مبیع به صورت قطعی قابلیت تسلیم و تسلیم را داراست، مالکیت متزلزل، مستقر و تثبیت می‌گردد» (پیرهادی، ۱۳۸۶: ۱۳۴). در واقع، «انتقال مالکیت به مجرد عقد، در صورتی مواجه با عدم قابلیت اجرا می‌شود که امکان مادی و عینی آن موجود نیست و به محض وجود عینی و مادی، مانع برطرف و انتقال مالکیت صورت می‌پذیرد» (محسنی، ۱۳۸۲: ۱۲۰). لذا بیع آپارتمان ساخته‌نشده عقدی است تملیکی که اثر آن یعنی تملیک به پیش‌خریدار، منوط به ایجاد و تولید نهایی مبیع است و تا حصول معلق علیه به تأخیر می‌افتد (افتخاری، ۱۳۸۲: ۴۲).

به هر حال بر اساس نظریات فقهی، عقد بیع در تمامی فروض آن تملیکی است و

در عین حال باید به این مهم توجه داشت که همزمان با عقد، حق عینی برای خریدار مال کلی فی‌الذمه قابل تصور نیست (مصطفوی، ۱۴۲۳: ۱۰)؛ زیرا مالکیت بر مال آینده، یک سلطه و استیلا و به تعبیری دیگر، یک حق بر ذمه و یا یک حق دینی است (پیرهادی، ۱۳۸۶: ۹۲). از این مبحث نتیجه گرفته می‌شود که حتی با خوانش تملیکی از قرارداد پیش‌فروش، قبل از احداث واحد پیش‌فروش شده، نمی‌توان یک حق عینی برای پیش‌خريدار تصور نمود. بلکه فسخ قرارداد مشارکت در ساخت، پیش از ایجاد حق عینی باعث از بین رفتن زمینه ایجاد عین و در نتیجه انفساخ قهری پیش‌فروش می‌گردد (بنی‌هاشمی، ۱۳۹۶: ۱۱۶). در حقوق کشورهای عربی همانند سوریه، لبنان و لیبی نیز در صورتی که موضوع قرارداد در موعد مقرر، وجود خارجی پیدا نکند، آن بیع باطل است (شعاریان، ۱۳۹۱: ۸۳-۱۲۱).

## ۲-۲. ماهیت عقد پیش‌فروش از منظر حقوقی

از نظر حقوق دانان، مالکیت در معنای تام و واقعی خود، «فقط بر عین معین قابل تصور است و لذا در بیع کلی و یا ناموجود، تا عین موجود نشود، مالکیت محقق نمی‌شود» (قبولی درافشان، ۱۳۸۶: ۹۱)؛ زیرا منظور واقعی از تملیکی بودن عقد بیع آن است که به مجرد عقد، مورد معامله همراه با انتقال اعتباری، در دنیای واقع نیز قابلیت نقل و انتقال را دارا باشد (صفایی، ۱۳۸۵: ۴۰/۲). به نظر شهیدی به جز بیع عین معین، تملیک نمی‌تواند در هنگام عقد صورت پذیرد؛ بلکه در موارد کلی، اثر عقد پیدایش تعهد به تسلیم و نه تملیک است و بالتبع انتقال مالکیت بعد از تعیین و ایجاد محقق می‌شود (شهیدی، ۱۳۸۲: ۱۴). به عقیده کاتوزیان نتایج عقد با در نظر داشتن اجرای آن، به دو گروه تقسیم می‌شود: آثاری که همراه با عقد و بلافاصله به وجود می‌آید و با نفوذ عقد ملازمه دارد و آثاری که به علت ویژگی‌های مربوط به آن‌ها، بر عهده یکی از طرفین یا هر دو باقی می‌ماند و به ذمه تعلق می‌گیرد. لذا وقتی که عقد تعهدی به وجود می‌آورد، صرفاً با اجرای آن کامل می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۱۵۷/۱)؛ در نتیجه، تملیک مستقیم جایی صورت می‌پذیرد که مورد معامله عین معین باشد؛ لیکن در فرضی که عین کلی یا ناموجود است، تملیک (مسلط کردن فرد بر مال برای انجام هر گونه تصرفی که با مقتضای آن مال

سازگاری دارد) با تعیین مصداق آن از طرف مدیون و یا امکان تسلیم تحقق می‌پذیرد (همو، ۱۳۸۸: ۶۵/۲). بر این اساس، اگر مبیعی قابلیت انتقال آنی در لحظه عقد را نداشته باشد، بیع مربوط به آن نیز تملیکی نیست.

در همین راستا، به نظر شهیدی تعریف ماده ۳۳۸ برای عقد بیع جامع نیست و عقد بیعی را که موضوع آن کلی است، در بر نمی‌گیرد. به عقیده ایشان، در ماده ۳۳۸ عقد بیع به تملیک عین تعریف گردیده است؛ در صورتی که در همه انواع بیع، تملیک عین در زمان عقد نمی‌تواند صورت بگیرد، بلکه نتیجه بیع کلی و یا مال آینده صرفاً پیدایش تعهد یعنی تکلیف قانونی بر عهده فروشنده مال کلی است و انتقال مالیکت مبیع پس از تعیین صورت می‌گیرد (شهیدی، ۱۳۸۲: ۱۴). لذا ماده ۳۳۸ به موارد غالب ناشی از عقد بیع نظر داشته و یا منظور ماده این است که عقد بیع در هر صورت، هرچند با فاصله، منتهی به تملیک عین به عوض معلوم خواهد شد. هرچند ممکن است چنین تصور شود که اگر بیع آپارتمان ساخته نشده به عقدی غیر تملیکی تعبیر گردد، پیش فروشنده بعد از پیش فروش اولیه می‌تواند آن را به دیگری منتقل نماید و تنها باید پاسخگوی عهدشکنی خود باشد؛ زیرا بر اساس این رویکرد، پیش خریدار فاقد حق عینی بر ملک پیش خریداری شده است. لذا برای رفع اشکال مزبور، بیع پیش فروش را در حکم بیع معین می‌دانند. اما این ایراد به سهولت قابل رفع است؛ زیرا پیش فروشنده با پیش فروش ملک در واقع، زمینه ایجاد واحد را به پیش خریدار اول منتقل نموده و در نتیجه نمی‌تواند همزمان و یا بعد از آن پیش زمینه ایجاد عین را به دیگری منتقل نماید. در واقع، ذمه او در مورد احداث آپارتمانی با موقعیتی خاص و معین شده به پیش خریدار اولیه مشغول شده و نمی‌تواند همزمان آن ذمه را به دیگران نیز منتقل نماید؛ هرچند که برای پیش خریدار هم تا پیش از ایجاد عین، حق عینی به وجود نمی‌آید.

از توضیحات فوق چنین برمی‌آید که پیش فروش آپارتمان به طور همزمان واجد بعضی از عناصر و ویژگی‌های عین معین و کلی است و ظاهراً الحاق آن به مبیع کلی به صورت کامل امکان‌پذیر نیست؛ زیرا با تعیین مشخصات مکانی آپارتمان، ذمه وی به نوع مشخصی از مبیع تعلق گرفته است و با ساخته شدن آپارتمان، مبیع وجود خارجی و معین پیدا می‌کند و سبب پیشین (تراضی) با ضمیمه شدن ساخت آپارتمان موجب

تحقق تملیک تام و مستقر گشته و قهراً به خریدار تعلق می‌یابد (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۲۷۸):

مگر اینکه قانون‌گذار در نوع خاصی از پیش‌فروش، همانند پیش‌فروش‌های رسمی براساس قانون پیش‌فروش ساختمان، تملک تدریجی را پذیرا گردد (یوسف‌زاده، ۱۳۹۰: ۱۰۴). اما به طور کلی و در غیر از این موارد خاص، حق مالکیت تام پس از ایجاد مبیع انجام می‌پذیرد و هیچ‌گاه تملیک بر معدوم استوار نمی‌شود و به بیان دیگر، هرچند تملیک ناقص و غیر مستقر در مرحله ذهنی نیز می‌تواند ایجاد گردد (قاسمی، ۱۳۸۲: ۱۲۵)، اما تملیک تام و مستقر در زمانی قابلیت تحقق دارد که مبیع به مرحله پیدایش عینی برسد. تنها اشکالی که تصور می‌شود، ایراد جدایی سبب از اثر است؛ زیرا ذات سبب (عقد بیع) اقتضا دارد که بی‌درنگ مؤثر افتد و مسبب (مالکیت) را به وجود آورد و تراضی قادر نیست که بین این دو ملازم منطقی فاصله اندازد. ولی ایراد مزبور ناشی از همسان‌پنداری امور تکوینی و اعتباری است؛ زیرا اصولاً در موضوعات اعتباری، کیفیت و زمان و شرایط تأثیر سبب را خالق اعتباری آن موضوع اعتباری معین می‌سازد. «در حقیقت دو طرف می‌توانند سببی برپا سازند که مقتضای آن، تملیک بی‌درنگ و بی‌قید و شرط مبیع باشد و نیز می‌توانند تأثیر سبب را معلق به ساخت مبیع در آینده کنند» (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۲۷۵).

به هر حال در قرارداد مشارکت در ساخت که آورده طرف دوم قرارداد، احداث واحدهای موضوع قرارداد مشارکت در ساخت است، پیش‌خریدار بلافاصله مالک تام و غیر متزلزل واحدهایی که در آینده قرار است ایجاد گردد، نمی‌شود؛ مگر اینکه پیش‌فروشنده اقدام به اجرای قرارداد نموده و واحدهای مزبور را ایجاد نماید؛ زیرا وقتی که مالکیت قطعی طرف دوم قرارداد (سازنده)، منوط و مشروط به اجرای قرارداد مشارکت در ساخت است؛ اصولاً نمی‌تواند بیش از این حق را به پیش‌خریدار منتقل نماید. به عبارتی اگر سهم خود را پیش‌فروش نماید، پیش‌خریدار حقی بیش از سازنده پیدا نمی‌کند. نمی‌توان حق سازنده را منوط و مشروط به ساخت واحدها قلمداد نمود، اما حق پیش‌خریدار سازنده را وابسته و معلق بر ساخت واحدها توسط سازنده ندانست (افتخاری، ۱۳۸۲: ۴۲)؛ زیرا اصولاً اعطاکننده حق نمی‌تواند بیش از حق خود را به دیگران منتقل نماید و به عبارتی فاقد شیء نمی‌تواند معطی آن شیء باشد (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱: ۱۷/۲).



علاوه بر این، در قرارداد مشارکت معمولاً قید می‌گردد که طرف دوم قرارداد باید نسبت به احداث واحدهای موضوع قرارداد مشارکت در ساخت اقدام نماید و این امکان تا زمانی برقرار است که سازنده در قرارداد مشارکت، سمتی داشته است و بعد از بین رفتن سمت، امکان ساخت و تسلیم مبیع توسط او وجود ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۴۳)؛ مگر اینکه مالک با پیش‌خریداران سازنده برای انتقال و تملیک واحد به توافق خاصی برسد. با این حال تحلیل قصد و نیت طرفین می‌تواند در این زمینه نیز راهگشا باشد.

### ۳. تحلیل قصد و نیت طرفین و تئوری مادر و جنین

با توجه به قاعده فقهی «العقود تابعة للقصد»، قصد و نیت متعاملین نقش مهمی در ترسیم چهارچوب یک قرارداد دارد (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۶۳/۸) و به موجب اصل تراضی و یا اصل حاکمیت اراده بر طرفین قرارداد و یا قراردادهای تبعی و فرعی منبعث از قرارداد اصلی تحمیل می‌گردد (سنجولی و کیخا، ۱۴۰۰: ۱۹۴). پیش‌خریداری که با اتکاء به قرارداد مشارکت در ساخت، واحدی را از سازنده پیش‌خرید می‌نماید، باید بیش از هر چیزی به محدودیت‌ها و تکالیفی که قرارداد مشارکت در ساخت بر اساس اصل تراضی بر عهده سازنده گذاشته است، واقف گردد؛ زیرا همچنان که وی می‌تواند برای اثبات حق خود به حق سازنده در مورد پیش‌فروش واحد استناد نماید، لاجرم باید تکالیف و محدودیت‌های سازنده در قرارداد مشارکت را نیز پذیرا گردد.

در پیش‌فروش‌های انجام‌شده مقرر است که طرف دوم قرارداد با استفاده از فرصت قرارداد مشارکت در ساخت، واحد پیش‌فروش شده را به طور کامل ساخته و تحویل دهد که با فسخ قرارداد پیش از ساخت واحد، این امر به عنوان مبنای تراضی منتفی می‌گردد. در واقع ایجاد مالکیت برای پیش‌خریدار، فرع بر احداث بنای پیش‌فروش شده توسط پیش‌فروشنده است و بدون احداث بنای پیش‌فروش شده توسط متعهد و بایع، مالکیتی قابل تکوین نیست. در نتیجه چنین تحلیلی می‌توان گفت که اختصاص واحد ساخته‌نشده به سازنده و سپس تملیک آن به پیش‌خریدار، یا یک امر محال است و یا مستلزم تملیک واحدهای ساخته‌شده توسط مالک بعد از مختومه شدن قرارداد مشارکت در ساخت است که نوعی اکل مال به باطل و دارا شدن ناعادلانه است

(صدوق، ۱۴۱۳: ۹۶/۳)؛ زیرا اصولاً پیش‌فروش‌ها باید در بطن و ظرف قرارداد مشارکت، تبدیل به واحد شود.

اگر در ضمن قرارداد مشارکت، واحد پیش‌فروش شده به مرحله ایجاد واحد برسد و سپس قرارداد مشارکت فسخ گردد، پیش‌خريدار قهراً مالک واحد بوده و فسخ بعدی تأثیری بر آن ندارد. در حالی که تا قبل از ایجاد واحدهای موضوع قرارداد، عقد پیش‌خريد صرفاً یک قرارداد طفیلی و وابسته به قرارداد مشارکت محسوب می‌شود و پیدایش مبیع باید در بطن قرارداد مشارکت در ساخت صورت گیرد. اگر با انجام موفقیت‌آمیز قرارداد مشارکت، پیش‌خريد مال در ذمه پیش‌فروشنده، تبدیل به عین معین گردد، استقلال خود را نسبت به قرارداد مشارکت به دست می‌آورد و فسخ و یا مختومه شدن قرارداد مشارکت، تأثیری در آن ندارد و مشمول اصل عدم تأثیر قهقرايي فسخ می‌گردد. اما اگر قبل از پیدایش واحد پیش‌فروش شده، قرارداد مشارکت مختومه و حیات حقوقی خود را قبل از تحقق موضوع قرارداد از دست داد، امکان پیدایش ملک پیش‌فروش شده در چهارچوب قرارداد مشارکت که مبنا و پایه پیدایش و مشروعیت قرارداد پیش‌فروش است، منتفی می‌شود.

در واقع، قرارداد مشارکت به سان رحمی است که قرارداد پیش‌فروش در آن پرورش می‌یابد. اگر جنین مزبور (قرارداد پیش‌فروش) به مرحله تولد و حیات مستقل برسد (واحد پیش‌فروش ایجاد گردد)، فسخ بعدی قرارداد مشارکت در ساخت، در آن تأثیری ندارد و مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی حاکم بر مسئله است. اما اگر قرارداد مشارکت در ساخت در مرحله قبل از تحقق کامل پیش‌فروش که به مثابه رشد جنین در رحم مادر است، مختومه شود، امکان ایجاد واحد (تولد جنین) در قالب و بستر مزبور که از شروط مورد تراضی در قرارداد مشارکت در ساخت است، منتفی می‌گردد (هاشمی، ۱۳۹۲: ۱۰). با این حساب، اثر قید زمان در قرارداد مشارکت آن است که در صورت عدم هیچ‌گونه اقدامی در مدت زمان قرارداد مشارکت، قرارداد مذکور سالبه به انتفاء موضوع می‌گردد؛ زیرا زمان در قرارداد مشارکت در ساخت، یا موضوعیت دارد یا لااقل یکی از ارکان و شرایط مهم آن است. قید زمان پایان قرارداد مشارکت، واجد این اثر است که طرف دوم قرارداد باید در ظرف زمانی معهود، آورده خود را محقق کند تا بتواند از منافع قرارداد

مشارکت بهره ببرد. بر اساس نظریه شماره ۴۱۳۳/۷ - مورخ ۱۳۸۷/۷/۶ اداره حقوقی  
قوة قضایه:

«با توجه به قصد و اراده طرفین در زمان عقد قرارداد احداث بنا در زمان معین، اگر سازنده در مهلت تعیین شده موفق به اخذ پروانه نشود، احداث آن سالبه به انتفای موضوع است و سازنده نمی‌تواند الزام مالک به تحویل ملک و احداث ساختمان را خواستار شود.»

به عقیده این نوشتار، قصد و نیت طرفین قرارداد مشارکت و پیش‌خریداران قرارداد مشارکت، با استفاده از تئوری عقد معلق نیز قابل توضیح است.

#### ۴. تئوری عقد معلق و انطباق آن با قراردادهای پیش‌فروش

در قرارداد پیش‌فروش در مرحله قبل از ایجاد مبیع، یک مالکیت ناقص وجود دارد که به اعتبار احتمال تحقق ساخت کامل و قابل بهره‌برداری در آینده دارای ارزش است (پیرهادی، ۱۳۸۶: ۱۳۱). بر اساس توضیحات پیشین نیز حق مالکیت پس از ایجاد مبیع، به طور قطعی منتقل می‌گردد و بر معدوم مستقر نمی‌شود (محسنی، ۱۳۸۲: ۱۲۵). لذا برای توصیف ماهیت بیع پیش‌فروش آپارتمان می‌توان از تئوری عقد تملیکی معلق نیز بهره برد. در این نوع بیع، قصد انشاء بدون هیچ تعلیقی بیان می‌شود، لکن ثمره و محصول انشاء، موقوف به تحقق امر خارجی است؛ زیرا اصولاً حق مالکیت پس از ایجاد مستقر می‌گردد (قاسمی، ۱۳۸۲: ۱۲۵).

به عبارتی، هر عقدی متشکل از دو مفهوم است: تشکیل عقد، و تأثیر آن. به محض اینکه یک عقد منعقد گردد، مفهوم تشکیل بر آن صادق است؛ اما تشکیل عقد الزاماً به معنای ایجاد اثر عقد نیست، بلکه گاهی نفس عقد زمینه تملیک را فراهم می‌نماید (طباطبایی حائری، بی‌تا: ۵۲۷) و ممکن است میان تشکیل و تأثیر عقد فاصله افتد. عقد بیع پیش‌فروش با اراده طرفین به وجود می‌آید، اما اثر حقوقی آن مستلزم ایفاء تعهد ساخت آپارتمان است (قاسمی، ۱۳۸۲: ۱۱۹). در نتیجه، تملیک همیشه به معنای نقل ملک فعلی متعلق به فروشنده نیست، بلکه با ایفاء تعهد و استحصالی، واحد پیش‌فروش شده لااقل برای یک لحظه در مالکیت بایع وارد و متعاقباً به پیش‌خریدار تملیک می‌شود. لذا در

پیش فروش به عنوان یک عقد معلق، عقد صرفاً با ایجاب و قبول به اتمام نمی‌رسد؛ بلکه ایجاب و قبول، آغاز یک فرایند است و تملیک مستلزم انجام تعهد توسط فروشنده است (ماده ۳۶۱). بر این اساس، بیع شیء آینده‌ای که در قالب یک شیء معین و مشخص ظهور خواهد کرد، عقدی تملیکی است که اثر آن (تملیک مبیع به مشتری و تملیک ثمن به بایع) بر اساس خصیصه معاوضی بودن آن و فعلیت نداشتن مبیع در هنگام عقد، معلق بر ایجاد و تولید نهایی مبیع است و تا حصول معلق‌علیه به تأخیر می‌افتد. با توضیحات مزبور، جایگاه اصل عدم تأثیر فسخ بر حقوق ثالث در قرارداد مورد بحث نیز مورد خدشه و آسیب واقع می‌گردد.

### ۵. تحلیل قاعده عدم تأثیر فسخ بر حقوق ثالث

در برخی نظام‌های حقوقی، فسخ باعث انحلال زمان قرارداد از ابتدای انعقاد می‌گردد؛ اما در نظام حقوقی کشور ما به عنوان یک قاعده کلی، فسخ ناظر به زمان آینده و بعد از فسخ است و نسبت به گذشته بی‌تأثیر است که به آن اصل عدم قهقرایی فسخ گفته می‌شود (بنی‌هاشمی، ۱۳۹۶: ۱۲۶).

هرچند که فلسفه وجودی فسخ، بازگرداندن وضعیت حقوقی طرفین معامله به قبل از فسخ است، اما اقتضاء قاعده تسلیط آن است که تصرفات مالک در ملکش محترم باشد و فسخ معاملات قبلی آن را تهدید نماید (فاضل‌آبی، ۱۴۱۷: ۱/۴۶۵). به عبارتی، ممکن است متعاملین معامله‌های قبلی به هر دلیلی تصمیم به فسخ معامله خود بگیرند؛ این موضوع اصولاً نباید موجب تزلزل معاملات بعدی گردد. با این حال، استناد به اصل مزبور زمانی میسر است که قراردادهای بعدی نسبت به قرارداد پیشین مستقل باشند. اما حقوق ثالث در قرارداد مشارکت در ساخت، ناشی از حق سازنده است. به عبارتی دیگر، ابتدائاً باید حق مستقروی برای سازنده ایجاد گردد تا او امکان انتقال آن به پیش خریداران خود را دارا باشد (صحرائی، ۱۳۹۷: ۴۹). اما زمانی که ایجاد حق برای سازنده که نسبت به شخص ثالث اصل محسوب می‌شود، مبتنی بر شرطی به نام ساخت واحد و در واقع یک حق متزلزل است، به تبع آن، پیش خریدار که فرع بر سازنده است، نمی‌تواند بدون اثبات و احراز شرایط استقرار حق اصیل (سازنده)، ادعای استقرار حق مزبور را داشته

باشد (زندى، ۱۳۹۰: ۷۳). در نتیجه، عدم تأثیر فسخ بر حق ثالث به عنوان یک اصل است. لیکن زمانی که حق فروشنده اصلی متزلزل و منوط به تحقق شرایطی است، وی صرفاً امکان انتقال همان حق مشروط خود را به دیگری دارد (عاملی جزینی، ۱۴۱۴: ۱۰۴/۲) و پیش‌خریدار نیز مبیع آینده‌ای را خریداری می‌نماید که ایجاد آن بر اساس قرارداد مشارکت در ساخت، در زمره تکالیف انحصاری سازنده است و نمی‌تواند به اصل عدم قهقربایی فسخ تمسک نماید. با این توضیح، ناکارآمدی اصل صحت قراردادها در اثبات تنفیذ قراردادهای پیش‌فروشی که قرارداد پایه (قرارداد مشارکت در ساخت) نافرجام مانده است نیز آشکارتر می‌گردد.

## ۶. کاربرد اصل صحت قرارداد در تنفیذ قراردادهای پیش‌فروش و تبیین قانون پیش‌فروش ساختمان

اگر بعد از انعقاد قرارداد به هر دلیلی، شک و تردید ایجاد شود که آیا قرارداد منعقدشده صحیح است و یا خیر، با استناد به اصل صحت قراردادها تعیین تکلیف می‌گردد. با این حال، اولاً کاربرد اصل صحت قرارداد مربوط به لحظه انعقاد قرارداد است (زندى، ۱۳۹۰: ۴۷۸). اما در قراردادهای مستمر که باید مفاد آن در طول زمان اجرا شود، اصل صحت ابتدایی، به تنهایی تضمین‌کننده به سرانجام رسیدن آن نیست (جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۳۵۴/۵). ثانیاً اگر کشف شود که قراردادی بعد از انعقاد فاقد موضوع بوده است و یا موضوعی که باید در طی زمان ایجاد می‌شد، به سرانجام نرسیده است، اصل صحت قرارداد به تنهایی برای اعتبار عقد کافی نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۵۵/۴). ثالثاً به اقتضای قاعده «الأصل دلیل حیث لا دلیل له»، این اصل تا جایی کاربرد دارد که دلیل واضح و معتبری برای بی‌اعتباری عقد منعقدشده، موجود نباشد؛ در حالی که در مانحن‌فیه، موضوع قرارداد مشارکت و قراردادهای پیش‌فروش محقق نشده است.

در واقع تسلط بر موضوع معامله در بیع عین معین، می‌تواند به صورت آنی محقق گردد و مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی که در مورد عدم تأثیر فسخ بر قراردادهای قبلی است، ناظر به این دسته از عقود است. اما در پیش‌فروش، پیش‌خریدار الزاماً برای تسلط

مادی (و نه حقوقی) بر عین باید به انتظار ایجاد و احداث آن بماند. حتی از نظر تصرف حقوقی، ملک پیش خریداری شده نیز با محدودیت‌هایی همراه است؛ مثلاً قابلیت به رهن گذاشتن یا اجاره دادن را ندارد؛ زیرا بسیاری از تصرفات حقوقی هم مستلزم تعیین خارجی ملک پیش خریداری شده است. در واقع، ارزش ملک پیش خریداری شده بیشتر به زمینه فراهم شده برای ایجاد آن است که نوعی امتیاز مالی هرچند ناقص محسوب می‌شود (نونین و خواجه‌پیری، ۱۳۸۲: ۲۵/۶).

از طرفی، عنوان پیش فروش‌ها در قرارداد موصوف عبارت است از پیش فروش‌های قرارداد مشارکت در ساخت. این جمله اولاً بدین معناست که مجوز قانونی و قراردادی این پیش فروش‌ها ناشی از قرارداد مشارکت در ساخت است. ثانیاً اعتبار و استقرار این پیش فروش‌ها نیز به استقرار و عملیاتی شدن قرارداد مشارکت در ساخت وابسته است (حق‌شناس، ۱۳۹۶: ۶۴). ثالثاً تمامی اختیارات و محدودیت‌های مصرح سازنده در قرارداد مشارکت، بر پیش خریدار تحمیل می‌گردد. از جمله محدودیت‌ها مدت زمان مشخص شده برای ایجاد واحد است.

با توجه به اینکه زمین اصالتاً از آن مالک است و آورده او در پروژه نقد است، در نتیجه مالک، یک حق بالفعل و قطعی دارد. اما در مقابل سازنده که آورده او «سرمایه‌گذاری» و «احداث واحدها» است؛ یک حق متزلزل و غیر قطعی دارد. اگر نامبرده از انجام تعهد خود که مبنای ایجاد سهم‌الشرکه است، خودداری نماید، حقی برای او در ملک مورد نظر تثبیت و مستقر نمی‌شود. در نتیجه، تعهد سازنده بر احداث بنا، پیش شرط و مبنای ایجاد حق برای او محسوب می‌گردد و هر زمانی که تعهد مزبور منتفی گردد، به تبع آن، حق سازنده در پروژه هم منتفی می‌گردد. حق سازنده ناشی از سرمایه‌گذاری اوست و او درصدی معلوم از سرمایه محقق شده خود را در پروژه مالک می‌گردد و هیچ حق دیگری افزون بر آورده و سرمایه محقق شده توسط خود او در پروژه برایش قابل تصور نیست.

البته بعضی عقیده دارند با توجه به اینکه ماده ۱۳ قانون پیش فروش ساختمان مقرر کرده است: «پیش خریدار به نسبت اقساط پرداختی یا عوض قراردادی، مالک ملک پیش فروش شده می‌گردد»، در اولین قسط واریزی، یک حق قطعی برای پیش خریدار

ایجاد می‌شود که فسخ بعدی حتی پیش از اجرای قرارداد مشارکت نمی‌تواند در آن خللی وارد نماید. با این حال، این شبهه نیز قابل رفع است؛ زیرا در ادامه همان ماده، لازمه فرض مزبور نیز بیان شده است: «در پایان مدت قرارداد پیش‌فروش و اتمام ساختمان با تأیید مهندس ناظر...، پیش‌خریدار می‌تواند خواستار تنظیم سند رسمی انتقال به نام خود گردد». به عبارتی، قید «پایان مدت پیش‌فروش و اتمام ساختمان» نیز لازمه چنین درخواستی است و بر اساس آن لازم است که سازنده، احداث ساختمان پیش‌فروش شده را تا پایان مدت قرارداد پیش‌فروش به اتمام رساند. اما در صورتی که عملیات احداث ساختمان توسط پیش‌فروشنده به سرانجام نرسد، امکان تنظیم سند رسمی انتقال ساختمانی که موجود نیست و یا توسط پیش‌فروشنده ایجاد نشده، وجود ندارد. علاوه بر این، بر اساس ذیل ماده ۱ همان قانون، اختصاص حق پیش‌فروش به سازنده، در «ازاء سرمایه‌گذاری» اوست و بدون سرمایه‌گذاری (عوض)، معوضی به سازنده تعلق نمی‌گیرد که امکان انتقال آن را به دیگری داشته باشد. ماده ۱۴ قانون پیش‌فروش نیز به طور واضح این برداشت را تقویت می‌نماید. بر اساس این ماده:

«در صورت انجام کامل تعهدات از سوی پیش‌خریدار، چنانچه پیش‌فروشنده تا زمان انقضاء مدت قرارداد موفق به تکمیل پروژه نگردد، با تأیید مهندس ناظر ساختمان مبنی بر اینکه صرفاً اقدامات جزئی تا تکمیل پروژه باقی مانده است (کمتر از ده درصد (۱۰٪)) پیشرفت فیزیکی مانده باشد، پیش‌خریدار می‌تواند با قبول تکمیل باقی قرارداد، به دفتر اسناد رسمی مراجعه نماید و خواستار تنظیم سند رسمی به قدرالسهم خود گردد».

بر اساس این ماده، پیش‌فروشنده باید موفق به تکمیل عرفی ساختمان پیش‌فروش گردد تا با ایجاد حق عینی بر پیش‌خریدار، امکان انتقال قانونی آن میسر باشد. با این توضیحات، در پیش‌فروش ابتدائاً زمینه ایجاد عین به وجود می‌آید و افراد بر اساس زمینه مزبور، اقدام به خرید و فروش می‌نمایند (قاسمی، ۱۳۸۲: ۱۲۵). اما اگر در طول اجرای تعهد مشخص گردد که زمینه مزبور، توانایی ایجاد مبیع پیش‌خریداری شده را ندارد، آن بیع منفسخ است. مفقود شدن زمینه مزبور ممکن است ناشی از دو علت مادی و یا حقوقی باشد. علت مادی مانند اینکه زمین مزبور نشست نماید و امکان

ساخت‌وساز در آن میسر نباشد. علت حقوقی همانند اینکه سازنده‌ای که متعهد به ایجاد واحد گردیده است، از حق ساخت واحد در مدت زمان معین شده استفاده نکند و قرارداد مشارکت مختومه گردد. در واقع در بیع پیش‌فروش، هرچند تملیکی نامیده شود، عقد کامل و تمام‌شده نیست؛ زیرا هنوز موضوع به وجود نیامده است. زمانی پیش‌فروش تبدیل به عقد کامل می‌شود که موضوع آن یعنی «احداث واحد» محقق گردد. اگر تا زمان فسخ، امر مزبور محقق نگردد، بعد از فسخ نیز امکان تحقق موضوع توسط سازنده منتفی می‌شود؛ زیرا سازنده سمت قانونی و قراردادی را در قرارداد مشارکت در ساخت از دست می‌دهد (هاشمی، ۱۳۹۲: ۷۰).

### نتیجه‌گیری

رویه قضایی در زمینه آثار حقوقی فسخ قرارداد مشارکت در ساخت بر پیش‌فروش‌های قبلی، سردرگم و مبهم است و ظاهراً سایه سنگین نظریه تملیکی بودن بیع و اصل عدم قهقروایی فسخ، بر تصمیم‌گیری قضایی عادلانه و منطبق با ماهیت قرارداد مشارکت در ساخت و پیش‌فروش‌های انجام‌شده حاکم است. در حالی که تحلیل دقیق ماهیت بیع پیش‌فروش و ارکان قرارداد مشارکت در ساخت از منظر فقهی - حقوقی در این زمینه می‌تواند راهگشا باشد. پیش‌فروش آپارتمان ساخته‌نشده از این حیث که تملیک نهایی آن مستلزم ایفاء تعهد از طریق اقدام به ساخت توسط پیش‌فروشنده است، در زمره بیع کلی فی‌الذمه قرار می‌گیرد و هرچند که در هنگام معامله، عرصه موجود است، اما در قرارداد مشارکت در ساخت، اجازه انتقال عرصه به سازنده انحصاراً به شرط ساخت داده می‌شود. از طرفی، قرارداد مشارکت در ساخت بر خلاف عقود مصرح تمثیلی در مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی (که با ذکر مواردی همانند مبیع به اجاره یا به رهن داده شود، راجع به تأثیر فسخ بر عقود آنی پیشین است)، یک قرارداد عهدی و در عین حال مستمر است که ایجاب و قبول اولیه تنها زمینه و اقتضاء تملیک را موجب می‌شود که باید در مدت معهود به سرانجام رسد (خوبیاری و دیگران، ۱۳۹۹: ۲۱۴) و قبل از پیدایش آپارتمان، با مانع حقوقی به نام فسخ ناشی از عدم اجرای قرارداد مشارکت در ساخت مواجه نگردد. در حالی که با مختومه شدن قرارداد مشارکت پیش از احداث واحدهای



پیش‌فروش شده و به تبع آن از دست رفتن سمت سازنده در پروژه و متعذر شدن وفای به مضمون قرارداد، بیع صورت گرفته بدون موضوع تلقی شده (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۳۹۵/۵) و بر اساس مواد ۲۱۴، ۲۲۰، ۳۴۸، ۳۶۱، ۳۶۲، ۳۶۷، ۳۶۹ و ۳۷۰ قانون مدنی که متأثر از فقه امامیه است، فاقد اعتبار قانونی است.

در واقع، مفاد قاعده «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» فقط راجع به التزام به نتیجه و هدف عقد نیست؛ بلکه عمل به شرایط و مفاد تراضی برای وصول به نتیجه و هدف عقد نیز در قاعده مزبور مطمح نظر است. وقتی که در قرارداد مشارکت در ساخت، پیدایش حق برای طرف دوم قرارداد، در قبال سرمایه‌گذاری و ساخت واحدهای مورد نظر قرارداد است، ولی نامبرده به تعهداتی که مبنای ایجاد حق فروش واحدهاست، عمل نمی‌نماید، چگونه می‌توان با استفاده از خصیصه تملیکی بودن بیع و سایر اصول فقهی - حقوقی و بدون در نظر داشتن مفاد قرارداد مشارکت در ساخت، پیش‌فروش‌های انجام‌شده را تنفیذ و در هر حال حکم به تسلیم واحدهایی داد که سازنده اقدام به ساخت آن نکرده است؟ در حالی که مفاد بند ۱ ماده ۳۶۲ قانون مدنی در مورد تملیک آنی مبیع، «ناظر به موردی است که مبیع عین معین باشد و قابلیت تملیک را داشته باشد. اما در بیع کلی و یا پیش‌فروش مال آینده، تحقق تملیک منوط به تعیین و یا ایجاد مصداق است» (همو، ۱۳۸۳: ۳۰۶). به عبارتی، احداث واحد پیش‌فروش شده در ظرف زمانی معهود، مقدمه واجب و وجوب تملیک مبیع به پیش‌خریدار است و از نظر عقلی و شرعی، تحقق ذی‌المقدمه بدون تحقق مقدمه که لازم و ملزوم یکدیگرند، امکان‌ناپذیر است.

در مجموع علی‌رغم اختلاف ظاهری فقها و حقوق‌دانان در مورد تعریف عقد تملیکی می‌توان گفت که به عقیده هر دو گروه، در فروش مال کلی یا آینده، زمینه تملیک نهایی و مستقر ایجاد می‌شود. اگر سازنده از فرصت مقرر استفاده کند و زمان قرارداد مشارکت در ساخت به اتمام برسد، زمینه ایجاد مبیع تفویض شده و شخصاً باید پاسخگو باشد؛ زیرا در وضعیت مزبور، قاعده فقهی «البطالان کل عقد بتعذر الوفاء به» (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۶۵/۵)، حاکم بر موضوع است که بعضی از حقوق‌دانان آن را به انفساخ قهری تفسیر می‌نمایند (بنی‌هاشمی، ۱۳۹۶: ۱۱۶). پیشنهاد مشخص این نوشتار، آن است که در قانون پیش‌فروش ساختمان، آثار فسخ قرارداد مشارکت در ساخت پیش

از اجرای عرفی آن، که موجب انفساخ قهری پیش‌فروش‌های سازنده می‌گردد، به‌صراحت بیان گردد تا پیش‌خریداران سهم سازنده، از ریسک موجود در پیش‌خرید خود مطلع گردند و با اعتبارسنجی کامل پیش‌فروشنده و ارزیابی توانایی او در ایفاء تعهدات موضوع قرارداد مشارکت در ساخت، از پیش‌خریدهای نافرجامی که موجب تضرر آن‌ها و افزایش پرونده‌های مربوطه در دادگستری می‌شود، پیشگیری گردد.

## کتاب‌شناسی

۱. افتخاری، جواد، حقوق مدنی (۳)، کلیات عقود و حقوق تعهدات، تهران، میزان، ۱۳۸۲ ش.
۲. بنی‌هاشمی، سیدمهدی، انحلال و ابطال قرارداد در شرایط عمومی بیمان، تهران، جاودانه، جنگل، ۱۳۹۶ ش.
۳. پیرهادی، محمدرضا، انتقال مالکیت در عقد بیع، تهران، شالیزه، ۱۳۸۶ ش.
۴. جیبی‌عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۵. چگنی، مهدی، و سعید سیاه‌بیدی کرمانشاهی، «بررسی فقهی و حقوقی اثر فسخ نسبت به قراردادهای سابق»، دوفصلنامه آموزه‌های فقه مدنی، دوره دوازدهم، شماره ۲۱، بهار و تابستان ۱۳۹۹ ش.
۶. حق‌شناس، فرهاد، شرایط و آثار قراردادهای پیش‌فروش آپارتمان، سندج، علمی کالج، ۱۳۹۶ ش.
۷. خوباری، حامد، محمدرضا طباطبایی، علیرضا آرش‌پور، «بررسی جریان احکام فضولی در عقود عهدی از منظر فقه امامیه، حقوق ایران و انگلستان»، دوفصلنامه آموزه‌های فقه مدنی، دوره دوازدهم، شماره ۲۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۹ ش.
۸. رحیمی، حبیب‌الله، و نسرین خدارحمی، «مطالعه تطبیقی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان در حقوق ایران و انگلیس»، فصلنامه قضاوت، شماره ۷۹، پاییز ۱۳۹۳ ش.
۹. زارعی، رضا، و لیلیا رحیمی، «بررسی فقهی حقوقی تأثیر فسخ معامله مینا بر معاملات تملیکی متعاقب»، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، سال پانزدهم، شماره ۵۷، پاییز ۱۳۹۸ ش.
۱۰. زندی، محمدرضا، بیع (۸۸-۸۳): رویه قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران در امور مدنی، تهران، جنگل، ۱۳۹۰ ش.
۱۱. سنچولی، زینب، و محمدرضا کیخا، «نقد و تحلیل قول مشهور و قانون مدنی در بیع فضولی مبتنی بر قاعده "العقود تابعة للقضود"»، دوفصلنامه آموزه‌های فقه مدنی، دوره سیزدهم، شماره ۲۴، پاییز و زمستان ۱۴۰۰ ش.
۱۲. شعاریان، ابراهیم، «ثمن نامعین در قراردادهای پیش‌فروش؛ موانع حقوقی و فقهی - راهکارها»، دوفصلنامه فقه و حقوق اسلامی، سال سوم، شماره ۵، پاییز و زمستان ۱۳۹۱ ش.
۱۳. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی ۶؛ عقود معین ۱ (بیع، معاوضه، اجاره، جعاله، قرض و صلح)، تهران، مجد، ۱۳۸۲ ش.
۱۴. صحرایی، محمد، زمان انتقال مالکیت در قراردادهای پیش‌فروش ساختمان، چاپ دوم، تهران، بهنامی، ۱۳۹۷ ش.
۱۵. صدوق، ابوجعفر محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، من لایحضره الفقیه، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۱۶. صفایی، سیدحسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی (جلد دوم)؛ قواعد عمومی قراردادها، تهران، میزان، ۱۳۸۵ ش.
۱۷. طباطبایی حائری، سیدعلی بن محمدعلی، ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل، قم، مؤسسه آل‌البیت (ع) لاحیاء التراث، بی‌تا.
۱۸. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، حاشیه‌المکاسب، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۲۱ ق.
۱۹. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، تهذیب الاحکام، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.

۲۰. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال‌الدین مکی، *غایة المراد فی شرح نکت الارشاد*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۴ ق.
۲۱. غروی نائینی، میرزا محمد حسین، *المکاسب و البیع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۲۲. غریبه، علی، و ناصر مسعودی، «تحلیل فقهی و حقوقی قرارداد پیش‌فروش آپارتمان با تأملی بر انواع بیع»، *فصلنامه فقه حقوق اسلامی*، سال اول، شماره ۲، بهار و تابستان ۱۳۹۰ ش.
۲۳. فاضل آبی، زین‌الدین حسن بن ابی‌طالب یوسفی، *کشف الرموز فی شرح المختصر النافع*، چاپ سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۲۴. قاسمی، محسن، *انتقال مالکیت در عقد بیع*، تهران، دانشگاه امام صادق (علیه السلام)، ۱۳۸۲ ش.
۲۵. قبولی درافشان، سید محمد هادی، *مفهوم بیع و تمایز آن از سایر قراردادها در حقوق ایران با بررسی تطبیقی در حقوق انگلیس*، تهران، شلاک، ۱۳۸۶ ش.
۲۶. کاتوزیان، ناصر، *دوره حقوق مدنی؛ عقود معین (جلد اول)*، چاپ دهم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷ ش.
۲۷. همو، *دوره حقوق مدنی؛ قواعد عمومی قراردادها (جلد پنجم): انحلال قرارداد*، چاپ دوم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۶ ش.
۲۸. همو، *دوره حقوق مدنی؛ قواعد عمومی قراردادها (جلد چهارم): اجرای قرارداد*، چاپ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷ ش.
۲۹. همو، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، چاپ نهم، تهران، میزان، ۱۳۸۳ ش.
۳۰. کرکی عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل‌البیت (علیهم السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۳۱. لطفی، اسدالله، *سلسله مباحث فقهی، حقوقی؛ عقد بیع*، تهران، خرسندی، ۱۳۸۸ ش.
۳۲. مرعشی نجفی، سید شهاب‌الدین، *منهاج المؤمنین*، قم، کتابخانه آیة‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ ق.
۳۳. مصطفوی، سید محمد کاظم، *فقه المعاملات*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۳۴. موسوی بجنوردی، سید حسن بن آقابزرگ، *القواعد الفقهیه*، قم، الهادی، ۱۴۱۹ ق.
۳۵. موسوی بجنوردی، سید محمد بن حسن، *قواعد فقهیه*، چاپ سوم، تهران، عروج، ۱۴۰۱ ق.
۳۶. موسوی خمینی، سید روح‌الله، *زبدة الاحکام*، تهران، سازمان تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ ق.
۳۷. همو، *کتاب البیع*، تقریر خرم‌آبادی، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸ ق.
۳۸. نوین، پرویز، و عباس خواجه‌پیری، *حقوق مدنی (۶)؛ عقود معین (یک)*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲ ش.
۳۹. هاشمی، سید حسین، *انحلال قراردادها در حقوق ایران و فرانسه*، تهران، جنگل، ۱۳۹۲ ش.
۴۰. یوسف‌زاده، مرتضی، *حقوق مدنی ۶؛ عقود معین*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰ ش.

## رویکردهای تفسیر قرارداد:

### بافت گرایی و متن گرایی، با تأکید بر قصد طرفین\*

- محسن اکبری<sup>۱</sup>
- امیرعباس بزرگمهر<sup>۲</sup>
- محمود حبیبی<sup>۳</sup>

#### چکیده

تفسیر قرارداد از مهم‌ترین مباحث در حقوق قراردادهاست. طرفین قرارداد ممکن است در معنای الفاظ و عبارات قرارداد اختلاف کنند. اختلاف در قرارداد، اجرای تعهدات قراردادی را با مانع روبه‌رو می‌کند و دادگاه‌ها برای حل اختلاف و اجرای تعهدات قراردادی باید قرارداد را تفسیر کنند. کشف قصد مشترک طرفین، مهم‌ترین هدف تفسیر است. متن گرایان و بافت گرایان هر دو داعیه کشف قصد

---

\* تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۹/۲۲ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۵/۰۹.

۱. دانشجوی دکتری تخصصی حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران شمال، تهران، ایران (l.akbari57@gmail.com).
۲. استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران شمال، تهران، ایران (نویسنده مسئول) (drabozorgmehr@gmail.com).
۳. استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران شمال، تهران، ایران (dr.habibi99@yahoo.com).

طرفین را دارند. متن گرایان قصد عینی را همان قصد واقعی طرفین تلقی و آن را در متن قرارداد جستجو می‌کنند. در مقابل، بافت‌گرایان قصد ذهنی را اراده واقعی و اصیل طرفین قرارداد دانسته، متن قرارداد را بدون توجه به بافتی که قرارداد در آن شکل گرفته است، منبعی ناقص می‌دانند. در این مقاله، کشف قصد واقعی ذیل اصل آزادی و حاکمیت اراده به عنوان یکی از مهم‌ترین ارزش‌های نظام‌های حقوقی در حوزه حقوق قراردادها مفروض است. از این رو، میزان توانایی وصول به قصد واقعی، ملاک اصلی ارزیابی هر یک از این رویکردهاست. رویکرد بافت‌گرا با به کارگیری ادله گسترده، توانایی و دقت بیشتری در کشف قصد واقعی طرفین دارد. اگرچه رویکرد متن‌گرا در مواردی با قصد واقعی طرفین منطبق است، به دلیل محدودیت در منابع مورد استناد، توفیق چندانی در کشف قصد واقعی طرفین ندارد. در این پژوهش با اتکا به روش توصیفی - تحلیلی و با ارزیابی قواعد هر یک از این رویکردها می‌توان گفت نظام‌هایی که قرارداد را صرفاً ابزاری برای تحقق بخشیدن به ارزش‌های اقتصادی در معاملات می‌دانند، بیشتر به رویکرد متن‌گرا متمایل‌اند. در مقابل، در نظام‌هایی که در آن‌ها قرارداد خود واجد ارزش ذاتی است و تحقق قصد طرفین فارغ از ارزش‌های اقتصادی موضوعیت دارد، به رویکرد بافت‌گرا اقبال بیشتری دارند. بر این اساس، به نظر نگارندگان، پایان دادن به جدال ناتمام متن‌گرایی و بافت‌گرایی در گرو بررسی اولویت‌های ارزشی یک نظام حقوقی در حوزه حقوق قراردادهاست؛ مسئله‌ای که در پژوهش‌های دو دهه اخیر مغفول مانده است.

**واژگان کلیدی:** تفسیر قرارداد، قصد عینی، قصد ذهنی، متن‌گرایی، بافت‌گرایی.

## ۱. مقدمه

قرارداد، تجلی حاکمیت اراده اشخاص بر روابط اقتصادی آنان است. در قرارداد، اشخاص حق دارند آزادانه اراده خود را اعمال کنند. این حق برگرفته از حق کرامت انسانی و حق مالکیت است. قرارداد انتظارات متعارف و معقولی را برای طرفین ایجاد می‌کند و از این جهت اشخاص می‌توانند به اجرای آن اعتماد کنند (Barak, 2005: 318); چرا که آنان از طریق زبان مشترک، رابطه قراردادی خود را شکل داده‌اند. الفاظ و عبارات، حاوی معنایی در ذهن هر یک از طرفین است که از طریق آن‌ها، معانی را به

یکدیگر منتقل می‌کنند. برخی اوقات، معانی ذهنی که هر یک از طرفین از الفاظ و عبارات قرارداد برداشت می‌کنند، با طرف دیگر متفاوت است و تأکید هر طرف بر معنای مورد نظر خود، مانع اجرای تعهدات قراردادی می‌شود. در چنین شرایطی، اختلافات قراردادی بروز می‌یابند (Klass, 2020: 19). برای حل اختلافات قراردادی، دادگاه باید دست به «تفسیر»<sup>۱</sup> قرارداد بزند.

در حقوق قراردادها، توجه به اصل آزادی اراده در نظر حقوق‌دانان اهمیت اساسی دارد. تحقق بخشیدن به این اصل، از ارزش‌های مهم نظام‌های حقوقی است. از این رو، هنگام بروز اختلافات قراردادی نیز هدف اصلی، کشف قصد طرفین است و ملاک تفسیر «صحیح» احراز و کشف آن است. اما پرسش این است که چگونه می‌توان به قصد طرفین دست یافت و مفسر برای دستیابی به این مهم باید به چه منبع یا منابعی رجوع و به کدام ادله توجه کند؟ عده‌ای قصد طرفین را در الفاظ و عبارات قرارداد متبلور می‌دانند و عده‌ای دیگر، کشف قصد طرفین را در گستره وسیع‌تری جستجو می‌کنند و متن قرارداد را برای احراز قصد طرفین کافی نمی‌دانند. دسته اول را متن‌گرا و رویکرد آنان را «متن‌گرایی»<sup>۲</sup> و دسته دوم را بافت‌گرا و رویکرد آنان را «بافت‌گرایی»<sup>۳</sup> می‌نامند. وجه تمایز این رویکردها در اهمیت دادن به «متن» قرارداد به عنوان منبع اصلی تفسیر، یا «بافتی»<sup>۴</sup> است که متن در آن شکل گرفته است.

این رویکردها را از دیدگاه‌های مختلفی می‌توان ارزیابی کرد. سطح فلسفی و زبان‌شناختی از عمیق‌ترین لایه‌های بررسی است. در این سطح، پرسش اساسی این است که آیا کلمات معنای تحت‌اللفظی دارند یا اینکه معنای حقیقی همیشه برگرفته از بافت است؟ (Mitchell, 2015: 233). اگرچه پاسخ به این پرسش می‌تواند در نقد و بررسی حقوقی مؤثر افتد، ورود به این سطح نیازمند پژوهشی عمیق و فلسفی است که این مقاله در پی آن نبوده است. دیدگاهی دیگر از جنبه اقتصادی به تفسیر می‌پردازد.

1. Interpretation.
2. Textualism.
3. Contextualism.
4. Context.

این دیدگاه، رویکردهای تفسیری را بر اساس متغیرهای کارایی<sup>۱</sup> و هزینه‌های اقتصادی و سود حداکثری طرفین قرارداد نقد و بررسی می‌کند. تحلیل اقتصادی نیز مستلزم تعریف مفاهیم اقتصادی است که از مأموریت این مقاله خارج است. در نهایت، این رویکردها را از منظر حقوق قراردادهای و با تأکید بر قصد طرفین نیز می‌توان نقد کرد، که این مقاله در مقام بررسی آن است.

بین مدافعان متن‌گرایی و بافت‌گرایی، بحث‌های نسبتاً طولانی در گرفته است. در دو دهه اخیر، برای برون‌رفت از جدال بی‌پایان این دو رویکرد، جریان‌های مختلفی بروز و ظهور یافته‌اند. عده‌ای از منظر تحلیل اقتصادی و داده‌های تجربی، متن‌گرایی (به ویژه معاملات بین شرکت‌های تجاری) را رویکرد قابل دفاعی می‌دانند. در نظر اینان، طرفین برای رسیدن به حداکثر سود ترجیح می‌دهند که دادگاه‌ها قواعد متن‌گرایانه را در تفسیر به کار گیرند (Cf. Schwartz & Scott, 2003). عده‌ای با ایجاد توازن بین عناصر و قواعد متن‌گرایی و بافت‌گرایی، رویکردی بینابین را پیشنهاد داده‌اند. اینان با ایجاد محدودیت در استناد به منابع خارج از قرارداد و اتکا به داده‌های عینی، بافت‌گرایی را تعدیل کرده‌اند (Cf. Burton, 2009). برخی دیگر با رد تقابل بین متن‌گرایی و بافت‌گرایی، رویکرد واحدی را صورت‌بندی کرده‌اند (Cf. Catterwell, 2020). در نهایت، برخی دیگر التزامی بر به کارگیری یکی از این دو رویکرد ندارند و بسته به نوع قرارداد، هر دو را در جای خود کارآمد می‌دانند (Cf. Cunningham, 2018). معرفی و نقد هر یک از این جریان‌ها در خور مقاله‌ای مستقل است.

در حقوق ایران و در منابع فارسی، پژوهشی مستقل درباره متن‌گرایی و بافت‌گرایی صورت نگرفته است؛ اما با مرور این منابع ملاحظه می‌شود که اصول و قواعد تفسیری - اگرچه به صورت پراکنده - موضوع پژوهش‌های زیادی بوده است. قریب به اتفاق این پژوهش‌ها اعم از کتب و مقالات، از جهاتی ناقص و دارای ضعف‌اند. این مقاله در صدد است کاستی‌های پژوهش‌های پیشین را از چند جهت به شرح زیر جبران کند، تا موضوع تفسیر قرارداد به بهترین نحو تبیین شود.

1. Efficiency.



قصد طرفین در اکثر نظام‌های حقوقی جایگاهی والا دارد. از این رو، قواعدی که می‌توانند قصد طرفین را در قرارداد احراز کنند، در تفسیر قرارداد اولویت دارند. اما انتخاب چند قاعده تفسیری به صورت پراکنده و بدون اینکه مشخص شود هر قاعده مبتنی بر چه رویکرد تفسیری است، راهگشا نیست؛ چه اینکه رویکردهای عمده تفسیری نیز هر یک داعیه کشف قصد طرفین را دارند؛ چنان که در دو دهه اخیر، طرفداران دو رویکرد مهم متن‌گرایی و بافت‌گرایی، بحث‌های گسترده‌ای را مطرح کرده و با استدلال‌های مختلف سعی داشته‌اند غلبه خود را بر دیگری اثبات نمایند.

در این پژوهش در وهله اول نشان داده شده که متن‌گرایی و بافت‌گرایی، هر دو مدعی‌اند که به بهترین وجه می‌توانند قصد طرفین را احراز کنند؛ با این تفاوت که متن‌گرایان مهم‌ترین منبع را برای کشف قصد طرفین، متن می‌دانند و در مقابل، بافت‌گرایان بر این باورند که متن قرارداد بدون توجه به بافت آن (عوامل خارج از متن) فاقد معناست و به قصد واقعی طرفین، هنگامی می‌توان دست یافت که بافت و زمینه عبارات و الفاظ - به کاررفته در قرارداد- در نظر گرفته شود.

در وهله دوم، مفاهیم و قواعد مرتبط با این رویکردها تبیین و تحلیل شده است و در نهایت، وجوه برتری هر یک از رویکردهای متن‌گرایی و بافت‌گرایی بحث شده است. اگرچه، فارغ از نگاه کلان به نظام‌های حقوقی، رویکرد بافت‌گرا توفیق بیشتری در کشف قصد طرفین دارد، تحلیل رویکردهای متن‌گرا و بافت‌گرا و قواعد مرتبط با آن‌ها در این پژوهش، خواننده را به این امر سوق می‌دهد که در این سطح از بحث شاید بتوان به نوعی قائل به تکافوی ادله شد. به عبارت دیگر، برتری هر یک از این رویکردها نیاز به معیاری فراتر دارد و نقد درونی رویکردها نمی‌تواند پاسخگوی مسئله باشد. این برتری بستگی وثیق به ارزش‌های هر نظام حقوقی دارد. رویکرد غایت‌مدار در قراردادها خود بسنده است و می‌تواند نفع و سود حداکثری طرفین در قراردادها را نادیده بگیرد. در حالی که در نگاه ابزاری به قرارداد، نفع اقتصادی به عنوان پیش‌فرض طرفین در انعقاد و تفسیر قرارداد در نظر گرفته می‌شود. با این اوصاف، این مقاله می‌تواند گامی برای جهت‌دهی به پژوهش‌های آتی بردارد؛ به نحوی که پژوهشگران با تدقیق در ارزش‌های نظام‌های حقوقی، رویکرد تفسیری کارآمد و متناسب با هر نظام حقوقی را

اتخاذ و قواعد مرتبط با آن رویکردها را برگزینند.

چنان که در بخش بعد خواهد آمد، در پژوهش‌هایی که تا کنون انجام شده است، ضرورتی به طرح رویکردهای مهم تفسیری دیده نشده و در اغلب آن‌ها صرفاً به چند تکنیک و اصول تفسیری بسنده شده است و هیچ یک به مفاهیم و قواعدی چون «شرط یکپارچگی»، «تفسیر در چارچوب قرارداد»، «منع استماع ادله خارج از قرارداد» و «معنای متعارف و آشکار» پرداخته و می‌توان گفت که هر یک به نحوی موضوعات قبلی را با زبانی دیگر تکرار کرده است.

در بخش‌های بعد ضمن تعریف مفاهیم اولیه همچون تفسیر و هدف از تفسیر، تلاش شده است رویکردهای متن‌گرا و بافت‌گرا، مبانی هر یک از این رویکردها و قواعد مرتبط با آن‌ها نقد و بررسی، و با تکیه بر قصد طرفین قرارداد، میزان توفیق هر یک از این رویکردها با روشی تحلیلی ارزیابی شود.

## ۲. پیشینه تحقیق

در حقوق ایران اگرچه تفسیر قرارداد، موضوع پژوهش‌های مختلفی قرار گرفته است، تقریباً قریب به اتفاق پژوهش‌ها اعم از کتب و مقالات از جهاتی ناقص و دارای ضعف‌اند. در آثار حقوق‌دانانی چون کاتوزیان، شهیدی و امامی، موضوع تفسیر قراردادها به عنوان بحثی فرعی و مختصر ذیل بحث قواعد عمومی قراردادها و اصول قراردادها و تعهدات آمده است. کاتوزیان ضمن پرداختن به دشواری احراز قصد مشترک دو طرف، به تعریف تفسیر قرارداد پرداخته و جستجوی قصد مشترک و تفسیر نوعی و اجتماعی (آزاد) را دو شیوه تفسیری متمایز دانسته است. او در تفسیر قرارداد به فروض مختلفی چون قرارداد بدون ابهام، قرارداد مبهم و قرارداد ناقص اشاره کرده و با معیارهایی چون عرف، انصاف و روح قانون سعی داشته شیوه‌های تفسیر در قرارداد را بیان کند (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۱۴-۵۸). وی همچنین در مقاله «تفسیر قرارداد» ضمن تأکید بر اهمیت اراده طرفین قرارداد، دیدگاهی را که به تمجید اراده طرفین در قرارداد می‌پردازد، نشئت گرفته از عقاید فردگرایان شمرده و جنبه‌های عادلانه و اجتماعی قرارداد را نشئت گرفته از رویکرد اجتماعی به قرارداد دانسته و با ذکر نمونه دعاوی و

آراء قضایی، برخی از مفاهیم مانند شرط «تفسیر به نفع بیمه گذار» و همچنین مفاهیمی چون تبعیت قصد از عقد، دو رویکرد فردگرایانه و اجتماعی را شرح داده است (ر.ک: همو، ۱۳۸۴). شهیدی پس از تعریف تفسیر قرارداد، اراده مشترک انشاکنندگان را مدار تفسیر قرارداد دانسته و وسایل تفسیر را تحت سه عنوان کلمات و قرائن حالی و مقالی، مقررات قانونی و در نهایت عرف قرار داده است (ر.ک: شهیدی، ۱۳۹۱: ۲۹۲-۳۳۱). امامی نیز ذیل بحث اثر معاملات، اجمالاً به اختلاف طرفین راجع به مفاد سند پرداخته و صرفاً با اشاره به ماده ۲۲۴ قانون مدنی، این ماده را حاوی یک اصل حقوقی برای حل اختلافات قراردادی دانسته است (ر.ک: امامی، ۱۳۸۹: ۲۸۳-۲۸۴). در کتاب *تفسیر قراردادهای تجاری بین‌المللی* با تکیه بر نظریه‌های «تفسیر بر اساس قصد مشترک طرفین» و تفسیر بر اساس «عرف و مصالح اجتماعی»، مؤلف به ابزار و منابع تفسیر قراردادها از جمله متن قرارداد، مذاکرات مقدماتی طرفین، کنوانسیون‌ها و عرف، و در بخش دوم به معرفی اصول و قواعد تفسیری چون اصل حسن نیت، اصل تفسیر در پرتو کل قرارداد، اصل صحت در تفسیر قرارداد، و اصل تفسیر به زیان تنظیم‌کننده پرداخته است. ایجاد ارتباط مبانی نظری با اصول تفسیری به تفکیک هر یک از نظریات را می‌توان از جمله مهم‌ترین موضوعاتی دانست که در این کتاب مغفول مانده است (ر.ک: حبیبی، ۱۳۹۲: ۶۳-۲۵۳).

از دیگر کتبی که به طور مختصر و در ذیل آثار قراردادها به موضوع تفسیر پرداخته‌اند، می‌توان به *حقوق تعهدات* و نیز *تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها* اشاره کرد. در کتاب *حقوق تعهدات*، تفسیر قرارداد با مقایسه تطبیقی بین قانون فرانسه، اسناد بین‌المللی و حقوق ایران بحث شده و منبع اصلی برای تبیین تفسیر قرارداد، متن قوانین و مقررات یاد شده است. نویسندگان، اصول تفسیری چون اصل «در نظر گرفتن کل قرارداد به عنوان مجموعه‌ای واحد» و در نظر گرفتن اصل انصاف، عدالت و عرف در تفسیر قرارداد در برابر تفسیر تحت‌اللفظی و قاعده «تفسیر به ضرر تنظیم‌کننده قرارداد» را از قوانین و مقررات استخراج و به طور مختصر بدان‌ها پرداخته‌اند (ر.ک: شعاربان و ترابی، ۱۳۹۳: ۳۰۸-۳۳۴). در کتاب *تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها* در فصل اول از بخش سوم تحت عنوان «تحلیل اقتصادی تفسیر قراردادها»، به تبیین تفسیر قرارداد پرداخته شده است. مؤلف در شرح مبانی نظری، به صورت مختصر و بدون تبیین رویکردهای مهم تفسیری،

متن‌گرایی را در برابر سنت‌گرایی قرار داده و بی‌آنکه رویکرد مقابل آن یعنی بافت‌گرایی را مطرح کند، به صورت مختصر به دو قاعده تفسیری به صورت پراکنده و بعضاً با ترجمه نادرست اشاره کرده است. در بخش‌های دیگر نیز صرفاً به برخی از مفاهیم اقتصادی و نحوه به کارگیری آن‌ها در تفسیر قرارداد پرداخته شده است (ر.ک: انصاری، ۱۳۹۳: ۴۰۷-۴۹۰). برخی از کتب نیز که در دهه ۷۰ شمسی نوشته شده‌اند - و ارجاعاتی نسبتاً گسترده در مقالات به آن‌ها به چشم می‌خورد - از قواعد اصولی و لفظی معرفی شده در علم اصول نیز در تبیین تفسیر استفاده کرده‌اند (ر.ک: صاحبی، ۱۳۷۶). برخی دیگر، اصول و تکنیک‌های تفسیری را به تفکیک فروض و شقوق مختلف با نگاهی تطبیقی بررسی کرده‌اند (ر.ک: قشقایی، ۱۳۷۸).

پژوهش‌هایی را که در سال‌های اخیر در حوزه تفسیر قراردادها نوشته شده‌اند، می‌توان در دو دسته قرار داد؛ موضوع برخی از آن‌ها تفسیر قرارداد است و برخی دیگر صرفاً اصل یا قاعده‌ای از تفسیر قرارداد را به صورت موردی بحث کرده‌اند. چنان‌که برخی تفسیر قرارداد را از منظر امکان اثربخشی به نتایج غیر منطقی در آن بررسی کرده‌اند. نحوه انتخاب قواعد تفسیری در دیوان‌های داوری بین‌المللی، اصول کلی تفسیر قرارداد از جمله «حسن‌نیت»، اصل «اثر مفید»، «رفتار بعدی طرفین قرارداد»، «تفسیر یکنواخت» و اصل «تفسیر علیه تنظیم‌کننده قرارداد» در رویه داوری تجاری بین‌المللی، از جمله موضوعات مورد بحث است (ر.ک: مافی و کدیور، ۱۳۹۷). در برخی از پژوهش‌ها با رویکرد تطبیقی، دو مکتب تفسیر لفظی و تحقیق علمی آزاد معرفی شده‌اند و نویسندگان با تأکید بر اراده مشترک طرفین و اشاره به نظریه‌های اراده باطنی و اراده ظاهری، برخی اصول مورد استفاده در تفسیر از جمله اصل «حمل الفاظ بر معانی عرفی» را مطرح و ابزارهای تفسیری خارج از قرارداد را شامل قانون عرف و انصاف دانسته‌اند (ر.ک: علومی یزدی و بابازاده، ۱۳۸۹؛ علوی و بابازاده، ۱۳۸۹). در پژوهشی دیگر با تأکید بر اهمیت قصد مشترک طرفین، موضوعاتی چون مذاکرات مقدماتی، نوع قرارداد، و روابط قراردادی، از جمله عوامل مؤثر بر تفسیر دانسته شده‌اند (ر.ک: داراب‌پور، ۱۳۸۹). برخی نیز با اشاره به دو نظریه فردگرایی و اجتماع‌گرایی، به اراده باطنی و اراده ظاهری اشاره کرده و با تأکید بر اراده فرضی بر مبنای نظریه اجتماعی شدن حقوق

قراردادها، تفسیر قرارداد بر اساس مصالح و منافع اجتماعی را در حقوق امروز ضروری دانسته‌اند (ر.ک: افضل‌ی و دیگران، ۱۳۹۸).

در دسته‌ای دیگر از پژوهش‌ها، یکی از قواعد یا مفاهیم مرتبط با تفسیر، بحث و بررسی شده است؛ چنان که در پژوهشی با طرح دو نظریه اراده باطنی و اراده ظاهری در تفسیر قرارداد، دو معیار شخصی و نوعی و نیز معیار مختلطی در تفسیر قرارداد مطرح، و با رویکرد تطبیقی به کنوانسیون وین و مواد آن، معیار قصد نوعی و قصد شخصی بحث شده است (ر.ک: اصغری آق‌مشهدی و تقی‌پور درزی نقیبی، ۱۳۹۶). در پژوهشی دیگر بر مبنای مبحث تعارض ادله در اصول فقه، پیشنهادهاتی برای حل تعارضات قراردادی ارائه شده است (ر.ک: شیری و دیگران، ۱۳۹۴). برخی دیگر بر اساس اصل صحت تأکید کرده‌اند در مواردی که رسیدن به قصد مشترک طرفین با مشکل مواجه می‌شود، اصل صحت می‌تواند به تفسیری منتهی شود که اثر حقوقی داشته باشد یا لغو و بیهوده نباشد (ر.ک: طباطبائی و آرابی، ۱۳۹۰). در همین راستا، برخی انصاف و حسن‌نیت را ابزاری برای تفسیر قرارداد دانسته و مورد بحث قرار داده‌اند (ر.ک: کرمی کلمتی و گندمکار، ۱۴۰۰).

عمده‌ترین نقطه ضعف آثار یادشده، ضعف نظری است؛ به این معنا که این آثار بیشتر در صدد معرفی اصول و تکنیک‌های تفسیری بوده‌اند و طرح مبانی نظری تفسیر در آن‌ها مغفول مانده است و معرفی و نقد دو جریان مهم نظری متن‌گرایی و زمینه‌گرایی - که در دو دهه اخیر در سطح جهانی مطرح بوده‌اند- در این آثار دیده نمی‌شود. در برخی از مقالات نیز که مختصراً به نظریه‌ها پرداخته شده است، صرفاً به مکتب تفسیر لفظی و تفسیر اجتماعی و آزاد بسنده شده و در برخی موارد به مکتب اصالت فرد و اجتماع محدود گردیده است. صرف‌نظر از اینکه این رویکردها بیشتر در تفسیر قوانین پرکاربرد است، در بسیاری از موارد به دلیل فقدان ارتباط نظری مستقیم با تفسیر قرارداد، نمی‌توان قواعد تفسیر قرارداد را از آن‌ها استخراج کرد. ضعف دیگر این آثار که به دلیل فقر نظری ایجاد شده، این است که تکنیک‌ها و اصول تفسیری به صورت پراکنده و جدا از مبنای نظری مطرح شده‌اند و معلوم نیست که اصول و قواعد، منبعث از کدام رویکرد نظری هستند. همچنین در بسیاری از موارد، تکنیک‌های تفسیری با قواعد تفسیری خلط و در برخی موارد یکسان پنداشته شده‌اند. بر این اساس، آنچه این

پژوهش را از سایر پژوهش‌ها متمایز می‌کند، در وهله اول، طرح رویکردهای مهم تفسیری و بررسی قواعد مرتبط با هر رویکرد است. نکته مهم‌تر اینکه این پژوهش با تأکید بر قصد، توانایی و قدرت، هر دو رویکرد متن‌گرایی و زمینه‌گرایی را در امکان کشف و احراز قصد مشترک طرفین قرارداد مورد ارزیابی قرار داده است؛ امری که در هیچ یک از پژوهش‌های پیش‌گفته ملاحظه نمی‌شود.

### ۳. هدف و چیستی تفسیر قرارداد

هدف و چیستی تفسیر قرارداد، از این جهت که پایه چارچوب نظری قرارداد است، اهمیت زیادی دارد. به عبارت دقیق‌تر، هر رویکردی متضمن تعریف خاصی از تفسیر است و هدفی را دنبال می‌کند و برعکس هر تعریفی نیز حاوی رویکردی خاص است. زبان ظرفی برای بیان معناست. اشخاص معنا را از طریق کلمات می‌فهمند و از این طریق، منظور و قصد طرف مقابل را درک می‌کنند. در قرارداد، یک طرف معنای مورد نظر خود را از طریق کلمات و جملاتی که برمی‌گزینند، به طرف دیگر منتقل می‌کند و طرف دیگر نیز معنا را از طریق همان کلمات و جملات بازسازی می‌کند (Peller, 1985: 1161). از این رو، معنا نقشی کلیدی در ارتباط بین اشخاص دارد.

منشأ بسیاری از اختلافات قراردادی مربوط به ناپایداری زبان است. این اختلافات از مسائلی همچون «ابهام»<sup>۱</sup> آغاز شده، تا مسائلی مانند عدم شفافیت در نوشتن شروط و پیش‌نویس‌های ناقص گسترش می‌یابد (Mitchell, 2019: 17-19). به نظر می‌رسد دلیل اصلی این اختلافات، امکان حمل الفاظ و عبارات قرارداد بر معانی مختلف است. هنگامی که طرفین قرارداد، معانی متفاوتی را بر الفاظ و عبارات حمل می‌کنند، اختلاف رخ می‌دهد. در اینجا ضرورت دارد دادگاه به اختلافات پایان دهد و زمینه اجرای مفاد قرارداد را فراهم کند. مواجهه دادگاه با این اختلافات و حل آن نیازمند تفسیر است. حال باید دید که هدف از تفسیر قرارداد چیست و تفسیر قرارداد بر چه عمل یا فرایندی اطلاق می‌شود؟

1. Ambiguity.

### ۱-۳. هدف از تفسیر قرارداد

به طور کلی می‌توان گفت هدف از تفسیر «به درستی روشن کردن مضمون و مفاد قرارداد» است (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۱۴). اما این توضیح کافی و وافی به مقصود نیست و باید پرسید که دادگاه با چه هدفی، مضمون و مفاد قرارداد را روشن می‌سازد؟ تضمین «آزادی اراده» به عنوان هدفی اساسی در حقوق قراردادها، نقطه عزیمت پرسش‌ها و رویکردهای تفسیر است. قرارداد بیانگر اراده اشخاص است و باید به نحوی تفسیر شود که کاشف از قصد و اراده طرفین باشد (Barak, 2005: 318)؛ چرا که طرفین، تعهدات قراردادی را داوطلبانه انتخاب می‌کنند. از این رو برای تحقق اصل آزادی اراده، دادگاه‌ها به دنبال احراز قصد و اراده طرفین‌اند و هدف از تفسیر، اجرای قرارداد بر اساس قصد طرفین قرارداد است. با این وصف، قرارداد به مثابه نوعی قانون خصوصی حاکم بر طرفین است و دادگاه نمی‌تواند تعهدی خارج از قرارداد را بر طرفین تحمیل کند؛ بلکه وظیفه دارد انتخاب اولیه آنان را اجرایی نماید (Klass, 2018: 1). بر این اساس، تأکید شده است که سنگ بنای تفسیر قرارداد، احترام به قصد طرفین است (Kraus & Scott, 2009: 1103).

هدف از تفسیر قرارداد، یافتن راه حل برای رفع اختلافات قراردادی است که از طریق رجوع به قصد طرفین به دست خواهد آمد. بسیاری از نظام‌های حقوقی در این امر اتفاق نظر دارند (Schwartz & Scott, 2003: 568). توجه به قصد در نظر برخی به قدری اهمیت دارد که طرفین بر اساس آن حتی می‌توانند قواعد حاکم بر تفسیر قرارداد را نیز انتخاب کنند (Kraus & Scott, 2009: 1103).

### ۲-۳. چیستی تفسیر قرارداد

این پرسش که آیا تفسیر حاوی اصول و قواعد تفسیری مشترکی است که در همه حوزه‌ها کاربرد دارد، بسیار اساسی است. تفسیر متضمن بحث‌های گسترده‌ای است و پرسش‌های بنیادینی را پیش رو قرار می‌دهد؛ از جمله اینکه تفسیر چیست؟ و آیا نظریه‌ای عمومی برای تفسیر وجود دارد که بتواند همه متون اعم از حقوقی و ادبی را در بر گیرد؟ برخی بر این باورند که تفسیر به بافتی که متن در آن به وجود آمده، بستگی وثیقی دارد.

برای مثال، تفسیر متون حقوقی همیشه مرتبط با یک قدرت عمومی است، در حالی که تفسیر متون ادبی چنین قدرت حاکمه‌ای را در بالای سر خود ندارد؛ حتی تفسیر متون حقوقی بسته به بافت آن، قواعد خاص خود را دارد تا جایی که تفسیر یک قرارداد با تفسیر یک ماده قانونی بسیار متفاوت است. قرارداد در یک بافت بسیار گسترده شامل مذاکرات اولیه، قواعد تجاری، عرف و زبان خاص طرفین و مانند آن به وجود می‌آید که این بافت در بدو امر نزد قاضی وجود ندارد و باید با شواهد مختلف بازسازی شود. با این وصف، تفسیر قرارداد ویژگی‌های منحصر به فردی دارد و آن را از تفسیر سایر متون متمایز می‌سازد (Mitchell, 2019: 7). بنابراین اگرچه در رویکردهای تفسیری، نوعی همپوشانی وجود دارد، قواعد و اصول مستخرج از هر رویکرد در حوزه‌های مختلف متفاوت است.

آنچه در همه تعریف‌های تفسیر وجود دارد، عنصر «معنا» است. در فرهنگ‌های حقوقی، تفسیر به عملی برای توضیح یا بیان معنای یک سند مانند قرارداد به ویژه برای تعیین قصد و نیت تنظیم‌کننده سند معنا شده است. واژه «معنا»<sup>۱</sup> خود واژه‌ای مبهم است که دارای مفاهیم متعددی است. در اینجا معنا به مفهوم فلسفی و زبان‌شناختی آن نیست، بلکه در تفسیر قرارداد، معنا با درک طرفین از شروط و عبارات قراردادی سروکار دارد (Yalim, 2019: 5). گفته شده که تفسیر فرایندی است برای نسبت دادن معنا به یک موضوع در جایی که تردید یا اختلاف‌نظری در مورد آن موضوع وجود دارد (Mitchell, 2019: 10). مفسر باید با ملاحظه الفاظ و عبارات قرارداد، یک معنای واحد و غالب را کشف کند تا بتواند اثر حقوقی را بر توافقی و قرارداد بار کند (Murray & Murray, 2017: 512). این امر دشواری تفسیر در قرارداد را بیش از پیش نمایان می‌سازد. به عبارت دیگر در قرارداد باید قصد مشترک طرفین که حاوی معنای واحد است، احراز شود. از این رو، برخی بر این باورند که تفسیر قرارداد فرایندی است که طی آن، شخصی نشانه‌های ابرازشده توسط شخصی دیگر را معنا می‌کند. این نشانه‌ها غالباً الفاظ یا عبارتی هستند که به صورت شفاهی یا کتبی بیان می‌شوند؛ اما

1. Meaning.



انجام دادن یا خودداری از انجام افعال هم نشانه‌هایی هستند که نیازمند تفسیر می‌باشند (Corbin, 1960: 3:2).

در تفسیر قرارداد، اینکه مفسر چه محدودیت‌هایی برای تفسیر دارد، محل اختلاف است. قدر متیقن این است که مفسر نمی‌تواند در تفسیر قرارداد معانی و تعهدات جدیدی را ایجاد کند. به عبارت دیگر، خلق یک قرارداد جدید از حوزه تفسیر خارج است. مهم‌ترین نکته و دشواری در این فرایند آن است که مفسر باید بتواند بین آزادی اراده و محدودیت‌های کارکرد تفسیر، نسبت منطقی برقرار کند (Mitchell, 2019: 10).

حقوق دانان در تعریف تفسیر قرارداد در میزان توجه به «قصد ذهنی»<sup>۱</sup> (واقعی) و در امکان و طریق رسیدن به آن اختلاف نظر دارند. برخی قصد ذهنی طرفین را در تعریف تفسیر لحاظ کرده‌اند و برخی دیگر «قصد عینی»<sup>۲</sup> (ظاهری) را مرکز توجه قرار داده و تفسیر قرارداد را تعیین معنای کلمات و عبارات قرارداد فارغ از قصد (ذهنی) دانسته‌اند (Orsinger, 2007: 9). در این دیدگاه، الفاظ و عبارات تعیین کننده قصد طرفین است؛ حتی اگر با قصد ذهنی آنان هماهنگ نباشد. از این جهت، تشخیص معنای قرارداد از منظر شخصی متعارف و منطقی با زمینه دانش و اطلاعات مرتبط با قرارداد در زمان انعقاد و تنظیم آن مورد توجه قرار گیرد (Hutchison, 2017: 458). در اینجا، قصد ذهنی مطمح نظر نیست و معنایی که یک شخص متعارف و معقول از الفاظ و عبارات قرارداد برداشت می‌کند، مورد نظر است. در همین رابطه گفته شده که تفسیر قرارداد، معنا دادن به شروط و تعهدات قراردادی است از طریق وسایلی که دو طرف برای مقصود خود برگزیده‌اند؛ با این توضیح که در معنا دادن به شروط قرارداد، دادگاه ناگزیر است به ظاهر الفاظ و عبارات قرارداد استناد کند (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۱۴).

در مقابل، برخی دیگر با تأکید بر قصد ذهنی (واقعی) طرفین و مبنا قرار دادن آن، تفسیر را «تشخیص ماهیت و مفاد قرارداد بر اساس اراده [واقعی] مشترک انشاکنندگان آن و مقررات قانونی» دانسته‌اند. در این دیدگاه، قصد عینی (ظاهری) در تشکیل عقود و تفسیر قرارداد محل اعتنا و توجه نیست؛ بلکه قصد واقعی طرفین در تفسیر اهمیت دارد

1. Subjective intent.
2. Objective intent.

(شهیدی، ۱۳۹۱: ۲۹۲ و ۲۹۴). بنابراین اگرچه هدف از تفسیر در نگاه نخست، تعیین معنای کلمات مورد استفاده طرفین است، کلمات در اینجا صرفاً به عنوان راهنما و طریقی برای رسیدن به معنای مورد نظر آنان هستند و در هنگام وقوع اختلاف، وظیفه دادگاه تعیین معنای کلمات بر مبنای قصد واقعی طرفین است (McLauchlan, 2009: 50). از همین رو گفته شده که متن، معنای مقصود نویسنده آن است (Fish, 2005: 640). کلمات به تنهایی معنایی ندارند و نمی‌توانند دلالت بر قصد داشته باشند. تشخیص معنای الفاظ و عبارات فارغ از قصد نویسنده (طرفین قرارداد) امکان‌پذیر نیست. بی‌توجهی به قصد نویسندگان یک متن، مفسر را صرفاً با مجموعه‌ای از لغات مندرج در فرهنگ لغت روبه‌رو می‌کند؛ هرچند الفاظ مندرج در فرهنگ لغت نیز برگرفته از قصد استعمال‌کنندگان این الفاظ در هنگام کاربرد آنهاست (Ibid.: 644).

عنصر اصلی تعاریف فوق، کشف «معنا» و «قصد» است و تفسیر، عمل یا فرایندی است برای تعیین معنای مورد اختلاف. طرفین قرارداد، معنایی را که در ذهن خود دارند، از طریق انتخاب الفاظ و عبارات به دیگری منتقل می‌کنند؛ بدین توضیح که یک طرف با انتخاب الفاظ، معانی مورد نظر خود را قصد می‌کند و انتظار معقول دارد که آن معانی را طرف دیگر به همان نحوی که او قصد کرده است، بفهمد. بر خلاف سایر متون حقوقی که اصولاً تک‌مؤلفی است، در قرارداد دو اراده (قصد) نقش‌آفرینی می‌کند و می‌توان گفت که قرارداد دو مؤلفی است. بر این اساس، اگرچه قصد هر یک از طرفین در انتخاب الفاظ و عبارات، نقش اساسی دارد، دستیابی به معنای مورد نظر طرفین و در واقع همان «قصد مشترک طرفین» موضوعیت دارد و قصد یکی از طرفین به تنهایی اعتباری نخواهد داشت. از این رو، هدف از تفسیر، کشف قصد مشترک طرفین قرارداد است.

حقوق‌دانان، هم در تعریف و انواع قصد و هم در امکان دستیابی به هر یک از انواع قصد اختلاف نظر دارند. این اختلاف نظر، هم از تعریف آنان از تفسیر قرارداد نشئت می‌گیرد و هم در اتخاذ نوع رویکردهای تفسیری از سوی آنان تأثیر دارد. بنابراین ضروری است که به تعریف قصد و انواع آن پرداخته شود.

## ۴. تفسیر قرارداد و قصد

رویکردهای مختلف به قرارداد، پیچیدگی و منحصر به فرد بودن آن را نشان می‌دهد. از یک طرف، قرارداد تجلی حاکمیت اراده اشخاص است و از طرف دیگر، بیانگر ارزش‌ها، اصول و اهداف جامعه است. هر یک از این زوایا جنبه خاصی از قرارداد را نشان می‌دهد و به تنهایی نمی‌تواند پیچیدگی قرارداد را تبیین کند. تفسیر مبتنی بر قصد، در وهله اول به نظر می‌رسد به وحدت نظریه‌های تفسیری می‌انجامد؛ اما این چنین نیست. قصد ذهنی بیانگر حاکمیت اراده و دیدگاه‌های فردگرایانه است و قصد عینی حاوی نیازهای کلان و رویکردهای اجتماعی و مشارکتی است. رویکردهای مختلف از نقطه نظر نحوه تعادل بین قصد ذهنی و قصد عینی با یکدیگر اختلاف دارند (Barak, 2005: 325). از آنجا که طرفین در هنگام تنظیم قرارداد، ارزش‌های نظام حقوقی را نیز در نظر می‌گیرند، نظریه‌های قرارداد علاوه بر اهتمام برای رسیدن به قصد مشترک (ذهنی) طرفین، باید به ارزش‌های اجتماعی همبستگی و عدالت نیز پایبند باشند. توجه به ارزش‌های اجتماعی، زمینه را برای «نظریه عینی»<sup>۱</sup> تفسیر فراهم می‌کند (Ibid.: 322-323).

### ۴-۱. قصد عینی و قصد ذهنی؛ نظریه عینی و نظریه ذهنی

قرارداد محصول قصد مشترک طرفین است. قصد یا اراده طرفین منحل به دو گونه ذهنی (باطنی) و عینی (ظاهری) است. در حقوق قراردادهای ایران، دو نظریه مبتنی بر حاکمیت اراده وجود دارد: نظریه قصد ظاهری، و نظریه قصد باطنی. چنانچه قصد ظاهری مبنای تشکیل عقد دانسته شود، آنچه در تفسیر باید مطمح نظر قرار گیرد، تنها قصد ظاهری است که غالباً در الفاظی که در متن قرارداد آمده، متعین است. در مقابل، اگر عقد محصول قصد باطنی دانسته شود، مفسر باید در پی کشف قصد باطنی باشد. تفاوت این دو نظریه در میزان حجیت هر یک از این گونه‌های قصد برای مفسر است؛ بدین توضیح که در نظریه قصد باطنی، امکان تخلف دلالت الفاظ از قصد همواره وجود دارد و به تعبیری دیگر می‌توان گفت که آنچه سازنده قرارداد است، از سنخ الفاظ نیست و الفاظ ایجاب و قبول برای تشکیل قرارداد، مجازی است (محقق داماد و دیگران،

1. Objective theory.

۱۳۹۰: ۸۶/۱ و ۲۸۴). ولی در نظریه قصد ظاهری، ایجاب و قبول دلالتی قطعی بر قصد باطنی دارند و این دلالت به اشخاص اجازه نمی‌دهد تا بتوانند خلاف مدلول را اثبات کنند. در این نظریه، جنبه خارجی و اجتماعی اراده طرفین در قرارداد اثربخش است، تا جایی که طرفداران این نظریه معتقدند که قرارداد نه بر اساس قصد باطنی طرفین، بلکه با خود این الفاظ و عبارات منعقد می‌شود (همان: ۲۸۵-۲۸۶).

قائلان به قصد عینی، معنایی را قابل اعتنا می‌دانند که به طور عینی و منطقی از طریق کلمات به ذهن متبادر می‌شود. به عبارت دقیق‌تر، درک معقول و عینی از کلمات در اوضاع و احوالی که به کار برده شده‌اند، مستقل از معنای مورد نظر طرفین، معنای درست تلقی می‌شود. از این جهت، معنای شروط یک قرارداد، هیچ ارتباطی با قصد شخصی یکی از طرفین ندارد. هنگامی که طرفین قرارداد بر معنای ذهنی مشترکی توافق دارند، آن معنای ذهنی بر قرارداد حاکم است؛ اما هنگامی که طرفین معنای ذهنی متفاوتی را از کلماتشان و رفتارشان در نظر دارند، در اینجا معنای عینی حاکم است (Klass, 2020: 12). به نقل از جوزف چیتی<sup>۱</sup>). به عبارت دقیق‌تر، معنای مورد نظر یک طرف در جایی پذیرفته است که آن طرف به طور معقول در هنگام انعقاد قرارداد بر این باور بوده باشد که طرف دیگر نیز این معنا را پذیرفته است. این معنا، معنای عینی قرارداد است (McLauchlan, 2009: 13).

در نظام‌های حقوقی غربی، قصد ذهنی را متشکل از علایق، اهداف، ارزش‌ها، مقاصد و سیاست‌هایی می‌دانند که طرفین قرارداد در پی رسیدن به آن هستند. در نتیجه، قصد ذهنی همان قصد حقیقی و واقعی طرفین در زمان تشکیل قرارداد است (Barak, 2005: 327-328). قصد عینی مجموعه‌ای از علایق، اهداف، ارزش‌ها، مقاصد و خط‌مشی‌هایی در یک نظام حقوقی است که از منظر نظام حقوقی، قرارداد برای رسیدن به آن‌ها منعقد شده و مفاهیمی چون متعارف بودن، انصاف و عقلانیت اقتصادی بر آن حاکم است. قصد عینی در پایین‌ترین سطح انتزاع، قصدی است که با معنای پیش‌گفته مطابقت دارد؛ یعنی قصد یک فرد متعارف و معقول از انتخاب معانی. از آنجا که فرض

1. Joseph Chitty.

بر این است که طرفین قرارداد نیز اشخاص معقول و متعارف هستند و درک مشترکی از معانی الفاظ و عبارات دارند، لذا این نظریه در این سطح به قصد ذهنی نزدیک است. اما قصد عینی در بالاترین سطح خود که «قصد فرضی»<sup>۱</sup> نیز نامیده می‌شود، قصدی است که بر اساس ارزش‌های نظام حقوقی، جایگزین قصد (اراده) اشخاص می‌شود و در نتیجه از قصد ذهنی طرفین فاصله می‌گیرد (Ibid.: 332-333).

«نظریه عینی»<sup>۲</sup> و «نظریه ذهنی»<sup>۳</sup> در نظام‌های «حقوق عرفی»<sup>۴</sup> را تا حدی می‌توان با نظریه قصد ذهنی و عینی تطبیق داد. اجمالاً نظریه عینی بر تجلیات اراده تأکید دارد؛ تجلیاتی که از طریق الفاظ و کلمات ظهور می‌یابند. نظریه ذهنی بر اراده واقعی طرفین تأکید دارد؛ آنچه که از آن به توافق و رضایت متقابل اراده‌ها<sup>۵</sup> تعبیر شده است. وجه تمایز نظریه عینی و ذهنی در این است که در نظریه عینی، عبارات و الفاظ قراردادی نه بر پایه ذهنیت و قصد شخصی هر یک از طرفین، بلکه از منظر یک شخص معقول و متعارف تفسیر می‌شود (Murray & Murray, 2017: 195).

بنا بر آنچه گفته شد، می‌توان گفت که قصد ذهنی (باطنی) محصول نظریه ذهنی، و قصد عینی (ظاهری) محصول نظریه عینی است. نظریه عینی با تأکید بر جستجوی قصد عینی و محدودیت در استناد به ادله خارج از متن قرارداد، مبنای رویکرد تفسیری متن‌گرا، و نظریه ذهنی با تکیه بر قصد ذهنی و توجه به ادله فراتر از متن قرارداد، مبنای رویکرد تفسیر بافت‌گرا دانسته می‌شود (Bayern, 2016: 1100).

## ۵. رویکردهای تفسیری

اهمیت کشف قصد طرفین در تفسیر و اختلاف نظر حقوق دانان در مورد گونه‌های قصد، منجر به رویکردهای مختلف تفسیری شده است. وجه تمایز هر یک از رویکردها در توجه به عناصری است که هنگام تفسیر مورد توجه قرار می‌دهند. دو رویکرد

1. Presumed intention.
2. Objective theory.
3. Subjective theory.
4. Common Law.
5. Meeting of the minds.

بافت‌گرایی<sup>۱</sup> و متن‌گرایی<sup>۲</sup> از عمده‌ترین آن‌هاست.<sup>۳</sup>

در هنگام حدوث اختلاف، اصل اولیه مورد توافق قضات و دادگاه‌ها، جستجوی قصد طرفین است. تمایز قصد ذهنی و قصد عینی در حقوق قراردادهای، منتهی به گروه‌بندی آنان در نحوه تفسیر قرارداد شده است. جستجوی قصد ذهنی مستلزم استخدام ادله‌ای فراتر از متن قرارداد است؛ به ویژه در مواردی که متن قرارداد حاوی سکوت، اجمال یا ابهام باشد. در مقابل، توجه به قصد عینی، مفسر را از استناد به ادله خارج از متن قرارداد منع می‌کند و متن قرارداد را به عنوان منبعی مهم، پیش روی او قرار می‌دهد. بدین ترتیب نقش «ادله و شواهد خارجی»<sup>۴</sup> در فرایند تفسیر اهمیت می‌یابد. به عبارت دیگر در وهله نخست، دادگاه‌ها به دنبال قصد ذهنی (واقعی) مشترک طرفین هستند و به عنوان معیاری برای تشخیص تفسیر [صحیح] استفاده می‌کنند. اما اینکه چگونه تفسیرهای مورد نظر با آنچه طرفین واقعاً و از لحاظ ذهنی قصد کرده‌اند، تطبیق می‌یابد، بستگی به میزان توجه دادگاه به «قاعده بافت»<sup>۵</sup> دارد (Goldstein, 2013: 104). این قاعده مقرر می‌دارد که دادگاه برای تعیین معنای مورد اختلاف در قرارداد باید شواهد خارج از متن قرارداد را لحاظ کند؛ حتی اگر زبان قرارداد واضح و بدون ابهام باشد (Garner, 2009: 362).

میزان توجه به ادله و شواهد خارجی در فرایند تفسیر، دادگاه‌ها را حسب مورد به متن‌گرایی یا بافت‌گرایی سوق داده است. قضات متن‌گرا بر این باورند که در تفسیر قرارداد باید تمرکز اولیه بر زبان قرارداد باشد، که این توجه معطوف است به چارچوب قرارداد کتبی. بر این اساس و مطابق با این رویکرد، شواهد خارجی مانند مذاکرات اولیه، اوضاع تجاری، سابقه تعهدات، دوره روابط تجاری و عرف تجاری در درجه دوم اهمیت قرار دارند. در مقابل، بافت‌گرایان اعتقاد دارند که در هنگام تعیین معنای

1. Contextualism.

2. Textualism.

۳. همان گونه که در ادامه خواهد آمد، شکل‌گرایی با متن‌گرایی قرابت نزدیک دارد و می‌توان گفت که متن‌گرایی زائیده شکل‌گرایی است.

4. Extrinsic evidence.

5. Context rule.

قرارداد، هم باید به شواهد خارجی توجه کرد و هم به متن و زبان قرارداد (Silverstein, 2019:1014). توجه به متن به عنوان اصلی ترین منبع تفسیر نزد متن گرایان و گرایش بافت گرایان به شواهد خارجی، منشأ و مبانی توجیهی مفصلی دارد که در بخش بعد بدانها پرداخته خواهد شد. قبل از پرداختن به این رویکردها ضرورت دارد برخی مفاهیم پایه که در تبیین این رویکردها مؤثرند، تعریف شوند.

### ۱-۵. مفاهیم مرتبط با رویکردهای تفسیری

مفاهیم یکپارچگی قرارداد، ادله و مدارک خارجی<sup>۱</sup> و ادله و مدارک شفاهی<sup>۲</sup> از جمله مفاهیم مهم در تفسیر قرارداد هستند و رویکردهای تفسیری به این مفاهیم توجه داشته و نسبت خود را با این مفاهیم روشن کرده اند. قبل از اینکه به قواعد تفسیری پرداخته شود، در اینجا این مفاهیم به طور اجمالی تعریف می شوند.

#### ۱-۱-۵. شرط یکپارچگی<sup>۳</sup>

شرط یکپارچگی که شرط توافق کامل<sup>۴</sup> نیز نامیده می شود، همه مذاکرات مقدماتی بین طرفین را در متن قرارداد ادغام می کند. این شرط مقرر می دارد که متن قرارداد، همه توافقات طرفین را در بر می گیرد و هیچ تعهد و توافقی به جز موارد ذکر شده در قرارداد وجود ندارد. شرط یکپارچگی واجد آثاری است: اول اینکه اظهارات کتبی یا شفاهی قبلی بین طرفین نمی تواند به متن قرارداد اضافه شود؛ دوم اینکه اظهارات کتبی و شفاهی طرفین نمی تواند متن قرارداد را اصلاح کند؛ و در نهایت این امر مفروض است که متن قرارداد بدون ابهام است و قواعد و شواهد خارجی نمی توانند به منظور معنا بخشیدن به متن قرارداد مورد نظر قرار گیرند. طرفین از طریق شرط یکپارچگی، این پیام را به دادگاه می دهند که متن قرارداد در هنگام اختلاف برای آنها ارجح است و اولویت دارد و هر گونه ادعای خارج از متن قرارداد، مانند مذاکرات مقدماتی باید

- 
1. Extrinsic evidence.
  2. Parol evidence.
  3. Merger clause.
  4. Entire agreement clause.

نادیده گرفته شود (Benoliel, 2017: 481-842).

در قانون مدنی ایران به چنین قاعده‌ای اشاره نشده است؛ اما برخی از حقوق‌دانان بر این باورند که قرارداد مجموعه‌ای تجزیه‌ناپذیر است و برای استخراج مفاد این مجموعه باید همه شرایط اصلی و فرعی قرارداد را در نظر گرفت (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۳۶). این قاعده، که با عنوان قاعده «تفسیر در پرتو کل قرارداد»<sup>۱</sup> شناخته می‌شود، اساساً با شرط یکپارچگی تفاوت دارد و قابل تطبیق با شرط یکپارچگی نیست.

### ۱-۵-۲. ادله و مدارک خارجی، و ادله و مدارک شفاهی

عبارات “extrinsic evidence” و “parol evidence” از پربسامدترین عباراتی است که در تفسیر قرارداد به کار می‌رود. از این رو لازم است تعریفی دقیق از آن‌ها ارائه شود تا مباحث آتی به خوبی درک شود. واژه evidence به معنای مدارک و ادله‌ای است که برای اثبات یا رد امری که ادعا شده، به کار می‌رود. این ادله شامل شهادت، اسناد و اشیای ملموس است. همچنین این واژه به مجموعه‌ای از دلایل جمع‌آوری‌شده قبل از دادرسی نیز اطلاق می‌شود؛ مانند مجموعه مدارکی که نشان می‌دهد یکی از طرفین قرارداد را نقض کرده است (Garner, 2009: 635). واژه extrinsic نیز به آنچه که خارج از موضوع یا منبعی باشد، گفته می‌شود (Ibid.: 666). هم‌نشینی این واژه با واژه evidence به معنای مدارک و ادله‌ای است که خارج از موضوع مورد ادعاست. این عبارت با عبارت “parol evidence” نیز از حیث کاربرد قرابت دارد. کلمه parol در معنای اظهار شفاهی و غیر مکتوب به کار رفته است و هنگامی که در کنار واژه evidence قرار می‌گیرد به معنای ادله و مدارک غیر مکتوب است (Ibid.: 1227). ادله و مدارک شفاهی در تفسیر قرارداد، شامل اظهارات یک یا دو طرف قرارداد قبل از انعقاد قرارداد است. اگرچه واژه parol در فرهنگ لغت به اظهارات شفاهی محدود شده است، دادگاه‌ها و مفسران این گفته‌ها را هم شامل اظهارات مکتوب و هم اظهارات شفاهی می‌دانند (Epstein, Archer & Davis, 2014: 55). بین مفسران در گستره توجه به هر یک از این ادله (خارجی و شفاهی) در فرایند تفسیر اختلاف است، که پرداختن به

1. Interpretation of contract as a whole.



آن نیاز به پژوهشی دیگر دارد.

## ۲-۵. متن‌گرایی

زبان پدیده‌ای بسیار مضیق است و فرض می‌شود که هر کلمه‌ای با خود قصدی به همراه دارد و مفسر با تمرکز بر متن تلاش می‌کند که به قصد مؤلف نزدیک شود. از نظر مفسر، کلمات سرخ‌هایی برای تعیین قصد هستند (Barnes, 2018: 1091). قصد از معنا جدایی ناپذیر است؛ بدین توضیح که نویسنده متن، مقصودی را از به کار بردن الفاظ و عبارات دنبال می‌کند. مبنایی که متن‌گرایی را حمایت می‌کند، بر این باور استوار شده که این مقاصد در زبان رمزگذاری شده‌اند و متن حاوی این مقاصد است (Fish, 2005: 631). اگرچه در برخی از فرهنگ‌های لغت، توجه به معنای تحت‌اللفظی کلمات یا عبارات در یک نوشته در هنگام تفسیر، متن‌گرایی نامیده شده است (Garner, 2009: 1614)، متن‌گرایی و لفظ‌گرایی با یکدیگر تفاوت دارند و این تعریف قابل نقد است؛ چرا که لفظ‌گرایان متن را به الفاظ و معانی موجود در فرهنگ لغت تقلیل می‌دهند، در حالی که در رویکرد متن‌گرا، تفسیر یک وظیفه ذاتاً عینی است؛ چون کلمات معانی مستقلی دارند و معانی کلمات از منظر اشخاص ثالث بی‌طرف درک و تعیین می‌شود (Mahoney, 2007: 833). با این وصف، متن‌گرایان از معنای تحت‌اللفظی فاصله می‌گیرند و خود متن به عنوان بافت مورد نظر آنان است.

رویکرد متن‌گرایی در نگاه نخست با مکتب تفسیر «معنای متعارف و آشکار»<sup>۱</sup> - که در قرن نوزدهم فراگیر بود - تداعی می‌شود (Smith, 2008: 4). اما رویکرد متن‌گرایی جدید، مبانی متفاوتی را در تفسیر مورد نظر قرار داده است. شوارتز<sup>۲</sup> و اسکات<sup>۳</sup> در سال ۲۰۰۳ در مقاله «تئوری قرارداد و محدودیت‌های حقوق قراردادها»<sup>۴</sup> استدلال خود را چنین صورت‌بندی کردند که طرفین قراردادهای تجاری و شرکت‌های تجاری،

1. Plain Meaning.
2. A. Schwartz.
3. R. Scott.
4. Contract Theory and the Limits of Contract Law.

متن‌گرایی را در تفسیر قرارداد ترجیح می‌دهند. این استدلال - که جزئیات آن در مباحث آتی گفته خواهد شد- اظهارنظری پیشرفته در نظریه «شکل‌گرایی»<sup>۱</sup> است که از جنبش حقوق و اقتصاد نشئت گرفته است (Bayern, 2016: 1104). این نگاه، تفسیر قرارداد را از منظر تحلیل‌های اقتصادی مورد نظر قرار داده است.

بر اساس رویکرد متن‌گرا، دادگاه در تفسیر باید متن قرارداد را به عنوان منبع تفسیر مورد بررسی قرار دهد و در صورت فقدان ابهام متنی، مجاز نیست به بافت و ادله خارجی که متن قرارداد در آن شکل گرفته است، مراجعه کند. به عبارت دیگر، دادگاه در هنگام تفسیر به طور خاص باید عناصر و شواهد خارج از متن را نادیده بگیرد. شواهدی چون عرف معاملاتی بین طرفین در معاملات قبلی، اظهارات یا توافقات شفاهی پیش از قرارداد، و عرف تجاری از جمله ادله و شواهد خارج از متن هستند (Benoliel, 2017: 472-473). تفسیر متن‌گرا بر اساس کارکردهای زبان، تفسیر را پیش‌بینی‌پذیر می‌کند؛ بدین توضیح که زبان حاوی الفاظی استاندارد برای معاملات تجاری است. این مجموعه زبانی در خلال روابط معاملاتی توسط اشخاص مورد استفاده قرار می‌گیرد و تثبیت می‌شود. طرفین قرارداد - که با این مجموعه زبانی آشنا هستند- الفاظ و عبارت مورد نیاز را برای انجام معامله‌گزینش می‌کنند. با این وصف به دلیل کثرت کاربرد این مجموعه زبانی، طرفین قرارداد با معانی آن‌ها آشنایی دارند و از تفسیرهای دادگاه که متضمن معنا دادن به آن الفاظ و عبارت است نیز آگاهی می‌یابند. این مجموعه حاوی عبارات و الفاظی است که معنای واضح و روشنی دارند و به وسیله اکثریت بسیار بزرگی از طرف‌های تجاری قابل درک هستند. این استاندارد معنایی عبارات، از تفسیرهای غیر صحیح جلوگیری خواهد کرد و با وجود این مجموعه، انگیزه طرف‌های تجاری برای تهیه پیش‌نویس دقیق افزایش پیدا خواهد کرد. در نهایت، تفسیر متن‌گرایانه زمینه را برای صرفه‌جویی در هزینه‌های قراردادی فراهم می‌کند؛ بدین توضیح که هزینه‌ها را از انتهای فرایند قراردادی، که در آن دادگاه ممکن است نقش بافت و گستره دلایل استنادی خارج از قرارداد را پررنگ کند، به ابتدای فرایند قرارداد (در هنگام مذاکره یا

1. Formalism.

تنظیم قرارداد) منتقل می کند (Gilson, Sabel & Scott, 2014: 40-41).

متن گرایی با اتخاذ رویکردی عینی به متن قرارداد، قصد طرفین را در چارچوب قرارداد جستجو می کند. این قصد عینی است؛ چرا که معطوف به معانی معمول و متعارف متن قرارداد است و شروط و عبارات قرارداد از منظر شخص معقول و متعارف درک می شود. برای فهم عمیق تر این رویکرد ضروری است مفاهیم و قواعدی که از متن گرایی حمایت می کنند یا از لوازم و آثار آن هستند، بررسی شوند.

### ۱-۲-۵. قواعد مورد استناد متن گرایان

پایندی به متن بر مبنای قواعدی توجیه و حمایت می شود. مذاقه بیشتر در متن گرایی، این پرسشی بنیادین را پیش می کشد که چرا در نظر متن گرایان، متن قرارداد اهمیت دارد؟ در تبیین متن گرایی گفته شد که کلمات، معانی مستقلى از ذهن اشخاص دارند و این معانی از منظر شخص معقول و متعارف نگریسته می شود. بنابراین اصلی ترین راه کشف قصد طرفین، توجه به متن قرارداد است؛ منبعی که طرفین از طریق استخدام الفاظ و عبارات و توافق بر آن ها به قصد مشترک نائل آمده اند. متن گرایان برای رسیدن به قصد طرفین قواعدی دارند که در این بخش بدان ها پرداخته می شود.

#### ۱-۱-۲-۵. قاعده تفسیر در چارچوب قرارداد<sup>۱</sup>

بر اساس قاعده «تفسیر در چارچوب قرارداد»، معنای یک توافق واضح و بدون ابهام صرفاً از کلمات قرارداد فهمیده می شود. این قاعده طرفین را هنگامی که قرارداد در ظاهر واضح است، از ارائه ادله و شواهد خارج از متن قرارداد برای تفسیر منع می کند. متن قرارداد هنگامی واضح و فاقد ابهام است که فردی که در زبان قرارداد مهارت دارد، بی آنکه زمینه ذهنی در مورد آن قرارداد داشته باشد، بتواند بفهمد که شروط قرارداد واجد چه معنایی است. قاعده تفسیر در چارچوب قرارداد به دلیل اینکه اختلاف را در چارچوب متن قرارداد حل می کند، از نظر زمانی سریع و ارزان، و از حیث نتیجه قطعی تر از «قاعده بافت» در رویکرد بافت گراست. قاعده تفسیر در چارچوب قرارداد،

1. Four corners rule.

تمایل به کاهش میزان دعاوی قضایی دارد. نتیجه اینکه طرفین با کاهش انعطاف‌پذیری تفسیر، ترجیح می‌دهند که هزینه کمتری را متحمل شوند (Orsinger, 2007: 13). این قاعده از منظر اقتصادی برای طرف‌های قرارداد اهمیت دارد.

شکل‌گرایی قراردادی و متن‌گرایی قرابت دارند (Mahoney, 2007: 827). در آمریکا دادگاه‌هایی که شکل‌گرا هستند، رویکردی متن‌گرا دارند و در صورتی که شرط یکپارچگی در قرارداد پیش‌بینی نشده باشد، دادگاه با استفاده از قاعده «تفسیر قرارداد در چارچوب متن قرارداد»، ادله تفسیر را محدود به متن قرارداد می‌کند و موضوع از طریق دادرسی اختصاری خاتمه می‌یابد. در مقابل، در دادگاه‌های ضد شکل‌گرا، ادله خارج از قرارداد پذیرفته می‌شود؛ حتی اگر طرفین به طور مکتوب در قرارداد اعلام کرده باشند که این قرارداد کامل و حاوی همه تعهدات آنان است. این دادگاه‌ها اختیار اشخاص را در تعیین ادله تفسیری و انتخاب قواعد مربوط به تفسیر نادیده می‌گیرند (Schwartz & Scott, 2010: 960-961). در حقوق ایران اگرچه در مباحث نظری، پژوهش مستقلی در مورد متن‌گرایی و قواعد مرتبط با آن انجام نشده است، در آراء دادگاه‌ها می‌توان رگه‌هایی از رویکرد متن‌گرایی و قاعده تفسیر در چارچوب قرارداد را مشاهده کرد؛ برای نمونه در دادنامه شماره ۱۳۹۳/۰۷/۰۵-۹۳۰۹۹۷۰۲۲۰۳۰۰۸۸۰ که به خواسته ابطال سند به دلیل صوری بودن، از شعبه دوم دادگاه عمومی قرچک صادر و در شعبه ۳ دادگاه تجدیدنظر تأیید شده است، دادگاه در رد شهادت شهود چنین استدلال کرده است:

«در معاملات، اصل بر ظاهر است و آنچه اراده طرف را ابراز می‌کند، بر اساس کتابت انجام شده و اصل و ظاهر ملاک است و اصل بر این است که اراده، همان است که اعلام شده است...».

دادگاه بدوی با استناد به ظاهر قرارداد، دعوای خواهان را رد کرده و اولویت را به متن قرارداد داده است. دادگاه بدوی با این استدلال، به طور ضمنی قاعده تفسیر در چارچوب قرارداد را به کار برده است (ر.ک: سامانه ملی آراء قضایی).

### ۲-۱-۲-۵. قاعده منع استماع ادله خارج از قرارداد<sup>۱</sup>

این قاعده، دادگاه را از تحقیق یا استناد به اصول و مدارکی که خارج از چارچوب متن قرارداد است، منع می‌کند. اما در مواردی که قرارداد کامل نیست یا قرارداد یک اشتباه یا اظهار خلاف واقعی را نشان می‌دهد یا در کنار این قرارداد، یک نوشته موازی وجود دارد یا محتوای قرارداد شروط خاصی دارد که نیاز به تفسیر و توضیح دارد، دادگاه می‌تواند به شواهد خارجی استناد کند. اما اینکه آیا قرارداد کامل است یا خیر، بستگی به نظر مفسر دارد. اگر قرارداد طولانی و حاوی جزئیات باشد و «شرط یکپارچگی» در قرارداد درج شده باشد، می‌توان آن قرارداد را کامل دانست (Mitchell, 2019: 14).

بر اساس قاعده منع استماع ادله خارج از قرارداد، اگر قرارداد مکتوب، کامل و منسجم باشد، در این صورت، ادله و شواهد مربوط به مذاکرات قبلی که با شروط قرارداد مغایر باشند، قابل استماع نیستند. این قاعده با قاعده تفسیر در چارچوب قرارداد، در مواردی همپوشانی دارد؛ زیرا هر دو، ادله و شواهد مذاکرات پیشین منتهی به قرارداد را استثنا می‌کنند. اما قاعده تفسیر در چارچوب قرارداد افزون بر این، مانع در نظر گرفتن وقایعی است که بعد از انعقاد قرارداد اتفاق می‌افتد و بر معنای توافق و قرارداد اثر می‌گذارد. قاعده منع استماع ادله خارج از قرارداد، در موارد احراز کلاهبرداری یا اشتباه متقابل یا عدم پرداخت عوض یا خطای نویسنده قرارداد اعمال نمی‌شود. همچنین ادله و شواهد خارج از قرارداد که نشان می‌دهند قرارداد ابهامی پنهان دارد، قابل استماع هستند (Orsinger, 2007: 19). همان گونه که قبلاً نیز اشاره شد، در حقوق ایران نیز می‌توان مواردی را در رویه قضایی ملاحظه کرد که دادگاه به متن قرارداد اولویت داده و شهادت شهود را نپذیرفته است (ر.ک: سامانه ملی آراء قضایی).<sup>۲</sup>

### ۳-۱-۲-۵. قاعده معنای متعارف و آشکار<sup>۳</sup>

قاعده تفسیر بر مبنای معنای متعارف و آشکار، چنین تعریف شده است: «اگر یک نوشته‌ای یا یک شرط مکتوب در ظاهر فاقد ابهام باشد، معنای آن باید از

1. Parol evidence rule.

۲. دادنامه شماره ۱۳۹۳/۰۷/۰۵-۹۳۰۹۹۷۰۲۲۰۳۰۰۸۸۰ صادره از شعبه دوم دادگاه عمومی قرچک.

3. Plain meaning rule.

خود متن [قرارداد] بدون توسل به شواهد خارجی تعیین شود» (Garner, 2009: 1267).

مبنای این قاعده آن است که معنای کلمات، امری انتزاعی است که بر مدلول بالقوه آن‌ها حمل می‌شود. معانی صرفاً در ذهن طرفین قرارداد نیستند؛ بلکه فارغ از قصد افراد، معانی به طور بالقوه در متن وجود دارند. بدین ترتیب، این قاعده با قصد عینی مرتبط می‌شود (Catterwell, 2020: 74). این قاعده حاوی این پیش فرض است که اصولاً کلمات بر معنایی واضح و آشکار و بدون ابهام دلالت دارند. به عبارت دقیق‌تر، هنگامی که معنای کلمات و عبارات واضح و بدون ابهام است، سایر داده‌های تفسیری کنار گذاشته می‌شوند (Baude & Doerfler, 2017: 542).

حقوق دانان بین معنای متعارف و آشکار و معنای کاربردی<sup>۱</sup> تفاوت قائل می‌شوند. در حقوق قراردادها، «معنای متعارف و آشکار» معمولاً معنای مستخرج از متن است که مفسر با استفاده از فرهنگ لغت، دانش عمومی از زبان، و درک کلی خود از فضای اجتماعی به آن دست می‌یابد. از آنجا که تفسیر بر اساس معنای متعارف و آشکار از منابع محدودی برای دستیابی به معنا استفاده می‌کند، غالباً با معنای تحت‌اللفظی انطباق دارد. اما همیشه این گونه نیست؛ برای مثال ممکن است کلیت یک توافق کتبی، ناظر به هدفی کلی باشد و شرط یا اصطلاحی در قرارداد ذکر شده است که حمل آن بر معنای لغوی با هدف قرارداد سازگار نیست (Klass, 2020: 25). معنای کاربردی بر مبنای «زبان‌شناسی کاربردی»<sup>۲</sup> درک می‌شود و به تفسیر قرارداد کمک می‌کند. معنای کاربردی بر روی آنچه مخاطب می‌تواند از یک ارتباط استنباط کند، تمرکز دارد (Catterwell, 2020: 74).

متن‌گرایان بر این باورند که کلمات، معنای متعارف و آشکار یا تحت‌اللفظی دارند و دادگاه‌ها باید کلمات را بر معنای متعارف و آشکار حمل کنند؛ حتی اگر به نتیجه‌ای نامعقول منجر شود (Mitchell, 2015: 233). قاعده معنای متعارف و آشکار از این جهت برای متن‌گرایان اهمیت دارد که از طریق آن می‌توانند قصد عینی را با کمترین هزینه

1. Use meaning.

2. Pragmatic linguistics.

احراز کنند.

در حقوق ایران، عرف نقش مهمی در تفسیر قرارداد دارد. یکی از کارکردهای عرف، تعیین معنای الفاظ است. منظور از عرف، انس ذهن جامعه یا گروهی خاص به امری مربوط به روابط حقوقی است. از آنجا که هدف تفسیر، کشف اراده مشترک طرفین است و طرفین قرارداد در هنگام بیان، همان معنایی را از الفاظ و عبارات به کار برده در قرارداد اراده می‌کنند که در عرف آنان از الفاظ و عبارات فهمیده می‌شود. بنابراین معنای عرفی، کاشفیت از اراده مشترک طرفین دارد (شهیدی، ۱۳۹۱: ۳۰۰ و ۳۰۷). معنای عرفی بر معنای لغوی و حتی معنای قانونی تقدم دارد. آنچه در این خصوص باید مورد توجه باشد این است که منظور از عرف، عرف متعاقدين است. به عبارت دیگر در اینجا، عرف خاص طرفین مقدم بر عرف عام است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲: ۲۰۲)؛ برای مثال ممکن است طرفین قرارداد اصطلاح «فسخ معامله» را برای «اقاله» به کار برند و در صورت اختلاف بین طرفین، اگرچه فسخ معنایی قانونی دارد، ولی ظهور عرفی آن بین طرفین، دلالت بر به هم زدن معامله دارد؛ لذا حمل بر معنای قانونی خود نخواهد شد و معنای عرفی آن ملاک تفسیر قرار می‌گیرد. در ماده ۲۲۴ قانون مدنی، این قاعده پیش‌بینی و مقرر شده است: «الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه». بر این اساس، استعمال الفاظ قراردادها در غیر معنای عرفی، خلاف قاعده است و چنین کاربردی باید اثبات شود (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۲۱۳).

در بخش بعد ضمن تعریف بافت‌گرایی، هر یک از مفاهیم و قواعد پیش‌گفته از منظر این رویکرد بررسی و نقد خواهد شد.

### ۳-۵. بافت‌گرایی

تعهدات حقوقی، مانند هر بیان انسانی، در یک پس‌زمینه بیان‌نشده از اهداف مشترک، تجربیات و حتی یک نظریه مشترک در مورد جهان شکل می‌گیرند و بدون چنین پس‌زمینه عمومی، ارتباطات انسانی ناممکن است (Mitchell, 2019: 10). بافت‌گرایی رویکردی تفسیری است که به همه عواملی که متن در آن شکل گرفته است، توجه می‌کند. میزان توجه به این عوامل یکسان نیست و برخی عوامل در نظر

مفسر وزن بیشتری دارد (Barnes, 2018: 1099). بر اساس رویکرد بافت‌گرا، مفسر باید عواملی را که قرارداد در آن شکل گرفته است، نسبت به متن قرارداد در اولویت قرار دهد و به رویدادهای قبل و بعد از تشکیل قرارداد توجه کند. مفسر باید به بافتی که قرارداد در آن شکل گرفته، حتی اگر شفاهی یا غیر مکتوب باشد، توجه کند. توجه مفسر به بافت، مقید به ابهام متنی نیست؛ بلکه حتی اگر قرارداد فاقد ابهام باشد، باید شواهد خارجی را در تفسیر خود لحاظ کند. برای کشف قصد واقعی طرفین، دادگاه هیچ محدودیتی برای استناد به شواهد خارجی ندارد (Benoliel, 2017: 473).

بافت‌گرایان از نظرگاه مبانی استدلالی، نحله‌های مختلفی دارند. رابطه‌گرایان<sup>۱</sup> چنین استدلال می‌کنند که روابط قراردادی بسیار غنی‌تر و گسترده‌تر از توافق‌نامه‌های کتبی طرفین است و بی‌توجهی به بافت و زمینه‌های ارتباطی طرفین قرارداد، نتایج ناعادلانه‌ای را نسبت به طرفی که حقوقی در خلال این رابطه برای او به وجود آمده است، به بار می‌آورد و به تخریب روابط طرفین منجر می‌شود. گروهی دیگر از منظر زبان‌شناختی به موضوع می‌نگرند و بر این باورند که زبان بدون در نظر گرفتن زمینه‌ای که در آن شکل گرفته است، فاقد معناست. به عبارت دیگر، زبان بسیار کثرت‌گراست و در میان معانی نمی‌توان بدون وجه مرجح به یک معنا مزیت و برتری داد. قضات به معنای واقعی دسترسی ندارند و قضاتی که متن را بدون توجه به بافت آن می‌خوانند، به طور ناخودآگاه، تفسیری منطبق با زمینه ذهنی خود ارائه می‌کنند (Bagchi, 2019: 7).

بافت‌گرایی از طریق تجزیه و تحلیل زمینه‌ای که قرارداد در آن شکل گرفته است، عمل می‌کند. این رویکرد از آن جهت اهمیت دارد که مفسر معقول و متعارف، معنای درست قرارداد را می‌تواند به بهترین نحو درک کند (Mitchell, 2015: 233).

بافت‌گرایی هم از منظر زبان‌شناختی و هم از منظر اجتماعی توجیهات جدی دارد. در مقابل، متن‌گرایی توجه خود را به جنبه‌های اقتصادی معطوف می‌کند؛ برای مثال، هزینه معاملاتی از جمله مفاهیمی است که در ترجیح رویکرد متن‌گرایی در برابر بافت‌گرایی مورد استفاده قرار می‌گیرد. از این رو، سنخ دلایلی که از هر یک از این

1. Relationists.



رویکردها پشتیبانی می‌کنند نیز تفاوت جدی دارند.

از آنجا که رویکرد بافت‌گرایی در تقابل با متن‌گرایی است، طبعاً در برابر قواعد و مفاهیم مورد استناد متن‌گرایان استدلال‌هایی دارد که در ادامه به آن‌ها اشاره می‌شود.

### ۵-۳-۱. بافت‌گرایی و مفهوم یکپارچگی

همان‌گونه که گفته شد، شرط یکپارچگی یکی از مفاهیم مهم مورد نظر متن‌گرایان است. در نظر متن‌گرایان، اگر دادگاه متن را یکپارچه تشخیص دهد، طرفین نمی‌توانند به شروطی که در متن قرارداد نیامده، استناد کنند. یکپارچگی متن قرارداد، دادگاه را ملزم به رعایت قاعده «تفسیر بر مبنای معنای متعارف و آشکار» می‌کند و این یکپارچگی، مبنای توجیهی برای اعمال قاعده «منع استماع ادله شفاهی خارج از قرارداد» می‌شود (Klass, 2017: 71). حال باید دید که این مفهوم در رویکرد بافت‌گرایان، چه جایگاهی دارد.

نخستین پرسش در تفسیر آن است که دادگاه‌ها چگونه و با چه معیاری یکپارچگی متن قرارداد را تشخیص می‌دهند؟ متن‌گرایان و بافت‌گرایان در پاسخ به این پرسش اختلاف نظر دارند. در اینجا باید بین وضعیتی که شرط یکپارچگی در قرارداد درج شده یا قرارداد فاقد این شرط است، تفکیک قائل شد. در برخی موارد، طرفین شرط یکپارچگی را در متن قرارداد خود می‌گنجانند. این شرط نشان می‌دهد که آنان متن قرارداد را به‌عنوان اراده نهایی خود پذیرفته‌اند و می‌خواهند متن قرارداد به‌عنوان تنها منبع تفسیری از سوی دادگاه مورد استناد قرار گیرد. در غیاب این شرط، دادگاه باید در مورد اینکه متن قرارداد به‌عنوان اراده نهایی طرفین پذیرفته شده است، تحقیق کند. حقوق برخی از کشورها، این رویه را در مقررات خود پیش‌بینی کرده است که اگر توافق مکتوب، جامع، صریح و کامل به نظر برسد، این توافق یکپارچه خواهد بود. این دو حالت از حیث آثاری که بر هر یک مترتب خواهد شد، با هم تفاوت دارند. در موردی که شرط یکپارچگی در قرارداد درج شده است، ترجیح و اراده طرفین نزد دادگاه روشن است. اما هنگامی که دادگاه یکپارچگی یا عدم آن را از منابع مختلف استنباط می‌کند، پرسش این است که دادگاه باید کدام ادله تفسیری را در تعیین یکپارچگی لحاظ کند؟

متن گرایان و شکل گرایان در اینجا همچنان به قاعده منع استماع ادله خارج از قرارداد پایبند می‌مانند و صرفاً هنگامی به ادله خارج از قرارداد استناد می‌کنند که قرارداد در ظاهر ناقص باشد. اما بافت گرایان بر این باورند که همواره باید تمام ادله موجود درباره قصد طرفین بررسی شوند، حتی اگر شرط یکپارچگی در متن قرارداد آمده باشد؛ چرا که در نظر اینان، «الفاظ و عبارات در متن، [از حیث دلالات معنایی] همواره قابل بحث هستند» (Klass, 2017: 73-74). هنگامی که شرط یکپارچگی در قرارداد آمده باشد، در نظر بافت گرایان، این شرط به عنوان یکی از عوامل در تفسیر ملاحظه خواهد شد. به عبارت دیگر، خود شرط نیز به عنوان بخشی از زمینه قرارداد در نظر گرفته می‌شود و نه به عنوان تنها منبع تفسیر.

در مجموع، مخالفان قاعده منع استماع ادله خارجی (بافت گرایان) بر این باورند که متن قرارداد به تنهایی نمی‌تواند گویای انسجام یا عدم انسجام باشد. به ویژه وقتی که قرارداد درباره موضوعی ساکت باشد، قضاوت در خصوص انسجام آن بسیار دشوارتر می‌شود؛ اگرچه ممکن است قرارداد حتی بدون وجود شرط انسجام یا «یکپارچگی» نیز کامل به نظر آید (Bix, 2012: 60-61).

### ۵-۳-۲. بافت گرایی و قاعده معنای متعارف و آشکار

تصور رایج در مورد قاعده معنای متعارف و آشکار این است که متن قرارداد باید بر معنای متعارف حمل شود؛ اما این قاعده چنین می‌گوید که متن قرارداد هنگامی بر معنای متعارف حمل می‌شود که زبان آن بدون ابهام باشد. بنابراین، این قاعده دادگاه را ملزم می‌کند که قرارداد بدون ابهام باید حمل بر معنای متعارف و آشکار شود؛ بدین ترتیب که اگر واژه‌ای فقط یک معنا داشته باشد، می‌توان به این قاعده پایبند بود، اما اگر بیش از یک معنا داشته باشد، چنین قاعده‌ای قابل اعمال نیست. قاعده معنای متعارف و آشکار بیان می‌کند که به شروط و عبارات یک قرارداد باید معنای متعارف و عادی آن داده شود؛ به این معنا که دادگاه در هنگام تفسیر باید سایر معانی را که از معنای متعارف انحراف دارد یا معنای متعارف نیست، نادیده بگیرد. این مطلب بر اساس این فرض است که طرفین قاعدتاً زبان را در معنای معمولی و متعارف خود به کار

می‌گیرند، اما حمل الفاظ و عبارات بر معنای متعارف نیز مستلزم در نظر گرفتن بافتی است که الفاظ و عبارات در آن استفاده شده‌اند (Burton, 2009: 109-110). از این رو، قاعده «معنای متعارف و آشکار» در تفسیر بافت گرا نمی‌تواند نقطه اتکا باشد؛ چرا که بر خلاف این قاعده، بافت‌گرایی به اهداف مورد نظر طرفین نیز توجه می‌کند (Kostritsky, 2006: 547). بدین توضیح که در بافت‌گرایی، کشف معنای متعارف و آشکار نیز باید از طریق بافت صورت گیرد؛ بر خلاف متن‌گرایان که اصل را بر معنای متعارف و آشکار می‌گذارند و در صورت وجود ابهام به سایر معانی توجه می‌کنند.

همان‌گونه که گفته شد، بین معنای لغوی و معنای کاربردی تفاوت وجود دارد. معنای لغوی که غالباً معنای برگرفته از فرهنگ لغات و منطبق با معنای متعارف و آشکار است، از نقطه نظر بافت‌گرایی از جهات مختلف پذیرفتنی نیست: ممکن است الفاظ بیش از یک معنای تحت‌اللفظی داشته یا مبهم باشند یا صرفاً در یک متن دارای معنای تحت‌اللفظی باشند. از این رو، گاهی ضروری است که شرایط کاربرد جمله نیز لحاظ شود. با این وصف، در مواردی که یک لفظ بیش از یک معنای لغوی داشته باشد، باید معنای معقول و مورد قصد را بر اساس بافت مورد نظر تعیین کرد (Klass, 2017: 25-26).

بر این اساس، برخی بر این باورند که مفهومی به نام معنای متعارف وجود ندارد؛ چرا که معنا بدون در نظر گرفتن گوینده و شنونده وجود نخواهد داشت و هیچ واژه یا عبارتی دارای یک معنای صحیح و تغییرناپذیر نیست. معنا صرفاً زمانی شکل می‌گیرد که واژه‌ها در شرایط و با هدفی خاص مورد استعمال قرار گرفته باشند. اینکه واژه‌ها معنایی مستقل از زمینه و بافت خود داشته باشند، تفکری منسوخ است. در صورتی که واژه‌های یک متن به صورت مستقل و متمایز از کل متن در نظر گرفته شوند، هیچ معنایی نخواهند داشت (Ibid.: 54). اینان متن را به تغییر رنگ یک آفتاب‌پرست تشبیه می‌کنند که الفاظ و عبارات بسته به اینکه در چه زمینه‌ای استعمال شوند، می‌توانند بر معانی متفاوتی حمل شوند (Ammann, 2020: 198).

قاعده معنای متعارف و آشکار، علاوه بر نقد زبان‌شناختی، از منظر تحلیل اقتصادی حقوق نیز نقد شده است. برخی گفته‌اند تأکید بر اینکه طرفین مشکلات خود را از طریق زبان قراردادی (اعمال قاعده معنای متعارف و آشکار) حل خواهند کرد، هزینه

تهیه پیش‌نویس قرارداد را بالا می‌برد و هزینه بزرگ دیگری را نادیده می‌گیرد و آن اینکه طرفین قادر به تنظیم بندهای روشن برای کاهش خطرات قراردادی نیستند و از این جهت سود کمتری از مشارکت تجاری خواهند برد (Kostritsky, 2006: 515).

### ۵-۳-۳. بافت‌گرایی و قاعده منع استماع ادله خارج از قرارداد

همان‌گونه که گفته شد، این قاعده دادگاه را در هنگام تفسیر، از استماع ادله شفاهی خارج از قرارداد منع، و از متن قرارداد به عنوان منبع اصلی تفسیر در هنگام اختلاف حمایت می‌کند. اولین وظیفه مفسر، شناسایی الفاظ و عبارات مورد اختلاف است تا از طریق معنا دادن به آن‌ها، اختلاف را رفع کند. هنگامی که قرارداد کتبی است، این پرسش مطرح می‌شود که آیا توافقات شفاهی قبل از انعقاد قرارداد می‌تواند مورد استناد قرار گیرد یا نه؟ بدیهی است که طرفین قبل از قرارداد ممکن است توافقاتی شفاهی و خارج از متن قرارداد با یکدیگر داشته باشند. از سوی دیگر می‌توانند در قرارداد کتبی، همه توافقات شفاهی قبل از قرارداد را لغو و بی‌اثر کنند.

قاعده منع استماع ادله و شواهد خارج از قرارداد، به این پرسش پاسخ خواهد داد. این قاعده هنگامی قابل اعمال است که قرارداد یکپارچه باشد و گویای اراده نهایی طرفین قرارداد باشد. قبل از تشخیص یکپارچگی، این قاعده محلی از اعراب ندارد. دادگاه‌هایی که گرایش به رویکرد بافت‌گرا دارند، بر خلاف دادگاه‌های دیگر که به وسیله قاعده تفسیر در چارچوب قرارداد، به متن قرارداد محدود می‌شوند، با استفاده از «قاعده بافت»، همه عوامل و شواهد را برای تشخیص یکپارچگی در نظر می‌گیرند (Burton, 2013: 341-342). رویکرد بافت‌گرا نه تنها در حل مسئله یکپارچگی، بلکه در برخورد با هر پرسشی، اعم از ابهام یا عدم آن، ابتدا به بافت قرارداد توجه دارد؛ به عبارت دقیق‌تر، به هر مسئله تفسیری در پرتو بافت پاسخ داده می‌شود.

در حقوق ایران، مذاکراتی را که پیش از عقد و مورد موافقت طرفین بوده، ولی در قالب قصد انشاء نیامده است، «شروط تبانی» می‌نامند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲: ۲۰۶-۲۰۷). شروط تبانی که خارج از قلمرو قصد انشاء بوده و در متن عقد ذکر نشده‌اند، در نظر اکثر فقیهان بی‌اعتبارند (شهیدی، ۱۳۹۱: ۳۴۱)؛ در حالی که در رویکرد بافت‌گرا، این

مذاکرات می‌تواند مورد استناد قرار گیرد.

### ۵-۳-۴. بافت‌گرایی و قاعده تفسیر در چارچوب قرارداد

دادگاه هنگام وقوع اختلاف طرفین در مفاد قرارداد، ابتدا باید در مورد اینکه قرارداد مبهم است یا غیر مبهم، تصمیم بگیرد. قاعده تفسیر در چارچوب متن قرارداد، دادگاه را ملزم می‌کند که در پاسخ به این پرسش صرفاً ظاهر و متن قرارداد را در نظر بگیرد و همه ادله خارجی را استثنا کند. تحقیق در مورد قصد و معانی مورد نظر طرفین، بدون توجه به ادله و شواهد خارجی صورت می‌گیرد. این قاعده به قاعده معنای متعارف و آشکار بسیار نزدیک است و هنگام اعمال به نظر می‌رسد که دو قاعده متزاحم هستند؛ اما گفته شده که قاعده تفسیر در چارچوب قرارداد، بر قاعده معنای متعارف و آشکار مقدم است و باید قبل از آن اعمال شود. در نتیجه، قاعده تفسیر در چارچوب قرارداد از طریق حذف شواهد مربوط به بافت صرفاً می‌تواند ابهام درونی قرارداد را تشخیص دهد، نه ابهام «خارج از متن»<sup>۱</sup> را.<sup>۲</sup> قاعده معنای متعارف و آشکار، در عمل وظیفه دارد در مواردی که زبان قرارداد فاقد ابهام است، آن را بر معنای متعارف و آشکار حمل کند. اما قبل از این وظیفه، این پرسش مطرح می‌شود که آیا ابهامی وجود دارد یا خیر؟ قاعده معنای متعارف و آشکار نمی‌تواند به این پرسش پاسخ دهد که چه عناصری را برای تشخیص مبهم بودن یا نبودن، می‌توان در نظر گرفت. در اینجا قاعده تفسیر در چارچوب قرارداد، محدوده ادله‌ای را که برای پاسخ به این پرسش وجود دارند، مشخص می‌کند (Burton, 2009: 111).

انتقاد عمومی از قاعده تفسیر در چارچوب قرارداد این است که معنای متعارف و آشکار را نمی‌توان از طریق ظاهر متن قرارداد تشخیص داد. اشکال دیگری که این قاعده دارد آن است که بیان قصد صریح و بدون ابهام را بر دوش طرفین می‌گذارد و اگر طرفین قصد خود را واضح و شفاف در متن قرارداد ابراز نکنند، یا قصد آن‌ها

1. Latent ambiguity.

۲. ابهام خارج از متن (خارجی)، ابهامی است که از ظاهر قرارداد قابل احراز نیست و با توجه به شواهد و ادله خارجی مشخص می‌شود. بنابراین ممکن است سند یا قرارداد در ظاهر فاقد هر گونه ابهامی باشد، اما با لحاظ ادله و شواهد خارجی ابهام داشته باشد (Burton, 2009: 107).

کشف‌شدنی نباشد، طرفین از مزایای الزامات و آثار حقوقی قرارداد محروم می‌شوند (Ibid.: 143-144). مهم‌تر اینکه محدود شدن به متن قرارداد در مواقعی که قرارداد ابهامی خارجی دارد، تصمیم‌گیری در مورد ابهام را دشوار می‌سازد (Ibid.: 145). بنابراین بافت‌گرایی در تشخیص ابهام اعم از درونی و بیرونی، توفیق بیشتری دارد و قاعده یادشده نمی‌تواند در رویکرد بافت‌گرا کارکردی داشته باشد.

با بررسی قواعد و مفاهیمی که متن‌گرایان در تفسیر قرارداد به کار می‌گیرند و روشن کردن مواضع بافت‌گرایان، این پرسش مطرح می‌شود که از چه منظری باید به ارزیابی این رویکردها پرداخت؟ به عبارت دقیق‌تر، با چه معیاری باید وجه برتری هر یک را نسبت به دیگری سنجید؟ در بخش بعد، به این پرسش پاسخ داده خواهد شد.

### ۶. نقد و بررسی رویکردها از منظر قصد طرفین

گفته شد که مهم‌ترین هدف تفسیر قرارداد، کشف قصد طرفین است. بنابراین احراز قصد، معیار مهمی در تفسیر قرارداد است. با این وصف، رویکردی که بتواند این هدف را به بهترین نحو محقق کند، نسبت به دیگری برتری دارد. برای پی بردن به این موضوع باید ارتباط متن قرارداد با قصد طرفین را مورد بررسی قرار داد. اینکه متن قرارداد یا بافتی که متن در آن شکل گرفته، هر یک به چه میزان گویای معانی مورد نظر طرفین است، نقش مهمی در اولویت‌بخشی به هر یک از رویکردها دارد.

در اواخر قرن نوزدهم و اوایل قرن بیستم، هولمز<sup>۱</sup> و ویلیستون<sup>۲</sup> به دفاع از قاعده معنای متعارف و آشکار پرداختند. تمرکز اصلی این قاعده بر متن و معنای آن است. اما واقع‌گرایان حقوقی همچون کوربین<sup>۳</sup> و لولین<sup>۴</sup> از این رویکرد انتقاد کرده و از قواعدی حمایت کردند که معنای کلمات را در بافت قرارداد جستجو می‌کردند. محدود کردن ادله تفسیری معمولاً به معنای تمرکز بر متن و حذف داده‌ها و ادله مربوط به بافت

1. O. Holmes.
2. S. Williston.
3. A. Corbin.
4. K. Llewellyn.

است. این محدودیت در عمل منجر به ثبات در معنا می‌شود و هنگام تفسیر، وزن بیشتری به معنای قراردادی کلمات می‌دهد (Klass, 2017: 1-4).

پایبندی به متن و عینیت‌گرایی دارای محدودیت‌هایی است و به درک قضات از نقشی که در حل اختلافات قراردادی دارند، بستگی دارد. متن قرارداد در طول زمان نسبتاً پایدار و در بستر سابقه‌ای به وجود آمده است که در متن‌گرایی نادیده گرفته می‌شود. از سوی دیگر، اگرچه حمایت از معنای متعارف و آشکار در قرارداد، به واسطه درک متعارف اشخاص از زبان، برتری‌های قابل توجهی به این رویکرد می‌دهد، تعهد به متن قرارداد و قاعده معنای متعارف و آشکار، ضریب خطا را افزایش می‌دهد. چنان‌که برخی گفته‌اند رویکرد بسیار عینی ممکن است از قصد طرفین دور باشد و تفسیری که از طریق آن به دست می‌آید، با قصد طرفین منطبق نباشد؛ چرا که این رویکرد (متن‌گرایی) قصد طرفین را کاملاً تابع کلمات و متن می‌کند (Mitchell, 2019: 13). در عین حال، برخی این استدلال را رد می‌کنند و بر این باورند که الفاظ و عبارات قرارداد، معانی متعلق به خود را دارند و از آنجا که کاربرد الفاظ و عبارات، یک شیوه ارتباطی اجتماعی است، می‌توان به آن اطمینان کرد (Ammann, 2020: 198).

رویکردی که در تفسیر بر متن قرارداد تمرکز می‌کند، دو مشکل اساسی دارد: اول اینکه بسیاری از قراردادهای رسمی به وسیله وکلا و مؤسسات تجاری نوشته می‌شوند و در این حالت، این تردید ایجاد می‌شود که متن قرارداد به چه میزان می‌تواند منعکس‌کننده قصد طرفین باشد. دوم اینکه ممکن است یک سابقه معاملاتی طولانی و پایدار بین طرفین قرارداد وجود داشته باشد و متن قرارداد ممکن است منعکس‌کننده رویه‌ها و انتظارات طرفین از روابط و تعهداتشان نباشد. در این حالت مراجعه به متن قرارداد و معنا دادن به شروط و تعهدات قراردادی از منظر شخص معقول، الزاماً با قصد واقعی طرفین منطبق نیست و یک تفسیر غیر واقعی را در اختیار مفسر قرار می‌دهد (Ibid.).

عمده‌ترین ایراد بافت‌گرایان به متن‌گرایان این است که متن‌گرایان از دادگاه می‌خواهند که قرارداد صرفاً در چارچوب متن قرارداد تفسیر شود و ادله تفسیری، محدود به متن قرارداد باشد و این، دقت تفسیر را کاهش می‌دهد؛ در حالی که تفسیرهای بافت‌گرایانه دقت بیشتری در رسیدن به قصد طرفین دارند. از این جهت،

طرفین قرارداد، تفسیر بافت گرا را ترجیح می دهند. همچنین بافت گرایان معتقدند که واژه‌ها بدون توجه به زمینه‌ای که در آن ایجاد و استمرار یافته‌اند، فاقد معنا هستند و بافت در تفسیر نقش اساسی ایفا می کند؛ برای مثال، قراردادی را در نظر بگیرید که کارفرما احداث سازه‌ای را برای نگهداری مواد شیمیایی خطرناک با پیمانکاری منعقد کرده و پیمانکار سازه‌ای با استفاده از مواد چوبی تحویل کارفرما داده است. اگر طرفین در کیفیت ساخت و نوع مواد این سازه با هم اختلاف کنند و پیمانکار مدعی باشد که مطابق قرارداد آن را ساخته است و کارفرما با ادعای وی مخالف باشد، با فرض اینکه کارفرما هنگام قرارداد، پیمانکار را از کاربری سازه مطلع نکرده باشد و قرارداد در این مورد ساکت باشد، طبیعتاً دادگاه بدون توجه به بافت و تحقیق در مورد کسب و کار کارفرما و طرح او نمی‌تواند قرارداد را برای تحویل سازه‌ای که برای نگهداری مواد شیمیایی (غیر چوبی) است، تفسیر کند و برای کشف قصد واقعی طرفین، ناگزیر از تفسیر بافت گراست (Schwartz & Scott, 2010: 952-953).

کلمات و عبارات قراردادی، چنانچه فاقد ابهام باشند، گویای قصد طرفین‌اند و در وهله اول باید ملاک عمل قرار گیرند؛ مگر اینکه دلایلی وجود داشته باشد که خلاف آن را اثبات کند. این امر از اهمیتی ویژه برخوردار است؛ زیرا نمی‌توان به حقوق اشخاصی که با حسن نیت و به معنای عینی واژه‌های قرارداد اتکا کرده‌اند، لطمه وارد کرد. در عرصه اجتماعی باید فرض را بر این گذاشت که طرفین به اهمیت سند مکتوب آگاه بوده و به معنای ظاهری زبان مورد استفاده رضایت داده‌اند (Davies, 2013: 455-456). الزامات ظاهری و توجه به معنای متعارف و آشکار، تضمین‌کننده اعتماد و انتظارات معقول است و موجب افزایش قطعیت و قابلیت پیش‌بینی در معاملات تجاری می‌شود. از سوی دیگر، اینکه طرفین قرارداد به دلیل عدم رعایت برخی قواعد نگارشی و ظاهری زبان، به معنایی ملزم شوند که (به طور ذهنی) قصد آن را نداشته‌اند و نتوانند توافقی‌های خود را اجرا کنند، باعث می‌شود که مفاهیم آزادی قرارداد، استقلال و لزوم اجرای تعهدات در قراردادها خدشه‌دار شود (Bix, 2012: 60-61). در بافت گرابی، توجه به گستردگی عناصر شکل‌دهنده قرارداد، به مفسر آزادی عمل می‌دهد تا بتواند مجموعه‌ای از توجیهاات و استدلالاتی را که تضمین‌کننده آزادی



قراردادی است، فراهم کند؛ در حالی که مراجعه مستقیم مفسر به قاعده معنای متعارف و آشکار می‌تواند به عنوان یک محدودیت عمل کند. قاعده معنای متعارف و آشکار در حقوق قراردادهای، تنها نقطه مورد اعتماد است؛ چرا که معانی الفاظ و عبارات قراردادی را به طور معقول تعیین می‌کند. بر این اساس، به کارگیری این قاعده به لحاظ نظری، مفسر را از توجه گسترده به بافت بی‌نیاز می‌کند. در نقطه مقابل، گستردگی بافتی که قرارداد در آن شکل گرفته است، این اشکال را در خود دارد که ممکن است تفسیر را به یک تحلیل بسیار باز و گسترده تبدیل کند و معانی متعددی را پیش روی مفسر قرار دهد. در این حالت، هیچ نقطه‌ای برای شروع و بازگشت به پرسش تفسیری، که همان معنا دادن به لفظ یا عبارت مورد اختلاف است، وجود نخواهد داشت و مفسر در یک فرایند تفسیری نامحدود و بی‌اتها وارد خواهد شد. از آنجا که متن ذاتاً غیرقابل اطمینان و ناپایدار است، برای غلبه بر این ناپایداری، یا باید یک روش تفسیری را اتخاذ کرد که نتیجه مشخصی در پی داشته باشد یا اینکه باید روشی جایگزین در مهار تفسیر در نظر گرفت. این چاره‌اندیشی، فضای نامحدود تفسیر را محدود و مشخص می‌کند (Mitchell, 2019: 11-12).

استدلال‌های یادشده نشان می‌دهند که متن‌گرایی و بافت‌گرایی هر دو مدعی‌اند که در کشف قصد طرفین کارآمد هستند؛ با این تفاوت که متن‌گرایان بر این باورند که تنها راه کشف قصد طرفین، توجه به متن است و انحراف از متن قرارداد منجر به انحراف از قصد طرفین می‌شود. مبنای اطمینان آنان به این استدلال، ویژگی اجتماعی زبان است. کلمات و عبارات در نظر آنان، حاوی معانی مشخص و ثابتی هستند و طرفین قرارداد نیز مقاصد خود را از این طریق به یکدیگر منتقل می‌کنند. در مقابل، بافت‌گرایان استدلال دیگری دارند؛ آنان بر این باورند که الفاظ و عبارات به کاررفته در قرارداد بدون توجه به بافتی که در آن شکل گرفته‌اند، فاقد معنا هستند و قصد واقعی طرفین، هنگامی قابل دستیابی است که به بافت و زمینه عبارات و الفاظ توجه شود.

### جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

اگرچه رویکرد بافت‌گرا، ابزار گسترده‌تری برای احراز کشف قصد طرفین دارد، اما

در نگاهی کلان می‌توان گفت که دلایل طرفداران هر یک از این رویکردها برای کشف قصد طرفین قرارداد موجه است و ارزیابی ادله هر یک از این رویکردها، مخاطب را به نقطه تکافوی ادله می‌رساند. ترجیح هر یک از این رویکردها بر دیگری، بستگی به این مسئله دارد که کدام یک از ارزش‌های نظام حقوقی در نظر مفسر، بر دیگر ارزش‌ها اولویت داشته باشد. اگر در یک نظام حقوقی، قرارداد به عنوان یک نهاد حقوقی ارزشی ذاتی داشته باشد، کشف قصد واقعی، یگانه راه رسیدن به این هدف خواهد بود و برای کشف قصد واقعی، رویکرد بافت‌گرا قابلیت بیشتری برای تحقق بخشیدن به این ارزش را دارد؛ چرا که با به کارگیری ادله‌ای گسترده، دقت بالاتری در کشف قصد واقعی نسبت به متن‌گرایی دارد. در مقابل، اگر قرارداد صرفاً ابزاری برای تحقق ارزش‌های اقتصادی همچون سود حداکثری، پیش‌بینی‌پذیری و کارایی باشد، رویکرد متن‌گرا برای محقق کردن این اهداف و ارزش‌ها مناسب‌تر است. بنابراین ترجیح هر یک از این رویکردها مستلزم تعیین رویکرد هر یک از نظام‌های حقوقی به قرارداد است و بدون توجه به این امر به عنوان مسئله‌ای پیشینی، ارزیابی این رویکردها به نحو منطقی امکان‌پذیر نیست.

## کتاب‌شناسی

۱. اصغری آقشهیدی، فخرالدین، و محمدحسین تقی‌پور درزی نقیبی، «مطالعه تطبیقی تأثیر عرف و عادت در تفسیر قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و حقوق ایران»، *دوفصلنامه مطالعات حقوقی تطبیقی*، سال هشتم، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۶ ش.
۲. افضلی، عبدالواحد، مهدی شهابی، و محمد مهدی الشریف، «عبور از تفسیر قرارداد به تحول قرارداد؛ تأملی در اجتماعی شدن حقوق قراردادها»، *فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی*، سال هفتم، شماره ۲۷، تابستان ۱۳۹۸ ش.
۳. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، تهران، اسلامی، ۱۳۸۹ ش.
۴. انصاری، مهدی، *تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها*، تهران، جاودانه، جنگل، ۱۳۹۳ ش.
۵. حبیبی، محمود، *تفسیر قراردادهای تجاری بین‌المللی*، تهران، میزان، ۱۳۹۲ ش.
۶. داراب‌پور، مهرباب، «تفسیر قراردادهای تجاری بین‌المللی و شروط مبهم آن»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، ضمیمه شماره ۵۲، پاییز و زمستان ۱۳۸۹ ش.
۷. شعاریان، ابراهیم، و ابراهیم ترابی، *حقوق تعهدات؛ مطالعه تطبیقی طرح اصلاحی حقوق تعهدات فرانسه با حقوق ایران و اسناد بین‌المللی*، تهران، شهر دانش، ۱۳۹۳ ش.
۸. شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی؛ جلد دوم: اصول قراردادها و تعهدات*، تهران، مجد، ۱۳۹۱ ش.
۹. شیرینی، مهرداد، احمد باقری، و محمدعلی خورسندیان، «تعارض در قرارداد و کارایی قواعد اصولی در تفسیر آن»، *دوفصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، سال هفتم، شماره ۱۲، بهار و تابستان ۱۳۹۴ ش.
۱۰. صاحبی، مهدی، *تفسیر قراردادهای در حقوق خصوصی*، تهران، ققنوس، ۱۳۷۶ ش.
۱۱. طباطبائی، سیدمحمدصادق، و حمید آزابی، «مطالعه تطبیقی مفهوم "اصل صحت" در تفسیر قراردادها»، *فصلنامه نامه مفید*، سال هفدهم، شماره ۸۸ (فصلنامه حقوق تطبیقی، جلد ۷، شماره ۲)، زمستان ۱۳۹۰ ش.
۱۲. علومی یزدی، حمیدرضا، و بابک بابازاده، «شیوه‌های تفسیر قرارداد در نظام حقوقی ایران و انگلستان»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی (پژوهش حقوق و سیاست سابق)*، سال دوازدهم، شماره ۲۹، تابستان ۱۳۸۹ ش.
۱۳. علوی، سیدمحمدتقی، و بابک بابازاده، «تفسیر قرارداد در نظام حقوقی کامن‌لا»، *دوفصلنامه علامه*، سال دهم، شماره ۲۹، پاییز و زمستان ۱۳۸۹ ش.
۱۴. قشقایی، حسین، *شیوه تفسیر قراردادهای خصوصی در حقوق ایران و نظام‌های حقوقی معاصر*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۸ ش.
۱۵. کاتوزیان، ناصر، «تفسیر قرارداد»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، دانشگاه تهران شماره ۷۰، زمستان ۱۳۸۴ ش.
۱۶. همو، *حقوق مدنی؛ قواعد عمومی قراردادها (جلد سوم: آثار قرارداد)*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰ ش.
۱۷. کرمی کلمتی، فرزاد، و رضاحسین گندمکار، «اصل حسن نیت و انصاف در تفسیر قراردادها در حقوق ایران و انگلستان»، *فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی عدل و انصاف*، سال چهارم، شماره ۱۲، بهار ۱۴۰۰ ش.
۱۸. مافی، همایون، و حسام کدیور، «جایگاه منطق در تفسیر قرارداد در داوری تجاری بین‌المللی»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، شماره ۵۸، بهار و تابستان ۱۳۹۷ ش.
۱۹. محقق داماد، سیدمصطفی، جلیل قنوتی، سیدحسن وحدتی شبیری، و ابراهیم عبدی‌پور، *حقوق قراردادها در فقه امامیه*، تهران، سمت، ۱۳۹۰ ش.

20. Ammann, Odile, *Domestic Courts and the Interpretation of International Law: Methods and Reasoning Based on the Swiss Example*, Leiden, Brill/Nijhoff, 2020.
21. Bagchi, Aditi, "Risk-Averse Contract Interpretation," *Law and Contemporary Problems*, Vol. 82(4), 2019, <<https://ssrn.com/abstract=3595849>>.
22. Barak, Aharon, *Purposive Interpretation in Law*, Princeton & Oxford, Princeton University Press, 2005.
23. Barnes, Jeffrey, "Contextualism: 'The Modern Approach To Statutory Interpretation'," *University of New South Wales Law Journal*, Vol. 41(4), 2018.
24. Baude, William & Ryan D. Doerfler, "The (Not So) Plain Meaning Rule," *University of Chicago Law Review*, Vol. 84(2), 2017.
25. Bayern, Shawn J., "Contract Meta-Interpretation," *University of California, Davis, Law Review*, Vol. 49(3), 2016.
26. Benoliel, Uri, "The Interpretation of Commercial Contracts: An Empirical Study," *Alabama Law Review*, Vol. 69(2), 2017.
27. Bix, Brian H., *Contract Law: Rules, Theory, and Context (Cambridge Introductions to Philosophy and Law)*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
28. Burton, Steven J., "A Lesson on Some Limits of Economic Analysis: Schwartz and Scott on Contract Interpretation," *Indiana Law Journal*, Vol. 88(1), 2013.
29. Id., *Elements of contract interpretation*, 1<sup>st</sup> Ed., New York, Cambridge University Press, 2009.
30. Catterwell, Ryan, *A Unified Approach to Contract Interpretation*, Oxford, Hart, 2020.
31. Corbin, Arthur Linton, *Corbin On Contracts*, 8 Volumes, St. Paul, Minnesota, West Publishing Company, 1960.
32. Cunningham, Lawrence A., "Contract Interpretation 2.0: Not Winner-Take-All But Best-Tool-For-The-Job," *The George Washington Law Review*, Vol. 85(6), 2018.
33. Davies, Paul S., "Construing Commercial Contracts: No Need for Violence," in: Michael Freeman & Fiona Smith (Eds.), *Law and Language*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
34. Epstein, David G. & Timothy Archer & Shalayne Davis, "Extrinsic Evidence, Parol Evidence, and the Parol Evidence Rule: A Call for Courts to Use the Reasoning of the Restatements Rather than the Rhetoric of Common Law," *New Mexico Law Review*, Vol. 44(1), 2014.
35. Fish, Stanley, "There is No Textualist Position," *San Diego Law Review*, Vol. 42(2), 2005.
36. Garner, Bryan A., *Black's Law Dictionary*, 9<sup>th</sup> Ed., St. Paul, Minnesota, West Publishing Company, 2009.

37. Gilson, Ronald J. & Charles F. Sabel & Robert E. Scott, "Text and Context: Contract Interpretation as Contract Design," *Cornell Law Review*, Vol. 100(1), 2014.
38. Goldstein, Aaron D., "The Public Meaning Rule: Reconciling Meaning, Intent, and Contract Interpretation," *Santa Clara Law Review*, Vol. 53(1), 2013.
39. Hutchison, Andrew, "Chapter 18: Contractual interpretation: the South African blend of common, civil and indigenous law in comparative perspective," in: Pier Giuseppe Monateri (Ed.), *Comparative Contract Law*, 1<sup>st</sup> Ed., Massachusetts, Edward Elgar, 2017.
40. Klass, Gregory, "Contracts, Constitutions, and Getting the Interpretation-Construction Distinction Right," *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, Vol. 18(1), 2020, <<https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/2146>>.
41. Id., "Contract Exposition and Formalism," Georgetown Law Faculty Publications and Other Works, 2017, <<https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1948>>.
42. Id., "Interpretation and Construction in Contract Law," Georgetown Law Faculty Publications and Other Works, 2018, <<https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1947>>.
43. Kostritsky, Juliet P., "Judicial Incorporation of Trade Usages: A Functional Solution to the Opportunism Problem," *Connecticut Law Review*, Vol. 39(2), 2006, <[https://scholarlycommons.law.case.edu/faculty\\_publications/536](https://scholarlycommons.law.case.edu/faculty_publications/536)>.
44. Kraus, Jody S. & Robert E. Scott, "Contract Design and the Structure of Contractual Intent," *New York University Law Review*, Vol. 84(4), 2009, <[https://scholarship.law.columbia.edu/faculty\\_scholarship/580](https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/580)>.
45. Mahoney, Curtis J., "Treaties as Contracts: Textualism, Contract Theory, and the Interpretation of Treaties," *The Yale Law Journal*, Vol. 116(4), 2007.
46. McLauchlan, David, "Contract Interpretation: What Is It About?," *Sydney Law Review*, Vol. 31(1), 2009.
47. Mitchell, Catherine, *Interpretation of Contracts*, 2<sup>nd</sup> Ed., London & New York, Routledge, 2019.
48. Id., "Interpreting Commercial Contracts: The Policing Role of Context in English Law," in: Larry DiMatteo & Martin Hogg (Eds.), *Comparative Contract Law: British and American Perspectives*, 2015 (Published to Oxford Scholarship Online, January 2016).
49. Murray, John E., Jr. & Timothy Murray, *Corbin on Contracts Desk Edition*, Massachusetts, Danvers, Matthew Bender & Company, 2017.
50. Orsinger, Richard R., "The law of interpreting contracts," Presented in the State Bar of Texas' Advanced Civil Appellate Practice Course, Four Seasons Hotel, Austin, Texas, 2007.
51. Peller, Gary, "The Metaphysics of American Law," *California Law Review*, Vol. 73(4), 1985.

52. Schwartz, Alan & Robert E. Scott, "Contract Interpretation Redux", *The Yale Law Journal*, Vol. 119(5), 2010, <[https://scholarship.law.columbia.edu/faculty\\_scholarship/337](https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/337)>.
53. Id., "Contract Theory and the Limits of Contract Law," *The Yale Law Journal*, Vol. 113(3), 2003.
54. Silverstein, Joshua M., "Contract Interpretation Enforcement Costs: An Empirical Study of Textualism versus Contextualism Conducted via the West Key Number System," *Hofstra Law Review*, Vol. 47(3), 2019.
55. Smith, Peter J., "Textualism and Jurisdiction," *Columbia Law Review*, Vol. 108(8), 2008.
56. Yalim, Ayse Nihan Karadayi, *Interpretation and Gap Filling in International Commercial Contracts*, Cambridge, Intersentia, 2019.

# تأملی در شرطیت انحصار ملکیت به دو نفر در اثبات حق شفعه

## از منظر فقه امامیه و مذاهب اهل سنت\*

- عبدالله بهمن پوری<sup>۱</sup>
- ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی<sup>۲</sup>
- سیدصدرالله صمدی<sup>۳</sup>
- فاطمه قدرتی<sup>۴</sup>

### چکیده

یکی از شروطی که فقیهان در اعمال حق شفعه بیان کرده‌اند، انحصار ملکیت به دو نفر شریک است و در صورتی که شرکاء بیشتر از دو نفر باشند، اعمال این حق با تردید روبه‌رو شده است. مسئله پژوهش آن است که دیدگاه‌ها در مورد مستندات قول مشهور درباره انحصار مالکیت شیء مورد شراکت به دو شریک در ایجاد حق شفعه با نقد جدی روبه‌رو است و با توجه به روایات مصرّحه در شکستن این انحصار و مناط اصلی حق شفعه یعنی نفی ضرر، دیدگاه

\* تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۵/۰۱ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۵/۰۹.

۱. دانشیار گروه الهیات دانشگاه یاسوج (bahmanpouri10@gmail.com).

۲. دانشیار گروه آموزش الهیات، دانشگاه فرهنگیان، تهران، ایران (نویسنده مسئول) (a.alishahi@cfu.ac.ir).

۳. کارشناس ارشد الهیات دانشگاه یاسوج (sayyed\_samadi@yahoo.com).

۴. دانشیار گروه فقه و حقوق اسلامی دانشگاه حضرت معصومه قم (fatima.arta@yahoo.com).

مخالف مشهور تقویت می‌گردد. هدف از این نوشتار، نقد انحصار مالکیت شیء مورد شراکت به دو شریک برای اثبات حق شفعه می‌باشد و اخذ به شفعه از اسباب تملک در قانون مدنی است که در ماده ۱۴۰ آن، مورد تأکید قرار گرفته است. دستاورد اصلی این پژوهش که بر اساس روش تحلیلی - توصیفی به موضوع پرداخته است، آن است که بر اساس مبانی و ادله روایی و فقهی و تعلیل وارده در روایات، در فلسفه جعل حق شفعه، حق شفعه عمومیت داشته و در جایی که بیشتر از دو نفر شریک وجود دارد نیز این حق ثابت است.

**واژگان کلیدی:** اخذ به شفعه، شرکاء، انحصار مالکیت، لاضرر، ماده ۸۰۸

قانون مدنی.

## ۱. مقدمه

یکی از ایقاعات، اخذ به شفعه می‌باشد که در فقه امامیه و حقوق مدنی درباره احکام و آثار آن مباحثی مطرح شده است و با توجه به اینکه اعمال حق شفعه، حقی استثنایی و خلاف اصل می‌باشد، به صورت محدود و مضیق تفسیر شده است. اثر این محدودیت تفسیر حق شفعه، در قانون مدنی به روشنی دیده می‌شود؛ چنان که در ماده ۸۰۸ چنین مقرر داشته است:

«هر گاه مال غیر منقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد و یکی از دو شریک، حصه خود را به قصد بیع به شخص ثالثی منتقل کند، شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده، به او بدهد و حصه مبیعه را تملک کند. این حق را حق شفعه و صاحب آن را شفیع می‌گویند».

این ماده قانونی در مقام بیان شرایط ایجاد حق شفعه، آن را مختص به دو نفر نموده است. در حقیقت، اعمال حق شفعه برای شفیع، تنها در صورتی است که مورد شراکت در ملکیت دو شریک باشد و نه بیشتر. پرسش اساسی این است که هر گاه تعداد شریکان بیشتر از دو نفر باشد و سهم برخی از شرکاء - با مانند بیع - به فرد دیگری منتقل شود، چرا نباید هیچ یک از آنها بتواند ادعای حق شفعه کند؟ برای بررسی بهتر شرط مذکور، نخست باید مبانی فقهی این ماده قانون مدنی تبیین گردد تا روشن شود در فقه امامیه که مبنای نویسندگان قانون مدنی بوده، آیا همگان بر چنین شرطی اتفاق نظر دارند؟



دوم اینکه این شرط بر اساس چه ادله‌ای بوده و آیا برداشت این شرط از آن ادله به واقع قابل استحصال است؟ اگرچه در ابتدای امر، قبول تعمیم شفعه به بیش از دو نفر با توجه به رویکرد مشهور فقیهان به آن، مشکل به نظر می‌رسد، ولی در ادامه، شرطیت این شرط با چالش روبه‌رو خواهد شد. پژوهش حاضر با روش تحلیلی - توصیفی به بررسی ادله فقیهان پرداخته و موضوع را مورد واکاوی قرار داده است.

حق شفعه از زمان پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله مطرح بوده، به گونه‌ای که در روایات معتبر، اعمال حق شفعه از قضاوت‌های ایشان شمرده شده است (صدوق، ۱۴۰۴: ۷۶/۳) و در همین راستا، فقیهان بزرگی از امامیه (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۲۴۲/۲؛ جیبی عاملی، ۱۴۱۳: ۲۶۹/۱۲؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۰: ۶۲۹/۱) و برخی از فقیهان اهل سنت نیز به طور خاص به وجود شفعه با تعدد شرکاء اذعان کرده‌اند (باز لبنانی، ۱۴۲۸: ۴۵۰/۹) و یا اینکه با تعدد شرکاء، اگر به اندازه سهم خود اخذ به شفعه کند، به عدالت نزدیک‌تر دانسته‌اند (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۲۷۱/۳)؛ اگرچه برخی همان دیدگاه مشهور را تأیید کرده‌اند (صدر، ۱۴۳۰: ۳۳۹/۷؛ محقق داماد، ۱۳۸۴: ۲۶-۲۵).

حقوق دانان بزرگی نیز مانند کاتوزیان و امامی، به بررسی کلیت موضوع مورد بحث پرداخته‌اند. مقاله‌ای با عنوان «نقد و بررسی مبانی فقهی ماده ۸۰۸ قانون مدنی (اختصاص حق شفعه به اموال منقول)» نیز به توسعه حق شفعه به اموال منقول پرداخته و هرچند ماده یادشده را از این جهت بررسی کرده است، ولی به عدم شرطیت شراکت دو نفر و بحث تعدد شرکاء اشاره‌ای نشده است (علیشاهی قلعه‌جوقی و اسکندری، ۱۳۹۹: ۳ به بعد). همه پژوهش‌های انجام‌شده در صدد تبیین نظر مشهور بوده‌اند.

هدف این نوشتار، نخست پرداختن به دیدگاه اول (مشهور) و ادله آن‌هاست و پس از نقد آن، در صدد اثبات نظر مخالف مشهور و به تبع آن، نقد مواد مربوطه در قانون مدنی و پیشنهاد اصلاح بخشی از آن مواد است. بنابراین نوآوری این پژوهش در رد ادله مشهور، تقویت دیدگاه مخالف مشهور و بیان ادله ابداعی در این مسئله است.

## ۲. مفهوم‌شناسی لغوی و اصطلاحی شفعه

«شفعه» به معنای تقویت، یاری و فزونی است؛ چرا که شفیع، ملک خود را به واسطه

مبیع فزونی می‌بخشد. به معنای تملک ملک مشفوع نیز می‌آید (طریحی، ۱۹۸۵: ۳۵۴/۴)، خلاف وتر است (جوهری، ۱۴۱۰: ۱۲۳۸/۴) و در حقیقت به معنای آن است که چیزی را با چیز دیگر پیوست و جفت کنند (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۱۸۳/۸). لذا در موضوع مورد بحث، به منزله این است که ملک شفیع تک است و به واسطه مبیع، جفت می‌شود (امامی، ۱۳۸۱: ۹). شفعه در اصطلاح، با کاربرد لغوی خود بیگانه نیست و به استحقاق تملک سهم فروخته‌شده شریک، شفعه گفته می‌شود (محقق حلّی، ۱۴۰۸: ۱۹۹/۳؛ علامه حلّی، ۱۴۱۳: ۲۴۲/۲؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۸/۳۹۴).

اصطلاح حقوقی شفعه از معنای لغوی دور نیفتاده است؛ زیرا در اصطلاح، شفعه عبارت از تملک حصه فروخته‌شده شریک به وسیله شریک دیگر می‌باشد. ماده ۸۰۸ ق.م. می‌گوید:

«هر گاه مال غیر منقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد و یکی از دو شریک، حصه خود را به قصد بیع به شخص ثالثی منتقل کند، شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است، به او بدهد و حصه مبیعه را تملک کند. این حق را حق شفعه و صاحب آن را شفیع می‌گویند.»

اخذ به شفعه از احکام استثنایی است؛ زیرا طبق اصل حقوقی نمی‌توان ملکی را از ملکیت کسی بدون موافقتش خارج نمود (محقق داماد، ۱۳۸۴: ۹). بنابراین هر گاه اموال غیر منقول قابل تقسیمی بین دو نفر به صورت مشاع مشترک باشد و یکی از دو شریک، سهم خود را به شخص سومی به قصد بیع بفروشد، در این حالت برای شریک دیگر حق شفعه به وجود می‌آید؛ به این ترتیب که شریک می‌تواند مبلغی را که شخص سوم به شریکش داده، به وی بدهد و سهم و حق وی را تملک کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱: ۲۸۵).

### ۳. شروط اخذ به شفعه

در بیانات فقهای امامیه و نیز در ماده ۸۰۸ قانون مدنی، شرایطی برای ایجاد و اعمال حق شفعه بیان شده است که برای روشن شدن موضوع، به گونه مختصر مورد بحث قرار می‌گیرد:

### ۱-۳. غیر منقول بودن مال

در مورد وجود شفعه در خصوص اموال غیر منقول، هیچ گونه نظر مخالفی در فقه ابراز نشده است؛ ولی در مورد اموال منقول، موضوع مورد اختلاف است. برخی از فقهای امامیه به شمول شفعه بر اموال منقول نظر داده‌اند (ابروانی، ۱۳۸۴: ۱۷۰/۳). از فقیهان اهل سنت نیز برخی بر این باورند که شفعه در کلیه اموال مشاعی، اعم از منقول و غیر منقول جریان دارد (ابن رشد حفید، ۱۴۲۵: ۲۵۴/۲). قانون مدنی ایران به پیروی از مشهور امامیه، غیر منقول بودن را شرط دانسته است.

### ۲-۳. قابل تقسیم بودن مال

در مورد قابل تقسیم بودن مال، میان فقیهان اختلاف نظر وجود دارد؛ ولی بسیاری از فقیهان مانند محقق حلی و برخی دیگر، این شرط را پذیرفته‌اند (محقق حلی، ۱۴۱۸: ۲۵۸/۲؛ ابروانی، ۱۳۸۴: ۱۶۹/۳). برخی از فقیهان اهل سنت نیز این شرط را پذیرفته‌اند (نووی، بی‌تا: ۳۲۷/۱۴).

### ۳-۳. مشاع بودن مال مشترک

مال مشترک باید به نحو اشاعه باشد. در خصوص شرط مشاع بودن مال مشفوع، بین فقیهان شیعه اتفاق نظر وجود دارد (جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۲۶۹/۱۲). تنها مخالف این نظریه ابن عقیل است که گفته است: «الشفعة فی الأموال المشاعة أو المقسومة جميعاً» (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۳۳۰/۵). عده‌ای از فقهای عامه هم با ابن عقیل هم‌نظر هستند (نووی، بی‌تا: ۳۰۳/۱۴).

### ۴-۳. انتقال از طریق بیع

از جمله احکام حق شفعه، اختصاص آن به بیع می‌باشد که مستند فقهی آن، این روایت می‌باشد: «قال أبو عبد الله عليه السلام: الشفعة فی البيوع» (حز عاملی، ۱۴۰۹: ۳۹۶/۲۵). بر اساس ماده ۸۰۸ قانون مدنی، اخذ به شفعه در صورتی ایجاد می‌شود که یکی از دو شریک، سهم خود را به وسیله عقد بیع واگذار کند، و صراحت به انتقال از طریق بیع دارد. هرچند نظریه فوق مطابق با مشهور می‌باشد، ولی شهید ثانی در *المسالك* پس از

بررسی دلیل مشهور و نقل قول ابن جنید مبنی بر اجرای شفعه در غیر بیع می‌فرماید:  
 «هذا هو المشهور بين الأصحاب، بل كاد يكون إجماعاً وليس عليه دليل صريح»  
 (جبعی عاملی، ۱۴۲۳: ۲۷۳/۱۲).

دلیل دیگر بر عدم اختصاص حق شفعه به بیع، این است که بیع از باب غالب و مصداق اتم و کامل عقود آمده و خصوصیت ندارد. بعضی از فقهای اهل سنت، موافق نظریه مشهور امامیه می‌باشند؛ ولی علمای حنفی و حنبلی در معاملات مالی معوضه که در حکم بیع می‌باشد، مانند صلح و هبه مشروط، شفعه را ثابت می‌دانند و در موارد صداق و یا صلح دیه، ثبوت آن را نفی می‌کنند (مزنی، ۱۴۱۰: ۱۲۱).

### ۳-۵. انحصار مالکیت در دو نفر

هر گاه تعداد شرکاء بیش از دو نفر باشد، هیچ یک از آن‌ها نمی‌تواند ادعای حق شفعه کند. این دیدگاه به مشهور امامیه نسبت داده شده است (طوسی، ۱۳۸۷: ۱۱۳/۳). تعدادی از فقهای عامه نیز به شرطیت عدم زیاده بر دو نفر شریک، جهت اعمال حق شفعه باور دارند (مزنی، ۱۴۱۰: ۱۲۱). مالک قائل به عدم ایجاد حق شفعه در بیش از دو نفر شریک می‌باشد (ابن رشد، ۱۴۲۵: ۲۵۷/۲؛ مالک بن انس، ۱۴۲۶: ۴۴۱/۵؛ مزنی، ۱۴۱۰: ۱۲۰؛ ابن قدامه مقدسی، ۱۳۸۸: ۵/۵۲۳)؛ ولی بیشتر فقهای عامه و تعدادی از فقهای امامیه بر خلاف فتوای مشهور امامیه نظر داده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۵/۳۳۲). شیخ صدوق بر این باور است که در غیر حیوان، اگر تعداد شرکاء از دو نفر هم بیشتر شود، حق شفعه جاری است (صدوق، ۱۴۱۳: ۳/۸۰). سید مرتضی در *الانتصار* حکایت کرده که ابن جنید در عقار (املاک غیر منقول) برای بیش از دو شریک نیز حق شفعه قائل است؛ اگرچه در امثال حیوان از نظر مشهور پیروی کرده و برای بیش از دو شریک، شفعه را منتفی دانسته است (علم‌الهدی، ۱۴۱۵: ۴۵۱).

### ۴. مبانی فقهی دیدگاه شرطیت عدم تعدد شرکاء

از این منظر، حق شفعه ویژه موردی است که شریکان ملک تنها دو شخص باشند؛ خواه هر دو یا یکی از آن‌ها شخص حقیقی یا حقوقی باشند. پس اگر دو شرکت تجاری

مالک زمینی باشند و یکی از آن دو سهم خود را بفروشد، دیگری می‌تواند از حق شفعه استفاده کند (باقری‌راد، ۱۳۹۶: ۲۶). ادله‌ای که فقیهان و حقوق‌دانان به آن تمسک بسته‌اند، از این قرار است:

#### ۱-۴. استناد به روایات

برای این دیدگاه به روایاتی استناد شده است که از این قرارند:

##### ۱-۱-۴. روایت عبدالله بن سنان

امام صادق علیه السلام فرمود:

«شفعه فقط برای دو نفر می‌باشد، مادامی که تقسیم نکرده‌اند؛ هر وقت سه نفر شدند، برای هیچ کدام شفعه‌ای نیست»<sup>۱</sup>.

بنا بر گزارش برخی از پژوهشگران، این روایت تصریح دارد بر اینکه لازم است دو شریک باشند تا حق شفعه ایجاد گردد (ره‌پیک، ۱۳۸۵: ۲۱).

##### ۲-۱-۴. روایت یونس بن عبدالرحمن

«از امام صادق علیه السلام سؤال کردم که شفعه برای کیست و در چه چیزی است و آیا در حیوان هم شفعه است و چگونه است؟ حضرت فرمود: شفعه در هر چیزی اعم از حیوان یا زمین یا متاع جایز است، هر گاه آن چیز میان دو شریک باشد نه بیشتر؛ پس اگر یکی از آن دو سهم خود را بفروشد، شریک دیگر به خرید اولویت دارد از دیگران؛ ولی اگر شرکاء از دو تن بیشتر شدند، دیگر برای هیچ یک حق شفعه نیست»<sup>۲</sup>.

در واقع، مشهور عبارت «فإن زاد علی الاثنین فلا شفعه» را دلیل بر رأی خود گرفته‌اند.

۱. «عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ [عَنْ أَبِيهِ] عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَيْسَى بْنِ عُبَيْدٍ عَنْ يُونُسَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: لَا تَكُونُ الشُّفْعَةُ إِلَّا لَشْرِيكَيْنِ مَا لَمْ يُقَاسِمَا قَدَا صَاوُوا ثَلَاثَةً فَلَيْسَ لِوَاحِدٍ مِنْهُم شُّفْعَةٌ» (کلینی، ۱۴۰۷: ۲۸۱/۵).

۲. «يُونُسُ عَنْ بَعْضِ رِجَالِهِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الشُّفْعَةِ لِمَنْ هِيَ وَفِي أَيِّ شَيْءٍ هِيَ وَلِمَنْ تَصْلُحُ وَهَلْ يَكُونُ فِي الْحَيَوَانَ شُّفْعَةٌ وَكَيْفَ هِيَ؟ فَقَالَ: الشُّفْعَةُ جَائِزَةٌ فِي كُلِّ شَيْءٍ، مِنْ حَيَوَانَ أَوْ أَرْضٍ أَوْ مَتَاعٍ إِذَا كَانَ الشَّيْءُ بَيْنَ شْرِيكَيْنِ لَا غَيْرَهُمَا فَبَاعَ أَحَدُهُمَا نَصِيْبَهُ فَشْرِيكُهُ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ وَإِنْ زَادَ عَلَيَّ الْاِثْنَيْنِ فَلَا شُّفْعَةَ لِأَحَدٍ مِنْهُم» (طوسی، ۱۳۹۰: ۳۱۶).

## ۲-۴. استناد به اجماع در تأیید قول به اخذ به شفعه در فرض اختصاص به

### دو شریک

استناد به اجماع، دلیل دوم قول به اختصاص می‌باشد. ابن ادریس بر انحصار مالکیت شیء مورد شراکت به دو شریک در ایجاد حق شفعه، ادعای اجماع نموده است (ابن ادریس حلّی، ۱۴۱۰: ۳۸۷/۲).

## ۳-۴. شهرت فتوایی

یکی از ادله‌ای که فقیهان برای معتبر بودن این شرط آورده‌اند، شهرت فتوایی می‌باشد که با عنوان «علیه الفتوی» مطرح شده است (سیوری حلّی، ۱۴۰۴: ۸۷/۴).

## ۴-۴. اصالت عدم شفعه

دلیل دیگر قول به اختصاص شفعه در دو نفر، اصالت عدم شفعه می‌باشد. با توجه به اصل استصحاب، به بقای ملکیت مشتری و نبود حق شفعه برای شریک حکم می‌گردد (علامه حلّی، ۱۴۱۳: ۳۳۹/۵؛ صفایی و شعبانی کندسری، ۱۳۹۷: ۳۳۷). این اصالت عدم شفعه به این معناست که به سبب عدم جواز تصرف در مال دیگران (خریدار) بدون طیب نفس ایشان، به اصل عدم حق شفعه حکم می‌شود (حزّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۲۰/۵). برخی از پژوهشگران حقوقی، این اصل را به اصل تسلیط مالک (شریک) بر مال خود برگردانده‌اند (موسوی، ۱۳۹۳: ۲۲) که می‌تواند در مال خود هر تصرفی که بخواهد، انجام دهد و یکی از این تصرفات، انتقال آن به غیر شریک یعنی شخص ثالث است.

## ۵-۴. حکمت و فلسفه جعل حق شفعه (دفع ضرر ناشی از شرکت)

یکی دیگر از ادله‌ای که برخی آن را یادآور شده‌اند، حکمت واقعی شفعه است که دفع ضرر ناشی از شرکت است، و این تنها زمانی صدق می‌کند که شرکاء دو نفر باشند. در صورتی که شرکاء سه نفر یا بیشتر باشند و یکی از آن‌ها سهم خود را به ثالثی بفروشد، اگر یکی از شرکای باقی‌مانده تمام مبیع را از خریدار اخذ کند یا هر دو، و هر کدام نسبت به بخشی از مبیع اخذ به شفعه کند، باز هم شرکت در مال از بین نمی‌رود. پس مبنای حق شفعه اقتضا می‌کند که در این حالت، حق شفعه وجود نداشته باشد

## ۵. ادله باورمندان به ثبوت شفعه برای بیش از دو نفر (قول به تعمیم)

کسانی که باور دارند در بیشتر از یک شریک یعنی شرکای متعدد نیز حق شفعه وجود دارد، دیدگاه یکسانی ندارند؛ بلکه در این باره قائل به تفصیل شده‌اند. برخی در مورد حیوان دیدگاه مشهور را برگزیده و در غیر حیوان با تعدد شرکاء به حق شفعه باور پیدا کرده‌اند (صدوق، ۱۴۱۳: ۸۰/۳). به برخی مانند ابن جنید نسبت داده شده است که در املاک غیر منقول برای بیش از دو شریک نیز قائل به حق شفعه‌اند (علم‌الهدی، ۱۴۱۵: ۴۵۱). برخی از معاصران نیز گفته‌اند: در صورت تعدد شرکاء، تنها در صورتی که همه به جز یک نفر بفروشند، برای آن یک نفر حق شفعه است (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰: ۹۸/۲؛ صدر، ۱۴۳۴: ۱۰۹/۱۴؛ موسوی سبزواری، بی‌تا: ۲۹۷). ادله قول به تعمیم شفعه در بیشتر از یک نفر شریک، از این قرار است:

## ۱-۵. استناد به مفهوم روایت عبدالله بن سنان

عبدالله بن سنان از معصوم ع چنین نقل کرده است:

«از حضرت درباره بنده‌ای سؤال کردم که چند صاحب دارد و یکی از آن‌ها تصمیم گرفته است سهم خود را بفروشد. فرمود: اشکالی نیست که او را بفروشد. وی می‌گوید: عرض کردم چنانچه دو تن صاحب آن مملوک باشند و یکی از آن دو تصمیم بگیرد که سهم خود را بفروشد، پس چون اقدام به فروش کند، شریکش به او بگوید: باید به من بفروشی. حضرت فرمود: او سزاوارتر به خرید از دیگری است. سپس فرمود: شفعه در حیوان نیست، مگر اینکه شریک یک تن باشد [نه بیشتر]»<sup>۱</sup>.

شیخ صدوق می‌گوید: حق شفعه در جایی که شیء مورد شراکت حیوان باشد، مشروط به نبودن بیشتر از دو نفر است؛ ولی اگر شیء مورد شراکت حیوان نباشد، این شرط وجود ندارد و برای افزون بر دو نفر نیز حق شفعه ثابت می‌گردد (صدوق، ۱۴۱۳: ۸۰/۳).

۱. «أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنِ أَبِي نَصْرٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ، قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ مَمْلُوكٍ بَيْنَ شُرَكَاءَ أَرَادَ أَحَدُهُمْ بَيْعَ نَصِيْبِهِ. قَالَ: يَبِيْعُهُ. قَالَ: قُلْتُ: فَإِنَّهُمَا كَانَا اثْنَيْنِ فَأَرَادَ أَحَدُهُمَا بَيْعَ نَصِيْبِهِ، فَلَمَّا أَقْدَمَ عَلَى الْبَيْعِ، قَالَ لَهُ شَرِيْكُهُ: أَعْطِنِي. قَالَ: هُوَ أَحَقُّ بِهِ. ثُمَّ قَالَ ع: لَا شَفْعَةَ فِي حَيَوَانَ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الشَّرِيْكُ فِيهِ وَاحِدًا» (صدوق، ۱۴۱۳: ۸۱).

لذا با توجه به منطوق روایت، شفعه در حیوان برای بیش از دو شریک نیست؛ ولی با عنایت به مفهوم روایت، در موارد دیگر اگر شریک‌ها بیشتر از دو نفر هم باشند، شفعه باز وجود دارد و دلیل بر این، اخبار تعمیم می‌باشد.

### ۲-۵. روایت اول منصور بن حازم

«منصور بن حازم می‌گوید: از امام صادق علیه السلام پرسیدم سرایی که چند اتاق در آن است و راه همه آن‌ها به حیاط آن سرا یکی است، یکی از آنان منزل خود را به شخصی می‌فروشد، آیا شریکان او در راه می‌توانند اخذ به شفعه نمایند؟ امام صادق علیه السلام فرمود: اگر خانه را بفروشد و درب آن را به یک راه دیگری تغییر دهد، شفعه‌ای برای آن‌ها ثابت نمی‌شود؛ ولی اگر راه را با خانه بفروشد، برای آن شریک‌ها حق شفعه ثابت می‌شود»<sup>۱</sup>.

این روایت، صریح‌ترین دلیل بر ایجاد حق شفعه در بیش از دو نفر شریک می‌باشد.

### ۳-۵. روایت دوم منصور بن حازم

«منصور بن حازم می‌گوید: به امام صادق علیه السلام گفتم: خانه‌ای مشترک بین گروهی از افراد است که آن را تقسیم کرده‌اند و هر کدام قطعه‌ای را برداشته و ساختمانی ساخته است و میان این قطعه‌ها فضایی اشتراکی گذاشته‌اند که محل عبورشان است. یک نفر آمده و سهم یکی از این‌ها را خریده است، آیا چنین حقی دارد؟ حضرت فرمود: آری؛ ولی باید در آن [به سوی فضای مشترک] را ببندد و دری دیگر به کوچه بگشاید و یا اینکه از بام خانه فرود آید [و رفت و آمد کند] و در [رو به فضای مشترک] را ببندد؛ ولی اگر صاحب راه خواست راه خود [به فضای مشترک] را بفروشد، شرکاء اولویت دارند و اگر نخواست بفروشد، راه مال اوست و می‌تواند جلوی در منزل که به فضای مشترک باز می‌شود، بنشیند»<sup>۲</sup>.

۱. «عن منصور بن حازم قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن دار فيها دور و طريقتهم واحد في عرصة الدار فباع بعضهم منزلة من رجل هل لشركائه في الطريق أن يأخذوا بالشفعة؟ فقال: إن كان باع الدار وحول بابها إلى طريق غير ذلك فلا شفعة لهم وإن باع الطريق مع الدار فلهم الشفعة» (كليني، ۱۴۰۷: ۲۸۲/۵).

۲. «أحمد بن محمد عن علي بن الحكم عن الكاهلي عن منصور بن حازم قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: دار بين قوم اقتسموها وأخذ كل واحد منهم قطعة فبناها وتركوا بينهم ساحة فيها ممرهم فجاء رجل فاشتري نصيب بعضهم، أله ذلك؟ قال: نعم ولكن يسد بابه ويفتح بابا إلى الطريق أو ينزل من فوق البيت ويسد بابه، وإن أراد صاحب الطريق بيعه، فإنهم أحق به، وإلا فهو على طريقه يحيى ويجلس على ذلك الباب» (طوسي، ۱۳۶۳: ۱۱۷/۳).



افزون بر این روایات، روایات دیگری وجود دارند که بر اثبات حق شفعه برای بیش از دو شریک دلالت دارند که اگرچه بعضی از روایان آن‌ها مورد تضعیف قرار گرفته‌اند، ولی آوردن آن‌ها از باب مؤید ایرادی ندارد.

- ۱- «طلحة بن زید از امام صادق از پدرش عَلَيْهِ السَّلَامُ نقل کرده که علی عَلَيْهِ السَّلَامُ فرمود: شفعه به تعداد رجال [شرکاء] است [یعنی هر یک از شرکاء می‌تواند اخذ به شفعه نماید].<sup>۱</sup>
- ۲- «عقبة بن خالد از امام صادق عَلَيْهِ السَّلَامُ نقل کرده که فرمود: رسول خدا صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بین شریکان در زمین‌ها و خانه‌ها، حکم به شفعه کرد و فرمود: ضرر رساندن به دیگران روا نیست.<sup>۲</sup>
- ۳- «سکونی از امام صادق از پدرش عَلَيْهِ السَّلَامُ نقل کرده که علی عَلَيْهِ السَّلَامُ فرمود: شفعه به تعداد رجال [شرکاء] است [یعنی هر یک از شرکاء می‌تواند اخذ به شفعه نماید]. مراد امام عَلَيْهِ السَّلَامُ آن است که هر یک از شرکاء، استحقاق این حق را جداگانه دارد» (حزّ عاملی، ۱۴۰۹: ۴۰۳/۲۵).

ظاهر این خبر، خبر عقبة بن خالد و خیر طلحة این است که شفعه به عدد شرکاء است نه قدر سهام، و حق شفعه با تعدد شرکاء نیز باقی است.

#### ۴-۵. جواز شفعه در بیشتر از دو نفر بر اساس مقتضای قاعده اولیه

سیدمحمد صدر از فقیهان، هرچند قائل به شفعه در بیشتر از دو شریک نیست، ولی قاعده اولیه را جواز شفعه در بیشتر از دو شریک می‌داند؛ زیرا از این جهت بر این باور است که ادله شفعه از این خصوصیت و ویژگی دو نفر بودن خالی هستند. البته از جهت فقهی بر این باور است که نمی‌تواند به قاعده اولیه پایبند باشد، با توجه به اینکه روایات در نفی شفعه در فرض تعدد شرکاء صراحت دارند (صدر، ۱۴۳۰: ۳۳۹/۷).

#### ۵-۵. وجود مقتضی برای شفعه در بیشتر از دو نفر

همان گونه که پیش از این گفته شد، ابن جنید یکی از کسانی است که باور دارد شفعه در بیشتر از دو نفر و با کثرت شرکاء نیز به وجود می‌آید (ابن جنید اسکافی، ۱۴۱۶: ۱۸۷).

۱. «وَفِي رِوَايَةِ طَلْحَةَ بْنِ زَيْدٍ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِيهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: قَالَ عَلِيُّ عَلَيْهِ السَّلَامُ: الشُّفْعَةُ عَلَى عَدَدِ الرِّجَالِ» (صدوق، ۱۴۱۳: ۷۷/۳).

۲. «وَرَوَى عُقْبَةُ بْنُ خَالِدٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: فَضَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِاللُّشْفَعَةِ بَيْنَ الشُّرَكَاءِ فِي الْأَرْضَيْنِ وَالْمَسَاكِينِ وَقَالَ: لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» (همان، ۸۰/۳).

دلیلی که ایشان می‌آورد این است که آنچه اقتضای شفعه دارد، یعنی شراکت فرد جدید، در صورت تعدد شرکاء نیز جاری است؛ به این معنا که مقتضی برای شفعه، شرکت است و معلول با تزاید علت خودش تزاید پیدا می‌کند؛ در نتیجه اگر تعداد شرکاء زیاد باشند و یا اینکه به جای یک نفر، دو نفر از شرکاء سهم خود را بفروشند، باز این حق شفعه برای شریک دیگر وجود دارد و تعداد آن‌ها ملاک برای محاسبه است و میزان سهم شرکت و شراکت هر یک دخالتی ندارد. ضمن اینکه از منظر ابن جنید، علت در اثبات این حق شفعه در دیگر عقود نیز وجود دارد تا چه برسد در عقد بیع، حتی اگر چند نفر باشند.

### ۵-۶. استناد به قاعده «لاضرر»

محقق حلّی در کتاب *شرائع خود* به طور کلی، جعل حق شفعه را به منظور جلوگیری از یک ضرر محتمل دانسته است؛ زیرا مشتری یعنی شریک جدید، ممکن است با استفاده از حق مالکیت خویش، درخواست تقسیم و افراز کند و این امر موجب ورود ضرر و خسارت بر شریک شود و لذا شارع مقدس با وضع حق شفعه، از این ضرر محتمل جلوگیری کرده و به همین علت، مجرای حق شفعه در دو شریک و بیش از دو شریک مشترک است (محقق حلّی، ۱۴۰۸: ۱۹۹/۳).

### ۶. نقد مبانی فقهی دیدگاه شرطیت عدم تعدد شرکاء

در این قسمت، به نقد مبانی دیدگاهی پرداخته می‌شود که برای تحقق حق شفعه شرط می‌دانند که شرکاء متعدد نباشند.

#### ۱-۶. بررسی سند روایت عبدالله بن سنان

علی بن ابراهیم این روایت را از پدرش از محمد بن عیسی از یونس بن عبدالرحمن از عبدالله بن سنان نقل کرده است. رجال‌شناسان، علی بن ابراهیم را ثقه دانسته‌اند (سبحانی، ۱۴۱۴: ۳۱۰). شیخ طوسی نیز کتبی را برای وی برشمرده است (طوسی، ۱۴۱۷: ۳۸۲). با توجه به اینکه اصلی‌ترین دلیل نظریه مشهور مبنی بر لزوم انحصار مالکیت در دو نفر در حق شفعه، همین روایت است، بنابراین شایسته است که درباره وثاقت محمد بن

عیسی بن عبید اندکی تجزیه و تحلیل صورت گیرد. تنها راوی‌ای که در این روایت مورد مناقشه قرار گرفته است، محمد بن عیسی بن عبید است.

درباره این راوی، دیدگاه‌های گوناگونی ارائه شده است. برخی از رجالیان وی را توثیق کرده‌اند؛ برای نمونه، نجاشی درباره محمد بن عیسی بن عبید بن یقین، عبارت «جلیل من أصحابنا، ثقة وعین» را آورده است (نجاشی، ۱۳۶۵: ۳۳۳-۳۳۴). همچنین ابن داود وی را توثیق کرده است (ابن داود حلی، ۱۳۸۳: ۵۰۹).

برخی دیگر از فقیهان و رجالیان امامیه مانند ابن ولید و به پیروی از ایشان ابن بابویه نیز وی را تضعیف کرده‌اند. شیخ طوسی به پیروی از ایشان در فهرست و رجال خود، وی را تضعیف کرده و در این باره گفته است:

«محمد بن عیسی بن عبید الیقیننی ضعیف استثناء أبو جعفر ابن بابویه من رجال نوادر الحکمة وقال: لا أروى ما يختص بروایته» (طوسی، ۱۴۱۷: ۲۱۶).

به نظر می‌رسد تنها چیزی که سبب شده است محمد بن عیسی از سوی شیخ طوسی تضعیف گردد، استثنایی است که شیخ صدوق کرده است (بحرانی، ۱۴۵: ۴۰۹/۲).

همچنین برخی دیگر از فقیهان نیز وی را تضعیف کرده‌اند (ابن شهر آشوب مازندرانی، بی‌تا: ۱۳۶؛ حسینی تفرشی، ۱۴۱۸: ۲۹۳/۴). گروهی نیز در استنباط احکام شرعی، روایات وی را به طور کلی نپذیرفته‌اند (محقق حلی، ۱۴۱۲: ۲۰۴/۲ و ۲۵۳؛ همو، ۱۴۰۷: ۸۱/۱ و ۱۲۵ و ۳۵۸؛ جعی عاملی، ۱۴۲۳: ۳۱/۱۲ و ۲۳۸/۱۳، ۴۶۲؛ همو، ۱۴۲۱: ۹۸۱/۲؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۶۰-۱۵۸/۱۲). اگرچه محقق خوبی این تضعیف‌ها را توجیه کرده و ایشان را ثقة دانسته است، ولی بر این باور است که مناقشات ابن ولید و صدوق درباره خود این فرد نیست؛ بلکه مناقشات ایشان درباره روایاتی است که محمد بن عیسی به صورت منفرد از یونس بن عبدالرحمن نقل کرده است (موسوی خوبی، ۱۴۱۳: ۱۲۲/۱۸). به این مطلب در سخن نجاشی نیز اشاره شده است که مخصوص منفردات محمد بن عیسی از یونس بن عبدالرحمن می‌باشد (نجاشی، ۱۴۰۷: ۳۳۳). از اینجاست که شیخ صدوق در کتاب *من لایحضره الفقیه* به تبعیت از سخنان استادش ابن ولید، حتی یک روایت محمد بن عیسی از یونس را به طوری که منفرد در نقل باشد، نیاورده است؛ در حالی که در همین کتاب بیش از ۳۰ روایت آورده که محمد بن عیسی بن عبید از غیر یونس نقل نموده است و حتی در این

کتاب، روایتی را که ابن ولید از محمد بن عیسی بن عبید از غیر یونس روایت می‌کند، نیز آورده است (موسوی خویی، بی‌تا: ۱۳۰/۱۷؛ ایزدی‌فرد و همکاران، ۱۳۹۵: ۱۸/۳۰).

بنابراین اگرچه روایات انبوهی که در سند آن‌ها محمد بن عیسی بن عبید قرار گرفته است، به طور کلی از حجیت ساقط نمی‌گردند و به عنوان ضعف سند کنار گذاشته نمی‌شوند، ولی آن دسته از روایاتی که ایشان به تنهایی از یونس نقل کرده است، از حجیت ساقطاند و در نتیجه این روایت نیز از همان قسم روایاتی است که ابن ولید و صدوق از محمد بن عیسی نپذیرفته‌اند؛ زیرا وی به صورت متفرد از یونس بن عبدالرحمن نقل کرده است.

آخرین راوی، عبدالله بن سنان کوفی می‌باشد که در مورد ایشان گفته شده، ثقه و جلیل‌القدر و از بزرگان اصحاب حضرت امام صادق علیه السلام است و او خزینه‌دار منصور، مهدی، هادی و رشید عباسی بوده است (کشی، ۱۴۰۹: ۳۵۰؛ طوسی، ۱۳۸۰: ۲۲۵؛ نجاشی، ۱۴۰۷: ۱۴۸؛ مامقانی، ۱۴۲۳: ۱۸۶/۲). امام صادق علیه السلام درباره او فرمود: «أما إنّه یزید علی السنّ خیراً» (کشی، ۱۴۰۹: ۳۵۰)؛ به نظر می‌رسد منظور این باشد که هر اندازه از عمر وی می‌گذرد، بر ایمان و تقوایش افزوده می‌گردد. او دارای کتابی است که عده‌ای از بزرگان از او نقل کرده‌اند (طوسی، ۱۲۸۱: ۱۹۲). بنابراین از مجموع مطالب درباره راویان به دست می‌آید که نمی‌توان به این روایت اعتماد کرد و آن را صحیح دانست.

## ۲-۶. بررسی سند روایت یونس بن عبدالرحمن

یونس از برجسته‌ترین، شاخص‌ترین عالمان شیعی و صاحب منزلت و مقامی رفیع است (نجاشی، ۱۴۰۷: ۴۴۶). حضرت امام رضا علیه السلام یارانش را برای فراگیری فتوا و دانش به او ارجاع می‌داد و پیروان مذهب باطل وقف (واقفیه)، مال فراوانی به او پیشنهاد کردند؛ ولی وی از پذیرش اموال امتناع ورزید و بر روش مستقیم، ثابت و پابرجا ماند (همان؛ طوسی، ۱۳۸۰: ۱۸۲؛ علامه حلی، ۱۳۸۱: ۱۸۴). فضل بن شاذان می‌گوید: در زمان زندگی پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله در میان یاران و صحابه پیامبر گرامی از منظر فقاها و دانش دینی، کسی به پای سلمان فارسی نرسید و فقیه‌ترین و عالم‌ترین دانشمند بعد از روزگار پیامبر در بین یاران امامان معصوم شیعی، یونس بن عبدالرحمن است (طوسی، ۱۴۰۴: ۷۸۰).

عبارت «یونس عن بعض رجاله»، ایرادی است که می‌توان بر سند روایت وارد دانست؛ چرا که تعبیر «عن بعض رجاله»، مرسله بودن روایت را می‌رساند که آن را از حجیت ساقط می‌نماید. البته برخی گفته‌اند با توجه به اینکه مُرسل، شخصیت جلیل‌القدری مانند یونس بن عبدالرحمن می‌باشد، شاید بتوان از این ضعف چشم‌پوشی کرد و روایت را پذیرفت (حسینی روحانی، ۱۴۳۵: ۲۷/۲۵۶). این سخن به راحتی پذیرفتنی نیست؛ زیرا اینکه یونس از اصحاب اجماع است، بدین معنا نیست که همه روایات وی صحیح است و نباید به کسانی که وی از ایشان روایت کرده است، توجه کرد که آیا موثق‌اند یا موثق نیستند؛ زیرا گاهی ایشان از راویان ضعیف نیز روایت نقل کرده است. همچنین ممکن است ایشان کسانی را ثقة بدانند که از منظر ما ثقة و قابل اعتماد نیستند، بلکه ضعیف هستند (مدرسی یزدی، ۱۴۱۰: ۴۰۳). بنابراین هر دو روایت مشکل سندی دارند و نمی‌توانند با اخبار تعمیم شرکاء در مبحث شفعه به بیش از دو نفر، که بعداً خواهند آمد، برابری و تعارض کنند که در بخش قول به تعمیم بررسی خواهد شد.

از نظر دلالت نیز این روایت مورد نقد قرار گرفته است؛ چنان که همان گونه که شیخ صدوق گفته است، موضوع این روایت درباره حیوان است و غیر حیوان را نفی نمی‌کند که اگر شرکاء بیشتر از دو نفر بودند، حق شفعه ثابت نباشد (مجلسی اول، ۱۴۰۶: ۲۰۱/۶).

### ۳-۶. اشکال استناد به اجماع (وجود باورمندان مخالف و مدرکی بودن

#### اجماع)

اجماع ادعاشده برای قول مشهور درست نیست؛ به این دلیل که تعدادی از فقهای امامیه بر خلاف اجماع ادعایی نظر داده‌اند (صدوق، ۱۴۱۳: ۳/۸۰؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۳۳۲). بیشتر نیز گذشت که ابن جنید در عقار (املاک غیر منقول)، برای بیش از دو شریک نیز حق شفعه قائل بوده است (سید مرتضی علم‌الهدی، ۱۴۱۵: ۴۵۱). اشکال بعدی بر اجماع ادعاشده، این است که به دلیل مدرکی بودن حجیت ندارد؛ چون مستند اجماع‌کنندگان همان روایاتی است که مشهور به آن استناد نموده‌اند و با توجه به عدم کاشفیت، فاقد حجیت است. روش فقیهان در این گونه موارد، بررسی خود مدرک اجماع بوده و به چنین اجماعی استناد نمی‌کنند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸: ۲/۵۰۲).

#### ۴-۶. نقد شهرت فتوایی

به نظر می‌رسد شهرت فتوایی ادعا شده برای قول مشهور نیز مخدوش است؛ زیرا بر اساس مبانی فقهی، شهرتی از حجیت برخوردار است که قدمایی باشد و شهرت متأخرین کارساز نیست و کتاب‌های قدما به صورت کامل در دسترس نیست تا بتوان به چنین شهرتی دست پیدا کرد. بنابراین نمی‌توان شهرت قدمایی را به خودی خود حجت دانست و نمی‌توان به چنین اطمینانی دست یافت که در این مسئله، قدما چه دیدگاهی داشته‌اند (فیض و بهرامی نژاد، ۱۳۸۷: ۹۳).

#### ۵-۶. نقد دلیل اصالت شفعه

با توجه به مناط اصلی حق شفعه که جلوگیری از ضرر و اضرار بوده است (محقق حلّی، ۱۴۰۸: ۱۹۹/۳)، این مناط قابلیت تصور در اموال متعلق به بیشتر از دو نفر را نیز دارد و با عنایت به روایاتی که صراحت در وجود حق شفعه در کلیه اموال دارند، و عمل تعدادی از فقهای اسلام به این روایات، اموالی که متعلق به بیشتر از دو نفر باشند نیز از اصل اولیه خارج شده و حق شفعه در آن‌ها جاری است. افزون بر این، اصل در جایی قابل استناد است که دلیل قانونی موجود نباشد (بهبهانی، ۱۴۰۵: ۴۰۴/۲) و با وجود دلایل معتبر، نوبت به اصل نمی‌رسد؛ چون شک که موضوع اصل مذکور است، منتفی خواهد شد.

#### ۶-۶. نقد دلیل حکمت و فلسفه جعل شفعه

به نظر می‌رسد این استدلال تمام نباشد؛ زیرا شرکت که پیش از معامله نیز وجود داشته است و این ضرر شمرده نمی‌شود؛ چون با اختیار، تن به این شراکت داده شده است، بلکه شفعه به جهت جلوگیری از ایجاد شرکت با افراد جدید است که در هر دو صورت، شریک واحد و یا تعدد شرکاء وجود دارد و سبب ایجاد ضرر می‌گردد.

#### ۷. بررسی ادله باورمندان به ثبوت حق شفعه در بیشتر از دو نفر

پس از بررسی ادله کسانی که باور داشتند در جایی که شراکت بیشتر از دو نفر باشد، حق شفعه اعمال نمی‌گردد، نوبت به بررسی ادله کسانی می‌رسد که دیدگاه

مخالف را برگزیده‌اند؛ یعنی در جایی که شرکاء بیشتر از دو نفر باشند نیز قائل به ثبوت حق شفعه می‌باشند.



### ۱-۷. بررسی سندی و دلالی روایت عبدالله بن سنان

در منابع امامیه، بر اعتبار احمد بن محمد بن ابی نصر بزنطی از نظر جایگاه رجالی تأکید شده است. شیخ طوسی او را توثیق کرده (طوسی، ۱۳۸۰: ۱۹/۱) و نجاشی او را نزد امام رضا و امام جواد علیهما السلام عظیم‌المنزله دانسته و در شمار اصحاب اجماع آورده است (نجاشی، ۱۴۰۷: ۷۵). در مورد راوی بعدی یعنی عبدالله بن سنان، در این پژوهش گذشت که وی ثقه و معتبر است (کشی، ۱۴۰۹: ۳۵۰؛ طوسی، ۱۳۸۰: ۲۲۵؛ نجاشی، ۱۴۰۷: ۱۴۸؛ مامقانی، ۱۴۲۳: ۱۸۶/۲).

اشکال واضحی که بر استدلال شیخ صدوق از جهت دلالی وارد می‌باشد، این است که تفصیل شیخ صدوق -بین حیوان و غیر آن- تنها در صورت قائل شدن به مفهوم لقب پذیرفتنی است و در اصول فقه بیان شده که لقب فاقد مفهوم است.

### ۲-۷. بررسی روایت دوم منصور بن حازم

این روایت از منظر فقیهان، حسنه بلکه صحیحه دانسته شده است (نجفی، ۱۴۲۱: ۱۶۴/۱۹). شهید ثانی در توضیح این روایت می‌نویسد: ظاهر این روایت آن است که فروشنده خانه، سهم خود را از عرصه و فضای عمومی نفروخته است. فرض اثبات حق شفعه در این روایت در صورتی است که راه عبور به منزل و ممر را فروخته باشد و نه منزل را، که در این صورت حق شفعه به اثبات می‌رسد. در اینجا چون در راه مشترک هستند، اگر شریک سهمش را بفروشد، برای افراد دیگر حق شفعه به وجود می‌آید (جبعی عاملی، ۱۴۲۳: ۲۷۰/۱۲). هرچند به نظر می‌رسد که این روایت با صحیحه نخست منصور یکی باشد، ولی با الفاظ مختلف نقل شده است.

### ۳-۷. اشکال‌های وارد بر روایات منصور بن حازم از سوی فقیهان و نقد

#### و بررسی آنها

۱- برخی از فقیهان در این باره گفته‌اند: این دو روایت تنها در صدد اثبات اصل

مفهوم حق شفعه می‌باشند و از جمع، ارادهٔ تشبیه شده است؛ زیرا ممکن است بتوان گفت که اقل جمع دو نفر است (سید مرتضی علم‌الهدی، ۱۴۱۵: ۴۵۰) و یا در روایت دوم منصور که واژه قوم به کار رفته است، مقصود یک نفر شریک است و مجازگویی شده است (طوسی، ۱۳۶۳: ۱۱۷/۳) و یا شاید روایات خواسته‌اند حکم را به تمام مکلفان تعمیم بدهند، نه اینکه خواسته باشند حق شفعه را برای جماعت و گروه ثابت نمایند<sup>۱</sup> (علامه حلّی، ۱۴۱۳: ۳۳۶). به نظر می‌رسد که این، ادعایی بیش نباشد و قابل اثبات نیست؛ چرا که خود قائل به این نظر، دلیلی بر ادعایش نیاورده و تنها گفته که جایز است از جمع، ارادهٔ تشبیه بشود، در صورتی که اقل جمع سه نفر است (طوسی، ۱۴۰۷: ۳۶۲/۳)؛ ضمن اینکه اراده یک نفر از واژه قوم و ضمیرهای جمعیه که مکرر آمده است، دور از واقع و خلاف فصاحت و بلاغت است. افزون بر این، هر دو روایت به صراحت ثبوت حق شفعه را برای بیش از دو نفر ثابت می‌کنند و ارادهٔ تشبیه از جمع، مجازی می‌باشد و نه حقیقی که نیاز به قرینه دارد. به همین سبب است که برخی از فقیهان در این باره گفته‌اند: گویندهٔ حکیم هنگامی که در مقام بیان است، چگونه ممکن است سخنی بگوید که دارای ظاهری باشد و معنای دیگری را از آن اراده کند که آن لفظ، ظهور در آن معنا نداشته باشد و قرینه‌ای هم نیاورد (خوانساری، ۱۳۵۵: ۳۲۱/۶). همچنین حمل لفظ بر اراده تعمیم به عموم مکلفان در غیر قضیهٔ معینه، حملی مجازی می‌باشد.

۲- اشکال دیگری که ممکن است گفته شود، این است که روایات با هم تعارض دارند و لذا بعد از تعارض با هم تساقط می‌کنند و به حکم اصل یعنی اصل عدم حق شفعه به سبب عدم جواز تصرف در مال دیگران بدون طیب نفس، رجوع می‌شود. در پاسخ به این اشکال گفته می‌شود که تساقط و رجوع به حکم اصل، فرع بر استقرار تعارض است، در حالی که تعارضی بین این روایات وجود ندارد؛ چرا که روایات دالّ بر ثبوت حق شفعه برای بیش از دو نفر، دارای فراوانی بیشتر و از حیث دلالت واضح‌تر می‌باشند؛ همان گونه که فیض کاشانی به این مطلب تصریح کرده است (فیض کاشانی، ۱۴۰۶: ۷۶۸/۱۸)، و روایت ابن سنان که مشهور به آن تمسک کرده‌اند و عمده دلیل آن‌ها

۱. «مع أنه يجوز أن يراد الاثنان من لفظ الجمع، أو أنه أراد تعميم الحكم بالنسبة إلى المكلفين لا بالنسبة إلى قضیه واحدة تشترك فيها جماعة».



می‌باشد، صراحتی در نفی شفعه در بیشتر از دو نفر ندارد؛ چرا که این روایت، حق شفعه را برای شریکین به وسیله لام مفید استحقاق ثابت می‌نماید و این تنها ثبوت حق شفعه برای دو شریک را ثابت می‌کند، نه اینکه آن را به حالتی اختصاص دهد که فقط دو شریک وجود داشته باشد. ضمن اینکه روایت ابن منصور که دلیل بر قول دوم یعنی قول به تعمیم می‌باشد، از حیث سلسله سند روات، بهترین طریق را دارد. به همین جهت است که علامه حلی ادله دیگر را نمی‌پذیرد؛ ولی وقتی به این دلیل می‌رسد، می‌نویسد: این دیدگاه (ثبوت شفعه در بیشتر از دو نفر شریک) به سبب صحت روایت منصور بن حازم خالی از قوت نیست (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۳۳۶/۵). همچنین از اینکه «ما لم یقاسما» به کار رفته است، می‌توان گفت در مقام بیان آن است که شیء فروخته شده قابلیت انقسام داشته باشد (اهتمام، ۱۳۹۲: ۴۰۹/۴) و نه اینکه حتماً باید دو نفر باشند. البته اگرچه در ادامه روایت، «إذا صاروا ثلاثة» می‌تواند تأیید دیدگاه مقابل باشد، ولی با توجه به ضعف روایت، جایی برای استناد به این فراز باقی نمی‌ماند. ممکن است کسی بگوید که این روایات را باید حمل بر تقیه کرد (سیوری حلی، ۱۴۰۴: ۸۸/۴) که این مطلب، ادعایی بدون دلیل است.

#### ۴-۷. بررسی مؤیدات روایی اثبات حق شفعه برای بیشتر از دو نفر شریک

ممکن است کسی بگوید که این روایات، با روایات دیدگاه مخالف تعارض و تساقط می‌کنند و در نتیجه نوبت عمل به اصل می‌رسد که عدم حق شفعه است. در پاسخ می‌توان گفت: تعارض صحیح نیست؛ زیرا روایاتی که دلالت بر ثبوت شفعه در بیشتر از دو شریک می‌کنند، از جهت تعداد بیشتر و از جهت دلالت نیز واضح‌ترند؛ زیرا مهم‌ترین دلیل کسانی که شفعه را در بیشتر از دو شریک نفی می‌کنند، روایت عبدالله بن سنان است که صراحت ندارد؛ زیرا شفعه را برای دو شریک با لامی که مفید استحقاق است، ثابت کرده است که مقصود این است که در ثبوت حق شفعه، تفاوتی بین دو شریک نیست و در صورتی که سه نفر شوند، این گونه نیست که یک نفر از آن‌ها خصوصیت داشته باشد و تنها حق شفعه برای او باشد؛ بلکه اگر یکی فروخت، هر دو شریک دیگر حق شفعه دارند (جبعی عاملی، ۱۴۲۳: ۲۸۰/۱۲).

## ۵-۷. بررسی قاعده اولیه در شفعه

آنچه در این سخن مهم است، فهم قاعده اولیه است، و بر خلاف آنچه گفته شده است که قاعده اولیه عدم ثبوت شفعه است، قاعده اولیه ثبوت شفعه است. به نظر می‌رسد از نظر عقلا نیز مانعی برای اینکه شفعه در بیشتر از دو شریک جاری باشد، وجود ندارد و با فلسفه جعل شفعه نیز سازگار است که شفیع به شریک ناشناسی که ممکن است آمیزش و معاشرت با او سخت و دشوار باشد نیز سازگار است (بازگیر، ۱۳۸۴: ۲۳۸).

## ۶-۷. اشکال به وجود مقتضی در حق شفعه

در اینجا ممکن است بر این جنید اشکال وارد شود که ایشان حق شفعه در چندین شریک را به حق شفعه در دو شریک به سبب وجود علت قیاس کرده است؛ ولی این مطلب درست نیست. هر گاه کلام شارح در مسئله‌ای بر علت حکم دلالت کند، خواه به طور صریح و نص باشد و خواه به طور ظاهر باشد، مثل دلالت تنبیه و ایماء، اگر در مواردی که علت موجود است، حکم مزبور جاری گردد، چنین قیاسی در اصطلاح منصوص‌العله نامیده می‌شود. صاحب قوانین حجیت آن را تأیید نموده و چنین استدلال می‌کند که هر گاه شارح بگوید: «حرمت الخمر لآئنه مسکر»، تعلیل «لآئنه مسکر» به منزله کبرای کلی است، و چون صغریایی از وجدانیات به آن منضم گردد، گفته می‌شود: «التبید مسکر مثلاً وکل مسکر حرام فهو حرام» و واضح است که این گفتار قیاس نیست، بلکه مدلول کلام شارح است و در حقیقت قضیه کلیه‌ای است مستفاد از بیان شرع که شامل همه افراد خود می‌باشد و همه افراد تحت آن مندرج هستند و بر فرض که در اصطلاح قیاس نامیده شود، دلیلی بر حرمت آن نیست (میرزای قمی، ۱۳۷۸: ۸۲/۲). صاحب معالم نیز حجیت قیاس منصوص‌العله را پذیرفته است (عاملی، ۱۴۱۸: ۲۱۳). بیشتر علمای شیعه به حجیت قیاس منصوص‌العله اعتقاد دارند و برخی از آن‌ها حجیت آن را از باب حجیت ظواهر می‌دانند نه از باب عمل به قیاس (مظفر، ۱۳۷۵: ۱۸۲/۲). عده‌ای دیگر از علما نیز آن را در قلمرو سنت داخل نموده‌اند (جناتی، ۱۳۷۰: ۲۹۸). با توجه به اینکه هر حکمی در مدار علت خود می‌گردد، یعنی در وجود و عدم، تابع علت خود است، چنانچه علت حکمی در برخی از نصوص معتبر ذکر شده باشد،

می‌توان حکم مسائل مستحدثه را به دست آورد. به همین دلیل، فقهای سلف از این طریق در بسیاری از موارد فقدان دلیل خاص بهره‌گیری کرده‌اند؛ چنان که جمعی از فقها به این مطلب تصریح نموده‌اند؛ مثلاً برای اثبات حرمت انواع مواد مخدر که در عصر ما پیدا شده است، به تعلیلاتی که در ابواب خمر و سایر مسکرات وارد شده، استناد می‌جویند (ابن فهد حلی، ۱۴۰۷: ۲۹۶/۴). برخی از فقها نیز به کارگیری علت منصوص را برای اثبات حکم در موارد واجد علت، از نوع قواعد اصول فقه خوانده‌اند (جبعی عاملی، ۱۴۲۱: ۷۸).

### ۷-۷. بررسی استناد به قاعده لاضرر

البته اگرچه عدم ضرر و عدم اضرار، ملاک اصلی تشریح حق شفعه در روایات باب شفعه بوده است، همان طور که در لسان فقها نیز آمده است، مهم‌ترین دلیلی که بر این موضوع می‌توان آورد که ملاک اصلی شفعه نفی ضرر است، روایت عقبه بن خالد از امام صادق علیه السلام است که می‌فرماید:

«قَضَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِالشُّفْعَةِ بَيْنَ الشُّرَكَاءِ فِي الْأَرْضَيْنِ وَالْمَسَاكِينِ. وَقَالَ: لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» (جزء عاملی، ۱۴۰۹: ۴۰۰/۲۵).

لذا به دلیل وجود همین ملاک در بیش از دو نفر نیز حق شفعه جاری است. ولی تعلیلی که علامه حلی آورده است، با نقد روبه‌روست؛ زیرا حق شفعه با انتقال ملک از شریک به مشتری به وجود می‌آید و ضرری که مناط جعل شفعه است، باید در همین جهت باشد، حال آنکه احتمال تقسیم و افراز، سابق بر این انتقال است؛ چون همان شریک سابق اولی هم می‌تواند درخواست افراز و تقسیم را بدهد؛ یعنی حق افراز از لوازم شرکت است نه از لوازم فروش حصه شریک. بنابراین نمی‌توان درخواست افراز از سوی شریک جدید را به عنوان سبب جعل شرکت دانست.

به همین جهت، برخی فقیهان به این نکته اشاره کرده‌اند که اگرچه نتوان علت تشریح شفعه را ضرر دانست، ولی حکمت آن را می‌توان ضرر دانست؛ زیرا از اینکه سهم و حصه شریک به کسی دیگر منتقل شده است، باعث می‌شود که به شریک ضرر وارد گردد و این می‌تواند حکمت برای تشریح حق شفعه شمرده شود، بلکه خود

شرکت در عینی به حد ذاته چیزی است که سبب می‌گردد شریک‌ها در معرض ضرر قرار گیرند، به این گونه که برخی بر برخی دیگر تجاوز روا دارند؛ همان گونه که در آیه شریفه به این موضوع اشاره شده است: ﴿وَإِنَّ كَثِيرًا مِنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ﴾ (ص/۲۴)، بنا بر اینکه گروهی از مفسران، خلطاء را به شرکاء تفسیر کرده‌اند (حسینی سیستانی، ۱۴۱۴: ۴۹).

یکی از حقایقی که کمک می‌کند بتوان حق اعمال شفعه را به دو شریک محدود نکرد، مطلبی است که برخی از فقیهان به آن اشاره کرده‌اند مبنی بر اینکه شفعه از اصول نظام عقلایی است و در نتیجه عمومیت دارد و این عمومیت از «لا ضرر ولا ضرار» استیناس می‌گردد (موسوی سبزواری، ۱۴۱۶: ۱۳۴/۱۸). با نگاه به تاریخچه شفعه نیز روشن می‌شود که این حق از ابداعات و تأسیسات اسلام نیست، بلکه در دوره جاهلیت نیز وجود داشته است؛ اگرچه اسلام آن را تکامل بخشیده و نقائص آن را برطرف ساخته است (اباش، ۲۰۰۸: ۲۵-۲۶). در نتیجه، حکمی عقلایی امضایی است و در موارد مشکوک به عرف عقلا مراجعه می‌گردد.

اما با توجه به اینکه حق شفعه، خلاف اصل عدم تصرف در اموال دیگران بدون رضایت می‌باشد، ضروری است که در اینجا درباره تقدیم قاعده لاضرر بر ادله احکام اولیه مثل قاعده تسلیط، مباحثی بیان شود. شکی نیست که دامنه قاعده تسلیط نامحدود نیست و مالک نمی‌تواند با استناد به این قاعده، هر نوع تصرفی در ملک خود بکند؛ بلکه اعمال این گونه تصرفات باید مبتنی بر قواعد و تحت اصول و ضوابط باشد، به طوری که اگر قاعده لاضرر هم نباشد، باز مالک حق ندارد در تصرفات خود موجبات اضرار به دیگران را فراهم سازد؛ یعنی تصرفات مالک در ملک خود باید عقلایی باشد و در ورای این گونه تصرفات عقلایی، چنانچه مالک در ملک خود اقدام و تصرفی بکند، عقلا بر آن صحه نمی‌گذارند و چنین تصرفی اعتباری نخواهد داشت.

## ۸. تقدیم قاعده لا ضرر بر ادله احکام اولیه

نسبت قاعده لا ضرر با سایر احکام شریعت چیست و قاعده لاضرر در برخورد با احکام اولیه چگونه عمل می‌کند؟ نتیجه آرای فقها در مورد نحوه حکومت و اعتبار

قاعده لاضرر در اینجا معلوم می‌شود. با توجه به نظراتی که از جانب فقها در خصوص لاضرر بیان گردیده است، به ذکر توضیحی در مورد هر یک از نظرهای مزبور پرداخته می‌شود.

### ۱-۸. نظریه شیخ انصاری

شیخ انصاری معتقد است با حاکمیت قاعده لاضرر، هر حکم ضرری که در اسلام وارد شده باشد، برداشته می‌شود و معنای حدیث، نفی احکام ضرری است و بدین ترتیب قاعده لاضرر بر کلیه احکام ضرری حکومت دارد (انصاری، ۱۴۱۵: ۵۳۳/۲). بنابراین طبق این نظر، قاعده لاضرر ناظر بر کلیه احکام ضرری است و همه آن‌ها را در مقام تعارض منتفی می‌سازد؛ از جمله «لزوم بیع ضرری» و «وجوب وضوی ضرری» برداشته می‌شود، بدین ترتیب که قاعده لاضرر در مورد نخستین، موجب پیدایش خیار فسخ و در مورد دوم، باعث وجوب تیمم می‌گردد.

### ۲-۸. نظریه محقق خراسانی

طبق نظریه محقق خراسانی که اندکی با نظریه شیخ تفاوت دارد، این حدیث به لسان «نفی موضوع»، نفی حکم می‌کند؛ ولی به هر حال این نظر از لحاظ نتیجه در بسیاری موارد با نظر شیخ انصاری انطباق دارد. طبق این نظر، در جایی که موضوع متضمن ضرر است، حکم متعلق به موضوع برداشته می‌شود؛ برای مثال در جایی که وضو ضرر دارد، وجوب آن برداشته می‌شود، ولی در خصوص بیع ضرری که موضوع یعنی «بیع» ضرر ندارد، بلکه حکم یعنی «لزوم» ضرر دارد، شمول قاعده نسبت به این مورد و در نتیجه اثبات خیار به موجب نظریه محقق خراسانی محل تردید است (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۱۵۲/۱).

### ۳-۸. نظریه امام خمینی

به موجب نظریه امام خمینی اصولاً قاعده لاضرر، امری حکومتی و اجرایی است و فقط با قاعده تسلیط تعارض دارد و در مقام معارضه و برخورد، محدوده دایره تسلیط را که از احکام اولیه است، محدودتر می‌کند و برخوردی با ادله دیگر ندارد (موسوی خمینی،

۱۴۱۰: ۶۳/۱). به موجب نظر ایشان، چون افرادی مانند سمرة بن جندب با سوءاستفاده از احکام و عناوین اولیه نظیر تسلیط، دایره اختیارات خود را به طور غیر منطقی توسعه داده بودند و تحت عنوان اعمال اقتدارات مربوط به مالکیت، باعث مزاحمت مردم می شدند، نبی اکرم صلی الله علیه و آله در اجرای وظایف حکومتی و رفع تضییق از مرد انصاری، قاعده لاضرر را مقرر فرمود.

### ۹. تقدیم قاعده لاضرر بر قاعده تسلیط

قاعده تسلیط از جمله قواعد مسلم فقهی و مبنای آن، جمله مشهور «الناس مسلطون علی أموالهم» است (مجلسی دوم، ۱۴۱۰: ۱۵۴/۱). طبق این قاعده، مالک می تواند در ملک خود هر گونه تصرفی به عمل آورد، بدون اینکه کسی حق ایجاد مزاحمت برای او داشته باشد. برخورد و تعارض چنین قاعده ای با قاعده لاضرر امری طبیعی است؛ زیرا قاعده لاضرر به منظور محدودتر کردن اقتدارات و اختیارات ناشی از همین قاعده تسلیط مقرر گردیده و قطعاً با آن تعارض پیدا می کند. نکته قابل توجه اینکه به موجب احادیثی که نقل شد، حضرت رسول صلی الله علیه و آله هنگام وضع حق شفعه برای شفیع، جمله «لاضرر ولا ضرار» را متذکر شد که علت تشریح حق شفعه را می رساند. در نصوص وارده و کلام فقها، بارها به «لاضرر» استناد شده است. حال که علت وضع حق شفعه، لاضرر است، در بیش از دو شریک هم اگر مستلزم ضرر باشد، باید جاری شود و نمی توان تعلیل ذیل روایات را نادیده گرفت. در روایت شفعه، عقبه بن خالد از امام صادق علیه السلام چنین نقل می کند که پیامبر خدا صلی الله علیه و آله بین شرکاء در زمین و خانه، به شفعه قضاوت کرده و فرموده است: «لا ضرر ولا ضرار» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۵/۴۰۰). از این حدیث و دیگر احادیث باب شفعه که بیان شد، معلوم می شود که علت حق شفعه برای شریک، همان لزوم نفی ضرر و اضرار است؛ زیرا انسان به هر شریکی راضی نیست. شایان یادآوری است دیدگاهی که پیش از این از فقیهان ذکر شد، مبنی بر اینکه اگر چند شریک باشند و همه شریکان به جز یک نفر، سهم خود را بفروشند، آن یک نفر حق شفعه دارد، از نظر برخی حقوق دانان دارای دلیل توجیهی است؛ زیرا مبانی پیش گفته برای فقدان شفعه در حالت تعدد شرکاء (از جمله نفی ضرر)، ناظر به حالتی

است که یکی از شرکای متعدد سهم خود را بفروشد، ولی در صورتی که همه شرکای متعدد سهم خود را به ثالث واگذار نمایند و تنها یک شریک باقی بماند، دفع ضرر از شریک باقی مانده، وجود حق شفعه را توجیه می نماید (صفایی و شعبانی کندسری، ۱۳۹۷: ۳۴۰). همچنین می توان گفت: فلسفه حق شفعه آن است که شریک جدیدی به شریک سابق تحمیل نشود، از دیگرسو، شفیع بتواند با اخذ شفعه به این شراکت پایان دهد (برزی، ۱۳۹۴: ۲۳) و در این فرض که شرکاء، سهم خودشان را به ثالث واگذار کرده اند، شریک باقی مانده با اخذ به شفعه به این شراکت پایان می دهد.

### ۱۰. حق شفعه با تعدد شرکاء در نزد اهل سنت

در میان مذاهب اهل سنت، حنابله، حنفیه و شافعیه، قائل به ثبوت حق شفعه در بیش از دو نفر می باشند (مزنی، ۱۴۱۰: ۱۲۰؛ نووی، بی تا: ۳۴۵/۱۴). دلایل این گروه درباره جواز شفعه در بیشتر از دو نفر عبارت اند از:

الف) روایت بخاری به نقل از جابر به نقل از پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «قَصَى بِالشُّفْعَةِ بَيْنَ الشَّرْكَاءِ» (ابن حنبل شیبانی، ۱۴۲۱: ۳/۳۹۹). بر اساس روایت یادشده، پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ شفعه را بین شرکاء اجازه فرمود و لفظ شرکاء در روایت مزبور، قول به تعمیم را اثبات می نماید.

ب) تشریح شفعه به دلیل دفع ضرر است. در اموال بر بیش از دو نفر شریک نیز ضرر قابل تصور است. حتی مالک در یکی از اقوالش (ابن قدامه مقدسی، ۱۳۸۸: ۴۶۴/۵) و احمد بن حنبل (ابن حنبل شیبانی، ۱۴۲۱: ۳/۴۰۰)، این دیدگاه را روایت کرده اند. منظور از دلیل یادشده آن است که شفعه به دلیل دفع ضرر شریک جعل شده، و از سویی ازاله ضرر، از مقاصد شارع حکیم است.

برخی فقهای اهل سنت در این زمینه گفته اند: شفعه یا به دلیل نص است - چنان که ما به آن قائل هستیم - و یا به دلیل نظر (عقل) است - چنان که مخالفان ما به آن قائل هستند. چنانچه شفعه به دلیل نص باشد، خروج از نصوصی که بیان داشتیم، حلال نخواهد بود و چنانچه شفعه به دلیل نظر (عقل) باشد - چنان که گمان بر این است که شفعه برای دفع ضرر از شریک جعل شده است - علت مزبور در زیاده بر دو شریک نیز وجود دارد (ابن حزم اندلسی، ۱۴۰۸: ۸۴/۹).

بنا بر گزارش برخی از حقوق‌دانان در حقوق مصر، تعداد شرکاء خللی در ایجاد اعمال شفعه وارد نمی‌کند (باز لبنانی، ۱۴۲۸: ۴۵۰/۹؛ رهپیک، ۱۳۸۵: ۲۱).

### نتیجه‌گیری

از مجموع مطالبی که در این نوشتار بیان شد، به دست می‌آید که اختلاف در خصوص جواز شفعه در بیش از دو شریک و عدم آن، محدود به مذهب فقهی امامیه نیست. با بررسی مبانی فقهی شفعه در بیش از دو شریک از دیدگاه امامیه، قول مشهور امامیه - که اخذ به شفعه را در فرضی که شرکت بیشتر از دو نفر باشد، ثابت نمی‌داند، مورد بررسی و نقد قرار گرفت و دیدگاه غیر مشهور - که قول به تعمیم شفعه در شرکاء است، بعد از بیان ادله و اثبات آن مورد تأیید قرار گرفت. لذا زیادی شرکاء به بیش از دو نفر، مانعی برای جریان شفعه نیست. همچنین دیدگاه‌های حقوق‌دانان نیز بررسی گردید و به نظر می‌رسد دیدگاهی که شرط شراکت دو نفر را در شفعه معتبر نمی‌داند، بر اساس مبانی فقهی یادشده، قابل دفاع‌تر باشد. بنابراین پیشنهاد می‌گردد ماده ۸۰۸ قانون مدنی در این مورد اصلاح گردد و به جای عبارت «بین دو نفر»، عبارت «بین دو نفر» در ماده قانونی آورده شود. در مذاهب فقهی اهل سنت نیز دو دیدگاه مختلف در این زمینه وجود دارد که یکی به شرطیت عدم تعدد شریک‌ها باور دارد و دیگری عدم تعدد را شرط ندانسته و شفعه را در بیش از دو نفر نیز جاری می‌داند. این دیدگاه دوم را بیشتر مذاهب اهل سنت پذیرفته‌اند که در نتیجه دیدگاه مشهور ایشان می‌باشد. چنانچه در نوشتار حاضر گذشت، اختلاف همه مذاهب فقهی در این موضوع، معلول عواملی چند و از جمله روایات گوناگون است که در برخی از آن‌ها از شفعه بین دو شریک، و در برخی دیگر از شفعه بین شرکاء صحبت به میان آمده است که روایات این دسته دوم، مورد قبول بیشتر اهل سنت قرار گرفته است.



## کتاب شناسی

۱. اباش، احمد، *الاحکام العامة للشريعة في قواعد الفقه الاسلامي والقانون المغربي*، بیروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ۲۰۰۸ م.
۲. ابن جنید اسکافی، محمد بن احمد کاتب، *مجموعه فتاوی ابن جنید*، تصحیح علی پناه اشتهاودی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۳. ابن حزم اندلسی، ابو محمد علی بن احمد بن سعید، *المحلی بالآثار*، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۰۸ ق.
۴. ابن حنبل شیبانی، ابو عبدالله احمد بن محمد، *مسند الامام احمد بن حنبل*، بیروت، مؤسسه الرساله، ۱۴۲۱ ق.
۵. ابن داود حلّی، تقی الدین حسن بن علی، *کتاب الرجال*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۳ ق.
۶. ابن رشد حفید، ابولید محمد بن احمد بن محمد بن احمد بن رشد قرطبی اندلسی، *بدایة المجتهد و نهاية المقتصد*، قاهره، دار الحدیث، ۱۴۲۵ ق.
۷. ابن شهر آشوب مازندرانی، محمد بن علی، *معالم العلماء فی فهرست کتب الشیعه و اسماء المصنفین منهم قدیمًا و حدیثًا*، بی نا، بی تا.
۸. ابن فهد حلّی، جمال الدین احمد بن محمد اسدی، *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۹. ابن قدامه مقدسی، موفق الدین عبدالله بن احمد بن محمد، *المغنی*، قاهره، مکتبه القاهره، ۱۳۸۸ ق.
۱۰. امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، تهران، کتاب فروشی اسلامی، ۱۳۸۱ ش.
۱۱. انصاری، مرتضی بن محمد امین، *کتاب المکاسب*، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۵ ق.
۱۲. اهتمام، احمد، *وسائل العباد فی يوم التناد*، قم، پژوهش های تفسیر و علوم قرآن، ۱۳۹۲ ش.
۱۳. ایروانی، باقر، *دروس تمهیدیه فی الفقه الاستدلالی*، قم، مرکز العالمی للدراسات الاسلامیه، ۱۳۸۴ ش.
۱۴. ایزدی فرد، علی اکبر، علی اکبر ربیع نتاج، سید مجتبی حسین نژاد، «نقد نگره تضعیف محمد بن عیسی بن عبید بن یقظین»، *فصلنامه تحقیقات علوم قرآن و حدیث*، سال سیزدهم، شماره ۲ (پیاپی ۳۰)، تابستان ۱۳۹۵ ش.
۱۵. باز لبنانی، سلیم رستم، *شرح المعجله*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۲۸ ق.
۱۶. باقری راد، ابوالفضل، *حقوق مدنی (شعه، وصیت، ارث)*، تهران، آریاداد، ۱۳۹۶ ش.
۱۷. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهره*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۱۸. برزی، ودود، *درس های از حقوق مدنی (شعه)*، تهران، مجد، ۱۳۹۴ ش.
۱۹. بهبهانی، سیدعلی، *الفوائد العلیه، القواعد الکلیه*، چاپ دوم، اهواز، کتابخانه دار العلم، ۱۴۰۵ ق.
۲۰. جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، *الروضه البهیة فی شرح للمعه الدمشقیه*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۲۱. همو، *رسائل الشهد الثانی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۱ ق.
۲۲. همو، *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۲۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمینولوژی حقوق*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۱ ش.
۲۴. جناتی، محمد ابراهیم، *منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی*، تهران، کیهان، ۱۳۷۰ ش.
۲۵. جوهری، اسماعیل بن حماد، *الصحاح، تاج اللغة و صحاح العربیه*، تحقیق احمد عبدالغفور عطار، بیروت، دار العلم للملایین، ۱۴۰۴ ق.

۲۶. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعه*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ ق.

۲۷. حسینی تفرشی، سیدمصطفی بن حسین، *نقد الرجال*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۸ ق.

۲۸. حسینی روحانی، سیدمحمدصادق، *فقه الصادق علیه السلام*، قم، آیین دانش، ۱۴۳۵ ق.

۲۹. حسینی عاملی، سیدمحمدجواد بن محمد، *مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.

۳۰. خوانساری، سیداحمد بن یوسف، *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*، تهران، مکتبه الصدوق، ۱۳۵۵ ش.

۳۱. ره پیک، حسن، *حقوق مدنی (اخذ به شفعه)*، تهران، خرسندی، ۱۳۸۵ ش.

۳۲. سید مرتضی علم الهدی، علی بن حسین موسوی، *الانتصار فی انفرادات الامامیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۵ ق.

۳۳. سیوری حلّی (فاضل مقداد)، جمال الدین مقداد بن عبدالله، *التنقیح الرائع لمختصر الشرائع*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ ق.

۳۴. صدر، سیدمحمد، *ما وراء الفقه*، بیروت، دار الاضواء، ۱۴۳۰ ق.

۳۵. صدر، سیدمحمدباقر، *موسوعة الامام الشهيد السيد محمدباقر الصدر*، قم، دار الصدر، ۱۴۳۴ ق.

۳۶. صدوق، ابوجعفر محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، *من لایحضره الفقیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۴ ق.

۳۷. صفایی، سیدحسین، و هادی شعبانی کندی، *حقوق مدنی (وصیت، ارث، شفعه)*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۷ ش.

۳۸. طباطبایی حکیم، سیدمحسن، *منهاج الصالحین*، حاشیه سیدمحمدباقر صدر، بیروت، دار التعارف للمطبوعات، ۱۴۱۰ ق.

۳۹. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *الاستبصار فیما اختلف من الاخبار*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۳ ش.

۴۰. همو، *الفهرست*، نجف، المکتبه الرضویه، ۱۴۱۷ ق.

۴۱. همو، *النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی*، بیروت، دار الکتب العربی، ۱۴۲۷ ق.

۴۲. همو، *تهذیب الاحکام فی شرح المقنعة للشیخ المفید*، بیروت، دار الکتب العربی، ۱۴۲۷ ق.

۴۳. همو، *رجال الطوسی*، تحقیق جواد قیومی اصفهانی، چاپ سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۷ ق.

۴۴. همو، *کتاب الخلاف*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.

۴۵. عاملی، جمال الدین حسن بن زین الدین، *معالم الدین و ملاذ المجتهدین*، قم، مؤسسه الفقه، ۱۴۱۸ ق.

۴۶. علامه حلّی، ابو منصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *خلاصة الاقوال فی معرفة الرجال (رجال العلامة الحلّی)*، چاپ دوم، نجف، المطبعة الحیدریه، ۱۳۸۱ ق.

۴۷. همو، *قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.

۴۸. علیشاهی قلعه جوقی، ابوالفضل، و فرزانه اسکندری، «نقد و بررسی مبانی فقهی ماده ۸۰۸ قانون مدنی (اختصاص حق شفعه به اموال غیر منقول)»، *فصلنامه فقه و حقوق نوین*، سال اول، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۹ ش.

۴۹. فیض، علیرضا، و علی بهرامی نژاد، «بررسی حجیت شهرت فتوایی در اصول متلقّات با رویکردی بر دیدگاه آیه الله بروجردی، خوبی و امام خمینی»، *فصلنامه فقه و مبانی حقوق سابق (پژوهش های فقه و*

- حقوق اسلامی، سال چهارم، شماره ۱۳، پاییز ۱۳۸۷ ش.
۵۰. فیض کاشانی، محمد محسن بن شاه مرتضی، کتاب الوافی، اصفهان، کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین علی علیه السلام، ۱۴۰۶ ق.
۵۱. کاشف الغطاء، محمد حسین بن علی بن محمد رضا، تحریر المجله، قم، مجمع جهانی تقریب مذاهب اسلامی، ۱۴۲۲ ق.
۵۲. کشی، محمد بن عمر، اختیار معرفة الرجال المعروف برجال کشی، قم، مؤسسة آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ ق.
۵۳. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، الکافی، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۵۴. مالک بن انس اصبحی، المدونة الكبرى، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۲۶ ق.
۵۵. مامقانی، عبدالله، تنقیح المقال فی احوال الرجال، قم، مؤسسة آل البيت علیهم السلام، ۱۴۲۳ ق.
۵۶. مجلسی اول، محمد تقی، روضة المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه، چاپ دوم، قم، کوشانپور، ۱۴۰۶ ق.
۵۷. مجلسی دوم، محمد باقر بن محمد تقی، بحار الانوار الجامعة لدرر اخبار الائمة الاطهار علیهم السلام، چاپ دوم، بیروت، مؤسسة الطبع و النشر، ۱۴۱۰ ق.
۵۸. محقق حلّی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن، المختصر النافع فی فقه الامامیه، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۵۹. همو، المعتبر فی شرح المختصر، قم، مؤسسه سیدالشهداء علیهم السلام، ۱۴۰۷ ق.
۶۰. همو، نکت النهایه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۲ ق.
۶۱. محقق داماد، سید مصطفی، ایقاع اخذ به شفعه، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۴ ش.
۶۲. مدرسی یزدی، سید عباس، نموذج فی الفقه الجعفری، قم، مکتبه الداوری، ۱۴۱۰ ق.
۶۳. مزنی، ابوابراهیم اسماعیل بن یحیی بن اسماعیل، مختصر المنزنی فی فروع الشافعیه، قم، تیان، ۱۴۱۰ ق.
۶۴. مظفر، محمد رضا، اصول الفقه، قم، اسماعیلیان، ۱۳۷۵ ش.
۶۵. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الازهان الی احکام الایمان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۶۶. مکارم شیرازی، ناصر، انوار الاصول، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۸ ق.
۶۷. موسوی خمینی، سید روح الله، الرسائل، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۰ ق.
۶۸. موسوی خوئی، سید ابوالقاسم، معجم رجال الحدیث، بی جا، بی نا، ۱۴۱۳ ق.
۶۹. موسوی سبزواری، سید عبدالاعلی، جامع الاحکام الشرعیه، قم، مؤسسة المنار، بی تا.
۷۰. همو، مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، قم، دفتر معظم له، ۱۴۱۶ ق.
۷۱. موسوی، سید احمد، شفعه و وصیت در حقوق مدنی ایران و فقه امامیه، تهران، دانشگاه آزاد اسلامی واحد جنوب، ۱۳۹۳ ش.
۷۲. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، قوانین الاصول، تهران، مکتبه العلمیه الاسلامیه، ۱۳۷۸ ق.
۷۳. نجاشی، ابوالعباس احمد بن علی بن احمد بن عباس، رجال النجاشی (فهرست اسماء مصنفی الشیععه)، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۷۴. نجفی، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۴۲۱ ق.
۷۵. نووی، ابوزکریا محیی الدین بن شرف، المجموع شرح المهذب، بیروت، دار الفکر، بی تا.



## بررسی فقهی - حقوقی

# نظریه ارزش زمانی پول و گستره کارکرد آن\*

- محمدتقی تولمی<sup>۱</sup>
- محمد نوذری فردوسی<sup>۲</sup>
- محمدرضا خلیل‌زاده<sup>۳</sup>

### چکیده

از مهم‌ترین مباحث مطرح در علم اقتصاد که از منظر فقهی و حقوقی، کمتر مورد بررسی واقع شده، ارزش زمانی پول است. مطابق این نظریه، پول حال ارزشی بیش از پول آینده دارد. برخی از اندیشمندان اقتصاد اسلامی آن را انکار نموده و گروهی دیگر آن را پذیرفته‌اند. مخالفان نظریه، مفاد آن را زمینه‌ساز توجیه ربا قلمداد می‌کنند؛ ولی موافقان نظریه با پذیرش مفاد آن، حرمت ربا را در تضاد با نظریه و صرفاً حکمی تعبدی می‌دانند. به نظر ما، منشأ این اختلاف نظر غفلت از دو نکته است؛ اول اینکه ارزش پولی زمان و ارزش زمانی پول یکسان پنداشته شده، و دیگر اینکه مباحث حوزه اثباتی نظریه از مباحث حوزه دستوری

\* تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۸/۲۲ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۵/۰۹.

۱. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه قم (tolami@gmail.com).

۲. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه قم (نویسنده مسئول) (abasaleh.s@gmail.com).

۳. دانشجوی دکتری فقه و حقوق خصوصی، دانشگاه شهید مطهری (mrkhalilzadeh@gmail.com).

آن، تفکیک نشده است. در این مقاله با روشی توصیفی و تحلیلی، علاوه بر تبیین تمایز ارزش پولی زمان و ارزش زمانی پول، از یکسو به سنجش اعتبار مفاد نظریه پرداخته‌ایم و از سوی دیگر گستره کارکرد آن را بررسی نموده‌ایم. شواهد متعددی از آموزه‌های فقهی و حقوقی نشان می‌دهند که بر خلاف اندیشه رایج، مفاد نظریه از منظر فقهی و حقوقی معتبر است؛ اما بررسی گستره کارکرد این نظریه، بیانگر آن است که با توجه به تقسیم عقود اقتصادی به انتفاعی و غیر انتفاعی، ارزش زمانی پول صرفاً در ضمن عقود استثماری و انتفاعی نظیر بیع، مجوز کسب درآمد می‌باشد و در عقود غیر انتفاعی نظیر قرض که اساساً بر پایه احسان بنا شده‌اند، نمی‌توان با استناد به این نظریه کسب سود نمود.

**واژگان کلیدی:** پول، ارزش زمانی، اعتبار فقهی و حقوقی.

## ۱. مقدمه

از مهم‌ترین مباحث مطرح در علم اقتصاد و مدیریت مالی، ارزش زمانی پول است. بنیان بازارهای مالی اعم از بازار پول و سرمایه، بر اساس همین اندیشه پی‌ریزی شده است؛ به گونه‌ای که با حذف این نظریه، دلیل قابل توجهی برای ایجاد بازارهای مالی وجود نخواهد داشت. مطابق این اندیشه، پول در زمان حال نسبت به پول در زمان آینده، دارای ارزش بیشتری است؛ خواه اقتصاد با تورم روبه‌رو باشد و خواه نرخ تورم صفر بوده و قیمت‌ها در طول زمان ثابت باشد. در نظریه ارزش زمانی پول، با پذیرش نرخ ترجیح مثبت زمانی، بر عامل زمان به عنوان یکی از عناصر تأثیرگذار بر ارزش پول تأکید شده است. ارزش زمانی پول در اقتصاد متعارف، جایگاه ویژه و کاربردهای مهمی دارد که برخی از آن‌ها عبارت‌اند از: تنزیل جریان‌ات نقدی، ارزشیابی اوراق بهادار، ارزیابی و قیمت‌گذاری پروژه‌های اقتصادی، تعیین مقدار بهینه تخصیص منابع برای طرح‌های اقتصادی، تعیین نرخ بهره وام (ربا)، تعیین نرخ تنزیل دیون.

متأسفانه با وجود اهمیت این نظریه و کارکردهای متعدد آن در مدیریت مالی به ویژه در بازارهای مالی، هنوز در مورد جوانب مختلف آن، تحقیق و مطالعه‌ای مستقل از منظر فقهی - حقوقی صورت نگرفته است. فراوانی و فراگیری بازارهای مالی (پولی و سرمایه‌ای) و گستردگی فعالیت آن‌ها در کشورهای مختلف به ویژه کشورهای اسلامی،

اقتضا می کند که موضع شارع نسبت به مسائل گوناگون در این بازارها به درستی تعیین و تبیین شود. بررسی فقهی - حقوقی ارزش زمانی پول به عنوان مهم ترین رکن تشکیل بازارهای مالی، از مهم ترین گام هایی است که باید در این راستا برداشته شود. از این رو، اعتبارسنجی ارزش زمانی پول و گستره اعتبار آن از منظر فقه و حقوق، از جمله مسائل کلیدی و بنیادی حوزه فقه و حقوق اقتصادی است که راه را برای تبیین موضع فقه نسبت به سایر فعالیت های اقتصادی در بازارهای مالی اعم از پولی و سرمایه ای، هموار خواهد نمود.

همان گونه که گذشت، بررسی فقهی - حقوقی ارزش زمانی پول، کمتر مورد توجه محققان اقتصاد اسلامی در حوزه و دانشگاه قرار گرفته است. تنها رساله مستقل فارسی در این موضوع که نگارندگان از آن مطلع اند، رساله ای است با عنوان *ارزش زمانی پول از دیدگاه مدیریت مالی و فقه جعفری* که توسط محمد فطانت و با راهنمایی ایرج توتونچیان در سال ۱۳۷۶ و در دانشگاه امام صادق علیه السلام به رشته تحریر درآمده است. در این رساله به تصریح نویسنده، بیشتر به موضوع شناسی فقهی مسئله پرداخته شده و با تفکیک شرایط تورمی و غیر تورمی، صدق ارزش زمانی پول در حالت تورمی، قطعی و عقلی دانسته شده است (فطانت، ۱۳۷۶: ۱۹۲). نکته قابل تأمل در این رساله اینکه ارزش زمانی پول و ارزش پولی زمان، به اشتباه یکسان پنداشته شده اند (همان). محمد غیث نیز در سال ۱۴۲۷، رساله ای عربی با عنوان *نظریة الحسم الزمینی فی الاقتصاد الاسلامی* در دانشگاه یرموک اردن به رشته تحریر درآورده است. وی نیز با یکسان انگاری ارزش پولی زمان و ارزش زمانی پول، به اثبات شریعت تنزیل اوراق بهادار و دیون با توجه به ارزش زمانی پول پرداخته است. در این راستا در برخی مقالات نیز به موضوعاتی مرتبط با نظریه فوق پرداخته شده است؛ برای مثال، فرزینوش و ندیری (۱۳۸۱: ۱۴۹-۱۸۵) در مقاله ای با عنوان «ربا، بهره قراردادی و بهره طبیعی»، تفاوت قیمت نقد و نسیه را که در اسلام مقبول است، ناشی از وجود بهره طبیعی در اقتصاد دانسته اند؛ ولی در عین حال، حقیقت آن را چیزی غیر از ارزش زمانی پول معرفی کرده اند! (همان: ۱۸۰). تولمی و امیدی فرد (۱۴۰۰: ۱۲۵-۱۴۵) نیز در مقاله ای با عنوان «بررسی و نقد ادله فقهی اعتبار ارزش پولی زمان»، بدون اشاره به تفاوت ارزش زمانی پول و ارزش پولی زمان، صرفاً به

تبیین اشکالات تصویری و تصدیقی ارزش پولی زمان پرداخته‌اند. در کتاب *درس‌هایی در اقتصاد اسلامی* نیز قسمتی به سخنرانی محمد انس زرقا پیرامون ارزیابی طرح و تنزیل ارزش زمان اختصاص یافته است که وی فارغ از تحلیل فقهی و حقوقی، صرفاً در دو بخش به تبیین چستی تنزیل و معیارهای اسلامی ارزیابی طرح پرداخته است (جمعی از نویسندگان، ۱۳۸۴: ۴۸۷). نظریه‌پردازان و کسراهی (۱۳۹۶: ۲۸۴) نیز در بخشی از فصل ششم کتابشان در ضمن سه صفحه، عدم محدودیت به کارگیری نرخ تنزیل در ارزیابی اقتصادی طرح‌ها از منظر اسلامی را بیان کرده‌اند. ولی آنچه جستار پیش رو را از سایر تحقیقات متمایز می‌سازد عبارت است از:

۱- بسیاری از محققان اقتصاد اسلامی، ارزش زمانی پول و ارزش پولی زمان را یکسان انگاشته و یا در مورد نسبت آن دو با یکدیگر سکوت کرده‌اند. در این نوشتار به تبیین تمایز مفهومی ارزش زمانی پول و ارزش پولی زمان پرداخته و نشان داده‌ایم که این دو از حیث اعتبار ملازم هم نمی‌باشند و از این رو با قبول عدم اعتبار شرعی ارزش پولی زمان، اما اعتبار شرعی ارزش زمانی پول قابل دفاع است.

۲- با تبیین اقسام موضوعات فقهی و حقوقی، به تبیین جایگاه موضوعی پول و ارزش زمانی آن در میان موضوعات فقهی حقوقی پرداخته و امکان بحث از ارزش زمانی پول از منظر اسلامی را به عنوان موضوعی انتزاعی از شیئی اعتباری، ثابت نموده‌ایم.

۳- نشان داده‌ایم که حوزه مباحث اقتصاد اثباتی و حوزه مباحث دستوری پیرامون نظریه ارزش زمانی پول، مرتبط با هم‌اند، ولی ملازم یکدیگر نیستند. به این دلیل، واضح می‌گردد که آمیختن و ملازم دانستن این دو در تحقیقات، موجب بروز اشکالاتی در بررسی نظریه گشته است. در این مقاله با تبیین وجود دو جهت اثباتی و دستوری برای نظریه، با تفکیک دو ساحت نظری و کارکردی نظریه نشان داده‌ایم که اثبات اعتبار مطلق مفاد نظریه ارزش زمانی پول، به معنای پذیرش مطلق کارکرد درآمدزایی آن در تمام عقود (حتی قرض) نمی‌باشد.

۴- در این مقاله در جهت بررسی اعتبار مفاد نظریه، به گردآوری و بررسی شواهد متعددی از مسائل فقهی و حقوقی مرتبط با ارزش زمانی پول پرداخته‌ایم که سایر مطالعات فاقد اکثر این شواهد هستند.



۵- در جهت تعیین گستره کارکرد نظریه، با محور قرار دادن تقسیم فعالیت‌های اقتصادی به انتفاعی و غیر انتفاعی، به ارائه قاعده‌ای کلی مبادرت نموده و در نتیجه نشان داده‌ایم که با وجود صدق مفهومی نظریه در هر دو گونه فعالیت، اما کارکرد درآمذزایی آن و به عبارتی کسب درآمد مستند به ارزش زمانی، منحصر در فعالیت‌های انتفاعی نظیر بیع و اجاره است و نه فعالیت‌های غیر انتفاعی نظیر قرض.

۶- مخالفان نظریه ارزش زمانی پول، مفاد آن را زمینه‌ساز توجیه ربا قلمداد کرده‌اند و موافقان نظریه با پذیرش مفاد آن، حرمت ربا را حکمی تبدلی و استدلال‌ناپذیر دانسته‌اند. اما بر خلاف این دو نظر، یافته‌های این مقاله نشان می‌دهد که از منظر فقهی، هم می‌توان به اعتبار مفاد نظریه ارزش زمانی پول ملتزم بود و هم حرمت ربا را مستدل دانست.

## ۲. تعریف ارزش زمانی پول

بسیاری از تصمیمات پولی و مالی برای انجام یا عدم انجام یک فعالیت اقتصادی، مبتنی بر مقایسه جریان‌های نقدی و پولی جاری در آن فعالیت اقتصادی می‌باشند. این مقایسه در صورتی ممکن است که جریان‌ات نقدی مصرفی و یا درآمدی در طی دوره‌های مختلف و در زمان‌های گوناگون قابل مقایسه باشند. بر اساس نظریه ارزش زمانی پول، ارزش پول بستگی به آن دارد که در چه زمانی ایجاد یا مصرف شده باشد و از این رو جریان‌های نقدی و پولی، هنگامی قابل مقایسه خواهند بود که با توجه به اختلاف آن‌ها در زمان مصرف یا به دست آمدنشان، تعدیل شوند (احمدپور و یحیی‌زاده‌فر، ۱۳۸۸: ۲۸۵). در این راستا، نظریه ارزش زمانی پول در صدد تبیین تفاوت ارزش جریان‌های پولی در زمان‌های مختلف است تا بتوان ارزش فعلی جریان آتی عایدی‌های مالی را اندازه‌گیری نمود (عیوضلو و حسینی، ۱۳۹۰: ۳۴۹). شالوده نظریه ارزش زمانی پول در علم اقتصاد و مدیریت مالی این است که ارزش پول در زمان‌های مختلف، متفاوت است و گاهی خلاصه می‌گوییم یک دلار سال آینده، ارزشی کمتر از یک دلار زمان حال دارد (میشکین، ۱۳۹۰: ۸۶). یک دلیل بسیار ساده این است که یک دلار دریافت‌شده در زمان حال را می‌توان سرمایه‌گذاری کرد، به طوری که در زمان آینده شما بیش از یک دلار

خواهید داشت. بنابراین با پذیرش این نظریه است که اشخاص ارزش پولی را که در زمان حال به دست می‌آورند، بیشتر از ارزش همان مقدار پولی می‌دانند که در آینده به دستشان می‌رسد (احمدپور و یحیی‌زاده‌فر، ۱۳۸۸: ۲۸۶).

### ۳. تمایز ارزش زمانی پول و ارزش پولی زمان

ارزش پولی زمان و ارزش زمانی پول، از جمله مهم‌ترین مسائل مطرح در مباحث پولی در علم اقتصادند. در این راستا، برخی این دو نوع ارزش را یکسان پنداشته‌اند (فطانت، ۱۳۷۶: ۱۳ و ۱۶)؛ در حالی که این یکسان‌نگاری ناصحیح است و این دو ارزش متمایزند.

توضیح اینکه مبتنی بر مسئله ارزش پولی زمان، عنصر زمان در اقتصاد دارای ارزش مالی بوده و می‌توان مانند سایر کالاها، قیمتی را برای آن در نظر گرفت و این قیمت را در عرصه‌های مختلف فعالیت‌های اقتصادی و بازارهای پولی و مالی وارد و دارای اثر اقتصادی کرد. بر این اساس، یکی از رایج‌ترین وجوه توجه بهره در اقتصاد سرمایه‌داری آن است که بهره قرض را اجرت و قیمت زمان می‌دانند که متناسب با بازه زمانی قرض، نرخ‌های بهره متفاوتی در نظر گرفته می‌شود که قرض‌گیرنده باید به قرض‌دهنده پرداخت نماید (عربی و میثمی، ۱۳۹۷: ۳۷/۱). اما بر اساس نظریه ارزش زمانی پول و فارغ از بهاء‌مندی زمان، پول در زمان‌های مختلف ارزش یکسانی ندارد؛ بلکه پول زمان حال، دارای ارزش بیشتری نسبت به پول آینده است.

در واقع، نظریه ارزش زمانی پول، فارغ از بهاء‌مندی یا عدم بهاء‌مندی زمان، بر این نکته تأکید دارد که پول در زمان حال، ارزش بیشتری نسبت به پول در زمان آینده دارد؛ همچنان که ارزش پولی زمان هم فارغ از پذیرش یا عدم پذیرش تفاوت ارزش پول در طول زمان، زمان را مانند سایر کالاها دارای قیمت پولی دانسته و بر بهاء‌مندی آن تأکید دارد. نکته مهم اینکه به دلیل تفاوت موضوعی این دو مسئله، در اعتبار و عدم اعتبار شرعی آن‌ها ملازمه‌ای نیست و لذا با وجود عدم اعتبار شرعی ارزش پولی زمان به دلیل اشکالات متعدد تصوری و تصدیقی که بر آن وارد است (تولمی و امیدفر، ۱۴۰۰: ۱۲۵)، اما شواهد متعددی بر اعتبار شرعی ارزش زمانی پول موجود است.

## ۴. امکان‌سنجی بررسی فقهی ارزش زمانی پول

عناوینی که متعلق احکام شرعی هستند، به دو دسته کلی تقسیم می‌شوند: دسته اول، عناوین شرعی می‌باشند که یا اصل آن‌ها از ناحیه شرع، وضع و اعتبار شده است؛ مثل نماز و روزه، و یا حدود آن‌ها از سوی شرع مشخص گردیده است؛ مثل آب گُر و آب قلیل. دسته دوم، عناوین عرفی و عقلایی هستند که شارع در ایجاد عنوان و معنوی آن‌ها دخالتی ندارد. این عناوین عرفی و عقلایی خود بر سه قسم‌اند: قسم اول عناوینی که عرف و عقلا بر امور تکوینی موجود در خارج اطلاق می‌کنند؛ مانند عنوان آب و شراب. قسم دوم عناوینی که معنوی آن‌ها توسط عرف و عقلا وضع و اعتبار می‌گردد که به عنوان مثال می‌توان به پول اشاره کرد، که عقلا آن را به عنوان وسیله مبادله اعتبار کرده‌اند. قسم سوم عناوین انتزاعی که توسط عرف و عقلا، از نحوه به کارگیری و استفاده از اشیاء انتزاع می‌گردد؛ مثلاً عنوان مالیت برای گندم، که به دلیل مبادله آن توسط افراد جامعه، عنوان مال و مالیت از آن انتزاع می‌گردد (یوسفی، ۱۳۷۷: ۱۸).

با توجه به اقسام پیش گفته، پول موضوعی عرفی و عقلایی است که برای تنظیم و تسهیل روابط اقتصادی اعتبار شده و با توجه به نحوه کاربرد آن در میان افراد جامعه نیز عناوینی انتزاعی به آن ملحق گشته است که می‌توان از ارزش زمانی یاد کرد. ارزش زمانی عنوانی است انتزاعی که به دلیل لحاظ پاره‌ای از کارکردهای پول نظیر استعداد سرمایه‌گذاری آن در فعالیت‌های مختلف اقتصادی در طول زمان و یا با لحاظ عوامل اثرگذار بر ارزش آن نظیر تورم، به پول نسبت داده می‌شود. در واقع، وقتی می‌توان پول را در طول زمان در فعالیت‌های سودآور اقتصادی سرمایه‌گذاری و از آن کسب سود نمود و یا وقتی اقتصاد دچار تورم شده و قدرت خرید پول کاسته می‌شود، ارزش زمانی پول و یا همان زیادی ارزش پول حال نسبت به پول آینده انتزاع می‌شود. بنابراین پول به عنوان امری اعتباری که واجد عنوان انتزاعی ارزش زمانی نیز می‌باشد، موضوع احکام فقهی قرار می‌گیرد.

## ۵. لزوم تفکیک دو حوزه اثباتی و دستوری در بررسی نظریه

ارزش زمانی پول علاوه بر اینکه بیانگر یک مفهوم نظری در حوزه مدیریت مالی و علم اقتصاد است، نظریه‌ای است که مبتنی بر پذیرش آن، کارکردهای متعددی در اقتصاد و مدیریت مالی بر آن مترتب شده است. برخی از این کارکردها مشتمل بر تکنیک‌هایی است که ارزش فعلی دارایی‌های مختلف پولی و مالی را به دست می‌آورد که مهم‌ترین آن‌ها، ارزیابی طرح‌ها و پروژه‌های اقتصادی است (نظریور و کسرائی، ۱۳۹۶: ۹۵). همچنین مفاد این نظریه در تحلیل و توجیه برخی مسائل نظیر جواز بهره در قرض، زیادی قیمت نقد بر نسیه، تنزیل دیون و تعیین میزان هر یک استفاده شده است (فطانت، ۱۳۷۶: ۱۲۳ و ۱۲۵؛ غیث، ۱۴۲۷: ۶۸ و ۱۶۹). اما در این میان، آنچه بیشتر محل توجه است، مسئله توجیه و تجویز ربا در عقد قرض می‌باشد. حرمت ربای در قرض و رابطه آن با پذیرش یا عدم پذیرش ارزش زمانی پول، در واقع از مهم‌ترین چالش‌های پیش روی محققان است تا جایی که برخی اندیشمندان اقتصاد اسلامی برای رهایی از افتادن در دام توجیه و تجویز ربا، اساساً ارزش زمانی پول را انکار نموده‌اند (توتونچیان، ۱۳۷۵: ۲۴۲).

بر این اساس از منظر مالی اسلامی، ارزش زمانی پول را هم می‌توان در حوزه مسائل اقتصاد اثباتی مطالعه کرد و در نتیجه صدق مفاد نظریه (ارزش بیشتر پول حال بر آینده) را بررسی نمود و هم می‌توان آن را در حوزه مسائل اقتصاد دستوری ملاحظه کرد و در نتیجه، جواز شرعی کسب درآمد در فعالیت‌های اقتصادی را با استناد به ارزش زمانی پول پژوهید. در این مقاله نیز با تفکیک این دو مقام، در گام اول به اعتبارسنجی مفاد این نظریه با توجه به آموزه‌های مالی اسلامی می‌پردازیم و در گام دیگر در راستای نقد کارکرد توجیهی و تجویزی ربا، گستره کارکردی آن را تعیین می‌نماییم.

## ۶. اعتبار ارزش زمانی پول در فقه

با توجه به عدم رواج ادبیات و اصطلاحات حاکم بر نظریه ارزش زمانی پول در میان فقها و حقوق‌دانان، نمی‌توان توقع داشت که ایشان به طور مستقیم به نظریه اشاره کرده باشند. اما در راستای اعتبارسنجی فقهی و حقوقی این نظریه می‌توان با ذکر

شواهدی در احکام مختلف فقهی و حقوقی، به حضور و اثرگذاری ارزش زمانی پول به عنوان امری مقبول نزد ایشان پی برد. یعنی هرچند تصریحی بر استناد احکام به این نظریه وجود ندارد، ولی تحلیل‌های ایشان در موارد متعدد مبتنی بر پذیرش ارزش زمانی پول است. در واقع، این شواهد نشانگر آن است که مفاد ارزش زمانی پول که بر زیادی ارزش پول حال بر پول آینده دلالت دارد، مرتکز و مورد قبول دانشمندان اسلامی بوده و مستند به این تفاوت ارزش، استدلال‌های فقهی و حقوقی متنوعی نیز بیان کرده‌اند. موضوع حکم در برخی شواهد ذیل، خصوص پول است و برخی دیگر مربوط به هر مالی اعم از پول و کالا است و در همه موارد مبتنی بر زیادت ارزش حال اموال نسبت به ارزش آتی آن‌هاست. در ادامه به مهم‌ترین مسائلی که می‌تواند دلیلی بر اعتبار ارزش زمانی پول باشد، اشاره می‌کنیم.

#### ۱-۶. شرط تقابض در بیع صرف

از جمله شروط بیع صرف آن است که نقدین در مجلس عقد، قبض شوند و اگر قبض از جانب یک طرف با تأخیر انجام پذیرد، بیع باطل است (حسینی روحانی قمی، ۱۴۱۲: ۵۴/۱۷). در جایی که نقدین همجنس باشند، علت این بطلان، ربوی شدن معامله است. در توضیح ربوی شدن چنین معامله‌ای گفته شده است که نقدی که به صورت حال قبض شده است، نسبت به نقدی که با تأخیر قبض شده است، زیاده دارد و این زیادت، موجب ربوی شدن معامله می‌شود. تحقق زیادت در این مورد، زیادت حکمی و به سبب اجل است که موجب می‌گردد نقد حال نسبت به نقد مؤجل، زیادت حکمی پیدا کند (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۲۲/۲).

#### ۲-۶. ضمانت دین مؤجل به صورت حال

از فروع مطرح در باب ضمانت، مسئله جواز یا عدم جواز ضمانت دین مؤجل به صورت حال است. مشهور فقها این گونه ضمانت را جایز می‌دانند و برخی بر جواز آن ادعای اجماع نموده‌اند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۳۶۱/۱۶). اما در مقابل، برخی نظیر شیخ طوسی این گونه ضمانت را باطل می‌دانند؛ زیرا از منظر ایشان در ضمانت نباید فرع اقوی از اصل باشد و ضامن نمی‌تواند بیشتر از اصل دین ضمانت کند (طوسی، ۱۳۸۷: ۳۴۱/۲).

البته با وجود این اختلاف اما همگی پذیرفته‌اند که دین حال، ارزش بیشتری نسبت به دین مؤجل دارد (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۹/۲۹۰).

در تقویت نظر شیخ طوسی و توضیح چرایی ارزش بیشتر دین حال نسبت به مؤجل گفته شده است که آنچه به عنوان اصل دین بر مدیون واجب است، مؤجل است و اگر به صورت حال ضمانت شود، موجب زیادی فرع نسبت به اصل خواهد شد؛ زیرا حال شدن موجب زیادی و افزایش ارزش آن می‌شود، در حالی که این زیادت بر ذمه مدیون واجب نبوده است (حلی، ۱۴۱۳: ۵/۴۷۰).

در واقع اگر ضامن، دین مؤجل را به صورت حال ضمانت و پرداخت نماید، دین طلبکار را بیش از آنچه که وی مستحق است، ضامن شده است. این زیادی ارزش با وجود مقدار یکسان آن دو، ناشی از تأثیر زمان در تفاوت ارزش‌هاست که در نظریه ارزش زمانی پول به آن اشاره شده است.

### ۳-۶. حواله دیون مؤجل و حال به یکدیگر

از مسائل حواله، مسئله لزوم یا عدم لزوم تساوی دین محتال و محال‌الیه در حلول و تأجیل است. برخی توافق دو دین از نظر حال و مؤجل بودن را شرط دانسته‌اند و برخی آن را لازم نمی‌دانند (طوسی، ۱۳۸۷: ۲/۳۱۷؛ علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۴/۴۵۸). البته هر دو گروه پذیرفته‌اند که مال حال نسبت به مال مؤجل، اجود و با ارزش‌تر است؛ ولی مشهور فقها به جواز حواله دین حال به مؤجل و برعکس فتوا داده‌اند (مجاهد طباطبایی حائری، بی‌تا: ۱۵۷) که به نظر می‌رسد این فتوا به دلیل بنای عقد حواله بر ارفاق است. واضح است که این اختلاف ارزش حال و مؤجل، ناشی از ارزش زمانی است. در واقع، این اختلاف ناشی از تفاوت دین حال و مؤجل از جهت جیادت و ردائت است و متفرع بر این مسئله است که آیا می‌توان مال با ارزش‌تر را به مال کم‌ارزش‌تر و یا برعکس حواله داد یا خیر؟ (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۴/۴۵۹).

### ۴-۶. مصالحه دین مؤجل با مال نقدی کمتر

آیا طلبکار می‌تواند طلب مؤجل خود را با مالی نقدی، اما کمتر از مقدار مؤجل مصالحه نماید یا خیر؟ بسیاری از فقها این مصالحه را به صورت مطلق پذیرفته‌اند (عاملی

جزینی، ۱۴۱۷: ۳/۳۳۱). شهید اول این مصالحه را با شرایطی صحیح می‌داند و سه دلیل برای آن ذکر می‌کند. بر اساس دلیل سوم ایشان، جواز کمتر بودن مال نقدی از مال مؤجل به دلیل تفاوت زمان آن‌هاست؛ یعنی چون مال نقدی، حال است، می‌تواند در برابر مال مؤجل بیشتری مصالحه شود (همان)؛ همچنان که صاحب جواهر عقیده دارد که می‌توان کاستن از مقدار نقد را به دلیل تقابل آن با اجل دانست (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۵/۳۷). آنچه از بیان فقها در راستای تبیین صحت این گونه مصالحه به دست می‌آید این است که به دلیل کمتر بودن ارزش مال مؤجل نسبت به مال نقد، میزانی که به دلیل اجل از دین کاسته می‌شود، برای حفظ تعادل ارزش حال و آینده است و این یعنی پذیرفتن ارزش زمانی.

### ۵-۶. لزوم بیان اجل در بیع مرابحه

بنا بر نظر فقیهان، اگر شخص کالایی را به اجل (نسیه) خریده باشد و بخواهد آن کالا را به یکی از گونه‌های مرابحه، تولیه یا مواضعه بفروشد، باید علاوه بر بیان میزان ثمنی که کالا را با آن مقدار خریده است، مشتری را از مؤجل بودن بیع خود آگاه کند؛ در غیر این صورت، مشتری حق خیار تدلیس دارد. دلیل ثبوت خیار آن است که مبتنی بر قاعده «للاجل قسط من الثمن»، مخفی کردن اجل، در حقیقت مخفی کردن ثمن واقعی است که موجب تدلیس و فریب مشتری می‌گردد (ابن فهد حلی، ۱۴۰۷: ۲/۳۸۹؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۳/۲۲۶). تدلیسی که مدّ نظر قائلان می‌باشد، به دلیل تأثیری است که زمان در میزان ارزش ثمن حال و مؤجل دارد. در واقع ثمن نسیه که با بیع کالا را با آن خریده است، ارزش کمتری نسبت به همان میزان ثمن نقد دارد؛ ولی با بیع با کتمان مؤجل بودن ثمن، مشتری را فریفته است، به گونه‌ای که مشتری کالای مورد نظر را دارای ارزش بیشتری از آنچه واقعیت دارد، می‌پندارد. به عبارتی دیگر، با بیع با عدم بیان اجل، از بیان ارزش واقعی قیمت کالا اجتناب کرده است و حال آنکه در بیع مرابحه، با بیع باید قیمت و ارزش واقعی خرید کالا را به مشتری بگوید.

در تأیید این مطلب می‌توان به کلام شعرانی در ذیل روایتی در این باب اشاره کرد. مطابق روایتی از امام صادق علیه السلام که در منابع معتبری نظیر اصول کافی و من لایحضره الفقیه

آمده است:

«اگر کسی کالایی را به صورت نسیه بخرد و بخواهد همان کالا را به صورت مرابحه‌ای بفروشد، برای مشتری نیز همان اجل ثابت می‌شود (کلینی، ۱۴۲۹: ۱۹۸/۵؛ صدوق، ۱۴۱۳: ۲۱۳/۳).

به باور شعرانی، هرچند مطابق ظاهر روایت، اگر کسی کالایی را به صورت نسیه بخرد و بخواهد آن را به صورت مرابحه‌ای بفروشد، باید بیع مرابحه‌ای به صورت نسیه انجام شود؛ حتی اگر طرفین بیع هم قصد نسیه نکرده باشند! ولی هیچ یک از فقها به این مطلب فتوا نداده و به این روایت عمل نکرده است. از این رو، وی به بیان مراد روایت از دیدگاه خود پرداخته و می‌نویسد: مراد روایت این است که بایع در بیع مرابحه باید به مؤجل بودن بیع اولش تصریح کند و برای نقدی فروختن کالایش متناسب با اجلی که در بیع اول داشته است، از ثمن معامله در بیع مرابحه‌ای دوم کم کند. بنابراین اگر بایع کالایش را مثلاً هشتاد دینار و به صورت نسیه خریده باشد، مشتری می‌تواند در بیع مرابحه از میزان ثمن کم کند و همان کالا را به صورت نقدی به هفتاد دینار از فروشنده بخرد (کلینی، ۱۴۲۹: ۱۶۸/۱۰).

### ۶-۶. شرط قبض ثمن در بیع سلف

یکی از شرایط صحت بیع سلف، قبض تمام ثمن قبل از تفرق است. از این رو اگر بخشی از ثمن نقد و بخش دیگر مؤجل باشد - مثلاً نصف نقد و نصف مؤجل باشد - مطابق قول مشهور، بیع سلف نسبت به تمام ثمن باطل می‌شود (جبعی عاملی، ۱۴۲۲: ۳۸۵). بطلان بیع نسبت به نیمی از ثمن که مؤجل است، به دلیل عدم رعایت شرط پیش گفته - لزوم قبض ثمن قبل از تفرق - می‌باشد؛ اما بطلان بیع نسبت به نصف دیگر ثمن که نقداً دریافت می‌شود، به دلیل جهل به مقدار مبیعی است که در برابر آن قرار می‌گیرد. شهید ثانی در توضیح چگونگی وقوع این جهل، به زیادت‌تر بودن مقدار مبیعی که در برابر ثمن نقد قرار می‌گیرد، اشاره نموده است. مطابق بیان شهید ثانی، هرچند متبایعین قصد کرده‌اند تمام مبیع را در برابر تمام ثمن مبادله نمایند، اما با توجه به اینکه مقداری از ثمن نقد و مقداری از آن نسیه است، مقدار مبیعی که در برابر ثمن نقد قرار می‌گیرد،



بیش از مقداری خواهد بود که در برابر ثمن مؤجل است؛ و با وجود بطلان بیع در ثمن مؤجل، مقدار مبیعی که لازم است در برابر ثمن نقد قرار گیرد، نامعلوم می‌گردد. نامعلوم بودن میزان مبیع موجب بطلان بیع می‌گردد؛ زیرا علم به مقدار مبیع از شرایط صحت بیع است (همان).

در بیان شهید ثانی، مقدار مبیعی که در برابر پنجاه درهم نقد قرار می‌گیرد، بیشتر از مقدار مبیعی است که در برابر پنجاه درهم مؤجل است. این تفاوت مقدار مبیع با وجود یکسان بودن ثمنی که مقابل آنهاست، نشان‌دهنده ارزش بیشتری است که ثمن حال بر ثمن آینده دارد و این چیزی نیست جز همان ارزش زمانی پول.

#### ۶-۷. بطلان بیع سلف در اثمان

از جمله مسائل بیع سلف که شاهدی بر ارزش زمانی پول است، مسئله بیع اثمان متماثل (مثلاً دو دینار در برابر دو دینار) به صورت سلف است. این بیع از منظر فقها باطل است.

محقق کرکی در توضیح چرایی این بطلان می‌نویسد: علاوه بر اینکه شرط تقابض در مجلس، در خصوص اثمان رعایت نشده است، همچنین زیادت حکمیه‌ای که ناشی از مؤجل بودن یکی از طرفین است، موجب تحقق ربا و بطلان این بیع می‌گردد؛ زیرا ثمن نقدی نسبت به ثمن مؤجل زیاده دارد و با تبادل آنها، ربای معاملی محقق می‌گردد (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۷۱۷/۱۳). همان گونه که واضح است، زیادتی ارزش ثمن نقد بر مؤجل نزد ایشان مسلم بوده است.

#### ۶-۸. اخذ حق شفعه با ثمن مؤجل

مطابق نظر مشهور، هر گاه یکی از دو شریک، سهم خود از کالای مشترک را در برابر ثمنی مؤجل بفروشد، اخذ به شفعه توسط شریک دیگر به صورت فوری صورت می‌گیرد؛ اما ثمن به همان صورت مؤجل بر عهده شفیع خواهد آمد و نه به صورت نقدی و معجل (بحرانی آل عصفور، ۱۴۰۵: ۳۳۳/۲۰).

در تبیین چرایی این حکم گفته شده است که شفیع به منزله مشتری است و از این رو در صورتی که شفیع بخواهد حق شفعه خود را استیفا نماید، همان ثمنی بر عهده او

می‌آید که بر عهده مشتری بوده است و با توجه به اینکه ثمن مشتری مؤجل بوده است، ثمن شفیع نیز مؤجل خواهد بود و در غیر این صورت و اگر شفیع ملزم به پرداخت نقدی ثمن شود، لازمه‌اش زیادی ثمن شفیع نسبت به مشتری خواهد بود؛ زیرا ثمن نقدی نسبت به ثمن مؤجل زیادت دارد و نمی‌توان شفیع را به پرداخت زیادتر ملزم نمود (همان).

### ۹-۶. نکاح یا مهر زن

از جمله مسائل مطرح در باب نکاح، میزان مهر زن مفوضه‌ای است که به دلیلی، مستحق مهرالمثل شود. توضیح مطلب اینکه هر گاه نکاح به صورت تفویضی بوده و مهر در ضمن عقد نکاح ذکر نشود، در شرایطی مثل وطی یا حکم حاکم، مهرالمثل برای زن ثابت می‌شود. حال اگر عادت و عرف بر این باشد که مهرالمثل زنان، مبلغ معینی مثلاً هزار درهم به صورت مؤجل باشد، این مقدار اجل در مورد مهرالمثل زن مفوضه ثابت نمی‌شود؛ زیرا مهرالمثل ملحق به قیمت متلفات شده و همیشه حالّ و نقد است. با توجه به این نکته، فقها فتوا داده‌اند که برای محاسبه مهرالمثل زن مفوضه باید مبلغ متعارفی از میزان مهر مؤجل نسبت به مهر حالّ کاسته شود تا ارزش این دو برابر گردد (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۴۴۱/۷). همان گونه که ملاحظه می‌شود، این فرع فقهی و فتوای مشهور نیز مبتنی بر پذیرش ارزش زمانی پول است.

### ۱۰-۶. ربای معاملی نسیه

در فقه اسلامی، ربا به دو نوع کلی تقسیم می‌شود: ربای قرضی و ربای معاملی. ربای معاملی نیز به دو قسم نقد و نسیه تقسیم می‌شود. ربای معاملی نسیه در موردی محقق است که دو شیء ربوی همجنس (مکیل و موزون) به صورت نسیه معامله شوند؛ اعم از اینکه مقدارشان مساوی باشد یا یکی بر دیگری زیادت داشته باشد. مبتنی بر این توضیحات، اگر دو کالای همجنس و مساوی به صورت نسیه معامله شوند، ربای معاملی نسیه محقق می‌شود. دلیل تحقق ربا، وجود زیادت است؛ زیرا کالای نقدی نسبت به کالای مؤجل، زیاده حکمی دارد. تحقق این زیادی به سبب اجلی است که برای کالای مؤجل قرار داده شده است و موجب می‌گردد که ارزش آن نسبت به

کالای نقد کمتر گردد (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۴۵۹/۸). به عبارتی دیگر، چون طرف نقد و حاضر دارای ارزشی بیش از طرف مؤجل و آتی است، ربای معاملی نسیه محقق می‌شود. واضح است که این استدلال مبتنی بر پذیرش ارزش زمانی است و هرچند بر ارزش زمانی کالاها دلالت دارد و نه پول، اما اگر پول را نماینده همه کالاها بدانیم، می‌توان از این فرع نیز ارزش زمانی پول را برداشت نمود.

### ۱۱-۶. جواز فسخ بیع نسیه با موت مدیون

از جمله اسباب حلول دین، موت مدیون است؛ یعنی با مرگ وی، دیون او حال می‌شود و بر ورثه واجب است که آن را ادا نمایند. مبتنی بر این مطلب، اگر شخصی کالایی را به صورت نسیه بخرد و قبل از رسیدن زمان آن بمیرد، مطابق برخی فتاوا، برای ورثه خیار فسخ بیع ثابت می‌شود (جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۲۲۳/۳). در تبیین چرایی این حکم گفته شده است که با از دست رفتن اجل و حال شدن دین، ضرر متوجه ورثه می‌شود؛ زیرا اجل از دست‌رفته، سهمی از ثمن را دارا بوده است (همان). در نتیجه مطابق این فتوا، ضرر وارد بر ورثه، ناشی از زیادت ارزش ثمن نقد نسبت به مؤجل است که بر ورثه واجب است پرداخت کنند.

### ۱۲-۶. تعجیل دین به مقدار کمتر

از جمله شواهدی که می‌توان بر صدق مفاد نظریه ارزش زمانی پول در فقه اقامه نمود، مسئله‌ای در باب دیون است که با عناوینی نظیر «تعجیل المؤجل بالتقصان»، «حطیظه» و «ابراء» از آن یاد می‌شود. طبق این مسئله و مطابق با روایات صحیحه متعدد، اتفاق فقها بر این است که طلبکار با رضایت مدیون می‌تواند مقداری از دین و طلب خود را کم کرده و زمان ادای دین را جلو بیندازد (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۲۰/۲۳). توضیح اینکه گاهی شخص طلبکار برای اینکه زودتر طلبش را از بدهکار وصول کند، حاضر است مقداری از اصل طلب خود بکاهد و از بدهکار بخواهد تا زودتر از اجل توافق‌شده، دین خود را ادا نماید. این عمل مطابق فتوای مشهور جایز بوده و بدهکار می‌تواند با پرداخت مقداری کمتر و در زمانی زودتر، دین خود را ادا کرده و نسبت به دین بری شود (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۳۴۴/۸).

این مطلب را نیز می‌توان نشانه‌ای بر اعتبار شرعی ارزش زمانی پول دانست. توضیح اینکه طلبکار قصد دارد در زمانی زودتر از مهلت مقرر، دین خود را طلب کند و به جای پول کم ارزش‌تر آتی، پولی با ارزش بیشتر را در زمان حال یا نزدیک‌تر به زمان حال دریافت نماید. بر این اساس است که طلبکار متناسب با زمانی که از اجل کاسته می‌شود، از میزان دین نیز کم نموده و مقدار کمتری نسبت به اصل دین خود طلب می‌کند تا تساوی ارزش دینی که طلب داشته است، با مقداری که دریافت می‌کند، رعایت گردد. طبق این تحلیل، میزان کاسته‌شده از دین، نشان‌دهنده ارزش زمانی بیشتری است که پول حال نسبت به پول مؤجل دارد. این تحلیل نیز شهادی بر پذیرش ارزش زمانی پول قلمداد می‌گردد.

از مجموع شواهد فوق، به وضوح می‌توان به اعتبار مفاد نظریه ارزش زمانی پول پی برد. ولی در ادامه به برخی شواهد حقوقی نیز اشاره می‌کنیم.

## ۷. شواهد اعتبار ارزش زمانی پول در حقوق

### ۱-۷. تهاتر دین

از جمله شواهد حقوقی بر اعتبار ارزش زمانی پول، موضوع تهاتر در ماده ۲۹۶ قانون مدنی است. مطابق این ماده، یکی از شرایط صحت تهاتر آن است که زمان تأدیة دو دین یکی باشد. شارحان حقوق مدنی در مقام توضیح این شرط، به تفاوت ارزش دین در دو زمان مختلف تصریح نموده‌اند. از منظر ایشان، دو دینی که زمان تأدیة آن‌ها مختلف است، از لحاظ ارزش متفاوت‌اند؛ چون مدت تأدیة در ارزش طلب تأثیر دارد. از این رو، ارزش طلبی که موعد پرداخت آن یک ماه دیگر است، با ارزش طلبی به همان مبلغ که موعد پرداخت آن پنج سال دیگر است، اختلاف فاحش دارد (طاهری، ۱۴۱۸: ۱۸۶/۲). مبتنی بر این ماده حقوقی است که حقوق‌دانان معتقدند هر گاه تاجری از دیگری صد هزار ریال قرض کند که پس از شش ماه تأدیة نماید و پس از پنج ماه، طلبکار از تاجر مزبور معادل مبلغ صد هزار ریال مال‌التجاره بخرد که پول آن را نقداً بپردازد، تهاتر در آن زمان حاصل نمی‌شود (امامی، بی‌تا: ۳۴۳/۱).

## ۲-۷. حلول دین مفلس

از دیگر شواهد حقوقی اعتبار ارزش زمانی پول، ماده ۴۲۱ قانون تجارت است که مطابق آن، هر گاه حکم ورشکستگی تاجری صادر شود، قروض مؤجل وی حال می‌شود، ولی این حال شدن با رعایت تخفیفات مقتضیه نسبت به مدت و اجل می‌باشد (همان: ۲۰۹/۲). بنابراین از منظر حقوق دانان، در اثر حکم ورشکستگی، تمام دیون مؤجل شخص حال می‌شود و نظر به وضعیت تجاری و به اعتبار مدتی که دیون حال می‌گردد، رعایت تخفیف لازم می‌باشد و از طلب‌های مؤجل به نسبت مدت باید تنزیل و کم شود؛ زیرا مدت در میزان ارزش دین و طلب مؤثر است (همان).

## ۳-۷. شرط مجهول

در خیار شرط، مضبوط بودن اجل و محفوظ بودن آن از زیاده و نقصان، شرط صحت این خیار است و از این رو، خیار شرطی که در زمانش احتمال زیاده و نقصان می‌رود -مانند زمان بازگشت حاجیان- غیر صحیح و چنین عقدی باطل است (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۱/۴۱). بر همین اساس مطابق ماده ۲۳۳ قانون مدنی، از جمله شروطی که باطل و موجب بطلان عقد می‌باشد، شرط مجهولی است که جهل به آن موجب جهل به عوضین گردد. در این راستا می‌توان به ماده ۴۰۱ ق.م. اشاره نمود که بر اساس آن، اگر برای خیار شرط، مدت معین نشده باشد، هم شرط خیار و هم بیع باطل است؛ زیرا وجود خیار شرط در بیع، در ارزش مبیع اثر بسزایی دارد؛ چون هر گاه خیار شرط به نفع بایع باشد، طبق ماده ۴۶۰ ق.م.: «در بیع شرط، مشتری نمی‌تواند در مبیع تصرفی که منافعی خیار باشد از قبیل نقل و انتقال و غیره بنماید». در این صورت، اگر مدت شرط مجهول باشد، موجب تنزل ارزش مبیع برای مشتری به مقدار نامعلومی می‌گردد و هر گاه خیار به نفع مشتری باشد، بایع باید در مدت مجهولی ثمن‌المثل را آماده نگهدارد که اگر مشتری از حق فسخ خود استفاده نمود، آن را به او رد کند و این امر سبب فزونی ارزش مبیع برای مشتری به مقدار نامعلومی می‌شود. بنابراین، مقدار تنزل و ترقی ارزش مبیع به نسبت کوتاهی و درازی مدت خیار فرق می‌کند و در صورتی که مدت خیار مجهول باشد، جهل آن در احد عوضین، یعنی ثمن تسری می‌نماید (طاهری، ۱۴۱۸: ۴/۱۳۰).

## ۸. اقسام معاملات و بررسی فقهی گستره کارکرد ارزش زمانی پول

دانستیم که زیادی ارزش پول حال بر آتی، مورد پذیرش فقه و حقوق است. اما آیا ارزش زمانی پول در همه فعالیت‌های اقتصادی و در تمام عقود فقهی باب معاملات، دارای کارکرد و نقشی یکسان است؟ در این بخش با بیان اقسام مختلف عقود معاملی و با تحلیل ماهیت فقهی این عقود، به بررسی نقش ارزش زمانی پول در این عقود پرداخته و به کشف گستره کارکرد ارزش زمانی پول می‌پردازیم.

یکی از مهم‌ترین گام‌ها در بررسی و تعیین گستره نقش آفرینی ارزش زمانی پول در ابواب مختلف معاملات و فعالیت‌های اقتصادی آن است که اقسام عملیات‌های اقتصادی که در ضمن عقود و ایقاعات مختلف فقهی گرد آمده‌اند، به گونه‌ای تقسیم‌بندی گردند که در تناسب و ارتباط با بحث ارزش زمانی پول باشند.

عنصر ارزش در مباحث اقتصادی و مدیریت مالی، در قالب مقادیر کمی و به عنوان ارزش مبادلی و یا همان قیمت‌ها مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد. بر این اساس با توجه به محوریت بحث ارزش در نظریه ارزش زمانی پول و لزوم توجه به این عنصر اساسی در اثرگذاری و نقش آفرینی این نظریه در عملیات‌های اقتصادی و تجاری، می‌توان انواع معاملات و فعالیت‌های اقتصادی را از جهت لحاظ یا عدم لحاظ ارزش مبادلی در آن‌ها به دو قسم تقسیم نمود: ۱- فعالیت‌های اقتصادی انتفاعی (استثماری)؛ ۲- فعالیت‌های اقتصادی غیر انتفاعی (غیر استثماری).

معاملات استثماری، آن دسته از فعالیت‌های اقتصادی‌اند که به قصد کسب منفعت و سود مالی انجام می‌شوند. اساس شکل‌گیری این گونه فعالیت‌ها بر اساس انتفاع و بهره‌مندی اقتصادی است و لذا فعالان این عرصه برای رسیدن به بیشترین نفع و سود اقتصادی تلاش می‌کنند. عقود نظیر بیع، مضاربه و اجاره در زمره این دسته از فعالیت‌های اقتصادی می‌باشند. در بیع، فروشنده سعی می‌کند کالایش را به قیمتی بفروشد که از بیشترین سود بهره‌مند شود و خریدار نیز مراقبت می‌کند که بهترین کالای مورد نیاز خود را با مناسب‌ترین قیمت خریداری کند. به عبارتی واضح‌تر، در بیع دو مال به عنوان مبیع و ثمن با هم مبادله می‌شود و هدف در آن سودجویی و زیاده‌طلبی

است (کاتوزیان، ۱۳۵۳: ۴۴۱). در مضاربه نیز مالک سرمایه، به امید رسیدن به درآمد و سود بیشتر از عامل می‌خواهد که با سرمایه کار کند و عامل نیز به غرض کسب سود، وارد این فعالیت می‌شود. از این رو به موجب مواد ۵۴۸ و ۵۴۹ قانون مدنی، عامل باید در سود معامله بر طبق پیمان مضاربه یا به نسبتی که عرف معین می‌کند، شریک شود. در اجاره نیز قضیه به همین قرار است؛ یعنی موجر منافع کالای خویش را به مستأجر داده و از وی با دریافت مبلغ اجاره، کسب درآمد می‌کند و مستأجر نیز در مقابل منفعی که به ملکیت وی درآمده است، به موجر اجرت پرداخت می‌کند. وجود عوض، از عناصر اصلی عقد اجاره است و به همین جهت، عدم تعیین اجاره یا توافق درباره بی‌عوض بودن اجاره، عقد را باطل می‌کند (طباطبایی قمی، ۱۴۲۳: ۳۹؛ کاتوزیان، ۱۳۵۳: ۲۴۰). در فعالیت‌های استثماری، قیمت و ارزش مبادلی موضوع مورد معامله، دارای نقش اساسی و محوری است و از این رو به عنوان مثال در بیع می‌بینیم که هر طرف سعی می‌کند تا مالی را که به دست می‌آورد از آنچه داده با ارزش‌تر باشد (کاتوزیان، ۱۳۵۳: ۱۶). هرچند موضوعات معاملات انتفاعی متنوع بوده و شامل اعیان و کالاها در مثل عقد بیع، منافع در مثل عقد اجاره، و اعمال در جعاله می‌باشد، ولی در همه این موارد، فعالان اقتصادی نسبت به عوامل مؤثر بر افزایش یا کاهش قیمت‌ها و ارزش مبادلی دقت نظر داشته و آن‌ها را در تصمیم‌گیری‌های خود لحاظ می‌نمایند.

اما معاملات غیر انتفاعی، آن دسته از فعالیت‌های معاملی‌اند که جنبه تجاری و سودآوری ندارند و اساس تشکیل و انعقاد آن‌ها بر سودآوری مالی و درآمدزایی نیست؛ بلکه غرض در این فعالیت‌ها احسان می‌باشد. وقف، عاریه، ضمان، هبه غیر معوض، وصیت تملیکی و قرض، از جمله این عقودند که غرض در آن‌ها، نیکوکاری و یا انجام وظایف دوستی است (امامی، بی‌تا: ۳۲/۴). نکته مهمی که در این گونه فعالیت‌های اقتصادی باید مدنظر باشد این است که اساساً به ارزش مبادلی اشیاء و قیمت پولی آن‌ها در این عقود، نگاه استثماری و درآمدزایی نمی‌شود. بنابراین اگر شخص کالای ارزشمند و گرانبهایی را وقف یا وصیت کند و یا به صورت قرض یا عاریه به دیگری دهد، نمی‌تواند در این عقود، ارزش مبادلی آن کالاها را به عنوان منشأ و مجوز استثمار و کسب منفعت و سود مالی مورد توجه قرار دهد؛ برای مثال، وقف از عقود احسانی و

از عقود غیر معوضی است که به دلیل اعتبار قصد قربت در آن، مانند عبادات است (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۳۰۴/۴ و ۱۳۵/۹) و نمی‌توان در آن شرط عوض نمود (طاهری، ۱۴۱۸: ۲۳۶/۱) و شرط عوض بر خلاف مقتضای آن است (امامی، بی‌تا: ۵۸/۱). علاوه بر آنکه قصد تقرب منافات دارد با اینکه مالک در مقابل وقف، عوض قرار دهد و آن را به عنوان فعالیت تجاری و معاوضی و برای کسب نفع خود منعقد سازد (همان). عاریه نیز عقدی تبرعی و بدون عوض است (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۳۵/۲) که به موجب آن، مالک به دیگری اجازه می‌دهد که از عین مال او مجاناً منتفع شود (همو، ۱۴۱۸: ۱۵۱/۱) و از این رو، عملی استثماری و سودآور نمی‌باشد.

از مهم‌ترین عقود غیر انتفاعی و غیر استثماری قرض است. قرض وسیله‌ای برای تعاون اجتماعی است که در آن، مفهوم دادوستد و معامله و سودجویی راه ندارد و اسلام با حرام کردن ربا، آن را از آلاینش‌های مادی و سودجویی دور ساخته است (کاتوزیان، ۱۳۵۳: ۱۶ و ۴۳۹). از نظر تاریخی، عقد قرض به دور از شائبه‌های سودجویی و بیشتر برای کمک به هم‌نوع و تعاون به وجود آمده است. قبل از پیدایش نظام سرمایه‌داری و صنعتی شدن کشورها و در زمانی که نیاز به سرمایه‌های بزرگ همانند امروز احساس نمی‌شد، به طور معمول، هدف وام‌دهنده این نبود که به وسیله قرض، سود تازه‌ای به دست آورد و وام‌گیرنده نیز نمی‌خواست از این راه تحصیل سرمایه نماید. لذا مبنای قرض بر نوعی احسان و دستگیری از نیازمندان بود؛ احسانی که پذیرنده آن، احساس شرمساری نکند و بار ردّ مثل آنچه که گرفته است، بار منتهی به دوش نکشد. به همین جهت، قانون‌گذار قرض را بیشتر به عنوان وسیله تعاون اجتماعی می‌پذیرفت تا یک عامل اقتصادی (طاهری، ۱۴۱۸: ۳۷۶/۴) و از این رو در شرع، علاوه بر تأکید بر قرض‌الحسنه، هر گونه قرض ربوی به شدت تحریم شده است. در واقع، اسلام نمی‌خواهد عملیات قرض که از عقود احسانی است، از این کارکردش خارج شود و دستاویزی برای کسب سود و درآمد قرار گیرد. اهمیت حفظ جایگاه احسانی عقد قرض و لزوم جلوگیری از استثماری شدن این عقد تا جایی است که اگر مال مقروضی که در جهت اصطناع معروف و کمک به هم‌نوع بر اساس طبیعت اولیه عقد قرض برای رفع احتیاجات مصرفی در نظر گرفته شده است، برای رفع احتیاجات سرمایه‌ای مورد استفاده قرار گیرد و مقترض



برای انجام کار تولیدی و درآمدزا قرض گرفته باشد، باز هم نمی‌توان در ذیل عملیات حقوقی عقد قرض، ربا و زیاده را که به عنوان ربای تولیدی معروف است، جایز دانست. در واقع با توجه به این تقسیم می‌بینیم که افراد در فعالیتهای استثماری در جهت استثمار و کسب سود و منفعت بیشتر، عوامل مؤثر بر میزان ارزش مبادلی و عناصر تغییردهنده قیمت را مورد توجه ویژه خود قرار می‌دهند که زمان پرداخت و دریافت ثمن نیز از مهم‌ترین این عوامل است. برای مثال در بیع نسبه غالباً فروشندگان، قیمتی بیش از قیمت نقد قرار می‌دهند. این زیادی قیمت ناشی از تأثیری است که زمان پرداخت ثمن در تعیین قیمت کالا دارد. این رفتار اقتصادی، رفتار طبیعی فعالان بازار بوده و نه تنها مورد نهی شارع نیست، بلکه مورد امضاء شارع هم هست (حزّ عاملی، ۱۴۰۹: ۳۶/۱۸) و از نظر فقهی نیز صحیح و بی‌اشکال است (جبعی عاملی، ۱۴۱۰: ۵۱۲/۳) و از جمله شواهد اعتبار ارزش زمانی پول است؛ زیرا علت این تفاوت قیمت، ارزش زمانی است (فطانت، ۱۳۷۶: ۱۲۷). بر این اساس، ارزش زمانی پول که بر تفاوت ارزش پول در طول زمان دلالت دارد، به عنوان یکی از عوامل اثرگذار بر تعیین و تغییر قیمت‌ها، در فعالیتهای استثماری نقش آفرین و معتبر خواهد بود؛ همچنان که شواهد پیش‌گفته فقهی و حقوقی نشان از آن دارد که مفاد نظریه و نقش آن در این دسته از فعالیتهای استثماری پذیرفته شده و در نوع رفتارها و تصمیمات اقتصادی فعالان این حوزه نقش آفرین است.

از سوی دیگر، مفاد این نظریه نمی‌تواند در فعالیتهای غیر استثماری به ویژه قرض به عنوان مستند و دستاویزی در جهت کسب درآمد و سود اقتصادی به کار آید؛ زیرا اساساً در ماهیت این فعالیتهای، ارزش مبادلی اشیاء در راستای استثمار و سودآوری لحاظ نشده است. حرمت ربای قرضی و عدم جواز اخذ زیاده در قرض، علی‌رغم اینکه مقترض مبلغ قرض گرفته‌شده را پس از گذشت یک دوره زمانی بازپرداخت می‌کند، از شواهد عدم جواز کارکرد ارزش زمانی پول در جهت کسب درآمد و سود در قرض است؛ یعنی با وجود اینکه ارزش پول حال بیش از پول آتی است، اما شخص نمی‌تواند مستند به این ارزش زمانی، دریافت زیاده و بهره‌ای را که سود و منفعت برای قرض‌دهنده به حساب آید، در قرض شرط کند. این نشان از آن دارد که هرچند از منظر

حوزه مفهومی و اثباتی مباحث مالی اسلامی، زیادی ارزش پول حال بر آینده حتی در قرض نیز مقبول است، اما از جهت دستوری و حوزه بایدها و نبایدهای مالی اسلامی، شارع این اجازه را نمی‌دهد که از این تفاوت ارزش در عقود غیر انتفاعی و غیر استثماری بتوان سودی کسب نمود. با تفکیک این دو مقام از بحث نمایان می‌شود که اساساً یکی از وجوه احسانی بودن عقد قرض نیز مبتنی بر پذیرش ارزش زمانی است که قرض‌دهنده پول حاضر با ارزش بیشتر را قرض می‌دهد و پول آتی با ارزش کمتر را پس می‌گیرد. البته نباید از این نکته مهم غفلت نمود که ارزش زمانی پول، هرچند در عقود غیر انتفاعی نمی‌تواند منشأ و مجوز کسب سود و درآمد باشد، ولی ممکن است برای ممانعت از ضرر به صاحب پول، در معاملات غیر انتفاعی مانند قرض لحاظ شود. به عبارتی دیگر در فعالیت‌های غیر استثماری که فاقد اغراض منفعت‌طلبانه بوده و در راستای کسب درآمد نمی‌باشند، ارزش مبادلی در شرایطی خاص مورد توجه قرار می‌گیرد که برای جلوگیری از ورود ضرر به دیگری است و نه برای جلب نفع و کسب سود برای شخص؛ نظیر مواردی که ذمه شخص از جبران کالایی مثلی، به قیمت یا ارزش مبادلی آن مال منتقل شود که در این حالت، انتقال به قیمت و الزام ضامن به پرداخت ارزش مبادلی مال مضمونه، به جهت ایجاد درآمد برای مضمون‌له نیست، بلکه برای جلوگیری از وارد شدن ضرر و خسارت به اوست (انصاری، ۱۴۱۵: ۱/۴۱۰؛ نراقی، ۱۴۱۷: ۶۴)؛ همچنان که در قرض یک کالای مثلی نیز اگر مثل آن کالا نایاب گردد، با وجود غیر انتفاعی بودن عقد قرض اما بر مقتضای لازم است که قیمت و ارزش آن کالا را به مقرر ادا کند. همچنین مسئله جبران کاهش ارزش پول در قرض نیز که برخی به آن معتقدند، در همین راستا تعریف می‌گردد که نیازمند تحقیقی مستقل است.

### نتیجه‌گیری

ارزش پولی زمان و ارزش زمانی پول، دو نظریه با دو موضوع متفاوت هستند که برخی به اشتباه آن‌ها را یکسان انگاشته‌اند. نظریه اول بر بهاء‌مندی زمان دلالت دارد و دومی بر ارزش بیشتر پول حال بر آینده. فارغ از اعتبار یا عدم اعتبار ارزش پولی زمان که خارج از موضوع این تحقیق است، می‌توان به بررسی اعتبار ارزش زمانی پول در

مالی اسلامی پرداخت. برخی اندیشمندان اسلامی برای رهایی از افتادن در دام توجیه ربا، مفاد ارزش زمانی پول را انکار نموده‌اند؛ زیرا در گمان آن‌ها، پذیرش زیادی ارزش پول حال بر آتی، مجوزی برای جواز اخذ زیاده در قرض خواهد شد (دسته اول). در مقابل، گروهی دیگر ناچار از پذیرش مفاد آن گشته‌اند، ولی حرمت ربا در شرع را در تضاد با نظریه ارزش زمانی و امری صرفاً تعبدی پنداشته‌اند. از منظر ایشان، پذیرش زیادی ارزش پول حال بر آتی، علی‌القاعده باید اخذ زیاده در قرض را جایز نماید که البته تعبداً و به دلیل آیات و روایات، این زیاده حرام شده است (دسته دوم). این اختلاف در اندیشه، ناشی از آمیختن مباحث حوزه مفهومی نظریه ارزش زمانی پول و مباحث مربوط با حوزه کارکردی آن است؛ زیرا ارزش زمانی پول را هم می‌توان در حوزه مسائل اقتصادی اثباتی مطالعه کرد و در نتیجه صدق مفاد نظریه (ارزش بیشتر پول حال بر آینده) را بررسی نمود و هم می‌توان آن را در حوزه مسائل اقتصادی دستوری ملاحظه کرد و در نتیجه جواز شرعی کسب درآمد در فعالیت‌های اقتصادی را با استناد به ارزش زمانی پول پژوهید. از این رو لازم است در گام اول به اعتبارسنجی مفاد این نظریه با توجه به آموزه‌های فقهی و حقوقی پرداخت و در گام دیگر در راستای کارکرد توجیهی و تجویزی ربا، گستره کارکردی آن را تعیین نمود. بنابراین بررسی مسئله صدق مفاد نظریه ارزش زمانی پول که از مسائل اقتصادی اثباتی و مرتبط با حوزه مفهوم‌شناسی است و بررسی مسئله گستره کارکرد آن که مرتبط با مباحث اقتصادی دستوری و مرتبط با حوزه کارکردی است، نیازمند دو مقام از بحث است.

در بررسی مقام اول از بحث، شواهد متعددی بر اعتبار ارزش زمانی پول در فقه و حقوق اسلامی وجود دارد (ردّ نظر دسته اول) و در بررسی مقام دوم از بحث با تقسیم عقود به انتفاعی و غیر انتفاعی می‌توان نشان داد که در عقود غیر انتفاعی و احسانی اساساً به ارزش مبادلی اشیاء و قیمت پولی آن‌ها، نگاه استثماری و درآمدزایی نمی‌شود؛ زیرا این دسته از فعالیت‌های مالی، جنبه تجاری و سودآوری ندارند و اساس تشکیل و انعقاد آن‌ها بر سودآوری مالی و درآمدزایی نیست و از این رو اساساً ارزش زمانی نمی‌تواند مستمسکی برای جواز اخذ زیاده در قرض باشد و لذا لازم نیست به دلیل پذیرش ارزش زمانی، ربا را صرفاً تعبدی بدانیم (ردّ دسته دوم). بر این اساس، واضح

می‌گردد که صدق مطلق مفاد نظریه در تمام عقود، به معنای پذیرش مطلق کارکرد سوددهی آن نیست و التزام به مفاد نظریه در جمیع عقود انتفاعی و غیر انتفاعی با انحصار کارکرد آن در عقود انتفاعی کاملاً قابل جمع است و لذا از منظر مالی اسلامی، هم مفاد نظریه ارزش زمانی پول مقبول است و هم حرمت ربا استدلال پذیر.

## کتاب‌شناسی

۱. ابن فهد حلّی، جمال‌الدین احمد بن محمد اسدی، *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۲. احمدپور، احمد، و محمود یحیی زاده‌فر، *مدیریت مالی*، مازندران، دانشگاه مازندران، ۱۳۸۸ ش.
۳. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، تهران، کتابفروشی اسلامی، بی‌تا.
۴. انصاری، مرتضی بن محمدامین، *کتاب المکاسب*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۵. بحرانی آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۶. توتونچیان، ایرج، *اقتصاد پول و بانکداری*، تهران، مؤسسه تحقیقات پولی و بانکی، ۱۳۷۵ ش.
۷. تولمی، محمدتقی، و عبدالله امیدفرد، «بررسی و نقد ادله فقهی اعتبار ارزش پولی زمان»، *فصلنامه پژوهش‌های فقهی*، سال هفدهم، شماره ۱، بهار ۱۴۰۰ ش.
۸. جمعی عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، حاشیه سیدمحمد کلاتر، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
۹. همو، *حاشیة شرائع الاسلام*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۲ ق.
۱۰. همو، *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۱۱. جمعی از نویسندگان، *درس‌های در اقتصاد اسلامی*، قم، دانشگاه مفید، ۱۳۸۴ ش.
۱۲. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، قم، مؤسسه آل‌البتین، ۱۴۰۹ ق.
۱۳. حسینی روحانی قمی، سیدمحمدصادق، *فقه الصادق علیه السلام*، چاپ سوم، قم، دارالکتاب - مدرسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۲ ق.
۱۴. حسینی عاملی، سیدجواد بن محمد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۱۵. صدوق، محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، *من لایحضره الفقیه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۱۶. طاهری، حبیب‌الله، *حقوق مدنی*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۱۷. طباطبایی قمی، سیدتقی، *الغایة القصوی فی التعلیق علی العروة الوثقی* - کتاب الاجاره، قم، محلاتی، ۱۴۲۳ ق.
۱۸. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الامامیه*، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة، ۱۳۸۷ ق.
۱۹. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال‌الدین مکی، *الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۲۰. عربی، سیدهادی، و سیدحسین میثمی، *پول و بانکداری با رویکرد اسلامی*، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۷ ش.
۲۱. علامه حلّی، ابومنصور جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *تذکرة الفقهاء*، قم، مؤسسه آل‌البتین، ۱۴۱۴ ق.

۲۲. عیوضلو، حسین، و سیدعقیل حسینی، *فلسفه اقتصاد اسلامی*، تهران، دانشگاه امام صادق علیه السلام، ۱۳۹۰ ش.
۲۳. غروی نائینی، میرزا محمد حسین، *کتاب منیة الطالب فی حاشیة المکاسب*، تقریر موسی بن محمد نجفی خوانساری، تهران، المکتبه المحمديه، ۱۳۷۳ ق.
۲۴. غیث، مجدی علی محمد، *نظریة الحسم الزمندی فی الاقتصاد الاسلامی*، اردن، جامعة الیرموک، ۱۴۲۷ ق.
۲۵. فاضل هندی، بهاء الدین محمد بن حسن اصفهانی، *کشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۲۶. فرزین‌وش، اسدالله، و کامران ندری، «ربا، بهره قراردادی و بهره طبیعی (نقد مفهوم بهره در نظریات اقتصادی متفکرین مسلمان)»، *فصلنامه تحقیقات اقتصادی*، سال سی و هفتم، شماره ۱ (پیاپی ۶۰)، بهار و تابستان ۱۳۸۱ ش.
۲۷. فطانت، محمد، *ارزش زمانی پول از دیدگاه مدیریت مالی و فقه جعفری*، با راهنمایی ایرج توتونچیان، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه امام صادق علیه السلام، ۱۳۷۶ ش.
۲۸. کاتوزیان، ناصر، *دوره حقوق مدنی: عقود معین*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۵۳ ش.
۲۹. کرکی عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۳۰. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، *الکافی*، قم، دار الحدیث للطباعة و النشر، ۱۴۲۹ ق.
۳۱. مجاهد طباطبایی حائری، سید محمد بن علی، *کتاب المناهل*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، بی تا.
۳۲. محقق اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان الی احکام الایمان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۳۳. محقق حلّی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن بن سعید، *المختصر النافع فی فقه الامامیه*، چاپ ششم، قم، مؤسسه المطبوعات الدینیّه، ۱۴۱۸ ق.
۳۴. همو، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۳۵. میشکین، فردریک، *پول، ارزش و بانکداری*، ترجمه علی جهانخانی و علی پارسائیان، تهران، سمت، ۱۳۹۰ ش.
۳۶. نجفی، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۳۷. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، *عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۳۸. نظریور، محمد تقی، و زینب کسرائی، *ارزیابی اقتصادی طرح‌ها*، قم، دانشگاه مفید، ۱۳۹۶ ش.
۳۹. یوسفی، احمد علی، *ماهیت پول و راهبردهای فقهی و اقتصادی آن*، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۷۷ ش.

# واکاوی شرط عدم استیلا در نکاح از جهت مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه (مطالعه تطبیقی در حقوق انگلستان و آمریکا)\*

- علی جعفری<sup>۱</sup>
- فاطمه شعبانی<sup>۲</sup>

## چکیده

در حقوق ما، آزادی و حاکمیت اراده علاوه بر قانون، توسط نظم عمومی و اخلاق حسنه نیز محدود می‌گردد. قراردادهای مغایر نظم عمومی باطل و بلااثر هستند. شرط نیز در این مورد همانند عقد است و حکم عدم قابلیت اجرای قراردادهای مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه، به شروط مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه نیز قابل تسری است. از جمله شروطی که زوجین تحت تأثیر شرایط اجتماعی اقتصادی کنونی، مایل به گنجاندن آن ضمن عقد نکاح هستند تا پایبندی طرف مقابل به این شرط را به الزامی دارای ضمانت اجرا تبدیل کنند، شرط عدم استیلا می‌باشد، که از چالش‌های جدی پیرامون آن، بحث مغایرت یا عدم مغایرتش با نظم عمومی و اخلاق حسنه است. در پژوهش پیش رو با

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۱/۰۲ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۸/۰۵.

۱. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، پردیس فارابی دانشگاه تهران، قم - ایران (alijafari@ut.ac.ir).
۲. کارشناس ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی، پردیس فارابی دانشگاه تهران، قم - ایران (نویسنده مسئول) (fatemeeshabani75@gmail.com).

تمسک به روش توصیفی تحلیلی در صدد پاسخگویی به این پرسش برآمدیم که وضعیت شرط عدم استیلا در نکاح از جهت صحت یا بطلان به دلیل مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه چه می‌باشد؟ در نهایت دریافتیم که نظر به نسبت مفاهیم نظم عمومی و اخلاق حسنه، وضعیت شرط عدم استیلا از جهت صحت یا بطلان نیز امری متغیر و نسبی جلوه گر می‌شود و مغایرت یا عدم مغایرت آن با نظم عمومی و اخلاق حسنه، بستگی تام به وضعیت هر دوره زمانی و اوضاع هر منطقه دارد. ولی می‌توان چنین گفت که این شرط در شرایط عادی جامعه، مخالف با نظم عمومی و اخلاق حسنه نمی‌باشد. در متون قانونی کشورهای انگلستان و آمریکا نیز فرزندآوری از حقوق مثبت زوجین در قبال یکدیگر شمرده شده و عدم آن، مخالفتی با نظم عمومی این دو کشور ندارد.

**واژگان کلیدی:** شرط عدم استیلا، نظم عمومی، اخلاق حسنه، نکاح، باطل.

### مقدمه

در میان عقود، عقد نکاح همواره به سبب برخورداری از جنبه عبادی و اهمیت به سزای آن در بقاء و استمرار نسل آدمی، امتیازات ویژه‌ای داشته است. در قرآن و احادیث اسلامی نیز گزاره‌های فراوانی در خصوص تشویق به تکثیر نسل وجود دارد. ولی در جامعه امروزی به دلیل تغییرات عمیق فرهنگی و تحول در شیوه زندگی، تمایل به داشتن فرزند نسبت به گذشته کاهش یافته و شاهد آن، وجود فزاینده خانواده‌های تک‌فرزند یا بدون فرزند است. اهمیت این امر برای زوجین تا بدانجاست که برخی برای اطمینان از عدم وقوع آن مایل اند این امر را ضمن عقد نکاح شرط کنند تا پابندی طرف مقابل نسبت به آن را دارای پشتوانه قانونی گردانند. مطابق ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی نیز به طرفین عقد ازدواج چنین حقی داده شده که هر شرطی را که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد، ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر شرط نمایند و با توجه به ادله وفای به شرط نظیر ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (مائده/ ۱) و «المؤمنون عند شروطهم»، این شروط لازم‌الاتباع خواهند بود. اما نکته اساسی در این رابطه آن است که وضع شرط در ضمن عقد به صورت صحیح و مطابق با معیارهای شرعی و حقوقی باشد. با عنایت به ماده ۱۰ قانون مدنی نیز که به



اصل آزادی قراردادهای اشاره دارد، طرفین یک قرارداد مجازند در روابط خصوصی خود، قراردادهایی را منعقد کرده و در ضمن آن تعهداتی را به نفع یا به ضرر یکدیگر درج نمایند؛ ولی آنچه ضرورت دارد این است که این تعهدات در محدوده قانون و به عبارت دیگر مشروع باشند. هرچند که مباحث حقوق قراردادهای و شروط ضمن آنها به طور مستقیم یا غیر مستقیم با اصل حاکمیت اراده ارتباط دارند، اما با محدودیتی مهم نظیر نظم عمومی و اخلاق حسنه روبه‌رو هستند که گستره آنها را در مواردی که مغایر با این دو مفهوم تشخیص داده شوند، محدود می‌گرداند. بنابراین آزادی اراده زوجین در درج تعهدات و شروط ضمن عقد نکاح نیز در جهت مصالحی نظیر منفعت و مصلحت جامعه تحدید می‌گردد و این تحدید که به دلیل مخالفت آن تعهدات با نظم عمومی و اخلاق حسنه اعمال می‌شود، به گونه‌ای است که به بطلان و عدم اعتبار تعهد مغایر می‌انجامد.

از جمله نهادهایی که مورد توجه خاص نظم عمومی قرار دارد، خانواده می‌باشد؛ چرا که به عنوان مهم‌ترین نهاد هر کشور، سستی و ازهم‌گسیختگی آن، سستی نظم عمومی را در پی دارد و از سوی دیگر، نتیجه تحولات اجتماعی، بیش از همه نهادها در نهاد خانواده مشاهده می‌شود. نظر به اهمیت به سزای نهاد خانواده در تشکیل جامعه بشری، بقاء نوع انسانی و استمرار نسل آدمی، حساسیت نظم عمومی نسبت به این نهاد و محدوده آزادی قراردادی زوجین در درج شروط ضمن آن دوچندان می‌گردد؛ چرا که میزان جمعیت ملت‌ها همواره به عنوان یکی از عوامل اقتدار، صلابت و حاکمیت سیاسی اجتماعی آنان محسوب می‌شود و امر استیلاد علاوه بر جنبه فردی و حاکمیت اراده زوجین در این حیطه، دارای جنبه اجتماعی نیز هست و چه بسا جنبه اخیر از اهمیت و حساسیت‌های بیشتری برخوردار است.

آنچه نگارندگان را به پژوهش در این زمینه وا داشت نیز اهمیت ویژه همین مسئله می‌باشد؛ به ویژه که در مجموع، بی‌میلی نزدیک به نیمی از خانواده‌های ایرانی به فرزندآوری، ایران را در آینده نزدیک به دوره سالمندی عمومی و بحران پیری نزدیک خواهد کرد که پیامدهای سیاسی نظامی و اجتماعی ناگواری در جامعه بر جای خواهد گذاشت و یقیناً مفهوم نظم عمومی، چنین وضعیتی را بر نمی‌تابد.

هرچند پژوهش‌هایی پیرامون مفاهیم نظم عمومی و اخلاق حسنه صورت گرفته و حقوق‌دانان کوشیده‌اند ماهیت این دو را در حوزه‌های گوناگون حقوق خصوصی، عمومی و بین‌الملل روشن‌تر سازند - از جمله مقاله «نظم عمومی در رویکرد حقوقی، فقهی و جامعه‌شناختی» (الماسی، علیزاده و کریم‌پور، ۱۳۹۵) -، پژوهش‌های موفقی نظیر مقاله «ماهیت حقوقی فرزندآوری و آثار اشتراط و عدم اشتراط آن ضمن عقد نکاح (مطالعه تطبیقی)» (رحیمی و صادقی، ۱۳۹۷) نیز صورت گرفته که چنان که از نام آن نیز هویدا است، تا حدی به اشتراط عدم فرزندآوری هم پرداخته است؛ لکن بررسی تفصیلی اشتراط عدم استیلا به لحاظ مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه، حوزه‌ای است که چندان به آن پرداخته نشده است، با وجود اینکه بررسی این شرط از جهت مذکور بسیار حائز اهمیت می‌باشد؛ چرا که وقتی سخن از نهاد خانواده در میان باشد، نظم عمومی و اخلاق حسنه، با توجه به اهمیت ویژه این نهاد در جامعه، اندکی متفاوت عمل می‌کنند که بیانگر نیاز به بررسی دقیق‌تر این مسئله می‌باشد؛ به ویژه که خانواده تنها نهاد تولید نسل و بقاء نوع انسانی یک جامعه است و مسائل مربوط به جمعیت و سیاست‌های پیرامون آن به طور مستقیم بر نظم عمومی جامعه اثرگذارند. لازم به ذکر است که در خصوص جواز یا عدم جواز اشتراط عدم استیلا در فقه و حقوق ایران به طور مستقیم سخنی به میان نیامده و موضوع مورد بحث ما به صورت مستقل و ارتباط میان این شرط به طور خاص با نظم عمومی و اخلاق حسنه، در هیچ یک از پژوهش‌های پیرامون نظم عمومی مورد بررسی قرار نگرفته است. لذا با توجه به پیشینه پژوهشی و وجه تمایز پژوهش حاضر با دیگر مقالات در این زمینه، نظیر «شرط فرزندآوری و یا عدم آن» (محقق داماد، ۱۳۸۹) و «شرط باروری یا عدم باروری در نکاح» (حجازی و بدایعی، ۱۳۹۳)، که به بررسی ماهیت فرزندآوری و چیستی ارتباط آن با عقد نکاح به عنوان مقتضای ذات یا اطلاق این عقد پرداخته و ادله خود را در جهت اثبات مدعا ارائه کرده‌اند و محوریت بحث ایشان عمدتاً پیرامون ماهیت اشتراط استیلا به عنوان حق زوج، زوجه و یا زوجین، و یا مسائل مرتبط با آن، همچون بیان احکام اقسام روش‌های پیشگیری از بارداری بوده است، توجه ما نگارندگان پژوهش حاضر، معطوف به بررسی وضعیت شرط «عدم استیلا» به طور خاص است و با بیان و تحلیل مطالب مرتبط، در صدد

بررسی و اعلام وضعیت شرط عدم استیلا در نکاح از جهت مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه برآمده‌ایم تا در نهایت روشن سازیم که آیا چنین شرطی به دلیل مغایرت با نظم عمومی و اخلاق حسنه باطل و بلااثر بوده یا مخالفتی با این دو مقوله ندارد؟ و چنانچه وجوه و شرایط خاصی برای مخالفت آن با نظم عمومی متصور است، شمول وجوه و شرایط مذکور به چه صورت می‌باشد؟

بر این اساس، نخست به تحلیل مفاهیم و جایگاه نظم عمومی و اخلاق حسنه در ساختار حقوقی ایران پرداخته می‌شود و کارکرد و نوع تفاوت این دو مفهوم از یکدیگر مورد بررسی قرار می‌گیرد. سپس از آنجا که مفهوم نظم عمومی، مفهومی نسبی و متأثر از مؤلفه‌های گوناگون است، به تحلیل این وجه و تأثیر مستقیم آن بر وضعیت صحت و بطلان شرط عدم استیلا در نکاح می‌پردازیم. در نهایت با ارزیابی ماهیت نسبی نظم عمومی و جلوه‌گری آن به تناسب اوضاع و احوال جامعه، وضعیت اشتراط عدم استیلا در شرایط گوناگون اجتماعی روشن می‌گردد. نظر به ارتباط تنگاتنگ نظم عمومی و اخلاق حسنه با قواعد فقهی نظیر حفظ نظام، لاضرر و نفی سبیل، نوع ارتباط آن‌ها با نظم عمومی و تأثیرشان در پاسخگویی به پرسش پژوهش نیز بیان خواهد شد. در نهایت، موضوع مورد بحث در حقوق دو کشور انگلستان و آمریکا نیز به طور اجمالی بررسی می‌گردد. لازم به ذکر است که این پژوهش از روش توصیفی - تحلیلی بهره برده و جمع‌آوری و فیش‌برداری مطالب با استفاده از کتب، مقالات و نشریات فارسی و عربی موجود در کتابخانه‌های حقیقی و مجازی معتبر صورت گرفته است. تجزیه و تحلیل اطلاعات در این تحقیق با روشی عقلانی و بررسی مفاهیم و اسناد و متون فقهی و حقوقی و تحلیل استنباطی آن‌ها می‌باشد. نتایج پژوهش کاربردی و تصمیم‌گرا می‌باشد.

## ۱. مفهوم استیلا

در لغت، استیلا به معنای طلب فرزند آمده است (عبدالناصر، ۱۳۹۸: ۲۱۴/۸). این کلمه به معنای توانایی و استعداد باروری هم به کار می‌رود (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۶۵/۳). در اصطلاح فقهی، استیلا یا امّ ولد اصطلاحی است درباره کنیزی که از مالک خود باردار شود (علامه حلی، بی‌تا: ۹۵/۲؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۴: ۲۴۸/۱).

در فقه، فقها معمولاً از اصطلاح «استیلا» برای بیان مفهوم «فرزندآوری» و «تولید مثل» استفاده می‌کنند (شبیری زنجانی، ۱۳۸۲-۱۳۸۳: ۴/۱۳۵۰ و ۱۳۶۰؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۱۳/۳۱۵). در پژوهش پیش رو نیز استیلا در معنای اخیر به کار برده شده است و مقصود از شرط عدم استیلا نیز تعهد بر عدم اقدام به بارداری است که نوعی شرط فعل سلبی (منفی)<sup>۱</sup> ضمن عقد نکاح می‌باشد؛ به این صورت که گفته شود: «به شرطی با تو ازدواج می‌کنم که از بارداری و فرزند آوردن خودداری کنی، مثلاً با یکی از راه‌های پیشگیری، مانع تولید فرزند شوی». اکنون باید دید که آیا چنین شرطی به مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه می‌انجامد؟

## ۲. نظم عمومی و اخلاق حسنه، تحدیدگر آزادی اراده

در حقوق ما، آزادی و حاکمیت اراده علاوه بر قانون، توسط نظم عمومی و اخلاق حسنه نیز محدود می‌گردد. ماده ۹۷۵ قانون مدنی مقرر می‌نماید:

«محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و قراردادهای خصوصی را که بر خلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر، مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود، به موقع اجرا گذارد، اگرچه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد».

ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ نیز در تأیید و تکمیل ماده ۹۷۵ قانون مدنی مقرر می‌دارد:

«عقود و قراردادهایی که منحل نظم عمومی یا بر خلاف اخلاق حسنه که مغایر با موازین شرع باشد، در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست».<sup>۲</sup>

۱. مطابق ماده ۲۳۴ قانون مدنی: «شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی، بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود». به قرینه «اثباتاً یا نفیاً» مذکور در ماده ۲۳۷ قانون مدنی، شرط فعل اعم است از شرط انجام عمل (ایجابی - مثبت) و شرط ترک عمل (سلبی - منفی)، و متعلق شرط فعل نیز ممکن است عمل حقوقی یا مادی باشد.

۲. در ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ مقرر گردیده بود: «عقود و قراردادهایی که منحل نظم عمومی یا بر خلاف اخلاق حسنه است، در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست».

بنابراین در حقوق ما، نظم عمومی در کنار قانون، منبع مستقلی برای محدود نمودن آزادی قراردادی است. شرط نیز در این مورد همانند عقد است و حکم عدم قابلیت اجرای قراردادهای مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه، به شروط مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه نیز قابل تسری است.

صحبت از نظم عمومی، مجال مفصلی را می‌طلبد و در این مختصر نمی‌گنجد. از طرفی هنوز در ماهیت آن اتفاق نظر وجود ندارد؛ به طوری که این اصطلاح در قوانین موضوعه بسیاری از کشورها از جمله ایران تعریف نشده و حقوق دانان بسته به گرایش و تخصص خود در تلاش برای ارائه تعریف صحیح، هر کدام به راهی رفته‌اند. لذا برای تبیین مفهوم آن، به ذکر برخی تعاریف که دیدگاه جامع‌تری نسبت به این مفهوم داشته‌اند، اکتفا می‌کنیم:

## ۱-۲. نظم عمومی

برخی حقوق دانان، نظم عمومی را در حقوق داخلی این گونه تعریف کرده‌اند:

«در حقوق داخلی (عمومی یا خصوصی) مجموعه تأسیسات حقوقی و قوانین وابسته به حسن جریان لازم امور مربوط به اداره کشور و یا راجع به صیانت امنیت و اخلاق در روابط آحاد ناس [است] که اراده افراد جامعه در خلاف جهت آن‌ها بلااثر باشد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۳۶۵۳/۵).

همچنین در تعریف نظم عمومی گفته‌اند:

«نظم عمومی، مجموعه به‌هم‌پیوسته تأسیسات عرفی و اخلاقی و قوانینی است که به‌منظور حسن جریان امور عمومی و تأمین و رعایت روابط عادلانه افراد جامعه مقرر گردیده است و کسی نمی‌تواند بر خلاف آن توافق نماید» (عمید زنجانی، ۱۳۸۹: ۷۲۰/۲).

این تعریف به لحاظ اشاره به مؤلفه‌های نظم عمومی و بیان رابطه نظم عمومی با امری بودن، کامل‌تر به نظر می‌رسد. از آنجا که حقوق دانان در امری بودن عناصر نظم عمومی اتفاق نظر دارند (الماسی، ۱۳۶۸: ۵۱)، می‌توان آمره بودن را از ویژگی‌های اصلی نظم عمومی در قوانین داخلی برشمرد.

استاد کاتوزیان نیز هدف از وضع قوانین مربوط به نظم عمومی را حفظ منافع عمومی

دانسته و معتقد است که تجاوز به آن، نظمى را که لازمهٔ حسن جریان امور ادارى يا سياسى و اقتصادى يا حفظ خانواده است، بر هم مى زند (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۵۲/۳).

در رابطه با نظم عمومى همچنين گفته شده است:

«مفهوم نظم عمومى در هر کشور، وابسته به نظام حقوقى خاص همان کشور است. بنابراین حداقل الزامات یک نظام حقوقى و حفظ تمامیت دولت، به نظم عمومى بستگى دارد؛ زیرا نظم عمومى در واقع زیرساخت مصالح عمومى جامعه است» (الماسى، ۱۳۸۲: ۱۸۶؛ جمعى از نویسندگان، ۱۳۹۶: ۶۶۷-۶۶۸).

بنابراین مى توان گفت که قواعد واجد نظم عمومى به آن دسته از قواعدى اطلاق مى شود که نقض آن، موجب اختلال در حفظ مصالح عاليه مردم و انتظام صحيح کشور مى گردد و اشخاص نمى توانند با اتکا به آزادى و حاکمیت ارادهٔ خود و با توافق یکدیگر، عليه آن عمل نمایند.

شایان ذکر است که قواعد نظم عمومى به رغم اینکه عموماً در قوانین کشورى مندرج است، اما لزوماً لباس قانون بر تن ندارد. در این باره گفته شده است: «قوانین راجع به نظم عمومى، اخص از قوانین الزامى است؛ يعنى نقض هر قانون الزامى، عنوان مخالفت با نظم عمومى را ندارد» (جعفرى لنگرودى، ۱۳۸۸: ۷۱۷).

همچنين مقصود از اینکه نظم عمومى بايد ناشى از قانون باشد، اين نيست که فقط در فرضى مى توان به نظم عمومى براى بى اعتبارى عقد يا شرط ضمن آن استناد کرد که اين نظم صراحتاً در قانون مورد تأييد قرار گرفته باشد. دادگاه مى تواند براى اعلام بى اعتبارى آنچه خلاف نظم عمومى تلقى کرده است، علاوه بر منطوق و مفهوم قانون، به روح قوانين و اصول کلى حقوقى منبث از مجموعه نظام حقوقى کشور که در مادهٔ ۳ قانون آيين دادرسى مدنى<sup>۱</sup> نیز مورد تأکید قرار گرفته است، استناد کند.

۱. مادهٔ ۳ قانون آيين دادرسى مدنى: «قضات دادگاهها موظف اند موافق قوانين به دعاوى رسيدگى کرده، حکم مقتضى صادر و يا فصل خصومت نمايند. در صورتى که قوانين موضوعه کامل يا صريح نبوده يا متعارض باشند يا اصلاً قانونى در قضيهٔ مطروحه وجود نداشته باشد، با استناد به منابع معتبر اسلامى يا فتاواى معتبر و اصول حقوقى که مغاير با موازين شرعى نباشد، حکم قضيه را صادر نمايند و نمى توانند به بهانه سکوت يا نقص يا اجمال يا تعارض قوانين، از رسيدگى به دعوى و صدور حکم امتناع ورزند؛ والا مستکف از احقاق حق شناخته شده و به مجازات آن محکوم خواهند شد».

## ۲-۲. اخلاق حسنه

در تعریف اخلاق حسنه آمده است:

«اخلاق حسنه آداب پسندیده‌ای است که افراد در معاشرت‌های خود با یکدیگر به کار می‌بندند تا اولاً، شأن و منزلت انسانی را محترم بدارند و ثانیاً، بین آن‌ها محبت و مودت ایجاد شود» (هاشمی، ۱۳۸۴: ۱۸۹/۱).

در تعریف اخلاق حسنه، توجه به این نکته ضروری است که نقض مطلق آداب پسندیده، مخالفت با نظم عمومی محسوب نمی‌شود؛ بلکه میزان حسنه بودن آن تعیین‌کننده است. هر گاه حسنه بودن به گونه‌ای باشد که جزء قواعد آمره قرار گیرد، می‌توان آن را مشخصه اخلاق حسنه مورد بحث تلقی کرد (یوسف‌وند و عابدیان کلخوران، ۱۳۹۴: ۹۷).

به لحاظ حقوقی نیز اخلاق حسنه، نه عادت و رسوم یک جامعه است و نه صرف قواعد اخلاقی، بلکه قواعد اخلاقی موجود هستند که شالوده قوانین و مبنای قواعد حقوقی قرار گرفته‌اند (ساکت، ۱۳۷۱: ۴۵۸) و عدم رعایت آن‌ها، وجدان عمومی جامعه را اخلاقاً جریحه‌دار می‌سازد.

در ادبیات حقوقی، گاه از اخلاق حسنه به عنوان یکی از منابع نظم عمومی یاد می‌شود و گاه آن را از عناصر نظم عمومی و از موانع نفوذ قراردادها قرار می‌دهند.

## ۲-۳. ارتباط نظم عمومی و اخلاق حسنه

در زمینه ارتباط نظم عمومی و اخلاق حسنه، دو نظریه به چشم می‌خورد: نخست «نظریه انفکاک» که نظم عمومی را مربوط به قوانین موضوعه می‌داند و اخلاق حسنه را مربوط به قواعد خارج از متون حقوقی. دومین نظریه، «نظریه اتصال» که اعتقاد دارد اخلاق حسنه جزئی از نظم عمومی است و رابطه آن‌ها عموم و خصوص مطلق است؛ یعنی هر قاعده‌ای که مربوط به اخلاق حسنه باشد، جزء نظم عمومی است، اما هر قاعده راجع به نظم عمومی، الزاماً جزء مصادیق اخلاق حسنه قرار ندارد (احمدی و استانی، ۱۳۴۱: ۱۲۵).

به نظر می‌رسد با توجه به تعاریف ارائه‌شده از نظم عمومی و اخلاق حسنه، گروهی

از قواعد اخلاقی را که در متون قواعد امری آمده یا مبنای این گونه قوانین قرار گرفته‌اند باید در شمار قواعد مربوط به نظم عمومی آورد؛ ولی گروه دیگر که ضمانت اجرای آن تنها وجدان عمومی است، به عنوان ویژه «اخلاق حسنه» مورد استناد قرار می‌گیرد. از سوی دیگر، مبنای قواعد حقوق تنها اخلاق نیست و گاه ضرورت‌های اقتصادی و سیاسی، اصولی را به وجود می‌آورد که اخلاق در آن باره حکمی ندارد. پس ممکن است امری که خلاف نظم عمومی است، با هیچ یک از قواعد اخلاقی تعارض نداشته باشد. بنابراین هر کدام از عناوین مذکور، قلمرو ویژه‌ای دارد که در عین ارتباط و نفوذ در یکدیگر، باید جداگانه مورد بررسی قرار گیرد. با وجود این، اموری که خلاف اخلاق حسنه است، نظم عمومی را نیز بر هم می‌زند و از همین رو هیچ‌گاه حقوق نمی‌تواند به امور غیر اخلاقی بی‌اعتنا بماند (چلبی، قاسم‌آبادی و آقاپور، ۱۳۹۶: ۹۹). بنابراین نسبت میان این دو مفهوم، عموم و خصوص مطلق است؛ به این معنا که هر آنچه مغایر اخلاق حسنه است، مغایر نظم عمومی است، اما عکس آن صادق نیست. افزودن اخلاق حسنه بر موانع نفوذ یک قرارداد یا شروط ضمن آن، این اثر مهم را دارد که به دادرسی اجازه می‌دهد برای اخلاقی کردن قراردادها، پا را از متون حقوقی فراتر نهد؛ وگرنه اخلاق حسنه با نظم عمومی چنان ارتباطی دارد که نمی‌توان این دو را در برابر هم مستقل شمرد.

چنان که گذشت، در حقوق ما نظم عمومی در کنار قانون، منبعی مستقل برای محدود نمودن آزادی قراردادی است و ضرورتی ندارد که تمام قواعد و الزامات آن به شکل قانون آمده باشد. شرط نیز همانند عقد است و در حقوق ما، قرارداد یا شروط قراردادی مخالف با روح قوانین و مقررات حاکم بر کشور و عرف و عادت و الزامات که مورد تقنین واقع نشده، ولی مصالح و منافع اجتماعی اقتصادی جامعه به عنوان نظم عمومی و اخلاق حسنه اقتضا نموده‌اند، به استناد ماده ۹۷۵ قانون مدنی و مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه، باطل اعلام می‌شوند؛ همان گونه که اگر تحقق امری در راستای ایجاد و تقویت نظم عمومی ضروری به نظر برسد، حکم الزامی به خود می‌گیرد.



## ۴-۲. نسبیّت نظم عمومی

نقطهٔ مشترکی که در تعریف‌های مختلف از نظم عمومی وجود دارد، «مصلحت و منفعت عمومی» است که عنصر ثابت در این مفهوم است. «مصلحت» امری نسبی و متغیر است که نظم عمومی نیز به تبع آن، مفهومی نسبی و متغیر می‌شود. ارزش‌ها و هنجارهای موجود در جوامع مختلف نیز همواره ثابت و دائمی نیستند؛ بلکه در طول زمان‌های مختلف دستخوش تغییر می‌شوند. لذا ممکن است موضوعی که امروزه مخالف با نظم عمومی کشور است، در سال‌های آتی دستخوش تحولات زمان قرار گرفته و جای خود را به ارزش‌های اساسی دیگر بدهد و دیگر آن موضوع مغایر با نظم عمومی جامعه شمرده نشود.

برخی نویسندگان، نظم عمومی را قواعدی مربوط به اصول تمدن و نظام خاص هر کشور دانسته‌اند که با نظم عمومی کشور دیگر متفاوت است و برخی دیگر آن را بارزترین نماد فرهنگ هر جامعه تلقی کرده‌اند (ایران‌شاهی، ۱۳۹۰: ۷۶). لذا موضوعات واحد و یکسان می‌توانند در کشورهای گوناگون، مشمول قواعد متفاوت و متعارض نظم عمومی قرار گیرند. به همین علت است که گفته می‌شود مسئله‌ای در یک کشور یا در زمانی، از مصادیق نظم عمومی است، در حالی که در کشور یا زمانی دیگر چنین نیست (الماسی، علیزاده و کریم‌پور، ۱۳۹۵: ۸-۹).

از سوی دیگر، از دیگر منابع مهم نظم عمومی، اخلاق حسنه و احساسات عمومی‌اند که اخلاق حسنه نیز ماهیتی ترکیبی و نسبی دارد؛ چرا که از اجزاء مختلفی تشکیل شده و از نظر مکانی، منعکس‌کنندهٔ عادات، اخلاقیات، رسوم و مذهب ویژهٔ هر جامعه بوده و در بستر زمان تغییر می‌کند. لذا می‌توان چنین گفت که اخلاق حسنه به آرامی، و احساسات عمومی با سرعتی بیشتر، همگام با تحولات سیاسی اقتصادی و رویدادهای اجتماعی تغییر می‌کنند (همان: ۹). بنابراین همان‌گونه که مفاهیم مصلحت و منفعت جمعی و اخلاق حسنه مفاهیمی نسبی‌اند، نظم عمومی نیز به تبع آن‌ها و با توجه به شرایط زمان و مکان تغییر می‌یابد.

بر این اساس می‌توان گفت که بررسی مغایرت یا عدم مغایرت شرط عدم استیلاد با نظم عمومی و اخلاق حسنه نیز بستگی تام به وضعیت هر دورهٔ زمانی و اوضاع هر

منطقه دارد. پس تنها راه چاره، تحلیل ارتباط استیلا با نظم عمومی است.

## ۲-۴-۱. در شرایط عادی جامعه

در فرض عادی بودن شرایط جامعه و در صورتی که آزادی اراده زوجین در تصمیم‌گیری راجع به عدم استیلا و اشتراط عدم آن ضمن عقد نکاح، حسن جریان امور خانواده را بر هم نزند و حفظ خانواده را با مشکل مواجه نسازد، شرط عدم استیلا را می‌توان شرطی صحیح دانست و به عدم مخالفت آن با نظم عمومی و منافع جامعه اذعان داشت. هرچند در این خصوص به طور مستقل در متون فقهی و حقوقی ایران، سخنی به میان نیامده است، لکن با بررسی آراء و مباحث فقهی و حقوقی مرتبط، نتیجه مذکور حاصل می‌گردد و با بررسی روح حاکم بر نظم حقوقی ما - به ویژه مقررات مربوط به حقوق خانواده - به نظر می‌رسد که استیلا یک حق است که به زوجین تعلق دارد و قابلیت اسقاط و سلب جزئی آن در نکاح از مفاد آن است. چنان که گذشت، هر امری که خلاف مقتضای ذات یک نهاد اجتماعی عمل کند و موجب بی‌نظمی و اختلال در آن شود، با نظم عمومی برخورد می‌کند و اصول حاکم بر آن جامعه، لزوم حفظ این نظم را ایجاب خواهد کرد؛ ولی استیلا از سوی حقوق‌دانان در مقتضای ذات عقد نکاح لحاظ نشده تا شرط خلاف آن، باطل و مبطل نکاح تلقی گردد. برخی حقوق‌دانان حتی در اینکه این امر مقتضای اطلاق نکاح نیز باشد، تردید کرده‌اند (محقق داماد، ۱۳۸۹: ۱۷ به بعد). یعنی از دیدگاه ایشان، استیلا دارای چنان رابطه‌ای با نهاد اجتماعی خانواده نیست که عدم تحقق آن منجر به صدمه به ارکان اصلی عقد نکاح گشته و غرض اصلی شارع از جعل این عقد را معطل گرداند. علاوه بر آن، مشهور فقهای امامیه قائل به جواز عزل (انزال نطفه خارج از رحم زن) می‌باشند (نراقی، ۱۴۲۹: ۷۵/۱۶؛ جبعی عاملی، ۱۴۲۵: ۶۴/۷) و می‌توان گفت از آنجا که اگر ضمن عقد نکاح، عزل میان زوجین شرط شده باشد، این شرط از نظر فقها جایز و نافذ است، به قیاس اولویت می‌توان گفت که شرط عدم استیلا نیز از نظر ایشان محکوم به صحت می‌باشد؛ زیرا نتیجه و اثر عزل، عدم توالد و تناسل است که از منظر فقهای متقدم در صورت رضایت زوجه و شرط کردن با وی، جایز شمرده شده است. تناسب حکم و موضوع نیز ایجاب

می‌کند که مصادیق دیگر جلوگیری از انعقاد نطفه مانند قرص‌های ضد بارداری، وسایل پیشگیری و... حکمی مشابه عزل داشته باشند.

تصریح فقها به اینکه زن می‌تواند حتی بدون اجازه شوهر، چنانچه به حقوق زناشویی لطمه وارد نشود و برای خود او ضرر بسیار نداشته باشد، وسایل پیشگیری از بارداری موقت را به کار گیرد و مرد نباید او را مجبور به فرزندآوری کند (موسوی گلپایگانی، ۱۳۶۴: ۱۷۳/۲؛ موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۲۸۴/۲؛ همو، ۱۴۱۲: ۱۲۱/۱) نیز مؤید آن است که استیلا از دیدگاه فقها دارای حکم الزامی نمی‌باشد. از ادله جواز پیشگیری نیز می‌توان به اصل اباحه و قاعده سلطنت اشاره کرد؛ چرا که اصل بر مباح بودن چنین عملی است. اصالت اباحه قاعده‌ای مشهور میان اصولیان در شبهات حکمیه است که فقیه به یکی از این دو معنا آن را به کار می‌گیرد:

معنای اول، اثبات اباحه ظاهری در سطح یک اصل عملی در موارد شک و جایی که فقیه بعد از جست‌وجو، به دلیل منع‌کننده‌ای دست پیدا نکند. در چنین مسئله‌ای فقیه به مقتضای اصول عملیه مراجعه می‌کند که یا استصحاب اباحه‌ای است که قبل از شرع بوده است یا اصالة البرائة شرعی یا عقلی.

معنای دوم، اثبات اباحه واقعی با بعضی از عمومات قرآنی و روایاتی که دلالت دارند بر اینکه همه چیز مباح است، مگر عناوینی که حرمت شرعی‌شان با ادله دیگر اثبات شده باشد، مثل خمر. بنابراین هر گاه در حلال یا حرام بودن امری تردید کنیم، اصل اباحه جاری کرده و حکم به عدم حرمت آن امر می‌کنیم؛ زیرا آنچه نیازمند نص است، الزامات قانونی است، والا عدم الزامات قانونی احتیاجی به نص ندارد. پس اصل در اشیاء قبل از ورود شرع اباحه است؛ زیرا هیچ‌گونه دلیلی دلالت ندارد که این عمل ضرر دنیوی دارد و برای اثبات ضرر اخروی نیز باید دلیل شرعی اقامه گردد، در حالی که فرض ما بر این است که فاقد دلیل شرعی هستیم؛ چون اگر در واقع عقابی در کار بود، لازم بود که خداوند به ما اعلام فرماید، در نتیجه، هم ضرر دنیوی و هم ضرر اخروی منتفی است و بنابراین اباحه حاکم است و منعی برای پیشگیری وجود ندارد.

همچنین به استناد قاعده سلطنت، زوج مالک نطفه و زوجه مالک رحم خویش می‌باشد و اصل سلطه انسان بر نفس خود اقتضا می‌کند که اختیار انعقاد نطفه یا عدم آن

به دست همسران باشد. این قاعده اگرچه سلطنت در اموال را در بر می‌گیرد،<sup>۱</sup> ولی تسلط انسان بر نفس و حقوق خویش، امری است که حسب بنای عقلا و الغای خصوصیت از باب مناسبت حکم و موضوع، ثابت است (مکارم شیرازی، ۱۴۱۶: ۳۷). بنابراین انسان به طریق اولی بر حقوق و منافع و همچنین اعضا و جوارح خود سلطه دارد. از این رو می‌توان گفت که مطابق قاعده تسلیط، زوج این حق را دارد که به طریقی از انعقاد نطفه خویش در رحم زن امتناع ورزد. برای زوجه نیز چنین حقی ثابت است، مگر اینکه شرط ضمن عقد یا تبانی بر عدم آن صورت گرفته باشد (قنبرپور، ۱۳۹۴: ۸۳).

علاوه بر آنچه ذکر کردیم، فقها متفق القول، قائل به جواز شرط عدم وطی و تمتع جنسی در هر دو نکاح دائم و موقت می‌باشند (طوسی، ۱۴۰۰: ۴۷۴؛ جبعی عاملی، ۱۴۲۵: ۲۴۸-۲۴۷/۸؛ محقق حلی، ۱۴۰۹: ۳۸/۲؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۲۸۱؛ موسوی خمینی، ۱۳۸۶: ۴۳۹/۲). بر این اساس می‌توان چنین گفت که شرط عدم استیلا نیز به قیاس اولویت، چنین وضعیتی دارد؛ چرا که اگر شرط عدم استیلا خلاف قانون و مقتضای ذات عقد نکاح بود، منطقی به نظر نمی‌رسید که شرط عدم نزدیکی - از باب ملازمه با استیلا و از آنجا که با انتفای وطی، استیلا نیز متغی خواهد بود - از نظر فقها جایز باشد. چنانچه استیلا در عقد نکاح، دارای ضرورت و مقتضای این عقد بود، نزدیکی نیز از باب وجوب مقدمه واجب باید مورد الزام واقع می‌شد؛ نه اینکه حکم به جواز شرط عدم آن به طور مطلق داده شود. در حالی که وقوع وطی و نزدیکی راه عمده تحقق استیلا است. آنچه تا حدودی مؤید این استدلال است، اصطلاحات به کاررفته در متن روایات مستند این نظر و عباراتی است که فقها در بیان مطلب استفاده کرده‌اند؛ در متن روایات و عبارات اکثر فقها از اصطلاح «اقتضاض» (اقتضاض) استفاده شده است (طوسی، ۱۴۰۰: ۴۷۴؛ جبعی عاملی، ۱۴۲۵: ۲۴۷/۸؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۲۸۱). این اصطلاح به معنای «ازاله بکارت کردن» است. از این رو وقتی شرط عدم ازاله بکارت از نظر این فقها صحیح است، در واقع به طور ضمنی شرط عدم استیلا هم شده است؛ زیرا حتی در صورتی که امکان فرزندآوری بدون نزدیکی طبیعی هم وجود داشته باشد، با وضع حمل بکارت

۱. «الناس مسلطون علی اموالهم».

زن زائل می‌گردد. ممکن است گفته شود که زایمان طبیعی تنها راه وضع حمل نیست و امکان زایمان با عمل جراحی نیز وجود دارد و یا اینکه با توجه به روش‌های جدید باروری مصنوعی، شاید اصلاً نیازی به حامله شدن زن هم نباشد! ولی به هر حال باید توجه داشت که مقنن معمولاً برای موارد غالب قاعده وضع می‌کند و نمی‌توان با موارد استثنایی قاعده را بر هم زد.

لذا به وضوح روشن می‌گردد که در فقه امامیه که حقوق ایران مبتنی بر آن می‌باشد و از آن تبعیت نموده است، اشتراط عدم استیلا مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی که مبنای اصل آزادی و حاکمیت اراده اشخاص است، قرار می‌گیرد و هیچ‌گونه مخالفتی با روح قوانین و اصول کلی حقوقی منبث از مجموعه نظام حقوقی کشور ندارد تا خلاف نظم عمومی که قواعد آمره یکی از مهم‌ترین منابع آن می‌باشد، پنداشته شود. صحت نکاح اشخاص عقیم، ناتوانان جنسی و سالمندان در فقه و حقوق ایران، در حالی که فاقد قابلیت باروری هستند نیز مؤید نتیجه حاصل شده، یعنی عدم مخالفت شرط عدم استیلا با نظم عمومی و اخلاق حسنه جامعه در شرایط عادی می‌باشد.

شایان ذکر است که شرط مخالف عرف نیز در صورتی که آن عرف مسلم و مرتبط با نظم عمومی بوده و نتیجه توافق خلاف آن با اخلاق حسنه مخالفت کند، نیز جایز نمی‌باشد. به عبارت دیگر فقط در مواردی که قانون جهت کارگشایی، امر را به عرف احاله نموده و عرف حسب مورد جنبه تکمیلی دارد، افراد مجازند بر خلاف آن اشتراط نمایند (احسانگر، ۱۳۹۲: ۴۱). در خصوص شرط عدم استیلا نیز به نظر می‌رسد حاکمیت عرف به همین صورت باشد؛ زیرا هرچند به لحاظ دیدگاه عرفی، وقتی دو نفر با یکدیگر ازدواج کنند و علقه زوجیت بین آن‌ها حاصل شود، استیلا نیز از نتایج نکاح ایشان خواهد بود، ولی به نظر می‌رسد که اظهار نظر عرف در صورت عدم تحقق این امر، فقط در حد «ناپسند و نامتعارف دانستن عدم استیلا» می‌باشد. به عبارت دیگر می‌توان گفت این امر از مواردی نیست که قانون آن را به عرف محول کرده باشد و با توجه به اصل حاکمیت اراده و قاعده سلطنت زوجین و پذیرش آن توسط قانون، اختیار تصمیم‌گیری در این مورد به زوجین واگذار شده و استیلا از حقوق ایشان می‌باشد که در چهارچوب قانون، توانایی اشتراط عدم فعلیت و استیفای فعلی آن را دارا هستند و عرف

نیز بنا بر مداخله دقیق در این گونه امور نداشته و به شناسایی حلیت اکتفا کرده و باقی مسائل را مربوط به نحوه تنظیم زندگی زناشویی از سوی طرفین آن می‌داند.

با عنایت به آنچه تا کنون ذکر شد، استیلاد از حقوق زوجین در نکاح می‌باشد که بر اساس اراده صاحب حق و با رعایت ماده ۹۵۹ قانون مدنی که بیان می‌دارد: «هیچ کس نمی‌تواند به طور کلی حق تمتع و یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند»، قابلیت محدود شدن و توافق دارد؛ چرا که توافق صاحب حق در این خصوص و محدود نمودن حق استیلاد خود، تضادی با مصالح عمومی و به تبع آن نظم عمومی ندارد؛ بلکه شاید بتوان گفت توافق اراده زوجین در چنین مواردی و تلاش برای تنظیم زندگی زناشویی خویش از طریق شروط ضمن عقد، با مصالح عمومی جامعه سازگارتر است. همچنین آنچه در ماده ۹۵۹ قانون مدنی به چشم می‌خورد، قید «به طور کلی» است که با توجه به این قید به نظر می‌رسد قانون‌گذار، سلب حق تمتع و اجرا را در موارد جزئی پذیرفته است. در خصوص شرط عدم استیلاد در نکاح نیز این امر، سلب حق به طور جزئی و محدود به دوران نکاح می‌باشد؛ چرا که امکان طلاق و فسخ نکاح وجود دارد. نظریه صاحب نظران علم حقوق و پاره‌ای از مواد قانونی از جمله مواد ۴۴۸، ۶۷۹ و ۸۲۲ نیز مؤید این مطلب است و عقیده بر این است که قدرت به سلب حق به طور جزئی، لازمه آزادی حقوقی فرد می‌باشد.

چنان که ملاحظه شد، در شرایط عادی جامعه، اشتراط عدم استیلاد ضمن عقد نکاح، منافاتی با نظم عمومی و اخلاق حسنه ندارد؛ بلکه از آنجا که گامی در جهت تنظیم زندگی زناشویی و جلوگیری از بروز اختلافات بعدی میان زوجین می‌باشد، با نظم عمومی و اخلاق حسنه سازگاری بیشتری دارد.

## ۲-۴-۲. در شرایط خاص جامعه

در فرض مذکور وضعیت متفاوت است. چنان که گفتیم، استیلاد علاوه بر جنبه فردی آن در روابط زوجین، دارای جنبه اجتماعی نیز هست و چه بسا این بعد از آن حائز اهمیت بیشتری است. بر این اساس، هرچند استیلاد در شرایط عادی جامعه دارای الزام شرعی و قانونی نمی‌باشد، تحت شرایطی خاص، افزودن نسل و فرزندآوری در

جامعه ضرورت می‌یابد. لذا اظهار نظر کلی برای تمام کشورها و در تمام زمان‌ها نسبت به صحت یا بطلان شرط عدم استیلا صحیح نیست. به عبارت دیگر، حکم به عدم منافات شرط عدم استیلا با نظم عمومی و اخلاق حسنه، یک حکم مطلق نیست که همه زمان‌ها و مکان‌ها را در بر گیرد. لذا اگر شرایط کشور به گونه‌ای است که جمعیت جامعه اسلامی به حدی کاهش یافته که بیم سیطره دشمنان اسلام بر آنان می‌رود و جامعه در اثر کاهش شدید جمعیت، دچار مشکلات جدی اجتماعی اقتصادی، کمبود نیروی کار و نیروی نظامی شده و سالمندی عمومی، جامعه را تهدید می‌کند، مصلحت عمومی اقتضای استیلا و فرزندآوری دارد و می‌توان گفت که در چنین موقعیتی، افزودن نسل مسلمانان و فرزندآوری ضرورت یافته و یقیناً شرط عدم استیلا در چنین شرایطی خلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه تشخیص داده می‌شود. همچنین اگر زمانی همین کثرت افراد، موجب ضعف و تباهی مسلمانان شود و کارشناسان مورد اطمینان تشخیص دهند که افزایش نسل موجب اموری چون فقر، فساد، بیکاری و... می‌شود، تردیدی نیست که حکم با توجه به تغییر وضعیت جدید، تغییر خواهد کرد و کنترل جمعیت جایز، بلکه لازم است. در چنین شرایطی، اشتراط عدم استیلا ضمن عقد نکاح جایز بوده و نه تنها مغایرتی با نظم عمومی ندارد که در جهت تقویت آن نیز می‌باشد.

در چنین شرایطی، حفظ نظم عمومی و اخلاق حسنه از مبانی مداخله دولت در نهاد خانواده است؛ چرا که نابسامانی در این نهاد، تهدید بزرگی برای تمام جامعه و حسن جریان لازم امور مربوط به اداره کشور می‌باشد. لذا دولت در شرایط کاهش شدید جمعیت مداخله می‌کند و با سیاست‌های جمعیتی برای دستیابی به یک جمعیت مطلوب و متعادل، خانواده‌ها را حسب شرایط به استیلا ترغیب یا در این خصوص قانون‌گذاری کرده و از عدم استیلا منع می‌کند و با قوانین بازدارنده از این کاهش شدید جمعیت جلوگیری یا آن را جبران می‌نماید؛ قوانینی همچون عدم جواز خرید و فروش ابزار پیشگیری، مگر در صورت ارائه گواهی دال بر وجود خطر جدی برای زن در صورت باروری یا گواهی دال بر داشتن حداقل سه فرزند یا قوانینی از این قبیل. در حقوق ایران می‌توان چنین گفت که نظم عمومی در نظام حقوقی این کشور،

برگرفته از مفهوم فقهی حفظ نظام اسلامی و مصالح آن است. دو قاعده فقهی نفی سبیل و لاضرر نیز ارتباط تنگاتنگی با مفهوم نظم عمومی در جامعه اسلامی داشته و به نظر می‌رسد مبنای آن قرار گرفته‌اند. در ادامه، این قواعد و ارتباط آن‌ها با نظم عمومی به اجمال روشن می‌گردد.

#### ۱-۲-۴-۲. حفظ نظام

از آنجا که حفظ حکومت اسلامی، موجودیت و کیان مسلمین واجب است، از صدر اسلام تا کنون رهبران و اندیشوران اسلامی به ممنوعیت آنچه موجب اختلال نظام می‌شود، حکم داده‌اند و در مقابل، حفظ نظام را واجب شمرده‌اند. طبق مقتضای قاعده وجوب مقدمه واجب، مقدمات آن نیز از هر نوع و سنخی که باشند، واجب خواهند بود. بدیهی است که استیلاد و تکثیر نسل از مقدمات واضح حفظ نظام می‌باشد، بنابراین کثرت استیلاد که در آموزه‌های اسلام امری ممدوح و مستحب است، در شرایط کاهش جمعیت و تضعیف نظام، از باب مقدمه واجب لازم می‌شود و این اقتضای قاعده «عدم اختلال نظام» یا «ضرورت حفظ نظام» است؛ چرا که حفظ مملکت اسلامی و ملت ممکن نمی‌شود، مگر به واسطه حفظ نسل بشر از اضمحلال و تکثیر آن (جعفریان، ۱۴۲۸: ۱۹۹/۱). شایان ذکر است که این قاعده صرفاً به نظام حکومتی اشاره ندارد؛ بلکه نظر آن بیشتر به عدم اختلال نظام عام اجتماعی است که نظام سیاسی و حکومتی را هم شامل می‌شود.

#### ۲-۲-۴-۲. لاضرر

بنا بر قاعده «لا ضرر ولا ضرار فی الإسلام»، حکم ضرری در شرع اسلام منتفی است و با وقوع عنوان ضرر، حکم اولی مرتفع و حکم دیگری جایگزین آن می‌شود. به نظر می‌رسد که این قاعده علاوه بر ضرر شخصی، ضرر نوعی را هم شامل می‌شود؛ چرا که در احکام اولیه اسلام به طور کلی این اصل -یعنی عدم زیان عامه و تقدم مصالح جمعی بر مصالح افراد- رعایت شده و شارع مقدس نیز در روابط اجتماعی مردم هر گونه اقدام زیانبار را امضا نکرده است.

ضرر عمومی را در سالمند شدن جمعیت ایران و آثار سوء سیاسی، اقتصادی و



اجتماعی کاهش جمعیت می‌توان یافت. از این رو بر مبنای قاعده لاضرر در چنین شرایطی، همگان باید ملزم به استیلا شوند تا جامعه از این وضعیت نجات یابد.

### ۴-۲-۳. نفی سبیل

تعداد جمعیت ملت‌ها به عنوان یکی از عوامل اقتدار و حاکمیت سیاسی آنان محسوب می‌شود. بنابراین اگر تعداد جمعیت مسلمانان در یک سرزمین اسلامی نسبت به سایر ادیان موجود، رفته رفته کاهش یابد و یا جمعیت کفار بر مسلمانان غالب گردد، تغییر حکومت اسلامی امری حتمی و مسلم است (حاجی‌هادی و قاسمی مقدم، ۱۳۹۳: ۱۷۱). بر این اساس، بر حکومت‌های اسلامی و مسلمانان واجب است که اهداف و برنامه‌های خود را در راستای حفظ نظام اسلامی و جلوگیری از سلطه کفار بر مسلمانان قرار دهند. پس در شرایطی که مسلمانان در اقلیت قرار گرفته و شمار دشمنان و کفار پیش بگیرد، استیلا و تکثیر نسل امری واجب خواهد بود.

چنان که ملاحظه شد، قواعد مذکور در بردارنده معنایی غیر از آنچه که نظم عمومی و لزوم حفظ آن در شرایط خاص جامعه بر آن دلالت می‌کند، نمی‌باشد و فقیهان می‌توانند احکامی چون لزوم مراعات مصلحت عمومی و محدود شدن حقوق خصوصی را از این قواعد استنباط کنند. لذا در رویکرد فقهی حقوقی به نظم عمومی می‌توان گفت که بر اساس قواعد فوق و در راستای حفظ نظم عمومی و حسن جریان لازم امور گوناگون جامعه، اگر شرایط جمعیتی کشور به نحوی باشد که جواز شرط عدم استیلا منجر به اختلال نظام یا برتری مخالفان اسلام از حیث تعداد شود و به سالمندی عمومی جامعه که ضررهای فراوان اقتصادی نظامی و اجتماعی را در پی دارد، منجر گردد، اشتراط عدم استیلا در ضمن عقد نکاح یقیناً خلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه تلقی می‌گردد و از این رهگذر باطل و بلا اثر خواهد بود.

از این رو، هر نوع رفتاری که در روند نظم عمومی با گستره و عناصر تعریف شده، اختلال ایجاد نماید، از دیدگاه آموزه‌های اسلام نیز ممنوع و حرام قلمداد می‌شود. نتیجه آنکه اظهار نظر کلی برای تمام کشورها و در تمامی زمان‌ها نسبت به صحت و جواز شرط عدم استیلا درست نیست و حکم این امر، یک حکم مطلق نیست که همه

زمان‌ها و مکان‌ها را در بر گیرد. ولی در حالت کلی و در شرایط عادی جامعه نه تنها مخالف با اخلاق حسنه و نظم عمومی نبوده، بلکه عین احترام به اراده آزاد انسان‌ها در چهارچوب نظم عمومی و اخلاق حسنه می‌باشد.

### ۳. مطالعه تطبیقی در حقوق انگلستان و آمریکا

#### ۳-۱. نظم عمومی<sup>۱</sup> در حقوق این کشورها

لغت‌نامه ویستر<sup>۲</sup> واژه order را «ترتیبی منظم و معین، شرایط مطلوب ناشی از انطباق و تبعیت از قانون» و واژه public را «مربوط بودن یا متعلق بودن به مردم، مربوط به یک ملت، کشور یا جامعه» و متضاد «شخصی» تعریف می‌کند. بنابراین ممکن است نظم عمومی مترادف با منفعت عمومی در نظر گرفته شود (Gualtieri, 1952: 159). یکی از حقوق‌دانان آمریکایی به نام هلی<sup>۳</sup> با انتقاد از تلاش حقوق‌دانان اروپایی به ویژه فرانسوی برای ارائه تعاریف مختلف از نظم عمومی، معتقد است که اصولاً نظم عمومی آن قدر مبهم و متغیر است که تقریباً تعریف آن غیر ممکن است و نمی‌توان برای آن، ارکان و عناصر لازم را برشمرد. از این رو لازم است که هر موضوع را در زمان مورد نظر و با نگاه به اوضاع و احوال همان قضیه مورد تجزیه و تحلیل قرار داد (ساکت، ۱۳۷۱: ۴۵۴-۴۵۵).

در حقوق انگلیس، از نظم عمومی ذیل بحث قراردادهای نامشروع یا عدم مشروعیت سخن به میان می‌رود و برخی، قراردادهای خلاف نظم عمومی را قراردادهایی می‌دانند که حقوق، آن‌ها را مضر منافع جامعه یا اخلاق حسنه می‌داند (Chandler & Brown, 2011: 118-119).

در حقوق این کشور، اولین اثری که نامشروع بودن قرارداد دارد این است که اجرای آن را ناممکن می‌سازد. منظور از ناممکن شدن اجرای قرارداد، عدم استماع دعوی اجرای مفاد قرارداد است (Treitel, 1991: 392). همچنین در حقوق این کشور، قاعده‌ای

1. Public order.
2. Webster.
3. Healy.

وجود دارد که مقرر می‌دارد:

«دادگاه‌ها به هیچ وجه در صدد کمک کردن به اجرای قراردادی که غیر قانونی یا مخالف نظم عمومی است، برنخواهند آمد» (Ibid.: 393).

چنان که ملاحظه می‌گردد، در حقوق داخلی این کشورها نیز جهت استناد به نظم عمومی، برای مقابله و بی‌اثر کردن اراده خصوصی در برابر نفع عمومی است و نظم عمومی مفهومی نسبی است که به تناسب زمان، مکان و شرایط تغییر می‌کند.

### ۲-۳. ماهیت استیلاد در حقوق کشورهای انگلستان و آمریکا

در متون حقوقی کشورهای انگلستان و آمریکا با اصطلاحاتی از قبیل “right to procreate” (Post, 2004: 4/2276; Herring, 2017: 419) و “parenthood right” (Boivin & Pennings, 2004: 784; Maclean, 2004: 782) به این موضوع پرداخته شده است.

در رابطه با ماهیت استیلاد و حق بودن یا نبودن آن، در حقوق انگلستان اختلاف نظر وجود دارد. برخی آن را یک حق می‌دانند (Boivin & Pennings, 2004: 784; Herring, 2017: 419) و برخی دیگر آن را یک حق به شمار نمی‌آورند (Maclean, 2004: 782).

در میان قائلان به حق بودن استیلاد، برخی معتقدند که استیلاد یک «حق منفی» است و «حق مثبت» به شمار نمی‌آید<sup>۱</sup> (Boivin & Pennings, 2004: 784; Herring, 2017: 419). اما در مقابل برخی معتقدند که فرزندآوری یک «حق مثبت» است و دولت موظف است به افرادی که می‌خواهند صاحب فرزند شوند، ولی به دلایلی مانند بیماری نمی‌توانند به‌طور طبیعی صاحب فرزند شوند، از طریق تأمین و تسهیل روش‌های کمک‌باروری مساعدت نماید (Herring, 2010: 71-72; Herring, 2011: 172).

۱. «حق مثبت» یا «حق ادعا» در واقع، همان حق به معنای اخص است؛ مانند طلبی که الف از ب دارد. در اینجا الف نسبت به ب یک «حق مثبت» دارد و الف می‌تواند این حق را از ب مطالبه کند و ب نیز موظف است آن را بپردازد. در مقابل، «حق منفی» یا «حق آزادی» حق به معنای ضعیف‌تر است؛ مانند حق آزادی بیان. در اینجا الف دارای حق آزادی بیان است و دیگران فقط موظف‌اند به این حق احترام بگذارند و مانع وی در جهت تحقق حشش نشوند، ولی تکلیفی به انجام کاری ندارند (قاری سیدفاطمی، ۱۳۹۰: ۶۲؛ راسخ و خداپرست، ۱۳۸۶: ۲۵۰).

در حقوق آمریکا نیز به نظر می‌رسد حق استیلاد و فرزندآوری به صورت ضمنی در قانون اساسی این کشور مورد اشاره قرار گرفته است. اما در رابطه با اینکه آیا این حق یک حق مثبت است و هر شخص می‌تواند برای رسیدن به آن، کمک‌هایی را که لازم دارد، از جامعه (دولت) مطالبه کند، صراحتی وجود ندارد (Post, 2004: 4/2276).

در حقوق انگلیس، یک اصل اساسی وجود دارد که در کتب حقوق خانواده این کشور به اصل «استقلال»<sup>۱</sup> تعبیر می‌شود؛ به این معنا که: هر انسان باید قادر باشد تصمیم بگیرد که چگونه می‌خواهد زندگی کند، مادامی که این شیوه زندگی او به دیگران صدمه نزند (Herring, 2017: 25). این اصل وقتی به موضوع استیلاد و باروری می‌رسد، اصل «استقلال باروری»<sup>۲</sup> نامیده می‌شود؛ به این معنا که: اشخاص خودشان شخصاً باید تصمیم بگیرند که صاحب فرزند بشوند یا خیر (Id., 2010: 71-72; Id., 2011: 172). طبق همین مبنا، اشخاص در حقوق این کشور می‌توانند بدون رضایت و اجازه همسر یا شریک زندگی خود از وسایل و روش‌های جلوگیری از بارداری<sup>۳</sup> استفاده نمایند و همچنین با توجه به مجاز بودن عقیم‌سازی،<sup>۴</sup> حتی بدون رضایت و اجازه همسر و یا شریک زندگی، خود را عقیم کنند (Engender Health, 2002: 104). بر این اساس، مطابق با حقوق این کشور، فرزندآوری جزء تعهدات زوجین در عقد نکاح و سایر تأسیسات مشابه آن نیست؛ لذا کسانی هم که قائل‌اند فرزندآوری یک حق مثبت است، صرفاً در مقابل دولت، آن را یک حق مثبت به شمار می‌آورند؛ چرا که زوجین در قبال یکدیگر چنین تعهدی ندارند (Herring, 2010: 71-72; Id., 2011: 172).

چنین وضعیتی در حقوق انگلستان باعث شده که برخی نویسندگان به این موضوع معترض شوند؛ چرا که استیلاد از اموری است که به زن واگذار شده است و او تصمیم‌گیرنده اصلی برای بارداری و عدم بارداری است. به عبارت دیگر، در صورتی که مردی بخواهد صاحب فرزند شود، ولی همسر وی تمایل نداشته باشد، امکان

1. Autonomy.

2. Reproductive Autonomy.

3. Contraception.

4. Sterilization.

فرزندآوری برای او وجود ندارد؛ چرا که زن بدون رضایت مرد، هم می‌تواند از بارداری جلوگیری کند و هم می‌تواند خود را عقیم نماید.

در انگلیس، دعاوی متعددی از طرف مردان علیه همسر و یا شریک زندگی‌شان جهت جلوگیری از سقط جنین توسط زن مطرح شده است که همگی رد شده‌اند (Mohindra, 2008: 175).

در حقوق آمریکا، وضعیت تقریباً مشابه حقوق انگلستان است؛ اما بر خلاف مقررات انگلستان که طبق قانون سقط جنین مصوب ۱۹۶۷ و اصلاحات بعدی آن، سقط جنین به صرف تقاضای زن و بدون دلایل پزشکی ممنوع است (Carr, 2015: 114)، بر اساس قوانین آمریکا، سقط جنین در ماه‌های اولیه بارداری به صرف درخواست زن و بدون هیچ گونه دلیلی و بدون لزوم اخذ رضایت زوج انجام می‌شود (Ibid., 118; McCulley, 1998: 3).

در آمریکا بر اساس رأی دیوان عالی فدرال این کشور در پرونده «رو علیه وید» در سال ۱۹۷۳ میلادی، سقط جنین به درخواست زن و بدون لزوم دخالت دیگران (همسر و دولت) قانونی شد (Carr, 2015: 118; McCulley, 1998: 3). از این رو در دعاوی دیگری که از طرف مردان علیه همسر و یا شریک زندگی‌شان به منظور ممانعت از سقط جنین توسط زن و یا به منظور الزام زن به سقط جنین و یا رها شدن مرد از مسئولیت پدری در قبال فرزند ناخواسته طرح شده است، همگی رد شده‌اند؛ برای مثال در دعاوی «دوبی علیه ولس»، «دوبی یک جوان ۲۵ ساله در میشیگان آمریکا بود که ادعا می‌کرد به شریک زندگی‌اش به صراحت گفته که نمی‌خواهد صاحب فرزند شود و شریک زندگی‌اش هم گفته بود که به دلایل پزشکی نمی‌تواند حامله شود، اما حامله شده بود. از این رو تقاضای دوبی این بود که از مسئولیت پدری در قبال فرزند ناخواسته‌اش رها شود؛ با این استدلال که وقتی زن می‌تواند انتخاب کند که سقط جنین نماید، چرا من نباید چنین انتخابی داشته باشم؟ اما دادگاه تجدیدنظر درخواست فوق را رد کرد؛ با این استدلال که درخواست دوبی که مدعی است حق مرد برای سلب مسئولیت پدر بودن، مشابه حق زن برای سقط جنین است، متکی به یک قیاس غلط است (Dubay v. Wells, 2007).

## نتیجه‌گیری

با عنایت به ماده ۱۰ قانون مدنی که به اصل آزادی قراردادهای اشاره دارد، طرفین یک قرارداد مجازند در روابط خصوصی خود قراردادهایی را منعقد کرده و در ضمن آن تعهداتی را به نفع یا ضرر یکدیگر درج نمایند. آنچه ضرورت دارد این است که تعهدات باید در محدوده قانون و به عبارت دیگر مشروع باشند. در حقوق ما بر مبنای ماده ۹۷۵ قانون مدنی و ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹، آزادی و حاکمیت اراده علاوه بر قانون، توسط نظم عمومی و اخلاق حسنه نیز محدود می‌گردد و قراردادهای مغایر نظم عمومی باطل و بلااثر هستند. شرط نیز در این مورد همانند عقد است و حکم عدم قابلیت اجرای قراردادهای مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه، به شروط مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه نیز قابل تسری است. از چالش‌های جدی راجع به شرط عدم استیلا در عقد نکاح نیز بحث مغایرت یا عدم مغایرت آن با نظم عمومی و اخلاق حسنه است. با توجه به نسبی و تغییرپذیری مفاهیم مصلحت و منفعت جمع، اخلاق حسنه و احساسات عمومی به فراخور شرایط مکان و زمان، مفهوم نظم عمومی نیز ماهیتی نسبی می‌یابد. لذا حکم به مغایرت یا عدم مغایرت شرط عدم استیلا با نظم عمومی و اخلاق حسنه، یک حکم مطلق نیست که همه زمان‌ها و مکان‌ها را در بر بگیرد. این مسئله بستگی تام به وضعیت هر دوره زمانی و اوضاع هر منطقه دارد و به تناسب شرایط خاص جامعه، وضعیت متفاوتی خواهد داشت. بر این اساس تنها راه چاره، تحلیل ارتباط استیلا با نظم عمومی است؛ در شرایط عادی جامعه در صورتی که دخالت اراده اشخاص در فرزندآوری و اشتراط عدم آن ضمن عقد نکاح، حسن جریان امور خانواده را بر هم نزده و حفظ خانواده را با مشکل مواجه نسازد، شرط عدم استیلا را می‌توان شرطی صحیح دانست و به عدم مخالفت آن با نظم عمومی و منافع جامعه اذعان داشت. این مسئله به طور مستقیم و مستقل در متون فقهی و حقوقی مطرح نگردیده است، ولی با بررسی روح حاکم بر نظم حقوقی ما به ویژه مقررات مربوط به حقوق خانواده به نظر می‌رسد استیلا یک حق است که بر اساس اراده صاحب حق و با رعایت ماده ۹۵۹ قانون مدنی، قابلیت محدود شدن و توافق دارد؛ چرا که

استیلا در مقتضای ذات عقد نکاح لحاظ نشده، تا اشتراط عدم آن به دلیل مخالفت با مقتضای ذات عقد نکاح، باطل و مبطل عقد بوده و از طریق لطمه به ارزشمندترین نهاد جامعه، خلاف نظم عمومی تلقی گردد. مشهور فقهای متقدم امامیه قائل به جواز عزل - که نتیجه و اثر آن، عدم توالد و تناسل است- در صورت رضایت و اشتراط با زوجه می‌باشند و تناسب حکم و موضوع ایجاب می‌کند که مصادیق دیگر جلوگیری از انعقاد نطفه مانند قرص‌های ضد بارداری، وسایل پیشگیری و... حکمی مشابه عزل داشته باشند. تصریح فقها به اینکه زن می‌تواند حتی بدون اجازه شوهر، چنانچه به حقوق زناشویی لطمه وارد نشود و برای خود او ضرر بسیار نداشته باشد، وسایل پیشگیری از بارداری موقت را به کار گیرد و مرد نباید او را مجبور به فرزندآوری کند نیز دال بر عدم وجود الزام نسبت به استیلا در فقه و حقوق ایران و عدم مخالفت این شرط با نظم عمومی و اخلاق حسنه می‌باشد. از دلایل جواز پیشگیری نیز می‌توان به اصل اباحه و قاعده سلطنت اشاره کرد. اعتبار شرط عدم وطی و تمتع جنسی از دیدگاه فقها و حقوق‌دانان، مؤید دیگری بر مطلب است؛ چرا که اگر شرط عدم استیلا خلاف قانون و مقتضای ذات عقد نکاح بود، منطقی به نظر نمی‌رسید که شرط عدم نزدیکی - از آنجا که وقوع نزدیکی راه عمده تحقق استیلا است و با انتفای وطی، استیلا نیز منتفی خواهد بود- از نظر فقها جایز باشد. آنچه تا حدودی مؤید این استدلال است، اصطلاحات به کاررفته در متن روایات و عبارات اکثر فقهاست که در آنها از اصطلاح «اقتضاض» (اقتضاض) استفاده شده است. این اصطلاح به معنای «ازاله بکارت کردن» است. وقتی شرط عدم ازاله بکارت از نظر این فقها صحیح است، در واقع به طور ضمنی، شرط عدم استیلا هم شده است؛ چرا که حتی در صورتی که امکان فرزندآوری بدون نزدیکی طبیعی هم وجود داشته باشد، با وضع حمل، بکارت زن زائل می‌گردد. ممکن است گفته شود که زایمان طبیعی تنها راه وضع حمل نیست و امکان زایمان با عمل جراحی نیز وجود دارد و یا اینکه با توجه به روش‌های جدید باروری مصنوعی، شاید اصلاً نیازی به حامله شدن زن هم نباشد! ولی به هر حال باید توجه داشت که مقنن معمولاً برای موارد غالب قاعده وضع می‌کند و نمی‌توان با موارد استثنایی قاعده را بر هم زد. صحت نکاح اشخاص عقیم، ناتوانان جنسی و سالمندان در فقه و حقوق ایران، در حالی که فاقد قابلیت

باروری هستند نیز نتیجه حاصل شده، یعنی عدم مخالفت شرط عدم استیلا با روح قوانین و اصول کلی حقوقی منبعث از مجموعه نظام حقوقی کشور و نظم عمومی و اخلاق حسنه در شرایط عادی را تأیید می‌کند. در نتیجه، توافق صاحبان حق در این خصوص و محدود نمودن حق استیلا خویش، در شرایط عادی تضادی با مصالح عمومی و به تبع آن، نظم عمومی که قواعد آمره یکی از مهم‌ترین منابع آن می‌باشد، ندارد؛ بلکه شاید بتوان گفت توافق اراده زوجین در چنین مواردی و تلاش برای تنظیم زندگی زناشویی خود از طریق شروط ضمن عقد، با منافع و مصالح عمومی جامعه سازگارتر است. لکن استیلا علاوه بر جنبه فردی آن در روابط زوجین، دارای جنبه اجتماعی نیز هست و چه بسا این بُعد از آن حائز اهمیت بیشتری است. بر این اساس، هرچند استیلا در شرایط عادی جامعه دارای الزام شرعی و قانونی نبوده و تصمیم‌گیری در خصوص آن در حیطه اختیارات زوجین می‌باشد، تحت شرایطی خاص، افزودن نسل و فرزندآوری در جامعه ضرورت می‌یابد. لذا اظهار نظر کلی برای تمام کشورها و در تمام زمان‌ها نسبت به صحت یا بطلان شرط عدم استیلا صحیح نیست. به عبارت دیگر، حکم به عدم منافات شرط عدم استیلا با نظم عمومی و اخلاق حسنه، یک حکم مطلق نیست که همه زمان‌ها و مکان‌ها را در بر گیرد و اگر شرایط کشور به گونه‌ای است که جمعیت جامعه اسلامی به حدی کاهش یافته که بیم سیطره دشمنان اسلام می‌رود و جامعه در اثر کاهش شدید جمعیت، دچار مشکلات جدی اجتماعی اقتصادی، کمبود نیروی کار و نیروی نظامی شده و سالمندی عمومی جامعه را تهدید می‌کند، مصلحت و منفعت عمومی، اقتضای فرزندآوری دارد و می‌توان گفت که در چنین موقعیتی، افزودن نسل مسلمانان و فرزندآوری ضرورت یافته و یقیناً شرط عدم استیلا در چنین شرایطی، خلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه تشخیص داده می‌شود. همچنین اگر زمانی همین کثرت افراد، موجب ضعف و تباهی مسلمانان شود و کارشناسان مورد اطمینان تشخیص دهند که افزایش نسل موجب اموری چون فقر، فساد، بیکاری و... می‌شود، تردیدی نیست که این حکم با توجه به تغییر وضعیت جدید تغییر خواهد کرد و کنترل جمعیت جایز، بلکه لازم است. چه بسا در این هنگام، تشویق و ترغیب به عدم استیلا با نظم عمومی سازگاری بیشتری دارد.



با رویکردی فقهی به نظم عمومی نیز می‌توان چنین نتیجه گرفت که نظم عمومی در نظام حقوقی این کشور برگرفته از مفهوم فقهی حفظ نظام اسلامی و مصالح آن است. دو قاعده نفی سبیل و لاضرر نیز ارتباط تنگاتنگی با مفهوم نظم عمومی در جامعه اسلامی داشته و دربردارنده معنایی غیر از آنچه که نظم عمومی بر آن دلالت می‌کند، نمی‌باشند. از این رو، هر نوع رفتاری که در روند نظم عمومی با گستره و عناصر تعریف شده اخلال ایجاد نماید، از دیدگاه آموزه‌های اسلام نیز ممنوع و حرام قلمداد می‌شود.

مفهوم نظم عمومی و ماهیت استیلا در حقوق انگلستان و آمریکا نیز تقریباً از وضعیت یکسانی برخوردار است و در متون قانونی که از منابع اصلی نظم عمومی در این کشورها می‌باشد نیز استیلا از حقوق مثبت زوجین در قبال یکدیگر شمرده نشده و منعی برای عدم استیلا یا اشتراط آن ضمن عقد ازدواج مطرح نگردیده است. همچنین زوجین مجاز به استفاده از لوازم پیشگیری از بارداری یا عقیم‌سازی و حتی سقط جنین بدون رضایت طرف مقابل هستند؛ لذا عدم استیلا مخالفتی با نظم عمومی این دو کشور ندارد.

### کتاب‌شناسی

۱. قرآن کریم.
۲. احسانگر، نورا، «بررسی فقهی و حقوقی شروط باطل و تأثیر آن در عقود»، راه و کالت، دوفصلنامه کانون وکلای دادگستری گیلان، سال پنجم، شماره ۱۰، پاییز و زمستان ۱۳۹۲ ش.
۳. احمدی واستانی، عبدالغنی، نظم عمومی در حقوق خصوصی، رساله دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۴۱ ش.
۴. الماسی، نجادعلی، تعارض قوانین، تهران، مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۶۸ ش.
۵. همو، حقوق بین‌الملل خصوصی، تهران، میزان، ۱۳۸۲ ش.
۶. الماسی، نجادعلی، عبدالرضا علیزاده، و صالح کریم‌پور، «نظم عمومی در رویکرد حقوقی، فقهی و جامعه‌شناختی»، فصلنامه پژوهش‌های فقهی، سال دوازدهم، شماره ۱، بهار ۱۳۹۵ ش.
۷. انصاری، محمدعلی، الموسوعة الفقهية الميسرة، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۵ ق.
۸. ایرانشاهی، علیرضا، «بررسی معیار "نظم عمومی" در نظارت قضایی بر رأی داوری تجاری بین‌المللی»، مجله حقوقی بین‌المللی، سال بیست و هشتم، شماره ۴۴، بهار و تابستان ۱۳۹۰ ش.
۹. جبعی عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی)، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، چاپ سوم، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۲۵ ق.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۸ ش.
۱۱. همو، مسبوط در ترمینولوژی حقوق، چاپ دوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۱ ش.
۱۲. جعفریان، رسول، رسائل حجابیه؛ شصت سال تلاش علمی در برابر بدعت کشف حجاب، قم، دلیل ما، ۱۴۲۸ ق.
۱۳. جمعی از نویسندگان، دایرةالمعارف حقوق عمومی؛ با نمایه سه‌زبانه (عربی، فرانسه و انگلیسی)، به اهتمام سیدمحمد مهدی غمامی، تهران، دانشگاه امام صادق، ۱۳۹۶ ش.
۱۴. چلبی، فائقه، مرتضی قاسم‌آبادی، و کمال آقاپور، «تحلیلی بر جایگاه نظم عمومی در نظام حقوقی ایران»، فصلنامه قضاوت، سال هفدهم، شماره ۹۱، پاییز ۱۳۹۶ ش.
۱۵. حاجی‌هادی، منیره، و حسن قاسمی مقدم، «جراحی و چگونگی مداخله حاکمیت و حکومت در تنظیم جمعیت»، فصلنامه حکومت اسلامی، سال نوزدهم، شماره ۱ (پیاپی ۷۱)، بهار ۱۳۹۳ ش.
۱۶. حجازی، محمدعلی، و فاطمه بداغی، «شرط باروری یا عدم باروری در نکاح»، فصلنامه مطالعات راهبردی زنان، سال شانزدهم، شماره ۶۴، تابستان ۱۳۹۳ ش.
۱۷. راسخ، محمد، و امیرحسین خداپرست، «حق بر شناختن پدر و مادر بیولوژیک»، فصلنامه باروری و ناباروری، سال هشتم، شماره ۳ (پیاپی ۳۲)، پاییز ۱۳۸۶ ش.
۱۸. رحیمی، حبیب‌اله، و محمدجواد صادقی، «ماهیت حقوقی فرزندآوری و آثار اشتراط و عدم اشتراط آن ضمن عقد نکاح (مطالعه تطبیقی)»، فصلنامه خانواده‌پژوهی، سال چهاردهم، شماره ۵۶، زمستان ۱۳۹۷ ش.
۱۹. ساکت، محمدحسین، حقوق‌شناسی؛ دیباچه‌ای بر دانش حقوق، مشهد، ترجمه، ۱۳۷۱ ش.
۲۰. شبیری زنجانی، سیدموسی، کتاب نکاح، درس خارج فقه معظم‌له بر مبنای کتاب العروة الوثقی از سیدمحمدکاظم طباطبایی یزدی، قم، رای‌پرداز، ۱۳۸۲-۱۳۸۳ ش.
۲۱. شیخ انصاری، مرتضی بن محمدامین، کتاب النکاح، قم، المؤتمر العالمی بمناسبة الذکری الثنویة الثانية لمیلاد الشیخ الاعظم الانصاری، ۱۴۱۵ ق.

۲۲. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى*، چاپ دوم، بیروت، دار الکتب العربی، ۱۴۰۰ ق.
۲۳. عبدالناصر، جمال، *موسوعة الفقه الاسلامی*، قاهره، جمهوری مصر العربیة، وزارة الاوقاف، المجلس الاعلی للثئون الاسلامیه، ۱۳۹۸ ش.
۲۴. علامه حلی، ابومنصور جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه*، مشهد، مؤسسه آل‌البت (ع)، بی تا.
۲۵. عمید زنجانی، عباسعلی، *دانشنامه فقه سیاسی (مشمول پرواژگان فقهی و حقوقی عمومی)*، تدوین و تنظیم ابراهیم موسی زاده، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۹ ش.
۲۶. قاری سیدفاطمی، محمد، *حقوق بشر در جهان معاصر؛ دفتر یکم؛ درآمدی بر مباحث نظری: مفاهیم، مبانی، قلمرو و منابع*، چاپ سوم، تهران، شهر دانش، ۱۳۹۰ ش.
۲۷. قنبرپور، بهنام، «شرط باروری در ضمن عقد نکاح و جایگاه آن در پیشگیری از کاهش نسل»، *فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی*، سال دوازدهم، شماره ۳ (پیاپی ۴۰)، تابستان ۱۳۹۴ ش.
۲۸. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، چاپ چهارم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳ ش.
۲۹. کرکی عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل‌البت (ع) لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۳۰. محقق حلی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن، *قواعد الاحکام فی مسائل الحلال و الحرام*، تهران، استقلال، ۱۴۰۹ ق.
۳۱. محقق داماد، سیدمصطفی، «شرط فرزندآوری و یا عدم آن»، *فصلنامه فقه پزشکی*، سال دوم، شماره ۲، بهار ۱۳۸۹ ش.
۳۲. مکارم شیرازی، ناصر، *القواعد الفقهیه*، چاپ چهارم، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۱۶ ق.
۳۳. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *تحریر الوسیله*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۸۶ ش.
۳۴. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *منهاج الصالحین*، چاپ بیست و هشتم، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰ ق.
۳۵. همو، منیه‌السائل، بیروت، دارالمجتبی، ۱۴۱۲ ق.
۳۶. موسوی گلپایگانی، سیدمحمدرضا، *مجمع المسائل*، قم، دار القرآن الکریم، ۱۳۶۴ ش.
۳۷. نراقی، احمد بن محمد مهدی، *مستند الشیعة فی احکام الشریعه*، قم، مؤسسه آل‌البت (ع) لاحیاء التراث، ۱۴۲۹ ق.
۳۸. هاشمی، سیدمحمد، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، چاپ ششم، تهران، میزان، ۱۳۸۴ ش.
۳۹. هاشمی شاهرودی، سیدمحمد، *المعجم الفقهی لکتب الشیخ الطوسی*، قم، مؤسسه دائرة معارف الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل‌البت (ع)، ۱۴۲۴ ق.
۴۰. یوسف‌وند، محسن، و سیدحسن عابدیان کلخوران، «جایگاه حقوقی نظم عمومی در معارف اسلامی و اسناد بین‌المللی»، *اندیشه‌های حقوق عمومی*، سال پنجم، شماره ۱ (پیاپی ۸)، پاییز و زمستان ۱۳۹۴ ش.
41. Boivin, Jacky & Guido Pennings, "Parenthood Should be Regarded as a Right," *Ethic and Law*, 2004.
42. Carr, Claudia, *Beginning Medical Law*, Devon, Routledge, 2015.
43. Chandler, Adrian & Ian Brown, *Law of Contract; Questions and Answers*, 7<sup>th</sup> Ed., New York, Oxford University Press, Inc, 2011.

44. Dubay v. Wells (Case Law), 2007, Retrieved from: <<https://www.opn.ca6.uscourts.gov/opinions.pdf/07a0442p-06.pdf>>.
45. Engender Health, "Contraceptive Sterilization: Global Issues and Trend," 2002, Retrieved from: <[https://www.engenderhealth.org/wp-content/uploads/imports/files/pubs/family-planning/factbook\\_chapter\\_4.pdf](https://www.engenderhealth.org/wp-content/uploads/imports/files/pubs/family-planning/factbook_chapter_4.pdf)>.
46. Gualtieri, Rosa B., "The Legal Concept of Public Order," *Revue Juridique Themis*, Vol. 2(3), 1952.
47. Herring, Jonathan, *Family Law*, 8<sup>th</sup> Ed., Slovakia, Person, 2017.
48. Id., *Medical Law and Ethics*, 2<sup>nd</sup> Ed., England, Person, 2010.
49. Id., *Medical Law and Ethics*, New York, Oxford University Press, 2011.
50. Maclean, M., "Parenthood Should not be Regarded as a Right," *Ethics and Law*, 2004.
51. McCulley, Melanie G., "The Male Abortion: The Putative Father's Right to Terminate His Interests In and Obligations to the Unborn Child," *Journal of Law and Policy*, Vol. 7(1), 1998.
52. Mohindra, Raj, *Medical Law Handbook*, New York, Radcliffe Publishing, 2008.
53. Post, Stephen G. (Ed.), *Encyclopedia of Bioethics*, 3<sup>rd</sup> Ed., Vol. 4, New York, Thomson, 2004.
54. Treitel, Guenter Heinz, *Law of Contract*, 8<sup>th</sup> Ed., London, Sweet & Maxwell, 1991.

## وضعیت و تبعات حقوقی کاشت ریز تراشه با تأکید بر مسئولیت مدنی\*

- نرگس دهقان<sup>۱</sup>
- رضاحسین گندمکار<sup>۲</sup>
- محمدمهدی عزیزاللهی<sup>۳</sup>

### چکیده

در مسیر تکامل علوم و فناوری، دستگاه‌ها به رشد و توسعه خود برای بازدهی بیشتر و نیز قرار گرفتن در ابعاد کوچک‌تر ادامه می‌دهند. استفاده روزافزون از ریزتراشه در حوزه‌های درمانی، خدماتی و... باعث ایجاد دغدغه‌های فراوانی پیرامون تنظیمات حقوقی جامعه و انسان درباره نظارت و کنترل بر این فناوری جدید از جمله جواز و آثار حقوقی این فناوری شده است. استفاده از این فناوری به ویژه

\* تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۸/۱۹ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۵/۰۹.

۱. دانشجوی کارشناسی ارشد، گروه حقوق، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران (نویسنده مسئول)  
(n.dehghan@stu.qom.ac.ir)
۲. دانشیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران  
(d.reza.gandomkar@gmail.com)
۳. استادیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران  
(mm.azizollahi@qom.ac.ir)

کاشت آن در بدن انسان با مقاصد درمانی، از دیدگاه فقهی و حقوقی منجر به تبعات و مسئولیت‌هایی برای شخص دریافت‌کننده ریزتراشه، پزشک و عوامل سازنده یا هدایت‌کننده آن می‌شود. کاشت ریزتراشه‌ها در بدن انسان‌ها و حیوانات با مقاصد مختلف انجام می‌شود، لکن با توجه به اینکه اصولاً تعرض به جسم انسان ممنوع و نامشروع است و به کارگیری این فناوری و اختلالات آن در موارد مشروع نیز ممکن است موجب ورود صدمات و زیان‌هایی به شخص دریافت‌کننده و دیگران شود. لذا این تحقیق با روش توصیفی و تحلیلی به توصیف این دستاورد و به ویژه مسئولیت مدنی ناشی از صدمات جسمی، روحی و مالی استفاده از آن می‌پردازد و فروض گوناگون نحوه ایجاد مسئولیت حقوقی آن را بررسی و تحلیل می‌نماید.

**واژگان کلیدی:** تعدد اسباب، ریزتراشه، کاشت ریزتراشه، مسئولیت، هک ریزتراشه.

### مقدمه

امروزه با پیشرفت علم الکترونیک، سخت‌افزارها و نرم‌افزارهای رایانه‌ای مهم‌ترین نقش را در این علم بر عهده دارند. قابلیت این نرم‌افزارها به گونه‌ای است که کاربران مجاز با توجه به نوع تقاضای خود می‌توانند اطلاعات درخواستی خود را در هر زمان و در هر مکان از طریق شبکه اینترنت یا اینترانت مشاهده کنند و در مراحل بعدی همواره به دریافت و جایگزینی اطلاعات جدید اقدام نمایند. تغییر و نصب یا کنترل این برنامه‌ها الزاماً در محل نصب آن‌ها صورت نمی‌گیرد؛ بلکه برنامه‌هایی نیز وجود دارند که با استفاده از آن‌ها می‌توان نوع خاصی از ریزتراشه‌ها را از راه دور، برای مثال از طریق شبکه اینترنت، برنامه‌ریزی و به‌روز کرد.

از زمان پیدایش ریزتراشه‌ها، با توجه به این که میکروکنترلر را می‌توان یک کامپیوتر در یک چیپ سیلیکونی تلقی کرد (Axelson, 1997: 1)، دستگاه‌ها و وسایل الکترونیکی پیشرفت چشمگیری داشتند. پیشینه استفاده از ریزتراشه‌ها در بدن انسان اولین بار در سال ۱۹۹۸ آغاز شد؛ زمانی که کوین وارویک،<sup>۱</sup> استاد سایبرنتیک (Novikov, 2016: 1-2)

۱. کوین وارویک (Kevin Warwick) استاد برجسته مهندسی در دانشگاه کاونتری و ری‌دینگ انگلیس، به عنوان «اولین هیبرید ربات انسان - جهان» توصیف شده است.

دانشگاه ریدینگ، برای ایجاد تحول در زندگی بشریت یک چپ را در دست خود کاشت تا فناوری را با بدن انسان ترکیب کند. در ۱۶ مارس ۲۰۰۹، دانشمند بریتانیایی مارک گاسون<sup>۱</sup> (Gasson, 2010: 61-68)، و نیز در سال ۲۰۱۴ در ونکوور کانادا، نیکولاس بدمینتون<sup>۲</sup> (Burgmann, 2020) در دست خود کاشتند. در ۲۸ اوت ۲۰۲۰، الون ماسک<sup>۳</sup> مدیر عامل یک شرکت آمریکایی<sup>۴</sup> با شرکت در یک برنامه زنده ویدیویی، خوکی را با تراشه رایانه‌ای به اندازه یک سکه در مغزش به نمایش می‌گذارد تا برنامه‌های بلندپروازانه خود را برای ایجاد یک رابط کاربری مغز به ماشین نشان دهد (News, 2020). رشد و توسعه در همه رشته‌های علمی و فنی، با اقتضائات و نیازهای خاص حقوقی همراه بوده است؛ ولی سرعت این تحول همیشه چنان بوده است که موازی با آن، نظریه‌ها، قواعد حقوقی و قوانین خاص هم برای پاسخگویی با تأخیر قابل قبولی پا به عرصه ظهور گذاشته‌اند. توسعه ارتباطات، صنعت حمل و نقل، پزشکی، مهندسی و امثال آن‌ها، نمونه‌هایی از این تحولات محسوب می‌شوند که همزمان با عالم حقوق، پاسخ مناسب را برای پیشگیری از بُن‌بست‌های احتمالی اجتماعی نداده است (هالوی، ۱۳۹۸: ۱۰۷).

کاشت ریز تراشه در بدن انسان می‌تواند مسئولیت‌های کیفی و حقوقی برای عوامل دخیل در آن ایجاد کند؛ اما چون موضوع بحث حاضر فقط تبعات حقوقی با تأکید بر مسئولیت مدنی می‌باشد، فقط به این بخش از مسئولیت پرداخته می‌شود و مباحث کیفی علی‌رغم اهمیت، تخصصاً از موضوع این نوشتار خارج است.

شکی نیست که اختراع ریز تراشه، انقلاب بزرگی در دنیای الکترونیک به وجود آورده است؛ لکن با توجه به سیر تحولات و پیشرفت‌های علمی و اتفاقاتی که تا کنون در راستای تکامل ریز تراشه‌ها رخ داده و تلفیق دانش میان رشته‌ای که در کنار هم ایجاد شده است، هم‌اکنون از این فناوری در راستای قابلیت‌های مثبت و منفی و از جمله درمان از طریق کاشت در بدن استفاده می‌شود. از آنجا که در دین مبین اسلام، تعرض

- 
1. Mark Gason.
  2. Nicholas Badminton.
  3. Elon Reeve Musk.
  4. Neuralink.

به جسم انسان ممنوع است، لذا کاشت ریزتراشه در بدن انسان باید متناسب با شرایط به کارگیری آن از نظر فقهی و حقوقی مورد بررسی دقیق قرار گیرد تا ضمن آگاهی از موارد مشروعیت و مبنای فقهی کاشت ریزتراشه، مسئولیت عوامل کاشت و بهره‌برداری از آن را نیز مورد تحلیل و بررسی قرار دهیم.

این نوشتار در سه بخش ارائه شده است: در بخش اول به توصیف موضوع و تبیین علمی مفاهیم مربوط به ریزتراشه و برخی کارکردهای آن پرداخته شده است. در بخش دوم، وضعیت کاشت ریزتراشه مورد تحلیل قرار گرفته است و در بخش سوم، مسئولیت مدنی عوامل مداخله‌کننده در کاشت ریزتراشه، نظیر پزشک، فرد دریافت‌کننده، شخص ثالث از جمله ولی، آمر، هکر و سازنده ریزتراشه و موارد سقوط ضمان مدنی هر یک بررسی شده است.

## ۱. توصیف موضوع

ریزتراشه<sup>۱</sup> یا میکروکنترلر یا آی.سی.<sup>۲</sup> یک مدار مجتمع یا چیپ الکترونیکی است که دارای واحد پردازشگر مرکزی،<sup>۳</sup> حافظه رم،<sup>۴</sup> رام<sup>۵</sup> و تعدادی ورودی خروجی قابل برنامه‌ریزی است (Barrett & Pack, 2019: 1). میکروکنترلرها در واقع یک میکروکامپیوتر هستند که در انواع مختلف برای مصارف خاصی تولید شده‌اند و توسط کاربر قابل برنامه‌ریزی هستند که کاربر طبق برنامه می‌تواند تعریف کند که اگر شرایط خاصی در ورودی اتفاق افتاد، چه شرایطی در خروجی اتفاق بیفتد (Ibid.: 159). ریزتراشه در ابعاد بسیار کوچک با یک کد اختصاصی با شرایط معین بوده (California Law, 1988: 43-53.7) که در مرحله ساخت توسط اشعه لیزر طراحی شده است. این کدها غیر قابل تغییر و یا جایگزینی بوده و در تمام مراحل حیات جاندار به عنوان عامل دقیق شناسایی استفاده می‌شود. ریزتراشه در داخل محفظه شیشه‌ای که قابلیت تطابق با بافت زنده موجود را

1. Microchip.
2. Integrated circuit (IC).
3. Central processing unit (CPU).
4. Random-access memory (RAM).
5. Read-only memory (ROM).



دارد، قرار می‌گیرد. این محفظه از ایجاد واکنش‌های ایمنی جاندار جلوگیری می‌کند. بخش‌های ریزتراشه قابلیت تعویض و یا جدا شدن ندارد و تا انتهای عمر جاندار در بدنش باقی می‌ماند.

نحوه پیاده‌سازی و کاشت برخی از انواع این چیپ‌های بسیار کوچک درون بدن، عملیاتی شبیه به خالکوبی بوده و در عملی سرپایی به صورت زیرپوستی کاشته می‌شود (Savage, 2018). اما در برخی انواع دیگر که مربوط به فعالیت‌های اندام‌های درونی بدن انسان مانند قلب، مغز، گوش یا چشم و... است، طی عمل جراحی در محل مورد نظر کار گذاشته می‌شود تا بتواند به راحتی با رشته‌های عصبی اندام هدف، ارتباط برقرار کند. ریزتراشه‌ها در مقیاس میکرو و حتی خیلی کوچک‌تر از آن در مقیاس نانو برای کارهای تخصصی مانند کنترل ابزار، اسباب‌بازی‌ها، دستگاه‌های پزشکی، آزمایشگاهی، ماشین‌های اداری، موتورها، کنترل‌کننده‌های از راه دور و... به کار می‌روند. برخی از انواع آن برای کنترل ذهن (Stible, 2017; The Royal Society, 2019: 75)، اهداف نظامی (Committee on the Environment..., A4-0005/99: 30)، علوم تحقیقاتی و آزمایشگاهی (Bilitewski, 2009: 145; Ratner, 2002: 91؛ حداد، ۱۳۹۸: ۱۴۲-۱۴۶)، جاسوسی (Chow et al., 2004; Chader, 2008)، در حوزه پزشکی برای تحویل داروهای نظیر «تریپاراتاید»<sup>۱</sup> به بیماران دارای پوکی استخوان بدون نیاز به تزریق (Bilitewski, 2009: 145; Barrett & Pack, 2019: 1-2)، رصد سلامتی افراد بیمار و کاهش افسردگی شدید (Mayberg et al., 2005)، کنترل دستگاه‌های نجات‌دهنده زندگی مانند ریزتراشه‌های ضربان‌ساز قلبی (Kolitz, 2020; Friggieri et al., 2009)، درمان از دست دادن بینایی رتینیت پیگمنتوزا<sup>۲</sup> (Chader, 2008; Chow et al., 2004)، ذخیره سابقه پزشکی کامل فرد یا حداقل داروهای مصرفی یا حساسیت به آن‌ها (Smith, 2008: 151-160)، کنترل بیماری پارکینسون<sup>۳</sup> (Shen, 2014)، و در نوع کاشت مغزی<sup>۴</sup> برای کمک به معلولان

1. Teriparatide.

۲. رتینیت پیگمنتوزا (retinitis pigmentosa) نوعی بیماری مربوط به ناحیه شبکیه چشم است که در آن، از دست دادن بینایی در اثر ضعیف شدن سلول‌های حساس به نور شبکیه رخ می‌دهد و به تدریج بدتر می‌شود.

3. Parkinson.

4. Brain Gates.

جسمی (Cheung, 2007) استفاده می‌شوند.

اگرچه گفته می‌شود اثر اندکی از عوارض ریزتراشه‌ها بر روی بدن وجود دارد، اما هیچ کس از خطرات احتمالی سلامتی با گذشت زمان مطمئن نیست. فناوری موجود در آن‌ها نیز ممکن است روزی منسوخ شود. متأسفانه هیچ مطالعه تجربی در مقیاس وسیع و معتبر درباره کاشت ریزتراشه در انسان وجود ندارد. بنابراین از ایمنی طولانی‌مدت آن‌ها اطمینان حاصل نشده است. با وجود این، برخی از خطرات این فناوری شامل هک شدن (امیری، ۱۳۹۶: ۷۸؛ ۸: ۷۸؛ ۲۰۱۹: ۸؛ Stibel, 2017; Jenca & Haselager, 2016; Duncan, 2010: 15)، مشکلات بهداشتی نظیر خونریزی گسترده یا بروز عفونت (McGreevy et al., 2019) و نقض حریم خصوصی افراد نیز وجود دارد.

## ۲. وضعیت کاشت ریزتراشه

حفظ جان انسان‌ها در اسلام دارای اهمیت و احترام زیادی است. از نظر فقهی، اصل کلی در کاشت ریزتراشه بر عدم مشروعیت آن است. با توجه به اصول فقهی مانند «حرمت مال و خون مسلمان»<sup>۱</sup> (کلینی، ۱۳۸۵: ۲/۲۶۸) و آیات قرآن (نساء/۹۲؛ اسراء/۳۳) درمی‌یابیم که تعرض به جسم انسان ممنوع است؛ اما در مواردی که جنبه عقلایی، درمانی و معالجاتی داشته باشد، آن هم همراه با اخذ رضایت از شخص دریافت‌کننده ریزتراشه به منظور ضرورت حفظ سلامت جسم و معالجه و امکان تعرض توسط پزشک با رعایت مقررات علمی و فنی با استناد به ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی، کاشت ریزتراشه با هدف درمانی مشروع می‌باشد. ولی اگر در جنبه‌های مذکور نیز رضایت شخص دریافت‌کننده ریزتراشه وجود نداشته باشد، ولو عمل کاشت با انگیزه‌های شرافتمندانه بوده است، اما مشروع نمی‌باشد. حتی در فرض مشروعیت نیز ممکن است اختلالاتی در نحوه کار ریزتراشه ایجاد شود که اگر آسیب وارده به شخص دریافت‌کننده مربوط به عدم رعایت مقررات علمی و فنی توسط پزشک باشد، برای پزشک مسئولیت مدنی ایجاد می‌شود و در صورتی که برای جلوگیری از ادامه ضرر و آسیب، راه دفع

۱. اساس و مبنای قاعده بر حدیث گرانبار نبوی «حرمة مال المسلم كحرمة دمه» (مال مسلمان مانند خون او حرمت دارد) استوار است.

ضرر، خارج کردن منبع ضرر باشد، دادگاه می‌تواند با رعایت موازین علمی و وضعیت پذیرنده ریزتراشه، دستور خارج کردن ریزتراشه را صادر نماید.

در فرض عدم مشروعیت که شامل تعرض به جسم و نیز جبران خسارت ناشی از صدمات به جسم یا روح می‌شود و با توجه به فروض مختلف در خصوص نحوه مداخله برای هر یک از عوامل کاشت نامشروع نظیر پزشک یا شخص ثالث، اعم از آمر یا هکر یا در مواردی حتی خود شخص دریافت‌کننده و در صورتی که دریافت‌کننده صغیر بوده، ولی یا قیم او، بر حسب اینکه فعل زیانبار به کدام یک منتسب شده است، حسب مورد که سبب واحد یا متعدد بوده است و تأثیر عمل هر یک به چه میزان بوده است، میزان مسئولیت مشخص می‌شود.

### ۳. بررسی مسئولیت مدنی در کاشت ریزتراشه

در اصطلاح حقوقی، مسئولیت عبارت است از الزام به جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد یا ضمان قهری. الزامات خارج از قرارداد یا ضمان قهری که در مواد ۳۰۱ تا ۳۳۷ قانون مدنی بیان شده است، در معنای خاص عبارت است از تکلیف شخص به جبران زبانی که بر اثر عمل نامشروع به دیگری وارد شده است.

#### ۳-۱. ارکان مسئولیت مدنی در کاشت ریزتراشه

مسئولیت مدنی با تحقق ارکان آن به وجود می‌آید و اثر آن، که جبران خسارت است، قابل مطالبه می‌شود (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۳: ۲۳۱). برای اینکه شخص، مسئول و مکلف به جبران خسارت وارده به دیگری باشد، سه شرط یا رکن باید اثبات گردد: شرط نخست، اثبات وقوع ضرری است که به خواهان وارد شده است (همان: ۹۹-۱۱۲)، که این ضرر ممکن است مادی باشد مانند هزینه‌های درمانی، دارویی و جراحی که بیمار در جهت کاشت ریزتراشه متحمل آن گردیده است، یا ضرر بدنی باشد مانند بروز خونریزی یا عفونت در ناحیه کاشت ریزتراشه و جرح یا نقص عضو مورد کاشت و حتی فوت فرد دریافت‌کننده ریزتراشه، یا ممکن است ضرر معنوی باشد مانند اینکه در اثر کاشت ریزتراشه درد و رنج برای فرد به وجود آید و یا اختلالات عصبی، روحی و

روانی یا اختلال در تصمیم‌گیری برای شخص دریافت‌کننده ریزتراشه ایجاد گردد. دومین رکن، تقصیر یا فعل زیانبار می‌باشد؛ مانند نامتناسب بودن نوع ریزتراشه با درمان، کاشت ریزتراشه در جای نامناسب، نقص فنی ریزتراشه و اختلال عملکرد آن. در فقه نیز به صرف تحقق ضرر بدون فعل ضمان ایجاد نمی‌شود (حسینی مراغی، ۱۳۷۵: ۳۳۶/۱). مصادیقی از افعال زیانبار در قانون، عرف و شرع بیان شده‌اند. فعل زیانبار در شرع بر مبنای انتساب است؛ بدین صورت که اگر مباشر اقوی باشد، فعل زیانبار به او منتسب می‌شود و اگر سبب اقوی باشد به آن، و اگر هر دو مداخله داشته باشند، به اندازه تأثیر هر یک مسئول هستند. اما قاعده عمومی و مبنای آن در قانون با مقایسه ماده ۳۳۲ قانون مدنی و ماده ۵۲۶ قانون مجازات اسلامی، مسئولیت مبتنی بر تقصیر است. شرط سوم و آخرین رکن، وجود رابطه سببیت بین فعل عامل زیان و زیان وارده است؛ یعنی باید ثابت شود که زیان وارده ناشی از تقصیر یا فعل یا ترک فعل زیان‌آور بوده است (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۳: ۹۶). به این مطلب می‌توان از ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی و مواد ۴۹۲ و ۵۲۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ پی برد؛ یعنی برای مثال، اگر عفونتی که در محل کاشت ریزتراشه ایجاد شده، در اثر اهمال و سهل‌انگاری و نقص قوانین پزشکی پدیدار گشته که رابطه سببیت با پزشک برقرار می‌گردد، ولی اگر عفونت به سبب اهمال و کوتاهی دریافت‌کننده ریزتراشه در رعایت دستورات پزشک که به منظور مراقبت و معاینات دوره‌ای به بیمار داده است، ایجاد شود، پس رابطه سببیت با شخص دارنده برقرار می‌گردد. سبب، مسئولیت را ایجاد می‌کند و یافتن سبب حادثه و زیان وارده در فرض تعدد اسباب، یکی از معضلات حقوق‌دانان می‌باشد.

### ۲-۳. صور گوناگون ایجاد مسئولیت مدنی کاشت ریزتراشه

تقسیم مسئولیت مدنی بر اساس قواعد فقهی، حقوقی و قواعد مذکور در حقوق ایران، یعنی معیارهای تقسیم به تساوی، به نسبت تأثیر عمل و تقصیر صورت می‌گیرد. بر همین اساس در خصوص این موضوع، مسئولیت مدنی پزشک نسبت به شخص دریافت‌کننده ریزتراشه و همچنین مسئولیت مدنی پزشک نسبت به اشخاص زیان‌دیده ثالث و مسئولیت مدنی در صورت اجتماع عواملی نظیر پزشک، دارنده ریزتراشه، آمر، سازنده و هکر

نسبت به اشخاص زیان‌دیده ثالث قابل طرح می‌باشد که به بررسی هر یک می‌پردازیم.

### ۳-۲-۱. مسئولیت مدنی پزشک نسبت به شخص دریافت‌کننده ریزتراشه

کاشت ریزتراشه به عنوان یکی از روش‌های درمانی می‌تواند مورد استفاده قرار گیرد. بنابراین در جایی که جنبه درمانی دارد و طبق تشخیص متخصصان حادث، اقدام به این امر ضروری می‌باشد، تابع ضوابط و مقررات پزشکی است. اصل دوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، کرامت و ارزش والای انسان، و اصل بیست و دوم، مصونیت از تعرض به جان، حیثیت و... افراد را مورد تأکید قرار می‌دهد. هیچ یک از قوانین موضوعه کشور، تعرض به جان و حیثیت افراد را تجویز نکرده است. لذا تعرض به جسم آدمی ممنوع است، مگر اینکه جهات و مقاصد مشروعی وجود داشته و یا جنبه درمانی داشته باشد. کاشت ریزتراشه در بدن شخص اگر به صورت صحیح انجام نشود، منجر به زیان‌های متعددی می‌گردد. ماهیت فعل زیانبار برای گیرنده و اشخاص ثالث اعم از پزشک یا آمر یا سازنده ریزتراشه به صورت تحقق فعل یا ترک فعل به اشکال متفاوت می‌باشد. در شرایط تجاری امروز، حتی فناوری‌های زیست پزشکی نیز می‌توانند اهداف دوگانه‌ای داشته باشند. با توجه به این نکته که اصل عمل کاشت ریزتراشه، مجاز و مشروع یا غیر مجاز و نامشروع بوده است، فروض زیر قابلیت بررسی و تجزیه و تحلیل خواهند داشت:

### ۳-۲-۱-۱. فرض مشروعیت کاشت ریزتراشه

در این فرض که کاشت ریزتراشه عقلایی بوده و جنبه درمانی و معالجاتی دارد و در نتیجه، مجاز و مشروع می‌باشد، دو حالت وجود دارد: حالت اول اینکه اگر پزشک در انجام عمل حسن‌نیت داشته و این عمل برای بهبود وضعیت جسمی یا روحی فرد بیمار ضرورت داشته و همچنین پزشک موازین و ضوابط و مقررات پزشکی و درمانی را رعایت کرده باشد و دارای تخصص و مهارت کافی در رشته مورد نظر باشد، مسئولیتی متوجه پزشک نخواهد بود و اقدامات پزشک از تعقیب و مجازات معاف است، مشروط بر آنکه با رضایت انجام شود و ضروری و معقولانه و یا همراه با نظارت دولتی باشد؛ همان‌گونه که در بند ج ماده ۱۵۸ و همچنین در تبصره ۱ ماده ۴۹۵ قانون

مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به این مورد اشاره گردیده است. دومین حالت این است که هرچند اصل عمل کاشت ریزتراشه مجاز و مشروع بوده، اما پزشک مرتکب افعال زیانباری مانند عدم رعایت موازین و مقررات درمانی، تشخیص نامناسب، تجویز داروی نامناسب و یا مرتکب سهل‌انگاری و قصور یا تقصیری شده باشد، مانند کوتاهی در مطلع شدن از سلامت دستگاه یا امور فنی مربوط به آن قبل از به کارگیری در بدن شخص و عدم مشورت با کارشناس متخصص مربوط، یا کاشت دستگاه در جای نامناسب و بروز اختلال در نتیجه فعل یا ترک فعل‌های زیانبار پزشک؛ مثلاً نامناسب بودن بسامد امواج الکتریکی موجب از کار افتادن آن اندام و یا به طور کلی سبب مرگ آن شخص شود و یا ممکن است به تبع این افعال زیانبار پزشک، هزینه‌های درمانی دیگری نیز به بیمار تحمیل گردد که در این موارد مسلماً پزشک مسئول خواهد بود. در صورت اثبات رابطه علیت میان وارد شدن آسیب جسمی یا روانی به فرد با عملیات پزشکی «فناوری ریزتراشه‌ها» توسط پزشک، چنانچه پزشک مهارت کافی نداشته باشد، حتی اگر قبل از آغاز عملیات مطابق ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی اقدام به اخذ برائت نیز نموده باشد، مسئولیت خواهد داشت.

**۳-۲-۱-۲. فرض عدم مشروعیت کاشت ریزتراشه**

در صورت نامشروع یا غیر مجاز بودن کاشت یا عدم ضرورت درمان از راه کاشت، اگر ریزتراشه در جهت استفاده منفی و یا به تعبیر دیگر سوءاستفاده و در راستای مقاصد غیرقانونی ولو با رضایت فرد به کار گرفته شود، مسئولیت مدنی برای عاملان ایجاد می‌شود. حتی ممکن است خود گیرنده در جهت استفاده غیر قانونی، خواستار نصب این وسیله باشد که در این مورد نیز ایجاد مسئولیت برای خود شخص دریافت‌کننده و یا دیگر عوامل مربوط به وجود می‌آید. قانون‌گذار در ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی به این مورد اشاره کرده و همچنین در بند ۱ ماده ۵۰۰ مکرر قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۹/۲/۳۰ به جرم‌انگاری این مورد پرداخته است.

در قوانین موضوعه ایران، جبران خسارت معنوی پذیرفته شده است. ایجاد اختلال در تصمیم‌گیری فرد دریافت‌کننده ریزتراشه، یکی از موارد این گونه ضررهای معنوی

می‌باشد. همچنین نقص در این فناوری ممکن است به اختلال عصبی یا روانی یا هر دو در فرد منجر شود. اصل ۱۷۱ قانون اساسی به ضرر معنوی و ضمان ناشی از آن و جبران خسارت تصریح کرده است؛ از جمله در مواد ۱، ۲، ۸، ۹ و ۱۰ قانون مسئولیت مدنی نیز جبران ضرر معنوی پیش‌بینی شده است. با توجه به مواد مذکور، شکی نیست که جبران خسارت معنوی حتی از طریق مالی یعنی دادن مبلغی پول یا مال دیگر در قوانین موضوعه پذیرفته شده است (همان: ۱۲۹-۱۲۸).

### ۲-۲-۳. مسئولیت مدنی پزشک نسبت به اشخاص زیان‌دیده ثالث

اگر شخص با اراده و اختیار و بدون تأثیر سبب، به خودش یا دیگری آسیب برساند، خود ضامن است (فیض، ۱۳۷۰: ۳۲۲؛ امینی و عنایت‌تبار، ۱۳۹۷: ۱۰). بر اساس قسمت اول ماده ۳۳۲ قانون مدنی، اصل بر مسئولیت مباشر است. پس اگر شخص دارنده ریزتراشه، آسیب یا ضرری به اشخاص ثالث وارد کرده و باعث زیان آن‌ها گردد، خود ضامن است؛ اما اگر وی در اثر نقص مربوط به دستگاه، دچار بی‌اختیاری اراده و اختلال در تصمیم‌گیری شود و در نتیجه آن مرتکب اقدامات زیانباری گردد و در بررسی‌های علمی که پیرامون مسئولیت در این حوزه صورت می‌گیرد، معلوم شود که به دلیل فعل و انفعالات ریزتراشه یا مصرف داروی خاصی برای کنترل ریزتراشه و بروز اختلال در آن، شخص در حالت مسلوب‌الارادگی قرار گرفته و قادر به کنترل رفتارش نبوده است، اقدام پزشک اقوی می‌باشد. همچنین اگر کاشت ریزتراشه بدون رضایت گیرنده صورت گرفته و در اثر امواج الکترومغناطیسی و در نتیجه بروز مشکل در عملکرد دستگاه عصبی، دچار توهم یا بی‌اختیاری اراده و یا اکراه به تولید فعل زیانبار شده است، آن فرد با وجود اینکه مباشر است، ولی سبب اقوی از مباشری وجود دارد که او را به این کار واداشته است. کسی که عمل زیانبار را نه مستقیماً و به خودی خود، بلکه به واسطه انجام می‌دهد، سبب است (فیض، ۱۳۷۰: ۳۲۲؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۹۶۳). طبق قسمت دوم ماده ۳۳۲ قانون مدنی، مسئولیت اصلی حادثه بر عهده سبب اقوی از مباشر می‌باشد، به نحوی که عرفاً اتلاف مستند به او باشد. طبق ماده ۳۷۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به جز در قتل که اکراه مجوز قتل نیست، در سایر موارد، مباشر مکره مسئولیت مدنی

ندارد. قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۹۹۲ در ماده ۵۲۶ اشعار داشته است:  
 «هر گاه دو یا چند عامل، برخی به مباشرت و برخی به تسبیب در وقوع جنایاتی تأثیر داشته باشند، عاملی که جنایات مستند به اوست، ضامن است...».

با وجود تصریح نشدن مسئولیت مباشر در این ماده، به نظر می‌رسد که عرف، مسئول بودن مباشر را منطبق بر اصل می‌داند و مسئولیت سبب را نیازمند اثبات اقوی بودن آن، مثل مواردی که مباشر بنا به تصریح ماده ۵۲۶، بی‌اختیار، جاهل، صغیر غیر ممیز یا مجنون و مانند آن‌ها باشد که در این صورت «فقط سبب ضامن است» (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۲: ۵۲). نه تنها ماده ۵۲۶ قانون مجازات اسلامی منافاتی با بحث سبب و مباشر ماده ۳۳۲ قانون مدنی ندارد، بلکه مفهوم آن را کامل‌تر نیز می‌سازد؛ زیرا مبنای مسئولیت مباشر و یا سبب، انتساب عرفی است و ماده ۳۳۲ قانون مدنی با ماده ۵۲۶ قانون مجازات اسلامی هماهنگ است و نیز در تعدد اسباب هم در بین نظریات ارائه‌شده قانون مجازات اسلامی اولاً مبنا را بر انتساب گذاشته و ثانیاً در صورت امکان انتساب به همه عوامل بر اساس میزان تأثیر، همه را مسئول می‌شناسد.

در حالتی که گیرنده، متقاضی نابجا و غیر متعارف ریزتراشه باشد و بخواهد از این وسیله سوءاستفاده کند و شخص کارگذارنده یا پزشک نیز مرتکب عمل غیر مجاز و غیر قانونی گردیده باشد، اجتماع سبب و مباشر پیش خواهد آمد و همچنین ممکن است چندین مباشر مجتمعاً مبادرت به ورود زیان کرده باشند که در این حالات اصولاً هر دو مسئول بوده، با تفاوت تأثیر میزان مداخله، مسئولیت نیز به طور نسبی خواهد بود. اطلاق ماده ۵۲۶ شامل این حالت هم می‌شود و نیز ماده ۵۳۳ در خصوص شرکت در جنایت قابل تسری به این حالت است. «در این مورد که در صورت تساوی سبب و مباشر، آیا باید ایشان را شریک قلمداد کرد، اختلاف نظر است. در غیر مورد جنایات معمولاً قضات دادگاه‌ها سبب و مباشر هم‌عرض را شریک قلمداد می‌کنند؛ ولی در جنایات به نظر می‌رسد تمایل قضات به عدم توسعه مفهوم مشارکت به اسباب است» (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۹۰: ۱۳۳).

### ۳-۲-۳. مسئولیت مدنی در صورت اجتماع عوامل

گاه اجتماع عوامل به صورت اجتماع عوامل عرضی است و گاه اجتماع عوامل طولی.



### ۱-۳-۲-۳. اجتماع عوامل عرضی

در این حالت، تأثیر هیچ یک از عوامل، مقدم یا مؤخر بر دیگری نبوده و همزمانی تأثیر آن‌ها در وقوع نتیجه، شرط اساسی است. عواملی که در عرض یکدیگر اجتماع می‌کنند، ممکن است همه مباشر یا همه آن‌ها سبب بوده یا برخی سبب و بعضی دیگر مباشر باشند و در هر صورت، با وجود شرط عدم تقدم و تأخر در تأثیر و صرف نظر از نحوه و مراتب دخالت آن‌ها، نتیجه به همه عوامل دخالت‌کننده مستند شده، مورد از مصادیق شرکت در صدمه یا خسارت قلمداد می‌گردد (صادقی، ۱۳۹۳: ۱۰۰).

وقتی اسباب متعددی با هم زمینه ورود یک زیان را فراهم می‌کنند، به نحوی که زیان به طور مساوی منتسب به همه آن عوامل است، در این صورت، اجتماع عوامل عرضی مطرح می‌شود؛ مانند هنگامی که پزشک به درستی به وظایف خود عمل نکرده باشد و فرد دیگری نیز باعث اختلال در عملکرد ریزتراشه شده باشد (هکر). در این حالت، فرد هکر ممکن است حکم را تحت امر فرد دیگری انجام داده باشد که در اینجا تعدد اسباب موجب ورود زیان مالی یا جسمی یا روحی به دیگری شده باشد. این گونه اقدامات در قالب انجام افعال زیانباری صورت می‌گیرد که ممکن است تحت کنترل شخص یا خارج از کنترل وی باشد.

از آنجا که برخی از ریزتراشه‌ها قابلیت کنترل و برنامه‌ریزی توسط اشخاص ثالث را دارند، در صورتی که افرادی با سوءاستفاده یا دستورات گمراه‌کننده و هک کردن آن‌ها موجب ورود زیان به فرد دارنده ریزتراشه یا دیگری گردند، می‌توان اقدام آن‌ها در حذف، از بین بردن، تحریف و به هم ریختن اطلاعات و داده‌های سیستم‌های رایانه‌ای دیگر را از باب تسبیب مسئول شمرد. ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی مقرر می‌دارد:

«هر کس بدون مجوز قانونی، عمداً یا در نتیجه بی‌احتیاطی، به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت جهانی یا هر حق دیگری که به موجب قانون برای افراد ایجاد شده، لطمه‌ای وارد کند که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود، مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود است.»

با استناد به این ماده می‌توان اقدامات هکرها را تحت عنوان لطمه به مال، حیثیت یا شهرت تجاری یا سایر حقوقی که به موجب قانون برای اشخاص ایجاد شده، به شمار

آورد و حکم به مسئولیت هکرها داد. مسئولیت هکر طبق ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی مبتنی بر تقصیر است. قانون‌گذار در ماده ۷۳۶ بخش تعزیرات قانون مجازات اسلامی و همچنین در مواد ۸ و ۲۵ قانون جرایم رایانه‌ای، هک کردن را یکی از مصادیق شایع جرایم رایانه‌ای عنوان کرده است؛ زیرا موجب تقصیر می‌شود و این تقصیر در اثر فعل هکر واقع شده است. پس رابطه سببیت میان فعل او و زیان وارده برقرار می‌باشد.

### ۲-۳-۲-۳. اجتماع عوامل طولی

در این حالت، تحقق اجتماع طولی عوامل، منوط به ترتیب زمانی تأثیر هر یک از آن‌ها در وقوع نتیجه واحد است؛ چه در حدوث، تقدم و تأخر داشته یا همزمان واقع شده باشند. بنابراین در این فرض، تأثیر هر فعل نسبت به دیگری تقدم یا تأخر دارد، به طوری که در زمان وقوع زیان، تنها اثر یک عامل حضور دارد (همان: ۱۰۱). چنانچه گیرنده ریزتراشه، ضعیف و یا بی‌اختیار، جاهل و مغرور و تنها آلت دست سبب باشد، مسئولیت ندارد، وگرنه او با سبب مسئولیت مساوی دارد و در حالت تغییر میزان دخالت، به میزان تأثیر مسئول است و حتی اگر تحت تأثیر مستقیم سبب، مرتکب جنایت و صدمه و تلف گردد، باز هم مسئول است. در اجتماع طولی عوامل سبب مناسب یا متعارف مسئول است.

بر طبق ماده ۲ آیین‌نامه فعالیت در حوزه تجهیزات پزشکی مصوب ۱۳۹۷ و راهنمای ضوابط طبقه‌بندی وسایل پزشکی<sup>۱</sup>، ارائه‌کنندگان، اعم از تولیدکنندگان، واردکنندگان و عرضه‌کنندگان، از تطابق عملکرد خود با قوانین و ضوابط نظارتی اطمینان پیدا می‌کنند. طبقه‌بندی وسایل پزشکی باید طبق سازمان هماهنگ‌سازی جهانی<sup>۲</sup> یعنی به گونه‌ای انجام گیرد تا با طبقه‌بندی‌هایی که در کشورهای توسعه‌یافته صورت می‌گیرد، تضاد و اختلاف اساسی نداشته باشد. بنا بر ماده ۵ همین قانون، شخص سازنده این گونه وسایل باید روش‌های مشخص شده بهداشتی و ضوابط اصول ایمنی و استانداردهای لازم قانونی را در طول مراحل طراحی، ساخت و فروش اجرا

۱. مبنای این راهنما، سند راهنمای انجمن اعتباربخشی بین‌المللی International Accreditation Forum (IAF) برای طبقه‌بندی تجهیزات پزشکی بر اساس ریسک (IAF ID 13:2017) است.

2. Global Harmonization Task Force (GHTF).

کند. اگر سازنده‌ای این موارد را رعایت نکند، مطابق نظریه سبب مقدم در تأثیر که در ماده ۵۳۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ پذیرفته شده است، چون تأثیر کار او قبل از تأثیر اسباب دیگر می‌باشد، ضامن است.

در صورتی که رضایت دریافت‌کننده ریزتراشه برای کاشت وجود داشته باشد، برای این شخص با عوامل دیگر کاشت ریزتراشه، اعم از پزشک، سازنده ریزتراشه یا آمر غیر قانونی، با توجه به اینکه عمل کاشت مجاز یا غیر مجاز بوده است، توأمان بر حسب مورد بر اساس چگونگی اجتماع عوامل، مسئولیت نسبی یا تضامنی ایجاد خواهد شد.

### ۳-۳. بررسی موارد سقوط ضمان مدنی

موارد سقوط ضمان یا عوامل رافع تقصیر در مسئولیت مدنی، شرایط و اوضاع و احوالی است که توجه‌کننده و مشروع‌کننده فعل زیانبار است و در مسئولیت مدنی مبتنی بر تقصیر، موجب می‌شود که عنصر تقصیر زائل شود. هر گاه در اثر کاشت ریزتراشه در بدن انسان به دلایلی مانند عدم رعایت موازین علمی و فنی پزشک یا عدم مراقبت و نگهداری صحیح شخص دریافت‌کننده ریزتراشه و یا دسترسی غیر مجاز هکر و نیز امر غیر قانونی آمر و یا رضایت بر خلاف مصلحت طفل از جانب ولی، مسئولیت مدنی پدید آمد، تنها گذشت فرد زیان‌دیده مانع جبران می‌شود؛ اما مواردی وجود دارند که موجبات سقوط ضمان مدنی هستند که در زیر به شرح آن‌ها پرداخته شده است:

#### ۳-۳-۱. موارد سقوط ضمان فرد دریافت‌کننده ریزتراشه

ممکن است از سوی شخص دارنده ریزتراشه با شخص دیگری، قرارداد عدم مسئولیت منعقد شود که اگر شخص مزبور زبانی به دیگری وارد کرد، مسئول نباشد، که این قراردادها در مورد مال و در مورد آسیب‌های جسمی، اگر عمدی نبوده باشند، خالی از اشکال هستند (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۵۶۳).

در مواردی که ضرر به مال شخص وارد شده باشد، قاعده اقدام قابل اعمال است و فقها درباره ضرر نفسانی و به تعبیر امروز ضرر بدنی، قاعده اقدام را جاری نمی‌کنند؛ زیرا اضرار به نفس شرعاً حرام است و مجالی برای قاعده اقدام در این خصوص نیست (مصطفوی، ۱۳۹۶: ۴۹/۱) که در مورد، شخص حامل ریزتراشه چون بحث تمامیت

جسمی او مطرح است، مشمول این قاعده نمی‌شود؛ زیرا اقدام نامعقول و نامتعارف شخص علیه تمامیت جسمانی خود، مسقط ضمان نیست (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۲۳). اما در مورد شخص زیان‌دیده ثالث می‌توان به این قاعده در صورت وجود شرایط استناد نمود. از امکان اجرای قاعده غرور (کریمی و آذین، ۱۳۸۷: ۲) در موارد اعمال فریبنده پزشکی در هنگام کاشت ریزتراشه سخن به میان می‌آید و این قاعده را در خصوص ظواهر فریبنده پزشکی و هر حوزه دیگری که با فریب شخص گیرنده، کاشت ریزتراشه منجر به خسارتی می‌گردد، می‌توان اعمال کرد.

در مواد ۱۵۴ و ۳۰۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، قانون‌گذار مسلوب‌الاختیار بودن را از علل سقوط ضمان مرتکب دانسته است؛ به شرطی که شخص در حین ارتکاب تقصیر به طور کلی اراده و اختیار خویش را از دست داده باشد و همچنین کاشت ریزتراشه را برای ارتکاب عمل مورد نظر انجام نداده باشد. اگر فرد دریافت‌کننده با علم و آگاهی به اینکه در نتیجه کاشت ریزتراشه، اراده و اختیارش سلب شده و منجر به ارتکاب عمل غیر قانونی خواهد شد، کاشت را انجام دهد نیز از مسئولیت مبرا نخواهد بود. در مورد تشخیص اینکه مسلوب‌الارادگی حین عمل بوده یا پس از آن و یا میزان آن تا چه اندازه بوده است، تبصره ماده ۴ قانون اقدامات تأمینی و تربیتی مصوب ۱۳۳۹ بیان می‌دارد:

«در باره تشخیص عدم مسئولیت مجرمین و اینکه آیا مطلقاً یا به طور نسبی، فاقد قوه ممیزه می‌باشند، دادگاه نظر پزشک متخصص امراض روحی را جلب می‌نماید و در هر حال تصمیم نهایی با دادگاه است.»

توضیح آنکه مستنبط از این ماده و مواد قانونی دیگر در بحث جنون، تشخیص جنون و تعیین توانمندی ادراک و اراده شخص با متخصص و روان‌پزشک است و بر این اساس، احراز مسئولیت و تعیین حدود آن با دادگاه است. لذا فقدان ادراک و اختیار و همزمانی جنون و ارتکاب جرم، شرط بهره‌مندی انسان حامل ریزتراشه مبتلا به عارضه نقص در کارکرد «فناوری ارتقاء به روش سایبرنتیک» که منجر به ارتکاب شده است، می‌باشد و مسئولیت متوجه پزشک خواهد شد.

البته سلب مسئولیت مدنی و کیفری از انسان، استثناست و مرتکب جرم، حتی اگر

در نتیجه مستقیم اختلال در عملکرد نظام عصبی و روانی و شناختی مرتکب جرم شود، باز به راحتی نمی‌توان گفت او بر خود وقوف و کنترل نداشته و فوراً باید از چرخه اتهام کیفری خارج و تبرئه گردد؛ چه، کشفیات جدید در زمینه شبکه‌های بین سلول‌های مغز بسیار پیچیده است و شواهد دلالت بر این دارد که انسان به این درک و فهم از موضوع آگاه است که «می‌تواند» فکر کند و احساس کند (خاقانی اصفهانی، ۱۳۹۰: ۱۷). در برخی موارد، حتی اگر مسئولیت کیفری به دلیل وجود عوامل رافع مسئولیت ساقط شود، مسئولیت مدنی برای مرتکبان باقی می‌ماند.

مورد دیگر از موارد سقوط ضمان در یافت‌کننده ریزتراشه این است که اگر پزشک یا متخصص نسبت به دادن هشدارهای لازم درباره شرایط نگهداری یا عوارض جانبی ناشی از این دستگاه یا کنترل‌های دوره‌ای متداول پس از کارگذاری آن، مرتکب سهل‌انگاری شود و هشدارهای متعارف را به فرد دریافت‌کننده ندهد و اختلال پدیدآمده ناشی از عملکرد پزشک باشد، فرد دریافت‌کننده ریزتراشه مسئولیتی ندارد.

### ۳-۲-۳. موارد سقوط ضمان پزشک

اخذ براءت توسط پزشک در هنگام کاشت ریزتراشه، یکی از قراردادهای عدم مسئولیت است که پزشک خود را بدین وسیله در مقابل بیمار بری می‌کند. اما مطابق تبصره ۱ ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، این براءت تنها در صورتی قابل استناد است که پزشک کلیه موازین علمی و فنی مربوط را رعایت کرده باشد. اقدامات درمانی و پزشکی در حقوق ایران اگر با قصور و تقصیر باشد، مسئولیت‌آور است.

ممکن است طبق قاعده غرور، فریب پزشک توسط شخص ثالثی به منظور کاشت ریزتراشه در بدن دیگری صورت گیرد. آنچه در شخص مغرور شرط است، ناآگاهی وی از عملیات خدعه‌آمیز فریب‌دهنده است.

در مورد هشدارهای پزشکی، اگر پزشک هشدارهای لازم در مورد مراقبت‌های پزشکی بعد از کاشت ریزتراشه را به بیمار داده باشد، ولی آن شخص در مراقبت‌های دوره‌ای ریزتراشه و یا استعمال داروهای مصرفی، طبق دستور پزشک عمل نکرده و مرتکب سهل‌انگاری شده باشد، مسئولیتی متوجه پزشک نخواهد بود.

### ۳-۳-۳. موارد سقوط ضمان هکر و آمر

ممنوعه بودن عمل هک در ماده ۷۳۶ قانون مجازات اسلامی و نیز مواد ۸ و ۲۵ قانون جرایم رایانه‌ای و امر آمر غیر قانونی در ماده ۱۳۹ قانون مجازات اسلامی جرم‌انگاری شده است و انجام افعال مذکور حتی اگر موانع مسئولیت کیفری هم وجود داشته باشد، مصداق تقصیر است و موجب ایجاد مسئولیت مدنی شده و منجر به سقوط ضمان هکر و آمر غیر قانونی نمی‌گردد.

ولی اگر رابطه هکر و آمر، مصداق رابطه مأمور و آمر قانونی بوده و مأمور از غیر قانونی بودن دستور آمر قانونی آگاه باشد، باید خلاف قانون بودن را به مافوق گزارش کند و در صورت دستور آمر با علم به خلاف بودن دستور، مأمور مسئول نیست. اگر مأمور به واسطه غرور یا اکراه مقامات صالح، دستور را اجرا کرده، در حالی که اکراه یا غرور رابطه سببیت میان فعل زیانبار مأمور و خسارت را زائل کند، در این صورت صرفاً در مسئولیت مبتنی بر تقصیر و نه مسئولیت محض، مأمور مسئولیت مدنی نخواهد داشت و موجب سقوط ضمان او بوده و مقامات صالح ملزم به جبران خسارت خواهند بود. البته در مسئولیت محض، مأمور پس از تدارک خسارت می‌تواند به مقامات صالح رجوع کند (بادینی و دیگران، ۱۳۹۵: ۲۹۵).

وقتی دستور نصب یا هک ریزتراشه به منظور تجسس از حریم خصوصی باشد، از آنجا که حق انسان بر حریم خصوصی، یک حق مدنی است، اگر در نتیجه نقض حریم خصوصی، خسارت‌های مادی یا معنوی به اشخاص وارد شده باشد، زیان‌دیده می‌تواند طبق قواعد مسئولیت مدنی، تمامی خسارت‌های خود را مطالبه کند. آنچه از بررسی ادله فقهی و مواد قانونی استنباط می‌شود، حرمت و ممنوعیت ورود به حریم خصوصی است و رعایت حق حریم خصوصی اطلاعات افراد قابل خدشه نیست. اما گاهی مصالح اجتماعی و مصلحت حفظ نظام اقتضا دارد که مسئولان امر با رعایت ضوابط، به حکم اولیه حرمت ورود به حریم خصوصی افراد ملتزم نمانند و در مواردی با تمسک به اختیارات قانونی، مجوز ورود و تفحص از حریم خصوصی افراد خاص را داشته باشند. بنابراین در مواردی که دلیل خاص وجود داشته باشد، نقض حریم خصوصی افراد در حدودی که مورد پذیرش قانون‌گذار واقع شده، مجاز است. ماده ۴

قانون آیین دادرسی کیفری مبتنی بر اصل برائت مقرر داشته است که هر گونه اقدام محدودکننده، سالب آزادی و ورود به حریم خصوصی اشخاص جز به حکم قانون و با رعایت مقررات و تحت نظارت مقام قضایی مجاز نیست و اختیارات قضایی نیز نباید به گونه‌ای اعمال شود که به کرامت و حیثیت افراد صدمه وارد کند.

حمایت از حریم خصوصی را می‌توان به طور ضمنی در اصول ۲۰، ۲۲ و ۲۵ قانون اساسی مشاهده کرد. همچنین بر اساس ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی مربوط به جبران ضرر مادی و ماده ۱۰ قانون مسئولیت مدنی مربوط به جبران ضرر معنوی و مواد ۸ و ۹ همین قانون، کسی که به حیثیت و اعتبارات شخصی یا خانوادگی او لطمه وارد شود، می‌تواند جبران زیان مادی و معنوی خود را از کسی که لطمه وارد آورده است، بخواهد و برای جلوگیری از ادامه و دفع ضرر، دادگاه می‌تواند با رعایت موازین علمی دستور خروج ریزتراشه را بدهد.

### ۳-۳-۴. موارد سقوط ضمانت ولی

اگر ولی یا قیم برای بهبود و یا درمان فرزند تحت ولایت یا قیمومیت خود، در مورد کاشت ریزتراشه در بدن وی مطابق ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی رضایت دهد، در صورتی که مصلحت و ضرورت درمانی طفل، آن را اقتضا می‌کرده است، وی مسئولیتی ندارد؛ اما اگر اقدام ولی بر خلاف مصلحت طفل بوده است، چون خلاف قانون بوده، پس نامشروع می‌باشد و نتیجتاً در زمره افعال زیانبار قرار می‌گیرد و مسئولیت متوجه ولی است.

## نتیجه‌گیری

با توجه به نتایجی که در رابطه با کارکردهای خدماتی و امنیتی و درمانی از کاشت ریزتراشه‌ها حاصل شد، برخی از مسائل و مخاطرات جدی در کاشت ریزتراشه‌ها به وجود می‌آید که بر اهمیت مبحث مسئولیت‌ها از جمله مسئولیت مدنی در این رابطه می‌افزاید. مهم‌ترین موضوعی که در این رابطه مطرح می‌شود، بروز طیف گسترده‌ای از مسئولیت مدنی بین شخص سازنده ریزتراشه، شخص کارگذارنده، شخص دریافت‌کننده،

شخص هکر (در صورت وجود) و آمر می‌باشد.

لزوماً در کاشت ریزتراشه‌ها باید دقت و احتیاط زیادی در مورد مسائل مربوط به برقراری امنیت حریم خصوصی و کنترل‌های نظارتی برای تأمین سلامتی و ایمنی بیمار، کاربر و افراد دیگر به عمل آید تا اطمینان حاصل شود که شخص سازنده این گونه وسایل، روش‌های مشخص شده بهداشتی و ضوابط اصول ایمنی و استانداردهای لازم قانونی را در طول مراحل طراحی، ساخت و فروش اجرا نموده است.

اصل کلی در کاشت ریزتراشه، عدم مشروعیت آن است، چون تعرض به جسم انسان ممنوع است؛ لیکن اگر کاشت ریزتراشه، جنبه عقلایی، درمانی و معالجاتی داشته و با رضایت دریافت کننده باشد، مشروع می‌باشد. حال اگر پزشک در عمل کاشت ریزتراشه در بدن شخص، مرتکب تقصیری گردد، مسئول جبران خسارت می‌باشد؛ اما اگر پزشک در انجام عمل کاشت مجاز بوده و همه موازین علمی و فنی را رعایت کرده باشد، مسئولیتی ندارد.

بعضی از عوامل سقوط ضمان نیز در این زمینه وجود دارند که در صورت وجود شرایطی، موجب سلب مسئولیت می‌گردند. برخی از عوامل رافع مسئولیت که برای فرد دریافت کننده ریزتراشه و پزشک مشترک می‌باشند، عبارت‌اند از قراردادهای عدم مسئولیت و قاعده غرور و هشدارهای پزشکی. اما برای شخص دارنده ریزتراشه، مسلوب‌الاختیاری حین انجام فعل زیانبار و نیز قاعده اقدام در ضررهای مالی، از علل دیگر سقوط ضمان او هستند.

در صورت عدم مشروعیت و غیر مجاز بودن کاشت ریزتراشه، شامل تعرض به جسم و نیز جبران خسارت ناشی از صدمات به جسم یا روح می‌شود و با توجه به فروض مختلف در خصوص نحوه مداخله پزشک و دیگر افراد، میزان مسئولیت مشخص می‌شود.

از آنجا که برخی از ریزتراشه‌ها قابلیت کنترل و برنامه‌ریزی توسط اشخاص ثالث را دارند، در صورتی که افرادی با سوءاستفاده یا دستورات گمراه کننده و هک کردن آنها موجب هر گونه اختلال در عملکرد ریزتراشه شده و متعاقباً باعث ورود زیان به فرد دارنده ریزتراشه یا دیگری گردند، مسئول هستند. در صورتی که تنها راه دفع ضرر، خروج تراشه از بدن باشد، دادگاه می‌تواند با رعایت موازین علمی، دستور این کار را بدهد.



وقتی دستور نصب یا هک ریزتراشه به منظور تجسس از حریم خصوصی باشد، از آنجا که حق انسان بر حریم خصوصی، یک حق مدنی است، اگر در نتیجه نقض حریم خصوصی، خسارت‌های مادی یا معنوی به اشخاص وارد شده باشد، زیان‌دیده می‌تواند طبق قواعد مسئولیت مدنی، تمامی خسارت‌های مادی و معنوی خود را مطالبه کند. آنچه از بررسی ادله فقهی و مواد قانونی استنباط می‌شود، حرمت و ممنوعیت ورود به حریم خصوصی است، مگر در موارد مصرحه قانونی.

اگر ولی یا قیم برای بهبود و یا درمان فرزند تحت ولایت یا قیمومیت خود، در مورد کاشت ریزتراشه در بدن وی رضایت دهد، در صورتی که مصلحت و ضرورت درمانی طفل، آن را اقتضا می‌کرده است، وی مسئولیتی ندارد؛ اما اگر اقدام ولی بر خلاف مصلحت طفل بوده است، چون خلاف قانون بوده، پس نامشروع می‌باشد و نتیجتاً در زمره افعال زیانبار قرار می‌گیرد و مسئولیت متوجه ولی است.

اگر کاشت ریزتراشه به طور نامشروع نبوده و برای رهایی یا مقاصد خطرناک و غیرمجاز استفاده نشود، به نظر می‌رسد بهره‌مندی از کاربردهای بالقوه آن و استفاده از این نوع فناوری و قابلیت آن برای ایجاد انقلاب در نظارت بر سلامت و تشخیص پزشکی بسیار پراهمیت است و عمدتاً برای بیماران پرخطر مانند دیابتی‌ها و افرادی که از آلزایمر، پارکینسون و بیماری‌های قلبی عروقی رنج می‌برند، بسیار مفید خواهد بود.

رشد و توسعه در همه رشته‌های علمی و فنی، همان طور که در برخی کشورها مشاهده می‌شود، همواره باید با اقتضائات و مقررات خاص قانونی همراه باشد.<sup>۱</sup> از این رو با توجه به نقص این گونه قوانین در کشور ما و همچنین لزوم استفاده از این فناوری نوین در موارد پزشکی و درمانی به نظر می‌رسد وضع قوانینی که از مصرف‌کنندگان و یا زیان‌دیدگان در این زمینه محافظت کند، برای پیشگیری، کنترل و نظارت دقیق‌تر کارگشا خواهد بود؛ امری که لزوم اتخاذ تصمیم در خصوص بررسی مسئولیت مدنی ایشان را ضروری می‌نماید. امید است که برای پیشگیری، حل مشکلات و مسائل ناشی از این فناوری، تصمیمات و تدابیر لازم اندیشیده شود.

۱. قانون کالیفرنیا (California Law (1988), Civil Code – CIV, Division 1. Persons [38-86]).

### کتاب‌شناسی

۱. امیری، عباس، *جستارهایی از حقوق جزا در فضای سایبر*، تهران، جاودانه، ۱۳۹۶ ش.
۲. امینی، منصور، و رشید عنایت‌تبار، «بررسی تطبیقی مسئولیت مدنی سبب و مباشر در حقوق ایران و عامل مداخله‌گر در حقوق انگلستان»، *دوفصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی*، سال نهم، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۷ ش.
۳. بادینی، حسن، احد شاهی دامن‌جانی، و حسن علی‌پور، «آسیب‌شناسی مسئولیت مدنی مأمور در قانون مجازات اسلامی»، *دوفصلنامه حقوق جزا و سیاست جنایی*، سال اول، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۵ ش.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، چاپ دوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۱ ش.
۵. حاجی ده‌آبادی، احمد، «استناد و نقش آن در "شرکت در جرم"»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، شماره ۵۳، بهار ۱۳۹۰ ش.
۶. حداد، رضا، «معرفی فناوری ریزتراشه با قابلیت استفاده در جرم‌یابی»، *فصلنامه کارآگاه*، سال دوازدهم، شماره ۴۸، پاییز ۱۳۹۸ ش.
۷. حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح بن علی، *العناوین*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۷۵ ش.
۸. خاقانی اصفهانی، مهدی، «کمینه‌ای شدن مسئولیت کیفری، گامی در شناسایی حقوق بیماران قربانی نقص در "فناوری ارتقای توانمندی‌های بشری"»، *فصلنامه حقوق پزشکی*، سال پنجم، شماره ۱۷، تابستان ۱۳۹۰ ش.
۹. صادقی، محمدهادی، «اجتماع سبب و مباشر در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲»، *فصلنامه مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز*، سال ششم، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۳ ش.
۱۰. صفایی، سیدحسن، و حبیب‌الله رحیمی، *مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)*، چاپ ششم، تهران، سمت، ۱۳۹۳ ش.
۱۱. فیض، علیرضا، *مقارنه و تطبیق در حقوق جزای عمومی اسلام*، چاپ سوم، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۷۰ ش.
۱۲. کاتوزیان، ناصر، *الزام‌های خارج از قرارداد: ضمان قهری*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۴ ش.
۱۳. کریمی، عباس، و سیدمحمد آذین، «اعمال قاعده غرور در چارچوب مسئولیت مدنی پزشکی»، *فصلنامه حقوق پزشکی*، سال دوم، شماره ۶، پاییز ۱۳۸۷ ش.
۱۴. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، *اصول کافی*، ترجمه صادق حسن‌زاده، تهران، قائم آل محمد علیهم‌السلام، ۱۳۸۵ ش.
۱۵. مصطفوی، سیدمحمدکاظم، *القواعد الفقهیه*، ترجمه عباس زراعت، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۹۶ ش.
۱۶. میرمحمدصادقی، حسین، *حقوق کیفری اختصاصی (۱): جرایم علیه اشخاص*، چاپ دوازدهم، تهران، میزان، ۱۳۹۲ ش.
۱۷. هالوی، گابریل، *مسئولیت کیفری ریات‌ها (هوش مصنوعی در قلمرو حقوق کیفری)*، ترجمه فرهاد شهیده و ظاهره قوانلو، تهران، میزان، ۱۳۹۸ ش.

18. Axelson, Jan, *The Microcontroller Idea Book: Circuits, Programs, & Applications featuring the 8052-BASIC Microcontroller*, USA, Lakeview Research, 1997.



19. Barrett, Steven F. & Daniel J. Pack, *Microchip AVR® Microcontroller Primer: Programming and Interfacing*, 3<sup>rd</sup> Ed., USA, Morgan & Claypool Publishers, 2019.
20. Bilitewski, Ursula (Ed.), *Microchip Methods in Diagnostics*, Germany, Braunschweig, Humana Press, 2009.
21. Burgmann, Tamsyn, "Futurist Nikolas Badminton gets implanted with a microchip," 2020, Available in: <<https://www.huffingtonpost.ca>>.
22. California Law, Civil Code – CIV, Division 1. Persons [38 - 86], (Heading of Division 1 Amended by Stats, Ch. 160, Sec. 12.), PART 2. Personal Rights [43-53.7] (Part 2 enacted 1872.) 1988 Retrieved from: <<https://leginfo.legislature.ca.gov>>.
23. Chader, Gerald J., "Degenerative Retinopathies," in: *Ocular Therapeutics: Eye on New Discoveries*, 2008.
24. Cheung, Karen C., "Implantable microscale neural interfaces," *Biomedical Microdevices*, Vol. 9(6), 2007.
25. Chow, Alan Y. & Vincent Y. Chow & Kirk H. Packo & John S. Pollack & Gholam A. Peyman & Ronald Schuchard, "The Artificial Silicon Retina Microchip for the Treatment of Vision Loss From Retinitis Pigmentosa," *Archives of Ophthalmology*, Vol. 122(4), USA, American Medical Association, 2004.
26. Committee on the Environment, Public Health and Consumer Protection/ (Hughes procedure)/Committee on Foreign Affairs, Security and Defence Policy/Rapporteur: Mrs Maj Britt Theorin: A4-0005/99.
27. Duncan, Robert, *Project: Soul Catcher: Secrets of Cyber and Cybernetic Warfare Revealed*, USA, Createspace Independent Publishing Platform, 2010.
28. Friggieri, Angelo & Katina Michael & M. G. Michael, "The legal ramifications of microchipping people in the United States of America-a state legislative comparison," 2009, Available in: <<https://ro.uow.edu.au/commpapers/3020>>.
29. Gasson, Mark N., "Human Enhancement: Could you become infected with a computer virus?," *2010 IEEE International Symposium on Technology and Society*, Wollongong, Australia, Institute of Electrical and Electronics Engineers (IEEE), 2010.
30. Ienca, Marcello & Pim Haselager, "Hacking the brain: brain-computer interfacing technology and the ethics of neurosecurity," *Ethics and Information Technology*, Vol. 18(2), 2016.
31. Kolitz, Daniel, "Could Someone Hack My Microchip Implant?," 2020, Available in: <<https://www.gizmodo.com.au/2020/10/could-someone-hack-my-microchip-implant>>.
32. Mayberg, Helen S. & Andres M. Lozano & Valerie Voon & Heather E. McNeely & David Seminowicz & Clement Hamani & Jason M. Schwalb & Sidney H. Kennedy, "Deep Brain Stimulation for Treatment-Resistant Depression," *Neuron*, Vol. 45(5), 2005.

33. McGreevy, Paul & Sophie Masters & Leonie Richards & Ricardo J. Soares Magalhaes & Anne Peaston & Martin Combs & Peter J. Irwin & Janice Lloyd & Catriona Croton & Claire Wylie & Bethany Wilson, "Identification of Microchip Implantation Events for Dogs and Cats in the VetCompass Australia Database," *Animals*, Vol. 9(7), 2019.
34. Nayak, Rajkishore, *Radio Frequency Identification (RFID) Technology and Application in Garment Manufacturing and Supply Chain*, London, Chapman & Hall/CRC, 2019.
35. News, "The surprising truths and myths about microchip implants," 2020, Available in: <<https://www.bbc.com/news/world-usa-canada-53956683>>.
36. Novikov, Dmitry A., *Cybernetics: From Past to Future*, Russia, Moscow, Springer, 2016.
37. Ratner, Mark A. & Daniel Ratner, *Nanotechnology: A Gentle Introduction to the Next Big Idea*, 1<sup>st</sup> Ed., England, Pearson Publishers, 2002.
38. Savage, Maddy, "Thousands Of Swedes Are Inserting Microchips Under Their Skin," 22/10/2018, Available in: <<https://www.npr.org/2018/10/22/658808705>>.
39. Shen, Helen, "Neuroscience: Tuning the brain," *Nature*, Vol. 507(7492), 2014.
40. Smith, Charles Earl, "Human Microchip Implantation," *Journal of Technology Management & Innovation*, Vol. 3(3), 2008.
41. Stible, Jeff, "Hacking The Brain: The Future Computer Chips In Your Head," 2017, Available in: <<https://www.forbes.com/sites/jeffstibel/2017/07/10/hacking-the-brain>>.
42. The Royal Society, *iHuman: Blurring lines between mind and machine*, London, The Royal Society, 2019.



# انحلال قرارداد به واسطه ناممکن شدن اجرای تعهدات ناشی از قرارداد به نحو غیر قابل انتساب به متعهد\*

□ محمدعبدالصالح شاه‌نوش فروشانی<sup>۱</sup>

## چکیده

اجرای قرارداد ممکن است به واسطه حوادثی که برای موضوع آن رخ می‌دهد، ناممکن شود. همچنین ممکن است اجرای قرارداد، هدف اصلی از تشکیل آن را فراهم نکند. این همه، گاه منتسب به فعل یا ترک فعل یکی از طرفین قرارداد است و گاه به هیچ کدام قابل انتساب نیست. در این مقاله، حکم ناممکن شدن (تعذر) اجرای تعهدات ناشی از قرارداد در مواردی که قابل انتساب به یکی از طرفین آن نیست، بررسی شده است. با وجود آنکه گاه «انفساخ در صورت تلف مورد معامله قبل از قبض» و «بطلان در صورت تعذر وفای به عقد»، مقتضای معاوضه دانسته شده است، می‌توان وجه مشترک دیگری میان دو قاعده یافت و آن را دلیل هر دو قاعده دانست و در این صورت باید هر دو را بیان‌های متفاوتی از یک قاعده تلقی کرد. بطلان عقد در صورت تعذر وفای به آن و همچنین انفساخ قرارداد در صورت تلف موضوع آن قبل از قبض، نتیجه دو تعهدی بودن قرارداد است.

واژگان کلیدی: تعذر تسلیم، ایفاء تعهد، قرارداد، عقد معاوضی، عقد دو

تعهدی.

## بیان مسئله

قرارداد وسیله‌ای است برای ایجاد تعهد به انجام کاری (به نحو حکم تکلیفی) یا تحقق وضعیتی (به نحو حکم وضعی). با این حال ممکن است پس از وقوع عقد، اجرای مفاد آن و وفای به تعهدات ناشی از آن برای طرفین قرارداد یا یکی از آن‌ها ناممکن (متعذر) شود. چنین وضعیتی در قالب قواعدی چون «بطلان کلّ عقد بتعذر الوفاء بمضمونه» (ر.ک: موسوی بجنوردی، ۱۴۲۴: ۲۶۵/۵؛ محقق داماد، ۱۳۸۱: ۱۳۲؛ شعبانی، ۱۳۸۹) و «کلّ مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه» (ر.ک: موسوی بجنوردی، ۱۴۲۴: ۷۹/۲) بررسی شده است. موضوع هر کدام از این قواعد، نوع خاصی از عقود و شکل خاصی از ناممکن شدن اجرای آن است. قاعده «کلّ مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه» ناظر به عدم امکان اجرای تعهدات ناشی از قراردادهای تملیکی معاوضی است؛ در حالی که موضوع «بطلان کلّ عقد بتعذر الوفاء بمضمونه» ناظر به قراردادهای عهدی است. برخی دلایل بیان شده برای اثبات هر یک از این دو قاعده با دیگری متفاوت است؛ برای مثال، در حالی که برای اثبات قاعده اخیرالذکر به تقابل میان صحت و فساد عقد و عدم شمول آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» نسبت به قراردادی که وفای آن ناممکن شده است، استناد کرده‌اند، برای اثبات قاعده تلف مبیع قبل از قبض، به برخی روایات مرتبط با بیع استدلال شده است.

با این حال به نظر می‌رسد وجه مشترکی در موضوع هر دو قاعده وجود دارد: نمی‌توان اثر عقد را بر طرفین آن تحمیل کرد. انفساخ عقد در صورت تلف آن، وجه مشترکی با تعذر وفای به عقد دارد؛ زیرا موضوع قراردادهای معاوضی، عوضین آن است و با تلف آن‌ها، در واقع موضوع تعهدات ناشی از عقد از بین رفته و در نتیجه تعهد بدون موضوع شده است و اجرای آن به همین دلیل ناممکن است.

اینکه دلیل بطلان یا انفساخ عقد در این موارد چیست، سؤال مهمی است که تعیین قلمرو این دو قاعده اهمیت دارد. آیا می‌توان دلیل واحدی برای هر دو قاعده ارائه کرد و آن‌ها را مصادیق یک قاعده دانست؟ با وجود آنکه گاه انفساخ در صورت تلف

عوض قبل از قبض و بطلان در صورت تعذر وفای به عقد، مقتضای معاوضه دانسته شده است (همان: ۸۲/۲ و ۲۶۹/۵)، به نظر می‌رسد می‌توان وجه مشترکی میان دو قاعده یافت که اعم از معاوضی بودن قرارداد است و آن را دلیل هر دو قاعده دانست و در این صورت باید هر دو را بیان‌های متفاوتی از یک قاعده تلقی کرد.

در این مقاله تلاش شده تا نشان داده شود که بطلان عقد در صورت تعذر وفای به آن و همچنین انفساخ قرارداد در صورت تلف موضوع آن قبل از قبض، نتیجه دو تعهدی<sup>۱</sup> بودن قرارداد است.

## ۱. عقود معاوضی تملیکی

در عقود تملیکی، اگر موضوع آن عین معین باشد، به محض انعقاد، بخشی از مفاد قرارداد اجرا می‌شود؛ یعنی مالکیت منتقل می‌گردد و طرف دیگر عقد مالک موضوع مورد معامله می‌شود. اما عقود تملیکی علاوه بر نقل مالکیت، منتقل‌کننده را به تسلیم همان مورد معامله نیز متعهد می‌کنند.<sup>۲</sup> تسلیم مورد معامله به دلایل گوناگونی ممکن است متعذر (ناممکن) شود. تعذر اجرای عقد ممکن است ناشی از تلف مورد معامله باشد؛ زیرا در این صورت، تسلیم آن ناممکن شده است. همچنین ممکن است به دلیل دیگری غیر از تلف شدن مورد معامله، تسلیم آن ممکن نباشد؛ مثلاً آسبی که فرار کرده یا کالایی که در اعماق اقیانوس‌ها گم شده یا غاصبی قدرتمند آن را ربوده و بازگرداندن آن عادتاً ناممکن شده است.

از سوی دیگر، عقد یا معاوضی است یا غیر معاوضی. از میان همه این فروض، صورتی که عقد معاوضی باشد و مورد معامله تلف شده باشد، به تفصیل تحت عنوان قاعده تلف مبیع قبل از قبض یا در زمان خیار مورد بررسی واقع شده است (ر.ک: همان: ۷۹/۲ و ۱۳۱؛ محقق داماد، ۱۳۸۱: ۳۰۹). در این بخش به بررسی همین قاعده می‌پردازیم و سپس با توجه به گستره ادله این قاعده و قلمرو آن، حکم صور دیگر مورد اشاره قرار خواهد گرفت.

1. Contrat synallagmatique.

۲. در اینکه تعهد به تسلیم در عقود تملیکی، جزئی از مفاد عقد است (انصاری، ۱۴۲۳: ۱۴۱/۶) یا نتیجه مالک شدن طرف دیگر (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۵۰۴/۸) اختلاف نظر است.

## ۱-۱. تلف مورد معامله عقد معاوضی قبل از قبض

این مسئله در ذیل بحث از مسائل و احکام مرتبط با قبض و اقباض مطرح شده است (محقق حلّی، ۱۴۰۸: ۲۳/۲؛ عاملی جزینی، ۱۴۱۰: ۱۲۱؛ انصاری، ۱۴۲۳: ۶/۲۷۱). چنانچه پیشتر اشاره شد، در عقود تملیکی، مهم‌ترین و بارزترین اثر عقد یعنی نقل مالکیت، به محض انعقاد قرارداد اجرا می‌شود؛ بر خلاف حقوق رم که در آن مالکیت با تسلیم منتقل می‌گردد (شهیدی، ۱۳۸۳: ۱۲۹). بنابراین در عقدی مانند بیع، اگر پس از انعقاد آن، مورد معامله‌ای که به صورت عین معین باشد، تلف شود، باید علی‌القاعده از اموال منتقل‌الیه محسوب گردد و در نتیجه -اگرچه مورد مذکور هنوز تسلیم نشده باشد- خسارت وارده به دارایی منتقل‌الیه باشد و عقد صحیح بماند و منتقل‌الیه همچنان ملزم به پرداخت عوض آن به طرف دیگر باشد.

ولی در فقه امامیه و حقوق ایران -بالتبع- این تحلیل پذیرفته نشده است و تلف مورد معامله پیش از تسلیم آن را بر عهده منتقل‌منه (در مثال بایع) دانسته‌اند. در فقه امامیه، این حکم اجماعی است و ظاهراً در اصل مطلب اختلافی نیست (انصاری، ۱۴۲۳: ۶/۲۷۱)؛ اما در تفسیر این حکم و اینکه آیا به معنای انفساخ عقد قبل از تلف است یا به معنای عدم استقرار معامله تا زمان تسلیم، اختلاف شده است (غروی اصفهانی، ۱۴۲۵: ۵/۳۸۵). برای حل این مسئله باید روشن شود که این حکم، حکمی است تبعی و نتیجه اراده قانون‌گذار یا نتیجه شرط ضمنی قرارداد (غروی نائینی، ۱۴۲۱: ۳/۳۵۴). بنابراین در بند بعد، ابتدا مبنای حکم و سپس معنای آن مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### ۱-۱-۱. ادله قاعده

برای قاعده تلف مبیع قبل از قبض، هفت دلیل ذکر شده است:

#### اول: روایات

دو روایت در این باب مورد توجه و استدلال قرار گرفته‌اند:

۱- «عن النبی ﷺ أنه قال: کلّ مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه» (نوری طبرسی، ۱۴۰۸: ۱۳/۳۰۳).

۲- «روی عقیبة بن خالد عن ابي عبد الله عليه السلام في رجل اشترى متاعاً من رجل وأوجبه،



غير أنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه، فسرق المتاع، من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع [الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع] ويخرجه من بيته، فإذا أخرجه من بيته فالمتاع ضامنٌ لحقه حتى يرد إليه ماله» (حز عاملی، ۱۴۰۹: ۲۳/۱۸).

### دوم: اجماع

علامه حلی بر این حکم، ادعای عدم خلاف نموده است (علامه حلی، بی تا: ۱۱۲/۱۰) که معادل ادعای اجماع دانسته شده است (موسوی بجنوردی، ۱۴۲۴: ۸۲/۲). اما از آنجا که این اجماع مدرکی یا محتمل المدرک است، قابلیت استناد به آن وجود ندارد؛ زیرا اجماع در فقه شیعه زمانی حجت است که کاشف از قول معصوم باشد، در حالی که در اجماعی که مدرک اتفاق نظر مجمعین معلوم است یا محتمل، اجماع از قول معصوم کشف نمی کند، بلکه همان مدرک و دلیلی که فقها به آن تمسک کرده اند، ملاک خواهد بود و در نتیجه اگر از نظر فقیه دیگر، آن دلیل قابل قبول نباشد، آن را نخواهد پذیرفت (همان). در نتیجه در اینجا نیز نمی توان به اجماع تمسک کرد؛ زیرا محتمل است که دلیل اتفاق نظر فقها، همان روایت مشهور از نبی اکرم صلی الله علیه و آله باشد.

### سوم: بناء عقلا

گفته اند بناء عقلا بر این است که اگر مورد معامله قبل از قبض تلف شود، عقد منفسخ می شود و ثمن به ملکیت مشتری بازمی گردد. این بناء عقلایی را چنین تحلیل کرده اند که در عقود معاوضی، اگرچه معاوضه میان دو مال صورت می گیرد، ولی این مبادله صرفاً تملیک یک مال از یک طرف به طرف دیگر نیست؛ بلکه در معاوضه، دو مال به عنوان عوض مبادله می شوند؛ به این معنا که معاوضه دو هبه متقابل نیست، بلکه هر یک از دو طرف، مال خود را به عنوان عوض و بدل آنچه طرف مقابل به او می دهد، به وی واگذار می کند. در نتیجه مادامی که هر دو عوض موجودند، به طوری که بتوان هر یک از آنها را به عنوان عوض دیگری به طرف مقابل داد، عقد باقی است؛ اما اگر یکی از عوضین تلف شود یا نتوان آن را به دیگری تسلیم کرد یا نتواند بدل واقع شود، عقد قهراً منفسخ می شود و آن عوضی که باقی مانده، به مالکیت مالک قبلی خود برمی گردد (همان). اشکالی که بر این دلیل وارد کرده اند، این است که آن چیزی را که مسلم میان

فقه‌است و ظاهر روایات مذکور نیز آن را تأیید می‌کند، نتیجه نمی‌دهد و بر خلاف آن دلالت دارد؛ زیرا مسلم میان فقها و ظاهر روایات این است که تلف مبیع در ملک بایع صورت می‌پذیرد و در نتیجه منطقاً انفساخ عقد باید قبل از تلف واقع شده باشد، در حالی که لازمه استدلال به بناء عقلا با توضیحی که در بالا آمد، آن است که تلف مقدم بر انفساخ و سبب آن است. در نتیجه تلف در ملک کسی که بعد از عقد، مالک مورد معامله شده، رخ داده است (همان). جوابی که از این اشکال داده‌اند، این است که مدلول بناء عقلا، اصل انفساخ عقد است و رجوع عوضی که باقی مانده، به مالک قبلی؛ اما اینکه انفساخ «آنأماً» قبل از تلف صورت می‌گیرد را از دلیل تعبدی (روایت) می‌فهمیم که در نتیجه قاعده مورد بحث، نه تعبدی محض است و نه کاملاً منطبق بر مقتضای معاوضه (همان).

#### چهارم: شرط ضمنی

برخی دیگر گفته‌اند هر عقد معاوضی علاوه بر التزامات مطابقی، التزامات ضمنی را نیز در بر دارد. از جمله این التزامات ضمنی، التزام فروشنده معامله به تسلیم مثنی به مشتری در خارج است؛ به طوری که با ائتفاء امکان تحقق این التزام ضمنی، عوضیت باطل می‌گردد و بطلان عوضیت مستلزم بطلان عقد است؛ زیرا از مقتضیات ذات عقد معاوضی است (غروی نائینی، ۱۴۲۱: ۳/۳۵۵).

ممکن است اشکال شود که لازمه تعذر تسلیم مورد معامله، ثبوت خیار فسخ است و نه بطلان قرارداد؛ ولی باید میان تعذر تسلیم، چنانچه ناشی از تلف باشد و صورتی که به دلیل دیگری غیر از تلف، تسلیم ناممکن شده است، تفاوت قائل شد. در صورت دوم، امکان برخی بهره‌مندی‌ها از مورد معامله هنوز موجود است. در نتیجه صرف حق فسخ، ضرر ناشی از تعذر تسلیم را جبران می‌سازد (جبعی عاملی، ۱۴۱۰: ۳/۵۰۹).

اما در صورت تلف، تسلیم مورد معامله کلاً منتفی است و هیچ بهره‌ای از تالف نمی‌توان برد. در نتیجه عوضیتی که میان عوضین به مقتضای عقد ایجاد شده بود، زائل شده و عقد منفسخ می‌شود (غروی نائینی، ۱۴۲۱: ۳/۳۵۵). ممکن است در جواب گفته شود که در چنین موردی نیز می‌توان با پرداخت بدل، تالف را جبران نمود و عوضیت را پابرجا نگاه داشت. ولی این سخن نیز پذیرفتنی نیست؛ زیرا وقتی مال معینی عوض معامله قرار می‌گیرد،

عوض بودن آن مقید به بقاء و وجود آن نیست؛ که اگر چنین بود، آن مال تنها در صورت بقاء تا زمان اجرا و تسلیم عوض بود و در صورت تلف بدل، جای آن را می‌گرفت.

ولی به نظر می‌رسد عوض معامله مطلقاً عوض واقع می‌شود؛ به طوری که در هر صورتی و در هر شرایطی، همان مال معین در قرارداد، عوض معامله است. نتیجه این است که در صورت تلف آن مال، عوض معامله از بین رفته، معاوضه منتفی شده است و بدل آن هم دیگر معنا ندارد؛ زیرا مورد معامله به «شرط شیء» بوده است. پس چون یکی از عوضین، قابلیت عوض بودن را از دست داده، طرف دیگر نیز از معاوضه خارج شده و به مالک قبل از عقد بازمی‌گردد (همان: ۳/۳۵۶).

لازمه همین تحلیل و اینکه معاوضه به واسطه تلف یکی از عوضین قبل از تسلیم باطل شده است، این است که تالف نیز به ملک بایع بازگردد. ممکن است این مورد به مسئله غضب قیاس شود که در آن با تلف مال مغضوب در دست غاصب، او ضامن عوض آن است و با پرداخت عوض، هم عوض در ملک مغضوب منه واقع می‌شود و هم تالف همچنان در ملک او باقی می‌ماند و به ملک غاصب وارد نمی‌گردد. در نتیجه در مسئله مورد بحث نیز باید گفته شود که اگرچه ثمن به مشتری برمی‌گردد، ولی چرا مثن تالف از اموال او خارج و به ملک بایع بازگردد؟ جواب این است که در مسئله غضب، معاوضه‌ای وجود ندارد و عوض برای جبران خسارت است؛ در حالی که در مانحن فیه، مقتضای معاوضه بازگشت تالف به مکلیت مالک سابق آن است (همان).

ولی این نظریه نیز با اشکالاتی مواجه است؛ زیرا مبتنی است بر اینکه سلطنت خارجی بر مال از لوازم و مقتضیات عقد که امری اعتباری است، باشد، در حالی که امر خارجی نمی‌تواند معلول امر اعتباری باشد. از طرف دیگر، اگر لزوم تسلیط خارجی منظور باشد که مقتضای حکم عقلا و بناء آنهاست، باز هم لازمه آن انفساخ عقد در صورت تلف و ارتفاع آثار آن نیست، بلکه تنها مقتضی لزوم تسلیم است.<sup>۱</sup>

۱. «وقد بینا فیما تقدم من أن جعله من مقتضیات العقد غیر معقول علی وجه، و غیر مجد علی وجه آخر، فإنه إن أريد أن التسبب المعاملی إلى الملكية والتسليط الخارجی یجامع السلطنة الاعتباریة والخارجیة فمن البین أن السلطنة الخارجیة لا إنشائیة ولا تسبییة، وإن أريد أنه من أحكام العقد علی الملكية عرفاً الممضاة شرعاً فلیس أثره إلا وجوب التسليط أو زیادة استحقاق التسليط، فمع التالف لا موجب لانفساخ العقد ولا لارتفاع أثره، وهو الملك، فلا یكون رجوع الثمن إلى المشتري علی وفق القاعدة كما یرومه هذا القائل» (غروی اصفهانی، ۱۴۲۵: ۳۸۲/۵).

### پنجم: اصول سه‌گانه موازنه

گفته‌اند در هر عقد معاوضی، میان سه چیز موازنه وجود دارد؛ یعنی باید در دو طرف عقد توازن و تقابل را لحاظ کرد: در هر عقد معاوضی، تملیک در برابر تملیک است، ارزش اقتصادی هر یک از عوضین در برابر دیگری قرارداد، تسلیم در برابر تسلیم است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۵۴). اما در میان این سه، موازنه اول مقدمه است برای موازنه سوم؛ پس چون ذی‌المقدمه حاکم بر مقدمه است، قاعده موازنه مربوط به تسلیم، مقدم بر موازنه میان دو تملیک است (همان: ۵۸). پس با انتفاء ذی‌المقدمه، مقدمه نیز منتفی خواهد بود؛ یعنی با تلف مورد معامله و انتفاء تسلیم در برابر تسلیم، تملیک در برابر تملیک نیز منتفی می‌شود. این تحلیل مبتنی بر فلسفه اصالت عمل (پراگماتیسم) دانسته شده است (همان: ۵۵). نتیجه این تحلیل، انحلال عقد از زمان عقد است و نه زمان تلف و نه آناماً قبل از تلف (همان).

در نقد این نظریه باید گفت که اگرچه اعتبار و انشاء برای دستیابی به تحقق خارجی اجرای عقد است، ولی نباید در این معنا افراط کرد. به نظر می‌رسد عقلاً و قانون‌گذار، راه دستیابی به امور خارجی (تسلیم خارجی) را همان امور اعتباری قرار داده‌اند؛ به طوری که به صرف عدم امکان اجرای خارجی عقد نباید قائل به بطلان عقد شد. مؤید این نظر آن است که قانون‌گذار میان عقود تملیکی تفاوت قائل شده است؛ در برخی موارد قبض و اقباض را شرط انتقال مالکیت (عاملی جزینی، ۱۴۱۰: ۱۱۴) و در برخی دیگر، صرف عقد را برای انتقال مالکیت کافی دانسته است.

### ششم

برخی دیگر، ملاک را صرف عدم امکان اجرای مفاد عقد دانسته‌اند؛ چه انجام کاری باشد یا تسلیم چیزی. در این صورت، هلاک مورد معامله بر عهده کسی است که اجرای تعهدش غیر ممکن شده است (Marty & Raynaud, 1988: 323)؛ زیرا اوست که مکلف به انجام آن تعهد بوده، پس حال که امکان اجرای آن تعهد ناممکن شده است، خود او نیز باید ضامن آن باشد (حکیم، ۱۹۶۹: ۱/۴۳۹). برخی نیز این حکم را مقتضای اراده مشترک مفروض طرفین دانسته‌اند؛ زیرا طرفین به طور ضمنی توافق کرده‌اند که اگر یکی از طرفین

قادر به انجام تعهد خود نباشد، طرف دیگر نیز از تعهد خود آزاد باشد (Mazeaud, 1969: 977). این یعنی طرفی که ناتوان از اجرای تعهد خود شده، خطر<sup>۱</sup> معامله را متحمل می‌شود.

### هفتم

برخی دیگر، تعهد به تسلیم را به دو صورت دانسته‌اند که هر کدام اثر متفاوتی در هنگام تلف مورد معامله دارد. تسلیم ممکن است تعهدی مستقل باشد و ممکن است تعهدی تبعی. اگر تعهد به تسلیم به تبع نقل حقی عینی (مالکیت) باشد، اصل بر این است که تلف مورد معامله نیز بر عهده کسی است که متعهد به تسلیم بوده، ولو اینکه اکنون مالک آن نیست. این سخن را چنین توجیه کرده‌اند که التزام به تسلیم در اینجا، مکمل انتقال مالکیت است؛ چرا که مالکیت به طور کامل و خالص به طرف دیگر منتقل نمی‌شود، مگر به تسلیم مورد معامله (سنه‌وری، ۲۰۰۰: ۷۸۴/۲). اما اگر تعهد به تسلیم، تعهدی مستقل باشد، تلف مورد معامله بر عهده مالک مال است. مبنای این حکم، آن دانسته شده که اصل در تلف یک مال این است که بر عهده مالک باشد؛<sup>۲</sup> چرا که منافع مال از آن اوست، پس خسارات آن هم باید بر عهده او باشد: «فهو الذی یکسب الغنم وهو الذی یتحمّل الغرم» (همان).

### ۱-۲. زمان انفساخ عقد و مبنای آن

سؤال دیگری که در این قاعده مطرح می‌شود، این است که زمان انفساخ عقد را چه زمانی باید دانست؟ آیا آن را باید مؤخر از تلف لحاظ کرد یا مقدم بر آن؟

#### الف) مقتضای قاعده

مقتضای قاعده و آنچه در تحلیل گذشته گفته شده، این است که تلف، سبب انفساخ عقد بوده، پس باید مقدم بر آن نیز در نظر گرفته شود. ولی لازمه این سخن آن است که عوض تالف، در ملک مالک جدید آن (بعد از عقد) تلف شده باشد؛ مثلاً در بیع، مبیع تالف در ملک مشتری تلف شده، با وجودی که ثمن به او برگشته است. پس هر دو عوض در یک طرف جمع می‌گردد.

1. Risqué.

2. Res perit domino.

### ب) فروض ممکن برای حل مشکل برآمده از عمل به مقتضای قاعده

برای حل این مشکل می‌توان مال تلف‌شده را بعد از تلف، همچنان موجود فرض کرد. بعد از تلف و در نتیجه انفساخ عقد و رجوع عوض دیگر (ثمن) به مالک سابقش، معوضی که در مالکیت مشتری تلف شده بود، به بائع بازگردد. در نتیجه مال تلف‌شده واقعاً در ملک مالک بعد از عقد (مالک جدید مثلاً مشتری) تلف شده، ولی بعد از انفساخ به ملک طرف دیگر (مالک سابق مثلاً بائع) بازمی‌گردد. همچنین می‌توان گفت که عقد قبل از تلف منفسخ شده و در نتیجه تلف در ملک طرف دیگر (منتقل‌منه مثلاً بائع) رخ داده و همزمان ثمن هم به مشتری بازگشته است.

### ج) بیان راه حل قابل قبول

راه حل اول پذیرفتنی نیست؛ زیرا تالف را نمی‌توان موجود دانست و دلیلی هم وجود ندارد که مقتضای آن دلیل، موجود فرض کردن آن تالف باشد (غروی نائینی، ۱۴۲۱: ۳/۳۵۷). از طرف دیگر، فرض انفساخ پیش از تلف نیز با مشکل مواجه است؛ زیرا تلف علت انفساخ است، پس چگونه می‌تواند مقدم بر آن تلقی گردد؟ (موسوی بجنوردی، ۱۴۲۴: ۸۲/۲). برای حل این مسئله، دو راه حل پیشنهاد شده است: برخی گفته‌اند که انفساخ عقد آن‌امّا (یک لحظه فرضی) قبل از تلف، لازمه مفاد دلیل تعبدی شرعی یعنی روایت است؛ زیرا روایت مشهور نبوی می‌فرماید: «... فهو من مال بائعه» و تنها در صورتی تالف از مال بائع خواهد بود که عقد قبل از تلف منفسخ باشد و در نتیجه تلف در مال بائع محقق گردد (انصاری، ۱۴۲۳: ۶/۲۷۱؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۲۴: ۸۲/۲).

اما برخی دیگر، انفساخ عقد قبل از تلف را مبتنی بر قاعده و از مقتضیات عقد دانسته‌اند. اگر پذیرفته شود که معاوضه در عقد، مقتضی این است که طرف عقد ضامن عوض المسمی است، به این معنا که با تلف موردی که از ملک او خارج شده است قبل از تسلیم آن به طرف مقابل، او موظف است معوض تعیین شده در عقد را به طرف دیگر بازپس دهد، باید رجوع ملکیت عوض دیگر و انفساخ عقد، قبل از تلف فرض شود؛ زیرا بعد از تلف، عوض تالف صلاحیت رجوع و قابلیت عوض بودن را ندارد. این در حالی است که انفساخ عقد، اقتضای خروج آنچه به واسطه عقد داخل

در مالکیت شده را دارد، پس باید انفساخ را قبل از تلف در نظر گرفت تا این قابلیت در عوضین وجود داشته باشد (غروی نائینی، ۱۴۲۱: ۳/۳۵۷).

چنانچه قبلاً در بررسی مبانی قاعده اشاره شد، برخی زمان انفساخ عقد را زمان انعقاد قرارداد دانسته‌اند. این نظر نیز قابل دفاع نیست؛ زیرا اصل بقاء عقد است، پس تا زمانی که بتوان عقد را صحیح دانست، باید عقد را باقی بدانیم، مگر دلیل دیگری مقتضای انحلال آن باشد. از زمان تلف مورد معامله به بعد، مقتضای ادله (روایات و مقتضای معاوضه) انحلال عقد است. همچنین برای اینکه تلف در دارایی بایع رخ دهد - چنانچه مقتضای مدلول روایت است -، آناماً قبل از تلف قائل به انحلال عقد می‌شویم. اما قبل از آن، دلیل برای رفع ید از صحت عقد نداریم (انصاری، ۱۴۲۳: ۶/۲۷۲). از لوازم این تحلیل آن است که نمائات مورد معامله قبل از تلف در ملک مشتری باقی می‌ماند، به مقتضای تبعیت ملکیت نماء از ملکیت اصل مال.

بر این بیان برای ردّ قول به انفساخ عقد از زمان انعقاد قرارداد اشکال شده است که انفساخ عقد آناماً قبل از تلف، لازمه این است که ملکیت را به محض قرارداد منتقل شده بدانیم. اما دلیلی که بر این نظریه - یعنی انتقال ملکیت به محض عقد - اقامه شده، چیزی جز ادله صحت بیع (عقد) و نفوذ آن و حرمت نقض آن نیست، که چون قول به بطلان اصل بیع - یعنی از زمان انعقاد - در صورت تلف مورد معامله، با مفاد این ادله تعارض دارد، باید قائل به صحت آن تا قبل از تلف به میزان آناماً شد. ولی قول به انفساخ قبل از تلف آناماً نیز همین مشکل را دارد؛ زیرا در این صورت نیز به اندازه زمانی معادل آناماً، مفاد همین ادله همچنان نقض شده است؛ چرا که مفاد آن ادله نسبت به تمام ازمه، ولو بعد مدتی از عقد یا قبل از تلف عمومیت دارد.<sup>۱</sup> به علاوه - و شاید از اشکال قبل مهم‌تر - در

۱. «حاصله [حاصل قول الشيخ الأنصاري] أن الأصل بقاء العقد إلى التلف، رفعا اليد في ذلك بالنسبة إلى ما قبل التلف، فيبقى الباقي عملاً بالاستصحاب إلى حين العلم بالزوال. لكن يمكن أن يقال: إن ذلك مبني على تقدير تسليم ثبوت أصل الملك وهو قابل للمنع لعدم الدليل عليه إلا ما دلّ على صحة البيع ونفوذه وحرمة نقضه، والحكم بالفساد من رأس مستلزم لرفع اليد من ذلك كله، وهذا لازم على تقدير الحكم بالانفساخ قبل التلف آناماً أيضاً، فإن مقتضى إطلاق تلك الأدلة ثبوت الملك ووجوب الوفاء في جميع الأزمنة، لا مجرد ثبوت الملك آناماً، فكل ما حكم بفساد المعاملة وانفساخها ولو بعد مدة يكون رفعا لمقتضى إطلاق تلك الأدلة...» (شیرازی، ۱۴۱۲: ۲/۱۰۰).

صورتی که انفساخ عقد را از ابتدا ندانیم و آناماً قبل از تلف قائل به آن شویم، با قواعد دیگری نیز در تعارض خواهد بود:

- تعارض با قاعده تسلیط (الناس مسلطون علی أموالهم)؛ زیرا مالی که در ملکیت و در نتیجه تحت سلطنت کسی بوده، بدون اذن او از اموالش خارج شده است.

- تعارض با قاعده تسلیط مردم بر خودشان (الناس مسلطون علی أنفسهم)؛ زیرا بدون اذن او، مالی به مالکیتش درآمده است (شیرازی، ۱۴۱۲: ۱۰۰/۲).

- تعارض با قاعده «الخراج بالضمنان»؛ زیرا مفاد این قاعده آن است که ضمان و خسارات یک شیء بر عهده کسی است که فواید آن برای اوست؛ در حالی که در صورت تلف، قبل از تلف و نه از ابتدا، فواید مال از آن مشتری است و خسارات آن بر عهده بایع (همان: ۱۰۱).

بنابراین قول به اینکه عقد آناماً قبل از تلف منفسخ می‌شود، موجب مخالفت با دلیل صحت بیع، قاعده تسلیط بر مال، قاعده تسلیط بر جان و قاعده «الخراج بالضمنان» است؛ این در حالی است که اگر قائل به بطلان اصل عقد از ابتدا شویم، تنها مخالفت با مفاد ادله صحت عقد لازم می‌آید (همان). بنابراین از نظر برخی باید همین نظریه که تالی فاسد کمتری دارد، پذیرفته شود که در نتیجه آن، نمائات در فاصله زمانی انعقاد تا تلف از آن بایع خواهد بود.

### ۲-۱. تعذر تسلیم

برخی تعذر وصول به مورد معامله را نیز ملحق به تلف آن دانسته‌اند (انصاری، ۱۴۲۳: ۲۷۳/۶). اما به نظر می‌رسد که باید میان دو صورت تفاوت قائل شد.

#### ۱-۲-۱. تعذر استیفاء

ممکن است متعهد، تمام شرایط لازم برای ایفاء تعهد خود را فراهم نموده باشد، ولی این متعهده است که امکان استفاده وصول به تعهد را از دست داده است؛ مثلاً بلیط هواپیما خریداری شده است، ولی به دلیلی، امکان سفر برای مسافر وجود ندارد یا به موقع به هواپیما نمی‌رسد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۱۶۵/۲). به نظر می‌رسد که در این



صورت، خود متعهدله است که خطر معامله<sup>۱</sup> را تحمل می‌کند؛ البته با لحاظ تردیدی که در بحث‌های بعد -انتفاء هدف عقد- به آن اشاره خواهد شد.

### ۲-۲-۱. تعذر تسلیم

تعذر تسلیم مورد معامله در لسان فقها، موجب خیار فسخ دانسته شده است (عاملی جزینی، ۱۴۱۰: ۱۲۰). در توجیه این حکم چنین استدلال شده است که ضمان مبیع (مورد معامله) قبل از قبض بر عهده بایع (متعهد) است، اما از آنجا که تعذر تسلیم معادل و مساوی با تلف آن نیست -زیرا امکان برخی استفاده‌ها قابل فرض است-، موجب انفساخ عقد نیست؛ بلکه ضرر ناشی از آن به واسطه خیار دفع می‌شود (جبعی عاملی، ۱۴۱۰: ۵۰۹/۳). در این استدلال، دو نکته محور اساسی آن را تشکیل می‌دهد: اول، مبنای خیار لاضرر است که موهوم این معناست که دلیل انفساخ عقد در صورت تلف نیز همین قاعده است. دوم، تعذر معادل تلف نیست، اما در اینکه تعذر مساوی با تلف نیست، باید تردید روا داشت؛ زیرا اگر تعذر تسلیم به گونه‌ای باشد که امکان هیچ بهره‌برداری نباشد، باید آن را ملحق به تلف دانست. به نظر می‌رسد کسانی که تعذر تسلیم را ملحق به تلف می‌دانند، این صورت را در نظر گرفته‌اند و از امثله‌ای که بیان می‌کنند نیز همین معنا برمی‌آید.<sup>۲</sup> بنابراین تعذر تسلیم، زمانی ملحق به تلف است که اولاً دائمی باشد و ثانیاً هیچ گونه بهره‌برداری دیگری از آن قابل تصور نباشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۱۶۸/۲).

#### 1. Risk.

۲. «ثم إنه يلحق بالتلف تعذر الوصول إليه عادة، مثل سرقة على وجه لا يرجع عوده، وعليه تحمل رواية عقبة المتقدمة. قال في التذكرة وقوع الدرة في البحر قبل القبض كالتلف وكذا انفلات الطير والصيد المتوحش. ولو غرق البحر الأرض المبيعة أو وقع عليها صخور عظيمة من جبل أو كساها رمل فهي بمثابة التلف أو يثبت به الخيار، للشافعية وجهان، أقواهما الثاني. ولو أبق العبد قبل القبض أو ضاع في انتهاب العسكر، لم يفسخ البيع لبقاء المائنة ورجاء العود، انتهى. وفي التذكرة أيضاً لو هرب المشتري قبل وزن الثمن وهو معسر مع عدم الإقباض، احتمال أن يملك البائع الفسخ في الحال لتعذر استيفاء الثمن والصبر ثلاثة أيام للرواية، والأول أقوى لورودها في البازل وإن كان موسراً أثبت البائع ذلك عند الحاكم، ثم إن وجد له مالاً قضاءه وإلا باع المبيع وقضى منه والفاضل للمشتري والمعوز عليه، انتهى. وفي غير موضع مما ذكره تأمل» (انصاری، ۱۴۲۳: ۲۷۳/۶).

## ۲. عقد دو تعهدی<sup>۱</sup>

میان عقود معاوضی<sup>۲</sup> و عقودی که متضمن دو تعهد متقابل هستند، باید تفاوت قائل شد. عقد معاوضی متضمن یک مبادله است، در حالی که عقد دو تعهدی، همواره متضمن مبادله نیست و گاه تنها دو تعهد متقابل را در بر دارد، بدون اینکه میان آن‌ها تبادلی باشد؛ اگرچه دو تعهد مذکور متقابل اند. مسئله در عقود معاوضی و تلف مورد آن قبل از تلف در مباحث گذشته بررسی شد.

اما در عقود غیر معاوضی که دو تعهد متقابل وجود دارد، خطر معامله بر کسی حمل می‌شود که اجرای تعهد توسط او ناممکن شده است؛ زیرا شرط ضمنی توافق طرفین -ولو به نحو مرتکز در ذهن آن‌ها- این است که اگر یکی از طرفین نتواند به تعهد خود عمل کند، طرف دیگر از اجرای تعهد متقابل معاف است که نتیجه‌اش این است که ضررهای ناشی از تعذر اجرای عقد بر عهده متعهدی می‌شود که قادر به اجرای تعهدش نیست (Mazeaud, 1969: 977).

## ۳. انتفاء هدف عقد یا موضوع قرارداد (به نحو مستنبط از قرارداد)

هر قرارداد، هدفی را برای طرفین آن پی‌گیری می‌کند که با انتفاء آن، طرفین دیگر اصل قرارداد را نیز نخواهند خواست. در حقیقت هر قرارداد وسیله‌ای است برای متعاقدين برای دستیابی به هدفی خاص. از طرف دیگر، آنگاه که قرارداد منعقد شد، لزوم حفظ نظام معاملی و اعتماد افراد به تعهدات دیگران، مقتضی آن است که قرارداد در هر شرایطی لازم‌الاجرا تلقی شود. تعارض میان این مصلحت و مبنای تشکیل قرارداد، حقوق‌دان را در این برزخ قرار می‌دهد که آیا باید به هدف اصلی قرارداد توجه کرد یا ساختار آن را برای حفظ نظام معاملی مورد دفاع قرار داد؟ سؤالی که در اینجا و به مناسبت موضوع این مقاله قابل طرح است، امکان الحاق انتفاء هدف عقد یا موضوع عقد به تعذر تسلیم است. در موارد انتفاء هدف قرارداد و موضوع آن در حقوق کامن‌لا راه حل خاصی پذیرفته شده است. در این بخش ضمن بررسی این قاعده و مبانی آن

1. Synallagmatique.

2. Contrat à titre onéreux.

در حقوق کامن‌لا، به بررسی تطبیقی آن با حقوق ایران و فقه امامیه - به عنوان مبنا و منبع حقوق ایران - می‌پردازیم.

### ۳-۱. معنای قاعده عقیم شدن قرارداد<sup>۱</sup>

دکترینی است که به مقتضای آن، هر گاه هدف اصلی طرف قرارداد به طور اساسی به وسیله تغییر غیر قابل پیش‌بینی اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد، منتفی یا غیر قابل دستیابی شود، قرارداد پایان‌یافته و منفسخ تلقی می‌شود (Garner, 2004: 694). برخی دیگر، این قاعده را چنین تعریف کرده‌اند:

«موقعیتی که دکترین عقیم شدن قرارداد با آن مربوط است، جایی است که قرارداد در نتیجه برخی وقایع خارج از کنترل طرفین قرارداد، دست‌کم به شکلی که قصد شده، غیر قابل اجرا گردد» (Stone, 2002: 385).

به تعبیر برخی دیگر:

«یک واقعه خنثی‌کننده<sup>۲</sup> آن است که پس از انعقاد قرارداد واقع شود و به شکل کاملاً بنیادی، اساس قرارداد را ویران کند یا اجرای آن به گونه‌ای اساسی با آنچه واقعاً مورد توافق واقع شده، متفاوت باشد» (Oughton & Davis, 2000: 282).

### ۳-۲. پیشینه و پسینه قاعده در کامن‌لا

پیش از قرن نوزدهم میلادی، «وقایع خنثی‌کننده» تأثیری در از بین رفتن قرارداد نداشت و طرفی از قرارداد که به دلیل این گونه وقایع، موفق به انجام تعهد خود نمی‌شد، ناقض قرارداد شناخته می‌شد<sup>۳</sup> (Stone, 2002: 385). این حکم را چنین توجیه می‌کردند که اگر طرفین قرارداد می‌خواستند، می‌توانستند قواعد حاکم در این شرایط را خودشان تعیین کنند (Ibid.)؛ در حالی که چنین نکرده‌اند؛ پس وجهی برای انفساخ یا بطلان قرارداد وجود ندارد. در قراردادهای تجاری معمولاً این وقایع به وسیله شروط قوه قاهره<sup>۴</sup> پیش‌بینی می‌شوند (Ibid.). از اواسط قرن نوزدهم سعی شد تا به وسیله وجود شروط

1. Frustration.
2. Frustrating event.
3. Paradine v Jane (1647).
4. Force majeure clauses.

ضمنی،<sup>۱</sup> آزاد شدن طرفین قرارداد از تعهدات ناشی از آن در صورت وقوع این نوع اتفاقات، توجیه شود (Ibid.: 386; Oughton & Davis, 2000: 282).

در پرونده Taylor v Caldwell (1863)، سالن موسیقی برای اجرای یک کنسرت و برخی کارهای دیگر اجاره شد. پس از انعقاد قرارداد و قبل از اجرای اولین کنسرت، سالن به دلیل آتش‌سوزی تخریب شد. در این پرونده چنین حکم شد: از آنجا که اجرای قرارداد ناممکن شده است، این واقعه طرفین قرارداد را از تمام تعهدات آینده بری‌الذمه می‌کند. در توجیه این حکم گفته‌اند: از آنجا که طرفین قرارداد از ابتدا می‌دانستند که قرارداد وابسته به بقاء امور خاصی است، پس باید قرارداد را این گونه تفسیر کنیم که طرفین قرارداد به طور ضمنی توافق کرده‌اند که چنانچه اجرای قرارداد ناممکن شود، آن‌ها از تعهدات خود بری‌الذمه باشند. این توجیه کمک می‌کند تا حکم دادگاه‌ها با قاعده آزادی قراردادها وفق پیدا کند و در عین حال، با نظریه کلاسیک که تعهدات را تنها ناشی از قصد و توافق طرفین می‌دانست، مرتبط بماند (Stone, 2002: 386). اما در دعوای Davis Contractors Ltd v Fareham Urban District Council چنین گفته شد که ارتباط دادن انفساخ قرارداد در صورت تحقق وقایع خنثی‌کننده به شروط و توافق ضمنی، با مشکل منطقی مواجه است؛ زیرا نمی‌توان پذیرفت که طرفین مقرراتی را برای شرایطی که انتظار تحقق آن را نداشته‌اند، در نظر گرفته‌اند (Ibid.; Oughton & Davis, 2000: 283).

اما به نظر می‌رسد مشکل اصلی در تکیه بر شروط ضمنی، بیش از منطبق حقوقی باشد؛ به دلیل ابهامی که در موضوع وجود دارد و اینکه نمی‌توان روشن کرد چه وقایعی اجرای قرارداد را غیر منصفانه می‌کند و به دلیل عدم وجود معیار روشنی برای تعیین این نکته، نمی‌توان احکام دادگاه‌ها را مورد کنترل قرار داد (Stone, 2002: 387).

در نتیجه، نظریه سومی در رابطه با این وقایع مطرح شد. لرد رید<sup>۲</sup> در پرونده فوق‌الذکر چنین اظهار نظر کرد که عقیم شدن قرارداد به شروط ضمنی وابسته نیست؛ بلکه به ساختار صحیح مفاد قرارداد بستگی دارد که در پرتو طبیعت قرارداد و شرایط و اوضاع و احوال پیرامونی در هنگام انعقاد آن قابل فهم است (Salzedo & Brunner, 1999: 168).

1. Implied term.
2. Lord Reid.

بنابراین چنین نتیجه گرفت که عقیم شدن قرارداد، زمانی محقق می‌شود که قانون، تعهدات ناشی از قرارداد را غیر قابل اجرا بداند؛ زیرا شرایطی که مقتضی اجرای آن است، به شکلی بنیادی با آنچه در قرارداد لحاظ شده بوده، تفاوت کرده است و آنچه اکنون باید اجرا شود، آن چیزی نیست که به آن تعهد شده است<sup>۱</sup> (Ibid.).

بر پایه این نظریه، آنچه در این قاعده مهم است، تعیین دو نکته است: اول تعیین آنچه طرفین در قرارداد خود اصالتاً<sup>۲</sup> اراده کرده و بر آن توافق نموده‌اند؛ دوم تعیین اینکه آنچه اکنون باید اجرا شود، کاملاً با مورد توافق آنها متفاوت است.

این نظریه همان چیزی است که نهایتاً در مجلس لردها در پرونده National Carriers Ltd v Panalpina (Northern) Ltd (1980) HL پذیرفته شد (Stone, 2002: 388).

در این پرونده، یکی از لردها<sup>۳</sup> در توضیح دکترین مورد بحث گفت در رابطه با موضوع، پنج تئوری وجود دارد: اول تئوری شرط ضمنی که در پرونده Taylor v Caldwell پذیرفته شد؛ دوم تئوری عدم کفایت کامل عوضین معامله<sup>۴</sup> که نمی‌تواند بسیاری از پرونده‌ها را توضیح دهد؛ سوم استثنا دانستن دکترین از قواعد عمومی قراردادهای برای اجرای عدالت؛ چهارم تئوری عقیم شدن بنیاد قرارداد<sup>۵</sup> که در پرونده Jackson v Union Marine Insurance Co Ltd مورد تأیید قرار گرفته است؛ پنجم نظریه تفسیر سازنده<sup>۶</sup> که مبتنی است بر یافتن معنا و مراد درست از قرارداد.

در نهایت، لرد هایلشم<sup>۷</sup> نظریه اخیر را که توسط لرد رادکلیف در پرونده Davis Contractors Ltd v Fareham Urban District Council پذیرفته شده بود، ترجیح داد. دیگر لردها نیز با انتقاد از چهار نظریه دیگر، همین نظریه را مورد

- 
1. It was not this that I promised to do.
  2. Originally.
  3. Lord Hailsham LC.
  4. The total failure of consideration theory.
  5. Frustration of the adventure or foundation of the contract.
  6. Construction theory.
  7. Lord Hailsham LC.

پذیرش قرار دادند (Salzedo & Brunner, 1999: 171).

### ۳-۳. وقایع خنثی‌کننده

بر خلاف آنچه ابتدائاً ممکن است به ذهن متبادر شود، وقایع خنثی‌کننده فقط شامل صورتی که اجرای قرارداد غیر ممکن می‌شود، نیست. آنچه در این دکترین مهم است، تفاوت بنیادی<sup>۱</sup> اجرای قرارداد است با آنچه بر آن توافق شده. هیچ کدام از این دو اصطلاح، از خود عبارت آن‌ها قابل فهم نیستند و معنای روشنی ندارند، بلکه نیازمند تفسیرند. بررسی پرونده‌ها در تعیین معنا و مصداق این دو مفهوم راهگشاست؛ ولی راه بر تقسیم‌بندی و دسته‌بندی‌های جدید بسته نیست (Stone, 2002: 388). با وجود این، برخی از این موارد را در قالب موارد زیر دسته‌بندی کرده‌اند:

#### ۳-۳-۱. تلف موضوع اصلی معامله

در حالی که تلف مورد معامله قبل از انعقاد قرارداد (کشف تلف پس از انعقاد است)، قرارداد را از باب اشتباه مشترک باطل می‌کند، تلف آن پس از انعقاد در پرونده Taylor v Caldwell ذیل دکترین عقیم شدن عقد، قرار داده شده است (Ibid.). البته لازم نیست که موضوع معامله کاملاً از بین رفته باشد؛ بلکه اگر به گونه‌ای خسارت دیده باشد که برای هدف اصلی قرارداد دیگر به کار نیاید، کافی است (Ibid.). در پرونده Asfar v Blundell، یک محموله خرما به فروش رفته بود که توسط قایقی حمل می‌شد. قایق در رودخانه تایمز<sup>۲</sup> غرق شد، ولی محموله خرما از رودخانه بیرون آورده شد. اما خرماها در معرض تخمیر و فساد قرار گرفته بودند و به آب‌های فاضلاب که به رودخانه ریخته می‌شد، آلوده شده بودند. دادگاه چنین حکم کرد که محموله مذکور به گونه‌ای خسارت دیده که دیگر به عنوان خرما قابل فروش نیست - اگرچه به عناوین و با اهداف مصرفی دیگر قابل فروش باشد؛ در نتیجه، قرارداد مشمول قاعده عقیم شدن قرارداد قرار می‌گیرد.

1. Radical difference.  
2. Thames.



### ۴-۳-۳. مداخله دولت

ممکن است در یک قرارداد، با اعلام جنگ میان دولت‌ها، یکی از طرفین قرارداد دشمن شناخته شود و در نتیجه اجرای قرارداد، مشمول دکترین مورد بحث قرار گیرد. همچنین ممکن است اعلام نیاز دولت به یک مال برای استفاده، قرارداد را مشمول قاعده عقیم شدن قرارداد کند (Stone, 2002: 390). در پرونده Metropolitan Water Board v Dick, Kerr and Company Ltd (1917) HL قراردادی که برای ساخت یک انبار منعقد شده بود، به واسطه دستور وزیر دفاع در جریان جنگ جهانی اول- به توقف کار و فروش وسایل و ابزار به دولت، مشمول قاعده قرار گرفت (Salzedo & Brunner, 1999: 166).

### ۵-۳-۳. غیر قانونی شدن تعهد ناشی از قرارداد

اگر پس از انعقاد قرارداد، مورد تعهد غیر قانونی شود، طرفین از تعهدات ناشی از آن به واسطه دکترین بری‌الذمه می‌شوند (Stone, 2002: 391).

### ۴-۳. آثار اجرای قاعده عقیم شدن قرارداد

#### ۱-۴-۳. انفساخ قرارداد<sup>۱</sup>

اولین اثر وقوع عقیم شدن قرارداد این است که قرارداد به طور خودبه‌خود و بدون نیاز به اعلام اراده متضرر یا مراجعه به دادگاه فسخ می‌گردد (Ibid.: 395). این اثر در پرونده Hirji Mulji v Cheong Yue Steamship پذیرفته شد.

#### ۲-۴-۳. خسارات و ریسک

در قاعده عقیم شدن قرارداد، تعیین این نکته حائز اهمیت است که هدف قاعده، جلوگیری از الزام ناعادلانه و غیر منصفانه اجرای قراردادی است که ناممکن شده

۱. همچنین به عنوان نمونه دیگری از نتایج مداخله دولت که البته می‌توان آن را از مصادیق شماره بعد (غیر قانونی شدن مورد تعهد) نیز دانست، می‌توان به پرونده فروش آبخوی آلمانی به ایران اشاره کرد (Markesinis et al., 2006: 344).

2. Automatic termination.



است؟ یا هدف از آن، توزیع عادلانه خسارات ناشی از یک واقعه پیش‌بینی نشده میان دو طرف قرارداد است که ناشی از تقصیر هیچ کدام از آنها نبوده است؟ (Ibid.).

در حالی که رویه قضایی، راه اول را انتخاب کرده است، مداخله قانون‌گذار انگلیسی به سوی هدف دوم تمایل دارد. نسبت به تعهدات آینده و گذشته، تا اواسط قرن بیستم میلادی، با وجود حکم دادگاه به عقیم شدن قرارداد، آنچه پیش از انفساخ قرارداد پرداخت شده بود، قابل مطالبه نبود و آنچه هنوز پرداخت نشده بود، ولی مربوط به تعهدات حال شده قبل از وقوع حوادث خشی کننده بود، نیز قابل مطالبه بود. به عبارت دیگر، قرارداد از ابتدا باطل نبود، بلکه از زمان وقوع حوادث خشی کننده منفسخ تلقی می‌شد. این حکم در دعوی *Krell v Henry (1903) CA* جاری گردید و مستأجر ملزم به پرداخت باقی مانده مال الاجاره مربوط به قبل از تعویق افتادن مراسم تاج‌گذاری شد؛ اگرچه موجر نیز مستحق بقیه مال الاجاره نسبت به بعد از لغو مراسم دانسته نشد (Salzedo & Brunner, 1999: 164). به تعبیر دیگر، به تعویق افتادن مراسم تنها طرفین را از تعهدات آینده بری می‌نمود.

اما در پرونده *Fibrosa Spolka Akcyjna v Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd (1943) HL*، مجلس لردها این قاعده را نپذیرفت و حکم کرد که در جایی که معاوضه به طور کامل به هم می‌خورد،<sup>۱</sup> هر مبلغی که پرداخت شده یا قابل پرداخت باشد، به طرف مقابل برگردد. آنها چنین استدلال کردند که اگر مفاد قراردادی این است که چیزی در هر صورت پرداخت شود، بدون اینکه مقید به امر دیگری باشد، در این صورت آنچه پرداخت شده، قابل مطالبه نیست؛ چنانچه آنچه هنوز پرداخت نشده نیز قابل مطالبه است. اما اگر مالی پرداخت شده، با این انتظار که چیزی در عوض آن برگردد، آنگاه اگر عوض آن به طور کامل از بین رفته و تلف شده است، آن مال هم باید رد گردد (Ibid.: 175).

در قانون مصوب سال ۱۹۴۳ مربوط به قراردادهای عقیم‌شده<sup>۲</sup> سعی شد تا این مشکل حل گردد. در این قانون مقرر گردید که: اولاً هر مبلغی که قبل از انتفاء قرارداد پرداخت شده، باید برگردانده شود یا اگر قابل مطالبه بوده، دیگر قابل مطالبه نیست؛

1. Total failure of consideration.  
2. Frustrated contracts.

البته دادگاه این حق را دارد که با توجه به شرایط و مفاد قرارداد و با توجه به هزینه‌هایی که مدفوع‌له متحمل شده، او را از بازگرداندن بخشی از آنچه دریافت کرده، معاف کند. ثانیاً اگر یکی از طرفین قبل از انقضاء آن، سودی تحصیل کرده باشد، طرف دیگر می‌تواند در صورتی که دادگاه عادلانه بداند، معادل آن را مطالبه کند (Suff, 2000: 112). به این شکل، اگرچه قرارداد علی‌الاصول از زمان انعقاد، باطل دانسته شده است، ولی در عین حال، خسارات ناشی از منتفی شدن قرارداد نیز میان طرفین توزیع گردیده است.

### ۳-۵. فقه امامیه

در فقه امامیه برای ناممکن شدن اجرای قرارداد یا انتفاء هدف آن، دو نظریه ارائه شده است. برخی معتقدند که اگر بعد از انعقاد صحیح قرارداد، شرایط لازم برای اجرای آن ناممکن شود، تنها حق فسخ برای متضرر ایجاد می‌شود و قرارداد صحیح می‌ماند؛ زیرا قرارداد به طور صحیح منعقد شده است و لازمه استصحاب، صحیح بودن آن است، در حالی که ضرر ناشی از شرایط جدید نیز به وسیله خیار مرتفع می‌گردد (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۲۰/۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۳۱۳/۲). اما این نظریه مورد انتقاد واقع شده و در برابر آن، دیگران قائل به بطلان چنین عقدی شده‌اند؛ زیرا امکان انتفاع از مورد معامله - مثلاً زمین در عقد مزارعه - شرط صحت عقد است و چون این گونه عقود از عقود مستمر و وابسته به گذر زمان هستند، در صورتی که در بقیه مدت، انتفاع ممکن نباشد، شرط صحت معامله وجود ندارد؛ پس علی‌القاعده عقد باید باطل باشد (جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۲۰/۵). در عقدی مثل عقد اجاره هم، اگر مشروط و مقید به اجاره برای زراعت باشد، قائل به همین حکم شده‌اند (همان) و در این صورت، نظریه ابتناء قاعده عقیم شدن قرارداد بر اراده ضمنی طرفین در کامن‌لا، به اندیشه و مبانی فقهی نزدیک می‌نماید.

قاعده «بطلان کُلِّ عقد بتعدُّر الوفاء بمضمونه» که برخی از فقها آن را بیان کرده‌اند، اخص از مفهومی است که دکترین عقیم شدن قرارداد بیان می‌کند؛ ولی مبنای بیان شده برای آن، مبتنی بر نظریه شرط ضمنی نیست و بطلان عقد در صورت تعدُّر ایفاء آن، مبتنی بر تقابل خاصی که میان مفهوم صحت و بطلان وجود دارد (ملکه و عدم ملکه)، تفسیر شده است و اینکه صحت عقد از امر به وفاء به آن فهمیده می‌شود و چون

عقدی که ایفاء آن متعذر است، قابلیت این را ندارد که مأمور به آن امر باشد، پس بطلان آن مستفاد می‌گردد (موسوی بجنوردی، ۱۴۲۴: ۲۶۵/۵). اما در اینکه عقد باطل، از چه زمانی باطل به حساب می‌آید و اینکه اثر آن چیست نیز دو نظریه وجود دارد: نظریه اول این است که در صورت تعذر، عقد از ابتدا باطل است؛ زیرا تحقق این مانع کاشف از این است که عقد از ابتدا قابلیت ادامه نداشته است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹: ۳۲۷/۵). در حالی که برخی دیگر، انفساخ را از زمان وقوع مانع دانسته‌اند (همان: حواشی)؛ زیرا اعتقاد به وجود و تحقق شرط برای صحت عقد کافی است (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۱۱۳/۱۳). برخی در صورت قول به تحقق حق فسخ و اعمال آن گفته‌اند که فاسخ باید اجرة المثل زمانی را که زمین در اختیار او بوده، پیرازد؛ زیرا از مال غیر به هر صورت بهره برده است، در حالی که عوضی را که تعهد به پرداخت آن داشته، پرداخته است و زوال عقد نیز به انتخاب او بوده است (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۳۷۳/۹). اما این نظریه مورد نقد واقع شده است که فسخ او به این دلیل بوده که اجرای عقد به طور کامل امکان نداشته است و در نتیجه تقصیری متوجه او نیست؛ به علاوه کاری را که بر روی زمین - در مثل عقد مزارعه - انجام داده است، در برابر مال خاصی - ثمره زمین - بوده که حاصل نشده و بر چیز دیگری نیز توافق نکرده‌اند. لذا وجهی نیز برای انتقال به اجرة المثل وجود ندارد (همان). همین استدلال در صورتی که قائل به بطلان یا انفساخ نیز باشیم، پذیرفتنی به نظر می‌رسد. به هر صورت به نظر می‌رسد در فقه امامیه، انتفاء هدف عقد یا موضوع اصلی آن - در غیر عقود تملیکی - موجب بطلان عقد است.

### نتیجه‌گیری

به نظر می‌رسد تفاوتی میان تملیکی بودن یا نبودن و معاوضی بودن یا نبودن قراردادها در انحلال آن‌ها در اثر متعذر شدن مورد معامله نیست. به تعبیر دیگر با وجود ارائه دو قاعده «بطلان کل عقد بتعذر الوفاء بمضمونه» و «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه»، که می‌توان اولی را ناظر به قراردادهای عهدی و دومی را ناظر به قراردادهای تملیکی معاوضی دانست، ولی بررسی ادله ناظر به انحلال عقد در صورت تعذر وفاء به عقد و تلف مورد معامله قبل از تسلیم آن نشان می‌دهد نوع قرارداد از حیث اثری که

ایجاد می‌کند (تملیکی بودن یا عهدی بودن)، تأثیری در خصوص انحلال آن در موارد دوگانه فوق‌الذکر ندارد و در هر دو حالت، این تقابل تعهدات ناشی از قرارداد است که اقتضای بطلان آن را در صورت تعذر وفای به تعهد ناشی از قرارداد و تلف مورد معامله دارد. اما در عقود عهدی، اگر عقد دو تعهدی باشد، یعنی اثر عقد ایجاد تعهدات متقابل باشد، اثر متعذر شدن قرارداد در حقیقت، تابع توافقات ارتکازی یا ضمنی نوعی طرفین آن است. در حالی که اراده مشترک طرفین بر اجرای متقابل قرارداد بوده و هیچ کدام تعهدی مستقل از تعهد طرف دیگر را نپذیرفته است، نمی‌توان در مواردی که اجرای قرارداد از یک طرف ناممکن شده است، طرف دیگر را همچنان ملزم به انجام تعهدی دانست که مقید به اجرای متقابل آن با تعهد طرف دیگر بوده است.

همچنین در قراردادهای معاوضی که متضمن تملیک مالی به دیگری هستند، تعهد به تسلیم مورد معامله نیز از تعهدات ناشی از توافق طرفین قرارداد است و نه مالکیت طرفین نسبت به عوضین. قصد طرفین از ورود در یک قرارداد معاوضی، صرف مالک شدن آن نیست، بلکه تمکن از انحاء تصرف در آن است؛ به طوری که آن‌ها اگر بدانند هیچ‌گاه متمکن از این شکل از تصرف نخواهند شد، نوعاً اقدام به چنین قراردادی نخواهند کرد. بنابراین باید تعهد به تسلیم عوضین را به عنوان مقدمه‌ای برای رسیدن به این هدف، جزء تعهدات ارتکازی یا ضمنی این نوع قراردادها دانست. در این صورت، این دو تعهد به تسلیم متقابل هستند. حال اگر مورد معامله عین معین باشد، با تلف مورد معامله قبل از تسلیم آن، اجرای متقابل دو تعهد ناممکن می‌شود و در این صورت نمی‌توان طرف دیگر را همچنان ملزم به پایبندی به قراردادی دانست که به صورت مقید (تعهدات متقابل) پذیرفته است. بنابراین اولاً انحلال قرارداد در صورت متعذر شدن آن را باید منحصر به عقود دانست که متضمن دو تعهد متقابل هستند. ثانیاً از این حیث، تملیکی بودن یا تملیکی نبودن و همچنین معاوضی بودن یا معاوضی نبودن قرارداد اهمیتی ندارد؛ بلکه آنچه مهم است، دو تعهدی بودن آن است. در نتیجه در قراردادهایی که دو تعهدی نیستند، با تعذر اجرای یکی از تعهدات ناشی از عقد می‌توان قائل به لزوم اجرای بدل آن شد. به نظر می‌رسد بطلان قرارداد در صورت عقیم شدن آن را نیز باید به روشی مشابه، به اراده مشترک ضمنی طرفین نسبت داد.

## کتاب شناسی

۱. اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الازهان الی احکام الایمان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۲. انصاری، مرتضی بن محمد امین، کتاب المکاسب، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۳. جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی بن احمد، الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
۴. همو، مسالک الافهام الی تفتیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسة المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفارق (دائرة المعارف عمومی حقوق)، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۶ ش.
۶. حرّ عاملی، محمد بن حسن بن علی، تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعه، قم، مؤسسة آل البيت (ع) لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ ق.
۷. حکیم، عبدالمجید، الموجز فی شرح القانون المدنی (الجزء الاول) فی مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الاسلامی، بغداد، شركة الطبع و النشر الاهلیه، ۱۹۶۹ م.
۸. سنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسيط فی شرح القانون المدنی الجدید، چاپ سوم، بیروت، منشورات الحلبي الحقوقیه، ۲۰۰۰ م.
۹. شعبانی، امید، «بررسی تعذر اجرای قرارداد در فقه و حقوق ایران»، پژوهش نامه فقه و حقوق اسلامی، سال سوم، شماره ۶، پاییز و زمستان ۱۳۸۹ ش.
۱۰. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی (جلد دوم): آثار قراردادها و تعهدات، تهران، مجد، ۱۳۸۳ ش.
۱۱. شیرازی، میرزا محمدتقی، حاشیه المکاسب، قم، الشریف الرضی، ۱۴۱۲ ق.
۱۲. طباطبایی حائری، سیدعلی بن محمدعلی، ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل، قم، مؤسسة آل البيت (ع) لاحیاء التراث، ۱۴۱۸ ق.
۱۳. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، العروة الوثقی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۱۴. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین مکی، اللمعة الدمشقية فی فقه الامامیه، بیروت، دار التراث الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۱۵. علامه حلّی، ابومنصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تذکرة الفقهاء، قم، مؤسسة آل البيت (ع) لاحیاء التراث، بی تا.
۱۶. همو، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال والحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۱۷. غروی اصفهانی (کمپانی)، محمدحسین، حاشیه کتاب المکاسب، قم، پایه دانش، ۱۴۲۵ ق.
۱۸. غروی نائینی، میرزاحمدحسین، منية الطالب فی شرح المکاسب، تقریر موسی بن محمد نجفی خوانساری، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۱ ق.
۱۹. محقق حلّی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۲۰. محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه ۲، تهران، سمت، ۱۳۸۱ ش.
۲۱. موسوی بجنوردی، سیدحسن بن آقابزرگ، القواعد الفقهیه، قم، دلیل ما، ۱۴۲۴ ق.
۲۲. نوری طبرسی، حسین بن محمدتقی، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، بیروت، مؤسسة آل البيت (ع) لاحیاء التراث، ۱۴۰۸ ق.

23. Garner, Bryan A., *Black's Law Dictionary*, Thomson West, 2004.
24. Markesinis, Basil S. & Hannes Unberath & Angus C. Johnston, *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*, Hart Publishing, 2006.
25. Marty, Gabriel & Pierre Raynaud, *Droit civil (les obligations)*, Paris, Sirey, 1988.
26. Mazeaud, Henri et Léon Mazeaud et Jean Mazeaud, *Leçons de droit civil*, tome deuxième, quatrième édition, 1969.
27. Oughton, David & Martin Davis, *Sourcebook on Contract Law*, Cavendish Publishing Limited, 2000.
28. Salzedo, Simon & Peter Brunner, *Briefcase on Contract Law*, Cavendish Publishing Limited, 1999.
29. Stone, Richard, *The Modern Law of Contract*, Cavendish Publishing Limited, 2002.
30. Suff, Marnah, *Essential Contract Law*, Cavendish Publishing Limited, 2000.

## طرفین حواله و لزوم رضایت محال علیه؛

### تمهید نظریه عمومی انتقال دین و طلب در فقه امامیه

#### با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه\*

- سیدحسین صفایی<sup>۱</sup>
- محمدهادی جواهرکلام<sup>۲</sup>

#### چکیده

در این مقاله، اطراف عقد حواله و لزوم رضایت محال علیه، به منظور استفاده از نتایج بحث برای تمهید نظریه عمومی انتقال دین و طلب در فقه امامیه، با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه، مورد بررسی و بازنگری قرار گرفته است. سؤال این است که چه اشخاصی طرف عقد حواله هستند؟ و آیا رضایت محال علیه برای انعقاد یا تأثیر عقد حواله ضرورت دارد؟ وانگهی، آیا از این بحث می‌توان نهاد انتقال دین و انتقال طلب به نحو مستقیم را در فقه امامیه و قانون مدنی استخراج نمود و بندهای دوم و سوم ماده ۲۹۲ ق.م. را بر اساس آن تحلیل کرد؟ با روش تحقیق توصیفی - تحلیلی و با مطالعه متون فقهی و دکتربین حقوقی به این نتیجه رسیدیم که نظر قوی‌تر در فقه امامیه و حقوق ایران آن است که

\* تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۹/۱۱ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۵/۰۹.

۱. استاد گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران (hsafaii@ut.ac.ir).

۲. استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی (نویسنده مسئول) (javaherkalam@atu.ac.ir).

رضایت محال‌علیه برای وقوع حواله لازم است و او طرف عقد محسوب می‌شود و فوت یا حجر هر یک از محیل یا محتال یا محال‌علیه در فاصله ایجاب تا آخرین قبولی، باعث زوال اعتبار تراضی می‌شود. افزون بر آن، از مقررات حواله و مباحثی که ذیل آن در متون فقهی و قانون مدنی مطرح شده، می‌توان اعتبار انتقال دین و طلب به صورت مستقیم را در فقه امامیه و حقوق ایران پذیرفت. بنابراین، بر خلاف آنچه در حقوق روم و حقوق قدیم فرانسه معمول بود، «طلب» مانند اموال مادی، حتی بدون رضایت بدهکار نیز قابل انتقال به دیگری است. همچنین بر خلاف حقوق روم و حقوق قدیم و جدید فرانسه (تا قبل از اصلاحات ۲۰۱۶ و ۲۰۱۸)، «دین» از شخصیت متعهد جداست و با عینیت بخشیدن به این موجود اعتباری، مدیون می‌تواند با رضای طلبکار، دین را به ثالثی منتقل سازد؛ امری که از دیرباز در فقه امامیه پذیرفته شده و قانون‌گذار فرانسه نیز پس از قرن‌ها مخالفت و تردید، بالاخره در سال ۲۰۱۶ آن را به رسمیت شناخت.

**واژگان کلیدی:** حواله، انتقال دین، انتقال طلب، تبدیل تعهد، رضایت محال‌علیه، طرفین عقد.

## مقدمه

۱. طرح بحث، تبیین اختلاف‌نظرها و آثار و نتایج پذیرش نظریات گوناگون در اینکه چه اشخاصی طرف عقد حواله هستند و قصد انشاء و رضایت چه کسانی برای تحقق حواله لازم است، بین فقها و حقوق‌دانان اختلاف‌نظرهای گسترده‌ای پدید آمده است. قانون مدنی نیز در مواد ۷۲۴ و ۷۲۵ به گونه‌ای تنظیم شده است که بر این اختلاف‌نظرها افزوده است و برای تحلیل آن، ناچار باید به تاریخ حقوق و ریشه‌های فقهی آن پرداخت. البته در اینکه محیل و محتال طرف عقد حواله‌اند، تردیدی وجود ندارد؛ اما در اینکه برای تحقق حواله، رضایت محال‌علیه نیز لازم است یا خیر، و در صورت لزوم، آیا او طرف عقد است، در متون فقهی اختلاف نظر فراوان است. یکی از مبانی این اختلاف، اثر عقد حواله است؛ آیا در اثر حواله، «انتقال دین» صورت می‌گیرد یا «انتقال طلب»؟ و افزون بر آن، آیا در انتقال طلب، رضای مدیون لازم است یا خیر؟ و آیا برای انتقال دین، در هر حال رضای مدیون جدید ضرورت دارد، حتی اگر مثل آن



دین را به انتقال‌دهنده بدهکار باشد؟ این مباحث آثار و نتایج فراوانی دارد؛ اگر محال‌علیه طرف عقد حواله باشد، لازم است که محال‌علیه پس از توافق محیل و محتال و تا زمان قبول، زنده و دارای اهلیت باشد و فوت یا حجر او اعتبار تراضی را زائل می‌سازد. همچنین اگر محیل یا محتال نیز در این فاصله فوت یا محجور شود، تراضی از بین می‌رود و قبول بعدی محال‌علیه سبب انعقاد عقد حواله نمی‌شود. در حالی که اگر رضایت محال‌علیه لازم باشد، ولی او طرف عقد به حساب نیاید، طبیعی است که فوت یا حجر محیل و محتال پس از ایجاب و قبول و نیز فوت محال‌علیه، مانع از تحقق حواله نمی‌شود و محال‌علیه می‌تواند پس از فوت یا حجر محیل یا محتال نیز حواله را قبول نماید و در صورت فوت او، ورثه‌اش می‌توانند حواله را بپذیرند یا رد نمایند. افزون بر آن، اگر محال‌علیه نیز طرف عقد باشد، توالی عرفی بین ایجاب و قبول برای تحقق حواله لازم است؛ اما اگر او شخص ثالثی باشد که تنها رضای او برای تأثیر عقد لازم باشد، ممکن است رضای او مدت‌ها بعد از انعقاد حواله ابراز شود و حتی ممکن است عدم رد او، نشانه رضای ضمنی وی به پذیرش حواله تلقی شود.

## ۲. تأثیر بحث بر نظریه انتقال دین و طلب در فقه امامیه و حقوق ایران

در قانون مدنی ایران به تبع قانون مدنی فرانسه، به جای پیش‌بینی نهاد «انتقال دین» و «انتقال طلب»، بابتی به «تبدیل تعهد» اختصاص یافته است (مواد ۲۹۲-۲۹۳)؛ هرچند در تفسیر بندهای ۲ و ۳ ماده ۲۹۲، اختلاف نظر گسترده‌ای بین حقوق‌دانان ایجاد شده و این پرسش و تردید اساسی مطرح گردیده است که آیا قانون‌گذار تبدیل تعهد به اعتبار تغییر مدیون و دائن را پیش‌بینی کرده یا امکان انتقال دین و طلب را جایگزین آن ساخته است؟ این در حالی است که از بحث‌های پراکنده در متون فقهی در باب حواله می‌توان اعتبار انتقال دین و انتقال طلب را در فقه امامیه استخراج کرد و از این رو، چه بسا نیازی به پیش‌بینی تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل دائن و مدیون در قانون مدنی نبوده است. در حقیقت، خاستگاه اصلی این بحث در فقه امامیه، عقد حواله است. دقت نظر در آرای فقیهان امامیه درباره لزوم یا عدم لزوم رضایت محال‌علیه و اطراف عقد حواله و استدلال‌های مطرح‌شده، افزون بر اینکه امکان انتخاب راهکار درست و تفسیر منطقی

مواد قانون مدنی در باب حواله را فراهم می‌سازد، از جهت تمهید قاعده عمومی انتقال دین و طلب در فقه امامیه و حقوق مدنی ایران نیز کمال اهمیت را دارد؛ چرا که در قانون مدنی، «انتقال دین» و «انتقال طلب» به صورت مستقیم، به صراحت پیش‌بینی نشده و در متون فقهی نیز بحث مستقل و منسجمی در این باره صورت نگرفته است. بنابراین باید به استخراج نهاد انتقال طلب و انتقال دین از احکام حواله و تدارک نظریه عمومی در این باره از منظر فقه شیعه و حقوق مدنی ایران با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه پرداخت تا موقعیت فقه امامیه در این زمینه نسبت به تحولات جدید و اخیر حقوق غرب به ویژه فرانسه نمایان گردد و از این رهاورد بتوان به تفسیر مواد ۲۹۲ و ۲۹۳ ق.م.اقدام نمود.

### ۳. تحریر محل نزاع در مورد رضایت محال‌علیه و اطراف حواله

برای تحریر محل نزاع و زدودن شاخ و برگ‌های اضافی بحث و پیراستن زوائد آن، می‌توان فرض‌های زیر را که مورد اتفاق همه فقها و حقوق دانان است، از محل اختلاف خارج ساخت: ۱- در حواله بر بری، چنانچه آن را مضمول عقد حواله بدانیم، بی‌تردید توافق محیل و محتال و محال‌علیه برای تحقق حواله ضرورت دارد؛ زیرا محال‌علیه بری، تکلیفی به پرداخت دین شخص دیگر ندارد و مدیون ساختن او بدون رضایتش ممکن نیست. قانون مدنی هم در ماده ۷۲۷، «قبول» محال‌علیه را در این فرض لازم شمرده است (برای طرف عقد بودن محال‌علیه در این فرض، ر.ک: امامی، ۱۳۸۵: ۲/۲۸۵). فقها نیز به اتفاق در حواله بر بری، اراده محال‌علیه را ضروری شناخته‌اند؛ زیرا محیل سلطنتی بر محال‌علیه غیر مدیون و مشغول ساختن ذمه او ندارد (بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۱/۴۸-۴۹؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۵/۳۵۸-۳۵۷؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۰: ۴/۱۳۶-۱۳۷؛ سیوری حلی، ۱۴۰۴: ۲/۱۹۳؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۶/۱۶۱؛ فیض کاشانی، بی‌تا: ۳/۱۴۸؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۲۰/۱۶۷-۱۶۸؛ ابروانی، ۱۴۲۷: ۲/۱۸۳ و ۱۸۶؛ مغنیه، ۱۴۲۱: ۴/۶۱-۶۲؛ موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۲/۱۸۷؛ نراقی، ۱۴۲۵: ۳۷۶-۳۷۷؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰: ۲/۱۹۷؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۲/۷۸۵-۷۸۶؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۷: ۲/۳۶۱؛ بصری بحرانی، ۱۴۱۳: ۶/۸۵-۸۶؛ آل کاشف‌الغطاء، ۱۳۶۶: ۳/۳۳؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۲/۳۲؛ مرعشی نجفی، ۱۴۰۶: ۲/۱۲۱-۱۲۰). ۲- در حواله بر مدیون نیز چنانچه جنس دین یا اوصاف آن تغییر یابد،

بی‌شک رضایت محال‌علیه را باید شرط تحقق حواله دانست. فقیهان نیز به اجماع، قبول محال‌علیه را در این حالت ضروری شناخته‌اند؛ زیرا چنین حواله‌ای به معنای معاوضه جدید است و نیازمند رضایت طرفین آن خواهد بود (ر.ک: همان منابع)؛ برای نمونه، اگر محیل به محتال دلار بدهکار باشد و از محال‌علیه ریال طلبکار باشد و از محال‌علیه بخواهد که طلب محتال را به دلار بپردازد، تحقق حواله مستلزم قبول محال‌علیه است. همچنین اگر دین محیل به محتال حال بوده و دین محال‌علیه به محیل مؤجل باشد و محیل بر محال‌علیه به صورت حال حواله صادر کند، بی‌گمان رضایت او ضروری خواهد بود (برای تفصیل بحث ر.ک: جبعی عاملی، ۱۴۱۰: ۱۳۶/۴-۱۳۷؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۴۸/۲۱-۴۹؛ فیض کاشانی، بی‌تا: ۱۴۸/۳). بنابراین، همچنان که خواهد آمد و بر خلاف نظر برخی از فقهای امامیه (ابروانی، ۱۴۲۷: ۱۸۳/۲)، به نظر می‌رسد که در این موارد، حواله دارای سه طرف است و محال‌علیه نیز طرف عقد بوده و قبول او شرط وقوع عقد حواله خواهد بود. به عبارت دیگر، حواله در این فرض با یک ایجاب و دو قبول واقع می‌شود: یک قبول از سوی محیل، و قبول دیگر از سوی محال‌علیه (مرعشی نجفی، ۱۴۰۶: ۱۲۱/۲). اما چنانچه جنس و اوصاف دینی که محال‌علیه به محیل دارد، با جنس و اوصاف دین محیل به محتال برابر و یکسان باشد، مانند اینکه دین محیل به محتال به ریال و حال بوده و دین محال‌علیه به محیل نیز حال و به ریال باشد، لزوم رضایت محال‌علیه و طرف عقد بودن او محل اختلاف است و برای یافتن حکم درست، بررسی دیدگاه فقهای امامیه، قانون مدنی و دکترین حقوقی در این باره ضرورت دارد.

#### ۴. پیشینه تحقیق

غالب فقیهان امامیه و حقوق‌دانان ایرانی در تألیفات خود، کم و بیش به بحث «طرفین عقد حواله» و «لزوم یا عدم لزوم رضایت محال‌علیه در تحقق یا نفوذ حواله» پرداخته‌اند که نقد و بررسی دیدگاه‌های گوناگون و استدلال‌های ارائه‌شده و تبیین و تشریح نظر برگزیده و تحلیل منتخب، مبنای نوشته حاضر را تشکیل می‌دهد. اما چند مقاله نیز در این زمینه نگاشته شده است که ضرورت دارد از حیث تاریخچه و سابقه پژوهش، تمایز نوشته حاضر با آثار موجود به اختصار تبیین، و نوآوری‌های پژوهش

حاضر توجیه شود. نخستین مقاله‌ای که به بحث «اطراف حواله» پرداخته، بر خلاف عنوانش، ماهیت حواله و چگونگی انعقاد آن و نقش قبول یا رضایت محال‌علیه در تحقق آن را تحلیل نکرده است؛ بلکه به صورت کلی به تمام احکام و آثار حواله در پنج صفحه پرداخته و بدون هیچ تحلیل و استنادی به منابع فقهی و حقوقی، تنها رضایت محال‌علیه را همانند قانون مدنی لازم دانسته است (اعتضاد بروجردی، ۱۳۲۹: ۲۰-۲۴). برخی مؤلفان نیز به موجب مقاله‌ای دیگر، محیل و محتال را طرفین عقد حواله دانسته و محال‌علیه را شخص ثالثی شمرده‌اند که طرف عقد نیست، بلکه رضایت او «شرط متأخر» محسوب می‌شود که می‌تواند مقارن یا متأخر از عقد اعلام شود. به این ترتیب، با ایجاب محیل و قبول محتال، حواله به صورت بالقوه ایجاد می‌شود؛ اما فعلیت و تحقق آثار آن (برائت ذمه محیل و اشتغال ذمه محال‌علیه)، به عنوان شرط متأخر و کاشف از تحقق آثار حواله از زمان انعقاد عقد است (نقیبی و خانی، ۱۳۹۶: ۱۸۲-۱۸۳). گروهی دیگر هم که به بررسی فقهی و حقوقی کیفیت انعقاد حواله پرداخته‌اند، به تبع نظر مشهور فقهای امامیه، محیل و محتال را طرف عقد شمرده و محال‌علیه را شخص ثالث نامیده‌اند. همچنین بر خلاف نظر مشهور فقها، رضایت محال‌علیه را به عنوان قاعده لازم ندانسته‌اند (مهیدیان و باقری، ۱۳۹۸: ۱۶۳-۱۸۸).

بر این اساس، تفاوت‌های نوشته حاضر با آثار موجود و نوآوری‌های این تحقیق را می‌توان بدین صورت خلاصه کرد: ۱- تمهید «نظریه عمومی انتقال دین و طلب» در فقه امامیه بر اساس قواعد حواله، با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه، مختص تحقیق حاضر است و در مقالات یادشده بدان پرداخته نشده است. ۲- در پژوهش‌های پیش گفته، از نظریه انعقاد حواله با اراده محیل و محتال (تحقق حواله با یک ایجاب و یک قبول) پیروی شده است؛ اما در این مقاله از نظریه انعقاد حواله با یک ایجاب و دو قبول، با تکیه بر استدلال‌های گوناگون و تبیین آثار بحث دفاع خواهد شد. ۳- در مقاله اخیر، اصل بر عدم لزوم رضایت محال‌علیه در تحقق یا نفوذ حواله گذاشته شده است؛ اما در پژوهش حاضر با تفکیک مفاهیم «انتقال دین» و «انتقال طلب» و تبیین جایگاه هر یک از این دو اثر در اقسام گوناگون حواله، نظریه لزوم اراده محال‌علیه برای تحقق حواله ارائه خواهد شد. ۴- از حیث سطح و عمق مطالعات صورت گرفته در تحقیق کنونی و

تمرکز آن بر فقه امامیه و مطالعه منابع متعدد فقه شیعه، اعم از آرای فقیهان متقدم و متأخر و معاصر نیز اثر کنونی تفاوت بارزی با آثار پیشین دارد. ۵- از جهت مطالعه موضوع در حقوق ایران نیز در مقالات یادشده، بسیار کوتاه و مختصر به «انعقاد حواله در قانون مدنی» پرداخته شده است؛ اما در مقاله حاضر، اولاً هم از حیث تحلیلی و هم از حیث اصول حقوقی و مواد قانون مدنی، طرف عقد بودن محال‌علیه به تفصیل و با ذکر ادله فراوان، موضوع بحث واقع شده، و ثانیاً از حیث نتیجه نیز نظر متفاوتی ابراز گردیده، و ثالثاً آثار طرف عقد بودن محال‌علیه هم تبیین شده است. بنابراین نوشته حاضر از جهات گوناگون دارای نوآوری بوده و دربردارنده تحلیل‌های بدیع و نظریه‌های نو است؛ به ویژه آنکه آخرین تحولات قانون‌گذاری فرانسه در سال‌های ۲۰۱۶ و ۲۰۱۸ در زمینه انتقال دین و طلب، در نوشته حاضر تحلیل شده است.

## ۵. تقسیم مطالب

برای تبیین لزوم یا عدم لزوم رضایت محال‌علیه در تحقق یا تأثیر حواله و معلوم ساختن اطراف عقد حواله و تمهید قاعده عمومی برای انتقال دین و طلب، هر یک از این سه مسئله به ترتیب از موضع فقه امامیه، قانون مدنی و دکترین حقوقی در حقوق ایران و فرانسه مورد مطالعه قرار می‌گیرد و تحلیل منتخب و نظر برگزیده نیز ارائه خواهد شد.

### ۱. لزوم یا عدم لزوم رضایت محال‌علیه در وقوع یا تأثیر حواله

غیر از حواله بر بری و حواله به غیر جنس یا اوصاف دین که بی‌تردید رضایت محال‌علیه در آنها لازم است و شرح آن پیش از این گذشت، در جایی که حواله بر مدیون بوده و دین محیل به محتال با دین محال‌علیه به محیل از هر حیث یکسان است، در اینکه رضایت محال‌علیه (خواه به عنوان طرف عقد یا به عنوان شرط نفوذ و تأثیر عقد)، لازم است و تا او به حواله رضایت ندهد، حواله در حق او اثری ندارد و او متعهد به پرداخت دین محیل به محتال نیست، یا اینکه رضایت محال‌علیه هیچ تأثیری در عقد ندارد و به صرف توافق محیل و محتال، عقد تمام است و محال‌علیه مکلف است دین محیل به محتال را بپردازد، در فقه امامیه و دکترین حقوقی اختلاف نظر مشهود است.

## ۱.۱. موضع فقه امامیه

### ۱.۱.۱. نظریه لازم بودن رضایت محال علیه

مشهور فقهای امامیه، رضایت محال علیه را ضروری دانسته‌اند؛ منتها جمعی از آنان، رضای محال علیه را به عنوان شرط تأثیر حواله و نه جزئی از سبب آن، و به عبارت دیگر به عنوان شرط نفوذ حواله لازم دیده‌اند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۶/۵۰۱-۵۰۰؛ علامه حلی، ۱۴۲۰: ۵۷۹/۲؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۳/۳۰۵-۳۰۶؛ همو، ۱۳۸۷: ۲/۳۱۲؛ اصفهانی، ۱۴۲۲: ۵۰۱؛ بصری بحرانی، ۱۴۱۳: ۶/۸۵-۸۶؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۷: ۲/۳۶۱) و گروه دیگری، رضایت محال علیه را هم‌ردیف رضایت محیل و محتال قرار داده و رضایت هر سه را شرط حواله دانسته‌اند؛ بی‌آنکه تصریح نمایند که رضای محال علیه شرط تحقق عقد و جزئی از سبب تشکیل آن است یا شرط تأثیر و نفوذ آن محسوب می‌شود (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲/۹۳؛ همو، ۱۴۱۸: ۱/۱۴۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۰: ۱/۴۰۲؛ همو، ۱۴۱۱: ۱۱۹؛ همو، ۱۴۱۳ الف: ۲/۱۶۲؛ همو، ۱۴۱۴: ۱۴/۴۳۱؛ ۳۳۴ و ۴۴۱-۴۴۲؛ همو، ۱۴۲۰: ۲/۵۷۵ و ۵۷۹؛ طوسی، ۱۳۸۷: ۲/۳۱۲؛ همو، ۱۴۰۷: ۳/۳۰۶-۳۰۵؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۲/۷۹؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰: ۲/۱۹۷؛ عاملی جزینی، ۱۴۱۰: ۱۳۱؛ ابن طمی فقحانی، ۱۴۱۸: ۱۳۵؛ آل کاشف الغطاء، ۱۳۶۶: ۳/۳۳).

مهم‌ترین دلایل این گروه عبارت‌اند از: ۱- اثر حواله، انتقال دین از ذمه محیل به ذمه محال علیه است و این انتقال دین و مدیون شدن محال علیه در برابر محتال، نیازمند رضایت محال علیه است. ۲- مردم از نظر سهولت یا سختگیری در معاملات خود متفاوت‌اند و از این رو نمی‌توان محال علیه را وادار کرد که بدهی‌اش به محیل را به محتال بپردازد. ۳- تحقق حواله با رضایت هر سه طرف، مورد اتفاق فقهاست و بدون رضایت محال علیه، محل اختلاف، و از این رو باید به قدر متیقن و مورد اجماع اکتفا کرد؛ زیرا دلیلی برای صحت حواله بدون رضای محال علیه وجود ندارد. ۴- اصل، بقای طلب محتال بر ذمه محیل است

۱. صاحب جوهر هم احتمال می‌دهد که «بعید نیست رضای متأخر محال علیه، کاشف از صحت عقد باشد، همانند رضایت در عقد فضولی؛ گرچه کسی به آن تصریح نکرده است»؛ ولی در نهایت، احتمال مخالف یعنی عدم لزوم قبول محال علیه را قوی‌تر می‌بیند (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۶/۱۶۲؛ نیز ر.ک: مغنیه، ۱۴۲۱: ۴/۶۱-۶۲؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۲/۱۶۷) (که این دیدگاه را به مشهور فقها نسبت داده و ادله آن‌ها را ذکر کرده‌اند)؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۲/۳۲ (که در صورت مدیون بودن محال علیه به مثل دین محیل به محتال، احتیاطاً حکم به رضایت محال علیه داده‌اند).

و در صورت تردید در انتقال آن به ذمه محال علیه بدون رضایت وی، طبق اصل استصحاب، حکم می‌شود که حق محتال در ذمه محیل همچنان باقی است. وانگهی، در صورت تردید در بقای دین محال علیه به محیل یا سقوط آن، بقای دین استصحاب می‌گردد (ر.ک: حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۶/۵۰۱-۵۰۱؛ طوسی، ۱۳۸۷: ۲/۳۱۲؛ برای نقل و نقد این دلایل ر.ک: جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۴/۲۱۴؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۹/۲۸۱ به بعد؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۲۰/۱۶۷).

در هر حال، بسیاری از فقهای طرفدار این گروه، که رضای محال علیه را لازم می‌بینند،<sup>۱</sup> تصریح کرده‌اند که رضایت محال علیه همسنگ قبول در سایر قراردادها نیست و احکام قبول درباره رضای محال علیه جاری نمی‌شود. مراد این است که فوری بودن اعلام رضای محال علیه و اتصال یا مقارن بودن آن با ایجاب، تأخر رضا بر ایجاب، لفظی بودن رضا و ابراز آن به زبان عربی (که فقهای متقدم قائل به آن بودند) و نظایر آن لازم نیست؛ بلکه رضای محال علیه می‌تواند همزمان، پیش یا پس از ایجاب و قبول حواله ابراز شود (جبعی عاملی، ۱۴۱۰: ۴/۱۳۶-۱۳۷؛ همو، ۱۴۱۳: ۴/۲۱۴؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۶/۱۶۲؛ فیض کاشانی، بی‌تا: ۳/۱۴۸؛ مغنیه، ۱۴۲۱: ۴/۶۱-۶۲؛ ایروانی، ۱۴۲۷: ۲/۱۸۳؛ نراقی، ۱۴۲۵: ۳۷۷).

## ۱-۱-۲. نظریه لازم نبودن رضایت محال علیه

جمعی از بزرگان فقه امامیه، رضایت محال علیه را برای تحقق عقد لازم ندانسته و به صرف توافق محیل و محتال، حواله را محقق و کامل می‌دانند (بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۱/۴۸-۴۹؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۶/۱۶۱؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۰: ۴/۱۳۶-۱۳۷؛ همو، ۱۴۱۳: ۴/۲۱۳؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۵/۳۵۸-۳۵۷؛ سیوری حلّی، ۱۴۰۴: ۲/۱۹۳؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۹/۲۸۴؛ فیض کاشانی، بی‌تا: ۳/۱۴۸؛ ابن فهد حلّی، ۱۴۱۰: ۱۹۷؛ علامه حلّی، ۱۴۱۳: ۶/۳-۴ (که به این نظر گرایش پیدا کرده است)؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۲۰/۱۶۸-۱۶۹؛ موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۲/۱۸۷؛ ایروانی، ۱۴۲۷: ۲/۱۸۵-۱۸۶؛ نراقی، ۱۴۲۵: ۳۷۷-۳۷۶؛ مرعشی نجفی، ۱۴۰۶: ۲/۱۲۱؛ نیز ر.ک: مغنیه، ۱۴۲۱: ۴/۶۱-۶۲).<sup>۲</sup> بر مبنای این

۱. البته، حتی برخی از فقهای که رضایت محال علیه را لازم نمی‌دانند نیز از همین دیدگاه تبعیت کرده‌اند.  
 ۲. این دیدگاه به فخرالمحققین حلّی (۱۳۸۷: ۲/۹۲ به بعد)، شیخ مفید (۱۴۱۳: ۸۱۴-۸۱۵)، ابوصلاح حلبی (۱۴۰۳: ۳۳۹-۳۴۰) و شیخ طوسی (۱۴۰۰: ۳۱۵-۳۱۶) هم نسبت داده شده است (ر.ک: فاضل آبی، ۱۴۱۷: ۱/۵۵۹؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۶/۴۹۹؛ علامه حلّی، ۱۴۱۳: ۶/۴-۳؛ سیوری حلّی، ۱۴۰۴: ۲/۱۹۲؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۶/۱۶۱؛ محقق حلّی، ۱۴۱۲: ۳۹-۴۰؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۲۰/۱۶۷).

دیدگاه، نه تنها رضای محال علیه شرط نفوذ حواله نیست، بلکه حتی رد محال علیه نیز هیچ اعتباری ندارد. بر این اساس، پاره‌ای از فقها گفته‌اند: در حواله بر مدیون، محال علیه اختیار رد حواله را ندارد (ازاکی، ۱۴۱۴: ۶۱/۲). دلایل این گروه را به اختصار می‌توان این گونه دسته‌بندی کرد: ۱- اصل بر عدم اشتراط رضایت محال علیه است. وانگهی، اصل استصحاب که مورد قبول گروه مقابل قرار گرفته، با اصل عدم اشتراط متعارض است؛ به ویژه آنکه با وجود ادله‌ای مثل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» که شامل توافق بین محیل و محتال هم می‌شود، نوبت به اصل استصحاب یا اکتفا به قدر متیقن نمی‌رسد. اطلاق ادله باب حواله نیز شرط نبودن رضای محال علیه را اثبات می‌کند (بحرانی، ۱۴۰۵: ۴۹-۴۸/۲۱؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۲۱۴/۴؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۶۱/۲۶؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۱۴۱/۲۰). ۲- حواله به معنای انتقال دین به ذمه محال علیه نیست؛ بلکه به معنای پرداخت دین از مالی است که در ذمه دیگری قرار دارد. بنابراین، همان طور که فروش مالی که در ذمه دیگری قرار دارد، حتی بدون رضایت او مجاز است، تصرف محیل در طلب خود و حواله دین مزبور به شخص دیگر نیز مجاز خواهد بود (جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۲۱۴-۲۱۳/۴؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۴۹-۴۸/۲۱؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۶۲/۲۶؛ ایروانی، ۱۴۲۷: ۱۸۶/۲؛ مرعشی نجفی، ۱۴۰۶: ۱۲۱/۲؛ برای بحث و استدلال دقیق ر.ک: حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۱۶۸-۱۶۸/۲۰). ۳- اینکه مردم از لحاظ سهولت یا سختگیری در گرفتن طلب متفاوت‌اند نیز لزوم رضایت محال علیه را ثابت نمی‌کند؛ زیرا مردم بر اموال خود (و از جمله طلب خویش از دیگران) مسلط هستند و می‌توانند در آن به نحو دلخواه تصرف نمایند؛ بی‌آنکه این امر نیازمند رضایت شخص دیگر (بدهکار) باشد. به همین خاطر است که می‌توان برای وصول طلب به دیگری وکالت داد و می‌توان آن طلب را با بیع و صلح و مانند آن به دیگری انتقال داد. بنابراین محیل می‌تواند محتال را قائم‌مقام خود سازد تا محال به را از او بگیرد و دلیلی وجود ندارد که چنین امری نیازمند موافقت محال علیه باشد. در نتیجه، تفاوت اشخاص در استیفای دین، مانع مطالبه مستحق و کسی که او تعیین می‌کند، نمی‌شود (جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۲۱۴-۲۱۳/۴؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۴۹-۴۸/۲۱؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۶۲/۲۶؛ نراقی، ۱۴۲۵: ۳۷۶-۳۷۷؛ ابن فهد حلی، ۱۴۱۰: ۱۹۷؛ سیوری حلی، ۱۴۰۴: ۱۹۳/۲؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۱۶۸-۱۶۹؛ نیز ر.ک: مغنیه، ۱۴۲۱: ۶۱/۴-۶۲). ۴- موافقت محیل و محتال در حواله، مانند انعقاد بیع قبل از تسلیم مبیع



است؛ یعنی همان طور که با توافق بائع و مشتری، مالکیت مبیع منتقل می‌شود و تسلیم آن از آثار بیع است، در حواله نیز طلب محیل از محال‌علیه به محال منتقل می‌شود و پرداخت دین از سوی محال‌علیه به محیل از آثار حواله است (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۶۳-۱۶۲/۲۶).

## ۲-۱. موضع قانون مدنی و دکترین حقوقی

این اختلاف که آیا رضایت محال‌علیه در حواله بر مدیون لازم است یا خیر، در قانون مدنی به تبع بیشتر فقها بر طرف شده و ماده ۷۲۵، قبول محال‌علیه را لازم و شرط تحقق حواله شمرده است؛ چرا که انتقال دینی که محیل به محال دارد، بر ذمه محال‌علیه، نیازمند رضایت اوست. با وجود این، از نظر تحلیلی در لزوم رضایت محال‌علیه برای تأثیر عقد و انتقال دین به ذمه محال‌علیه، بین نویسندگان حقوق مدنی اختلاف وجود دارد.

### ۱-۲-۱. نظریه لازم نبودن رضایت محال‌علیه

برخی از استادان، در حواله بر مدیون، رضایت محال‌علیه را لازم ندانسته‌اند؛ چون آنچه از محیل به محال انتقال داده می‌شود، طلبی است که او از محال‌علیه دارد و از نظر طبیعت انتقال طلب نیز رضایت مدیون لازم نیست؛ چرا که مالک می‌تواند هر تصرفی در مال خود بنماید که از آن جمله، انتقال آن است (امامی، ۱۳۸۵: ۲۸۷/۲؛<sup>۱</sup> در تأیید آن نیز ر.ک: مهدیان و باقری، ۱۳۹۸: ۱۸۶). لیکن ایشان لزوم رضایت محال‌علیه در قانون مدنی را بی‌اشکال می‌دانند؛ زیرا حواله یکی از عقود معین است که بر اساس انتقال دین قرار گرفته و می‌تواند دارای شرایط و احکام خاصی باشد (امامی، ۱۳۸۵: ۲۸۸/۲).

### ۲-۲-۱. نظریه لازم بودن رضایت محال‌علیه

گروهی از حقوق‌دانان از نظر تحلیلی معتقدند نظری که قبول محال‌علیه را لازم می‌بیند، با «سازمان حقوقی انتقال دین سازگارتر به نظر می‌رسد؛ زیرا چگونه ممکن

۱. البته ایشان در این تحلیل، بین اتحاد دو دین از نظر جنس و وصف، یا اختلاف آن دو تمایزی نگذاشته‌اند (امامی، ۱۳۸۵: ۲۸۷/۲)؛ در حالی که در صورت تغییر در جنس یا اوصاف دین، تردیدی در لزوم رضایت محال‌علیه وجود ندارد.

است دینی را بر ذمه کسی نهاد و رضای او را جلب نکرد، هر چند که تحمیل دین جدید در برابر سقوط دین پیشین او باشد؟» (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ش ۱۴۷ و ۲۵۲؛ همو، ۱۳۸۹: ۱۷۸؛ در تأیید این دیدگاه نیز ر.ک: جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰ الف: ش ۱۳).

### ۱-۲-۳. نظریه مختار

به نظر می‌رسد در این اختلاف نظر که آیا رضایت محال‌علیه لازم است یا خیر، فقها و حقوق‌دانانی که رضایت محال‌علیه را لازم شمرده‌اند، بر جنبه منفی رابطه دینی، یعنی انتقال دین (یا تعهد) تأکید کرده‌اند و آنان که وقوع و اثر حواله را نیازمند رضای محال‌علیه نمی‌دانند، به جنبه مثبت رابطه تعهد، یعنی طلب نظر داشته‌اند. بنابراین برای ارزیابی این دو رویکرد باید دید که اثر حواله، انتقال دین است یا انتقال طلب یا هر دو. در پاسخ باید گفت که حواله همواره سبب انتقال دین می‌شود، خواه بر مدیون باشد یا بر بری؛ یعنی اثر اصلی و ثابت عقد حواله، که در تمام صور آن وجود دارد، «انتقال دین» است؛ زیرا حواله موجب می‌شود دینی که محیل به محتال دارد، بر ذمه محال‌علیه قرار گیرد. به عبارت دیگر با انعقاد حواله، محیل از دینی که به محتال داشته، بری می‌شود و آن دین به ذمه محال‌علیه انتقال می‌یابد (ماده ۷۳۰ ق.م.ا). پس اثر حواله، خواه حواله بر مدیون باشد یا بر بری، انتقال دین از ذمه محیل به ذمه محال‌علیه است. به همین خاطر، صحت حواله منوط به این است که محیل به محتال بدهکار باشد (ماده ۷۲۶ ق.م.ا). همچنین اگر محال‌علیه به محیل بدهکار باشد، حواله، هم موجب انتقال دین محیل به محتال، بر ذمه محال‌علیه می‌شود و هم سبب انتقال طلب محیل از محال‌علیه به محتال می‌گردد؛ یعنی طلبی که محیل از محال‌علیه دارد، به محتال منتقل می‌گردد (در تأیید همین نظر ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۸۵: ش ۱۴۷، ۲۴۶ و ۲۵۱-۲۴۹؛ همو، ۱۳۸۹: ش ۱۷۱، ۱۷۸ و ۱۹۱؛ امامی، ۱۳۸۵: ۲۸۵/۲). پس در حواله بر مدیون، هم انتقال دین صورت می‌گیرد هم انتقال طلب؛ اما در حواله بر بری تنها انتقال دین واقع می‌شود. بدین ترتیب در هر دو قسم از حواله (حواله بر مدیون و حواله بر بری)، «انتقال دین» صورت می‌گیرد؛ یعنی دینی که محیل به محتال داشته است، به ذمه محال‌علیه انتقال پیدا می‌کند و به همین جهت باید حق را به فقها و حقوق‌دانانی داد که در حواله، رضایت محال‌علیه را در حال لازم شمرده‌اند.

در مقابل، فقیهانی که بر انتقال طلب تکیه کرده‌اند، با این ایراد روبه‌رو هستند که نه تنها انتقال طلب تنها در یک قسم از حواله (حواله بر مدیون) وجود دارد، بلکه اثر اصلی حواله را که انتقال دین محیل به محتال است، نادیده گرفته‌اند؛ امری که قابل انتقاد می‌نماید. از این رو، لزوم رضایت محال‌علیه، اعم از حواله بر مدیون و حواله بر بری، به اعتقاد ما بدین نحو توجیه می‌شود که در حواله همواره «انتقال دین» از ذمه محیل به ذمه محال‌علیه صورت می‌گیرد و به همین اعتبار، مدیون شدن محال‌علیه در برابر محتال، نیازمند رضایت اوست؛ حتی اگر مثل آن دین را به محیل (مدیون پیشین) بدهکار باشد.

## ۲. تعیین اطراف عقد حواله

بر اساس دیدگاهی که رضای محال‌علیه را به هیچ عنوان لازم نمی‌بیند، تردیدی نیست که محال‌علیه طرف عقد حواله نیست. اما بر مبنای نظری که رضای محال‌علیه را ضروری می‌شمرد، در اینکه محال‌علیه طرف عقد است و اراده او همانند قبول در سایر عقود محسوب می‌شود، یا اینکه او طرف معامله نیست و صرفاً رضای او شرط تأثیر یا نفوذ عقد است، در فقه امامیه و دکترین حقوقی اتفاق نظر وجود ندارد.

### ۱-۲. موضع فقه امامیه

#### ۱-۱-۲. نظریه طرف عقد بودن محال‌علیه

گروه کثیری از بزرگان فقه امامیه به ویژه متقدمان، رضایت محال‌علیه را هم‌ردیف رضایت محیل و محتال قرار داده و «رضایت» هر سه را شرط حواله دانسته‌اند؛<sup>۱</sup> بی‌آنکه تصریح یا اشاره نمایند که عقد بین محیل و محتال واقع می‌شود و رضایت محال‌علیه شرط تأثیر آن است. از ظاهر عبارات این گروه چنین برمی‌آید که آنان محال‌علیه را همانند محیل و محتال، طرف عقد حواله شمرده‌اند. ممکن است ایراد شود که کفایت «رضای» محال‌علیه به معنای ضرورت «قبول» عقد از سوی او نیست و دلالت بر طرف عقد بودن محال‌علیه ندارد (برای ملاحظه چنین ایرادی ر.ک: جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰ الف:

۱. طرفداران این دیدگاه در مطلب شماره ۱-۱-۱ آمده است.

ش ۶۲ و ۷۵). اما به این ایراد می‌توان پاسخ داد: زیرا قریب به اتفاق فقهای یادشده در مورد قبول محیل و محتال نیز واژه «رضایت» را به کار برده‌اند و از اینجا معلوم می‌شود که «رضا» در مورد محیل و محتال به هر معنا که باشد، در مورد محال‌علیه نیز همان معنا را خواهد داشت.<sup>۱</sup> صاحب جواهر نیز می‌گوید: مقتضای دلیل کسانی که رضایت محال‌علیه را لازم می‌دانند، همین است که قبول او در کنار قبول محتال، سبب تشکیل حواله شود؛ یعنی عقد با یک ایجاب و دو قبول واقع گردد (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۶۲/۲۶).<sup>۲</sup> برخی از فقیهان مانند صاحب عروه نیز احتمال داده‌اند که حواله با یک ایجاب و دو قبول واقع می‌شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۷۸۴/۲؛ ابروانی، ۱۴۲۷: ۱۸۳/۲ (اگرچه این احتمال را بعید می‌داند)؛ نیز ر.ک: مرعشی نجفی، ۱۴۰۶: ۱۲۱/۲-۱۲۰).

## ۲-۱-۲. نظریه طرف عقد نبودن محال‌علیه

جمعی از فقهای امامیه، که برخی این نظر را قول مشهور در فقه دانسته‌اند، بر این باورند که عقد حواله بین محیل و محتال واقع می‌شود و محال‌علیه طرف عقد حواله نیست؛ یعنی ایجاب حواله از سوی محیل و قبول آن از طرف محتال صورت می‌گیرد و با توافق آنان حواله واقع می‌شود؛ زیرا حتی اگر رضای محال‌علیه را شرط بدانیم، صرف لزوم رضای محال‌علیه بدین معنا نیست که او طرف عقد بوده و رضای او رکن عقد محسوب می‌شود؛ بلکه رضای او در حد رضای مالک در معامله فضولی اعتبار دارد. پس، نهایت آن است که رضایت محال‌علیه «شرط متأخر» یا شرط تأثیر حواله است، نه جزئی از سبب تشکیل دهنده آن (اصفهانی، ۱۴۲۲: ۵۰۰؛ موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۱۸۷/۲؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۳۱/۲؛ بصری بحرانی، ۱۴۱۳: ۸۶-۸۵/۶؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۷: ۳۶۱/۲؛ موسوی سبزواری، بی‌تا: ۳۷۳؛ نجفی، ۱۴۲۷: ۱۸۸-۱۸۷؛ حسینی روحانی، بی‌تا: ۳۶۱/۲؛ همچنین برای تفصیل بحث و دیدن

۱. به ویژه آنکه بعضی از فقیهان معاصر، ترکیب حواله از یک ایجاب و دو قبول را به برخی از فقهای طرفدار این گروه نسبت داده‌اند (حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۱۶۹/۲۰-۱۷۰). برخی حقوق‌دانان نیز گفته‌اند: از اطلاق عبارت فقهای سلف، همین مفهوم استنباط می‌شود که حواله با یک ایجاب و دو قبول واقع شده و قبول محال‌علیه جزو ارکان عقد است و امتیاز بین رضای محتال و محال‌علیه بعدها در فقه امامیه وارد شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ش ۲۵۲).

۲. گرچه می‌گویند: «کسی را ندیدم که رضایت محال‌علیه را به عنوان قبول لازم بداند، به این معنا که حواله مرکب از یک ایجاب و دو قبول باشد؛ ولی مقتضای دلیل آنان همین است».

وجوه و اقول گوناگون ر.ک: ایروانی، ۱۴۲۷: ۱۸۱/۲-۱۸۴؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۶۰/۲۶-۱۶۳ و ۱۷۳؛ طباطبایی بزدی، ۱۴۰۹: ۷۸۴/۲-۷۸۴؛ مغنیه، ۱۴۲۱: ۶۱/۴-۶۲؛ جعی عاملی، ۱۴۱۰: ۱۳۶/۴-۱۳۷؛ همو، ۱۴۱۳: ۲۱۴/۴.<sup>۱</sup>

اگرچه گروهی از فقها، طرف عقد نبودن محال‌علیه را به مشهور نسبت داده‌اند، اما چون بسیاری از فقهای بزرگ، رضایت محال‌علیه را به هیچ وجه لازم نمی‌دانند و غالب فقهای متقدم نیز رضای محال‌علیه را در کنار رضای محیل و محتال ضروری شمرده و ظاهراً رضایت محال‌علیه را همسنگ رضایت محیل و محتال و همانند قبول در سایر عقود لازم دانسته‌اند، انتساب این نظر به مشهور فقها خالی از اشکال نیست؛ نهایت آنکه بتوان این نظر را قول اشهر در فقه دانست.

## ۲-۲. موضع قانون مدنی و دکترین حقوقی

اختلاف پیش گفته در فقه امامیه درباره طرفین عقد حواله، در قانون مدنی نیز حفظ شده و نویسندگان این قانون نتوانسته‌اند خود را از قید این اختلاف برهانند؛ زیرا از یکسو، ماده ۷۲۵ ق.م. «قبول محال‌علیه» را لازم می‌داند و آن را شرط تحقق حواله می‌شمارد و از سوی دیگر، ماده ۷۲۴ ق.م. محال‌علیه را «شخص ثالث» می‌نامد و این اصطلاح نشان می‌دهد که قانون‌گذار گرچه رضای محال‌علیه را شرط دانسته، ولی در اینکه او طرف عقد حواله است یا شخص ثالثی است که رضای او شرط نفوذ حواله محسوب می‌شود، تردید دارد. بر همین اساس، در بین استادان حقوق مدنی نیز آرای متفاوتی ارائه شده است که باید ارزیابی شود.

### ۱-۲-۲. نظریه طرف عقد نبودن محال‌علیه

گروهی از حقوق‌دانان به تبع نظر عده‌ای از فقها و طبق ظاهر ماده ۷۲۴ ق.م.، حواله را عقدی بین محیل و محتال می‌دانند که با ایجاب محیل و قبول محتال واقع می‌شود و محال‌علیه طرف عقد نیست؛ ولی رضایت او شرط تحقق عقد است (امامی، ۱۳۸۵: ۲۸۵-۲۸۶؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰ الف: ش ۹-۱۰، ۱۳، ۱۸، ۵۳ و ۱۰۰؛ در تأیید آن ر.ک: مهدیان

۱. بیشتر فقهای طرفدار این گروه، رضایت محال‌علیه را به عنوان «شرط» تأثیر حواله یا شرط «نفوذ» آن ضروری دانسته‌اند؛ بی‌آنکه او را طرف عقد بشمارند و «قبول» او را همسنگ ایجاب و مثل قبول در سایر عقود به حساب آورند.

و باقری، ۱۳۹۸: ۱۸۶)؛ چرا که ماده ۷۲۴ ق.م. آشکارا محال‌علیه را شخص ثالث دانسته و از آن برمی‌آید که عقد حواله بین محیل و محتال منعقد می‌شود. افزون بر آن، از ماده ۷۳۲ ق.م. که برای محال‌علیه نیز در عرض محیل و محتال، حق فسخ عقد حواله (خیار شرط) را پیش‌بینی کرده، نمی‌توان استنباط کرد که محال‌علیه طرف عقد است؛ زیرا خیار شرط ممکن است به نفع ثالث پیش‌بینی شود (ماده ۳۹۹ ق.م.) و در حواله نیز می‌توان برای شخص ثالث، خیار شرط مقرر نمود و شخص ثالث نیز ممکن است محال‌علیه یا شخص دیگر باشد. همچنین در این دیدگاه، توافق بین محیل و محتال، قبل از اعلام رضایت محال‌علیه لازم است و طرفین حق فسخ آن را ندارند و با فوت یا حجر یکی از محیل یا محتال نیز عقد بر هم نمی‌خورد. به علاوه، انعقاد عقد حواله بین محیل و محتال سبب می‌شود که حق مطالبه محتال از محیل، تا زمان قبول یا رد حواله از سوی محال‌علیه ساقط شود؛ یعنی با اینکه دین هنوز بر ذمه محیل باقی است، محتال نمی‌تواند طلبش را از محیل بخواهد؛ بلکه باید به توافق خود پایبند باشد و به محال‌علیه رجوع کند. به این ترتیب، حواله در این دیدگاه عقد معلق است؛ زیرا اثر آن، که اشتغال ذمه محال‌علیه و برائت ذمه محیل است (ماده ۷۳۰)، معلق بر رضایت محال‌علیه خواهد بود. همچنین توافق بین محتال و محال‌علیه (مراجعه طلبکار به او و تقاضای پرداخت طلب از سوی وی) نیز یک عقد دیگر است که نسبت به عقد حواله (بین محیل و محتال) یک عقد تبعی محسوب می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰ الف: ش ۹-۱۵، ۲۲، ۱۰۰، ۱۰۲، ۱۵۶، ۱۵۹ و ۲۲۳).<sup>۱</sup>

### ۲-۲-۲. نظریه طرف عقد بودن محال‌علیه

برخی از استادان حقوق، بر این باورند که حواله مرکب از یک ایجاب و دو قبول است و محال‌علیه هم مثل محتال، طرف عقد به شمار می‌آید و از این رو باید حواله را بپذیرد تا عقد واقع شود و سبب انتقال دین گردد. در واقع، عقد حواله نهادی مرکب از دو عقد

۱. ایشان در شماره ۲۲ می‌گوید: فوت محیل در فاصله انعقاد حواله تا قبول محال‌علیه، تأثیری در آغاز عقد حواله که قبلاً واقع شده، ندارد و اگر محال‌علیه حواله را قبول کند، باید وجه حواله را به محتال بدهد. در صورت نکول، محتال به ترکه محیل مراجعه خواهد کرد و از ماده ۷۳۲ و قاعده عقود لازم هم همین دانسته می‌شود.

است که هر کدام منوط به وقوع دیگری است. ایجاب محیل نیز ترکیبی از دو ایجاب گوناگون است: ایجابی خطاب به محتال که طلب او باید بر ذمه محال‌علیه قرار گیرد، و ایجاب دیگر به محال‌علیه که موضوع حواله را بر عهده بگیرد و بپردازد. اگر این هر دو ایجاب مورد قبول قرار گیرد، اثر عقد نیز محقق می‌شود. ولی هر کدام از این دو عقد نیز آثار مقدماتی و خاص خود را دارد و طرفین را پایبند می‌کند. قانون مدنی نیز همین نظر را پذیرفته است؛ زیرا در ماده ۷۲۵، رضای محتال و قبول محال‌علیه در عرض یکدیگر، شرط تحقق حواله قرار گرفته است. در ماده ۷۳۲ نیز محال‌علیه در کنار محیل و محتال از اطراف عقد حواله شناخته شده است. بنابراین از مفاد ماده ۷۲۴ که محال‌علیه را ثالث نامیده است، نباید چنین استفاده شود که نویسندگان قانون مدنی، او را در برابر دو طرف عقد (محیل و محتال) ثالث نامیده‌اند. قانون‌گذار بر مبنای طلب محیل از محتال، حواله را تعریف کرده است. بدیهی است که بر این مبنا، محال‌علیه نسبت به دو طرف دین (طلبکار و بدهکار) ثالث است که در نتیجه حواله، دین بر ذمه او قرار می‌گیرد. پس به کار بردن وصف ثالث برای محال‌علیه، به اعتبار رابطه دینی بین محیل و محتال است، نه بر مبنای تعیین اطراف عقد حواله (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ش ۲۵۲ و ۲۶۱؛ همو، ۱۳۸۹: ش ۱۷۱ و ۱۹۰).<sup>۱</sup>

### ۳-۲-۲. نظریه برگزیده و تحلیل منتخب

به نظر می‌رسد اگر رضایت محال‌علیه را در حواله لازم بدانیم - همچنان که گفتیم - او را نیز باید طرف عقد بشماریم؛ یعنی عقد با یک ایجاب و دو قبول واقع شود. این دیدگاه را می‌توان از منظر قانون مدنی و تحلیل حقوقی با دلایل زیر اثبات کرد: یک) در قانون مدنی نشانه‌های فراوانی وجود دارد که قانون‌گذار محال‌علیه را طرف عقد دانسته است:

۱- ماده ۷۲۵ ق.م. از «قبول محال‌علیه» سخن گفته، نه از «رضایت» او، و افزون بر آن، قبول او را «شرط تحقق» حواله شمرده است؛ یعنی بدون موافقت محال‌علیه، عقد

۱. ایشان می‌نویسد: «عقد حواله بر خلاف معهود سه طرف دارد: ایجاب از سوی محیل است و قبول از محال‌علیه و محتال، که هر دو ذی‌نفع و طرف خطاب هستند؛ محتال از آن جهت که به انتقال طلب خود از محیل رضا دهد و محال‌علیه بدین اعتبار که دین محیل را در برابر سقوط دین خود عهده‌دار می‌شود».

حواله محقق و واقع نمی‌شود، بلکه تنها پس از قبول اوست که حواله منعقد می‌شود. بنابراین نمی‌توان بر توافق محیل و محتال، عنوان حواله نهاد.

۲- ماده ۷۳۰ ق.م. که صریح‌ترین موضع قانون‌گذار در این باره است، مقرر می‌دارد: «پس از تحقق حواله، ذمه محیل از دینی که حواله داده، بری و ذمه محال‌علیه مشغول می‌شود».

این ماده نیز از تحقق حواله سخن گفته است که همان زمان قبول محال‌علیه و محتال، هر دو است، نه صرف قبول محتال. افزون بر آن، این نکته نیز مسلم است که تا زمان اعلام رضایت محال‌علیه، نه دین محیل به محتال از بین می‌رود و نه ذمه محال‌علیه به محتال مشغول می‌گردد. بنابراین به روشنی اثبات می‌شود که قانون‌گذار به توافق محیل و محتال، عنوان حواله نمی‌دهد و آثار و احکام حواله را بر آن، ولو به صورت معلق بر اعلام رضای محال‌علیه بار نمی‌کند؛ بلکه این آثار پس از تحقق حواله که همان زمان موافقت محال‌علیه است، مترتب می‌شود.

۳- ماده ۷۲۹ ق.م. نیز می‌گوید:

«هر گاه در وقت حواله، محال‌علیه معسر بوده و محتال جاهل به اعسار او باشد، محتال می‌تواند حواله را فسخ و به محیل رجوع کند».

از این ماده هم برمی‌آید که حواله، همان توافق بین محیل و محتال و محال‌علیه است، نه صرف توافق محیل و محتال؛ زیرا بدیهی است که اگر در زمان توافق محیل و محتال، محال‌علیه معسر باشد، اما در زمان مراجعه محتال به او، وی از اعسار خارج شده باشد و حواله را بپذیرد، محتال حق فسخ حواله را نخواهد داشت. بنابراین، این ماده نیز نشان می‌دهد که حواله عقدی است که بین محیل و محتال و محال‌علیه واقع می‌شود و اگر در زمان حواله که محال‌علیه حواله را می‌پذیرد، او معسر باشد، محتال حق فسخ دارد؛ ولی اعسار او قبل از این مرحله، به محتال حق فسخ نمی‌دهد، همان طور که بعد از این مرحله و پس از انعقاد حواله نیز محتال حق فسخ عقد ندارد.

۴- ماده ۷۳۲ ق.م. هم اعلام می‌دارد:

«حواله عقدی است لازم و [به همین دلیل]، هیچ یک از محیل و محتال و محال‌علیه نمی‌تواند آن را فسخ کند».



این ماده نیز آشکارا نشان می‌دهد که «حواله» زمانی واقع می‌شود که هر سه طرف آن را قبول کرده باشند و به همین جهت، از حق فسخ هر سه طرف سخن می‌گوید. در حالی که اگر عقد حواله، همان توافق بین طلبکار و بدهکار بود، حق فسخ محال‌علیه نسبت به آن مفهومی نداشت و قانون‌گذار می‌بایست از حق فسخ محیل و محتال سخن می‌گفت؛ زیرا بدیهی است که حق فسخ عقد، اختصاص به طرفین آن دارد، مگر اینکه طرفین حق فسخ برای ثالث قائل شده باشند، و منظور قانون‌گذار در این ماده نیز حالتی نیست که شرط خیار به نفع محال‌علیه پیش‌بینی شده باشد؛ چون ماده اطلاق دارد و ظاهر آن، به کمک سایر مواد این باب نیز به روشنی نشان می‌دهد که محال‌علیه طرف عقد است و از همین رو، حق فسخ آن را دارد.

۵- سایر مواد قانونی در باب حواله، مانند مواد ۷۲۵ و ۷۳۳ ق.م. هم دلالت بر آن دارند که محال‌علیه نیز طرف عقد حواله است.

۶- درست است که در ماده ۷۲۴، قانون‌گذار محال‌علیه را شخص ثالث نامیده است، اما از این ماده نمی‌توان استنباط کرد که محال‌علیه نسبت به عقد حواله، شخص ثالث است؛ بلکه او نسبت به رابطه دینی، شخص ثالث محسوب می‌شود. در حقیقت، ماده فوق از دید طلبکار و بدهکار تنظیم شده است که در آن به اصطلاح قانون مدنی، «طلب طلبکار از ذمه بدهکار به ذمه شخص ثالثی منتقل می‌شود». بنابراین چون محال‌علیه طرف «رابطه دینی» نیست، طبیعی است که قانون‌گذار از منظر بدهکار و طلبکار، او را شخص ثالث بدانند؛ اما از این جهت که «طرف عقد» حواله است یا شخص ثالث، دیدیم که مواد دیگر این باب، او را طرف حواله می‌دانند نه شخص ثالث.

دو) از حیث تحلیلی هم می‌توان این دیدگاه را توجیه کرد. در اینکه چه عملی عقد و چه عملی ایقاع است و در صورت عقد بودن، چه اشخاصی طرف عقد هستند، به نظر می‌رسد ضابطه این است که اگر عمل حقوقی مورد نظر به ضرر شخص دیگر باشد و نوعی تجاوز یا تعدی به حقوق او به شمار آید، این عمل را باید عقد دانست (برای ملاحظه این ضابطه ر.ک: جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰ الف: ش ۵۰؛ همو، ۱۳۹۰ ب: ش ۱۲) و آن فرد را باید طرف عقد شمرد. بر اساس این ضابطه، در تعهد به «سود شخص ثالث»، چنان که در جای خود گفتیم، او طرف عقد نیست و قبول او، رکن عقد و شرط تحقق آن به شمار نمی‌آید

(صفایی، ۱۳۹۹: ۱۹۱-۱۹۲). همچنین در وصیت تملیکی نیز که به سود موصی له واقع می‌شود، طبیعت وصیت و عدم تجاوز به حقوق موصی له سبب می‌شود که وصیت تملیکی عقد نباشد؛ بلکه همچنان که در جای خود ثابت نمودیم، این قسم از وصیت از حیث ماهیت ایقاع است و قبول موصی له اعلام رضا به ورود موصی به در دارایی اوست و چه بسا عدم رد وصیت نیز برای تأثیر آن کافی باشد (صفایی و جواهرکلام، ۱۳۹۹: ش ۱۲-۱۵ و ۳۳). اما وصیت عهدی از این ضابطه خارج است؛ زیرا در آن، مصالح اجتماعی سبب شده است که شارع مقدس و قانون‌گذار مدنی، عملی را که به ضرر ثالث است، ایقاع شمرد و به شخص ثالث متضرر (وصی) تنها اختیار رد وصیت در زمان حیات موصی را بدهد (همان: ش ۱۶ و ۸۲). بر اساس این ضابطه به نظر می‌رسد که باید حواله را عقد و محال‌علیه را نیز طرف عقد شمرد؛ زیرا توافق محیل و محتال، به ضرر ثالث (محال‌علیه) است و دین محیل به محتال را به ذمه او انتقال می‌دهد؛ در حالی که هیچ شخص یا اشخاصی نمی‌توانند برای شخص ثالث دینی ایجاد نمایند یا تعهدی به ضرر او کنند. بر این اساس باید گفت که حواله عقد سه‌جانبه است و محال‌علیه نیز طرف عقد محسوب می‌شود. افزون بر آن، فقها و حقوق‌دانانی که حواله را عقدی بین محیل و محتال دانسته و محال‌علیه را شخص ثالثی شمرده و رضایت او را شرط تحقق انتقال دین یا شرط نفوذ یا تأثیر حواله دانسته‌اند، هیچ دلیل منطقی یا توجیه قانع‌کننده‌ای برای اثبات ادعای خود ارائه نداده‌اند. شاید به همین دلیل است که فقیه بزرگی چون صاحب جواهر می‌گوید مقتضای نظر آنانی که رضای محال‌علیه را لازم شمرده‌اند، این است که او طرف عقد باشد (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۶۲/۲۶). وانگهی، اینکه حواله را عقد معلق بدانیم، یعنی عقد بین محیل و محتال واقع شود و نفوذ آن معلق بر قبول محال‌علیه باشد و یا حتی توافق محیل و محتال را معلق بر رضای محال‌علیه بدانیم یا اینکه حواله را متشکل از دو عقد (یکی عقد بین محیل و محتال و دیگری عقد بین محتال و محال‌علیه) بدانیم (ر.ک: جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰ الف: ش ۹-۱۵، ۲۲، ۱۰۰، ۱۰۲، ۱۵۶، ۱۵۹ و ۲۲۳؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵: ش ۲۵۲ و ۲۶۱)، با مفاد عرفی حواله سازگاری ندارد. بنابراین به نظر می‌رسد در تمام اقسام حواله، خواه حواله به غیر مدیون یا به غیر جنس دین واقع شود و یا حواله به مدیون برای همان جنس و وصف دین داده شود، محال‌علیه نیز طرف عقد است.

از جهت آثار و نتایج «طرف عقد بودن محال‌علیه» نیز به نظر می‌رسد بر خلاف آنچه ادعا شده است،<sup>۱</sup> تا زمان قبول محال‌علیه، هیچ الزامی از توافق محیل و محتال بر نمی‌خیزد و فوت یا حجر هر یک از محیل و محتال و محال‌علیه به زوال تراضی می‌انجامد؛ زیرا نه تنها هیچ ضرورتی وجود ندارد که محیل و محتال را ملتزم به توافق خود بدانیم و فوت و حجر هر یک از آن‌ها را سبب زوال اعتبار تراضی محسوب نکنیم، در مورد محال‌علیه نیز هیچ توجیهی وجود ندارد که با فوت یا حجر او، حواله همچنان باقی بماند و وراثت او بتوانند حواله را قبول یا رد نمایند؛ به ویژه آنکه محتال به شخصیت و توان مالی و اخلاقی محال‌علیه نظر دارد و ممکن است وراثت او به اندازه مورثان از نظر اقتصادی و اخلاقی ملائت نداشته و یا خوش حساب نباشند. در این صورت، ملزم دانستن محتال در رجوع به وراثت محال‌علیه (در صورت قبول حواله از سوی آن‌ها) و عدم اختیار رجوع او به محیل توجیهی ندارد. افزون بر آن، مفاد عرفی عقد حواله این است که طرحی که محیل و محتال ریخته‌اند، تنها در صورت قبول محال‌علیه کارساز شود و قبل از آن، الزام و التزامی برای طرفین به وجود نیارد.

### ۳. تمهید نظریه عمومی انتقال طلب و انتقال دین

برای پاسخ به این پرسش که آیا می‌توان از قواعد حواله، قاعده عمومی انتقال دین و طلب را در فقه امامیه و حقوق ایران به دست داد، ابتدا موضع حقوق روم و فرانسه در زمینه تبدیل تعهد و انتقال دین و طلب مطالعه می‌شود تا سیر تحولات قانون‌گذاری و دکترین حقوقی این کشور، که در قانون مدنی ما هم منعکس شده و سبب ایجاد اختلاف گردیده، روشن گردد و بتوان از تجربیات و تحولات این کشور در تفسیر مواد قانون مدنی ایران و رفع ابهام‌های آن استفاده برد؛ آنگاه به بررسی موضوع از دید فقه امامیه، قانون مدنی و دکترین حقوقی پرداخته می‌شود و در نهایت تحلیل منتخب و نظر برگزیده ارائه خواهد شد.

۱. ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۸۵: ش ۲۵۲ و ۲۶۱، ولی در صورت فوت محال‌علیه قبل از قبول، حواله را منتفی و منحل می‌دانند. در مقابل، برخی نویسندگان، فوت محیل (یا محتال) پیش از قبول حواله از سوی محال‌علیه را بر اساس نظری که حواله را متشکل از یک ایجاب و دو قبول می‌داند، سبب زوال تراضی شمرده‌اند؛ زیرا هنوز یک جزء عقد حواله، یعنی قبول محال‌علیه، به وجود نیامده است (جعفری نگرودی، ۱۳۹۰ الف: ش ۲۲).

### ۳-۱. موضع حقوق روم و فرانسه

در حقوق روم، تعهد (اعم از جنبه مثبت آن یعنی طلب، و جنبه منفی آن یعنی دین)، صرفاً رابطه شخصی بین دو طرف (متعهد و متعهدله) به شمار می‌آید و از شخصیت متعهد قابل تفکیک و جدا شدن نبود و وجود مستقلی نداشت. وانگهی، طلب بر خلاف اموال، جزء دارایی متعهدله نبود. بنابراین بر خلاف اموال که خود عینیت و وجود خارجی دارند و به همین دلیل قابل نقل و انتقال ارادی و قهری هستند، دین و طلب وابسته به شخصیت متعهد بوده و قابلیت نقل و انتقال نداشتند. به تدریج در اثر تحولاتی که در حقوق روم پدید آمد، امکان انتقال قهری تعهد (در اثر فوت متعهد یا متعهدله) در اثر قبول نظریه قائم مقامی پذیرفته شد؛ اما امکان انتقال ارادی تعهد از سوی طلبکار و بدهکار همچنان انکار می‌شد. در نتیجه در حقوق روم، «انتقال تعهد»<sup>۱</sup> شامل «انتقال طلب»<sup>۲</sup> و «انتقال دین»<sup>۳</sup> به رسمیت شناخته نشده بود. برای رفع این مشکل، حقوق دانان نهاد «تبدیل تعهد»<sup>۴</sup> را تأسیس کردند تا از طریق توافق بین اطراف تعهد و شخص جدیدی که دین یا طلب به او منتقل می‌شود، ابتدا تعهد سابق که وابسته به اطراف آن بود، از بین برود و سپس تعهد جدیدی با همان موضوع و شرایط و اوصاف به وجود بیاید. بنابراین انتقال دین و انتقال طلب به صورت مستقیم امکان‌پذیر نبود؛ بلکه «تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون»<sup>۵</sup> و «تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل دائن»<sup>۶</sup> به عنوان نهادی که به صورت غیر مستقیم، نتیجه مشابهی را در پی دارد، مورد پذیرش قرار گرفت (Carbonnier, 1998: 466; Weill, 1971: 5-6 et 41; Terré et al., 2009: 1177-1178;

Journal et Wéry, 2019: 161 et ss. et 757 et ss.).

با تصویب کد ناپلئون که از حقوق روم الهام گرفته بود، نهاد تبدیل تعهد (از جمله تبدیل تعهد به اعتبار تغییر دائن و مدیون) وارد نظام حقوقی جدید فرانسه شد و مواد

1. La transmission des obligations.
2. La cession de créanc.
3. La cession de dette.
4. La novation.
5. La novation par changement de débiteur.
6. La novation par changement de créancier.

۱۲۷۱ تا ۱۲۸۱ ق.م. این کشور، اقسام و احکام و آثار تبدیل تعهد را بیان داشت. بدین ترتیب تا پیش از کد ناپلئون (که به حقوق قدیم فرانسه موسوم است)، همانند رومین، انتقال ارادی تعهد به رسمیت شناخته نشده بود؛ اما در حقوق جدید این کشور، از مفاد ماده ۱۶۹۲ ق.م. صحت «انتقال طلب» قابل استنباط بود.<sup>۱</sup> حقوق دانان فرانسوی نیز برای تعهد، همانند اموال، عینیت و وجود مستقلی از متعهد قائل شدند و در کنار «تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل دائن»، امکان «انتقال طلب» را به صورت مستقیم و بی آنکه نیازی به رضایت بدهکار باشد، پذیرفتند و بدین ترتیب تبدیل تعهد به اعتبار تغییر طلبکار اهمیت و فایده اصلی خود را از دست داد. اما از حیث جنبه منفی تعهد یا «انتقال دین»، قانون مدنی فرانسه مصوب ۱۸۰۴ حکمی نداشت و حقوق دانان نیز در شناسایی آن تردید جدی داشتند؛ به طوری که برای استفاده از فواید عملی آن به ناچار به نهاد «تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون» متوسل می شدند. به این ترتیب، حتی پس از تصویب کد ناپلئون نیز «انتقال دین» هنوز به رسمیت شناخته نمی شد؛ چرا که هنوز هم بر وابستگی تعهد به شخصیت و اوصاف اخلاقی و توانایی مالی متعهد تأکید فراوان می شد. وانگهی، طلب ملک طلبکار است و مدیون نمی تواند بدون رضایت مالک آن، در آن تصرف کند یا به دیگری واگذار نماید. حتی اگر طلبکار به این انتقال رضایت می داد، باز هم مشهور حقوق دانان فرانسه در «انتقال واقعی دین» و برائت ذمه مدیون تردید جدی داشتند و برای توجیه این امر، هنوز هم خود را نیازمند نهاد تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون می دانستند. بنابراین انتقال مستقیم دین، به این صورت که متعهد دینی را که به متعهدله دارد به شخص ثالثی واگذار کند، از سوی غالب نویسندگان فرانسوی پذیرفته نشده بود (Weill, 1971: 41 et 951-953; Terré et al., 2009: 1178-1181; Mazeaud, 1998: 1244 et s. et 1275; Ghestin et al., 2005: 414 et s. et 889; Jourdain et Wéry, 2019: 759 et ss.).

با وجود این، در اصلاحات قانون مدنی فرانسه در سال ۲۰۱۶،<sup>۲</sup> تغییرات مهمی در

1. Article 1692 (abrogé): Créé par Loi 1804-03-06 promulguée le 16 mars 1804; Abrogé par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 5: "La vente ou cession d'une créance comprend les accessoires de la créance, tels que caution, privilège et hypothèque".

2. Code civil français: Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 3.

این حوزه صورت گرفت. مواد ۱۳۲۹ تا ۱۳۳۵ به «تبدیل تعهد» اختصاص یافت و ماده ۱۳۳۲ در تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون، رضایت او را لازم ندانست؛ اما ماده ۱۳۳۳ در تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل دائن، رضایت مدیون را ضروری شمرد. همچنین مواد ۱۳۲۱ تا ۱۳۲۶ ق.م. فرانسه در سال ۲۰۱۶ به «انتقال طلب» پرداخت<sup>۱</sup> و ضمن بیان تعریف و شرایط و احکام و آثار انتقال طلب نسبت به طرفین و اشخاص ثالث (مدیون)، رضایت بدهکار را به عنوان قاعده لازم نشمرد. «انتقال دین» نیز در مواد ۱۳۲۷ و ۱۳۲۸ ق.م. مصوب ۲۰۱۸ پیش‌بینی شد.<sup>۲</sup> ماده ۱۳۲۷ این قانون در حکمی جدید، به بدهکار اجازه می‌دهد که با توافق طلبکار، بدهی خود را به شخص دیگری واگذار نماید و بند دوم این ماده در صورت موافقت طلبکار، مدیون اصلی را پس از انتقال دین بری می‌داند؛ وگرنه هر دو در برابر طلبکار مسئولیت تضامنی دارند، مگر اینکه خلاف آن شرط شده باشد. (Pour une discussion détaillée, voir: Jourdain et Wéry, 2019: 161 et ss. et 757 et ss.)

به این ترتیب در اصلاحات ۲۰۱۶ و ۲۰۱۸، نهاد انتقال دین به معنای واقعی آن، علی‌رغم قرن‌ها تردید و مخالفت از سوی بسیاری از حقوق‌دانان به رسمیت شناخته شده و از این رو، فایده عملی تبدیل تعهد به اعتبار تغییر مدیون کاسته شده است. در نتیجه می‌توان گفت که در حقوق فرانسه، انتقال طلب از حدود دو قرن پیش (از سال ۱۸۰۴)، و انتقال دین از سال ۲۰۱۶ مورد پذیرش قرار گرفته است.

### ۲-۳. موضع فقه امامیه

#### ۱-۲-۳. انتقال طلب

از مباحثی که فقیهان امامیه درباره رضایت محال‌علیه در حواله بر مدیون مطرح کرده‌اند، به ویژه اینکه حواله موجب انتقال مافی‌الذمه محال‌علیه به محتال می‌شود، می‌توان گفت که مشهور فقها انتقال طلب را حتی بدون رضایت مدیون صحیح شمرده‌اند. توضیح اینکه برخی فقیهان درباره لزوم رضایت محال‌علیه گفته‌اند: مردم از نظر سهولت یا سختگیری در معاملات خود متفاوت هستند و به همین جهت، رضایت محال‌علیه در

1. Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 3.

2. Modifié par LOI n°2018-287 du 20 avril 2018 - art. 12.

حواله لازم است؛ زیرا نمی‌توان محال‌علیه را بدون رضای او وادار ساخت که بدهی‌اش به محیل را به محتال بپردازد. اگر این نظر پذیرفته شود، باید پذیرفت که هر انتقال طلبی نیازمند رضایت بدهکار است. با وجود این، بسیاری از بزرگان فقه به این استدلال پاسخ داده، معتقدند که تفاوت مردم از لحاظ سهولت یا سختگیری در گرفتن طلب، ضرورت رضایت محال‌علیه را اثبات نمی‌کند؛ زیرا مردم بر اموال خود و طلبی که از دیگران دارند، مسلط هستند و می‌توانند در آن به هر نحو که بخواهند، تصرف نمایند؛ بی‌آنکه چنین امری نیازمند رضایت بدهکار باشد. از همین روست که طلبکار می‌تواند مافی‌الذمه بدهکار را از طریق عقد بیع یا صلح به دیگری منتقل سازد. بنابراین تفاوت اشخاص در استیفای دین خود و سختگیری عده‌ای و مدارای گروه دیگر، مانع از این نمی‌شود که طلبکار شخصاً یا از طریق دیگر بتواند طلب خود را از بدهکار بگیرد یا آن را به شخص ثالثی منتقل سازد و انتقال‌گیرنده بتواند آن را از همان مدیون مطالبه نماید (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۶۲/۲۶؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۴۹-۴۸/۲۱؛ جعی عاملی، ۱۴۱۳: ۲۱۳/۴-۲۱۴؛ سیوری حلی، ۱۴۰۴: ۱۹۳/۲؛ ابن فهد حلی، ۱۴۱۰: ۱۹۷؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۱۶۸/۲۰-۱۶۹؛ ایروانی، ۱۴۲۷: ۱۸۶/۲؛ نراقی، ۱۴۲۵: ۳۷۶-۳۷۷). از این دیدگاه به روشنی برمی‌آید که مطالبات همانند اموال مادی، طبق اصل تسلیط، در سیطره اقتدار و اختیار مالک (صاحب حق) است و تصرف در آن مستلزم رضایت شخص دیگر (بدهکار) نیست.

### ۲-۲-۳. انتقال دین

در عقد حواله، بدهکار (محیل) با رضایت طلبکار (محتال)، دینی را که به او دارد، به شخص ثالث انتقال می‌دهد؛ یعنی عقد حواله سبب انتقال دین از ذمه محیل (بدهکار) به ذمه محال‌علیه (شخص ثالث یا مدیون جدید) می‌شود و این جابه‌جایی با موافقت طلبکار (محتال) صورت می‌پذیرد. از این نظر، حواله به «انتقال مستقیم دین» شباهت دارد که در آن، مدیون بدهی خود را به شخص ثالثی واگذار می‌کند و این بحث مطرح است که آیا چنین انتقالی بدون موافقت طلبکار درست است یا در هر حال، نیازمند رضایت اوست؟ فقهای امامیه در پاسخ به این سؤال در عقد حواله گفته‌اند: طلبی که محتال بر ذمه محیل دارد، حقی برای محتال و دینی بر عهده محیل است و

اگر محیل بخواهد آن دین را بدون رضایت طلبکار به شخص ثالثی منتقل سازد، چنین امری با اصل سلطنت طلبکار بر طلب خود و قاعده عدم جواز تصرف در مال غیر بدون رضایت صاحب آن منافات دارد. پس محتمل ملزم به قبول حواله نیست و نمی‌توان او را مجبور به پذیرش انتقال طلب خود از ذمه محیل به ذمه محال‌علیه نمود؛ بلکه چنین امری در هر حال نیازمند رضایت و موافقت طلبکار است (طوسی، ۱۳۸۷: ۱۳۸۷/۲؛ همو، ۱۴۰۷: ۳۰۶-۳۰۵/۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۰: ۴۰۲/۱؛ همو، ۱۴۱۱: ۱۱۹؛ همو، ۱۴۱۳ الف: ۱۶۳/۲؛ همو، ۱۴۱۴: ۱۴/۱۴-۴۴۲-۴۴۱/۱۴؛ همو، ۱۴۲۰: ۵۷۹/۲؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۳۵۹/۵؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۶۱-۱۶۰/۲۶ و ۱۶۶؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۳۰۸/۹؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۲۸۵/۹؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۰: ۱۳۷-۱۳۵/۴؛ همو، ۱۴۱۳: ۲۱۳/۴؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۹۴/۲؛ همو، ۱۴۱۸: ۱۴۲/۱؛ فیض کاشانی، بی‌تا: ۱۴۸/۳؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳: ۵۹۶/۱؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۱۷۰-۱۶۶/۲۰؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۷۸۶-۷۸۴/۲؛ عاملی جزینی، ۱۴۱۰: ۱۳۱؛ اصفهانی، ۱۴۲۲: ۵۰۲-۵۰۰؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰: ۱۹۷/۲؛ موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۱۸۸-۱۸۷/۲؛ مغنیه، ۱۴۲۱: ۶۲-۶۱/۴؛ بصری بحرانی، ۱۴۱۳: ۸۶-۸۵/۶ و ۸۹؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۳۳-۳۱/۲؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۷: ۳۶۲-۳۶۱/۲؛ ایروانی، ۱۴۲۷: ۱۸۶-۱۸۵/۲؛ مرعشی نجفی، ۱۴۰۶: ۱۲۱/۲-۱۲۰). از این حکم به آسانی می‌توان فهمید که در فقه امامیه، انتقال دین بدون رضایت طلبکار امکان ندارد؛ اما اگر طلبکار به انتقال دین رضا دهد، مانعی در صحت قرارداد «انتقال دین» وجود نخواهد داشت.

### ۳-۳. تحلیل قانون مدنی و نظر برگزیده

از آنچه در فقه امامیه گفته شد، می‌توان نتیجه گرفت که «انتقال دین» به صورت مستقیم با رضای طلبکار، مورد پذیرش فقها قرار گرفته است. بنابراین امری که در حقوق روم و حقوق قدیم و جدید فرانسه نفی می‌شد و قانون‌گذار فرانسه در اصلاحات ۲۰۱۶ و ۲۰۱۸ آن را پذیرفت، در مذهب جعفری عمری به بلندای تأسیس فقه امامیه دارد. همچنین «انتقال طلب» در فقه شیعه به صورت مستقیم پذیرفته شده و نیاز به رضایت بدهکار نیز ندارد. در نتیجه، نهادی که در حقوق فرانسه حدود دو قرن پیش پذیرفته شده، از آغاز ظهور دین اسلام به ویژه از طریق نهادی چون بیع، صلح یا هبه طلب (به مدیون یا غیر او)، مورد پذیرش قرار گرفته است.



همچنین قانون‌گذار در مقررات حواله، انتقال طلب و انتقال دین را به نحو غیر مستقیم پذیرفته است. لزوم رضای محتال و محال‌علیه (ماده ۷۲۵ ق.م.ا) نشان می‌دهد که «انتقال دین» به ذمه دیگری، افزون بر اینکه نیاز به قبول بدهکار جدید دارد، طلبکار نیز باید آن را قبول نماید. مفاد بند ۲ ماده ۲۹۲ ق.م.ا هم با بیان اینکه «وقتی که شخص ثالث با رضایت متعهدله قبول کند که دین متعهد را ادا نماید»، شامل انتقال مستقیم دین با رضایت طلبکار می‌شود (برای مطالعه احکام و آثار انتقال دین ر.ک: صفایی، ۱۳۹۹: ۲۸۱-۲۸۳؛ کاتوزیان، ۱۳۸۹: ش ۱۸۶-۱۹۶، به ویژه ش ۱۹۰ و ۱۹۶).

همچنین اینکه محیل می‌تواند طلبی را که از محال‌علیه (در حواله بر مدیون) دارد، به محتال انتقال دهد، نشان می‌دهد که انتقال طلب نیز در قانون مدنی و حقوق مدنی ایران پیش‌بینی شده است. در قانون اعسار ۱۳۱۳ هم قانون‌گذار انتقال طلب را مقرر نموده بود،<sup>۱</sup> ولی با نسخ قانون اعسار به موجب ماده ۲۹ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی ۱۳۹۴، این حکم از نظام حقوقی ما حذف شده است؛ اما مفاد آن که امکان انتقال مستقیم طلب از سوی طلبکار به شخص دیگر است، از مقررات حواله نیز قابل استنباط است و اصول حقوقی و ماده ۱۰ ق.م.ا نیز آن را تأیید می‌کند. از این رو با حذف قانون اعسار نیز انتقال طلب در حقوق ما به صورت مستقیم معتبر است. افزون بر آن، بند ۳ ماده ۲۹۲ ق.م.ا نیز که می‌گوید: «وقتی که متعهدله مافی‌الذمه متعهد را به کسی دیگر منتقل نماید»، شامل انتقال مستقیم طلب نیز می‌شود، بی‌آنکه نیازی به رضای بدهکار داشته باشد (در این باره ر.ک: صفایی، ۱۳۹۹: ۲۸۳-۲۸۶؛ کاتوزیان، ۱۳۸۹: ش ۱۷۳؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰ الف: ش ۳۷؛ برای مطالعه احکام و آثار انتقال طلب ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۸۹: ش ۱۶۹-۱۸۱). البته در قانون اعسار، مانند حقوق فرانسه، برای قابلیت استناد انتقال طلب در برابر بدهکار، آگاهی او لازم بوده است که قاعده‌ای معقول و منطبق با حسن‌نیت است و معنای این قاعده آن است که اگر بدهکار بدون اطلاع از انتقال طلب، دین خود را به طلبکار سابق بپردازد، براثت حاصل می‌کند. چون با نسخ قانون اعسار، قبول این قاعده در حقوق فعلی دشوار است، شایسته است که قانون‌گذار در این خصوص چاره‌اندیشی کند یا

۱. مطابق این ماده: «کسی که طلب خود را به غیر مدیون انتقال داده و بعد از انتقال آن را از مدیون سابق خود دریافت کرده و یا به دیگری انتقال دهد کلاهبردار محسوب می‌شود».

رویه قضایی تدبیری بیندیشد (ر.ک: صفایی، ۱۳۹۹: ۲۸۴-۲۸۵).

بر این اساس می‌توان گفت نیازی نبود که قانون مدنی با پیروی از حقوق فرانسه، تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل دائن و مدیون را در بندهای ۲ و ۳ ماده ۲۹۲ پیش‌بینی نماید؛ بلکه کافی بود به تبع فقه امامیه، انتقال طلب و انتقال دین را جایگزین آن دو می‌ساخت. در حال حاضر نیز ظاهر بندهای ۲ و ۳ ماده ۲۹۲، تاب چنین تفسیری را دارد که علی‌رغم عنوان این ماده، حمل بر انتقال طلب و انتقال دین شود. در این صورت، بر خلاف ظاهر ماده ۲۹۳ ق.م. باید بر این نظر بود که در انتقال دین و طلب، تضمینات و فروعات دین ساقط نمی‌شود؛ بلکه همان طور که در جای خود به تفصیل بحث کرده‌ایم، به همراه انتقال دین یا طلب، وثایق و امتیازها و ایرادها و دفاعیات مربوط به دین یا طلب نیز منتقل می‌شود (صفایی و جواهرکلام، ۱۴۰۰: ۳۶۵-۳۷۰)؛ همچنان که در مواد ۱۳۲۴ و ۱۳۲۸ قانون مدنی فرانسه اصلاحی ۲۰۱۶ نیز همین راه حل پذیرفته شده است. بنابراین حکم مقرر در ماده ۲۹۳ ق.م. باید حمل بر موردی شود که قصد طرفین از تغییر طلبکار یا بدهکار، تبدیل تعهد به معنای واقعی آن (سقوط تعهد سابق و پیدایش تعهد جدید) باشد.

### نتیجه‌گیری

۱. دستاوردهای تحقیق: عقد حواله به دلیل آنکه سه طرف در آن دخیل‌اند و غالباً انتقال دین و طلب و مبادله بین آن‌ها در قالب حواله صورت می‌پذیرد، عقدی پیچیده بوده و مباحث فنی و تحلیلی زیادی را در متون فقهی و دکترین حقوقی به خود اختصاص داده است. یکی از مباحث اصلی و چالش‌برانگیز در این زمینه، آن است که آیا رضایت محال‌علیه در انعقاد حواله یا برای تأثیر آن ضرورت دارد یا بدون نیاز به رضای او حواله واقع می‌شود و رضای او هیچ نقشی در حواله ندارد؟ در پاسخ به این پرسش، فقها و حقوق‌دانانی که بر جنبه انتقال طلب در حواله تکیه می‌کنند، رضای محال‌علیه را ضروری نمی‌دانند؛ زیرا انتقال طلب نیاز به رضای بدهکار ندارد. در حقیقت، محیل با صدور حواله در مال خود (طلب خویش از محال‌علیه) تصرف می‌کند و تصرف در مال خویش نیز نیازمند رضایت فرد دیگری نیست. در مقابل، فقیهان و نویسندگانی که بر جنبه انتقال دین تأکید دارند، رضای محال‌علیه را در هر حال لازم

شمرده‌اند؛ به ویژه آنکه اشخاص از حیث سهولت و سختگیری با هم تفاوت دارند و این امر اقتضا دارد که محال‌علیه بدون رضایت خویش تعهدی در برابر محتال نداشته باشد. در این اختلاف نظر بین فقها و دکترین حقوقی، به دلیل آنکه ما حواله را همواره موجب انتقال دین از ذمه محیل به ذمه محال‌علیه دانستیم، باید نظری را پذیرفت که انتقال دین به ذمه محال‌علیه را در هر حال نیازمند رضای او می‌بیند، هرچند که او همانند آن دین را به محیل بدهکار باشد. ماده ۷۲۵ ق.م. نیز به درستی همین راهکار را پذیرفته است.

اختلاف دیگر آن است که فقیهان امامیه و حقوق‌دانانی که رضای محال‌علیه را لازم می‌دانند، در اینکه او طرف عقد حواله است یا شخص ثالثی است که رضای او شرط تأثیر حواله (یا شرط تحقق انتقال دین) است، دو گروه شده‌اند: گروهی از آنان، که شاید بتوان گفت قول مشهورتر در بین فقها را تشکیل می‌دهند، بر این باورند که عقد حواله بین محیل و محتال واقع می‌شود و رضای محال‌علیه، رکن حواله و شرط وقوع آن نیست؛ بلکه همانند رضای مالک در معامله فضولی اعتبار دارد. در مقابل، جمعی از فقیهان، رضایت یا قبول محال‌علیه را هم‌ردیف و در عرض رضای محتال برای تحقق و انعقاد حواله لازم شمرده‌اند، بی‌آنکه تصریح نمایند که حواله متشکل از یک ایجاب و دو قبول است و قبول محال‌علیه نیز همسنگ قبول محتال است، یا اینکه محال‌علیه طرف عقد به حساب نمی‌آید و قبول او به عنوان «شرط» وقوع یا تأثیر حواله است و به معنای «رضایت» به چیزی است که قبلاً واقع شده است. در این اختلاف نظر، به نظر می‌رسد که چون توافق محیل و محتال برای انتقال دین بر ذمه محال‌علیه، نوعی تجاوز به حقوق وی و به زیان اوست، می‌توان او را طرف عقد شناخت و تمام قواعد مربوط به ایجاب و قبول در سایر عقود را در مورد ایجاب محیل و قبول محتال و محال‌علیه نیز جاری ساخت. مواد متعدد قانون مدنی نیز این رویکرد را تأیید می‌کنند. بنابراین برخلاف آنچه فقها و حقوق‌دانان گفته‌اند، نه تنها حواله ترکیبی از یک ایجاب و دو قبول است، بلکه فوت هر یک از طرفین پیش از قبول محتال یا محال‌علیه، مانع از حصول عقد است. پذیرش این دیدگاه، آثار فراوان دیگری نیز دارد؛ مانند لزوم بقای اهلیت طرفین تا زمان حاصل شدن آخرین قبول (علت تامه پیدایش عقد حواله).

به علاوه، از مباحثی که فقهای امامیه ذیل حواله مطرح ساخته‌اند، به ویژه این استدلال که طلب محتال بر ذمه محیل است و انتقال آن به ذمه دیگر بدون رضایت طلبکار، با قاعده عدم جواز تصرف در مال غیر بدون رضایت صاحب آن و اصل سلطنت طلبکار بر طلب خود مغایرت دارد، معلوم می‌شود که فقهای امامیه انتقال دین بدون رضایت طلبکار را امکان‌پذیر نمی‌دانند؛ اما اگر طلبکار به این انتقال رضایت دهد، مانعی در «انتقال دین» وجود ندارد. همچنین فقیهان امامیه بر این عقیده‌اند در فرضی که محیل از محال‌علیه طلبکار است، می‌تواند شخصاً یا از طریق دیگری (محتال)، طلب خود را از محال‌علیه مطالبه نماید و یا آن را به محتال منتقل کند و چنین امری نیازمند رضایت مدیون نیست؛ چرا که مردم بر اموال خویش و طلبی که از دیگران دارند، سلطه دارند و می‌توانند در آن به نحو دلخواه تصرف کنند، بی‌آنکه چنین امری نیازمند رضایت بدهکار باشد؛ به ویژه آنکه از آغاز پیدایش فقه امامیه پذیرفته شده است که طلبکار می‌تواند مافی‌الذمه بدهکار را از طریق عقد بیع یا صلح یا هبه به دیگری منتقل سازد. بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که نهاد انتقال طلب در فقه امامیه از دیرباز پذیرفته شده است.

از مقررات قانون مدنی ذیل عقد حواله و بندهای ۲ و ۳ ماده ۲۹۲ ق.م. نیز چنین برداشت می‌شود که انتقال مستقیم دین یا طلب در حقوق ما امکان‌پذیر است: انتقال طلب بدون رضای مدیون واقع می‌شود، ولی انتقال دین به موافقت دائن نیاز دارد. به این ترتیب، بر خلاف حقوق فرانسه که انتقال طلب پس از تصویب کد ناپلئون و انتقال دین از سال ۲۰۱۶ به رسمیت شناخته شده، در فقه امامیه انتقال طلب و دین از قرن‌ها پیش مورد قبول قرار گرفته است. در نتیجه، نیازی به پذیرش نهاد تبدیل تعهد از طریق تغییر دائن و مدیون در بندهای ۲ و ۳ ماده ۲۹۲ ق.م. به تبع فرانسویان نبوده است؛ بلکه قانون‌گذار می‌توانست به پیروی از فقه امامیه، انتقال طلب و دین را جایگزین آن نماید؛ امری که در وضعیت فعلی نیز از طریق تفسیر ظاهر ماده ۲۹۲، قابل انتساب به قانون‌گذار است و از این رو بر خلاف ماده ۲۹۳ باید بر این باور بود که در انتقال دین و طلب، تضمین‌ها و دفاعیات و فروع دین و طلب ساقط نمی‌شود.

۲. وجوه تمایز و تشابه نظام‌های مورد مطالعه: مهم‌ترین شباهت‌ها و تفاوت‌های نظام‌های مورد مطالعه را در زمینه موضوع مقاله بدین شرح می‌توان دسته‌بندی و

خلاصه نمود:

الف) لزوم یا عدم لزوم رضایت محال‌علیه در وقوع یا تأثیر حواله: ۱- در نظام فقهی در این زمینه دو نظر ارائه شده است: مشهور فقهای امامیه رضایت محال‌علیه را ضروری شمرده‌اند، اگرچه آن را همسنگ قبول در سایر قراردادها ندانسته‌اند. اما گروهی دیگر، رضایت محال‌علیه را برای تحقق عقد لازم ندیده و معتقدند به صرف توافق محیل و محتال، حواله منعقد می‌شود. ۲- این اختلاف در میان اساتید حقوق مدنی ایران نیز حفظ شده و برخی رضایت محال‌علیه را لازم نشمرده و گروه دیگر آن را ضروری پنداشته‌اند. ۳- قانون مدنی در ماده ۷۲۵، قبول محال‌علیه را لازم و شرط تحقق حواله شمرده است. ۴- از نظر تحلیلی با توجه به اینکه در تمام اقسام حواله، «انتقال دین» صورت می‌گیرد، از نظریه اخیر دفاع شده و از این رو، قول مشهور فقیهان امامیه با مبانی حقوقی سازگار است.

ب) تعیین اطراف عقد حواله: ۱- قول مشهور یا اشهر در فقه امامیه آن است که تنها محیل و محتال طرف عقد حواله بوده و محال‌علیه طرف عقد نیست؛ اما برخی هر سه را طرف عقد حواله پنداشته‌اند. ۲- در نظام حقوقی ایران نیز نظر مشهور آن است که محال‌علیه طرف عقد محسوب نمی‌شود؛ ولی بعضی او را هم طرف حواله شمرده‌اند. ۳- قانون مدنی در این باره موضع صریحی ندارد. ۴- از حیث تحلیلی با توجه به معیاری که برای «طرف عقد بودن شخص» ارائه گردید، محال‌علیه را نیز طرف عقد حواله شمردیم و آثار و نتایج این نظریه به صورت ابتکاری تحلیل و ارائه شد. بنابراین نظر مشهور یا اشهر فقهای امامیه و حقوق‌دانان ایران در این زمینه قابل انتقاد است.

ج) تمهید نظریه عمومی انتقال دین و طلب: ۱- در حقوق روم و حقوق قدیم فرانسه (پیش از تصویب کد ناپلئون در سال ۱۸۰۴)، انتقال طلب و انتقال دین به صورت ارادی امکان‌پذیر نبود و برای این منظور از نهاد تبدیل تعهد استفاده می‌کردند. پس از تصویب قانون مدنی، در کنار تبدیل تعهد، انتقال طلب نیز پذیرفته شد؛ اما انتقال دین همچنان امکان‌پذیر نبود. در اصلاحات قانون مدنی در سال ۲۰۱۶، افزون بر حفظ نهاد تبدیل تعهد و پیش‌بینی انتقال طلب، بالاخره انتقال دین هم به رسمیت شناخته شد. ۲- در فقه امامیه، از مباحثی که ذیل عقد حواله درباره لزوم یا عدم لزوم رضایت محال‌علیه و طرف

عقد بودن او مطرح شده، امکان انتقال دین و طلب فهمیده می‌شود. ۳- در قانون مدنی، انتقال دین و طلب از مقررات باب حواله و ماده ۲۹۲ قابل استنباط است. ۴- حقوق دانان ایران نیز انتقال طلب و انتقال دین را در کنار تبدیل تعهد پذیرفته‌اند. ۵- از حیث تحلیلی، دین و طلب با احکام و آثار مشخص، قابلیت نقل و انتقال دارند و بنابراین نیازی به پیش‌بینی مقررات تبدیل تعهد در قانون مدنی ما نبوده است و از این رو، درباره ماده ۲۹۳ ق.م. نیز تفسیر جدیدی ارائه شد. در نتیجه، امروزه تمام نظام‌های مورد مطالعه (فقه امامیه، حقوق فرانسه و حقوق ایران) در زمینه انتقال دین و طلب، رویکرد مشابهی دارند؛ با این تفاوت که امری که از دیرباز در فقه امامیه پذیرفته شده بود، با قرن‌ها تأخیر در حقوق فرانسه به رسمیت شناخته شد.

## کتاب شناسی

۱. آل کاشف الغطاء، محمدحسین، وجیزة الاحکام، چاپ دوم، نجف اشرف، مؤسسة کاشف الغطاء العامه، ۱۳۶۶ ق.
۲. ابن ادریس حلّی، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۳. ابن طیّ فقہانی، زین الدین علی بن علی بن محمد، الدر المنضود فی معرفة صیغ النیات والایقاعات والعقود، قم، مکتبه مدرسه امام العصر علیه السلام العلمیه، ۱۴۱۸ ق.
۴. ابن فهد حلّی، جمال الدین احمد بن محمد اسدی، المقتصر من شرح المختصر، مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۵. ابوصلاح حلّی، تقی الدین بن نجم الدین، الکافی فی الفقه، تصحیح رضا استادی، اصفهان، کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین علیه السلام، ۱۴۰۳ ق.
۶. اراکی، محمدعلی، المسائل الواضحه، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۴ ق.
۷. اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائده والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان الی احکام الایمان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۸. اصفهانی، سیدابوالحسن، وسيله النجاة، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۲ ق.
۹. اعتضاد بروجردی، محمد، «بحث در اطراف حواله»، فصلنامه کانون وکلا، شماره های ۱۶-۱۷، شهریور و مهر ۱۳۲۹ ش.
۱۰. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، چاپ بیست و ششم، تهران، اسلامی، ۱۳۸۵ ش.
۱۱. ایروانی، باقر، دروس تمهیدیه فی الفقه الاستدلالی، قم، مؤسسه الفقه للطباعة و النشر، ۱۴۲۷ ق.
۱۲. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهره، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۱۳. بصری بحرانی، محمدامین زین الدین، کلمة التقوی، چاپ سوم، قم، سیدجواد وداعی، ۱۴۱۳ ق.
۱۴. جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیه، قم، کتابفروشی داورى، ۱۴۱۰ ق.
۱۵. همو، مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۱۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، عقد حواله، چاپ چهارم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۰ ش. (الف)
۱۷. همو، عقد کفالت، چاپ چهارم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۰ ش. (ب)
۱۸. حسینی روحانی، سیدمحمدصادق، فقه الصادق علیه السلام، قم، دار الکتاب - مدرسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۲ ق.
۱۹. همو، منهاج الصالحین، بی جا، بی نا، بی تا.
۲۰. حسینی سیستانی، سیدعلی، منهاج الصالحین، چاپ پنجم، قم، دفتر آیه الله سیستانی، ۱۴۱۷ ق.
۲۱. حسینی عاملی، سیدجواد بن محمد، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۲۲. سیوری حلّی (فاضل مقداد)، جمال الدین مقداد بن عبدالله، التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ ق.
۲۳. صفایی، سیدحسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ جلد دوم: قواعد عمومی قراردادها، چاپ سسی و دوم، تهران، میزان، ۱۳۹۹ ش.

۲۴. صفای، سیدحسین، و محمدهادی جواهرکلام، حقوق مدنی پیشرفته؛ جلد نخست: تضمین های دین (رهن و ضمان). چاپ دوم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۴۰۰ ش.
۲۵. همان ها، حقوق مدنی: وصیت، ارث، شفعه، چاپ دوم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۹ ش.
۲۶. طباطبایی حائری، سیدعلی بن محمدعلی، ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل، قم، مؤسسه آل البيت (علیه السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۱۸ ق.
۲۷. طباطبایی حکیم، سیدمحسن، منهاج الصالحین، بیروت، دار التعارف للمطبوعات، ۱۴۱۰ ق.
۲۸. طباطبایی زدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، العروة الوثقی، چاپ دوم، بیروت، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹ ق.
۲۹. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضویه، ۱۳۸۷ ق.
۳۰. همو، النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی، چاپ دوم، بیروت، دار الکتب العربی، ۱۴۰۰ ق.
۳۱. همو، کتاب الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۳۲. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین مکی، اللمعة الدمشقیة فی فقه الامامیه، بیروت، دار التراث - الدار الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۳۳. عاملی کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت (علیه السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۳۴. علامه حلّی، ابومنصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، ارشاد الازهان الی احکام الایمان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۳۵. همو، تبصرة المتعلمین فی احکام الدین، تهران، دانشگاه تهران، ۱۴۱۱ ق.
۳۶. همو، تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه، قم، مؤسسه امام صادق (علیه السلام)، ۱۴۲۰ ق.
۳۷. همو، تذکرة الفقهاء، قم، مؤسسه آل البيت (علیه السلام)، ۱۴۱۴ ق.
۳۸. همو، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق. (الف)
۳۹. همو، مختلف الشیعة فی احکام الشریعة، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق. (ب)
۴۰. فاضل آبی، زین الدین حسن بن ابی طالب یوسفی، کشف الرموز فی شرح المختصر النافع، چاپ سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۴۱. فخرالمحققین حلّی، ابوطالب محمد بن حسن بن یوسف، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق.
۴۲. فیض کاشانی، محمدمحسن بن شاه مرتضی، مفاتیح الشرائع، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، بی تا.
۴۳. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: عقود ادنی - وثیقه های دین، چاپ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵ ش.
۴۴. همو، حقوق مدنی: نظریه عمومی تعهدات، چاپ نهم، تهران، میزان، ۱۳۸۹ ش.
۴۵. محقق حلّی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن، المختصر النافع فی فقه الامامیه، چاپ ششم، قم، مؤسسه المطبوعات الدینیة، ۱۴۱۸ ق.
۴۶. همو، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۴۷. همو، نکت النهایة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۲ ق.
۴۸. محقق سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن، کفاية الاحکام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ ق.



۴۹. مرعشی نجفی، سیدشهاب‌الدین، *منهاج المؤمنین*، قم، کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ ق.
۵۰. مغنیه، محمدجواد، *فقه الامام جعفر الصادق علیه السلام*، چاپ دوم، قم، انصاریان، ۱۴۲۱ ق.
۵۱. مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری بغدادی، *المؤمنه*، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ ق.
۵۲. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *تحریر الوسیله*، قم، دار العلم، بی‌تا.
۵۳. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *منهاج الصالحین*، چاپ بیست و هشتم، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰ ق.
۵۴. موسوی سبزواری، سیدعبدالاعلی، *جامع الاحکام الشرعیه*، چاپ نهم، قم، المنار، بی‌تا.
۵۵. مهدیان، محسن، و احمد باقری، «اواکوی چگونگی انعقاد حواله (با رویکرد نقد ماده ۷۲۵ قانون مدنی)»، *آموزه‌های فقه مدنی*، سال یازدهم، شماره ۱۹، شهریور ۱۳۹۸ ش.
۵۶. نجفی، بشیرحسین، *مصطفی‌الدین‌القیم*، نجف اشرف، دفتر آیه‌الله نجفی، ۱۴۲۷ ق.
۵۷. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۵۸. نراقی، مولی محمد مهدی، *انیس التجار*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۵ ق.
۵۹. نقیبی، سیدابوالقاسم، و محمد خانی، «شرط متأخر و کاربرد آن در حقوق ایران»، *دوفصلنامه مبانی فقهی حقوق اسلامی*، سال دهم، شماره ۲۰، پاییز و زمستان ۱۳۹۶ ش.
60. Carbonnier, Jean, *Droit civil, Tome 4, Les obligations*, 21e éd., Paris, Presses universitaires de France, 1998.
61. Ghestin, Jacques et Marc Billiau et Grégoire Loiseau, *Traité de droit civil: Le régime des créances et des dettes*, Paris, L.G.D.J., 2005.
62. Jourdain, Patrice et Patrick Wéry, *La transmission des obligations en droit français et en droit belge: Approches de droit comparé*, 1ère éd., Bruxelles, Larcier, 2019.
63. Mazeaud, Henri et léon Mazeaud et Jean Mazeaud, *Leçons de droit civil, Tome 2, Obligations*, par: François Chabas, Paris, Montchrestien, 1998.
64. Terré, François et Philippe Simler et Yves Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 10<sup>e</sup> édition, Paris, Dalloz - Précis, 2009.
65. Weill, Alex, *Droit civil, Les obligations*, Paris, Dalloz, 1971.



# غیر قابل استناد بودن معاملات به قصد فرار از دین در حقوق ایران با نگاهی به حقوق به فرانسه؛ و نگرشی بر رأی وحدت رویه ۷۷۴ مورخ ۱۳۹۸/۰۱/۲۰\*

□ مجید عزیزانی<sup>۱</sup>

## چکیده

معاملات به قصد فرار از دین در نظام حقوقی ایران و خصوصاً رویه قضایی از دیرباز دچار نوسان و چالش‌های فراوانی شده و با حذف ماده ۲۱۸ سابق قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷ مبنی بر غیر نافذ بودن حکم این گونه معاملات و ذکر حکم معاملات صوری به قصد فرار از دین در اصلاحیه سال ۱۳۷۰، ابهامات به اوج خود رسیده است و هم‌اکنون حکم صریحی در مورد معاملات به قصد فرار از دین در نظام حقوقی ایران وجود ندارد. از سویی در قوانین نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۵۱، ۱۳۷۷ و ۱۳۹۴ پیرامون وضعیت حکم این گونه معاملات، اظهارنظری صریح از سوی مقنن صورت نگرفته است و صرفاً به نتیجه آن، یعنی امکان استیفای حقوق طلبکار از منتقل‌الیه اشاره شده است و ایده نویسنده این است که پذیرش نظریه غیر قابل استناد بودن و تطبیق آن با مبانی فقهی و قضایی می‌تواند چالش‌های حاضر را حل کند. نظام حقوقی فرانسه نیز نظریه فوق را

پذیرفته است. با صدور رأی وحدت رویه ۷۷۴ مورخ ۱۳۹۸/۰۱/۲۰، چالش فراوانی برای کیفیت اثبات جرم معامله به قصد فرار از دین ایجاد شده است. روش تحقیق در مقاله حاضر، با بررسی مبانی فقهی، حقوقی و قضایی به سبک تحلیلی توصیفی با شیوه کاربردی است.

**واژگان کلیدی:** معامله، قصد فرار از دین، غیر قابل استناد، غیر نافذ، رأی

وحدت رویه ۷۷۴.

### مقدمه

معاملات به قصد فرار از دین از ابتدا و گذشته‌های دور، هم در کلام و بیان فقها و کتب فقهی و هم در سوابق تقنینی نظام حقوقی کشور و کتب علمی مورد بحث قرار گرفته است و سابقه‌ای طولانی دارد؛ ولی در مواد قانونی، حکم این گونه معاملات به طور کلی بیان نشده و مشخص نگردیده است که آیا این گونه معاملات صحیح یا باطل یا غیر نافذ هستند و در کتب فقهی به شرحی که در ادامه پرداخته خواهد شد، بین فقها و همچنین در کتب حقوقی، بین حقوق دانان اختلاف نظر شدیدی وجود دارد. در قوانین مختلف در برخی موضوعات جزئی از جمله معامله به قصد فرار از دین در مباحث وقف، ورشکستگی و... احکامی صادر شده است؛ ولی در سال ۱۳۶۱ ماده ۲۱۹ قانون مدنی سابق که حکم معاملات به قصد فرار از دین را غیر نافذ اعلام کرده بود، حذف گردید و با اصلاحیه سال ۱۳۷۰ و بیان حکم بطلان معاملات به قصد فرار از دین به صورت صوری، نه تنها اقدام مؤثری صورت نگرفت، بلکه برخی را بر آن داشت که از مفهوم مخالف ماده ۲۱۸ اصلاحی، حکم معاملات به قصد فرار از دین را با حذف ماده سابق، صحیح قلمداد کنند و از مدیونی که اقدام به انعقاد چنین معامله‌ای نموده، حمایت شود. در این مقاله سعی شده است مبانی فقهی و حقوقی معامله به قصد فرار از دین در نظام حقوقی ایران و فرانسه مورد بحث قرار گیرد و سپس به تحلیل قوانین نحوه اجرای محکومیت‌های مالی در باب این گونه معاملات و خصوصاً تحلیل رأی وحدت رویه ۷۷۴ مورخ ۱۳۹۸/۰۱/۲۰ پرداخته شده است.

سابقاً مقالاتی با عناوین ۱- «مطالعه تطبیقی عدم قابلیت استناد در حقوق ایران و فرانسه»

(ایزنلو و شریعتی‌نسب، ۱۳۹۱)، ۲- «مبانی عدم نفوذ معامله به قصد فرار از دین در فقه و

حقوق ایران» (محلّی و زنگنه، ۱۳۹۵)، ۳- «معامله به قصد فرار از دین در فقه و حقوق» (ایزدی فرد و کاویار، ۱۳۸۹) مورد نگارش قرار گرفته‌اند؛ اما الف) مقاله اول صرفاً در باب عنوان کلی عدم قابلیت استناد است، در حالی که مقاله اخیر صرفاً یکی از مصادیق خاص آن یعنی عدم قابلیت استناد معاملات به قصد فرار از دین است نه کل معاملات. ب) مقاله دوم در خصوص عدم نفوذ معامله به قصد فرار از دین است، در حالی که مقاله حاضر ضمن عدم پذیرش نظریه عدم نفوذ، معتقد به نظریه غیر قابل استناد است و کاملاً متمایز با آن مقاله است. ج) مقاله سوم به نحو کلی در مورد معامله به قصد فرار از دین در فقه و حقوق است که اصلاً در حقوق لاتین بحثی صورت نگرفته و نظریه غیر قابل استناد هم مورد تحلیل دقیق و پذیرش واقع نشده است.

جنبه نوآوری جستار پیش رو آن است که در مقالات و آثار حقوقی مشابه، یا صرفاً به نظریه غیر قابل استناد بودن بدون تطبیق آن با معاملات به قصد فرار از دین پرداخته شده یا اینکه مبنای نظریه غیر قابل استناد بودن در حقوق ایران با مبانی حقوقی و فقهی مورد تحلیل واقع نشده است که در مقاله حاضر به این امر توجه شده است. نیز سعی شده است نگاهی به حقوق فرانسه در مورد معاملات به قصد فرار از دین صورت گیرد. همان طور که اشاره شد، تمام مقالات فوق‌الذکر از حیث ماهیت، محتوا و حتی عنوان با مقاله حاضر کاملاً متمایزند. هرچند رأی وحدت رویه ۷۷۴ مورخ ۱۳۹۸/۰۱/۲۰ در مورد جنبه کیفری بزه معامله به قصد فرار از دین است، ولی پرداخت گذرا به رأی مذکور از این حیث مفید است که از یکسو بر اساس ماده ۱۸ قانون آیین دادرسی کیفری، نتیجه رأی قطعی کیفری در دعوی حقوقی مرتبط، مؤثر و برای محکمه حقوقی لازم‌الاتباع است و در صورت قطعیت حکم محکومیت کیفری بزه معامله به قصد فرار از دین، دادگاه حقوقی مکلف به تبعیت از دعوی حقوقی مرتبط است. از سوی دیگر، آنچه در رأی وحدت رویه مورد بحث برای تحقق بزه معامله به قصد فرار از دین ملاک عمل است، مسلم بودن دین از طریق صدور حکم قطعی محکومیت مدنی از سوی دادگاه است که البته در خصوص اینکه آیا این امر در دادگاه حقوقی رسیدگی کننده به وضعیت صحت معامله به قصد فرار از دین مؤثر است یا خیر، تا کنون در هیچ پژوهشی مورد تحلیل قرار نگرفته است.

## ۱. مفهوم معامله به قصد فرار از دین و معامله غیر قابل استناد در

### حقوق و فقه

#### ۱-۱. مفهوم معامله به قصد فرار از دین در حقوق

فرار از دین چنین تعریف شده است:

«هر عمل حقوقی متقلبانه که منظور عامل آن، فرار از پرداخت دین باشد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶: ۴۹۶).

برخی این معامله را معامله‌ای می‌دانند که طرفین به قصد اضرار به حقوق طلبکاران از طریق فرار از امکان پرداخت دین منعقد می‌کنند (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۲۷۲). اطلاق ماده ۲۱۸ قانون مدنی در تعاریف ارائه‌شده از سوی حقوق‌دانان محدود گردیده و منصرف به فرضی است که معامله در عالم خارج نیز به زیان طلبکاران باشد. اثر تبعی معامله به قصد فرار از دین، اضرار به بستانکاری است که در انعقاد معامله دارای نقش نبوده است، ولی نتیجه معامله در عدم وصول وی به طلبش مؤثر است (قبولی درافشان و محسنی، ۱۳۹۱: ۱۲۶).

معامله جدی به انگیزه فرار از دین، یعنی قراردادی که قصد انشاء در آن وجود دارد، ولی انگیزه آن فرار از دین است؛ چنان که بدهکاری که در معرض توقیف اموال قرار دارد، برای خارج کردن اموال خود از دسترس بستانکاران، به طور جدی آن را به دیگری انتقال دهد و ثمن معامله را پنهان کند (صفایی، ۱۳۸۴: ۱۴۱/۲). معامله به قصد فرار از دین، معامله‌ای است که جهت آن نامشروع است و فرار از دین، انگیزه اصلی معامله است و دو طرف برای نیل به آن معامله می‌کنند و قانون‌گذار نیز معامله به قصد فرار از دین را ذیل جهت معامله آورده است (قاسم‌زاده، ۱۳۸۸: ۱۲۰). به نظر می‌رسد معامله به قصد فرار از دین، معامله‌ای است که معامله‌کننده با انگیزه پرداخت نکردن دین در اموال خود انجام می‌دهد. چنین معامله‌ای می‌تواند به صورت صوری یا واقعی انجام شود. لفظ «قصد» در عبارت «معامله با قصد فرار از دین» مندرج در ماده ۲۱۸ اصلاحی قانون مدنی، با مفهوم قصد انشاء در بند ۱ ماده ۱۹۰ همان قانون متمایز بوده و به معنای انگیزه و نیت شخص مدیون در پرداخت نکردن دین خود است؛ زیرا فقدان قصد در معنای

قصد انشاء، منجر به بطلان معامله شده، ولی قصد فرار از دین به معنای خدشه در قصد انشاء نبوده و برای حفظ حقوق طلبکاران و جلوگیری از ورود لطمه به حقوق آنان وضع شده است و نباید وضع مقررات به نحوی باشد که مدیون اجازه پیدا کند با از دسترس خارج کردن اموال و دارایی‌های خود، به حقوق طلبکاران تعدی و تجاوز کند؛ چون اموال مدیون، وثیقه و تضمین کلی بدهی و دیون اوست، تعریف و مفهوم معامله با قصد فرار از دین می‌بایست با مفهوم حفظ حقوق طلبکاران در نظر گرفته شود. لذا چنین معاملاتی دارای حکم متفاوت که نیازمند تحلیل مبانی دقیق فقهی و حقوقی آن است و به شرح ذیل به آن پرداخته خواهد شد.

## ۲-۱. مفهوم معامله به قصد فرار از دین در فقه

در غالب کتاب‌های فقهی در مورد معاملات به قصد فرار از دین، مبحث و عنوانی مستقل با این نام مورد بحث قرار نگرفته است و فقها در ضمن بیان احکام و فروع مبحث حجر مالی مدیون، به بیان شروط و قواعد مرتبط با آن پرداخته‌اند. به طور کلی در باب وضعیت معاملات به قصد فرار از دین در فقه دو گروه وجود دارند؛ گروه اول به عنوان موافقان صحت این گونه معاملات و گروه دوم به عنوان مخالفان صحت معاملات به قصد فرار از دین بوده که هر کدام به ذکر ادله برای اثبات مدعای خود پرداخته‌اند که در ادامه به بررسی هر کدام از ادله موافقان و مخالفان پرداخته می‌شود.

### ۱-۲-۱. دیدگاه و ادله موافقان صحت معاملات به قصد فرار از دین

صرف نظر از تفاوت افلاس و ورشکستگی در فقه و حقوق تجارت که بیان آن از حوصله این بحث خارج است، عده‌ای از فقها معتقدند که مدیون تا قبل از اینکه حاکم، حکم حجر وی را صادر کرده باشد و از تصرف در اموالش ممنوع نشده باشد، می‌تواند هر گونه معامله‌ای نسبت به اموال خود انجام دهد (نجفی، ۱۳۶۵: ۲۷۹/۲۵) و عده‌ای به صراحت معاملات یادشده را صحیح و خالی از هر گونه اشکال می‌دانند (محقق حلی، ۱۴۰۳: ۳۴۳/۲) و شرط ممنوعیت تصرف در اموال اشخاص، منوط به صدور حکم حجر از ناحیه حاکم شرع است و خروج هر گونه مال از اموال وی بلامانع است (نجفی، ۱۳۶۵: ۲۷۹/۲۵). برخی از فقیهان معاصر نیز نظر داده‌اند: مدیونی که دیون او افزون بر اموالش

می‌باشد، حق هر گونه تصرف در اموال خود را دارد ولو اینکه تصرفات مزبور منجر به خروج رایگان مال از ملکیت او گردد. هرچند حاکم از باب حفظ حقوق مردم می‌تواند چنین شخصی را مفلس اعلام کرده و از تصرف در اموالش بازدارد (فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۵: ۳۲۰). در مجموع، این عده از فقها برای اثبات مدعای خود دو دلیل اقامه کرده‌اند:

۱- **قاعده تسلیط:** مفاد قاعده تسلیط (إِنَّ النَّاسَ مَسْلُطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ) دلالت بر آن دارد که هر شخص نسبت به مایملک و دارایی خود، امکان هر گونه تصرف مادی و حقوقی دارد. به موجب این قاعده، اموال اشخاص تحت سیطره و اختیار آن‌ها بوده و تا زمان صدور حکم حجر، مشمول قاعده تسلیط است (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۰/۱۴).

۲- **قاعده فقهی اذن شرعی ضمان آور نیست:**<sup>۱</sup> به موجب این قاعده، نمی‌شود که از یک طرف، شارع مکلفان را مأذون در انجام کاری دانسته باشد و یا انجام امری برای اشخاص از نظر شارع مباح باشد، ولی شخص مکلف به دلیل انجام همان عمل، مورد عقوبت و مؤاخذه باشد. عده‌ای به موجب این قاعده، تصرفات مدیون تا زمان صدور حکم حجر از ناحیه حاکم را مباح تلقی می‌کنند (همان). برای ثبوت حجر مدیون، چهار شرط ضروری است؛ اولاً دیون مدیون نزد حاکم ثابت شود. ثانیاً دیون حال و بدون مدت باشد. ثالثاً اموال مدیون کمتر از دیون او باشد. رابعاً طلبکاران حکم حجر مدیون را از حاکم شرع مطالبه کرده باشند (محقق حلی، ۱۴۰۳: ۳۴۳/۲).

## ۱-۲-۲. دیدگاه و ادله مخالفان صحت معاملات به قصد فرار از دین

مخالفان برای اثبات ادعایشان سه دلیل اصلی دارند:

۱- **قاعده لاضرر:** این قاعده زمانی اعمال می‌شود که ضرری بر جان، مال و عرض افراد وارد شده باشد؛ خواه ضرر بالفعل موجود باشد و خواه بالقوه امکان تحقق آن وجود داشته باشد. ضرر مفهومی عرفی است و از دیدگاه عرف، اموال مدیون وسیله اعتماد طلبکاران است تا اگر مدیون از پرداخت دین خودداری کند، این فرصت وجود داشته باشد که با فروش اموال او، طلب از آن وصول شود. معاملات به قصد فرار از دین، این فرصت مشروع و عقلایی را از طلبکاران سلب می‌کند و عرف این امر را نوعی ضرر

۱. «الإذن الشرعی لا یعقبه الضمان».



تلقی کرده و مقابله با آن را ضروری می‌داند. در این حالت، قاعده لاضرر با قاعده تسلیط در تعارض نیست؛ بلکه مقدم بر آن است. به دلیل قاعده لاضرر، معاملاتی که متضمن فرار از پرداخت دین باشد، نافذ نیست و اگر کسی دیون بر ذمه داشته باشد و کاری کند که اموال او از دسترس طلبکارش خارج شود و توان پرداخت بدهی را نداشته باشد، به دلیل ادله نفی ضرر، این تصرفات صحیح نیست. منظور از لاضرر، نفی ضرر غیر متدارک و جبران‌نشده است؛ یعنی هر کس که به دیگران ضرر می‌رساند باید آن را جبران کند (نراقی، ۱۴۱۷: ۵۱).

**۲- نامشروع بودن معاملات به قصد فرار از دین:** با توجه به اینکه مدیون به نیت فرار از دین و عدم پرداخت بدهی به دائن، مبادرت به انتقال اموال خود به ثالث می‌نماید، عده‌ای از فقها به دلیل همین قصد نامشروع در انتقال اموال، تصرفات مربوط به معامله به قصد فرار از دین را شبیه مکاسب محرمة مثل فروش انگور به قصد تهیه شراب، باطل دانسته‌اند و این معاملات به دلیل نامشروع بودن جهت معامله باطل‌اند (حاجی اشرفی، ۱۳۲۱: ۴۱۷). برخی در جهت تبیین نامشروع بودن معامله به قصد فرار از دین، به قاعده «ضد» استناد کرده، معتقدند بر اساس قاعده فقهی «امر به شیء مستلزم نهی از ضد آن است»، وقتی شارع حکم به وجوب حکمی از جمله ادای دین می‌کند، این امر مستلزم نهی از ضد آن است (قافی و شریعتی، ۱۳۹۱: ۱۷۴/۲). معامله اضرائی مربوط به ضد خاص (مثلاً فعلی که قابل جمع با فعل موضوع حکم نباشد، مثل خوردن که قابل جمع با ادای نماز نیست)، بوده و پرداخت دین قابل جمع با بعضی از افعال نیست و این گونه معاملات، ضد خاص حکم وفای به دین است (صدر، ۱۳۸۰: ۱۲۷/۳).

**۳- وجوب وفای به دین:** به نظر این عده، عموم قاعده وجوب وفای به دین شامل معامله به قصد فرار از دین بوده، و لذا بر حرمت چنین معاملاتی فتوا داده‌اند و احادیثی در این باب ذکر کرده‌اند و بر بدهکار واجب است که عزم جدی در پرداخت دین داشته باشد و اگر سهل‌انگاری نماید، گنهکار و به منزله سارق است (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۳: ۳۵/۱۵) و در این خصوص، روایتی از امام صادق علیه السلام نیز وارد شده است (حرّ عاملی، بی‌تا: ج ۱۳، باب ۵، ح ۲).

### ۳-۱. مفهوم غیر قابل استناد بودن در حقوق ایران

در حقوق ایران، سه حالت اصلی «بطلان»، «صحت» و «عدم نفوذ»، وضعیت اعمال حقوقی را مشخص می‌کند و به صراحت سخنی از غیر قابل استناد یا عدم قابلیت استناد در کنار سه ضمانت اجرای فوق در قواعد عمومی قراردادها نیامده است. برخی دکتین عدم قابلیت استناد را ضمانت اجرای خفیف‌تری از عدم نفوذ دانسته (صفایی، ۱۳۸۴: ۱۵۳/۲) و برخی دیگر با تعبیر «صحت و اعتبار میان طرفین عمل حقوقی، و بی‌اعتباری و نیستی در برابر اشخاص ثالث» مفهوم فوق را تبیین کرده‌اند (ایزنلو و شریعتی‌نسب، ۱۳۹۱: ۳۶). قابلیت استناد<sup>۱</sup> اصلی است که بر اساس آن، پدیده‌های حقوقی<sup>۲</sup> از رابطه شخصی طرفین فراتر رفته و پا به عرصه اجتماعی می‌گذارند. در نتیجه، اشخاص ثالث ناگزیر می‌شوند که آن پدیده‌ها را به رسمیت بشناسند و در مسیر تحقق حقوق قانونی صاحبان حق، مانع ایجاد نمایند (Ghestin et al., 2001: 766). علی‌رغم اینکه در قوانین بسیاری از کشورها از چنین اصلی به صراحت یاد نشده است، اما قانون‌گذاران و مراجع قضایی با این مفهوم آشنا هستند؛ چرا که فقدان چنین اصلی باعث می‌شود که عناصر یک نظام حقوقی به روابط شخصی طرفین محدود شده و خصیصه اجتماعی آن‌ها کم‌رنگ گردیده و در نتیجه میزان کارایی آن‌ها تقلیل یابد. به بیان ساده‌تر، بحثی که در مورد پدیده‌های حقوقی وجود دارد این است که در مقابل اشخاص ثالث نیز قابلیت استناد دارند، مگر اینکه قانون‌گذار بنا به مصالحی این ویژگی را از آن‌ها سلب نموده باشد. حتی در مورد اسناد عادی، بحث عدم قابلیت اسناد عادی از این حیث مطرح است که این گونه اسناد عمدتاً به دور از نظارت مقامات عمومی و گاهی حتی به صورت پنهانی یا به قصد فرار از ادای دین یا اضرار به اشخاص ثالث تنظیم می‌گردند و لذا نگاه خوش‌بینانه‌ای وجود ندارد. در حقوق ایران، دو دیدگاه متعارض در این زمینه دیده می‌شود: برخی از مؤلفان به استناد ماده ۱۳۰۵ قانون مدنی و مقررات قانون ثبت اسناد و املاک، سند عادی را در مقابل اشخاص ثالث اصولاً غیر قابل استناد می‌دانند (خدابخشی، ۱۳۸۹: ۱۰). در مقابل، مخالفان با استناد به اصل صحت، اصل حاکمیت

۱. در حقوق فرانسه از اصطلاح *opposabilite* و در حقوق انگلیس از اصطلاح *referability* استفاده می‌شود.

2. Legal Phenomenon.

اراده و اصل رضایی بودن معاملات در صورتی که اصالت سند عادی احراز شود، آن را در مقابل اشخاص ثالث نیز قابل استناد می‌دانند (شهیدی، ۱۳۸۷: ۷۳). رویکرد غیر شفاف و قابل انتقاد قانون‌گذار در نحوه تدوین و تصویب ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور مصوب ۱۳۹۵ نیز با آوردن عبارت «اسناد عادی دارای اعتبار شرعی»، به ابهام‌ها در این زمینه دامن زد. تبیین این موضوع به بحث غیر قابل استناد بودن کمک شایانی می‌کند.

## ۲. وضعیت حکم معاملات به قصد فرار از دین در نظام حقوقی ایران

در خصوص وضعیت حکم این گونه معاملات با توجه به تغییر و تحولات قانونی بین حقوق دانان، نظریه واحدی وجود نداشته و تشتت آراء و دیدگاه‌های زیادی وجود دارد. از مجموع نظریات، به طور کلی چهار نظریه وجود دارد که سه نظریه صحت، بطلان و غیر نافذ بودن به عنوان نظریات سنتی بدو مورد بحث قرار می‌گیرد و سپس نظریه چهارمی یعنی غیر قابل استناد بودن مورد بحث واقع می‌شود.

### ۱-۲. صحیح بودن معاملات به قصد فرار از دین

بر اساس این نظریه و بنا به مفهوم اصل صحت، چنین معاملاتی صحیح بوده و ادعای بطلان و غیر نافذ بودن نیازمند اثبات است. مقررات مشابه با ماده ۲۱۸ قانون سابق به طور پراکنده در قوانین وجود دارد؛ لیکن این مقررات را هرگز نمی‌توان با مفاد ماده ۲۱۸ قانون سابق یکسان دانست یا از مجموع آن‌ها، حکم مساوی با این ماده را استنباط کرد و مسلم است که قیاس، تشبیه و استقراء در نظام حقوقی ایران و فقه امامیه نمی‌تواند مبنای استنباط احکام حقوقی قرار گیرد (همو، ۱۳۸۰: ۳۷۷/۱). همچنین در پاسخ به مقررات مشابه ماده ۲۱۸ قانون مدنی سابق بیان شده است که مواد قانونی ناظر به موضوع بحث، به اندازه‌ای نیست که بتوان آن را مبنای استقراء قرار داد؛ زیرا مقررات مزبور که مربوط به وقف، دیون و تعهد مالی ناشی از اسناد لازم‌الاجرا و احکام و بعضی موارد خاص دیگر است، نسبت به موارد مذکور در ماده ۲۱۸ نه تنها اکثریت موارد را تشکیل نمی‌دهد، بلکه بسیار جزئی است، و برخی اصل نفوذ معاملات به قصد فرار از

دین را البته با استثنائاتی مورد پذیرش قرار داده‌اند. احتمال داده شده است که ممکن است از مفهوم مخالف این ماده استنباط شود که معامله به قصد فرار از دین واقعی صحیح است؛ زیرا بر اساس مفهوم ماده ۲۱۸ قانون مدنی، معامله غیر صوری باطل نیست و چون حکم عدم نفوذ ماده ۲۱۸ سابق نیز نسخ شده است، بنابراین چاره‌ای جز صحت معامله باقی نمی‌ماند (صفایی، ۱۳۸۴: ۱۴۴/۲).

به هر حال طبق این نظر، با ظاهر و مفهوم مخالف ماده ۲۱۸ جدید و با استناد به اصل صحت قراردادهای، چنین معاملاتی صحیح قلمداد می‌شوند.

## ۲-۲. باطل بودن معاملات به قصد فرار از دین

برخی احتمال باطل بودن این گونه معاملات را چنین داده‌اند که قواعد و مقررات کیفری مربوط به نظم عمومی است و در ماده ۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷، این گونه قراردادهای جرم‌انگاری شده‌اند و از سویی، قراردادهای مخالف نظم عمومی اصولاً باطل و از درجه اعتبار ساقط‌اند و برای همین به ماده ۹۷۵ قانون مدنی<sup>۱</sup> استناد کرده‌اند (همان). ممکن است برای بطلان معاملات به قصد فرار از دین، به نامشروع بودن جهت این گونه معاملات استناد شود و بر این اساس که حکم دو ماده اصلاحی ۲۱۸ و مکرر قانون مدنی، در مبحث جهت معاملات ذکر شده و لذا نتیجه دیدگاه این عده آن است که بر اساس ذیل ماده ۲۱۷ همان قانون،<sup>۲</sup> معاملات به قصد فرار از دین به دلیل نامشروع بودن جهت، باطل و بلااثر است (همان). در مقابل، برخی معتقدند که قانون‌گذار با قرار دادن این معاملات ذیل عنوان مبحث جهت نامشروع، علت عدم نفوذ آن‌ها را صرف انگیزه نامشروع فرار از دین، صرف نظر از تحقق واقعی آن‌ها در عالم خارج دانسته است. علت اینکه قانون‌گذار ایران، ماده مربوط به معاملات به قصد فرار از دین را ذیل اثر تعهد نیاورده و به آن لباس جهت نامشروع بخشیده، این

۱. «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که بر خلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر، مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود، به موقع اجرا گذارد؛ اگرچه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد».

۲. «در معامله لازم نیست که جهت آن تصریح شود؛ ولی اگر تصریح شده باشد، باید مشروع باشد، و الا معامله باطل است».

بوده که در حقوق ایران و فقه امامیه بر اساس نظریه رایج، صرف مدیون بودن موجب تعلق اموال مدیون به حق طلبکاران نمی‌شود. بنابراین قانون‌گذار بر آن شد تا این گونه معاملات را به واسطه نامشروع بودن جهت، غیر صحیح اعلام کند (محلّی و زنگنه، ۱۳۹۵: ۱۱۲). در مجموع، طرفداران این نظریه به دو دلیل اولاً کیفری بودن این گونه معاملات و مخالفت با نظم عمومی به دلیل داشتن وصف کیفری، و ثانیاً نامشروع بودن جهت، حکم بطلان معاملات به قصد فرار از دین را ترجیح می‌دهند.

### ۲-۳. غیر نافذ بودن معاملات به قصد فرار از دین

در برخی مواد قانون مدنی از جمله ماده ۶۵ مصداق معامله به قصد فرار از دین در باب وقف به اضرار دین، غیر نافذ اعلام شده و برخی از مبانی حقوقی مانند وثیقه عمومی یا جبران ضرر بر عدم نفوذ دلالت دارد و در جایی که مدیون، مال منحصر به فردی دارد که نهایتاً طلب را باید از آن استیفا کرد، این مال در حکم وثیقه طلب طلبکاران است و مانند وثیقه و رهن، مدیون بدون اجازه طلبکاران، حق تصرف در آن را ندارد و در صورت تصرف در آن، تصرفاتش غیر نافذ است و قانون مدنی در معامله فضولی که کسی مال دیگری را مورد معامله قرار می‌دهد، نهایتاً حکم عدم نفوذ را پیش‌بینی کرده و در جایی که کسی در مال خود معامله می‌کند و از این طریق در حقوق دیگران دخالت می‌کند، نباید چیزی بیش از عدم نفوذ به عنوان ضمانت اجرا در نظر گرفته شود (ره‌پیک، ۱۳۹۰: ۱۳۰). در مورد غیر نافذ بودن تصرفات منافی با حق مرتهن که از حیث تعلق حق دیگری به مال تحت مالکیت مالک، شباهت با معامله به قصد فرار از دین دارد (تعلق حق طلبکار تا میزان طلب نسبت به اموال بدهکار)، رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ مورخ ۱۳۷۶/۸/۲۰ هیئت عمومی دیوان عالی کشور تصریح می‌کند:

«مطابق مواد قانون مدنی، گرچه رهن موجب خروج عین مرهونه از مالکیت رهن نمی‌شود، لکن برای مرتهن نسبت به مال مرهونه، حق عینی و حق تقدم ایجاد می‌نماید که می‌توان از محل فروش مال مرهونه، طلب خود را استیفا کند و معاملات مالک نسبت به مال مرهونه در صورتی که منافی حق مرتهن باشد، نافذ نخواهد بود».

برخی بر اساس مبانی حقوق فرانسه، اموال مدیون را متعلق حق طلبکاران و وثیقه

التزامات او و تعهدات قراردادی قرار داده‌اند و اشخاص حین معامله با یکدیگر، به دارایی هم که در واقع کاشف از میزان اعتبار مالی طرف مقابل است، اتکا می‌کنند؛ بدان امید که بتوانند حقوق خود را از محل این اموال جبران کنند و بر همین اساس است که مبنای معامله به قصد فرار از دین در حقوق فرانسه به دلیل منافات با وثیقه عمومی طلبکاران، از نفوذ قانونی برخوردار نیست (امامی، ۱۳۶۸: ۲۳۳/۱). لذا پیروان این نظریه از قواعد مربوط به معاملات فضولی در باب غیر نافذ بودن و با لحاظ قاعده اولویت وثیقه بودن دارایی بدهکار نسبت به دیون خود، حکم غیر نافذ بودن این گونه معاملات را ترجیح می‌دهند.

## ۲-۴. ارزیابی سه نظریه اخیر

نظریه صحیح بودن معاملات به قصد فرار از دین، از این جهت قابل رد است که مقنن در ماده ۲۱۸ مکرر قانون مدنی برای جلوگیری از معامله به قصد فرار از دین، اجازه توقیف اموال مدیون را صادر کرده است. افزون بر اینکه در برخی مصادیق از جمله ماده ۶۵ قانون مدنی (غیر نافذ بودن وقف به قصد اضرار دین) را صحیح به معنای اخص قلمداد نکرده است.

از سویی، نظریه بطلان این گونه معاملات از این حیث قابل خدشه است که جرم بودن یک عمل، منافاتی با حکم صحت یا بطلان یا عدم نفوذ آن معاملات ندارد و از سویی دیگر در پاسخ به ایراد جهت نامشروع بودن چنین معاملاتی باید گفت تصریح به جهت معامله شرط است، اما در معامله به قصد فرار از دین، تنها معلوم شدن قصد فرار کفایت می‌کند. به عبارتی، صرف نظر از مباحث اختلافی در مبانی فقهی بر اساس قاعده «الأعمال بالنیات»، جهت نامشروع بر اساس نص ماده ۲۱۷ قانون مدنی، زمانی موجب بطلان معامله است که مورد تصریح قرار گیرد؛ حال آنکه انگیزه فرار از دین، حتی در ماده ۲۱۸ قانون مدنی سابق، فقط سبب عدم نفوذ بود و دلیلش این است که در معامله به قصد فرار از دین، علت عدم مشروعیت، عدم رعایت حقوق بستانکاران است و واژه قصد فرار از دین در ماده ۲۱۸ فعلی به معنای قصد انشاء موضوع بند ۱ ماده ۱۹۰ قانون مدنی نیست، بلکه به معنای انگیزه و نیت شخص مدیون در عدم پرداخت دیون خویش است. نظریه غیر نافذ بودن معامله به قصد فرار از دین نیز به این دلیل محل مناقشه و قابل رد

است که حکم صحیح نبودن معاملات یادشده صرفاً برای حمایت از طلبکار است و مفاد ماده ۲۱۸ مکرر قانون مدنی نیز مؤید آن است و اشخاص دیگری غیر از طلبکار به عنوان ثالث، امکان ورود به صحت یا عدم صحت این گونه معاملات را ندارند؛ افزون بر اینکه طلبکار نیز صرفاً تا میزان طلب خود در معامله منعقدہ دارای حق بوده و مازاد بر طلب خود در معامله یادشده، ثالث محسوب می‌شود.

از سویی، هم در عبارت ماده ۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۵۱، «حکم به استیفای دین یا محکوم به از عین مال یا معادل بهای آن از اموال انتقال‌گیرنده حسب مورد خواهد بود» و هم در عبارت ماده ۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷، «اگر مال در مالکیت انتقال‌گیرنده باشد، عین آن مال، و در غیر این صورت، قیمت یا مثل آن، از اموال انتقال‌گیرنده بابت تأدیة دین استیفا خواهد شد». خصوصاً بر اساس آخرین ارادهٔ مقنن در ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴، «در این صورت عین آن مال و در صورت تلف یا انتقال، مثل یا قیمت آن از اموال انتقال‌گیرنده به عنوان جریمه اخذ و محکوم به از محل آن استیفا خواهد شد». همگی این موارد دلالت بر این دارند که اگر معامله به قصد فرار از دین محرز شود، محکوم له می‌تواند تا میزان طلب خود، از عین مال مورد انتقال یا مثل یا قیمت آن در صورت تعذر، استیفای طلب کند و مبرهن است که زمانی امکان استیفای حقوق از معامله منعقدہ وجود دارد که معامله منعقدہ توسط طلبکار رد گردد و نامبرده تا میزان طلب خود، صرفاً می‌تواند در آن معامله دخالت کند و مازاد بر طلب خود هیچ گونه حقی نداشته و ثالث محسوب می‌شود و این بیان مقنن با حکم غیر قابل استناد بودن معاملات به قصد فرار از دین نسبت به طلبکار سازگارتر است.

## ۲-۵. امکان سنجی وضعیت غیر قابل استناد بودن در معاملات به قصد

### فرار از دین

استنادناپذیر بودن یک عمل حقوقی، منطبق با فرضی است که اشخاص ثالث به طور استثنایی به قرارداد احترام نمی‌گذارند و می‌توانند مانع اجرای شایسته آن شوند. به بیان دیگر، عدم قابلیت استناد وضع عمل حقوقی است که افراد می‌توانند آن را نادیده بگیرند

(ایزانلو و شریعتی‌نسب، ۱۳۹۱: ۲۱). دامنه اشخاص ثالث را باید با توجه به هدف وضع ضمانت اجرا تعیین کرد؛ هدفی که می‌تواند از حفظ حقوق فردی تا حفظ حقوق جمعی بستانکاران یا تأمین امنیت معاملاتی جامعه متفاوت باشد و در موارد سکوت یا تردید باید شخص ثالث را به گونه‌ای تفسیر کرد که تا جای ممکن دربرگیرنده افراد کمتری باشد؛ زیرا حفظ استحکام معاملات و رعایت اصل صحت، چنین اقتضا دارند (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۲۹۳). مقصود این است که بستانکار فقط تا حدی که برای استیفای طلب او لازم باشد، معامله را رد می‌کند و از عین مال مورد انتقال در صورتی که مال در ملکیت انتقال‌گیرنده باقی باشد، طلب خود را استیفا می‌نماید و هر گاه عین در ملکیت انتقال‌گیرنده نباشد، چنانچه تلف شده یا به شخص دیگری انتقال یافته باشد، بستانکار می‌تواند از سایر اموال انتقال‌گیرنده، طلب خود را وصول کند (صفایی، ۱۳۸۴: ۱۵۳/۲). از مفاد ماده ۲۱۸ مکرر قانون مدنی چنین برمی‌آید که اگر معامله به قصد فرار از دین صورتی نباشد، نافذ است؛ ولی از تأیید اصل ۴۰ قانون اساسی استنباط می‌شود که چنین معامله‌ای در برابر طلبکاران قابل استناد نیست (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۲۱۲). به عبارتی، غیر قابل استناد بودن به وضعیتی اشاره دارد که در آن، عمل حقوقی میان طرفین معتبر است، ولی به جهتی از جهات، نسبت به دیگران و ثالث قابل استناد نیست. مقنن در ماده ۱۸ قانون پیش‌فروش آپارتمان مصوب ۱۳۸۹ در رابطه با انتقال قرارداد از سوی پیش‌خریدار، چنین انتقالی را بدون رضای پیش‌فروشنده در برابر نامبرده غیر قابل استناد دانسته است و در مقابل پیش‌فروشنده، پیش‌خریدار (انتقال‌دهنده) همچنان مسئول پرداخت بها یا عوض قرارداد است. النهایه بر طبق این نظر، معامله به قصد فرار از دین نسبت به مازاد بر طلب دائن دارای اثر است و مال در مالکیت انتقال‌گیرنده باقی می‌ماند و تا میزان طلب دائن، معامله نسبت به وی نافذ است.

ترجیح نظریه غیر قابل استناد بودن بر غیر نافذ بودن در این است که در نظریه غیر قابل استناد، صرفاً تا میزان محکوم‌به و طلب، معامله منعقد تحت‌الشعاع و اختیار طلبکار بوده و نامبرده امکان رد کل معامله را ندارد و این در جهت حفظ ثبات معاملات و اصل لزوم و صحت قراردادهاست. ولی اگر پیرو نظریه عدم نفوذ باشیم، به صرف طلب ناچیز دائن، نامبرده می‌تواند با رد کل معامله، آن معامله را باطل کند؛ در حالی که



مخالفت قانون‌گذار با معاملات به قصد فرار از دین صرفاً حمایت از طلبکار، طلب و استیفای حقوق او بوده و با حصول طلب او، این امر محقق شده است و موجبی برای رد مابقی مورد معامله در کل قرارداد وجود ندارد. هرچند قانون‌گذار در قواعد عمومی معاملات، به غیر قابل استناد بودن اشاره‌ای نکرده است، ولی مشابه چنین نتایجی در قرارداد حق‌الوکاله بین وکیل و موکل که آن قرارداد بین طرفین معتبر، ولی نسبت به دیگران از جمله محکوم‌علیه پرونده اصولاً قابل استناد نیست و دادگاه صرفاً بر مبنای تعرفه مصوب، محکوم‌علیه را به پرداخت آن محکوم می‌نماید (مفاد ماده ۱ آیین‌نامه تعرفه حق‌الوکاله، حق‌المشاوره و هزینه سفر وکلای دادگستری و وکلای موضوع ماده ۱۸۷ قانون برنامه سوم توسعه) و در باب حق شفعه که پیش از اخذ به شفعه، معاملات خریدار بر مبیع در برابر شفیع قابل استناد نیست و به همین دلیل است که او می‌تواند از دومین خریدار (یا خریدار بعدی) اخذ به شفعه نماید.

نگارنده مقاله به عنوان قاضی یکی از پرونده‌های مرتبط با موضوع مقاله، طی دادنامه‌ای بسیار مبسوط با شماره ۹۸۰۹۹۷۲۹۹۳۷۰۰۴۳۰ مورخ ۱۳۹۸/۰۶/۱۱ که مورد تأیید در مرجع تجدیدنظر نیز قرار گرفته است، با پذیرش نظریه غیر قابل استناد بودن و تحلیل رأی وحدت رویه شماره ۷۷۴، نسبت به حل و فصل موضوع اقدام نموده است، که در پاورقی زیر صرفاً خلاصه و قسمتی از استدلال دادنامه جهت تنویر ذهن مخاطب ذکر می‌گردد.<sup>۱</sup>

۱. «... نظریه غیر نافذ بودن معامله به قصد فرار از دین به صورت مطلق و صرف نظر از میزان و مبلغ طلبکار از این حیث قابل خدشه است که حکم صحیح نبودن چنین معاملاتی از دیدگاه این محکمه صرفاً برای حمایت از طلبکار است و مفاد ماده ۲۱۸ مکرر قانون مدنی نیز مؤید آن است و محکوم‌له صرفاً تا میزان طلب خود می‌تواند بر معامله منعقد خدشه وارد نماید و اساساً هدف ممنوعیت چنین معاملاتی صرفاً حمایت از طلبکار است، ولی به اعتقاد این محکمه نظریه غیر قابل استناد بودن بر سایر نظریه‌ها از جمله غیر نافذ بودن قابل ترجیح است و نظریه غیر قابل استناد بودن به این مفهوم است که اشخاص ثالث از جمله طلبکار به طور استثنایی و برخلاف اصل نسبی بودن قراردادها، به قراردادی که دارای نفع بوده، ورود پیدا کرده و مانع تنفیذ چنین قراردادی می‌شود و دلیل ترجیح این نظریه آن است که در نظریه اخیر، معامله منعقد تا میزان طلب طلبکار تحت الشعاع طلبکار قرار گرفته و مازاد بر آن در اختیار وی نیست و این عبارت اخیر ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴: ”در این صورت عین آن مال و در صورت تلف یا انتقال، مثل یا قیمت آن از اموال انتقال‌گیرنده به عنوان جریمه اخذ و محکوم‌به از آن محل استیفا خواهد شد“، مؤید این است که زمانی امکان وصول طلب طلبکار از محل مال مورد انتقال

→ میسر است که اساساً عقد منعقدہ فیما بین بدهکار و انتقال گیرنده تا میزان طلب طلبکار غیر قابل استناد تلقی شود؛ در غیر این صورت با وجود صحت عقد، امکان استرداد مورد معامله فاقد وجاهت قانونی است. پس بارز است که وقتی امکان استیفای حقوق طلبکار از محل مال مورد انتقال فراهم می‌شود که ظرف عقد منعقدہ فیما بین بدهکار و انتقال گیرنده به طریقی شکسته و مخدوش شود و سپس محتویات آن عقد شکسته شده از جمله مال مورد معامله، از داخل آن ظرف خارج و سپس استیفای حقوق گردد. عاشرأ خواهان دعوی حاضر نیز با تقدیم دادخواست حاضر، مراتب عدم رضایت خود به معامله منعقدہ فیما بین بدهکاران وی و انتقال گیرنده را اعلام داشته و در صورت رد معامله توسط وی تا میزان طلب او، معامله محکوم به بطلان می‌شود و اساساً یک تفاوت ظریف اساسی بین غیر نافذ بودن و غیر قابل استناد بودن یک معامله وجود دارد و آن این است که در معامله غیر نافذ، با رد مالک یا طلبکار، کل معامله منعقدہ باطل می‌شود؛ در حالی که در معامله غیر قابل استناد با رد طلبکار صرفاً معامله تا میزان طلب او باطل می‌شود و طلبکاران تا میزان کلیه طلب‌های خود از محل آن، استیفای حقوق می‌کنند و پذیرش معامله غیر قابل استناد نیز مبتنی بر مبانی حقوقی و فقهی است و در قواعد عمومی قراردادهای، قاعده‌ای تحت عنوان "قاعده انحلال" وجود دارد (انحلال یک عقد به عقود متعدد)، با این مضمون که اگر بتوان در شرایطی یک انشاء عقد را به چند عقد تحلیل و تشریح کرد، کاربرد قاعده مذکور بیشتر جلوه پیدا می‌کند و امکان تفکیک و انحلال یک عقد به عقود متعدد وجود دارد و طلبکار نیز تا میزان طلب خود، معامله را رد می‌کند و از همان محل، استیفای حقوق می‌کند. لذا نتیجتاً نظر به اینکه بدهکاری خوانندگان آرش و ژیاور وطن دوست حسب مستندات ابرازی و آرای صادره از محاکم و چک‌های مستند محکومیت بدهکاران، محرز و مسلم بوده و انتقال صورت گرفته تحت سند رسمی موضوع دعوی در فاصله زمانی فیما بین محکومیت بدوی تا صدور رأی قطعی بوده و این انتقال در حقوق بستانکار آقای... مؤثر بوده و تا کنون دلیل و مدرکی از سوی بدهکاران مذکور دال بر پرداخت بدهی خواهان تقدیم و ابراز نکرده و خوانندگان... تا کنون دفاعی به عمل نیاورده و دلیلی بر براءت ذمه یا سایر اسباب سقوط تعهدات تقدیم محکمه ننموده‌اند و دفاعیات مالک فعلی و انتقال گیرنده به نحوی نبوده که خدشه‌ای بر عدم احراز معامله به قصد فرار از دین نماید و مفاد رأی وحدت رویه شماره ۷۷۴ مورخ ۱۳۹۸/۰۱/۲۰ هیئت عمومی دیوان عالی کشور صرفاً برای احراز وصف کیفی بزه به قصد فرار از دین بوده و جنبه مدنی و حقوقی احراز چنین معامله‌ای بر اساس قواعد عمومی قراردادهای و مبانی فقهی و حقوقی قابل بحث است و حقوق طلبکار تا کنون به نحو قانونی و قراردادی استیفا نشده و نامبرده نیز با تقدیم دادخواست‌های حاضر، مراتب رد معامله مذکور تا میزان طلب خود را ابراز داشته و تنظیم سند رسمی در مقابل طلبکار قابلیت استناد را نداشته است و این سند مأخوذه به جهت حقوق مسلم خواهان برای امکان استیفای حقوق وی می‌بایست مورد بطلان قرار گیرد و ظرف عقد منعقدہ که در قالب تنظیم سند رسمی صورت گرفته است، محکوم به شکسته شدن بوده و قابلیت استناد را ندارد و پس از شکسته شدن و بطلان سند، امکان استیفای حقوق طلبکاران بر طبق قواعد و مقررات اجرای احکام مدنی و قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی توسط مراجع و محاکم قضایی قانونی محکوم کننده بدهکاران میسر خواهد بود، لذا به شرح دلایل مبسوط ذکر شده، دعوی خواهان قابلیت اجابت را داشته و... لذا مستنداً به مواد ۱۰، ۱۹۰، ۲۱۷، ۲۱۸، ۲۱۸ مکرر و ۳۶۵ قانون مدنی و ماده ۱۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی، حکم بر ابطال سند رسمی ۱۶۲۲۶ مورخ ۱۳۹۴/۰۳/۰۶ دفترخانه شماره... تهران مربوط به پلاک ثبتی ۱۷۷۲ فرعی از ۱۸ اصلی صادر و اعلام می‌گردد...».

### ۳. تطبیق نظریه غیر قابل استناد بودن با مبانی فقهی و حقوقی

از جهت تطبیق نظریه غیر قابل استناد بودن معامله به قصد فرار از دین با مبانی فقهی و حقوقی و پاسخ به این اشکال که حکم غیر نافذ بودن در قواعد عمومی قراردادهای، مربوط به کل معامله منعقد است و اگر معامله توسط مالک یا طلبکار (در معامله به قصد فرار از دین) رد گردد، کل معامله باطل می‌شود، باید چنین پاسخ داد که: اولاً در عقود، قاعده‌ای تحت عنوان قاعده انحلال مورد بحث قرار می‌گیرد. این قاعده به معنای امکان انحلال یک عقد به عقود متعدد است. اگر بتوان در شرایطی یک انشاء عقد را به چند عقد تحلیل کرد، کاربرد قاعده مذکور بیشتر جلوه می‌کند. ممکن است به هر دلیلی، بخشی از یک معامله باطل شود، مثلاً در معامله به قصد فرار از دین، طلبکار نسبت به رد معامله بین بدهکار و انتقال گیرنده اقدام می‌کند، در این صورت که عقد نسبت به طلب طلبکار باطل می‌شود، می‌توان آن عقد را به دو انشاء صحیح و انشاء باطل تقسیم کرد، اگرچه یک انشاء صورت گرفته باشد. لذا بحث کنونی در معامله به قصد فرار از دین تا میزان طلب دائن، معامله به دلیل عدم تنفیذ و رد وی قطعاً باطل بوده و طلب او از همان محل استیفا می‌شود؛ ولی نسبت به مازاد بر طلب، معامله صحیح بوده و در حق انتقال گیرنده نافذ است. هرچند ممکن است التزام به این تقسیم برای انتقال گیرنده منجر به ضرر شود، ولی می‌توان بر مبنای خیار تبعض صفقه موضوع ماده ۴۴۱ قانون مدنی، معامله را در بخش صحیح به دلیل خیار یادشده قابل فسخ دانست.

ثانیاً در مبانی قواعد عمومی قراردادهای در مبحث شرط صفت، در اینکه اگر وصف مورد شرط موجود نباشد، اما مشروط‌علیه می‌تواند آن را تدارک و تهیه کند، آیا احکام تخلف از شرط صفت (فسخ قرارداد) در این مورد جریان پیدا می‌کند یا خیر؟ در پاسخ باید گفت که چنانچه مبنای حق فسخ صرفاً جبران خسارت ناشی از عدم تعادل قرارداد باشد، استناد به ماده ۲۳۵ قانون مدنی و حق فسخ صحیح نمی‌باشد؛ زیرا در این مورد، مبنای جبران از بین رفته است و لذا شاید بتوان با تدارک و وصف مشروط، حق فسخ را منتفی کرد. اصل ثبات و استحکام قراردادهای و همچنین مفهوم دقیق التزام در کلیه شروط، به تأیید این نظر کمک کند و چه بسا بتوان انتفای حق فسخ را در صورت جبران به عنوان

یک اصل پذیرفت. با وحدت ملاک از موضوع فوق‌الذکر در مورد شرط صفت، در مورد عدم قابلیت استناد معامله به قصد فرار از دین می‌توان گفت که با استناد به اصل لزوم قراردادهای و تدارک و وصف تا جای ممکن بتوان از انحلال کل قرارداد جلوگیری کرد و به صرف وجود و استقرار طلب دائن در قسمتی از مال مورد انتقال، امکان انحلال و برهم زدن کل معامله منعقدۀ فیما بین بدهکار و انتقال‌گیرنده وجود نداشته باشد، بلکه با تدارک و پرداخت طلب دائن و التزام در شروط و قراردادهای، از انحلال قسمت دیگری از قرارداد (مازاد بر طلب دائن) جلوگیری کرد.

#### ۴. غیر قابل استناد بودن معاملات به قصد فرار از دین در حقوق فرانسه

در نظام حقوقی فرانسه برای پی بردن به مفهوم عدم قابلیت استناد معاملات به قصد فرار از دین می‌بایست بین این مفهوم و مفاهیم بطلان مطلق و نسبی، تمایز قائل شد. بطلان و عدم قابلیت استناد از نظری به هم شبیه‌اند؛ زیرا هر دو اشاره به موقعیتی دارند که نسبت به اشخاص ثالث یا دسته‌ای از آنها اثری ندارد یا ممکن است نادیده گرفته شود (Picod, 2004: 1). به نقل از: ایزانلو و شریعتی‌نسب، (۱۳۹۱: ۲۵). اما عدم قابلیت استناد وضعیت عمل حقوقی است که ارکان داخلی آن کامل است. به همین دلیل هم میان خود طرفین اعتبار دارد؛ منتها چون قواعد حامی حقوق اشخاص ثالث را نقض کرده، در برابر آنان بی‌اعتبار است. این بی‌اعتباری بدان معناست که موقعیت ناشی از عمل مذکور، بر ضد آنان تأثیری ندارد. اما اگر منافع اشخاص ثالث ایجاب کند، آنان می‌توانند به عمل استناد کنند؛ زیرا استناد‌ناپذیری، برای حمایت از آنهاست. پس این ضمانت اجرا همواره از سوی شخصی خارج از طرفین عمل حقوقی طلب می‌شود و در بیان همین معناست که گفته می‌شود: «استناد‌ناپذیری، وضعیتی ویژه اشخاص ثالث است» (Lexique des termes juridiques, 1981: N. 35). به نقل از: ایزانلو و شریعتی‌نسب، (۱۳۹۱: ۲۵).

یکی از مصادیق عدم قابلیت استناد در حقوق فرانسه، معاملات به قصد فرار از دین است؛ زیرا در فرانسه به دعوی پولین (دعوایی که بستانکار علیه مدیون حيله گر طرح می‌کند) معروف است که این دعوی برای حمایت از بستانکار در برابر حيله بدهکار است؛ خواه طرف رابطه با بدهکار نیز در این رابطه مشارکت داشته باشد یا خیر. اثر این دعوی،

استنادناپذیر شدن عمل مدیون در برابر بستانکار است؛ یعنی تغییراتی که در دارایی مدیون صورت گرفته است، نسبت به بستانکار بی اعتبار خواهد بود؛ منتها تنها در رابطه میان دائن و مدیون اثر دارد و بر صحت عمل حقوقی در رابطه مدیون و طرف معامله با او و سایر اشخاص ثالث اثر نمی گذارد (Mazeaud, 1998: 1053). به نقل از: ایزنلو و شریعتی نسب، ۱۳۹۱: ۲۵).

در حقوق فرانسه همانند نظریه مورد پذیرش نگارنده در حقوق ایران، امتیاز نظریه استنادناپذیر بودن معامله این است که معامله منعقدۀ صرفاً تا میزان طلب طلبکار قابل خدشه و فسخ است و نسبت به مازاد آن، معامله کاملاً نافذ بوده و هیچ خدشه‌ای بر آن وارد نمی گردد و ثالث با وصول طلب خود از مال موضوع معامله، نمی تواند ادعایی نسبت به مازاد آن داشته باشد و این در جهت ثبات و استحکام معاملات مؤثر است. همان طور که ملاحظه شد، معاملات به قصد فرار از دین در حقوق فرانسه از حیث وضعیت عمل حقوقی، منطبق با عدم قابلیت استناد است و نسبت به طرفین معتبر، ولی نسبت به بستانکار تا میزان طلب و تا حدی که به ضرر وی باشد، قابل استناد نمی باشد؛ ولی اگر ثالث از عمل حقوقی منعقدۀ منتفع گردد، می تواند به آن استناد کند.

## ۵. تأثیر رأی وحدت رویه ۷۷۴ مورخ ۱۳۹۸/۰۱/۲۰ بر معاملات و بزه فرار از دین

با صدور رأی وحدت رویه ۷۷۴ مورخ ۱۳۹۸/۰۱/۲۰، شرط اصلی تحقق بزه معامله به قصد فرار از دین، وجود سبق محکومیت قطعی است. ممکن است از مفهوم رأی وحدت رویه یادشده در مورد لزوم محکومیت قطعی سابق برای تحقق بزه مذکور برداشت شود که هیئت عمومی دیوان عالی کشور، نظر به صحت معامله به قصد فرار از دین داشته است؛ در حالی که باید گفت این رأی وحدت رویه هیچ دلالتی بر کیفیت وضعیت عمل حقوقی (از حیث صحت یا بطلان و...) نداشته و صرفاً در مقام بیان یکی از شرایط تحقق بزه بوده است و لاغیر. از سویی به نظر می رسد با توجه به مفاد ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴ و اصول حاکم بر

مقررات کیفری بنا به دلایل ذیل، دلالت رأی وحدت رویه مذکور بر لزوم سبق محکومیت قطعی برای تحقق بزه صحیح باشد؛ زیرا: اولاً عنوان قانون «نحوه اجرای محکومیت‌های مالی»، ظهور در «محکومیت» داشته و صرف مدیونیت برای تحقق بزه کفایت نمی‌کند. ثانیاً در جای جای قانون مورد اشاره به جای الفاظ «دین» و «مدیون» و «طلبکار»، از «محکوم» و «محکوم‌علیه» و «محکوم‌به» استفاده شده است که این هم خود ظهور بر لزوم محکومیت سابق مدیون دارد. ثالثاً بر اساس ماده ۲۲ قانون مورد بحث، کلیه محکومیت‌های مالی از جمله دیه، ضرر و زیان ناشی از جرم و... مشمول احکام این قانون دانسته شده و به عبارتی، شرط تسری آثار این قانون صرفاً محکومیت‌های مالی اعلام گردیده است. رابعاً در متن ماده ۲۱ قانون یادشده، از عبارت «جزای نقدی معادل نصف محکوم‌به» استفاده شده است که لفظ محکوم‌به دلالت بر محکومیت قطعی سابق مدیون به پرداخت دین دارد؛ وگرنه دین بدون صدور حکم قطعی عنوان «محکوم‌به» را نخواهد داشت. لذا برای تحقق بزه مذکور، پنج شرط ذیل ضروری است: ۱- انعقاد معامله به قصد فرار از دین، ۲- سوءنیت به قصد فرار از دین، ۳- عدم کفایت سایر اموال مدیون، ۴- مسلم و حال بودن طلب، ۵- لزوم سبق محکومیت قطعی قضایی مدیون به پرداخت دین.

بر خلاف قوانین نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۵۱ و ۱۳۷۷ که یکی از سه رفتار «وجود دین به صورت مطلق، دین ناشی از اسناد لازم‌الاجرا، و دین ناشی از محکومیت دادگاه» برای تحقق بزه معامله به قصد فرار از دین را کافی دانسته بود، در ماده ۲۱ قانون جدید نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴ و رأی وحدت رویه یادشده، صرفاً محکومیت قضایی مدّ نظر است و صرف وجود دین و مدیونیت به واسطه اسناد لازم‌الاجرا مثل چک، کفایت از تحقق بزه مذکور نخواهد داشت. هرچند شرط سبق محکومیت قطعی مدیون به پرداخت دین برای احراز بزه، هم از ظاهر ماده ۲۱ قانون اخیرالذکر و هم از رأی وحدت رویه مبحث‌عنه مشخص است و ممکن است که بر اساس تفسیر به نفع متهم و اصل قانونی بودن جرم و مجازات دارای فوایدی باشد، ولی به نظر می‌رسد این امر مستمسکی برای بدهکارانی بوده که حتی با وجود دین ناشی از اسناد لازم‌الاجرا و یا محکومیت قضایی غیر قطعی توسط دادگاه بدوی، شروع به

از دسترس خارج کردن اموال برای عدم توقیف توسط دائن کرده‌اند، بی‌آنکه نگران برخورد قضایی کیفری باشند. با توجه به اینکه هدف مقنن از اعمال محدودیت در معاملات به قصد فرار از دین، در وهله اول، حمایت از طلبکار بوده است، پیشنهاد می‌شود که قانون‌گذار در اصلاحیه جدید قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، مدیونیت ناشی از اسناد لازم‌الاجرا از جمله چک و همچنین معامله بعد از محکومیت بدوی تا قطعیت حکم را مشمول جنبه کیفری بزه معامله به قصد فرار از دین قرار دهد تا بدهکاران به راحتی نتوانند بدون واهمه از برخورد کیفری، اموال خود را از دسترس طلبکاران خارج کنند.

### نتیجه‌گیری

معامله به قصد فرار از دین در ماده ۲۱۸ قانون مدنی سال ۱۳۰۷، به صراحت غیر نافذ اعلام شده بود. با حذف این ماده در سال ۱۳۶۱ و سپس اصلاحات سال ۱۳۷۰ و تصویب ماده ۲۱۸ مکرر قانون مدنی، در خصوص وضعیت معاملات به قصد فرار از دین اختلاف نظر شدیدی به وجود آمد و حکم ماده ۲۱۸ فعلی صرفاً مربوط به معامله صوری با قصد فرار از دین بوده که حکم معامله صوری، چه با قصد فرار از دین و چه بدون قصد فرار از دین، به جهت فقدان قصد باطل است. محل مناقشه، در مورد معامله به قصد فرار از دین به طور جدی و بدون صوری بودن است. به نظر می‌رسد از جمع بین نظریات حقوقی مربوط به صحیح، باطل، غیر نافذ و غیر قابل استناد بودن این گونه معاملات، نظریه غیر قابل استناد بودن ارجح است؛ زیرا اولاً هدف مقنن از بیان معاملات به قصد فرار از دین در قوانین مختلف، حمایت از طلبکار و طلب وی در مقابل مدیون است. ثانیاً نحوه بیان و عبارت مندرج در ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مبنی بر «وصول طلب طلبکار از عین مال مورد انتقال یا مثل یا قیمت آن»، دلالت بر غیر قابل استناد بودن دارد و مازاد بر طلب طلبکار، متعلق به شخص انتقال‌گیرنده است. ثالثاً با پذیرش نظریه غیر قابل استناد بودن این گونه معاملات، حکم مربوط به اصول لزوم و صحت قراردادها نسبت به مفاد معامله مازاد بر طلب طلبکار رعایت می‌شود و به صرف استقرار طلب دائن در قسمتی از مال مورد انتقال، امکان

انحلال و بر هم زدن کل معامله منعقدہ فیما بین بدهکار و انتقال گیرنده وجود نداشته باشد؛ بلکه با تدارک و پرداخت طلب دائن و التزام در شروط و قراردادهای می‌توان از انحلال قسمت دیگری از قرارداد (مازاد بر طلب دائن) جلوگیری کرد. از سویی، رأی وحدت رویه شماره ۷۷۴ مورخ ۱۳۹۸/۰۱/۲۰، دلالت بر لزوم محکومیت قطعی مدیون برای احراز بزه معامله به قصد فرار از دین دارد. افزون بر اینکه لزوم محکومیت قطعی صرفاً برای احراز بزه و جنبه کیفری بوده و تسری این الزام برای موضوعات و دعوای حقوقی، فاقد وجاهت است و هیچ الزامی از رأی وحدت رویه یادشده برای ایجاد یک قاعده کلی و مبنایی برای احراز وصف حقوقی (نه کیفری) و ماهیت معامله به قصد فرار از دین نمی‌توان احراز کرد و در این حالت، محاکم حقوقی بر مبنای قواعد کلی حاکم بر معاملات به قصد فرار از دین، حکم قضیه را صادر می‌کنند.



## کتاب‌شناسی

۱. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، چاپ در: مروارید، علی اصغر، *سلسله التبايع الفقهيہ*، بیروت، مؤسسه فقه الشيعه، ۱۴۱۳ ق.
۲. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، تهران، کتابفروشی اسلامیه، ۱۳۶۸ ش.
۳. ایزانلو، محسن، و صادق شریعتی نسب، «مطالعه تطبیقی "عدم قابلیت استناد" در حقوق ایران و فرانسه»، *دوفصلنامه حقوق خصوصی*، سال نهم، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۱ ش.
۴. ایزدی فرد، علی اکبر، و حسین کاویار، «معامله به قصد فرار از دین در فقه و حقوق»، *فصلنامه فقه و مبانی حقوق اسلامی*، سال هفتم، شماره ۲۲، زمستان ۱۳۸۹ ش.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمینولوژی حقوق*، چاپ هشتم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۶ ش.
۶. حاجی اشرفی، محمد بن محمد مهدی مازندرانی بارفروشی، *شعائر الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، چاپ سنگی، ۱۳۲۱ ق.
۷. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۸. خدابخشی، عبدالله، «تحلیلی دیگر از ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک»، *مجله حقوقی دادگستری*، شماره ۷۱، پاییز ۱۳۸۹ ش.
۹. ره بیک، حسن، *حقوق مدنی (حقوق قراردادها)*، تهران، خرسندی، ۱۳۹۰ ش.
۱۰. شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی (جلد اول: تشکیل قراردادها و تعهدات)*، چاپ دوم، تهران، مجد، ۱۳۸۰ ش.
۱۱. همو، *مجموعه مقالات حقوقی*، چاپ دوم، تهران، مجد، ۱۳۸۷ ش.
۱۲. صدر، سیدمحمدباقر، *قواعد کلی استنباط*، ترجمه رضا اسلامی، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۰ ش.
۱۳. صفایی، سیدحسین، *دوره مقدماتی حقوق مدنی (جلد دوم: قواعد عمومی قراردادها)*، تهران، میزان، ۱۳۸۲ ش.
۱۴. علامه حلی، ابومنصور جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *تذکره الفقهاء*، قم، مؤسسه آل‌البیته، ۱۴۱۴ ق.
۱۵. فاضل موحّدی لنگرانی، محمد، *تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله (المضاربه، الشركه، المزارعه، المساقاة، الدین)*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار، ۱۴۲۵ ق.
۱۶. قاسم‌زاده، سیدمرتضی، *حقوق مدنی (مختصر قراردادها و تعهدات)*، تهران، دادگستر، ۱۳۸۸ ش.
۱۷. قافی، حسین، و سعید شریعتی، *اصول فقه کاربردی (جلد دوم: ادله و منابع فقه)*، تهران، سمت، ۱۳۹۱ ش.
۱۸. قبولی درافشان، سیدمحمد مهدی، و سعید محسنی، «حمایت از طلبکاران در قبال قراردادهای با انگیزه فرار از دین در حقوق ایران و فرانسه»، *دوفصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی (دانش و توسعه سابق)*، دوره جدید، سال نوزدهم، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۱ ش.
۱۹. کاتوزیان، امیرناصر، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، تهران، دادگستر، ۱۳۷۸ ش.
۲۰. همو، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران، نشر سهامی انتشار، ۱۳۹۱ ش.
۲۱. محقق حلی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، چاپ سوم، تهران، استقلال، ۱۴۰۳ ق.
۲۲. محلی، محمد، و مسعود زنگنه، «مبانی عدم نفوذ معامله به قصد فرار از دین در فقه امامیه و حقوق ایران»، *فصلنامه فقه اهل بیت*، شماره ۸۸، زمستان ۱۳۹۵ ش.

۲۳. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ دوم، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۵ ش.
۲۴. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، *عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
25. Ghestin, Jacques et Christophe Jamin et Marc Billiau, *Traité de droit civil*, Les effets du contrat, 3ème édition, Paris, LGDJ, 2001.
26. *Lexique des termes juridiques*, juridiques, sous la direction des Raymond Guillien et Jean Vincent, 5ème édition, Dalloz, 1981.
27. Mazeaud, Henri et léon Mazeaud et Jean Mazeaud, *Leçons de droit civil, Tome 2, Obligations*, par: François Chabas, Paris, Montchrestien, 1998
28. Picod, Yves, "Nullité," Encyclopédie de droit civil, Dalloz, 2004.

## تحلیل فقهی

### وضعیت تملک موصی به

### در اثر قتل موصی توسط موصی له\*

- حمید مسجدرائی<sup>۱</sup>
- حسن پورلطف‌اله<sup>۲</sup>
- رضا الهامی<sup>۳</sup>

#### چکیده

قتل موصی توسط موصی له در وصیت تملیکی، در عین حال که چالش برانگیز و فاقد پیشینه تحقیقاتی است، شائبه این مسئله را مطرح می‌سازد که آیا چنین قتلی می‌تواند محرومیت موصی له از تملک موصی به را فراهم نماید؟ طبق بررسی‌های صورت گرفته، سه دیدگاه فقهی در این زمینه قابل احصاء است که مطابق نظر مشهور، قتل موصی توسط موصی له، تأثیری نسبت به تملک موصی به نداشته و موصی له همچنان مالک موصی به شمرده می‌شود. اما دو دیدگاه دیگر با اندکی تفصیل، مبتنی بر این است که قتل موصی توسط موصی له، همچون باب میراث، موجب حرمان موصی له از موصی به می‌شود. نوشتار حاضر با روش توصیفی

\* تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۲/۱۶ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۸/۰۵.

۱. دانشیار دانشگاه سمنان (نویسنده مسئول) (h\_masjedsaraie@semnan.ac.ir).

۲. دکتری فقه و حقوق اسلامی دانشگاه سمنان (hassan.pourlotfollah66@gmail.com).

۳. استادیار دانشگاه تبریز (dr.elhami.reza@gmail.com).

تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای، ضمن تحلیل و ارزیابی نقادانه مبانی فقهی دیدگاه‌های مطرح و نیز با بهره‌گیری از مستندات و مؤیدات موجود، دیدگاه خلاف مشهور را قابل دفاع دانسته و حرمان موصی‌له از موصی‌به را از نقطه قوت بیشتری برخوردار می‌داند؛ با این استدلال که از سویی، هیچ دلیل و مستندی وجود ندارد که بر عدم مانعیت قتل از وصیت تملیکی تصریح نماید، و اطلاق آیات و روایات و اصل به عنوان عمده دلیل دیدگاه مشهور، هر کدام از جهاتی قابل خدشه بوده و صلاحیت اثبات دیدگاه مشهور را ندارد. از سوی دیگر، مستنداتی چون اقتضای عرف و اراده عموم، بهره‌گیری از حکم حرمان قاتل از میراث مورث با شیوه تنقیح مناط و الغای خصوصیت و بلکه فحوی الخطاب این حکم، حرمان موصی‌له از موصی‌به را موجه و معقول می‌نماید. با این مبنا، تعمیم مفاد ماده ۸۸۰ قانون مدنی به باب وصیت تملیکی نیز به قانون‌گذار عرفی پیشنهاد می‌شود.

**واژگان کلیدی:** وصیت تملیکی، قتل، حرمان، ارث، موصی، موصی‌له.

### بیان مسئله

قتل موصی توسط موصی‌له بعد از وصیت تملیکی، یکی از مسائل چالش‌برانگیز و در عین حال کاربردی است که در منابع حقوقی چندان به آن پرداخته نشده است. وصیت تملیکی عقدی است که در آن، کسی عین یا منفعتی را از مال خود برای زمان بعد از فوتش به دیگری مجاناً تملیک می‌کند (ماده ۸۲۶ ق.م.م.). حال ممکن است بعد از انعقاد چنین وصیتی، موصی‌له اقدام به قتل شخص موصی کند و در چنین موقعیتی، از آنجا که از یکسو عرفاً ماهیت وصیت تملیکی شباهت زیادی به میراث دارد و از سوی دیگر، عمده مناط مانعیت قتل از ارث، در وصیت تملیکی نیز متصور است، این مسئله مطرح می‌شود که قتل موصی توسط موصی‌له چه تأثیری بر آثار مترتب بر وصیت تملیکی دارد؟ به عبارت دیگر، آیا این امکان وجود دارد که همچون باب میراث، موجب حرمان موصی‌له از موصی‌به شود؟

طبق بررسی‌های صورت‌گرفته در منابع فقهی و استقصاء نظرات محققان و صاحب‌نظران این عرصه، سه دیدگاه فقهی در این زمینه قابل احصاء است که در این نوشتار، سعی شده ضمن نقل اقوال توأم با تحلیل و ارزیابی نقادانه مبانی فقهی آن‌ها و با

بهره‌گیری از مستندات و مؤیدات موجود، به تحلیل و بررسی مسئله پرداخته شود و دیدگاهی که با مبانی عقلی و نقلی همسویی بیشتری دارد، به عنوان قول صواب ارائه گردد. در ادامه به تبیین هر یک از این دیدگاه‌ها می‌پردازیم.

## ۱. دیدگاه‌های فقهی و نقد آنها

### ۱-۱. دیدگاه اول: عدم تأثیر قتل موصی بر مقتضای وصیت تملیکی

مشهور فقیهان بر این باورند که قتل موصی توسط موصی له مانع از دستیابی موصی له به موصی به (مورد وصیت) نمی‌شود (طوسی، ۱۴۰۷: ۱۵۴/۴؛ علامه حلی، ۱۴۲۰: ۳۶۸/۳؛ بیهقی کیدری، ۱۴۱۶: ۳۵۹؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۷۴/۱۰؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۲۰۳/۱۱). مثلاً فاضل هندی این دیدگاه را مقتضای مذهب امامیه دانسته، معتقد است:

«مقتضای مذهب امامیه، این است که وصیت برای قاتل صحیح می‌باشد؛ چرا که مانعی از آن وجود ندارد» (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۲۰۱/۱۱).

ابن ادریس نیز در این زمینه تصریح می‌کند:

«الوصیة للقاتل جائزة، لأنها ليست بميراث» (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۲۰۳/۳)؛ وصیت برای قاتل جایز است؛ زیرا وصیت، میراث نیست.

علامه حلی نیز در کتاب *تحریر الاحکام* معتقد است:

«وصیت برای قاتل صحیح می‌باشد؛ چه قتل ارتکابی، عمدی باشد یا خطایی، و چه بعد از ایراد جراحت، "موصی" به نفع جانی وصیت کند یا قبل از آن» (علامه حلی، ۱۴۲۰: ۳۶۸/۳).

اما دلیل انتساب این دیدگاه به مشهور، فارغ از کاوش در منابع فقهی و احصاء نظرات فقیهان، تصریح برخی از صاحب‌نظران به اشتها این قول است؛ مثلاً علامه حلی در کتاب *مختلف الشیعه*، صحت وصیت برای قاتل را قول مشهور فقیهان شمرده (همو، ۱۴۱۳: ۳۷۷/۶) و شهید ثانی نیز این دیدگاه را منتسب به اکثر فقیهان دانسته و نوشته است:

«اکثر فقیهان، وصیت برای قاتل را جایز دانسته‌اند و این همسو با نظر شیخ طوسی در

کتاب خلاف است و این قول، ملازم با این است که چنین وصیتی تاثل نافذ می‌باشد»  
(جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۱۵/۳۱۰).

ناگفته نماند که از فقهای اهل سنت نیز مالک و اهل حجاز، قائل به جواز وصیت برای قاتل هستند و این دیدگاه، یکی از دو قول شافعی نیز هست (ابن قدامه مقدسی، بی‌تا: ۵۷۰/۶). پس مطابق این دیدگاه، قتل موصی توسط موصی له، نسبت به صحت وصیت و ترتب اثر آن، هیچ تأثیری نداشته و موصی له همچنان استحقاق مطالبه موصی به را دارد.

### مبانی فقهی دیدگاه اول و نقد آن

#### دلیل اول: اطلاق آیات

عمده دلیل قائلان به صحت وصیت برای قاتل، اطلاق آیاتی چون «مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ» (نساء/ ۱۱) یا «الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ» (بقره/ ۱۸۰) می‌باشد که دلالت دارد بر اینکه در صحت وصیت، تفاوتی نیست بین اینکه موصی له، قاتل یا غیر قاتل باشد؛ یعنی در هر دو حالت، وصیت صحیح و نافذ می‌باشد (طوسی، ۱۴۰۷: ۱۵۴/۴).  
یعنی از آنجا که این آیات، که در مقام بیان احکام وصیت هستند، بین موصی له قاتل و غیر قاتل تفاوتی قائل نگردیده‌اند، از اطلاق مفاد این آیات می‌توان استفاده کرد که قتل موصی توسط موصی له، به صحت و ترتب آثار وصیت خللی وارد نمی‌سازد. از این روست که برخی از محققان با عبارت «لأن أدلة جواز الوصية عامة» بر این باورند که مقتضای عموم ادله وصیت آن است که قتل، مانع از صحت وصیت نمی‌شود (مغنیه، ۱۴۲۱: ۴۶۸/۲).  
یعنی خواه موصی له اقدام به قتل موصی کند و خواه قاتل نباشد، در هر حال، مشمول عموم ادله وصیت قرار گرفته و وصیت صحیح می‌باشد.

#### دلیل دوم: اطلاق روایت

در برخی منابع روایی اهل سنت، حدیثی از طریق اسماعیل بن عیاش از شرحبیل بن مسلم از ابوامامه باهلی از پیامبر ﷺ آمده است:  
«أَلَا إِنَّ اللَّهَ أُعْطِيَ كُلَّ ذِي حَقِّ حَقَّهُ فَلَا وَصِيَّةَ لِلوَارِثِ» (ابن ماجه قزوینی، بی‌تا: ۹۰۵/۲؛ ترمذی، ۱۹۷۵: ۴۳۳/۴)؛ آگاه باشید که همانا خداوند برای هر صاحب حقی، حقش

را اعطا نموده است؛ پس وصیتی برای وارث نیست.

وجه استدلال به روایت فوق بدین ترتیب است که روایت مذکور، دلالت بر این دارد که وصیت فقط برای غیر وارث صحیح است و شکی نیست که قاتل هم غیر وارث است؛ پس وصیت برای قاتل نیز صحیح می‌باشد (نجم‌الدین، ۱۴۲۸: ۱۷۹/۲؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۲۰۳/۱۱). یعنی از آنجا که در این روایت، وصیت انحصاراً برای وارث منع شده است، پس مفاد روایت در واقع حاکی از این است که وصیت برای قاتل نیز چون غیر وارث محسوب می‌شود، صحیح و مترتب اثر است.

### ملاحظات

استناد به اطلاق آیات و روایت فوق، که عمده دلیل مشهور محسوب می‌شود، محل اشکال است؛ بدان‌جهت که:

اولاً، ناگفته پیداست که به عقیده بسیاری از عالمان اصول، لفظ مطلق دلالت وضعی بر اطلاق ندارد؛ به همین جهت برای استفاده اطلاق از یک لفظ باید به قرائن خارجی تمسک جست. مهم‌ترین قرینه‌ای که به کمک آن می‌توان از یک لفظ مطلق، استفاده اطلاق کرد، مقدمات حکمت است. منظور از مقدمات حکمت، شرایطی است که شنونده در صورت اجتماع آن شرایط، از لفظ استفاده اطلاق می‌نماید (محقق داماد، ۱۳۷۷: ۹۹). فارغ از اختلاف نظر در مورد شمار مقدمات حکمت، یکی از مقدماتی که بسیاری از اصولیان، وجود آن را در تحقق اطلاق کلام ضروری می‌دانند، در مقام بیان بودن متکلم است؛ یعنی باید احراز شود که گوینده در صدد تبیین تمام منظور و مقصود خویش است (غروی نائینی، بی‌تا: ۵۲۸/۱؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰۹: ۲۴۷-۲۴۹؛ مظفر، ۱۳۷۵: ۱۸۵/۱)؛ چرا که گاهی متکلم تنها در مقام بیان یکی از احکام یا آثار موضوع مورد نظر است و نسبت به سایر احکام و آثار آن ساکت است؛ یعنی هرچند گوینده در مقام بیان مراد خویش است، ولی کلام او ناظر به یک یا چند حکم خاص است، در چنین صورتی نمی‌توان در مورد احکام، خصوصیات و آثاری که مورد نظر گوینده نیست، به اطلاق کلامش تمسک کرد. پس همواره باید مراد اصلی گوینده را به دست آورد و تنها در قلمرو بیان وی به اطلاق کلامش تمسک جست (موسوی خمینی، بی‌تا: ۷۱).

حال با شناخت اینکه یکی از مقدمات اصلی اطلاق‌گیری از کلام، «احراز» در مقام بیان بودن گوینده نسبت به آن جهت استنادی است، از روایت فوق نه تنها در مقام بیان بودنِ راوی نسبت به «شخص قاتل» در وصیت تملیکی احراز نمی‌شود، بلکه ظاهر مفاد روایت، حاکی از این است که فقط حکم عدم جواز وصیت برای وارث را بیان کرده و نسبت به خصوصیات دیگر ساکت می‌باشد؛ به ویژه مسئله مورد بحث که کاملاً خروج موضوعی از روایت محسوب می‌شود و در مقام بیان بودنِ روایت نسبت به حکم آن، چندان معقول به نظر نمی‌رسد و در چنین شرایطی، استناد به اطلاق کلام، خارج از قواعد اصولی است.

ثانیاً، روایت مذکور فارغ از اشکال دلالتی مذکور، اشکال سندی هم دارد؛ چرا که از یکسو این روایت در هیچ یک از منابع حدیثی شیعه وارد نشده و فقط در منابع حدیثی اهل سنت نقل شده است که این به نوبه خود، موجب ضعف یک روایت یا حداقل قابل اطمینان نبودن مفاد آن می‌شود و نمی‌توان به چنین روایتی در مقام افتاء مسائل مهم استناد نمود. از سوی دیگر در مقابل این روایت، روایات دیگری هم در منابع حدیثی اهل سنت نقل شده که قتل را صراحتاً مانع از صحت وصیت دانسته‌اند که ذکر آن‌ها خواهد آمد (سجستانی ازدی، بی‌تا: ۶۹۴/۴؛ بیهقی، ۱۴۲۴: ۲۱۹/۶؛ عتکی بزاز، بی‌تا: ۳۰۸/۱۱). بدیهی است که در مقام تعارض این دو دسته روایت، روایات دسته دوم به دلیل صراحت در بیان و عدم اطلاق‌گویی، ترجیح داده می‌شوند.

#### دلیل سوم: فقدان دلیل مانعیت قتل از وصیت

دلیل دیگر عدم مانعیت قتل از وصیت تملیکی، این است که مانعیت قتل از ترتب آثار وصیت، نیازمند دلیل است و حال آنکه چنین دلیلی، یا در دسترس نیست (طوسی، ۱۴۰۷: ۱۵۴/۴؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۲۰۱/۱۱) و یا ضعیف بوده و صلاحیت تخصیص و تقیید نص را ندارد (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۷۴/۱۰)؛ یعنی مثل باب ارث، در این مسئله نیز باید دلیل روشن و صریحی دلالت نماید بر اینکه قتل موصی توسط موصی‌له، مانع از تحقق آثار وصیت تملیکی و موجب محرومیت موصی‌له (قاتل) از موصی‌به می‌شود که چنین دلیلی در باب وصیت وجود ندارد.



اینکه گفته شده مانعیت قتل از وصیت تملیکی، محتاج دلیل است و چنین دلیلی در دسترس نیست یا ضعیف است و صلاحیت تخصیص و تقیید نص را ندارد، محل نقد است؛ چرا که اولاً بر خلاف این ادعا، ادله فقهی قابل توجهی وجود دارد که مانعیت قتل از وصیت تملیکی را همچون میراث، موجه می‌نماید که در منابع فقهی دیدگاه سوم خواهد آمد. ثانیاً ناگفته پیداست که در موارد بی‌شمار، مباحث فقهی با استمداد از فلسفه حکم روشن می‌شود و فقیه برای ارائه نظریه قطعی، راهی جز توجه به ملاک، مصلحت یا مفسده موجود در متعلق حکم ندارد (خسروشاهی، ۱۳۸۰: ۴۵). با تحلیل و بررسی عمده مناط مانعیت قتل از میراث، به خوبی می‌توان فهمید که به دلیل تشابه ماهوی نزدیک وصیت تملیکی و میراث، عمده مصالح و مفاسد مقتضی مانعیت قتل از میراث، در وصیت تملیکی نیز قابل تحقق است و بلکه بنا بر ملاحظاتی، به طریق اولی موجب حرمان موصی له قاتل از موصی به می‌شود که تفصیل آن در منابع فقهی دیدگاه سوم خواهد آمد و وجود همین مناط مانعیت قتل از میراث در وصیت تملیکی، باعث گردیده که عده قابل توجهی از فقیهان، قتل موصی توسط موصی له را سب محرومیت موصی له از موصی به بدانند (علامه حلی، ۱۳۸۸: ۴۶۵؛ ابن طیّ فقعانی، بی‌تا: ۲۶۷؛ حمیری، ۱۴۲۰: ۱۱/۷۱۸۵). ثالثاً اینکه گفته شد ادله مانعیت، ضعیف بوده و صلاحیت تخصیص نص را ندارد، با این اشکال اساسی مواجه است که کدام نص منظور است؟! بلکه عمده دلیل مشهور برای اثبات مدعا، اطلاق آیات و روایاتی است که هر کدام از جهاتی قابل نقد بوده و صلاحیت اثبات مدعای مشهور را ندارند.

#### دلیل چهارم: مقتضای اصل

دلیل دیگر این دیدگاه، مقتضای اصل می‌باشد که برخی معتقدند:  
 «فتصح الوصیة له عملاً بظاهر اللفظ وللأصل» (ابن زهدری حلی، ۱۴۲۸: ۲/۱۷۹)؛  
 وصیت برای قاتل صحیح است؛ به جهت عمل به ظاهر لفظ و اصل.

به نظر می‌رسد مراد از ظاهر لفظ، ظاهر اطلاق لفظ وصیت در آیات و روایات است که قبلاً اشاره گردید. مراد از اصل نیز ممکن است همان اصالة الصحة باشد؛ یعنی

هنگام شک و تردید در حکم وصیتی که موصی له مرتکب قتل موصی شده است، اصل این است که چنین وصیتی، صحیح و موجد اثر می‌باشد.

### ملاحظات

دلیل فوق نیز قابل خدشه است؛ بدان جهت که طبق ضابطه مسلم علم اصول، استناد به اصل عملی، زمانی صحیح و حجت است که پیرامون حکم مسئله، هیچ دلیل اجتهادی اعم از عقلی و نقلی وجود نداشته باشد؛ چرا که هیچ اصلی، صلاحیت معارضه با دلیل را ندارد و بلکه موضوع حجیت اصل، عدم وجدان دلیل است (انصاری، ۱۴۲۸: ۱۱/۲؛ غروی نائینی، ۱۳۷۶: ۳/۳۲۷). در واقع طبق «الأصل دلیل حیث لا دلیل»، فلسفه اصلی حجیت اصول، رفع تحیر و سرگردانی مکلف در مقام عمل در موارد فقدان دلیل اجتهادی است و در مباحث حقوقی نیز اصل، ضابطه و قاعده‌ای است که در موارد فقدان دلیل و عدم امکان کشف واقع، برای رفع سرگردانی و فیصله دادن به مجهول قضایی، از سوی قانون‌گذار مقرر شده و هدف از آن، کشف حقیقت و احراز واقع به صورت قطعی یا ظنی نیست، بلکه هدف، خروج از بن‌بست بلا تکلیفی و شک و تردید است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶: ۴/۲۷۸۷)؛ اما از آنجا که پیرامون مسئله مورد بحث، ادله اجتهادی قابل توجهی وجود دارد که به نوعی کاشف از حکم مسئله و موجب تنوع دیدگاه‌ها شده است، پس با وجود این ادله اجتهادی، تمسک به اصول عملیه، فاقد وجاهت اصولی است.

### دلیل پنجم: عدم مشروعیت قیاس در فقه امامیه

دلیل دیگری که برای عدم مانعیت قتل از وصیت تملیکی وجود دارد، این است که حکم به مانعیت قتل از وصیت تملیکی، در واقع قیاس وصیت تملیکی به میراث است و مبنای چنین حمله، عمل به قیاس می‌باشد. از این رو محقق کرکی در توجیه اینکه قتل مانع از وصیت تملیکی نمی‌شود، می‌نویسد: «والحمل علی المیراث، قیاس» (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۱۰/۷۴)؛ یعنی اینکه قتل را مانع از وصیت بدانیم، چیزی جز قیاس وصیت تملیکی به میراث در توجیه مانعیت قتل از وصیت نیست، و حال آنکه قیاس در فقه امامیه باطل می‌باشد.

اشکال وارده به دلیل فوق، این است که همان طور که بعداً به تفصیل خواهد آمد۔ حکم به حرمان موصی له از موصی به در فرض ارتکاب قتل موصی، صرفاً قیاس وصیت تملیکی به باب میراث به جهت تشابه ظاهری نیست که مبتنی بر قیاس باشد و بلکه از باب تنقیح مناط مانعیت قتل از میراث و با الغاء خصوصیت مؤثر، تعمیم آن مناط به وصیت تملیکی است؛ یعنی با تحلیل و تنقیح مناط مانعیت قتل از میراث، ملاحظه می شود که همین مناط و ملاکی که موجب حرمان وارث قاتل از میراث شده، در باب وصیت تملیکی نیز که موصی له اقدام به قتل موصی می کند، قابل تحقق است و بین این دو مسئله، آن چنان خصوصیتی که موجب تغایر حکم آن دو باشد، قابل تصور نیست. بنابراین همین مناط و ملاک در وصیت تملیکی نیز می تواند اقتضای حرمان موصی له قاتل از موصی به می شود.

### ۲-۱. دیدگاه دوم: قول به تفصیل

دیدگاه دیگر، تفصیل بین دو فرض مسئله است؛ بدین سان که اگر قتل ارتكابی مسبوق به وصیت باشد، در این صورت، قتل مانع از صحت وصیت است. اما اگر وصیت، مسبوق به سبب قتل باشد، چنین وصیتی صحیح و موجد اثر خواهد شد. تبیین دیدگاه با ذکر مثال چنین است: اگر شخصی به نفع فردی وصیت تملیکی کرده و سپس موصی له، اقدام به قتل موصی نماید، این قتل مانع از صحت وصیت شده و در نتیجه، موصی له استحقاق تملک موصی به را نخواهد داشت. اما فرض دیگر مسئله که وصیت، مسبوق به سبب قتل باشد، بدین سان است که شخصی، دیگری را به نحوی که نوعاً کشنده است، مجروح سازد و سپس مجنی علیه بعد از وقوع جنایت، صراحتاً به اسم جانی وصیت کرده و در اثر این جنایت از دنیا برود. چنین وصیتی صحیح و موجد اثر خواهد شد؛ یعنی موصی له، استحقاق تملک موصی به را دارد (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۳۸۸/۶؛ فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۴/۶۴۱؛ غروی، ۱۴۱۹: ۳/۳۷۹). فخرالمحققین یکی از قائلان این دیدگاه، معتقد است:

«وصیت برای قاتل عمدی، نزد ما صحیح نیست، در صورتی که وصیت، قبل از ارتکاب قتل یا موجب قتل باشد. اما اگر بعد از وقوع جنایت موجب قتل، موصی برای قاتل وصیت نماید، در صورتی که تصریح به اسم قاتل کند، قول قوی تر، صحت

وصیت است» (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۶۴۱/۴).

حال سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود، این است که ممکن است مجنی‌علیه بعد از ورود جنایتی که نوعاً کشنده است، با لفظ عام و عنوان کلی وصیت تملیکی کند، به گونه‌ای که جانی نیز مندرج در این لفظ عام قرار گیرد؛ آیا این قسم از وصیت نیز باطل است یا صحیح؟ طبق بررسی‌های صورت گرفته در منابع فقهی روشن می‌شود که برخی فقها، این نوع وصیت را نیز -همچون قتل مسبوق به وصیت- ناصحیح قلمداد می‌کنند؛ مثلاً علامه حلی در این زمینه معتقد است:

«در مواردی که موصی، بعد از جنایتی که موجب قتل وی می‌شود، با لفظ عام وصیتی بکند که جانی نیز مشمول این لفظ عام قرار گیرد، قول اقوی این است که در این صورت نیز قتل مانع از وصیت می‌شود، به دلیل عمل به اقتضای عرف» (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۳۸۸/۶).

فخرالمحققین نیز همین نظر علامه حلی را پذیرفته، معتقد است:

«اگر موصی بعد از وقوع سبب قتل [جنایت نوعاً کشنده]، با لفظ عام وصیتی کند که شامل قاتل هم بشود، اقوی این است که چنین وصیتی ممنوع می‌باشد، به دلیل عمل به عرف و عادت. و احتمال دارد که وصیت در این صورت نیز صحیح باشد، به دلیل اقتضای لفظ عام. اما این احتمال نزد من ضعیف است و قول اصح این است که وصیت در این صورت صحیح نیست، مگر اینکه [به اسم قاتل] تصریح شده باشد» (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۶۴۱/۴).

ناگفته نماند که علامه حلی در کتاب *تذکره الفقهاء* (علامه حلی، ۱۳۸۸: ۴۶۵) به هنگام نقل اقوال وارده در این مسئله، این دیدگاه تفصیلی را به «حسن بن صالح بن حی» نسبت داده، اما در کتاب *مختلف الشیعه* (همو، ۱۴۱۳: ۳۸۸/۶)، خودش این دیدگاه تفصیلی را پذیرفته است. در میان فقهای اهل سنت نیز حنابله قائل به این دیدگاه تفصیلی شده، معتقدند:

«اگر کسی بعد از وقوع جنایت کشنده علیه وی، برای جانی وصیت تملیکی کند، چنین وصیتی صحیح است؛ اما اگر قتل موصی توسط موصی له، بعد از عقد وصیت باشد، چنین وصیتی باطل است» (مغنیه، ۱۴۲۱: ۴۶۸/۲).

جمع‌بندی این دیدگاه تفصیلی را می‌توان در ضمن نکاتی بیان کرد:

**نکته اول:** طبق نظر قائلان این دیدگاه، مسئله مورد بحث، مفروض به سه فرض است: فرض اول این است که قتل موصی توسط موصی له مسبوق به وصیت تملیکی باشد که در این صورت، قتل ارتكابی مانع از ترتب آثار وصیت است. فرض دوم این است که وصیت تملیکی مسبوق به وجود سبب قتل باشد؛ بدین سان که قبل از وقوع وصیت تملیکی، موصی له موصی را به نحو کشنده مجروح سازد و سپس موصی (مجنی علیه) به اسم موصی له (جانی) وصیت کرده و در اثر همین جنایت از دنیا برود، که چنین وصیتی موجد اثر بوده و موصی له استحقاق دریافت موصی به را دارد. فرض سوم این است که مثل فرض دوم، وصیت تملیکی مسبوق به وجود سبب قتل باشد، اما موصی (مجنی علیه) بعد از جنایت وارده علیه او، با لفظ عام وصیت کند - نه تصریح به اسم جانی - به گونه‌ای که جانی نیز مشمول همین لفظ عام قرار گیرد که در این فرض نیز قتل ارتكابی، مانع از وصیت شده و موصی له استحقاق دریافت موصی به را ندارد.

**نکته دوم:** همان گونه که برخی از صاحب نظران نیز متذکر شده‌اند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۲۳/۲۱۱)، عبارت «وصیت بعد از قتل»، که در عبارات عمده قائلان این دیدگاه تفصیلی مطرح شده، عبارت مناسبی نیست؛ چرا که بعد از «قتل»، که به معنای ازهاق روح از بدن است، دیگر شخص موصی زنده نیست که برای «قاتل» وصیتی کرده باشد. پس مراد از عبارت «وصیت بعد از قتل»، وصیت بعد از تحقق «سبب قتل» است که همان ارتكاب جنایت نوعاً کشنده می‌باشد؛ یعنی مجنی علیه بعد از وقوع جنایتی که نوعاً کشنده است، برای جانی وصیتی کرده و در اثر این جنایت از دنیا برود.

### دلیل فقهی دیدگاه دوم

عمده دلیل فقهی دیدگاه دوم، وجود مقتضی منع در فرضی است که قتل ارتكابی، مسبوق به عقد وصیت تملیکی باشد. تبیین استدلال به این شکل است که هر گاه بعد از وصیت، موصی له مرتکب قتل موصی گردد، مقتضی مانعیت قتل از وصیت وجود دارد و آن، مقابله با نقیض مقصود موصی له است؛ یعنی از آنجا که موصی له با قصد تملک زود هنگام موصی به، اقدام به قتل موصی کرده است، جهت مقابله با نقیض مقصود وی،

از موصی به محروم می‌گردد. از این جهت، برخی فقها در مقام اثبات حرمان موصی له از موصی به، در فرضی که قتل موصی مسبوق به عقد وصیت باشد، تصریح می‌دارند: «لوجود المقتضى للمنع هناك وهو مقابله بنقيض مقصوده من الاستعجال فى أخذ المال» (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۳۷۷/۶)؛ به دلیل وجود مقتضی منع در اینجا [در فرض مسبوق بودن قتل به وصیت]، و آن، مقابله با نقيض مقصود موصی له است که عبارت از استعجال در دستیابی به موصی به می‌باشد.

فخرالمحققین نیز به همین دلیل استناد جسته است<sup>۱</sup> و محقق غروی نیز دلیل فوق را عمده دلیل پذیرش قول تفصیل عنوان کرده و معتقد است: «لأنَّ فى ذلك شبهة استعجال الوصية كالميراث» (غروی، ۱۴۱۹: ۳۷۹/۳)؛ در فرض مسبوق بودن قتل بر وصیت، از آنجا که شائبه قصد موصی له جهت تملک زود هنگام موصی به وجود دارد، وجود همین شائبه، باعث محرومیت موصی له از موصی به می‌شود؛ همچنان که در میراث، چنین است. ناگفته پیداست که دلیل فوق در فرضی که وصیت تملیکی مسبوق به وجود سبب قتل باشد - یعنی موصی له، ابتدا موصی را به نحو کشنده مجروح سازد و سپس موصی مشخصاً به اسم جانی وصیت کرده و در اثر همین جراحت از دنیا برود - صادق نیست و چنین وصیتی صحیح و موجد اثر می‌باشد؛ بدان جهت که از یکسو، جراحت منتهی به مرگ، قبل از عقد وصیت تملیکی ارتکاب یافته است؛ پس موصی له با قتل موصی، انگیزه تملک زود هنگام موصی به را نداشته است؛ چرا که هنوز وصیتی محقق نشده است که وجود چنین انگیزه‌ای از سوی موصی له امکان‌پذیر باشد تا در جهت مقابله با نقيض مقصود موصی له، حکم به حرمان وی از موصی به شود. از سوی دیگر، چون موصی با وجود جنایتی که در حقیقت شده است، راضی شده که به نفع جانی وصیت نماید، پس چنین رضایتی مصحح این گونه وصیت است (علامه حلی، ۱۳۸۸: ۴۶۵)؛ یعنی وقتی موصی به رغم دشمنی که با وی شده است، راضی به منتفع ساختن جانی از مالش تحت عنوان وصیت شده است، پس چنین رضایتی اقتضا دارد که وصیت مزبور، صحیح و موجد اثر قرار گیرد.

۱. «لوجود سبب المنع وهو مقابله بنقيض مقصوده وهو الاستعجال لأخذ المال» (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۶۴۱/۴).

### ۳-۱. دیدگاه سوم: مانعیت قتل از وصیت تملیکی

در مقابل مشهور فقیهان، دیدگاه دیگر این است که قتل موصی توسط موصی له، همچون ارث، مانع از تملک موصی به است؛ بدین سان که اگر شخصی، وصیتی به نفع شخص دیگری نماید و سپس موصی له مرتکب قتل موصی گردد، قتل موصی موجب حرمان موصی له از موصی به می شود (همان؛ ابن طیّ فقعانی، بی تا: ۲۶۷؛ حمیری، ۱۴۲۰: ۷۱۸۵/۱۱). البته بین قاتلان این دیدگاه - همچون باب میراث - درباره اینکه مانعیت قتل از وصیت تملیکی، اختصاص به قتل عمدی دارد یا اعم از قتل عمدی و خطایی است، دو نظریه وجود دارد:

اکثر قاتلان این دیدگاه، خصوص قتل عمدی را موجب حرمان موصی له از موصی به دانسته اند؛ بدین سان که اگر موصی له مرتکب قتل عمدی موصی گردد، این موجب محرومیت موصی له از موصی به می شود. مثلاً ابن جنید اسکافی ضمن اینکه قتل را مانع از وصیت تملیکی دانسته، آن را به قتل عمدی اختصاص داده، معتقد است:

«لا وصیة للقاتل عمد، لأنّ فعله مانع له من الوصیة کمنعه إیّاه المیراث» (به نقل از: علامه حلّی، ۱۴۱۳: ۳۷۷/۶)؛ وصیتی برای قاتل عمد نیست؛ چرا که فعل قاتل، مانعی برای او از وصیت است؛ همانند مانعیت عمل قاتل در میراث.

مؤلف *تذکرة الفقهاء*، این قول ابن جنید را اقرب شمرده و تصریح می دارد: «درباره اینکه آیا بین قتل عمدی و خطایی در مانعیت از وصیت فرق وجود دارد یا نه؟ اقرب این است که فرق وجود داشته و قتل عمدی مانع از وصیت است نه قتل خطایی، و قول ابن جنید نیز بر آن دلالت دارد» (همو، ۱۳۸۸: ۴۶۵).

محقق حمیری نیز قتل عمدی را مانع از وصیت دانسته، معتقد است که قتل خطایی مانع از صحت وصیت نیست (حمیری، ۱۴۲۰: ۷۱۸۵/۱۱) و مؤلف کتاب *مفتاح الکرامه* نیز متمایل به این دیدگاه شده است:

«لا بدّ من تقيده العمد بكونه ظلمًا، فتصحّ للقاتل بحقّ كما أنّه يرث» (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۲۱۱/۲۳)؛ یعنی لاجرم باید قتل مانع از وصیت را به قتل عمدی که از روی ظلم و تعدی صورت گرفته است، مقید کرد؛ پس وصیت برای قاتلی که از روی استحقاق بوده، صحیح است؛ همان گونه که [در باب میراث] ارث می برد.

کاشف الغطاء نیز در کتاب *تحریرالمجله*، در ماده ۹۹ نگاشته است:

«من استعجل الشیء قبل أوانه عوقب بحرمانه. أظهر مثال لهذه المادّة، الوارث إذا قتل مورثه لیستعجل فی إرثه فإنّه یحرم شرعاً من الإرث عقوبة له بحرمانه ما استعجل فیہ وكذا لو قتل الموصی له الموصی فی وجه» (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹: ۶۰/۱)؛ هر کس در طلب چیزی قبل از فرا رسیدن آن تعجیل نماید، با محروم شدن از آن چیز مجازات می‌شود. ظاهرترین مثال برای این ماده، وارث است که اقدام به قتل مورث خود نماید تا در دستیابی به ارث تعجیل کند که در این هنگام شرعاً از ارث محروم می‌شود؛ به خاطر مجازات کردن وارث به وسیله محروم شدن از چیزی که بدان تعجیل نموده است و همچنین اگر موصی له، موصی را به قتل برساند، طبق یک احتمال، از وصیت محروم می‌شود.

از تعلیل کاشف الغطاء در کتاب *تحریرالمجله* نیز استفاده می‌شود که فقط قتل عمدی را مانع از وصیت دانسته است؛ چرا که عمده دلیل مانعیت قتل از ارث و وصیت را انگیزه استعجال شخص وارث یا موصی له در دستیابی به میراث و موصی به دانسته است که بدیهی است چنین انگیزه‌ای فقط در قتل عمدی قابل تحقق است.

در میان فقهای اهل سنت نیز ابوحنیفه، ابویوسف و ثوری، قتل عمدی را مانع از صحت وصیت تملیکی دانسته‌اند؛ با این تفاوت که ابوحنیفه معتقد است اگر ورثه به قاتل عمدی اجازه بدهند، چنین وصیتی صحیح می‌شود. شافعی نیز در یکی از دو قول خود، قتل را از موانع وصیت تملیکی دانسته است (ابن قدامه مقدسی، بی‌تا: ۵۷۰/۶؛ مغنیه، ۱۴۲۱: ۴۶۸/۲؛ حمیری، ۱۴۲۰: ۷۱۸۵/۱۱).

در مقابل اکثریت قائلان به این دیدگاه، برخی فقها قتل موصی توسط موصی له را اعم از اینکه قتل عمد یا خطایی باشد، موجب حرمان موصی له از تملک موصی به می‌دانند؛ مثلاً در برخی منابع فقهی، یکی از شرایط موصی له، عدم ارتکاب قتل موصی دانسته شده است:

«یکی از شرایط موصی له، این است که عمداً یا از روی خطا به قتل موصی مباشرت نکند؛ پس اگر شخصی برای دیگری وصیت کرده و سپس موصی له اقدام به قتل موصی بکند، وصیت باطل می‌شود» (غروی، ۱۴۱۹: ۳۷۷/۳).

در نهایت می‌توان گفت که مطابق این دیدگاه، قتل موصی توسط موصی له - همچون



باب میراث- موجب حرمان موصی له از موصی به می شود. در نوع قتل ارتكابی نیز همان گونه که اشاره گردید، اکثر قائلان این دیدگاه، قتل عمدی را مانع از وصیت دانسته اند و مبانی فقهی این دیدگاه نیز - که متعاقباً می آید- بیشتر همسو با مانعیت قتل عمدی است نه خطایی؛ همان گونه که در باب میراث نیز مشهور فقیهان صرفاً قتل عمدی را مانع از میراث دانسته اند؛ به گونه ای که قانون گذار عرفی نیز در ماده ۸۸۰ قانون مدنی، همین دیدگاه مشهور را پذیرفته و قتل عمدی را مانع از ارث دانسته است:

«قتل از موانع ارث است؛ بنابراین کسی که مورث خود را عمداً بکشد، از ارث او ممنوع می شود؛ اعم از اینکه قتل بالمباشره باشد یا بالتسیب، و منفرداً باشد یا با شرکت دیگری».

### مبانی فقهی دیدگاه سوم

برای مانعیت قتل از وصیت تملیکی، ادله و مستندات ذیل وجود دارد:

#### دلیل اول: بهره گیری از مناط حرمان قتل از میراث

مقدمتاً باید دانست که گاه مباحث فقهی در امور غیر توقیفی و عبادی، با استمداد از فلسفه حکم پایان می پذیرد و فقیه برای ارائه نظریه قطعی، راهی جز توجه به ملاک، مصلحت یا مفسده موجود در متعلق حکم ندارد (خسروشاهی، ۱۳۸۰: ۴۵)؛ به گونه ای که هیچ راهی برای انکار اینکه عقل، بعضی از ملاکات را درک می کند و چه بسا مستقلاً حسن و قبح اشیاء را می یابد، وجود ندارد و نمی توان عقل را از ادراک حسن و قبح اشیاء منع نمود (غروی نائینی، ۱۳۷۶: ۵۹/۳). یعنی اگر در یک جا، شارع بر مبنای فلسفه ای، حکمی را به طور عام تشریح کرد، و ما آن فلسفه را کشف نموده و بعد دیدیم مواردی هست که آن فلسفه استثنا می خورد ولو اینکه در متن اسلام، استثنایش نیامده است، عقل حق دارد خودش این استثنا را بیان کند. عقل در موارد زیادی می تواند در احکام دخالت نماید؛ به این معنا که یک عامی را تخصیص بزند یا مطلقاً را مقید سازد و حتی در جایی، حکمی را وضع کند که وضعش به معنای کشف است (مطهری، ۱۳۶۸: ۳۸/۲).

حال در مسئله مورد بحث، با توجه به ابتدای احکام غیر توقیفی و عبادی اسلام بر

مصلح و مفاسد می‌توان گفت که مانعیت قتل از میراث، حتماً بر اساس مصالح و ملاکاتی است که قابل درک و استنباط است نه اینکه تعبد محض باشد. و با تحلیل عقلانی می‌توان گفت عمده مناطی که می‌تواند موجب محرومیت قاتلِ مورث از میراث گردد، اثر بازدارندگی آن است؛ یعنی از آنجا که ممکن است وارث از باب دستیابی زود هنگام به میراث، اقدام به قتل مورث نماید، شارع مقدس با اقدامی حکیمانه و عاقلانه پیش دستی کرده و برای جلوگیری از ارتکاب امر خطیری چون قتل، با نقیض مقصود وارث (قاتل) با او برخورد نموده، وارث قاتل را از استحقاق سهم الارثی که از مقتول می‌برد، محروم کرده تا به طمع میراث، اقدام به قتل مورث خود ننماید (طاهری، ۱۴۱۸: ۲۶۷/۵؛ امامی، بی‌تا: ۲۰۰/۳) و از آنجا که مناط مزبور، در باب وصیت تملیکی نیز بدون هیچ گونه خصوصیتی قابل تحقق است، یعنی ممکن است موصی له با انگیزه دستیابی زود هنگام به موصی به، اقدام به قتل موصی نماید، می‌توان طبق قاعده «من استعجل الشیء قبل أوانه عوقب بحرمانه»، با محروم ساختن موصی له از موصی به، وی را عقوبت کرد و با نقیض مقصودش، با او برخورد نمود (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹: ۶۰/۱).

از این رو فقیهان نامداری چون علامه حلّی و کاشف الغطاء، عمده دلیل حرمان موصی له قاتل از موصی به را مقابله با استعجال موصی له برای دستیابی به موصی به دانسته‌اند (همان؛ علامه حلّی، ۱۳۸۸: ۴۶۵). از سوی دیگر، بین وصیت تملیکی و میراث، آن‌چنان خصوصیتی که باعث گردد این مناط در میراث موجب حرمان و در وصیت تملیکی موجب عدم حرمان شود، قابل ملاحظه نیست؛ لذا با الغای خصوصیت می‌توان همین مناط را در باب وصیتی تملیکی نیز موجب حرمان موصی له قاتل از موصی به دانست.

نکته قابل‌اهتمام اینجاست که احتمال وقوع قتل با انگیزه تملک موصی به در وصیت تملیکی، بیشتر از میراث است؛ از این رو، مناط بازدارندگی از ارتکاب قتل در باب وصیت تملیکی، بیشتر از میراث، اقتضای حرمان قاتل از تملک مالی را دارد که به انگیزه دستیابی به آن، اقدام به ارتکاب قتل کرده و یا در معرض اتهام آن قرار می‌گیرد؛ چرا که احتمال وقوع قتل مورث توسط وارث به طمع میراث، به دلیل علقه خویشاوندی نزدیکی که بین آن‌ها حاکم است، نسبت به وصیت تملیکی به مراتب کمتر است؛

چرا که بر خلاف رابطه میراث که فقط بین خویشان و اقوام حاکم است، موصی له در وصیت تملیکی ممکن است از خویشان یا از اشخاص بیگانه باشد که هیچ علقه خویشی با موصی نداشته باشد؛ بنابراین امکان اینکه موصی له - که هیچ علقه خویشی و عاطفی بین او و موصی وجود ندارد- اقدام به قتل موصی کند، نسبت به باب میراث به مراتب بیشتر محتمل است. بنابراین اگر مناط بازدارندگی از وقوع قتل به طمع میراث یا حداقل در معرض اتهام بودن آن، موجب حرمان وارث قاتل از میراث مؤثر مقتول از ناحیه شارع مقدس می‌گردد، مناط مزبور در وصیت تملیکی، به طریق اولی اقتضای حرمان موصی له قاتل از موصی به را دارد تا به طمع موصی به، اقدام به قتل موصی نکند.

#### دلیل دوم: فحوی الخطاب مانعیت قتل از میراث

دلیل دیگری که محرومیت موصی له از موصی به را در فرض قتل موصی موجه می‌نماید، این است که قتل، مانع از میراثی که به مراتب مؤکدتر از وصیت است، می‌شود؛ پس مانعیت آن از وصیت به مراتب سهل تر و اولی تر از میراث است؛ چون وصیت در واقع جاری مجرای میراث است، پس هر چیزی که مانع از ارث است، مانع از وصیت نیز می‌شود (علامه حلی، ۱۳۸۸: ۴۶۵). اما دلیل مؤکدتر بودن میراث نسبت به وصیت این است که استحقاق و مالکیت وارث نسبت به میراث، در اصل شرع ثابت شده است، و حال آنکه استحقاق موصی له برای موصی به، ناشی از عقد وصیتی است که بعداً توسط شخص موصی ایجاد گردیده است، نه اینکه در اصل شرع ثابت شده باشد (حسینی عمیدی، ۱۴۱۶: ۲/۲۱۳)؛ یعنی اگر وجود ملاکاتی، مانع از تملک چیزی گردد که استحقاق آن در اصل شرع ثابت شده و یک امر غیر قراردادی می‌باشد، پس مانعیت همین ملاکات از تملک چیزی که استحقاق آن در اثر یک عقد جایز بوده، به مراتب سهل تر است. از این رو، وجه اولویت مانعیت قتل از وصیت تملیکی نسبت به باب میراث، کاملاً نمایان است.

#### دلیل سوم: روایات

دلیل دیگر حرمان موصی له قاتل از موصی به، وجود روایاتی است که در این زمینه

آمده است؛ مثلاً در روایت نبوی آمده است: «لیس للقاتل شیء» (سجستانی ازدی، بی تا: ۶۹۴/۴؛ بیهقی، ۱۴۲۴: ۲۱۹/۶)، به گونه‌ای که برخی صاحب نظران، عموم این روایت را دلیل مانعیت قتل از وصیت تملیکی دانسته‌اند (ابن طیّ فقعی، بی تا: ۲۶۷) و برخی دیگر نیز این عموم روایت را مورد استناد قرار داده‌اند:

«الثانی لا تصحّ لقوله إیلاً: "لیس للقاتل شیء" والنکرة فی سیاق النفی للعموم» (ابن زهدری حلّی، ۱۴۲۸: ۱۷۹/۲)؛ قول دوم اینکه [وصیتی که در آن، موصی له اقدام به قتل موصی می کند] صحیح نیست؛ به دلیل قول پیامبر صلی الله علیه و آله: «برای قاتل چیزی نیست»، چون نکره در سیاق نفی، افاده عموم می نماید.

یعنی از آن جهت که در این روایت، نکره (شیء) در سیاق نفی قرار گرفته است، افاده عموم کرده و شامل ارث و وصیت هر دو می شود؛ یعنی علاوه بر شمول این روایت به ارث، شامل وصیت هم شده و مانع از وصیت تملیکی می شود. در روایت نبوی دیگر، در کتاب *البحر الزخار* آمده است: «لا وصیة للقاتل» (عتکی بزاز، بی تا: ۳۰۸/۱۱)؛ وصیت برای قاتل صحیح نیست.

یعنی قتل موجب حرمان موصی له (قاتل) از موصی به می شود؛ به گونه‌ای که همچون روایت پیشین، برخی از فقهای امامیه به این روایت استناد کرده و آن را حمل بر قتل عمدی نموده و نوشته‌اند:

«یعنی قاتل العمد، فأما المخطئ فالوصیة له صحیحة» (حمیری، ۱۴۲۰: ۷۱۸۵/۱۱)؛ مراد [از قاتل در این روایت که وصیت برایش صحیح نیست] قاتل عمدی است؛ اما وصیت برای قاتل خطایی صحیح است.

### ملاحظات

ناگفته پیداست که این روایات از آن جهت که فقط در منابع حدیثی اهل سنت نقل گردیده‌اند، از اعتبار قابل اطمینانی که بتوان به عنوان دلیل مستقل برای این دیدگاه محسوب کرد، برخوردار نیستند؛ اما همان طور که اشاره گردید، چون برخی از فقهای امامیه، علاوه بر ذکر این روایات، به آن‌ها استناد کرده و مبنای مانعیت قتل از وصیت تملیکی دانسته‌اند، می توان روایات مزبور را به عنوان مؤید ادله دیگر محسوب نمود.

### دلیل چهارم: موضوعیت مرگ موصی در تحقق آثار عقد وصیت

دلیل دیگری که مانعیت قتل را در باب وصیت تملیکی موجه می‌نماید، این است که مالکیت موصی له بر موصی به، مشروط به «موت» موصی است؛ یعنی موت (مرگ عادی) موصی - در انتقال مال مورد وصیت به موصی له - موضوعیت دارد؛ در حالی که عنوان «موت» با عنوان «قتل»، کاملاً تغایر ماهوی دارد؛ چرا که در لسان عرف، «موت» غیر از «قتل» است. بنابراین به دلیل عدم تحقق شرط مالکیت موصی له، چنین وصیتی صحیح و موجد اثر واقع نشده و ملکیت موصی به برای موصی له محقق نمی‌شود؛ چرا که بدیهی است بدون تحقق شرط، مشروط محقق نمی‌گردد.

از این رو، یکی از محققان نیز متذکر همین نکته شده و در مقام استدلال برای مانعیت قتل از وصیت تملیکی می‌نویسد:

«لأنه مال يملك بالموت، فاقتضى أن يمنع منه القاتل كالميراث على أن الميراث أقوى التمليكات» (ابن طي فقهانی، بی تا: ۲۶۷).

یعنی موصی به مالی است که موصی له با «موت» موصی، مالک آن می‌شود نه با «قتل». بنابراین قتل موصی توسط موصی له، مقتضی منع قاتل از تملک موصی به می‌شود؛ همان گونه که در میراث که قوی‌ترین تملیکات است - از آن جهت که استحقاق ورثه نسبت به ترکه میت، در اصل شرع ثابت شده است - قتل مورث توسط وارث، مانع از این مالکیت می‌شود؛ چرا که فعلیت مالکیت وارث نسبت به ماترک مورث، مشروط بر «موت» مورث است نه «قتل» وی. از این رو به جهت عدم تحقق شرط مالکیت، چنین مالکیتی برای وارث قاتل نسبت به ماترک مقتول تحقق پیدا نمی‌کند.

### دلیل پنجم: اقتضای عرف و اراده عموم

عرف افزون بر اینکه مرجع تشخیص موضوعات و مصادیق آن‌ها به شمار می‌آید، نیز از آن جهت که می‌تواند بنایی را پی افکند و با امضای شارع، منشأ کشف احکام شرعی شود (صفار، ۱۴۲۹: ۲۰۴)، مقتضای عرف این است که وقتی موصی له اقدام به قتل موصی می‌کند، چنین قتلی موجب حرمان موصی له از موصی به می‌شود (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۳۷۷/۶). برخی فقها نیز یکی از ادله محرومیت موصی له (قاتل) از موصی به را اقتضای

عرف دانسته‌اند؛ با عباراتی چون:

- «لقضاء العرف بالمنع» (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۷۴/۱۰)؛ چون اقتضای عرف، مانعیت قتل از وصیت است.

- «لقضاء العلم العادی بمنع القاتل» (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۶۴۱/۴)؛ به دلیل اینکه اقتضای علم عادی، ممنوع بودن قاتل [از موصی به] است.

شاید این اقتضای عرفی، بدان جهت باشد که چون شخص موصی با وصیت تملیکی، در واقع قصد تفضل و احسان نسبت به موصی له را داشته است، اقتضای عرف و عقل این است که نباید در مقابل این احسان موصی، به جان وی سوء قصد کرد؛ چرا که شکر منعم و عدم اسائه به او، از احکام قطعی «عقلاء بما هم عقلاء» و جزو آرای محموده محسوب می‌گردد؛ به گونه‌ای که آیات شریفه ﴿مَاعَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾ (توبه/ ۹۱) یا ﴿هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ﴾ (رحمن/ ۶۰)، در واقع ارشاد به همین حکم عقلی است (کاشف الغطاء، بی تا: ۷؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۳۶/۱). بنابراین در عرف عقلائی عالم، تنها برخورد شایسته و بجا در مقابل این اقدام ناجوانمردانه موصی له، آن است که با حرمان وی از موصی به، اقدام به عقوبت وی نمود.

## ۲. جمع‌بندی دیدگاه‌ها

دیدگاه اول، که قول مشهور فقیهان و مبتنی بر عدم مانعیت قتل در وصیت تملیکی است، به دلیل خدشه‌پذیری مبانی فقهی آن - که به تفصیل گذشت - چندان پذیرفتنی نیست. اما بین دیدگاه دوم و سوم نیز چندان مغایرت ماهوی وجود نداشته و هر دو حاکی از یک واقعیت هستند؛ بدین سان که دیدگاه سوم که حکم به حرمان موصی له از موصی به می‌نماید، آن مواردی است که بعد از وصیت موصی، قتل موصی توسط موصی له اتفاق بیفتد. از آنجا که در چنین مواردی، شخص موصی له در معرض این اتهام قرار می‌گیرد که به انگیزه تملک موصی به، اقدام به قتل موصی کرده است، با حرمان موصی له از موصی به، حکم به نقیض مقصود موصی له می‌شود تا از ارتکاب جرم خطیری چون قتل پیشگیری گردد. مؤید مدعا، عبارت قائلان دیدگاه سوم و مبانی فقهی آنهاست که به تفصیل گذشت.

ضمناً از آنجا که عمده دلیل قائلان دیدگاه سوم، تنقیح مناط مانعیت قتل از میراث و تعمیم آن به باب وصیت تملیکی است، بی تردید شباهت این دو باب عمدتاً در معرض اتهام بودن وارث و موصی له، به دلیل ذی نفع بودن در این قتل ارتكابی است که این موجب حرمان آن دو، از میراث و موصی به می شود.

حال اگر وصیت تملیکی مسبوق به سبب قتل باشد، یعنی موصی له قبل از وصیت موصی، جنایت کشنده ای علیه موصی مرتکب شده و سپس موصی به نفع جانی وصیت کرده و در اثر این جنایت بمیرد، در این صورت به دلیل ذی نفع نبودن جانی از قتل موصی و به تبع آن در معرض اتهام نبودن وی، هیچ شباهتی بین باب میراث و وصیت تملیکی متصور نیست تا تنقیح مناط و الغاء خصوصیت گردد. پس به وضوح قابل استنباط است که منظور قائلان دیدگاه سوم از مانعیت قتل از وصیت تملیکی، مواردی است که قتل موصی توسط موصی له، بعد از عقد وصیت تملیکی اتفاق افتاده باشد که قائلان دیدگاه دوم نیز دقیقاً معتقد به همین حکم هستند؛ یعنی در فرض وقوع قتل بعد از وصیت تملیکی، حکم به حرمان موصی له از موصی به کرده اند. لکن وجه افتراق دیدگاه دوم و سوم، در ورود یا عدم ورود به فرع دیگر مسئله، و آن مسبوق بودن وصیت تملیکی به سبب قتل است؛ یعنی موصی له قبل از وصیت موصی، به نحو کشنده وی را مجروح سازد و سپس موصی به نفع جانی وصیت کرده و در اثر این جنایت بمیرد، که در این فرع مسئله، مفاد هر دو دیدگاه، عدم حرمان موصی له از موصی به است؛ با این تفاوت که در دیدگاه دوم به فرع مذکور نیز پرداخته شده و حکم به عدم حرمان قاتل گردیده است، اما مقتضای مبانی فقهی دیدگاه سوم به رغم عدم پرداخت به این فرع، آن است که چنین قتلی موجب حرمان موصی له از موصی به نمی شود. دلیل نپرداختن به فرع مذکور در دیدگاه سوم نیز قابل توجیه است؛ بدان جهت که ممکن است قائلان این دیدگاه، عدم مانعیت قتل از وصیت مسبوق به سبب قتل را مفروغ عنه گرفته و آن را مطرح نساخته اند.

از سوی دیگر، نکته قابل تأمل این است که این فرع مسئله، اساساً خروج موضوعی از موضوع مسئله دارد؛ چرا که موضوع مسئله مورد بحث، قتل موصی توسط موصی له است، که به جهت اینکه موصی له با قتل موصی در معرض اتهام قرار می گیرد که با

انگیزه دستیابی به موصی به، اقدام به قتل موصی کرده است، از موصی به محروم می‌شود، اما در فرضی که سبب قتل (جنایت منتهی به قتل) مقدم بر وصیت باشد، به جهت عدم تحقق وصیت موصی، اساساً صدق نمی‌کند که قتل «موصی» توسط «موصی له» داخل در موضوع مسئله باشد. بنابراین نپرداختن به فرع مذکور در دیدگاه سوم، چندان خالی از وجه به نظر نمی‌رسد.

در تحلیل حقوقی مسئله نیز گفتنی است که قانون‌گذار عرفی در ماده ۸۸۰ قانون مدنی، مانعیت قتل را فقط در باب میراث پذیرفته و مقرر می‌دارد:

«قتل از موانع ارث است. بنابراین کسی که مورث خود را عمداً بکشد، از ارث ممنوع می‌شود؛ اعم از اینکه قتل بالمباشره باشد یا بالتسبیب و منفرداً باشد یا به شرکت دیگری.»

اما از آنجا که در تحلیل حقوقی برخی حقوق دانان نیز عمده مناط حرمان قاتل مورث از میراث، برای جلوگیری از ارتکاب قتل است تا وراثت به طمع دستیابی به میراث، مرتکب قتل مورث خود نشوند (امامی، بی تا: ۸۰/۳؛ طاهری، ۱۴۱۸: ۲۶۷/۵)، وجود همین مناط در وصیت تملیکی، برخی حقوق دانان را بر آن داشته که به مانعیت قتل در وصیت تملیکی نیز رویکرد مثبت داشته باشند. به همین جهت طبق نظر برخی حقوق دانان، اگر موصی له عمداً موصی را برای رسیدن به موصی به بکشد، حق تملک موصی به را از دست خواهد داد (صفایی، ۱۳۹۷: ۵۰). اما انگیزه موصی له در رسیدن به موصی به باید اثبات شود؛ زیرا مفروض بودن این انگیزه، مخصوص «قتل مورث» است (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۸۵) و یا معتقدند: در مواردی که شخصی، حاجب از ارث را به انگیزه ارث بردن بکشد، از ارث بردن ممنوع می‌شود؛ اما قتل حاجب در صورتی از موانع محسوب می‌شود که همانند قتل موصی (توسط موصی له)، انگیزه نامشروع قاتل اثبات شود (همو، ۱۳۸۲: ۷۰).

برخی دیگر از حقوق دانان نیز به رغم اینکه ممنوعیت قاتل از ارث را استثناء از قاعده توارث دانسته‌اند که باید در مورد نص اجرا شود، اما معتقدند چنانچه کسی تفسیر موسع را روش استنباط خود قرار داده باشد، از وحدت ملاک ماده ۸۸۰ قانون مدنی می‌تواند حکم ممنوعیت را در کلیه مواردی که قاتل به سبب قتل، استفاده مادی



از ارث یا وصیت می‌نماید، اجرا نماید (امامی، بی‌تا: ۲۱۰/۳). همان گونه که ملاحظه می‌شود، به رغم اختصاص مانعیت قتل به باب میراث در ماده ۸۸۰ قانون مدنی، اما تحلیل حقوقی برخی حقوق دانان نیز به جهت وحدت ملاک هر دو مسئله، این است که امکان تعمیم حکم میراث به وصیت تملیکی در این خصوص وجود دارد که می‌تواند مؤید نظر نگارندگان در این مسئله باشد.

### ملاحظات

شاید این اشکال مهم و اساسی مطرح گردد که از کجا معلوم شده ملاک و مناط مانعیت قتل در میراث، همین مناط مورد بحث است، تا وجود چنین مناطی در وصیت تملیکی نیز موجب حرمان موصی له قاتل از موصی به شود؟ در پاسخ به این اشکال اساسی می‌توان گفت:

اولاً، از آنجا که به اعتقاد ما، شارع مقدس حکیم است و حکیم کسی است که کارهای او هنجارهای عقلانیت را نقض نمی‌کند، بنابراین شریعت در عالم تشریح از احکام خردستیز پیراسته است. بدین بیان که حکمت و عدالت خداوند، که از اوصاف اخلاقی او هستند، بر وصف شاریت او تقدم دارند و شاریت او را محدود می‌کنند. بنابراین وجود حکم خردستیز یا غیر حکیمانه در «شریعت در عالم ثبوت»، محال است و احکام شرعی موجود در عالم ثبوت، با هنجارهای عقلانیت نظری و عقلانیت عملی سازگارند؛ به این معنا که این هنجارها را نقض نمی‌کنند، نه به این معنا که دائماً و لزوماً از این هنجارها «سرچشمه» می‌گیرند (فنائی، ۱۳۹۲: ۲۶۴) و از این جهت است که می‌گویند شارع، جزء عقلا و بلکه رئیس عقلاست که احکام و شریعت او مبتنی بر حکمت و عقل است.

ثانیاً، فقیه در فرایند استنباط احکام از منابع و ادله، ابزارهای گوناگونی را در اختیار قرار می‌گیرد که یکی از ضروری‌ترین و پرکاربردترین این ابزارها، عقل است. در این کاربرد، عقل به عنوان ابزاری در دست مجتهد قرار می‌گیرد که به کمک آن، سراغ دیگر منابع فقه (کتاب، سنت و اجماع) رفته و احکام شرعی را از آن‌ها استخراج می‌کند؛ به گونه‌ای که همگان نقش و جایگاه عقل را به عنوان ابزار استنباط پذیرفته و

در عمل نیز بدان استناد کرده‌اند (علی‌دوست، ۱۳۸۱: ۱۶۱-۱۶۲)؛ چرا که «قوانین اسلامی به اصطلاح امروزی، در عین اینکه آسمانی است، زمینی است؛ یعنی بر اساس مصالح و مفاسد موجود در زندگی بشر است. به این معنا که جنبه مرموز و صد درصد مخفی و رمزی ندارد که عقل بشر هیچ به آن راه نداشته باشد» (مطهری، ۱۳۶۸: ۲۶/۲، ۲۷ و ۳۷) و حتی به گفته برخی بزرگان، منع نمودن عقل در ارزیابی و کشف ملاکات احکام یا اعتقاد به عدم توانایی عقل در ادراک حسن و قبح اشیاء، موجب فرو ریختن اساس شریعت است (غروی نائینی، ۱۳۷۶: ۵۹/۳)؛ چرا که تعطیل ساختن عقل در درک برخی مصالح و مفاسد احکام غیر عبادی شرع مقدس، به انسداد کامل باب اجتهاد می‌انجامد که با پویایی فقه ما چندان سازگاری ندارد.

ثالثاً، توانایی عقل در کشف ملاکات احکام شرعی، دو اثر مهم در بر دارد: یکی امکان تعلیل و توجیه عقلانی احکام شرعی و به عبارت دیگر، دفاع عقلانی از دین، که این یک اثر کلامی است. دیگری اثر فقهی و آن، امکان تخصیص و تقیید احکام شرعی یا توسعه و تعمیم آن‌ها بر اساس تغییر دایره مصالح و مفاسد می‌باشد که یک اثر فقهی است؛ یعنی با درک فلسفه و مصالح احکام می‌تواند در احکام دخالت نماید، به این معنا که یک عامی را تخصیص بزند، یک مطلق را مقید کند و حتی در جایی، حکمی را وضع کند که وضعش به معنای کشف است (مطهری، ۱۳۶۸: ۳۸/۲). بنابراین توانایی عقل در درک برخی مصالح و مفاسد مقتضی حکم، مورد قبول است.

رابعاً، بحث وصیت و میراث جزء امور تعبدی و توقیفی نیست تا بتوان با کشف ملاکات، به تفریع احکام مربوط به آن‌ها پرداخت. بلکه با توجه به ابتناء احکام غیر توقیفی و عبادی اسلام بر مصالح و مفاسد می‌توان گفت که مانعیت قتل از میراث، حتماً بر اساس مصالح و ملاکاتی است که قابل درک و استنباط است نه اینکه تعبد محض باشد.

حال با تحلیل عقلانی و با بهره‌گیری از استنباط فقهی برخی فقیهان و حقوق‌دانان می‌توان گفت عمده مناطی که می‌تواند موجب محرومیت قاتلِ مورث از میراث گردد، اثر بازدارندگی آن است؛ یعنی از آنجا که ممکن است وارث از باب دستیابی زودهنگام به میراث، اقدام به قتل مورث نماید، شارع مقدس با اقدامی حکیمانه و عاقلانه پیش‌دستی کرده و برای جلوگیری از ارتکاب امر خطیری چون قتل، با نقیض مقصود وارث

با او برخورد نموده و وارث قاتل را از ارث محروم ساخته تا به طمع میراث، اقدام به قتل موژش ننماید و از آنجا که مناط مزبور، در باب وصیت تملیکی نیز بدون هیچ گونه خصوصیتی قابل تحقق است، می‌تواند موجب حرمان موصی له قاتل از موصی به بشود؛ چرا که احکام عقلی، کلی و غیر قابل تخصیص بوده و شامل تمامی مصادیق آن می‌شود (کاشف‌الغطاء، بی‌تا: ۷؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱/۳۶-۳۷)؛ یعنی هر جا چنین مناط و ملاکی برای عقل کشف و احراز شود، بدون تردید چنین حکمی را صادر می‌نماید که از طریق قاعده ملازمه می‌تواند مستنبط حکم شرعی نیز قرار گیرد، هرچند که در متن شریعت، به چنین حکمی تصریح نشده باشد.

### ملاحظات

شاید این اشکال مطرح شود که منبع اصلی وضع احکام شرعی، اراده خداوند است. یعنی در اندیشه توحیدی، حق تقنین و تشریح از آن خداوند است و هیچ مرجع دیگری اختیار تشریح ندارد؛ مگر اینکه این اختیار از ناحیه خداوند برای فرد یا نهادی قرار داده شده باشد.

در پاسخ می‌توان گفت: کار فقیهان و دین‌پژوهان، تشریح احکام و تقنین قوانین الهی نیست؛ بلکه کشف و استنباط احکام شرعی بر اساس دایره مصالح و مفاسد مقتضی آن است. از این رو به عقیده شیعه، یکی از ادله‌ای که فقیه را در کشف احکام واقعی یا ظاهری شریعت (نه وضع و تشریح آن) رهنمون می‌سازد، عقل است (قافی و شریعتی، ۱۳۹۹: ۲/۱۹۸). بدیهی است که بین کشف و استنباط احکام الهی با تشریح و وضع آن، تفاوت بسیاری است که بر کسی پوشیده نیست.

### نتیجه‌گیری

طبق احصاء نگارندگان پیرامون مسئله مورد بحث، سه دیدگاه فقهی مطرح شده است که مطابق نظر مشهور فقیهان، قتل موصی توسط موصی له، تأثیری در عقد وصیت تملیکی نداشته و موصی له همچنان استحقاق تملک موصی به را دارد. اما دیدگاه سوم و نیز دیدگاه دوم با اندکی تفصیل، مبتنی بر این است که اگر قتل ارتكابی مسبوق به عقد

وصیت تملیکی باشد، این موجب حرمان موصی له قاتل از موصی به می‌شود. با بازخوانی مبانی فقهی دیدگاه‌ها و نیز با بهره‌گیری از مستندات و مؤیدات موجود، به نظر می‌رسد محرومیت موصی له از موصی به در مواردی که بعد از وصیت تملیکی اقدام به قتل عمد و عدوانی موصی می‌نماید، از نقطه قوت برخوردار بوده و بیشتر قابل دفاع می‌باشد؛ بدان جهت که از یکسو، هیچ دلیل و مستند خدشه‌ناپذیری وجود ندارد که قتل موصی توسط موصی له را بلااثر دانسته و موصی له را همچنان مستحق موصی به بداند، بلکه عمده مستندات مشهور، اطلاق آیات و روایات ناظر به موضوعات دیگر و اصل بوده که هر کدام به نوعی قابل نقد بوده و یارای اثبات دیدگاه مشهور را ندارند. از آن سو، مستنداتی چون ابتناء احکام غیر توقیفی و عبادی شریعت بر مصالح و مفاسد و امکان کشف و استنباط آن توسط عقل، تنقیح عمده مناط مانعیت قتل از میراث و با الغای خصوصیت تعمیم آن به باب وصیت و بلکه فحوی الخطاب مانعیت قتل از وصیت نسبت به باب میراث و مقتضای عرف و اراده عموم، از جمله مستنداتی است که پذیرش مانعیت قتل در باب وصیت تملیکی را همچون میراث موجه می‌نماید.

### پیشنهاد

از آنجا که عمده مناط ماده ۸۸۰ قانون مدنی مبنی بر مانعیت قتل عمدی از میراث، در باب وصیت تملیکی نیز محقق است و خصوصیت آن‌چنانی بین این دو باب در تأثیر این مناط و ملاکات متصور نیست، از این رو به قانون‌گذار عرفی پیشنهاد می‌شود مفاد ماده مذکور را تحت ماده‌ای جداگانه به باب وصیت تملیکی نیز تعمیم دهد.

## کتاب شناسی

۱. قرآن کریم.
۲. آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، کفایة الاصول، قم، مؤسسة آل البيت علیہ السلام، ۱۴۰۹ ق.
۳. ابن ادریس حلّی، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۴. ابن زهدری حلّی، نجم الدین جعفر، ایضاح تردّدات الشرائع، چاپ دوم، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۲۸ ق.
۵. ابن طّیّ فقعی، زین الدین علی بن علی بن محمد، مسائل ابن طّیّ - المسائل الفقہیہ، بی جا، بی نا، بی تا.
۶. ابن قدامه مقدسی، موفق الدین عبدالله بن احمد بن محمد، المغنی لابن قدامه ویلیه الشرح الکبیر، بیروت، دار الکتب العلمیہ، بی تا.
۷. ابن ماجه قزوینی، ابو عبدالله محمد بن یزید، سنن ابن ماجه، بی جا، دار احیاء الکتب العربیہ، بی تا.
۸. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، تهران، اسلامیہ، بی تا.
۹. انصاری، مرتضی بن محمد امین، فرائد الاصول، چاپ نهم، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۸ ق.
۱۰. بیهقی، ابوبکر احمد بن حسین، السنن الکبری، چاپ سوم، بیروت، دار الکتب العلمیہ، ۱۴۲۴ ق.
۱۱. بیهقی کیدری، قطب الدین محمد بن حسین، اصباح الشیعة بمصباح الشریعہ، قم، مؤسسہ امام صادق علیہ السلام، ۱۴۱۶ ق.
۱۲. ترمذی، ابو عیسی محمد بن عیسی بن سوره، سنن الترمذی، چاپ دوم، مصر، شرکتہ مکتبہ مصطفی البابی الحلّی، ۱۹۷۵ م.
۱۳. جعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، مسالک الافہام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسہ المعارف الاسلامیہ، ۱۴۱۳ ق.
۱۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، چاپ دوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۶ ش.
۱۵. حسینی عاملی، سید جواد بن محمد، مفتاح الکرامۃ فی شرح قواعد العلامہ، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۱۶. حسینی عمیدی، سید عمید الدین عبدالمطلب بن محمد اعرج، کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۱۷. حمیری، نشوان بن سعید، شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلوم، بیروت، دار الفکر، ۱۴۲۰ ق.
۱۸. خسروشاهی، قدرت الله، فلسفہ قصاص از دیدگاه اسلام، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۰ ش.
۱۹. سجستانی ازدی، ابوداود سلیمان بن اشعث، سنن ابی داود، بیروت، المکتبہ العصریہ، بی تا.
۲۰. صفار، فاضل، فقہ المصالح و المفاسد، لبنان، دار العلوم، ۱۴۲۹ ق.
۲۱. صفایی، سید حسین، و هادی شعبانی کندسری، حقوق مدنی: وصیت، ارث، شفیعہ، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۷ ش.
۲۲. طاهری، حبیب الله، حقوق مدنی، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۲۳. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، کتاب الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۲۴. عتکی بزاز، ابوبکر احمد بن عمرو بن عبد الخالق، البحر الزخار المعروف بمُسند البزاز، بی جا، بی نا، بی تا.

۲۵. علامه حلی، ابومنصور جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *تحریر الاحکام الشرعية على مذهب الاماميه*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰ ق.
۲۶. همو، *تذکره الفقهاء*، قم، مؤسسه آل البيت علیه السلام، ۱۳۸۸ ق.
۲۷. همو، *مختلف الشیعة فی احکام الشریعه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۲۸. علی دوست، ابوالقاسم، *فقه و عقل*، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۱ ش.
۲۹. غروی نائینی، میرزا محمدحسین، *اجود التقریرات*، تقریر سید ابوالقاسم موسوی خویی، قم، کتابفروشی مصطفوی، بی تا.
۳۰. همو، *فوائد الاصول*، تقریر محمدعلی کاظمی خراسانی، تعلیق آغاضیاءالدین عراقی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۷۶ ش.
۳۱. فاضل هندی، بهاء‌الدین محمد بن حسن اصفهانی، *کشف اللثام والابهام عن قواعد الاحکام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۳۲. فخرالمحققین حلی، ابوطالب محمد بن حسن بن یوسف، *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق.
۳۳. فناپی، ابوالقاسم، *اخلاق دین شناسی (پژوهشی در مبانی معرفتی و اخلاقی فقه)*، چاپ دوم، تهران، نگاه معاصر، ۱۳۹۲ ش.
۳۴. قافی، حسین، و سعید شریعتی، *اصول فقه کاربردی (ادله و منابع فقه)*، چاپ چهاردهم، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۹ ش.
۳۵. کاتوزیان، ناصر، *دوره مقدماتی حقوق مدنی*، چاپ ششم، تهران، میزان، ۱۳۸۵ ش.
۳۶. همو، *وصیت در حقوق مدنی ایران*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۲ ش.
۳۷. کاشف الغطاء، جعفر بن خضر، *القواعد الستة عشر*، نجف اشرف، مؤسسه کاشف الغطاء العامه، بی تا.
۳۸. کاشف الغطاء، محمدحسین بن محمدرضا، *تحریر المجله*، نجف اشرف، المكتبة المرتضویه، ۱۳۵۹ ق.
۳۹. کرکی عاملی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت علیه السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۴۰. محقق داماد، سیدمصطفی، *مباحثی از اصول فقه*، دفتر اول، چاپ نهم، تهران، مرکز نشر اسلامی، ۱۳۷۷ ش.
۴۱. مطهری، مرتضی، *اسلام و مقتضیات زمان*، چاپ چهارم، تهران، صدرا، ۱۳۶۸ ش.
۴۲. مظفر، محمدرضا، *اصول الفقه*، چاپ پنجم، قم، اسماعیلیان، ۱۳۷۵ ش.
۴۳. مغنیه، محمدجواد، *الفقه على المذاهب الخمسة*، چاپ دهم، بیروت، دار التیاری جدید - دار الجواد، ۱۴۲۱ ق.
۴۴. موسوی بجنوردی، سیدحسن بن آقابزرگ، *القواعد الفقهيہ*، قم، الهادی، ۱۴۱۹ ق.
۴۵. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *تهذیب الاصول*، قم، دار الفکر، بی تا.

# توزیع مسئولیت مدنی بر اساس میزان تقصیر در تعدد اسباب عرضی از منظر فقه اهل بیت علیهم‌السلام\*

- سیدحسن وحدتی شبیری<sup>۱</sup>
- سیدباقر محمدی<sup>۲</sup>

## چکیده

یکی از پیچیده‌ترین بحث‌های مرتبط با مسئولیت مدنی، توزیع مسئولیت است؛ زیرا با توجه به آنکه معمولاً اسباب متعدد در تکوین فعل زیان‌بار دخالت دارند، شناخت سهم هر یک در پدید آوردن حادثه و توزیع مسئولیت دشوار می‌باشد. عموم فقیهان امامی در تعدد اسباب عرضی، نظریه تساوی را اخذ نموده‌اند؛ اما برخی از فقیهان معاصر، نظریه توزیع مسئولیت بر اساس میزان تقصیر را بدون نقد و بررسی مبانی و چالش‌های آن برگزیده‌اند. از این رو، جستار حاضر به منظور تبیین جایگاه نظریه در فقه اهل بیت علیهم‌السلام و بررسی مبانی و چالش‌های فقهی آن سامان یافته است. در این تحقیق با روش تحلیلی و توصیفی سعی شد با طرح و بررسی کلمات و استفتائات فقیهان، ادله این نظریه استخراج و

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۲/۰۳ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۸/۰۵.

۱. دانشیار دانشگاه قم (info@dr-vahdati.ir).

۲. دکتری فقه قضایی، گرایش جزا و جرم‌شناسی، جامعه المصطفی العالمیه (نویسنده مسئول)  
(sb.muhammadi@gmail.com).

تحلیل شود. از بررسی ادله‌ای چون آیه ۱۹۴ سوره بقره، اصل اشتغال و احتیاط، این نتیجه حاصل شد که هرچند نمی‌توان نسبت تقصیر را نظریه اصلی توزیع مسئولیت دانست، ولی می‌توان به عنوان نظریه فرعی و تکمیلی مورد توجه قرار داد.

**واژگان کلیدی:** میزان تقصیر، تعدد اسباب، توزیع مسئولیت، تقصیر، تعدی، تفریط.

## مقدمه

تعدد اسباب، یکی از بحث‌های بسیار پیچیده مسئولیت مدنی و کیفری است. بحث آنگاه دشوارتر می‌گردد که پس از تعیین سبب مسئول، سخن از چگونگی توزیع مسئولیت بین اسباب مسئول به میان آید. فقه اهل بیت، تعدد اسباب را به تعدد اسباب طولی و عرضی تقسیم نموده، در تعدد اسباب عرضی بدون توجه به میزان تقصیر عوامل زیان، نظریه تساوی را پذیرفته است (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۸۷/۴؛ نجفی، ۱۴۱۲: ۷۰/۴۲). برخی از فقیهان معاصر در پاسخ به استفتائات، نظریه توزیع مسئولیت بر اساس میزان تقصیر را برگزیده یا به آن تمایل نشان داده‌اند (صانعی، ۱۳۸۴: ۲۸۱/۱؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۴۳۱/۳). این فقیهان در کتب فقهی و در بحث‌های استدلالی به این نظریه توجهی نشان نداده‌اند؛ در نتیجه، ادله و چالش‌های این نظریه بدون تبیین باقی مانده است. هرچند برخی مقالات به برخی جنبه‌های مرتبط با این موضوع اشاره کرده‌اند، ولی عمدتاً این مقالات نیز فاقد بحث فقهی در مورد این نظریه‌اند. برای نمونه، مقاله‌ای با نام «معیار تقسیم مسئولیت میان عاملان زیان در نظام کامن‌لا و حقوق کشورهای رومی - ژرمنی» (کاظمی، ۱۳۹۳) نگارش یافته و نگارنده نظریه نسبت تقصیر را در کنار سایر نظریات مانند تساوی و نسبت تأثیر در حقوق غربی بررسی کرده است؛ اما اولاً نظریه نسبت تقصیر را به عنوان یک بحث فرعی و مختصر، و ثانیاً صرفاً در دایره حقوق غربی بحث نموده است. برخی محققان نیز در مقاله مشترکی که با نام «معیار تقسیم مسئولیت در فرض تعدد اسباب و تحول آن در حقوق ایران» (صفایی و همکاران، ۱۳۹۷) انتشار یافته است، در فرض اجتماع چند مباشر و تعدد اسباب، نظریات مختلف توزیع مسئولیت را در حقوق ایران بررسی کرده‌اند؛ ولی این اثر نیز به فقه نپرداخته است، افزون بر آنکه



بیشتر به نظریه تساوی و میزان تأثیر پرداخته است تا سایر نظریات. تحقیقاتی نیز در زمینه نقش تقصیر در مسئولیت مدنی سامان یافته‌اند که این تحقیقات نیز معمولاً فاقد توجه به بعد فقهی هستند؛ افزون بر آنکه نظریه میزان تقصیر را به عنوان نظریه توزیع مسئولیت مورد توجه قرار نداده‌اند. اما اثر حاضر در صدد است ادله فقهی این نظریه را استخراج و بررسی کند؛ چه تا کنون ادله فقهی این نظریه در هیچ اثری بحث نشده است و لازم است تحقیق حاضر با بررسی آثار فقیهان، ادله و مؤیدات این نظر را استخراج کند. آنگاه ضروری است چالش‌ها و موانع فقهی این نظریه بر اساس مبانی فقهی مورد ارزیابی قرار گیرد تا آشکار شود که در صورت اثبات اصل نظریه، آیا می‌توان بر چالش‌های فرارو غلبه یافت یا خیر؟ بدین منظور نوشتار حاضر پس از تبیین نظریه، جایگاه آن را در فقه اهل بیت (علیهم‌السلام) بررسی می‌کند. از این رو، نخست مصادیق فقهی متناظر در کلمات فقیهان مورد دقت قرار گرفته، پس از آن استفتائات فقیهان معاصر نقل می‌شود. همچنین در بحث‌های بعدی، سعی بر آن است که با تأمل در مبانی فقهی ضمان، نخست ادله این نظریه و چالش‌های فراروی آن از منابع استخراج گردد و آنگاه به دقت به محک ارزیابی و تحلیل سپرده شود.

### ۱. تبیین نظریه توزیع مسئولیت بر اساس میزان تقصیر

نظریه توزیع مسئولیت بر اساس میزان تقصیر، رایج‌ترین روش برای تقسیم مسئولیت در نظام‌های حقوق غربی بوده است و هنوز هم در حقوق بسیاری از کشورها از جایگاه مناسبی برخوردار است (کاظمی، ۱۳۹۳: ۷۴). بر اساس این معیار، که بر پایه نظریه تقصیر مطرح می‌شود، در فرضی که تقصیر عوامل متعدد در ایراد زیان دخالت داشته باشد، مسئولیت هر یک از عاملان زیان بر اساس میزان تقصیرش تعیین و توزیع می‌گردد. معمولاً کارشناسان در تطبیق این معیار نقش مهمی ایفا نموده، با در نظر گرفتن میزان تقصیر هر یک از عاملان زیان و بدون توجه به عواملی چون میزان تأثیر، تقدم و تأخر سبب و...، میزان مسئولیت هر یک از اسباب را تعیین می‌نمایند.

بر پایه این معیار، سنگینی و سبکی تقصیر در میزان مسئولیت مؤثر است نه در اصل آن؛ از این رو سنگینی تقصیر صرفاً میزان مسئولیت را افزایش می‌دهد و نمی‌تواند

موجب شود که مرتکب تقصیر سبک، به کلی از مسئولیت مبرا گردد (قاسم‌زاده، ۱۳۷۸: ۶۶). البته در صورتی که یک تقصیر آن‌قدر سنگین باشد که تقصیر دیگر را قابل اغماض نماید و به طور کامل تحت‌الشعاع قرار دهد، تنها مرتکب تقصیر سنگین مسئولیت خواهد داشت (سنه‌وری، بی‌تا: ۱۰۱۸/۱).<sup>۱</sup>

وجود مسئولیت مطلق نیز مانع از توزیع مسئولیت بر اساس میزان تقصیر نخواهد بود؛ چه هر گاه بر پایه نظریاتی چون تضمین حق و به جهت حمایت از زیان‌دیده، مسئولیت مطلقى پیش‌بینی شده باشد، پس از رجوع زیان‌دیده به سبب دارای مسئولیت مطلق، می‌توان مسئولیت نهایی را بر اساس همین معیار بین عاملان اصلی زیان توزیع نمود (قاسم‌زاده، ۱۳۷۸: ۶۶).

## ۲. پیشینه نظریه در فقه اهل بیت علیهم‌السلام

هیچ یک از فقیهان متقدم شیعه، به صراحت توزیع خسارت بر اساس میزان تقصیر را نپذیرفته است. اما برخی استفتائات از فقهای معاصر ابراز شده است که این فقیهان، میزان تقصیر را معیار توزیع مسئولیت شمرده‌اند. همچنین در برخی مسائل، فقیهان متقدم عباراتی دارند که ممکن است در راستای این نظریه تفسیر گردد.

### ۲-۱. مصادیق فقهی در کلمات فقیهان پیشین

شخصی که به نحو مشاع، مالک ملکی است و در این ملک چاهی حفر می‌کند که موجب سقوط کسی می‌گردد، همان طور که این اقدام می‌تواند بر اساس مالکیت این شخص بر جزء جزء ملک، تصرف در ملک باشد، با توجه به مالکیت سایرین بر جزء جزء ملک، تصرف در ملک غیر است و تعدی محسوب می‌شود. این احتمال نیز مطرح است که تصرف این شخص به میزان درصد مشارکت، مجاز و بیش از آن، تعدی و غیر مجاز باشد. بنابراین تنها به میزان عدم مشارکت، ضمان ثابت خواهد بود. در این فرض، همان طور که توزیع ضمان بر اساس تعداد مالکان و حصص احتمال داده شده

۱. مانند آنکه خطای یکی از اسباب، عمدی و خطای دیگری غیر عمدی باشد، یا خطای یکی موجب خطای دیگری باشد که در حقوق مصر، به چنین سببی سبب فراگیر (مستغرق) گفته می‌شود.

است، توزیع ضمان بر اساس تعدی و عدم تعدی اسباب نیز محتمل است (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۲۶۱/۱۱-۲۶۲). بر اساس این ملاک، چون نسبت به سبب تلف، هم تعدی و هم عدم تعدی صادق است، گویا دو سبب متعدی و غیر متعدی با هم جمع شده‌اند؛ در نتیجه حافر به میزان پنجاه درصد ضامن خواهد بود (همان).

با توجه به ارتباط تعدی و تقصیر، مطرح شدن «میزان تعدی» به عنوان معیار توزیع مسئولیت در این مسئله، مؤید نظریه «میزان تقصیر» است. ولی این احتمال وجود دارد که میزان تعدی به میزان تقصیر بازگشت ننموده، با توجه به آنکه تعدی عاملی تعیین کننده در صدق استناد است، به میزان تأثیر یا رابطه سببیت رجوع نماید. توضیح آنکه چون مسئله از مصادیق تسبیب است، در تسبیب برای تحقق استناد زیان به سبب، تحقق تعدی یا عدوان لازم است. بنابراین هرچند در باب تسبیب، تقصیر نیز مطرح می‌شود، ولی این تقصیر موضوعیت نداشته، در راستای تحقق رابطه سببیت مورد توجه است. بنابراین درصد تقصیر مستقیماً به میزان تحقق رابطه سببیت ارتباط می‌یابد. البته این بدین معنا نیست که الزاماً میزان تأثیر، تابعی از درصد تقصیر باشد، ولی به طور حتم درصد تقصیر در میزان تأثیر اثرگذار خواهد بود. ارتباط تقصیر و تأثیر به حدی است که در استفتائات و کلمات فقیهان، گاه به تمایز نسبت تقصیر و نسبت تأثیر توجه نشده، احتمالاً این دو به جای یکدیگر به کار رفته‌اند.

هرچند معیار «میزان تعدی» به عنوان یک احتمال مطرح شده است، ولی فقیهان در نهایت با چشم‌پوشی از درصد سهم شریک متعدی، به توزیع مساوی مسئولیت بین عوامل متعدی و غیر متعدی حکم نموده‌اند. در نتیجه چون فعل این شخص، از این حیث که مالک است، تعدی محسوب نمی‌شود و از آن حیث که در ملک سایر شرکا تصرف می‌کند، تعدی به حساب می‌آید، فعل این شخص، نتیجه اجتماع عوامل متعدی و غیر متعدی محسوب شده، شخص مذکور ضامن نصف خسارات خواهد بود. بنابراین این حکم نیز از مصادیق دیدگاه تساوی است و نمی‌تواند در مقابل آن قرار گیرد.

در مورد سقوط اجزای ساختمان نیز این احتمال مطرح شده است که ضمان صاحب ملک بر اساس نسبت قسمتی که خارج از ملک بوده است، به مجموع چوب، بر اساس مساحت یا سنگینی تعیین گردد (همان: ۲۶۹/۱۱). صاحب مسالک نیز همین دو

احتمال را مطرح کرده است (جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۱۵/۳۷۲). نسبت قسمتی که شیء مذکور خارج از ملک بوده است، احتمال نخستی است که این فقیه مطرح کرده است. البته در این فرض در تعیین نسبت مذکور می‌توان وزن یا مساحت شیء مذکور را معیار قرار داد (همان). نسبت خارج از ملک، از آن جهت مطرح شده است که در واقع این شخص به همین میزان متعدی محسوب می‌شود. ولی با توجه به نکاتی که در بررسی مورد پیشین مطرح شد، ممکن است در این مثال هم تعدی به طور مستقل مورد توجه نباشد؛ به ویژه آنکه در ادامه، نسبت وزن و نسبت مساحت برای سنجش میزان تعدی مطرح شده است. معیار وزن، میزان تقصیر را تابعی از میزان تأثیر قرار می‌دهد؛ اما معیار مساحت، میزان تقصیر را صرفاً بر اساس میزان تقصیر و تعدی محاسبه می‌نماید.

نظریه توزیع بر اساس نسبت تعدی را که از دو بحث فوق قابل استخراج است، می‌توان توزیع مسئولیت بر اساس حصه مالکانه یا شرکت در ملک نیز نام‌گذاری نمود. افزون بر نکاتی که در ارزیابی این معیار مطرح شد، این معیار جامع نبوده، در فرضی که هیچ شریکی وجود ندارد یا تمام اقدامات فرد بدون مجوز است، قابل اعمال نمی‌باشد. افزون بر این، ارتباط معناداری بین مسئولیت مدنی و میزان مشارکت مالکانه وجود ندارد تا بتواند به عنوان یک مبنای توزیع مسئولیت اخذ شود.

در مورد مجرمی که در اثر اجرای حد بیش از مقدر شرعی فوت نموده است، برخی فقیهان تقسیط دیه بر حسب تعداد شلاق‌های زائد نسبت به تعداد مجاز را به عنوان یک احتمال مطرح می‌کنند (نجفی، ۱۴۱۲: ۴۱/۴۷۵). هرچند تقسیط دیه بر اساس تعداد شلاق می‌تواند به توزیع مسئولیت بر اساس میزان تعدی نظر داشته باشد، اما جایگاهی بیش از احتمال نیافته و در نهایت، توزیع مساوی مسئولیت پذیرفته شده است (همان).

## ۲-۲. استفتائات

دیدگاه توزیع مسئولیت بر اساس میزان تقصیر در بین معاصران و استفتائات نیز از شهرت چندانی برخوردار نیست. با وجود این، برخی از فقیهان معاصر میزان تقصیر را در توزیع مسئولیت ملاک قرار داده‌اند یا به این نظریه در برخی از استفتائات گرایش دارند. یکی از فقیهان معاصر در استفتائات، نسبت تقصیر را برای توزیع مسئولیت پذیرفته

است. دو استفتاء از ایشان در این مورد موجود است؛ یکی از استفتائات در مورد حوادث کار است<sup>۱</sup> و استفتاء دیگر در مورد حوادث رانندگی<sup>۲</sup>.

عبارت «چون تقصیر و بی‌مبالاتی، خود موجب ضمان است» در استفتاء نخست نشان می‌دهد که این رأی بر اساس مبنای نظریه تقصیر ابراز شده است. ایشان در استفتاء دوم، نسبت‌سنجی را پذیرفته، اما از شیوه توزیع نسبت‌ها سخن نگفته است. با توجه به آنکه موضوع سؤال، اعلام درصد تقصیر است، می‌توان نظریه نسبت تقصیر را به ایشان نسبت داد. همچنین این استفتاء نشان می‌دهد که این فقیه، مسائل ضمانات را فاقد جنبه‌ی تعبدی و واجد حیثیت عقلایی می‌داند. آشکار است که در این صورت، نصوص موجود شرعی هم موضوعیت نداشته، در جهت احکام و قواعد عقلایی قابل تفسیر خواهد بود. از این رو، گزاف نخواهد بود اگر گفته شود:

«قاعده‌ی عقلاییه بلکه شرعیه در کیفیت ضمان (که دیه هم از همان باب است)، در

تقسیم به نسبت تقصیر است» (اصغری، ۱۳۸۵: ۱۹).

فقیهی دیگر نیز در برخی از استفتائات، نظریه‌ی درصد تقصیر را برای توزیع مسئولیت برگزیده است. این فقیه در استفتایی با ذکر دو مثال در مورد «حادثه‌ی ناشی از کار» و «تصادف دو وسیله نقلیه»، مسئولیت نسبی را پذیرفته است.<sup>۳</sup>

ایشان در پاسخ به استفتایی دیگر جواب داده است: اگر هر دو مقصر باشند، دیه نصف می‌شود و اگر تقصیر یکی از آن دو بیشتر باشد، احتیاط آن است که به همان نسبت دیه محاسبه شود (نرم‌افزار گنجینه استفتائات قضایی، کد سؤال ۵۰۰۶).

۱. «ظاهراً به نسبت تقصیر باید محاسبه شود؛ چون تقصیر و بی‌مبالاتی، خود موجب ضمان است و در نتیجه کارفرما به نسبت ۶۰ درصد مقصر است و اگر این تقصیر را کارفرما نکرده بود، خطر ۴۰ درصد بیشتر نبود. بنابراین می‌توان گفت که تأثیر بیشتر هم مربوط به کارفرماست که مانع را به وجود نیاورده است» (صانعی، ۱۳۸۴: ۲۸۱/۱).

۲. «چون باب ضمان است و اصل ضمان و ضامن نسبت به انسان و اعضای او عقلایی است، گرچه مقدار ضمان به عنوان دیه در برخی از موارد تعیین شده، بناء علی هذا، نسبت‌سنجی در ضمان‌ها مانعی ندارد» (همان).

۳. «آیا می‌توان مسئولیت را به تناسب درجه‌ی تقصیر تعیین نمود؟». ایشان در پاسخ گفته است: الف- آری، هر کدام به تناسب مسئول‌اند، مگر اینکه قرارداد خاصی میان کارگر و کارفرما باشد؛ ب- هر کدام باید به تناسب دیه را بپردازند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۴۳۱/۳).

فقیه دیگری نیز در یکی از استفتائات، تلویحاً نظریه نسبت تقصیر را پذیرفته، در مورد درصدهایی که توسط کارشناس راهنمایی و رانندگی یا کارشناسان وزارت کار بر اساس میزان تقصیر اسباب دخیل در حادثه اعلام می‌شود، می‌گوید:

«با فرض استناد عرفی به متعدد، اگر کارشناس مطمئن به نظر خود باشد و خود کارشناس متدین باشد، به نظر کارشناس محکوم می‌شوند و احتیاط در تعدد کارشناس است» (بهجت، ۱۴۲۸: ۱/۳: ۴۹۱).

در استفتایی دیگر، یکی از فقیهان می‌گوید:

«هر گاه حادثه مستند به هر دو طرف باشد و عبور برای هر دو آزاد باشد، هر یک به مقدار درصدی که مقصر است، باید دیه پردازد و در فرض سؤال، راننده ۲۰ درصد دیه و راننده دیگر ۸۰ درصد دیه را ضامن است» (نرم‌افزار پاسخگو، مؤسسه ولی عصر، کد سؤال ۴۲۱۱۳).

این فقیه، استفتاء دیگری نیز دارد که به نظریه میزان تقصیر اشاره دارد.<sup>۱</sup>

## ۲-۱. ارزیابی و تحلیل استفتائات

بر پایه تحلیلی که از فتاوی این فقهای معاصر به دست آمد، مشخص می‌گردد که تنها یکی از ایشان به قوت بر نظریه «نسبت تقصیر» پایبند است و بر آن اصرار دارد (صانعی، ۱۳۸۴: ۱/۲۸۱-۲۸۲)؛ اما عبارات سایر فقهای فوق‌الذکر ممکن است به سایر نظریات چون نسبت تأثیر (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۱/۴۰ و ۳/۴۳۲-۴۴۳) یا نظریه استناد نظر داشته باشد (نرم‌افزار گنجینه استفتائات قضایی، کد سؤال ۵۷۳۸). همچنین برخی فقیهان از نظریات خویش عدول کرده یا نظریاتی متناقض ابراز نموده‌اند (همان، کد ۷۸/۷-۲۹۲۵۲: فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۱۸: ۱۰۷).

مهم‌ترین دلیلی که در تبیین این نظریه در برخی استفتائات ابراز شد، عقلی بودن احکام ضمانات است (صانعی، ۱۳۸۴: ۱/۲۸۲). این استدلال نشان می‌دهد که از نظر این فقیه، معیار میزان تقصیر، حکمی عقلی است؛ در حالی که چنین سخنی چندان پذیرفتنی نیست، به‌ویژه با توجه به پیشینه نظریات و سبقت نظریه تساوی بر نظریه درجه تقصیر در حقوق

۱. «اگر میزان تقصیر اضافی یکی از آنان قابل تعیین است، به همان نسبت، دیه و خسارات اضافی متوجه او می‌شود» (نرم‌افزار گنجینه استفتائات قضایی، کد سؤال ۲۳۲۰).

کشورهای مختلف (کاظمی، ۱۳۹۳: ۷۲). همچنین تغییر این نظریه و مطرح شدن نظریه میزان تأثیر در حقوق کشورهای مختلف نیز مؤید عقلی نبودن این حکم است (همان: ۷۷).

در جمع‌بندی استفتائات باید اذعان نمود که نظریه توزیع نسبی مسئولیت، قدر متیقن از دیدگاه‌های این فقیهان است؛ ولی نمی‌توان هیچ یک از معیارهای میزان تأثیر یا میزان تقصیر را به ایشان نسبت داد. البته بعید نیست که از نظر برخی فقیهان، «میزان تأثیر» را معیار اصلی و «میزان تقصیر» را معیار فرعی دانست.

### ۳. ادله نظریه میزان تقصیر

#### ۳-۱. آیه «فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ»

##### الف) تبیین استدلال به آیه

یکی از ادله قاعده اتلاف که می‌توان به طور خاص در این بحث بدان استناد جست، آیه شریفه «فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ» (بقره/ ۱۹۴) است. استدلال به این آیه شریفه برای نظریه «نسبت تقصیر»، متوقف بر آن است که آیه شریفه بر لزوم مماثلت در اعتداء و تقصیر دلالت نماید. بر اساس این تفسیر باید بین اعتداء یا تعدی و مسئولیت، مماثلت برقرار باشد؛ در حالی که اگر تقصیر هر یک از عاملان زیان متفاوت و مشخص باشد، توزیع مساوی مسئولیت، اعتداء به مثل محسوب نمی‌گردد، و اصل مماثلت بین اعتداء و مسئولیت برقرار نشده است. بنابراین لازم است به منظور تأمین مماثلت در اعتداء و تقصیر، هر یک از عاملان زیان به میزان تقصیر خود مسئولیت داشته باشد.

در توضیح چگونگی دلالت آیه شریفه بر مماثلت در اعتداء می‌توان گفت «ما» در «مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ»، یا موصوله است یا مصدریه؛ اگر ما مصدریه باشد، جمله تأویل به مصدر می‌رود و به معنای «مثل اعتدائه علیکم» خواهد بود؛ اما اگر ما موصوله باشد، معنای عبارت، «بمثل شیء اعتدی علیکم» خواهد بود. بر اساس معنای دوم می‌توان به آیه شریفه برای اصل ضمان و مثلی بودن آن استناد کرد، اما دلالت آشکاری بر نسبت تقصیر نخواهد داشت. اما بر اساس معنای نخست می‌توان نظریه نسبت تقصیر را استظهار نمود؛ چه «مثل اعتدائه» را می‌توان به «مثل تقصیره» معنا نموده، مماثلت در میزان

تفسیر را معیار قرار داد. با توجه به آنکه هر دو معنا در این آیه شریفه محتمل است، لازم است با تحلیل قرائن داخلی و خارجی، معنای دقیق آیه شریفه را بررسی نماییم. به نظر می‌رسد قرائن داخلی آیه شریفه با مصدریه بودن «ما» هماهنگی بیشتری دارد؛ زیرا عبارت‌های «الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ» و «الْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ» در این آیه شریفه، بدون توجه به فعل خاصی بر نادیده گرفتن احترام ماه حرام و جواز قصاص محترمتا تأکید می‌ورزند. از این تأکید روشن می‌شود که آنچه مورد توجه و تأکید است، احترام ماه حرام و سایر محترمتا است و فعلی که اعتداء به واسطه آن اتفاق افتاده است، موضوعیت ندارد. از این رو می‌توان گفت که مفاد این آیه شریفه، جواز مماثلت در اعتداء (تعدي به «مثل اعتدائه») است نه مماثلت در فعل مورد اعتداء. در تأیید این برداشت می‌توان به آیه ۲۱۷ سوره بقره نیز استناد کرد؛ چه از این آیه شریفه چنین استنباط می‌شود که تعدی که برخی مسلمانان نسبت به ماه حرام مرتکب شدند، قتل در این ماه است. این در حالی است که تعدی کفار نسبت به این ماه، کفر، بازداشتن از راه خدا و مسجدالحرام، پایمال کردن حرمت حرم خدا و بیرون کردن اهل حرم از آن و فتنه‌گری<sup>۱</sup> بوده است. با وجود تفاوت افعالی که در نقض احترام ماه‌های حرام از سوی مسلمانان و کفار ارتکاب یافته است، قرآن کریم این مماثلت را برقرار می‌بیند و تعدی انجام گرفته توسط برخی مسلمانان را توجیه می‌نماید.

افزون بر قرائن داخلی آیه شریفه، روایات مربوط به نقض احترام حرم<sup>۲</sup> نیز بر جواز مماثلت در اعتداء دلالت دارد. در تعلیل یکی از این روایات که اقامه حد در حرم را بر کسی که در حرم مرتکب قتل شده است، جایز می‌شمارد (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۳/۲۲۵)، امام علی(ع) می‌فرماید: «لأنّه لم یر للحرم حرمة».<sup>۳</sup> اگر این تعلیل را ملاک حکم بدانیم، می‌توانیم این گونه استنباط کنیم که هر گاه کسی حرمت‌ها را نقض نمود، می‌توان در مقام مقابله به مثل، آن حرمت‌ها را نسبت به آن شخص نادیده گرفت. این تعلیل با

۱. «يَسْأَلُونَكَ عَنِ الشَّهْرِ الْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ قُلْ قِتَالٌ فِيهِ كَبِيرٌ وَصَدٌّ عَن سَبِيلِ اللَّهِ وَكُفْرٌ بِهِ وَالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَإِخْرَاجُ أَهْلِهِ مِنْهُ أَكْبَرُ عِنْدَ اللَّهِ وَالْفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنَ الْقَتْلِ» (بقره / ۲۱۷).

۲. ر. ک: حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۳/۲۲۵ و ۲۲۷، باب ۱۴ از «أبواب مقدّمات الطواف»، احادیث ۵-۱.

۳. این ملاک در روایات دیگری نیز تکرار شده است (همان: احادیث ۱ و ۵-۳). البته در حدیث ۲ همین باب، عبارت «لم یرع للحرم حرمة» آمده است که از نظر معنا تفاوتی با عبارت سایر روایات ندارد.



﴿الْحُرْمَاتُ قِصَاصٌ﴾ در آیه ۱۹۴ سوره بقره کاملاً انطباق دارد و مجموع قرائن داخلی و خارجی آیه مذکور نشان می‌دهد که در این آیه شریفه، مماثلت در فعل مورد اعتداء ملاک نبوده، مماثلت در تعدی ملاک است.

## ب) اشکالات استدلال به آیه

### ۱- عدم دلالت آیه بر حکم وضعی و ضمان

تبیین فوق در استناد به آیه شریفه برای اثبات توزیع مسئولیت بر اساس میزان تقصیر، بر این فرض مبتنی است که آیه شریفه بر ضمان و مسئولیت مدنی دلالت داشته باشد؛ در حالی که برخی فقیهان بر این باورند که این آیه شریفه فقط بر حکم تکلیفی جواز تقاص یا تعدی بالمثل دلالت دارد نه حکم وضعی (موسوی خویی، بی‌تا: ۱۴۹/۳؛ طباطبایی قمی، ۱۴۲۳: ۲۰۶؛ همو، ۱۴۲۶: ۴۴۴/۷). در مقابل این دیدگاه، بسیاری از فقیهان برای اثبات قاعده اتلاف به این آیه استناد جسته‌اند (طوسی، ۱۳۸۷: ۶۰/۱۳؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۴۸۰/۲؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۵/۲؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۱۹۴/۲؛ مصطفوی، ۱۴۲۱: ۲۱؛ فاضل موحدی لنگرانی، ۱۴۱۶: ۴۶؛ حسینی شیرازی، ۱۴۱۳: ۱۱۹). به نظر می‌رسد این فقیهان برای پاسخ به این نکته، مفهوم «اعتداء بمثل» از نگاه عرف را مورد تحلیل قرار داده‌اند و بر این باورند که از نگاه عرف، همان‌طور که «اعتداء بمثل» با از بین بردن مال دیگری تحقق می‌یابد، با گرفتن قیمت یا مثل مال مورد اعتداء نیز قابل تحقق است. افزون بر این، برخی فقیهان بر این باورند که مراد آیه شریفه، مشابهت در مقدار است و مراد تساوی در مقدار اعتداء است و اشاره‌ای به عناوین مثل و قیمت ندارد (میرزای قمی، ۱۴۱۳: ۳۰۰/۲). همچنین نباید از نظر دور داشت که ثبوت حکم تکلیفی تقاص و اعتداء، خود حاکی از ثبوت ضمان و اشتغال ذمه شخص معتدی است؛ چه اگر حق ثابتی وجود نداشته باشد، تقاص جایز نخواهد بود.

مهم‌ترین دلیل کسانی که بر عدم دلالت این آیه بر ضمان تأکید می‌نمایند، فقدان ملازمه بین جواز تصرف در شیء و ملکیت آن است (موسوی خویی، بی‌تا: ۱۴۹/۳)؛ چه این آیه شریفه بر بیش از جواز تصرف در اموال غاصب از باب تقاص، بدون آنکه مال مذکور، ملک شخص متصرف گردد، دلالتی ندارد (همان). بنابراین شخص مغضوب‌منه

نمی‌تواند مالی را از غاصب تملک کند.

به نظر می‌رسد این سخن قابل نقد است؛ زیرا قاعدهٔ مقابله به مثل، قاعده‌ای عقلایی بوده، صرفاً امری تبعیدی نمی‌باشد. بنابراین هرچند جواز اعتداء بر جواز تصرف در مال غاصب دلالت دارد، ولی این حکم دارای توجیه عقلایی است. به نظر می‌رسد توجیه مناسب برای جواز تصرف در این فرض، یا مجازات است یا ضمان؛ که هر دو به نوعی بر اشتغال عهدهٔ شخص به یکی از این دو دلالت دارد. به عبارت دیگر، هرچند تصرف در ملک غیر، متوقف بر ملکیت نیست، ولی به طور حتم نیازمند جعل سلطه می‌باشد که در این مورد، سلطهٔ مذکور جعل ضمان و اشتغال ذمه است. بنابراین گرچه ظاهراً تلازمی بین دو حکم جواز تصرف و ملکیت وجود ندارد و جعل جواز تصرف بدون وجود ملکیت ممکن است، ولی قواعد عقلی و شرعی مقتضی آن است که در این مورد، جواز تصرف مبتنی بر سلطه و عهده باشد. هرچند نمی‌توان انکار نمود که سلطه و عهده مرادف با ضمان نیست و ممکن است نوعی مجازات و مسئولیت کیفری باشد، ولی با توجه به آنکه در نظام‌های حقوقی مختلف، تقصیر می‌تواند مسئولیت مدنی را در پی داشته باشد و در فقه اهل بیت علیهم‌السلام نقش تعدی و تقصیر در مسئولیت مدنی و ضمان اجمالاً پذیرفته شده است (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۵۳/۱۶؛ نجفی، ۱۴۱۲: ۱۲۸/۲۷)، می‌توان گفت مناسبات حکم و موضوع نشان می‌دهد که آنچه پیش از جواز تصرف ثابت می‌شود، ضمان است نه مسئولیت کیفری.

## ۲- عدم شمول فرض تعدد اسباب

ممکن است این اشکال مطرح شود که آیه شریفه در فرضی مورد استناد است که یک شخص یا سبب، موجب خسارتی بر دیگری شده باشد؛ اما مواردی را که چندین سبب به اشتراک خسارتی را پدید آورده باشند، شامل نمی‌شود؛ زیرا من موصول به معنای «کسی که»، فقط شامل یک فرد می‌گردد.

در پاسخ می‌توان گفت من موصول از ادوات عموم است و در ترجمه فارسی به «کسانی که» نیز معنا می‌شود. در نتیجه، این آیه شریفه می‌تواند فرض تعدد اسباب را نیز شامل شود. بنابراین می‌توان این قاعده را به تک تک اسباب تطبیق داد که در این

صورت، اعتداء هر کدام از آنان سهمی از تقصیری بوده است که خسارت را به بار آورده است.

۳۳۱

### ۳- اختصاص به کفار و عدم شمول به سایر افراد

هرچند مورد آیه شریفه، کفار و مقابله به مثل با کفار است، ولی حکم قاعده کلی است و اختصاص به کفار ندارد. افزون بر آنکه این فقره از آیه شریفه و روایاتی که ذکر شد، در مقام تعلیل است. مقام تعلیل مقتضی آن است که به قواعد عقلی مورد پذیرش عقلا استناد شود. بنابراین مفاد آیه شریفه، قاعده‌ای است عقلایی که تأیید شارع را نیز دریافت کرده است. عقلایی و در مقام تعلیل بودن قاعده، مقتضی آن است که به مورد خاصی اختصاص نداشته باشد.

### ۴- عدم شمول نسبت به مسئولیت بدون تقصیر

اشکال دیگری که بر این آیه شریفه طرح شده است، عدم شمول آن نسبت به بسیاری از موارد مسئولیت مدنی و ضمان است؛ زیرا بر اساس آیه شریفه، مسئولیت بر «اعتداء» متفرع است، در حالی که «اعتداء» اتلاف عمدی است و فرض خطا و نسیان را شامل نمی‌شود. بنابراین آیه شریفه اخص از مدعاست (مصطفوی، ۱۴۲۱: ۲۱). به عبارت دیگر، موضوع این آیه اتلاف است نه تلف، در حالی که در باب ضمان، ما به این آیه در مورد تلف هم استناد می‌کنیم. در پاسخ به این اشکال نیز گفته شده است اعتداء خصوصیت ندارد بلکه از باب تغلیب است؛ چه قصاص، تقاص و امثال آن، اعتداء نیست، ولی ذیل آیه بر آن دلالت دارد (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۱۹۴/۲). همچنین می‌توان به عدم فصل و اجماع مرکب نیز در این مورد استناد کرد؛ چه فقیهان، یا به این آیه برای ضمان در هر دو مورد اتلاف و تلف استناد کرده‌اند یا به طور کلی آن را برای اثبات ضمان کافی نمی‌دانند و هیچ فقیهی بین اتلاف و تلف در ثبوت ضمان تفاوت نگذارده است. افزون بر آن، اعتداء در اصل به معنای تجاوز از حق است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۵۵۴) و این مفهوم از اعتداء لااقل در موارد ثبوت تقصیر قابل تصور است. از این رو و با توجه به آنکه اصولاً نظریه نسبت تقصیر در جایی مطرح می‌شود که تقصیر اسباب محرز باشد، استدلال به این آیه از این نظر نیز فاقد اشکال خواهد بود.

### ۵. عدم دلالت بر مماثلت در میزان اعتداء

آنچه در این آیه شریفه و آیه ۲۱۷ سوره بقره و روایاتی که قبلاً اشاره شد، مورد تأکید است، مماثلت در اصل اعتداء است نه میزان اعتداء. بنابراین نمی‌توان به این آیه شریفه برای نظریه میزان تقصیر استناد نمود. بر این اساس، معنای آیه شریفه آن است که در مقابل اعتداء، اعتداء کنید، نه اینکه به میزان تعدی اعتداء نمایید. در این تفسیر، مماثلت صرفاً در اصل اعتداء است نه همه کیفیت‌های آن، تا بتوان به آیه شریفه برای نظریه میزان تقصیر استناد نمود.

گفتنی است که در این صورت، تعدی مذکور اعتداء به مثل نخواهد بود؛ چرا که بر اساس این تفسیر، مفاد آیه آن است که «فاعتدوا لاعتدائه» نه «مثل اعتدائه»؛ در حالی که تعبیر آیه شریفه به صراحت بر مماثلت دلالت دارد. همچنین قرائن داخلی و خارجی که بر عدم مماثلت در نوع و میزان تعدی دلالت می‌کند هم برابری در میزان اعتداء را نفی نمی‌نماید؛ زیرا نابرابری که ممکن است در این مورد به نظر رسد، ناشی از عدم دقت در ملاکات این احکام است؛ چون بر اساس آیه شریفه ﴿وَأَلْفِتْنَةُ أَشَدُّ مِنَ الْقَتْلِ﴾ (بقره/ ۱۹۱) مشخص می‌شود که در این آیات و روایات، شارع مقدس با توجه به اهمیت ملاک این احکام، مماثلت در میزان اعتداء را رعایت نموده است.

در صورتی که استدلال‌های فوق را به دیده تردید بنگریم و مدعی شویم که مفهوم مماثلت در اعتداء برای ما روشن نیست و مثلاً در فرض مشارکت دو نفر در زیان که یکی ۷۰ درصد مقصر بوده است و دیگری ۳۰ درصد، «مماثلت در اعتداء» مقتضی ثبوت ۵۰ درصد مسئولیت نسبت به هر یک است یا توزیع مسئولیت بر اساس میزان تقصیر را اقتضاء می‌نماید. در چنین فرضی، به اصطلاح اصولی، شک در شبهه مفهومی مخصص عام رخ می‌دهد؛ چه اصل اولیه، عدم ولایت و عدم تصرف در مال غیر است. این اصل به واسطه آیه مذکور، به اعتداء به مثل تخصیص خورده است. توضیح آنکه امر در آیه شریفه بعد از توهم حظر است و دلالت بر جواز دارد. این امر نشان می‌دهد که این آیه در واقع، ادله عدم جواز تصرف در مال و نفس دیگری را تخصیص می‌زند. با اجمال مخصص این سؤال مطرح می‌شود که آیا این اجمال به عام نیز سرایت می‌کند یا خیر؟ اگر اجمال به عام سرایت ننماید، می‌توان نسبت به اخذ بیش

از ۵۰ درصد به عام رجوع کرده، به عدم جواز اخذ بیش از ۵۰ درصد حکم نمود. با توجه به آنکه مخصص منفصل است و شک هم در اقل و اکثر استقلالی است، اجمال به عام سرایت نمی‌کند و نسبت به زائد به عام رجوع می‌شود (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹: ۲۲۱). حتی اگر بگوییم که اجمال به عام هم سرایت می‌کند تا عام نیز مجمل شده، قابل استناد نباشد نیز مقتضای اصول، عدم ضمان نسبت به میزان مشکوک است. شخصی که مرتکب تقصیر کمتری شده است، بر اساس اصل عدم ولایت و عدم ضمان، بیش از ۳۰ درصد مسئولیت نخواهد داشت. در این صورت، ۲۰ درصد از خسارات زیان دیده بدون جبران خواهد ماند. از این رو به نظر می‌رسد این نوع جریان اصول با «لا یبطل حق امری مسلم» تنافی داشته، پذیرفتنی نیست.

### ۲-۳. اصل اشتغال

در کلیه مواردی که سخن از نحوه توزیع مسئولیت است، ضمان و اشتغال ذمه محرز است و صرفاً نسبت به میزان مسئولیت، شک وجود دارد. بنابراین موضوع قاعده اشتغال تحقق می‌یابد و می‌توان به ضمان شخص مسئول نسبت به میزان مشکوک حکم نمود؛ زیرا بر اساس این قاعده، اشتغال یقینی مقتضای فراغت یقینی است و مادام که یقین به فراغت ذمه حاصل نشود، عقل به اشتغال ذمه حکم می‌کند (موسوی خویی، ۱۴۲۲: ۱۳۸/۲). بر اساس این قاعده، در فرضی که دو عامل زیان وجود داشته باشد که مسئولیت هر کدام متفاوت از دیگری باشد (به طور مثال یکی ۳۰ درصد و دیگری ۷۰ درصد مقصر باشد)، جریان اصل اشتغال نسبت به کسی که درصد تقصیری بیش از ۵۰ درصد به وی اختصاص یافته است، مقتضی آن است که نسبت به میزان تقصیر مسئولیت داشته باشد؛ در حالی که جریان این اصل نسبت به فرد دوم، مقتضی آن است که وی مسئول ۵۰ درصد از خسارات باشد.

در این مورد، استصحاب عدم ضمان نیز نمی‌تواند میزان مشکوک را نفی نماید؛ زیرا این استصحاب با استصحاب ضمان تعارض دارد. افزون بر آنکه استصحاب مذکور، استصحابی حکمی است و اصولیان در جریان چنین استصحابی اختلاف نظر دارند. برخی صرفاً استصحاب حکم جزئی را جاری می‌دانند، اما جریان استصحاب کلی را

نمی‌پذیرند (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۴: ۲۲۴/۴). برخی نیز با تفصیل بین احکام تکلیفی و وضعی (فاضل تونی، ۱۴۱۵: ۲۰۲) معتقدند که بر اساس روایات، استصحاب در حکم وضعی جاری است (همان: ۲۰۳). برخی هم استصحاب حکم وضعی را نیز جاری نمی‌دانند؛ زیرا این استصحاب را در تعارض با استصحاب عدم جعل می‌شمارند (موسوی خویی، بی‌تا: ۵۴/۶). همچنین باید توجه نمود که جریان اشتغال نسبت به شخصی که ۳۰ درصد تقصیر دارد، ۵۰ درصد مسئولیت را اثبات می‌نماید. بنابراین جریان اصل اشتغال صرفاً نسبت به شخصی که تقصیر بیشتری مرتکب شده است، نظریه نسبت تقصیر را اثبات می‌نماید؛ اما نسبت به کسی که تقصیر کمتری مرتکب شده است، نمی‌تواند این نظریه را اثبات کند. همچنین باید توجه داشت که در این صورت، مجموع ضمانی که دو طرف دارند، ۱۲۰ درصد خواهد بود؛ یعنی ۲۰ درصد بیش از خسارت وارده به زیان‌دیده پرداخت خواهد شد. بدیهی است که اخذ این ۲۰ درصد، اکل مال به باطل است و جواز شرعی ندارد. بنابراین جریان اصل اشتغال نیز با محذور مواجه می‌گردد.

### ۳-۳. سیره عقلا

برخی فقیهان که به نظر می‌رسد توزیع مسئولیت بر اساس میزان تقصیر را پذیرفته‌اند، در تعلیل این حکم به عقلایی بودن باب ضمانات استناد کرده، می‌گویند:

«باب ضمان است و اصل ضمان و ضامن نسبت به انسان و اعضای او عقلایی است» (صانعی، ۱۳۸۴: ۲۸۲/۱).

از این عبارت می‌توان استنباط نمود همان‌طور که اصل ضمان، امری عقلایی و از ابواب امضایی فقه است، تشخیص شخص مسئول و نحوه توزیع مسئولیت نیز عقلایی می‌باشد. از این رو، همان‌طور که سیره عقلا در توزیع مسئولیت در زمان شارع امضا شده است، سیره عقلای زمان حاضر که بر توزیع مسئولیت به میزان تقصیر هر یک از عوامل زیان انعقاد یافته است نیز معتبر خواهد بود.

برای بررسی این ادعا، نخست باید انعقاد این سیره و سپس اعتبار آن را بررسی نمود. در تأیید عقلایی بودن این نظریه و رواج آن در سیره عقلا می‌توان به جایگاه این نظریه در سایر نظام‌های حقوقی اشاره کرد. برخی پژوهشگران بر این باورند که این

نظریه، رایج‌ترین روش برای تقسیم مسئولیت در نظام‌های حقوق غربی بوده است و هنوز هم در حقوق بسیاری از کشورها از جایگاه مناسبی برخوردار است (کاظمی، ۱۳۹۳: ۷۴). ممکن است این رواج ناشی از آن باشد که در این نظام‌های حقوقی، تقصیر مبنای مسئولیت است؛ در حالی که به اعتقاد این قلم، در فقه اسلامی نظریه استناد عرفی توجیه‌کننده مسئولیت مدنی است. افزون بر آنکه تغییر این نظریه و مطرح شدن نظریه میزان تأثیر به جای میزان تقصیر در حقوق کشورهای مختلف، عقلی نبودن این نظریه را تأیید می‌کند (همان: ۷۷).

با این فرض که واقعاً چنین سیره‌ای نزد عقلا انعقاد یافته باشد، این سیره متصل به زمان معصوم عَلَيْهِ السَّلَام محسوب نمی‌شود. افزون بر آنکه می‌توان مدعی شد ادله دال بر توزیع مساوی مسئولیت، رادع این سیره محسوب می‌گردد.<sup>۱</sup> هرچند ممکن است توجیهاتی برای این ادله مطرح شود، ولی به هر حال، احتمال رادع بودن این روایات را نمی‌توان انکار نمود و با توجه به آنکه برای حجیت سیره عقلا، احراز امضا و عدم ردع لازم است (صدر، ۱۴۱۷: ۲۳۸/۹)، نمی‌توان به این سیره استناد نمود.

در نقد رادع بودن ادله می‌توان گفت چه بسا ادله مذکور در زمان صدور ردع از سیره عقلا نبوده است، بلکه مطابق سیره عقلای زمان شارع اصدار یافته باشد. توضیح آنکه عقلا در آن زمان که عملاً امکان تعیین میزان تقصیر وجود نداشت، به ناچار توزیع مساوی مسئولیت را پذیرا بودند. شارع مقدس نیز این سیره را امضا نمود. اما در زمان حاضر که بر اساس تشخیص کارشناسان، امکان تعیین میزان تقصیر وجود دارد، این نظریه را مبنا قرار می‌دهند. به عبارت دیگر، اگر در روایات به توزیع مساوی مسئولیت حکم شده است، بر اساس تشخیص عقلای زمان شارع بوده است و موضوعیت ندارد و می‌توان در زمان حاضر بر اساس همین رویکرد، توزیع نسبی مسئولیت را اثبات نمود. هرچند نمی‌توان این سخن را نادیده گرفت، ولی اثبات طریقت این ادله نیازمند تحقیقات وسیع‌تری است که در این نوشتار قابل بررسی نمی‌باشد. از این رو نمی‌توان به صرف احتمال طریقت، انبوه روایات اهل بیت عَلَيْهِمُ السَّلَام و کلمات فقیهان را نادیده انگاشت.

۱. صاحب وسائل ذیل باب ۱۲ از ابواب قصاص نفس، ۱۱ روایت آورده است که بر جواز قصاص شرکای در قتل بعد از رد فاضل دیه دلالت دارند (برای نمونه ر.ک: حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۴۲/۲۹ و ۲۷۰).

## ۳-۴. اصل احتیاط

یکی از فقیهان معاصر در پاسخ به استفتایی مدعی است در فرضی که تقصیر یکی از عاملان زیان بیش از دیگری باشد، احتیاط آن است که دیه به همان نسبت محاسبه شود (بانک جامع استفتائات قضایی، کد سؤال ۵۰۰۶). این فقیه توضیحی نداده است که مرادش از احتیاط، دقیقاً چه احتیاطی می‌باشد. توضیح آنکه ممکن است مراد ایشان از احتیاط، اصل اشتغال باشد که همان طور که قبلاً مطرح شد، اصل اشتغال نسبت به تعیین میزان تقصیر برای شخصی که تقصیر کمتری مرتکب شده است، ناتوان است. افزون بر آنکه نسبت به کسی که خسارت را دریافت می‌کند، احتیاط آن است که از کسی که تقصیر بیشتری مرتکب شده است، بیش از ۵۰ درصد (در فرضی که عاملان زیان دو نفر باشند) نستانند. اما اگر ایشان، تفسیر دیگری از اصل احتیاط دارد، این پرسش قابل طرح است که مراد ایشان از احتیاط چه نوع احتیاطی است؟ احتیاط مذکور می‌تواند احتیاط واجب یا مستحب باشد. اگر احتیاط مستحب باشد، توزیع مساوی مسئولیت نیز جایز است؛ هرچند توزیع بر اساس میزان تقصیر، مطابق احتیاط بوده، عمل به آن مستحب است. اما اگر احتیاط واجب مدّ نظر این فقیه باشد، خود دو صورت دارد: صورت نخست، احتیاط در فتوا و صورت دوم، فتوا به احتیاط. اگر احتیاط در فتوا باشد، بدین معناست که ایشان به دلیل و حجت قطعی دست نیافته و ناچار به احتیاط رجوع نموده است. این در حالی است که همان طور که گذشت، چه بسا تطبیق نظریه میزان تقصیر، گاه به نتایجی خلاف احتیاط منتهی شود. اگر احتیاط مذکور فتوای به احتیاط باشد، بدین معناست که از ادله موجود احتیاط استنباط شده است. در این صورت باید پرسید که کدام دلیل بر این احتیاط دلالت می‌کند؟ بدیهی است که ظاهراً این احتیاط نمی‌تواند دلیلی جز اصل اشتغال داشته باشد.

تنها وجهی که ممکن است در توجیه این احتیاط پذیرفته شود، احتیاط حکومتی است؛ بدین معنا که حاکم اسلامی به خاطر مصالحی که مشاهده می‌کند، توزیع مسئولیت را بر پایه میزان تقصیر قرار دهد؛ شبیه آنچه حضرت امیرالمؤمنین علیه السلام نسبت به ضمان صاحبان حَرَف انجام می‌داد و بر اساس حکم حکومتی و بر خلاف قواعد اولی، بار اثبات را بر عهده ایشان قرار می‌داد:



«كان أمير المؤمنين يضمن الصباغ والقصار والصائع احتياطاً على أمتعة الناس» (حزّ عاملی،

۱۴۰۹: ۱۹/۱۴۳).



## ۴. چالش‌های نظریه میزان تقصیر

### ۴-۱. عدم امکان محاسبه میزان تقصیر

یکی از دشواری‌های نظریه میزان تقصیر، شیوه محاسبه آن است. از این رو حتی در ابواب فقهی که تقصیر و تعدی مبنای مسئولیت قرار گرفته است، در شیوه تعیین میزان مسئولیت، تعداد عوامل متعدی مدّ نظر قرار گرفته و در نهایت مسئولیت به نحو مساوی توزیع شده است. بعید نیست که بتوان گفت توزیع مساوی هم بر پایه معیار میزان تقصیر و تعدی بوده و توجه به میزان تعدی و انحراف از معیارهای پذیرفته‌شده، در میزان تعدی و مسئولیت ملحوظ بوده است؛ اما تأکید که فقیهان بر تعداد عوامل داشتند، نشان می‌دهد که به دلیل دشواری تعیین میزان دقیق تعدی، تعداد عوامل متعدی برای تعیین میزان تقصیر مدّ نظر قرار گرفته است. می‌توان این رویکرد فقیهان را نظریه دخالت جزئی میزان تقصیر نامید که بر اساس آن در باب تسبیب و مواردی که مسئولیت مبتنی بر تقصیر است، تقصیر در تعیین تعداد اسباب مسئول دخالت دارد نه میزان مسئولیت. گفتنی است که توزیع مسئولیت بر اساس تقسیم اسباب به متعدی و غیر متعدی، حتی در مواردی که به ظاهر یک عامل موجب زیان است نیز در کلام فقیهان مطرح شده است که نشان از ابتدای توزیع مسئولیت بر میزان تعدی دارد (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۱۱/۲۶۱-۲۶۲).

نظریه دخالت جزئی میزان تقصیر در فرضی مطرح شده است که شناسایی تعداد عوامل متعدی، تنها راه تعیین میزان مسئولیت بوده است؛ اما در زمان حاضر که کارشناسان خبره می‌توانند میزان تقصیر هر یک از عاملان زیان را تعیین کنند، اکتفا به دخالت جزئی میزان تقصیر قابل توجیه نخواهد بود و باید به نظر کارشناس برای تعیین میزان مسئولیت اسباب رجوع نمود. برخی فقیهان در تأیید جایگاه کارشناسی در تعیین میزان مسئولیت می‌گویند:

«اگر کارشناس مطمئن به نظر خود باشد و خود کارشناس متدین باشد، به نظر کارشناس محکوم می‌شوند و احتیاط در تعدد کارشناس است» (بهجت، ۱۴۲۸: ۴۹۱/۳).

در توجیه این دیدگاه می‌توان گفت فقیهان رجوع عقلا به اهل خبره را بر پایه حدسی بودن موضوع (غروی نائینی، ۱۳۵۲: ۹۶/۲) یا فنی و تخصصی بودن موضوع (صدر، ۱۴۰۸: ۲۵۹/۲-۲۶۱) استوار می‌دانند. این قلم مدعی است که مبنای اعتبار نظر کارشناس، رجوع جاهل به عالم است که می‌تواند به جهت حدسی بودن موضوع یا فنی و تخصصی بودن آن باشد. بر این اساس با توجه به آنکه تعیین میزان تقصیر، از سویی امری تخصصی و از سوی دیگر تا حدی حدسی است، رجوع به کارشناس در تعیین میزان تقصیر پذیرفتنی خواهد بود.

این فقیه بزرگوار، احتیاط را در تعدد کارشناس دانسته است؛ در حالی که اگر سیره عقلا را مبنای اعتبار نظر کارشناس بدانیم، شرایط شهادت نظیر تعدد و عدالت در نظر کارشناس ضرورت ندارد؛ هرچند نمی‌توان انکار نمود که قدر متیقن از رجوع به اهل خبره، در جایی است که شرایط شهادت نظیر تعدد و عدالت وجود داشته باشد (انصاری، ۱۴۱۶: ۷۵/۱). البته حکم مذکور مبتنی بر آن است که قول خبره را از باب شهادت معتبر بدانیم؛ اما اگر سیره عقلا را در اعتبار قول خبره ملاک عمل قرار دهیم، شروط مذکور مطرح نبوده، حصول اطمینان و وثوق، تنها شرط اعتبار نظر کارشناس خواهد بود.

گفتنی است که هرچند فقیه مذکور، رجوع به کارشناس را در فرض استناد عرفی زیان به اسباب متعدد بیان کرده است، ولی در صورت پذیرش اعتبار نظر کارشناس در فرض استناد عرفی زیان به اسباب متعدد، می‌توان در فرض تفاوت اسباب در میزان تقصیر نیز نظر کارشناس را معتبر دانست؛ زیرا این دو فرض از حیث ملاک و مبانی اعتبار نظر کارشناس تفاوتی ندارند.

بنابراین پذیرش اعتبار نظر کارشناس، راه را برای گذر از دخالت جزئی میزان تقصیر که صرفاً در تعیین تعداد عوامل زیان نمود می‌یابد، به دخالت کامل میزان تقصیر که در تعیین عامل زیان و میزان مسئولیت هر یک از اسباب زیان نقش ایفا می‌نماید، هموار می‌سازد.

## ۲-۴. عدم پذیرش تقصیر به عنوان مبنای مسئولیت

پذیرش نظریه توزیع مسئولیت بر اساس میزان تقصیر، متوقف بر آن است که نظریه تقصیر را مبنای توزیع مسئولیت بدانیم؛ در حالی که به نظر نگارندگان، استناد عرفی مبنای مسئولیت مدنی در فقه امامی است. گرچه برخی عبارات فقیهان که موجبات ضمان را در تقصیر محصور نموده‌اند، حاکی از آن است که از دید ایشان، تقصیر مبنای مسئولیت مدنی است (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۱۱۴/۲؛ نجفی، ۱۴۱۲: ۱۲۸/۲۷)، اما کلیه این عبارات در ابواب امانات آمده است و فقها تنها در ابواب امانات، تقصیر را به عنوان مبنای ضمان مطرح کرده‌اند. البته این بدان معنا نیست که مبنای مسئولیت در ابواب ضمانات، متفاوت از سایر ابواب است؛ بلکه بدین معناست که در ابواب امانات و در مورد شخصی که از نظر شارع امین محسوب می‌شود، تنها تقصیر موجب صدق عرفی یا استناد عرفی تلف می‌باشد. به عبارت دیگر در باب امانات و سایر ابواب، تقصیر تنها برای بیان رابطه علیت بین فعل شخص و ضرر به کار می‌آید (بهرامی احمدی، ۱۳۸۸: ۷۱). برخی فقیهان در مورد عدوان که نمونه بارز تقصیر در مسئولیت اسباب است، فرموده‌اند:

«آنچه مهم است، ورود ضرر است نه نامشروع بودن تصرف، و لزوم عدوانی بودن کار مسبب نیز به لحاظ احراز رابطه علیت میان کار او و ایجاد ضرر است»<sup>۱</sup> (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹: ۱۴۵/۲، قسم ۱).

البته در تسبیب که یکی از ابواب مهم مسئولیت مدنی است نیز تقصیر معتبر است و سبب تنها در صورتی ضامن است که تصرفش عدوانی باشد (خوانساری، ۱۴۰۵: ۲۰۶/۵-۲۰۷). در صورت غیر عدوانی بودن سبب، این توهّم پیش می‌آید که علی‌رغم تحقق استناد عرفی، به دلیل فقدان وصف عدوان، ضمان تحقق نمی‌یابد. اما باید توجه نمود که غیر عدوانی بودن سبب بدین معناست که هم اذن مالکی و هم اذن شرعی وجود دارد؛ در نتیجه تلف مستند به سبب نمی‌گردد، نه اینکه با وجود استناد سبب مبری از مسئولیت باشد. اقوا بودن سبب از مباشر در مورد عدوانی بودن سبب هم مبتنی بر تحقق

۱. «یشترط التعدی فی کون التسبب موجبا للضمان».

استناد است (خمینی، ۱۴۱۸: ۲/۴۲۰). پر واضح است با توجه به آنکه در این موارد، استناد و سببیت بر تحقق تقصیر و عدوان توقف دارد، بر اساس مبنای استناد عرفی نیز تقصیر می‌تواند به صورت غیر مستقیم بر مسئولیت و میزان آن مؤثر باشد. بدیهی است که در این فرض، میزان مسئولیت بر اساس میزان دخالت و تأثیر تقصیر در استناد قابل تعیین است.

### نتیجه‌گیری

ادله‌ای که برای اثبات این نظریه مطرح شد، همچون آیه ﴿فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ (بقره/۱۹۴)، اصل اشتغال، اصل احتیاط و سیره عقلا، با چالش‌هایی مواجه است که نمی‌تواند این نظریه را اثبات نماید. افزون بر آنکه پذیرش این نظریه مبتنی بر آن است که نظریه تقصیر به عنوان مبنای مسئولیت مدنی پذیرفته شود. همچنین اجرای این نظریه در عمل نیز با چالش‌هایی چون عدم امکان محاسبه دقیق میزان تقصیر مواجه است. بنابراین باید پذیرفت که میزان تقصیر نمی‌تواند معیار اصلی توزیع مسئولیت قلمداد گردد. البته این بدان معنا نیست که معیار «نسبت تقصیر» به کلی فراموش شود؛ زیرا این معیار در هر صورت، یکی از شاخص‌های تعیین سهم هر عامل در جبران خسارت را در اختیار قضات قرار می‌دهد تا در مواردی که تعیین میزان مسئولیت به قضات واگذار شده است، این معیار را نیز ملحوظ دارند. افزون بر این، درجه تقصیر در رابطه سببیت بین هر یک از اسباب با خسارت نیز مؤثر است؛ زیرا در بسیاری موارد، مسئولیت تابع تقصیر سبب مسئول است و می‌توان تأثیر هر یک از اسباب در ایجاد خسارت را تابعی از تقصیر تلقی نمود. بدین ترتیب این معیار که تا حدی یک معیار عمل‌گراست، با معیار میزان تأثیر که بیشتر معیاری نظری محسوب می‌شود، قابل جمع است. بنابراین باید اذعان نمود که میزان تقصیر می‌تواند یکی از معیارهای فرعی توزیع مسئولیت قلمداد گردد و در تکمیل سایر معیارها همچون نسبت تأثیر و تساوی قابل استناد است.

## کتاب شناسی

۱. قرآن کریم.
۲. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، کفایة الاصول، قم، مؤسسة آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ ق.
۳. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۴. اصغری، شهرام، «تأثیر میزان تقصیر در مسئولیت مدنی در فقه امامیه و حقوق ایران»، پژوهشنامه حقوق و علوم سیاسی، سال اول، شماره های ۲-۳، پاییز و زمستان ۱۳۸۵ ش.
۵. انصاری، مرتضی بن محمدامین، فرائد الاصول، چاپ پنجم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۶. بهجت، محمدتقی، استفتائات از محضر حضرت آیت الله بهجت، قم، دفتر معظم له، ۱۴۲۸ ق.
۷. بهرامی احمدی، حمید، مسئولیت مدنی، تهران، میزان، ۱۳۸۸ ش.
۸. جبعی عاملی، زین الدین بن علی، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسة المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۹. حرّ عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعه، قم، مؤسسة آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ ق.
۱۰. حسینی شیرازی، سیدمحمد، الفقه، القواعد الفقهیة، بیروت، مؤسسه امام رضا علیه السلام، ۱۴۱۳ ق.
۱۱. خمینی، سیدمصطفی، کتاب البیع، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپخانه عروج، ۱۴۱۸ ق.
۱۲. خوانساری، سیداحمد بن یوسف، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.
۱۳. راغب اصفهانی، ابوالقاسم حسین بن محمد، مفردات الفاظ القرآن، بیروت - دمشق، دار العلم - الدار الشامیه، ۱۴۱۲ ق.
۱۴. سبحانی تبریزی، جعفر، المحصول فی علم الاصول، تقریر سید محمود جلالی مازندرانی، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۴ ق.
۱۵. سنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۱۶. صانعی، یوسف، استفتائات قضایی (کلیات قضا - جزئیات)، تهران، میزان، ۱۳۸۴ ش.
۱۷. صدر، سیدمحمدباقر، بحوث فی علم الاصول، تقریر عبدالساتر حسن، بیروت، الدار الاسلامیه، ۱۴۱۷ ق.
۱۸. همو، مباحث الاصول، تقریر سیدکاظم حسینی حائری، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۸ ق.
۱۹. صفایی، سیدحسین، حسن بادینی، بختیار عباسلو، و سعیده صالحی، «معیار تقسیم مسئولیت در فرض تعدد اسباب و تحول آن در حقوق ایران»، فصلنامه دیدگاه های حقوق قضایی، سال بیست و چهارم، شماره ۸۴، زمستان ۱۳۹۷ ش.
۲۰. طباطبایی قمی، سیدتقی، الانوار البهیة فی القواعد الفقهیة، قم، محلاتی، ۱۴۲۳ ق.
۲۱. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، تهران، المكتبة المرتضویة، ۱۳۸۷ ق.
۲۲. علامه حلی، ابومنصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تذکرة الفقهاء، قم، مؤسسة آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۴ ق.
۲۳. غروی نائینی، میرزا محمدحسین، اجود التقریرات، تقریر سید ابوالقاسم موسوی خویی، قم، مطبعة العرفان، ۱۳۵۲ ش.

۲۴. فاضل تونی، عبدالله بن محمد بشروی خراسانی، *الوفایة فی اصول الفقه*، تحقیق سیدمحمدحسین رضوی کشمیری، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۵ ق.

۲۵. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، *القواعد الفقهیه*، قم، چاپخانه مهر، ۱۴۱۶ ق.

۲۶. همو، *تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة - کتاب الدیات*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۱۸ ق.

۲۷. فاضل هندی، بهاءالدین محمد بن حسن اصفهانی، *کشف اللثام والابهام عن قواعد الاحکام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.

۲۸. فخرالمحققین حلّی، ابوطالب محمد بن حسن بن یوسف، *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق.

۲۹. قاسم‌زاده، سیدمرتضی، *مبانی مسئولیت مدنی*، تهران، دادگستر، ۱۳۷۸ ش.

۳۰. کاشف‌الغطاء، محمدحسین بن علی بن محمدرضا، *تحریر المعجله*، نجف اشرف، المكتبة المرتضویه، ۱۳۵۹ ق.

۳۱. کاظمی، محمود، «معیار تقسیم مسئولیت میان عاملان زیان، در نظام کامن‌لا و حقوق کشورهای رومی - ژرمنی»، *فصلنامه حقوق سابق (مطالعات حقوق خصوصی)*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، سال چهل و چهارم، شماره ۱، بهار ۱۳۹۳ ش.

۳۲. محقق حلّی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.

۳۳. مصطفوی، سیدمحمدکاظم، *مائة قاعدة فقهیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۱ ق.

۳۴. مکارم شیرازی، ناصر، *استفتانات جدید*، قم، مدرسه امام علی بن ابی‌طالب علیه السلام، ۱۴۲۷ ق.

۳۵. همو، *القواعد الفقهیه*، قم، مدرسه امام امیرالمؤمنین علیه السلام، ۱۴۱۱ ق.

۳۶. موسوی بجنوردی، سیدحسن بن آقابزرگ، *القواعد الفقهیه*، قم، الهادی، ۱۴۱۹ ق.

۳۷. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *مصباح الاصول*، تقریر سیدمحمدسرور واعظ حسینی بهسودی، قم، مکتبه الداوری، ۱۴۲۲ ق.

۳۸. همو، *مصباح الفقاهه*، تقریر محمدعلی توحیدی تبریزی، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.

۳۹. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن، *جامع الشتات فی اجوبة السؤالات*، تهران، کیهان، ۱۴۱۳ ق.

۴۰. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۱۲ ق.



The distribution of liability is one of the most complex discussions related to civil liability. It is difficult to know the contribution of each multiple causes (grounds), because of the fact that there are usually multiple means involved in the development of harmful acts in the creation of the incident and the distribution of liability. The most Shi'ite jurists have adopted the theory of equality in multiplicity of causes, but some contemporary jurists have chosen the theory of distribution of liability based on the extent of guilt without critiquing its fundamentals and challenges. This is the reason that this article is written to explain the position of theory in the jurisprudence of Ahl al-Bayt (Arabic: أَهْلَ الْبَيْتِ, the family of the Prophet) and examine its fundamentals and jurisprudential challenges. Examining the proofs such as the verse of holy Quran 2:194 and the principle of precaution, it is resulted that although the proportion of fault cannot be considered as the main theory of distribution of liability, but it can be considered as a secondary and supplementary theory.

**Keywords:** *Extent of fault, Multiplicity of causes, Distribution liabilities, Fault, Excess, Excessiveness.*





such a murder can deprive the legatee of taking possession of the bequest (legacy). Three jurisprudential views based on the investigations can be considered in this regard that the murder of the testator by the legatee has no effect on taking position of the legatee according to the famous view and the legatee is still the owner of the bequest (legacy). However, two other views, in a little detail, are based on the fact that murdering a testator by the legatee as in the case of inheritance would prevent the legatee from the bequest (legacy). The present article considers the famous theory acceptable by using a descriptive-analytical method and using library resources, while critically analyzing and evaluating the jurisprudential fundamentals of the proposed views and also considers the prevention of the legatee from the bequest more acceptable by arguing that on the one hand, no evidence that stipulates the prevention of murdering from testamentary disposition (testament for disposition of personal property) and the absoluteness of verses, traditions and principle as the main reason for the famous point of view, each of them can be undermined in some ways and does not have the authority to prove the famous point of view.

**Keywords:** *Testamentary disposition (testament for disposition of personal property), Murder, Prevention, Inheritance, Testator, Legatee.*

## **Distribution of Civil Liability Based on the Amount of Fault in Multiplicity of Accidental Causes from the Perspective of the Jurisprudence of Ahl al-Bayt**

□ *Sayyed Hassan Vahdati Shubairi (Associate professor at University of Qom)*

□ *Sayyed Baqer Muhammadi (PhD in Judicial Jurisprudence, Al-Mustafa International University)*

approved 1972, 1998 and 2015 on the status of the sentence of such transactions has not been explicitly expressed by the legislator and only its result, the possibility of the right of executing the civil rights of debtor from transferee (grantee), has been mentioned and the idea of the author is that accepting the theory of irreferable (not-referable) and adapting it to jurisprudential and judicial fundamentals can solve the present challenges. The French legal system has also accepted the above theory. The issuance of unified (uniform) judicial precedent No. 774 on April 9, 2019 has created a great challenge for the quality of proving the crime of fraudulent conveyance or transaction in order to avoid liability. The research method by examining jurisprudential, legal and judicial fundamentals in this article is in a descriptive analytical style with an applied method.

**Keywords:** *Transaction, Fraudulent conveyance (transaction in order to avoid liability), Irreferable (not-referable), Invalid (inoperative), Unified (uniform) judicial precedent No. 774 on April 9, 2019.*

## **Jurisprudential Analysis of the Status of Taking Possession of Bequest (Legacy) as a Result of Murdering a Testator by the Legatee**

- *Hamid Masjedsaraie (Associate professor at University of Semnan)*
- *Hassan Pourloftollah (PhD in Jurisprudence & Islamic Law, University of Semnan)*
- *Reza Elhami (Assistant professor at University of Tabriz)*

The murder of the testator by the heir in testamentary disposition (testament for disposition of personal property), while challenging and lacking in research background, raises the question of whether



consent by materializing this constructive being which has long been accepted in Shī'a jurisprudence and finally recognized it after centuries of disagreement and doubt in 2016.

**Keywords:** *Bill of exchange, Cession of debt, Novation of debt, Substitution of an obligation (novation), Drawee (assignee)'s consent, Parties to contract.*

**The Irreferable (Not-Referable) of Transactions  
with Fraudulent Conveyance  
(Intending to Evade the Payment of Debt  
or Transaction in order to Avoid Liability)  
in Iranian Law with a View to French Law  
and an Attitude on the Unified (Uniform) Judicial  
Precedent No. 774 on April 9, 2019**

□ *Majid Aziziyani (Instructor at University of Judicial Sciences, Tehran)*

**T**ransactions with intending to evade the payment of debt (fraudulent conveyance or transaction in order to avoid liability) in Iran's legal system and especially the judicial precedent have long been faced many challenges and with deleting Article 218 of the Civil Code Adopted on March 21, 1928 based on this fact that the verdict of such transactions is invalid and the mention of fictitious transaction (nominal transaction) with intending to evade the payment of debt in 1991 amendment has reached its peak and now, there is no clear ruling on transactions with the intention of fraudulent conveyance or transaction in order to avoid liability in Iranian legal system. On the other hand, in the laws on how to execute financial convictions

The question is, who are the parties to the contract of a bill of exchange and whether it is necessary to obtain the consent of the drawee for the conclusion or effect of the contract of the bill of exchange? Moreover, is it possible to deduce the institution of transfer of religion and cession of debt and novation of debt in a direct manner from this discussion in Shī'a jurisprudence and civil law and is it possible to analyze the second and third paragraphs of Article 292 Civil Code based on it? We came to the conclusion by a descriptive-analytical research method and by studying jurisprudence texts and legal doctrine that the stronger opinion in Shī'a jurisprudence and Iranian law is that the consent of drawee (assignee) is necessary for the occurrence of the bill of exchange and he/she is considered as a party to the contract and the death or incapacity (Arabic: حَجْر) of each of drawer (Arabic: مُحِيل, assignor) or creditor (Arabic: مُحْتَال, beneficiary of a draft) or drawee (Arabic: مُحَال عَلَيْهِ, assignee) between offer (Arabic: إيجاب) and the last acceptance (Arabic: قَبُول) causes the extinction of the validity of the agreement (Arabic: تَرَاضِي, mutual consent). In addition, among the rules of bill of exchange and issues which are discussed in jurisprudential texts and civil law can accept the validity of cession of debt and novation directly in Shī'a jurisprudence and Iranian law. Thus, contrary to what was common in Roman law and old French law, the "active deb" (claim), like tangible assets can be transferred to another even without the consent of the debtor. Also, unlike Roman Law and Old and New French Law (before the 2016 and 2018 reforms), "debt" is separate from obligor and the debtor can transfer the debt to a third party with creditor's

has been reviewed. Although sometimes “automatic cancellation in the case of destruction of the object of transaction before taking possession” and “nullity in case of impossibility of fulfillment of a contract” are considered to be the requirements of the exchange, it can be found another common aspect between the two rules and considered it as the reason for both rules and it should be considered as different expressions of the same rule. The invalidation in case of impossibility of fulfillment it and also the automatic cancellation of the contract in case of destruction of its subject matter before taking possession is the result of synallagmatic (bilateral) contract.

**Keywords:** *Impossibility of delivery of the merchandise (goods), Fulfillment of an obligation, Contract, Commutative contract (reciprocal contract), Synallagmatic contract.*

## **The Parties of a Bill of Exchange and the Necessity of Drawee (Assignee)’s Consent; Preparation of the General Theory of Cession of Debt and Novation of Debt in Shī‘a Jurisprudence by a Comparative Study in Iranian and French Law**

□ *Sayyed Hussein Safaei (Professor in the Department of Private Law at University of Tehran)*

□ *Muhammad Hadi Javaherkalam (Assistant prof., Dept. of Private Law, Allameh Tabataba'i Univ.)*

**A** comparative study in Iranian and French law has been investigated and reviewed in this article around the contract of assignment and the necessity of drawee (Arabic: *مُحال عليه*, assignee)’s consent in order to use the results of the discussion to prepare the general theory of cession of debt and seeking in Shī‘a jurisprudence.

the human body for therapeutic purposes, from a jurisprudential and legal point of view, leads to consequences and liabilities for the person receiving the microchip, the physician and the factors that create or guide it. Microchips implantation in human and animal bodies is done for different purposes, but the invasion of human body is basically forbidden and illegitimate and the use of this technology and its disorders in legitimate cases may also cause injuries and damages to the receiver and others. Therefore, this article is a descriptive and analytical research method to describe this achievement and especially the civil liability caused by physical, mental and financial damages of its use and analyzes various assumptions of how to create legal liability.

**Keywords:** *Multiplicity of causes, Microchip, Microchip implant, Liability, Microchip hacking.*

## **Discharge of Contract by Impossibility of the Fulfilment of Contractual Obligations Resulting from the Contract**

### **in a Non-Attributable Manner to the Obligor**

□ *M. Abdolsaleh Shahnoosh Forushani (PhD in Private Law, Razavi University of Islamic Sciences)*

The fulfilment of a contract may be made impossible by events involving the subject. The fulfilment of the contract may also not provide the primary purpose of its formation. This is sometimes attributable to the act or omission of one of the parties to the contract and sometimes it is not attributable to any of them. The verdict of impossibility (Arabic: **تَعَدُّرٌ**) of the fulfilment of obligations arising from the contract in cases that cannot be attributed to one of its parties

(annulment) due to opposition to public order and good deed? Finally, we found that considering the relativity of the concepts of public order and good morals, the condition of not getting pregnant in terms of validity or invalidity also becomes a variable and relative matter, and its contradiction or non-contradiction with public order and good deed completely depends on the status of each time period and the situation of each region. However, it can be said that this condition under normal circumstances is not against public order and good morals. In the legal texts of the United Kingdom and the United States, childbearing is not considered as one of the positive rights of couples towards each other, and its failure is not against the public order of these two countries.

**Keywords:** *Condition of failure of offspring (Arabic: عدم الاستيلاء, not getting pregnant), Public order, Good deed, Marriage, Annulment.*

## **Status and Legal Consequences of Microchip Implantation with Emphasis on Civil Liability**

- *Narges Dehqan (MA Student, Department of Law, University of Qom)*
- *Reza Hussein Gandomkar (Associate professor, Department of Private Law, University of Qom)*
- *Muhammad Mahdi Azizollahi (Assistant professor, Department of Private Law, University of Qom)*

**D**evelopments in the course of the evolution of science and technology continue to grow and develop for greater efficiency as well as being placed on smaller scales. The increased use of microchips in the fields of medicine, services and etc. has caused a lot of concerns about the legal regulations of society and human about managing and control over this new technology, including license and legal effects of this technology. The use of this technology, especially its implantation in

# Analyzing the Condition of Failure of Offspring (not getting pregnant) in Marriage in order to Oppose Public Order and Good Deed (A Comparative Study in British and American Law)

□ *Ali Jafari* (Assistant professor in the Dept. of Jurisprudence, Farabi Campus, University of Tehran, Qom)

□ *Fatemeh Shabani* (MA of Jurisprudence & Islamic Law, Farabi Campus, University of Tehran, Qom)

The freedom and dominion of will [supremacy of will], in addition to the law, are also restricted by public order and good deed (Arabic: *الْحُلُقُ الْحَسَن*, good behavior) in our Law [the Iranian Legal System]. Contracts contrary to public order are null and void. In this case, the condition is the same as a contract, and the rule of non-enforceability of contracts against public order and morals can also be extended to terms against public order and morals. Condition in this case is the same as the contract, and the ruling of inability to enforce contracts contrary to public order and good deed can also be extended and generalized to the conditions contrary to public order and good order. One of the conditions that couples under the influence of the current socioeconomic status are willing to include it in the contract of marriage in order to turn the other party's adherence to this condition into a requirement having sanctity is the condition of not getting pregnant (failure of offspring), which is one of the serious challenges about it, is the issue of contradiction or non-contradiction with public order and good deed. We tried to answer this question by descriptive-analytical method in this study: What is the status of the condition of not getting pregnant in marriage in terms of validity or invalidity



point of view. The present money has more value than the future money according to this theory. Some Islamic economists have denied it and others have accepted it. Dissidents of the theory consider its contents as grounds for justification of usury but the supporters of the theory believe that the prohibition of usury is contrary to the theory and is merely a compulsory rule. The source of this disagreement is ignorance of two things in our opinion. First, the monetary value of time and the time value of money are assumed to be the same, and second, that the arguments in the field of probative of theory are not separated from those of its imperative (demonstrative) domain. We have evaluated the validity of the theories' content in this article by a descriptive and analytical method in addition to explaining the distinction of the monetary value of time and time value of money, on the one hand, and on the other hand we have investigated the extent of its function. There is numerous evidence of jurisprudential and legal doctrines that shows that contrary to common thought, the content of the theory is valid from a jurisprudential and legal perspective, but the study of the extent of the theory indicates that is not possible to make profit and interest by relying on this theory according to the division of economic contracts into for-profit and nonprofit that the time value of money is only in the form of exploitative and profitable contracts such as sale (Arabic: بَيْع, Bay') and in non-profit contracts such as lending (Arabic: قَرْض, Qard), which are basically based on benefaction (Arabic: إِحْسَان).

**Keywords:** *Money, Time value, Jurisprudential and legal validity.*

theory about the monopoly of the ownership of the shared object to two partners face serious criticism in creating the right of pre-emption and the famous opposition view is strengthened according to stipulated Ḥadīths (narrations) in breaking this monopoly and the main criterion of the right of pre-emption i.e., negation of damage. Criticizing the monopoly of ownership of the partnership property of two partners in order to prove the right of pre-emption is the purpose of this article and one of the causes of taking possession is using pre-emption which is emphasized in Article 140 of Civil Code of the Islamic Republic of Iran. The main achievement of this research, which is based on the analytical-descriptive method is that the right of pre-emption is general based on the fundamentals and narrative proofs (verbal evidence) and reasoning of narrations in the philosophy of making the right of pre-emption and this right is also acceptable where there are more than two partners.

**Keywords:** *Using pre-emption, Partners, Exclusive ownership (monopoly of property), Prohibition of detriment (Arabic: لا ضَرَرٌ, principle of harm), Article 808 of Civil Code of the Islamic Republic of Iran.*

## **The Jurisprudential-Legal Examination of the Theory of Time Value of Money and Its Extent of Its Function**

- *Muhammad Taqi Tolami (PhD student in Jurisprudence & Islamic Law, University of Qom)*
- *Muhammad Nozari Ferdowsieh (Assistant professor in the Dept. of Jurisprudence at Univ. of Qom)*
- *Mohammad Reza Khalilzadeh (PhD student in Jurisprudence & Islamic Law, Shahid Motahari Univ.)*

**T**he time value of money is one of the most important issues in economics which is less studied from a jurisprudential and legal

by relying on descriptive-analytical method and by evaluating the rules of each of these approaches that systems that consider contract as merely a tool to realize economic values in transactions are more inclined to textualism approach; in contrast, in systems in which the contract itself has intrinsic value and the realization of the parties' intentions has relevance regardless of economic values are more likely to adopt a contextualism approach. Accordingly, in the author's opinion, ending the unfinished textualism and contextualism struggle depends on examining the value priorities of a legal system in the field of contract law which has been neglected in the research of the last two decades.

**Keywords:** *Interpretation of contract, Objective intent, Subjective intent, Textualism, Contextualism.*

## **A Reflection on the Existence of the Condition in the Exclusiveness of Property to Two People in Proof of the Right to Pre-Emption from the Perspective of Shī'ite Jurisprudence and Sunnite Schools**

- *Abdullah Bahmanpouri (Associate professor in the Department of Theology at Yasouj University)*
- *Abolfazl Alishahi Qalehjuqi (Associate professor in the Dept. of Theology at Farhangian University)*
- *Sayyed Sadrullah Samadi (MA of Theology at Yasouj University)*
- *FatemeH Qodrati (Associate prof., Dept. of Jurisprudence & Islamic Law, Univ. of Hazrate Masoumeh, Qom)*

The exclusiveness of property to two partners (monopoly of property) is one of the conditions stated by jurists in the implementation of the right of pre-emption (Arabic: حَقُّ الشُّفْعَةِ) and the application of this right is doubtful, if there are more than two partners. The issue of the research is that the views on the documents of the famous

□ *A. Abbas Bozorgmehr* (Assistant prof., Dept. of Private Law, Islamic Azad Univ., Tehran North Branch)

□ *Mahmud Habibi* (Assistant professor, Dept. of Private Law, Islamic Azad University, Tehran North Branch)

One of the most important issues in contract law is the interpretation of contracts. The parties to the contract may have disagreements in the meaning of the terms and phrases of the contract. The disagreement in the contact faces an obstacle in the fulfilment of contractual obligations and the courts must interpret the contract in order to the settlement of disputes and fulfilment of contractual obligations. The most important purpose of interpretation is exploring the common intent of the parties. Textualists and contextualists both claim to discover the intent of the parties. Textualists take consider intention as the real and true intention of the parties and search for it in the context of the contract. In contrast, contextualists consider subjective intention to be the real and genuine will of the parties to the contract and consider the text of the contract as an incomplete resource regardless of the context in which the contract is formed. Exploring the real intention under the principle of freedom and principle of voluntarism is assumed as one of the most important values of legal systems in the field of contract law in this article. Therefore, the main criterion for evaluating each of these approaches is the ability to achieve the actual intention. The contextualism approach has more ability and accuracy in exploring the real intention of the parties by using extensive evidence. Although the textualism approach is consistent with the real intention of the parties in some cases, it is not very successful in exploring the real intent of the parties due to the limitation of the cited sources. It can be said in this research

considers the pre-sale of the builder's share as a contractual and continuous covenant in the construction of condominium contract has different and specific elements than the common and term concept of sale (Arabic: بَيْع, Bay') even with the knowing of ownership of all types of contracts of sale and considering the principle of mutual consent (agreement) and the structure of the construction partnering contract and complete dependence of the pre-sale contract on that contract with the termination of the partnering contract before its enforcement had been cancelled the possibility of delivery of the object of sale in the context of partnering contract as the mother and the basis of pre-sale contracts and pre-sale contracts are subjected into forcible automatic cancellation. This article has proved the second theory by explaining and analyzing the nature of the contract of construction partnering and its relationship with pre-sale contracts in the form of maternal-fetal attachment (MFA) and conditional contract and considering the principle of voluntarism (dominion of will or supremacy of will), and considers as a remover of some legal challenges of pre-sale apartment contracts resulting from construction partnering contract in Iran's judicial precedent.

**Keywords:** *Construction partnering contract, Repudiation (termination or cancellation), Pre-sale, Apartment, Possessory, Object of sale.*

## **Approaches to Interpretation of Contract: Contextualism and Textualism by an Emphasis on the Intent of the Parties**

□ *Mohsen Akbari (PhD student in Private Law, Islamic Azad University, Tehran North Branch)*

**Keywords:** *Usurpation, Usurped property, Restitution of a specified object, Constructive destruction, Transferring acts.*

## **The Effect of Repudiation (Termination) of the Contract of Construction Partnering on Futures Trading Contracts from Jurisprudential-Legal Perspective and the Code of Pre-Sale of Condominium**

□ *Qasem Eslaminia (Assistant professor of law at University of Zabol)*

□ *Kian Fulladi (Assistant professor of Law at Payame Noor University)*

□ *Hamid Reza Parham Mehr (Instructor of the Department of Law at University of Zabol)*

**C**onstruction partnering between the landowner and the builder for the construction of condominium contract is one of the most common and widely used contracts. In the meantime, one of the challenging and controversial issues is the repudiation (termination or cancellation) of construction partnering before the construction of pre-sale condominium and its impact on the pre-buyers of the condominium share. The view that considers the nature of the pre-sale contract in the contract of construction partnering as its common and traditional sense, with the effect of the issue of possessory of the contract of sale (Arabic: *بيع*, Bay') and principles such as the principle of correctness (validity) and the principle of non- authorization of the impact of termination (repudiation) and at the same time, regardless of the nature and concomitants of the contract of construction partnering, believes that the subsequent termination does not affect the previous pre-sales. In contrast, according to the second point of view that

has been submitted to the parliament in order to protect the validity of the official document and protect the rights of a bona fide purchaser, according to which the usurped property that has been transferred through drawing up and making an official document and the customer is ignorant of its usurpation is considered as a destructed object and the owner is only entitled to its price, which can only refer to the “usurper purchaser” to receive it. The aforementioned proposed bill is controversial in terms of jurisprudential foundations, which is examined in the present article by a descriptive-analytical method and using original jurisprudential sources, because the criterion for the realization of constructive destruction is the occurrence of an intellectual or religious impediments in the return of the existing object. “Capable of being owned exceeding,” “impossibility,” “bodily injury,” “Destruction of a property with a known owner,” and “Destruction of a usurper’s property especially in the assumption of destruction and demolition of his/her considerable property” are among intellectual or religious impediments to the restitution of a specified object and cause the realization of the title of constructive destruction, but the mere “transferring acts” due to the forcible illegitimate possession of the usurper does not lead to the realization of the religious impediment and consequently, the title of a constructive destruction about a usurped specified object. In addition, in the case of the constructive destruction of a usurped specified object, the customer, whether ignorant or knowledgeable along with the usurper purchaser is the liable and responsible for something identical (fungible) or the price of the usurped property and merely ignorance will not be removed his/her liability.

## Abstracts

### **The Constructive Destruction of a Sold Usurped Property to a Bona Fide Purchaser in the Balance of Jurisprudential Critique (The Criticism of the Proposed Bill of the Amendment of Article 323 of Civil Code)**

□ *Atefeh Ajori Ayask (Assistant professor in the Department of Law at University of Birjand)*

□ *Seddiqeh Muhammad Hassani (PhD student in Private Law at Razavi University of Islamic Sciences)*

**T**he usurper in Shī'ite jurisprudence is obliged to return the specified usurped property, except in the case of destruction (both factual and constructive) of the usurped object. Article 323 of Civil Code based on this, considers purchaser of the usurped property as a usurper which the owner can refer to him for the return of the specified object. A proposed bill, however, based on the amendment of the above article





## Table of contents

The Constructive Destruction of a Sold Usurped Property to a Bona Fide Purchaser in the Balance of Jurisprudential Critique (The Criticism of the Proposed Bill of the Amendment of Article 323 of Civil Code)/ Atefeh Ajori Ayask & Seddiqeh Muhammad Hassani .....	3
The Effect of Repudiation (Termination) of the Contract of Construction Partnering on Futures Trading Contracts from Jurisprudential-Legal Perspective and the Code of Pre-Sale of Condominium/ Qasem Eslaminia & Kian Fulladi & Hamid Reza Parham Mehr .....	27
Approaches to Interpretation of Contract: Contextualism and Textualism by an Emphasis on the Intent of the Parties/ Mohsen Akbari & Amir Abbas Bozorgmehr & Mahmud Habibi .....	53
A Reflection on the Existence of the Condition in the Exclusiveness of Property to Two People in Proof of the Right to Pre-Emption from the Perspective of Shī'ite Jurisprudence and Sunnite Schools/ Abdullah Bahmanpouri & Abolfazl Alishahi Qalehjuqi/ Sayyed Sadrullah Samadi & Fatemeh Qodraty .....	95
The Jurisprudential-Legal Examination of the Theory of Time Value of Money and Its Extent of Its Function/ Muhammad Taqi Tolami & Muhammad Nozari Ferdowsieh & Mohammad Reza Khalilzadeh .....	125
Analyzing the Condition of Failure of Offspring (not getting pregnant) in Marriage in order to Oppose Public Order and Good Deed (A Comparative Study in British and American Law)/ Ali Jafari & Fatemeh Shabani .....	151
Status and Legal Consequences of Microchip Implantation with Emphasis on Civil Liability/ Narges Dehqan & Reza Hussein Gandomkar & Muhammad Mahdi Azizollahi ....	181
Discharge of Contract by Impossibility of the Fulfilment of Contractual Obligations Resulting from the Contract in a Non-Attributable Manner to the Obligor/ Muhammad Abdolsaleh Shahnoosh Forushani .....	205
The Parties of a Bill of Exchange and the Necessity of Drawee (Assignee)'s Consent; Preparation of the General Theory of Cession of Debt and Novation of Debt in Shī'a Jurisprudence by a Comparative Study in Iranian and French Law/ Sayyed Hussein Safaei & Muhammad Hadi Javaherkalam .....	231
The Irreferable (Not-Referable) of Transactions with Fraudulent Conveyance (Intending to Evade the Payment of Debt or Transaction in order to Avoid Liability) in Iranian Law with a View to French Law and an Attitude on the Unified (Uniform) Judicial Precedent No. 774 on April 9, 2019/ Majid Aziziyani .....	267
Jurisprudential Analysis of the Status of Taking Possession of Bequest (Legacy) as a Result of Murdering a Testator by the Legatee/ Hamid Masjedsaraie & Hassan Poulotfollah & Reza Elhami .....	291
Distribution of Civil Liability Based on the Amount of Fault in Multiplicity of Accidental Causes from the Perspective of the Jurisprudence of Ahl al-Bayt/ Sayyed Hassan Vahdati Shubairi & Sayyed Baqer Mohammadi .....	319
English Abstracts/ Muhammad Hussein Golyari .....	360

صاحب امتیاز: **مجله علمی پژوهشی رضوی**

مدیر مسئول: علی خیاط

سر دبیر: محمد حسن حائری

اعضای هیئت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا):

دکتر محمد امامی (دانشیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی)

دکتر احمد باقری (استاد دانشگاه تهران)

دکتر محسن جهانگیری (دانشیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی)

دکتر محمد حسن حائری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)

دکتر حسین صفایی (استاد دانشگاه علوم اسلامی رضوی)

دکتر محمد تقی فخلعی (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)

دکتر محسن ملک‌افضلی اردکانی (استاد جامعه المصطفی العالمیه)

دکتر محمد صادق موسوی (دانشیار دانشگاه شهید مطهری)

دکتر سید ابوالقاسم نقیبی (دانشیار دانشگاه شهید مطهری)



مشاوران علمی این شماره (به ترتیب حروف الفبا):

دکتر احمد احمدی / دکتر امین امیرحسینی / حجة الاسلام دکتر جواد ایروانی /

دکتر علیرضا باریکلو / دکتر علیرضا پوراسماعیلی / حجة الاسلام دکتر سید ابوالقاسم

حسینی زیدی / دکتر علی ساعتچی / دکتر ابوالفضل علیشاهی قلعه‌جوئی / دکتر

محمد رضا غلامپور / دکتر محمد هادی قبولی درافشان / حجة الاسلام دکتر

رحمت‌الله کریم‌زاده / حجة الاسلام دکتر محمد باقر گرایلی / دکتر مرتضی

مرتضوی / دکتر سید احمد علی هاشمی / حجة الاسلام دکتر غلامرضا یزدانی /

حجة الاسلام دکتر محمد مهدی یزدانی کمرزرد



تأییدیه علمی پژوهشی:

«مجله آموزه‌های فقه مدنی» بر اساس مجوز کمیسیون بررسی نشریات کشور

(وزارت علوم، تحقیقات و فناوری) در تاریخ ۱۳۹۱/۵/۱۸ و به شماره ۱۲۳۹۲۱ از

بهار و تابستان ۱۳۸۹ دارای درجه «علمی-پژوهشی» گردیده است.

این فصلنامه در وبگاه‌های زیر قابل دسترسی است:

[www.sid.ir](http://www.sid.ir) و [www.noormags.ir](http://www.noormags.ir) و [www.magiran.com/razavi](http://www.magiran.com/razavi)

و [www.civilica.com](http://www.civilica.com) و [www.isc.gov.ir](http://www.isc.gov.ir)

«ترتیب مقالات بر اساس حروف الفبای نویسنده اول می‌باشد.»

«آرای نویسندگان مقالات لزوماً دیدگاه مجله نیست.»

«نقل مطالب مجله با ذکر مأخذ بلامانع است.»

## آموزه‌های فقه مدنی

پاییز - زمستان ۱۴۰۲، شماره ۲۸



کارشناس مسئول

اسماعیل شفیعی

کارشناس اجرایی

علی برهان‌زهی

نحوه انتشار

به صورت الکترونیکی در وبگاه

<https://razavi.ac.ir>

ارتباط با کارشناس

«تماس با ما» در سامانه نشریات

نشانی پستی

مشهد، ص پ ۹۱۷۳۵-۴۶۱

رایانامه

[razaviunmag@gmail.com](mailto:razaviunmag@gmail.com)

***The Scientific Research Journal of  
Razavi University of Islamic Sciences***

**Civil Jurisprudence Doctrines**

No. 28

Autumn 2023 & Winter 2024



**Proprietor:**

Razavi University of Islamic  
Sciences

**Managing Director:**

A. Khayyat

**Editor -in- Chief:**

M. H. Haeri

**Executive Chief:**

E. Shafiei

**Editorial Board:**

A. Bagheri (*Prof. at University of Tehran*)

M. T. Fakhlaei (*Prof. at Ferdowsi University of  
Mashhad*)

M. H. Haeri (*Prof. at Ferdowsi University of Mashhad*)

M. Imami (*associate professor at Razavi University  
of Islamic Sciences*)

M. Jahangiri (*associate professor at Razavi University  
of Islamic Sciences*)

M. Malek Afzali Ardakani (*Prof. at Al-Mustafa  
International University*)

M. S. Mousavi (*associate professor at Shahid Motahari  
University*)

S. A. Naghibi (*associate professor at Shahid Motahari  
University*)

H. Safaei (*Prof. at Razavi University of Islamic Sciences*)

**Address:** Iran, Mashhad, P.O. Box: 91735-461

**Web Site:** <https://razaviac.razavi.ir>

**E.mail:** [razaviunmag@gmail.com](mailto:razaviunmag@gmail.com)