



فهرست مطالب

- ۳ بررسی فقهی - حقوقی مالکیت معادن با نگاهی به حقوق استرالیا و آمریکا / مهدی آدمی و جلال سلطان احمدی .. ۳
گستره مفهومی ولی بیمار در تبصره ۲ ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲
- ۳۵ حجت پولادین طرفی، سیدحسن وحدتی شبیری، سیدحمید حسینی الارزی و حسین ابراهیم زاده .. ۳۵
- ۶۱ مهر شناور در آینه فقه امامیه و حقوق ایران / ابراهیم جوانمرد فرخانی، حمید میری و سیدمحمد رضوی .. ۶۱
نحوه برخورد با مدیون بعد از ثبوت اعسار با تأکید بر فعل معصوم ع در دو روایت غیاث و سکونی
- ۸۳ سیدابوالقاسم حسینی زیدی و هادی علی آباد شوری .. ۸۳
- ۱۰۱ تحلیل مفهوم کفر در فقه و کلام و پیامدهای فقهی آن / محمد ابراهیم روشن ضمیر و مصطفی مهدوی ارجمند
نقش ماهیت وکالت در بازشناسی مصادیق متمایز آن در قانون مدنی
- ۱۲۱ محمد مهدی عزیزاللهی، سید مهدی دادمرزی و علی جوادیه .. ۱۲۱
تحلیل رویکردهای موضوع شناسی فقهی از طریق مطالعه موردی انحلال پذیری موضوعات معاملی
- ۱۴۷ مرتضی فخار شاکری، محمدتقی فخلعی و سیدمحمدتقی قبولی درافشان .. ۱۴۷
واکاوی نقش ابهامات مفهوم فقهی رشد در اصلاحات ناکام سن قانونی ازدواج دختر
- ۱۶۹ زهرا فرزنانگان و محسن ملک افضلی .. ۱۶۹
- ۱۹۷ شیوه اجرا: «ایفاء» در حقوق یا «تسلیم مال» در فقه / مصطفی کربلانی آقازاده و جلیل قنواتی .. ۱۹۷
نقش «تصرف» در عقد متزلزل به موجب خیار مجلس (نقدی بر مواد ۴۵۰ و ۴۵۱ ق.م.ا.)
- ۲۲۷ مهدی معظمی گودرزی و احمد دیلمی .. ۲۲۷
ضرورت جبران کاهش ارزش پول در صورت اشتراط در عقد قرض
- ۲۵۳ سیدحسین موسوی راد و سیدجابر موسوی راد .. ۲۵۳
- ۲۷۵ بارنامه در لایحه تجارت ۱۳۹۸ با نگرشی بر بارنامه سی ام آر و کوتیف / مهسا نظری و سعید خردمندی .. ۲۷۵
- ۳۲۰ چکیده های انگلیسی / محمدحسین گلپاری .. ۳۲۰

راهنمای تدوین مقالات

- مقاله باید علمی - پژوهشی، مستند و دارای نوآوری باشد.
- مقاله باید بین ۶۰۰۰ تا ۹۰۰۰ کلمه باشد (تعداد کلمات مقاله در واژه پرداز word قابل مشاهده است).
- تیترهای اصلی با شماره های 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> 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.

آموزه‌های فقه مدنی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، دوره شانزدهم، شماره ۲۹، بهار - تابستان ۱۴۰۳
نوع مقاله: علمی - پژوهشی (۳۳-۳)

بررسی فقهی - حقوقی مالکیت معادن

با نگاهی به حقوق استرالیا و آمریکا*

□ مهدی آدمی^۱

□ جلال سلطان‌احمدی^۲

چکیده

عدم تنقیح مبانی نظری سبب تکثر تعارض قوانین حوزه معدن گردیده است. قانون مدنی تحت تأثیر فقه امامیه در موضوع مالکیت معادن، این منابع را واجد تملک خصوصی دانسته است، در حالی که در سال ۱۳۷۷ به منظور حفظ حاکمیت دولت بر ذخایر معدنی، قانون معادن جدید به تصویب رسید و مالکیت عمومی معادن را تثبیت نمود. در مقابل، دو نظام حقوقی استرالیا و آمریکا از نظام‌های پیشرو با مبانی منسجم در حوزه معدن می‌باشند. در این مقاله سعی شده با روش توصیفی - تحلیلی مالکیت معادن در حقوق ایران، استرالیا و آمریکا مورد بررسی قرار گیرد و نیز قواعد حقوق معادن استرالیا و آمریکا در خصوص مالکیت اشخاص بر مواد معدنی بعد از صدور پروانه‌های متعدد و دیدگاه‌های مربوط به مالکیت معادن در

* تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۰/۰۸ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۵/۰۹.

۱. دانشجوی دوره دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
(mehdi_adami1985@yahoo.com).

۲. استادیار، گروه حقوق، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران (jsahmadi@gmail.com).

فقه امامیه بررسی شود. نتایج پژوهش نشان می‌دهد که در خصوص مالکیت معادن باید تفسیری ارائه شود که خللی به مالکیت خصوصی وارد نگردد تا امکان بهره‌برداری مناسب از ذخایر معدنی و اصلاح قوانین فراهم شود.

واژگان کلیدی: مالکیت، مباحات، انفال، معدن، قانون معادن.

مقدمه

ایران یکی از کشورهای مطرح به لحاظ بهره‌مندی از منابع طبیعی از جمله معادن می‌باشد و در حال حاضر دارای ۶۸ ماده معدنی است.^۱ بخش معدن به‌ویژه در سال‌های تحریم به‌عنوان پیشران اقتصادی کشور عمل نموده است. بنابراین لازم است که سیر تحول قانونگذاری در حوزه مالکیت معادن در حقوق ایران مورد بررسی قرار گیرد تا با پرداختن به مراحل تصویب قوانین حوزه معدن، ارزیابی جامعی از نحوه مالکیت معادن به دست آید. با توجه به اینکه فقه امامیه، یکی از منابع اصلی قوانین از جمله قانون مدنی در نظام حقوقی ایران شناخته می‌شود، با الهام از آن، حق مالکیت خصوصی معادن در این قانون پذیرفته شده است. در آرای فقها بر پایه نوع معادن (ظاهری یا باطنی بودن آن) نظریات متفاوتی وجود دارد و در روند تصویب مقررات معدنی از قانون معادن ۱۳۱۷ تا قانون سال ۱۳۷۷ و قانون اصلاح قانون معادن مصوب ۱۳۹۰، همین نظریات منعکس شده و باعث شده مبانی مختلفی در خصوص مالکیت و قلمروی آن اتخاذ شود و در برخی موارد، میان معادن بزرگ و کوچک و مقیاس در سطح زمین یا اعماق آن، قواعد و احکام مختلفی مقرر شده است. در همین خصوص، قوانین قبل از انقلاب براساس نظر مشهور فقها، مالکیت معدن را از آن صاحب زمین دانسته است؛ ولی در قوانین بعد از انقلاب در شمار ثروت‌های عمومی قرار گرفته است. اصل ۴۵ قانون اساسی، معادن را جزو انفال و ثروت‌های عمومی قلمداد نموده و مالکیت عمومی آن را پذیرفته است و بر همین مبنا، قانون معادن سال ۱۳۷۷ ضابطه مالکیت را حذف کرده و در نتیجه غالباً مالکیتی برای اشخاص خصوصی متصور نیست. در نتیجه، تحولی از مالکیت خصوصی به مالکیت عمومی پدید آمده است. از طرفی در برخی قوانین از جمله قانون

۱. «ظرفیت‌های کم‌نظیر معادن ایران»، *روزنامه دنیای اقتصاد*، شماره ۳۴۳۳، تاریخ ۱۳۹۳/۱۲/۱۲، خبر ۳۲۶۷۱۰۷، دسترس‌پذیر در <<https://donya-e-qtasad.com>>.

اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴، واگذاری معادن بزرگ به‌جز معادن نفت و گاز را به بخش خصوصی و تعاونی امکان‌پذیر دانسته است. این امر بدین معناست که مالکیت دولت در مراحل متنوع اکتشاف و استخراج و تولید معادن ضروری نیست. فلذا امکان فعال‌سازی بخش خصوصی در این حوزه و اعمال دیدگاه‌های متناسب با رویکرد جذب سرمایه‌گذاری در حوزه مالکیت آن‌ها وفق این دسته از مقررات قابل بررسی می‌باشد و در نتیجه سبب تعارضاتی گردیده است. بدین منظور برای جلوگیری از بروز این مسائل، ضروری است که نظام حقوقی حاکم بر مالکیت معادن مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد تا وضعیت مالکیت معادن تبیین شود.

از طرف دیگر، کشور استرالیا به‌عنوان یکی از مستعدترین و متنوع‌ترین دارندگان منابع معدنی جهان و از طرفی یکی از جذاب‌ترین کشورها برای سرمایه‌گذاری در حوزه معادن و جذب سرمایه‌گذاری خارجی می‌باشد (Chambers, 2010: 3). در همین خصوص، نوع نظام حقوقی حاکم بر مالکیت منابع معدنی، تأثیر مستقیمی بر حفاظت از منابع معدنی و چگونگی دسترسی به این منابع دارد. لذا دانستن موضع حقوق این کشور راجع به این موضوع می‌تواند دورنمایی برای افزایش کارایی نظام حقوقی ایران و نیز رویکرد سایر کشورهای تابع نظام کامن‌لا به دست دهد. کشور آمریکا نیز در زمینه حقوق معادن دارای نظام منسجم و یکپارچه با محوریت مالکیت خصوصی است و وحدت قانون مربوط به این حوزه که مصوب سال ۱۸۷۲ است، می‌تواند مبنای مناسبی برای ارزیابی و تطبیق با نظام حقوقی ایران قرار گیرد.

هدف از انجام این پژوهش آن است که در عین ارزیابی نظریات متفاوت و بعضاً متعارضی که از متون قانونی موجود ارائه می‌گردد، تفسیری از متون قانونی ارائه دهد که علی‌رغم اینکه ملاحظات حاکمیتی از جمله تأمین مالی بودجه (از قبیل پرداخت حقوق دولتی) مدنظر قرار گیرد، امکان توسعه و جذب سرمایه‌گذاری با حمایت از مالکیت خصوصی (مراحل مختلف زنجیره تولید معدن شامل اکتشاف، استخراج و فراوری مواد معدنی مستلزم سرمایه‌گذاری قابل توجهی می‌باشد) تقویت گردد. این امر ضرورت اصلاح مقررات در حوزه مالکیت معادن و ارائه یک الگوی حقوقی منسجم و به‌روز را برجسته می‌نماید. این مقاله با روش توصیفی - تحلیلی در پی بررسی این موضوع

در حقوق ایران، استرالیا و آمریکا می‌باشد.

اینکه چه ویژگی‌هایی در نظام حقوقی استرالیا و آمریکا مبتنی بر نظام کامن‌لا، آن را از سایر کشورهای دارای حقوق عرفی متمایز می‌کند؟ رابطه دولت مرکزی فدرال با ایالت‌ها چگونه تنظیم می‌گردد؟ چه راهکارهایی برای بهبود و ارتقای نظام حقوقی ایران از جمله با اصلاح مقررات معدن و نیز الگوبرداری از نظام‌های حقوقی پیش‌تاز در حوزه معدن مانند نظام حقوقی استرالیا و آمریکا می‌توان اعمال نمود؟ از جمله موارد ضروری است که در اصلاحات آتی قانون معادن در ایران به‌ویژه در خصوص مالکیت و تعیین بخش‌ها قابل استفاده می‌باشد.

کشور استرالیا دارای نظام مالکیت معادن ملی و یکپارچه نمی‌باشد و در خصوص منابع معدنی واقع در خشکی، دولت مرکزی فدرال قانون مستقلی ندارد و لذا هر ایالت یا قلمرویی مقررات خاص خود را درباره اکتشاف یا توسعه عملیات معدنی دارد؛ لیکن مالکیت معادن متعلق به نظام پادشاهی است و در حقوق آمریکا، مبنای مالکیت، خصوصی است. در نظام حقوقی ایران می‌توان با الگوبرداری از نظام‌های حقوقی پیش‌گفته، مبنای ثابت و شفافی برای مالکیت معادن و دریافت حقوق دولتی و اصلاح قوانین بر پایه آن ایجاد کرد.

در خصوص قسمتی از موضوع پژوهش حاضر، مقالات و پایان‌نامه‌هایی نگاشته شده است که درباره نظام حقوقی حاکم بر مالکیت معادن می‌باشد. در زیر، به برخی از منابعی که در این خصوص وجود دارد، اشاره می‌شود:

- رساله دکتری با عنوان *نظام حقوقی حاکم بر مالکیت و قراردادهای مرتبط با بهره‌برداری از معادن در جمهوری اسلامی ایران و ایالات متحده آمریکا با مطالعه تطبیقی در فقه اسلام* (رحمتی، ۱۳۹۸). در این رساله، ابعاد حقوقی موضوع در ایران و آمریکا بررسی شده است.

- پایان‌نامه با عنوان *سیر تحول رژیم حقوقی معادن در حقوق ایران* (ولی‌زاده تروجنی، ۱۳۹۵). در این پایان‌نامه، تاریخچه نظام حقوقی حاکم بر معادن در حقوق ایران و نظریات مختلف موجود در این زمینه، مطالعه و بررسی شده است.

لیکن پژوهش حاضر از این جنبه دارای نوآوری است که تاکنون در خصوص نظام حقوقی حاکم بر مالکیت معادن در ایران و مقایسه آن با نظام حقوقی استرالیا و آمریکا

به صورت توأمان بررسی صورت نگرفته و این پژوهش برای اولین بار چارچوب‌های حقوقی حاکم بر مالکیت معادن در کشور استرالیا و آمریکا را مورد مطالعه قرار داده است تا با بهره‌مندی از آن بتوان الگو برداری مناسبی برای تنقیح قوانین منسجم در این حوزه اعمال نمود.

۱. مبانی نظری

با تتبع در منابع قانونی و فقهی مشخص می‌گردد که راجع به مالکیت معادن از اصطلاحات مختلفی بهره گرفته شده و بعضاً در ارائه تعریف و تشخیص مصادیق، اختلافات عمده‌ای به وجود آمده است. لذا برای جلوگیری از اشکالات اشتراک لفظی، در ادامه به مهم‌ترین اصطلاحات پیش گفته اشاره می‌گردد. به منظور بهبود درک فرایند پژوهش و روشن شدن مباحث مطروحه، در مرحله اول مفاهیم و تعبیرات بنیادین و مهم را تبیین می‌کنیم تا از لحاظ اصولی امکان استفاده فنی‌تر از بررسی‌های انجام شده فراهم گردد. در ادامه به مفاهیم اساسی برای درک موضوع می‌پردازیم:

۱-۱. معدن

کلمه معدن از «عدن» مشتق می‌شود و در لغت، مرکز هر چیز، اصل، جایگاه، جای تابستان و زمستان، کان زر و جواهر، ترکیبات شیمیایی و نباتی معنا شده است (دهخدا، ۱۳۷۷: ۷۰۱-۷۰۲). اهل لغت، معدن را اسم مکان قلمداد نموده‌اند؛ جایی که در آن بتوان به جواهر مطلوب دسترسی یافت؛ جایگاهی که مرکز موادی دارای منافع ارزشمند است. بر همین اساس، معادن به معنای محلی قلمداد شده است که از آن جواهری مانند طلا و نقره و مس و... استخراج می‌شود (ابن اثیر جزری، ۱۳۶۷: ۱۹۳/۳). لذا به مکان‌هایی که دارای مواد با ارزش می‌باشند، معدن می‌گویند؛ زیرا آن مکان‌ها محل استقرار آن مواد می‌باشند و با افزودن واژه معدن مشخص می‌گردند؛ مانند معدن سرب و روی (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۲۹۷/۱۳).

در تألیفات فقها نیز معادن تعریف شده است که البته در بعضی جهات، اختلافاتی با هم دارند. براساس دیدگاه یکی از فقها، معدن چیزی است که از زمین استخراج می‌شود؛

هرچند که اصلش زمین است، ولی به خاطر خصوصیتی که باعث ازدیاد منافع آن می‌گردد، نام معدن به خود می‌گیرد (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۰۰/۳۸).

معدن شامل همه چیزهایی است که از زمین خارج می‌شوند و آن چیزها در زمین به وجود آمده‌اند، ولی جزئی از زمین محسوب نمی‌شوند (علامه حلّی، ۱۴۱۲: ۵۲۵/۸). اما در تعریفی که گروه دیگری از فقها ارائه نموده‌اند، معدن - به کسر دال - به چیزی اطلاق می‌گردد که از زمین خارج می‌شود و اصل آن نیز از زمین می‌باشد (عاملی جزینی، ۱۴۱۷: ۳۴۳/۳).

البته می‌توان این‌گونه تحلیل نمود که هرچند در فقه بر هر دو معنا اطلاق شده، اما با توجه به اینکه فقه بیشتر احکام مواد استخراج شده از زمین را تعیین می‌نماید، فلذا بیشتر بر اطلاق معنای معدن بر مواد استخراج شده به جای زمین بایستی تأکید گردد.

۲-۱. انفال

اصطلاحاً آن بخش از اموال منقول و غیرمنقول و اعیان که از جانب خداوند در اختیار پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله و امامان معصوم علیهم السلام قرار گرفته تا بر اجتماع حکومت کنند، انفال نامیده می‌شود. این اموال در جهت تقویت اسلام، مصالح مسلمین و امت اسلامی مصرف می‌شود (مشکینی، ۱۴۱۹: ۹۳). فقها در مورد مصادیق انفال اختلاف نظر دارند. برخی اموالی را که متعلق به امام است، اعم از اینکه زمین باشد یا غیر زمین، اگر صاحب نداشته باشد، ملک امام می‌دانند؛ مانند معادن دریاها و همه فضا (موسوی خمینی، بی‌تا: ۴۱). البته در همین خصوص، مصادیقی ذکر می‌شود که در اکثر کتب فقهی از انفال دانسته‌اند: زمین موات، زمین بی‌صاحب (همان)، قلل کوه‌ها، درون دره‌ها و نزارها (حلّی، ۱۴۱۳: ۱۷۱)، سواحل دریاها، دریاها، نهرها و دشت‌ها (همان: ۳۶۸)، معادن (کاشف الغطاء، ۱۳۸۱: ۳۶۵/۱).

برخی نویسندگان، اموال عمومی را مترادف انفال در حقوق اسلام دانسته‌اند (بیلوار و رجبی، ۱۳۹۸: ۱۶۹). مالکیت عموم نسبت به این اموال بدان معناست که این اموال باید در راستای مصالح عامه اداره شوند. البته اختیارات ولیّ مسلمین در این خصوص اجازه می‌دهد که آن‌ها را در جهت تقویت اسلام و مصالح مسلمین به هر نحو که مصلحت

بداند، مصرف نماید (مشکینی، ۱۴۱۹: ۹۴).

در ادامه، نظام حاکم بر مالکیت معادن در حقوق ایران بررسی می‌شود. اما از آنجایی که آراء فقهای امامیه از منابع اصلی قوانین حاکم بر مالکیت معادن می‌باشد و در طول تاریخ تصویب قوانین مختلف در این حوزه، سه دیدگاه با پشتوانه فقهی شامل انفال بودن معادن (اصل ۴۵ ق.ا.) و تبعیت مالکیت معادن از مالکیت زمین (ماده ۱۶۱ ق.م.) و نظریه تفصیل (تبصره ۲ ماده ۲۲ قانون معادن مصوب ۱۳۷۷) پذیرفته شده است. لذا بدو مالکیت معادن در حقوق ایران با توجه به مباحث فقهی که در ادامه مباحث به تفصیل می‌آید، مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

۲. مبانی فقهی حاکم بر مالکیت معادن

فقها راجع به تعیین مالکیت معادن اختلاف نظرهای زیادی با هم دارند. در همین خصوص، سه دیدگاه عمده شامل نظریه انفال، نظریه مباحات و نظریه تبعیت مالکیت معادن از مالک زمین مطرح شده است، که پذیرش هر یک از این دیدگاه‌ها در وضعیت انتقال و واگذاری معادن مؤثر است. در ادامه به این سه دیدگاه اشاره می‌شود:

۱-۲. دیدگاه تعلق معادن به انفال

برخی فقها بر این اعتقادند که مطلقاً معادن از انفال محسوب می‌شوند؛ از جمله شیخ طوسی (علامه حلی، ۱۴۱۲: ۵۷۳/۸)، شیخ کلینی، شیخ مفید، قاضی ابن براج و علی بن ابراهیم قمی از پیروان این دیدگاه می‌باشند (مفید، ۱۴۱۳: ۲۷۸). طبق این نظریه، اگر محل استقرار معادن حتی در اراضی ملک شخصی نیز باشد، جزو انفال محسوب می‌شوند.

اساسی‌ترین دلیل این نظریه، موثقه اسحاق بن عمار از امام صادق ع است:

«اسحاق بن عمار می‌گوید: از امام صادق ع در مورد انفال پرسیدم. فرمود: هر قریه‌ای که خراب شده باشد و مردمش آن را ترک کرده باشند، مال خداوند و رسول است و آنچه برای پادشاهان است، برای امام می‌باشد. همچنین زمین‌های مخروبه‌ای که بدون درگیری تصرف شده‌اند و هر زمینی که صاحب ندارد و معادن و مال کسی که مرده و وارث ندارد، جزء انفال هستند» (حرّ عاملی، ۱۴۱۲: ۵۳۲/۹).

تقریباً همه فقهای امامیه بر حجیت این روایت تأکید نموده‌اند (صافی گلپایگانی، ۱۴۲۷: ۳۱۷/۶)؛ لذا از جمله اساسی‌ترین دلایل استنادی قائلان به این دیدگاه می‌باشد. اگر بپذیریم که عبارت صحیح «المعادن منها» است، با توجه به اینکه ضمیر «منها» به انفال باز می‌گردد و براساس اینکه «المعادن» جمع مُحَلّی به الف و لام است، می‌توان از آن عموم را استفاده کرد و همه اقسام معادن را جزو انفال محسوب نمود (رحمتی، ۱۳۹۸). طرفداران این دیدگاه همچنین به روایت ابوبصیر از امام باقر علیه السلام و داوود بن فرقد از امام صادق علیه السلام به عنوان دلایل تقویت‌کننده این نظریه استناد می‌کنند (حرّ عاملی، ۱۴۱۲: ۵۳۳/۹ و ۵۳۴).

ایرادات وارده به دیدگاه انفال

برخی ایرادات سندی و دلالتی به این دیدگاه وارد است؛ از جمله اینکه از بین روایات (مانند روایت محمد بن مسعود عیاشی از ابوبصیر و او هم از امام باقر علیه السلام) فقط روایت اسحاق بن عمار مسند و معتبر است و اکثریت فقهای امامیه، اعتبار و حجیت آن را پذیرفته‌اند (رحمتی، ۱۳۹۸). هرچند بر این روایت نیز ایراداتی مطرح شده است؛ از جمله اینکه در خصوص ضمیر «منها» در جمله «المعادن منها» ابهام داریم؛ زیرا محتمل است که به «الأنفال» یا به کلمه «أرض» برگردد. به علاوه در برخی نسخه‌ها به جای منها «فیها» قید شده است. اگر دومی صحیح باشد، ضمیر «فیها» محتمل است به تمام جمله‌های پیش از خود مانند «الأرض الخربة» یا «وکلّ أرض لا ربّ لها» برگردد یا اینکه فقط به جمله اخیر برمی‌گردد که برخی قدر متیقن را ارجاع به جمله اخیر می‌دانند. لذا اگر نسخه «فیها» را بپذیریم، این روایت تأییدکننده نظریه تبعیت معدن از زمین است (طباطبایی حائری، ۱۴۱۲: ۲۵۷/۵). البته براساس اینکه اتفاق نظر اکثر فقها در تأیید شمول انفال بر معادن است، می‌توان اعتبار این روایات را تقویت نمود و ضعف یادشده را تا حد قابل قبولی جبران کرد و برای تقویت این دیدگاه به آن‌ها استناد نمود (صافی گلپایگانی، ۱۴۲۷: ۳۱۷/۶).

ایراد دیگر این است که با سیره مستمره از صدر اسلام تا به امروز مخالف است (خامنه‌ای، ۱۳۷۵: ۶۵). به طور پیوسته، اشخاص بدون اجازه از ائمه علیهم السلام به احیاء و حیازت

معادن پرداخته‌اند و فراگیر بودن این سیره، دیدگاه انفال بودن معادن را تضعیف می‌نماید. در غیر این صورت، اجازه از امام ضروری می‌نمود. به‌علاوه با اصل اباحه نیز چندان سازگار نیست؛ زیرا این اصل ایجاب می‌نماید که مالکیت معادن نیازمند دلیل باشد.

۲-۲. دیدگاه تعلق معادن به مباحات

دیدگاه دیگری که در میان فقها مورد توجه قرار گرفته، تعلق معادن به مباحات است. مباحات شامل مباح بالاصل و آن مواردی است که معلوم نیست اشخاصی قبلاً نسبت به آن‌ها تملک داشته‌اند، و مباح بالعرض که به معنای آن است که اشخاص قبلاً تملک داشته‌اند، ولی بعداً جزو مباحات محسوب شده است؛ مانند اموالی که مورد اعراض مالک واقع شده‌اند (طاهری ۱۳۹۲: ۱۸۹). مشهور فقها^۱ از جمله طرفداران این دیدگاه هستند.

بیشتر فقها همه معادن را جزو مباحات می‌دانند. از جمله یکی از فقها معتقد است که اکثر اصحاب بر آن‌اند که معادن مطلقاً برای مردم است و مردم در آن یکسان‌اند؛ به‌دلیل عمل به اصل (جبعی عاملی، ۱۴۱۰: ۴۴۱/۱۲). البته برخی طرفداران این دیدگاه فقط زمین‌های بی‌صاحب را تحت شمول مباحات می‌دانند (ابن‌ادریس حلّی، ۱۴۱۰: ۳۶۹/۱).

اما برخی، دیدگاه دیگری دارند و میان معادن ظاهری و باطنی قائل به تفاوت‌اند. به عقیده این دسته، معادن ظاهری ملک مشترک مسلمانان است که با احیاء تملک حاصل نمی‌شود و در معادن باطنی عدم اختصاص به امام ترجیح دارد و لذا شخص با احیاء می‌تواند معادن را وارد ملک خود نماید (علامه حلّی، ۱۴۱۲: ۲۷۱/۸). برخی نیز معتقدند که مسلمین در معادن ظاهری مشترک‌اند، ولی معادن باطنی در حکم زمین‌های موات است و حکومت می‌تواند بهره‌برداری از آن را به‌طور مقاطعه به اشخاص منتقل کند (ابن‌فهد حلّی، ۱۴۰۷: ۵۶۷/۱).

در همین خصوص طبق ماده ۲۷ قانون مدنی، مباحات اموالی هستند که ملک اشخاص حقیقی و حقوقی نمی‌باشند و افراد می‌توانند مطابق مقررات آن‌ها را تملک نمایند؛ مانند اراضی موات.

۱. شهید اول، علامه حلّی و کنعانی.

ادله عمده طرفداران دیدگاه مباحات

۱. آیه شریفه قرآن کریم

﴿خَلَقَ لَكُمْ مَافِي الْأَرْضِ﴾ (بقره / ۲۹): آنچه در زمین است، برای شما خلق شده است. این آیه دلالت دارد بر اینکه خداوند زمین و آنچه را که در آن است، برای بهره‌مندی انسان به‌طور عام - به‌دلیل الف و لام عموم - آفریده است.

۲. اصل اباحه

به باور فقها، مبنای اصلی در ثروت این است که متعلق به عموم باشد و با توجه به اینکه خدا خالق تمام نعمت‌هاست، می‌توان از آن‌ها برای بشر استفاده نمود (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۰۹/۳۸). قائلان به این دیدگاه، معادن را نیز در زمره همین ثروت‌هایی می‌دانند که بر همان اصل اولی خودش باقی مانده و دلیل خاصی موجود نیست که معادن را از شمول اصل اباحه خارج کنیم (همان).

۳. سیره جامعه اسلامی

دلیل سوم، وجود سیره مستمر از صدر اسلام تا به امروز بوده که مسلمانان بدون اذن امام یا حکومت اسلامی به حیازت و احیاء معادن پرداخته‌اند (همان).

ایرادات وارده به دیدگاه مباحات

این استدلال در مواردی از قبیل حیازت یا هر مملک مشروع دیگری مانند بیع و ارث، از عنوان اولی خود خارج شده و مشمول این آیات نمی‌شود؛ چراکه احکام خود موضوع‌ساز نیستند، لذا به‌عنوان نمونه، معادن واقع در زمین‌های شخصی را باید استثنا کرد؛ چراکه با تملک آن‌ها از مباحات خارج شده‌اند (صالحی‌مازندرانی، ۱۳۹۸). در نقد دلیل دوم (اصول عملیه) باید موارد اجرای اصول عملیه عدم‌الدلیل باشد (موسوی‌خلخالی، ۱۴۲۵: ۳۴۰)؛ درحالی‌که در مبحث معادن، ادله موجود است. در رد دلیل سوم گفته شده که بسیاری از سیره‌ها در اثر بی‌مبالاتی مردم در دین شکل می‌گیرد و هیچ دلالتی بر اینکه معادن از مباحات و مشترکات یا از انفال باشد، وجود ندارد؛ زیرا سیره اعم از هر دو است (رحمتی، ۱۳۹۸).

۳-۲. دیدگاه تبعیت مالکیت معادن از مالکیت زمین

برخی فقها در خصوص معدن، قائل به مالکیت معدن به تبع مالکیت زمین می‌باشند. لذا حکم هر معدن به تبع زمینی است که در آن قرار دارد؛ مثلاً معدنی که در سرزمین مفتوحة العنونه یافت شود، ملک همه مسلمانان است و معدنی که در زمین شخصی یافت شود، از آن مالک زمین است (زینلی نژاد فردوسی و فرومند، ۱۳۹۶). این دیدگاه در میان فقهای قدیم چندان جایگاهی ندارد؛ ولی در میان فقهای معاصر جایگاهی ویژه دارد. حتی برخی قائل به اجماع در خصوص آن هستند^۱ (موسوی خمینی، بی تا: ۳۶۹). از جمله نظریات متنوع مطرح در این دیدگاه آن است که معدنی را که از زمین انفال استخراج شده است، در زمره انفال قلمداد کنیم و معدنی که در زمین غیرانفال واقع شده است، به تبعیت از زمین در مالکیت صاحب آن محسوب گردد (موسوی خویی، ۱۴۱۸: ۳۶۹/۲۵).

در این خصوص، دلایل متعددی مطرح است که به مهم‌ترین آن‌ها می‌پردازیم:

۱- اصل تبعیت نماء و منافع از عین: اگر معادن را از منافع زمین بدانیم، هرکس مالک زمین باشد، معادن موجود در زمین را نیز دارا می‌باشد (اشتهاردی، ۱۴۱۷: ۲۳/۲۷۲).
 ۲- سیره عقلا: از زمان ظهور اسلام تا کنون، سیره عملی این بوده که شخص مالک زمین، محتویات زمین را نیز دارا می‌باشد و همین عدم مخالفت امام علیه السلام گواه بر تأیید این رویه بوده است (محقق داماد، ۱۴۱۸: ۳۹۵).

۳- قاعده و اصل تبعیت: زمین دارای توابع و لواحق است که عرفاً آن‌ها را خارج از زمین نمی‌دانند و معدن نیز از جمله توابع به حساب می‌آید (عاملی جزینی، ۱۴۱۷: ۶۸/۳).

در نقد دلیل اول این دیدگاه بیان شده است که الزاماً معدن جزو نما و منافع زمین محسوب نمی‌شود و برخلاف نظر قائلان به این دیدگاه که تبعیت معادن از زمین را دلیل دانسته و آن را به عرف منتسب کرده‌اند، نمی‌توان نفس دلیل مالکیت زمین را شامل ملکیت معدن واقع در آن دانست و اصولاً عرف دلالتی بر تبعیت معادن از زمین

۱. از جمله: ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۴۹۷/۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۲: ۵۷۳/۸؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۲؛ جعی عاملی، ۱۴۱۰: ۱۹۱/۷؛ انصاری، ۱۴۱۵: موسوی خویی، ۱۴۱۸: ۳۶۹/۲۵.

نمی‌کند و از این رو معدن را در ملکیت تابع زمین نمی‌دانیم (صدر، ۱۴۱۷: ۷۱۸). در رد دلیل دوم (سیره) باید توجه کرد که سیره اطلاق ندارد و قدر متیقن مواردی را تابع زمین می‌داند که عرفاً تابع بودن بر آن صدق کند (موسوی خویی، بی‌تا: ۵۸/۴) و در خصوص معدن، این سیره محل تردید است.

در رد دلیل سوم، قاعده تبعیت مطلق معدن پذیرفتنی نیست؛ زیرا تبعیت مفهومی اعتباری است و حدود متعارف دارد و در خصوص معدن باطنی و غیرهمجنس قابل اثبات نیست و عرفاً از توابع زمین قلمداد نمی‌شود (صالحی مازندرانی، ۱۳۹۸).

۳. نظام حقوقی حاکم بر مالکیت معدن در قوانین ایران

۱-۳. تاریخچه قانونگذاری در حوزه مالکیت معدن

تدوین مقررات در حوزه معدن، سابقه طولانی در نظام حقوقی ایران داشته و تاکنون قوانین مختلفی به تصویب رسیده که از جمله اولین مقررات در این حوزه می‌توان به سند نظامنامه معدن در سال ۱۲۹۶ شمسی و در زمان وزارت فواید عامه میرزا حسین خان پیرنیا اشاره نمود، که در ۲۴ ماده و دربرگیرنده قواعد و احکامی در بخش‌های اکتشاف و بهره‌برداری از معدن و نیز امتیازات و تکالیف دارندگان امتیاز بوده است. در سال ۱۳۱۷، اولین قانون جامع و خاص به حوزه معدن اختصاص یافت و در آن، مواد معدنی دسته‌بندی و میزان حقوق دولتی در آن به‌صراحت بیان گردید (لطیفی‌نیا، ۱۳۷۶: ۴۶). در قوانین قبل از انقلاب با تبعیت از نظر مشهور فقها، مالکیت معدن از آن صاحب زمین تعیین شده است. در قوانین پس از انقلاب از جمله قانون اساسی، در زمره ثروت‌های عمومی و تحت مالکیت دولت اسلامی درآمد که در ادامه بررسی خواهد گردید. بر همین اساس، بهره‌برداری و مقررات ناظر بر آن نیز با تحولاتی همراه گردید. اولین قانون معدن بعد از انقلاب (قانون معدن مصوب ۱۳۶۲)، ضابطه مالکیت سطح زمین را پذیرفته و با پیروی از نظریه تبعیت، معدن واقع در املاک اشخاص را متعلق به صاحبان ملک دانسته است (کنعانی، ۱۳۸۷: ۳۲۹). تغییر و تحول در خصوص مالکیت معدن با قانون معدن ۱۳۷۷ و با اعمال حاکمیت و نظارت بر معدن به‌نمایندگی از دولت و با

مسئولیت وزارت صنعت، معدن و تجارت خاتمه یافت. البته با بررسی این قانون که در حال حاضر تنها قانون لازم‌الاجرا می‌باشد، به تفاوت‌های مقررات تصویب‌شده در باب مبانی مالکیت معادن در ایران بیشتر خواهیم پرداخت.

در همین زمینه، قانون معادن سال‌های ۱۳۶۲ و ۱۳۷۷ نیز از مهم‌ترین منابع تقنینی می‌باشند.

۲-۳. مالکیت معادن در قانون اساسی

در قانون اساسی، دو اصل ۴۴ و ۴۵ به مبحث معادن پرداخته‌اند، ولی تعریف مشخصی از نحوه مالکیت آن بیان نکرده‌اند. در همین خصوص، در بخشی از اصل ۴۴ مقرر شده است:

«نظام اقتصادی جمهوری اسلامی ایران بر پایه سه بخش دولتی، تعاونی و خصوصی با برنامه‌ریزی منظم و صحیح استوار است. بخش دولتی شامل کلیه صنایع بزرگ، صنایع مادر، بازرگانی خارجی، معادن بزرگ... هواپیمایی، کشتی‌رانی، راه و راه‌آهن و مانند این‌هاست که به‌صورت مالکیت عمومی و در اختیار دولت است.»

در اصل ۴۵ نیز معادن جزو انفال و ثروت‌های عمومی شمرده شده است. البته در این اصل مشخص نشده است که معادن در زمره انفال یا از ثروت‌های عمومی محسوب می‌شود. به‌طور کلی، اصل مزبور در مقام بیان حکم نبوده است (زینلی‌نژاد فردوسی و فرومند، ۱۳۹۶). بر مبنای قانون اساسی، معادن تحت حاکمیت حکومت اسلامی قرار دارد. هرچند با توجه به ماده ۲ قانون اصلاح قانون معادن مصوب ۱۳۹۲، ممکن است مراد از حکومت اسلامی دولت باشد. تفسیر دیگر این است که منظور از حکومت اسلامی ولیّ فقیه می‌باشد؛ همان‌طور که برخی موارد مذکور در اصل ۴۵ ق.ا. در اختیار دولت و برخی در اختیار ولیّ فقیه می‌باشد (همان). به‌علاوه، قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ ق.ا. نیز امکان واگذاری معادن بزرگ به‌جز معادن نفت و گاز به بخش خصوصی و تعاونی را تأیید کرده است؛ هرچند که وفق ماده ۶ قانون معادن مصوب ۱۳۷۷، اکتشاف ذخایر معدنی را منوط به صدور پروانه اکتشاف توسط وزارت صنعت، معدن و تجارت می‌داند و یا ماده ۹ قانون یادشده، بهره‌برداری از ذخایر معدنی را موقوف به اخذ

پروانه بهره‌برداری از وزارت صنعت، معدن و تجارت می‌نماید. لذا این قوانین با تبعیت از قانون اساسی، مالکیتی بر معادن برای اشخاص خصوصی ولو در ملک شخصی در نظر نگرفته و حق انتفاع محدودی را تحت شرایطی پذیرفته است (رحمتی، ۱۳۹۸).

۳-۳. مالکیت معادن در قانون مدنی

قانون مدنی در باب مالکیت معادن فقط در ماده ۱۶۱ مصوب ۱۳۰۷ بیان می‌دارد: «معدنی که در زمین کسی واقع شده باشد، ملک صاحب زمین است و استخراج آن تابع قوانین مخصوصه خواهد بود».

بنابراین قانونگذار از دیدگاه تبعیت مالکیت معادن از مالک زمین واقع در آن پیروی کرده است. به علاوه این ماده در ادامه قسمت اول «در احیاء اراضی موات و حیازت مباحات» قید شده است؛ فلذا می‌توانیم تفسیر کنیم که قانونگذار معادن را از زمره مباحات می‌داند، هرچند نص صریحی در این خصوص نیامده است. برخی در این خصوص معتقدند که مالکیت معادن صرفاً از طریق تبعیت از زمین حاصل می‌شود نه در نتیجه حیازت؛ و اگر در قسمت مربوط به حیازت گنجانده شده، فقط از این حیث است که چون در قانون مدنی تبعیت مملوک به عنوان قسمتی از اقسام تملک ذکر نشده و غالباً معادن در اراضی موات واقع است، لذا موقع مناسب دیگری برای ذکر آن امکان‌پذیر نبوده است (عدل، ۱۳۸۷: ۷۸).

در این ماده، قانونگذار از تعبیر «کسی» استفاده کرده و چنانچه منظور اشخاصی دیگر از قبیل دولت یا سایرین بود، بایستی از عبارت «شخصی که» استفاده می‌کرد تا حکم آن شامل همه اشخاص حقیقی و حقوقی می‌شد (زینلی‌نژاد فردوسی و فرومند، ۱۳۹۶). لذا فقط معادنی را که در ملک خصوصی افراد است، ملک صاحب زمین تلقی نموده است و انواع معادن در این ماده مورد توجه قرار نگرفته است؛ ولی اگر حکم ماده ۳۸ قانون مدنی^۱ را در خصوص معادن تسری دهیم، مالک سطح زمین، مالک معادن زیر زمین

۱. ماده ۳۸ ق.م.ا: «مالکیت زمین مستلزم مالکیت فضای محاذی آن است تا هرکجا بالا رود و همچنین است نسبت به زیر زمین، بالجمله مالک حق همه گونه تصرف در هوا و قرار دارد، مگر آنچه را که قانون استثنا کرده باشد».

نیز خواهد بود (همان).

۳-۴. قانون معادن مصوب ۱۳۷۷

در حال حاضر، قانون معتبر که همه قوانین ماقبل خود را نسخ کرده، قانون معادن مصوب ۱۳۷۷ و قانون اصلاح قانون معادن مصوب ۱۳۹۰ می باشد. ماده ۲ این قانون ضمن حفظ حق مالکیت اشخاص حقیقی و حقوقی نسبت به معادن، اعمال حاکمیت بر معادن را وفق اصول ۴۴ و ۴۵ قانون اساسی به عهده دولت گذاشته است. اصولاً اعمال حاکمیت بر معادن به نمایندگی از دولت، بر عهده وزارت صنعت، معدن و تجارت محول شده تا در حفظ حقوق افراد عمل نماید. در همین خصوص، موارد مهم زیر به نظر می رسد:

۳-۴-۱. دولت مأمور به حاکمیت

دولت به موجب اصل ۴۴ قانون اساسی و اصلاحات وارده بعدی به این اصل، بایستی به امور حاکمیتی بپردازد و بخش تصدی گری از جمله بهره برداری از معادن را به بخش غیردولتی واگذار نماید (ماده ۳ قانون اصلاح قانون برنامه چهارم توسعه). البته حتی در فرض امکان فعالیت بخش غیردولتی، دولت باید نحوه اجرای تعهدات بهره برداران را بررسی نماید، که گاهی ممکن است به سلب امتیاز ناشی از پروانه بهره برداری بینجامد (ماده ۲۰ قانون معادن مصوب ۱۳۷۷ و آیین نامه اجرایی قانون معادن مصوب ۱۳۹۲). لذا در همین خصوص باید لزوم تفکیک میان مفاهیم حاکمیت و مالکیت را بررسی نماییم. حاکمیت عبارت است از صلاحیت انحصاری برای اداره امور کشور، و حاکمیت داخلی شامل قدرت عالی و صلاحیت انحصاری برای اداره امور کشور تلقی می گردد (مدنی، ۱۳۶۸: ۱۳۷ و مالکیت عبارت است از حق استعمال و بهره برداری و انتقال یک چیز به نحو کامل، مگر در جاهایی که قانون استثنا کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۵۹۹). لذا اینکه در این مقررات، تعبیر حاکمیت دولت بر معادن به کار رفته است، امری به جا و با توجه به تفکیک مفاهیم یادشده است. البته محدوده اعمال حاکمیت دولت باید معین باشد تا خللی به حقوق بهره برداران وارد نگردد. بر همین اساس در ذیل ماده ۲ قانون معادن با تأکید بر این امر، به رعایت مالکیت اشخاص حقیقی و حقوقی توجه شده است، تا مانع

از تفاسیر احتمالی سلیقه‌ای در دادگاه‌ها گردد؛ تفاسیری که ممکن است مفهوم اعمال حاکمیت دولت را با حق مالکیت اشخاص خلط نموده و اعمال حاکمیت دولت را به مالکیت اشخاص تسری دهند.

از جمله مهم‌ترین مواد قانونی دیگر که به بحث مالکیت پرداخته، تبصره ۲ ماده ۲۲ این قانون می‌باشد و به‌طور استثنایی در این تبصره، قانونگذار از قاعده تبعیت پیروی کرده است. لذا تصویب آن محل بحث طولانی میان مجلس و شورای نگهبان گردید (زینلی‌نژاد فردوسی و فرومند، ۱۳۹۶). حتی برخی از نمایندگان مجلس نیز در جریان بررسی و تصویب این ماده، به نظریه تبعیت تا عمق عرفی اعتقاد داشته و معادن سطح‌الارضی واقع در املاک اشخاص را در ملکیت ایشان دانسته‌اند.^۱

نهایتاً قانونگذار با پیش‌بینی تبصره یادشده، برای اشخاصی که دارای املاک دایر یا مسبوق به احیاء بوده‌اند، مشروط به تسلیم درخواست به وزارت معادن و فلزات قبل از صدور پروانه اکتشاف برای سایرین، حق تقدم قائل گردیده است. البته این مواد معدنی محدود به سنگ لاشه ساختمانی و سنگ‌های تزئینی و نما شده است.

۳-۴-۲. بهره مالکانه و حقوق دولتی

در قوانین قبلی که قاعده تبعیت مالکیت معادن از مالک زمین واقع در آن پذیرفته شده بود، چنانچه معدنی توسط شخصی غیر از مالک آن استخراج می‌گردید، بهره‌بردار موظف بود درصدی از مواد مستخرجه یا قیمت عادلۀ آن را به نرخ روز به مالک زمین یا همان مالک معدن پرداخت نماید که به آن بهره مالکانه گفته می‌شود؛ لیکن پس از آخرین تحولات قوانین معادن، بهره مالکانه در قانون معادن حذف گردید (همان). بهره مالکانه معادن در حال حاضر به‌عنوان روشی برای تنظیم رابطه مالی بین صاحب پروانه و بخش خصوصی، نقش مهمی را ایفا می‌کند. در همین خصوص، بند الف ماده ۳ قانون سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، واگذاری حقوق مالکانه و حق بهره‌برداری شرکت‌هایی را که جزء گروه یک ماده ۲ قانون یادشده هستند،^۲ مجاز دانسته است که

۱. اداره تدوین مذاکرات مجلس شورای اسلامی، روزنامه رسمی، جلسه مورخ ۱۳۷۷/۲/۲۷، ص ۴۱۰.

۲. از جمله سنگ آهن گل‌گهر، چادرملو بافق، سنگان خواف، سرب و روی انگوران مهدی‌آباد.

دولت (با نمایندگی سازمان ایמידرو) با هدف حفظ حاکمیت دولت و تأمین درآمدهای عمومی، ۲۵ درصد درآمدهای حاصله از معادن یادشده را بابت بهره مالکانه دریافت می‌کند و یا به‌منظور انجام تکالیف قانون سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی تهاتر می‌نماید (بند هتبره ۷ قانون بودجه ۱۴۰۰). لذا بهره مالکانه با حقوق دولتی متفاوت است.

وفق ماده ۱۴ قانون معادن، دارنده پروانه بهره‌برداری باید درصدی از بهای ماده معدنی موضوع پروانه را به نرخ روز در سر معدن به‌صورت استخراج‌شده یا کانه‌آرایی‌شده یا فراوری‌شده در چهارچوب بودجه مصوب به تشخیص وزارت صنعت، معدن و تجارت به‌عنوان حقوق دولتی، به وزارت صنعت، معدن و تجارت پرداخت نماید. در حال حاضر، چالش‌هایی درخصوص محاسبه و وصول حقوق دولتی معادن وجود دارد؛ از جمله این چالش‌ها می‌توان به محاسبه حقوق دولتی بر مبنای میزان استخراج درج‌شده در پروانه بهره‌برداری معادن (و نه براساس استخراج واقعی معادن) یا دریافت حقوق دولتی بر مبنای فاکتور فروش (به‌جای اینکه نرخ خام ماده معدنی ملاک قرار گیرد)، در نظر گرفتن عوامل مؤثر بر معدن‌کاری (مانند مقیاس معدن‌کاری، محل و موقعیت معدن، شرایط و موقعیت منطقه، میزان و نوع کانه‌آرایی، وضعیت ذخیره معدنی، روش استخراج، نسبت باطله‌برداری، تعهدات و...)، دریافت حقوق دولتی به‌صورت درصدی از مواد معدنی فراوری‌شده (به‌جای تشویق معادن به تکمیل زنجیره ارزش) و هوشمند نبودن نظام محاسبه اشاره نمود.^۱ وفق ماده ۱۵ قانون سال ۹۰ اصولاً مواد باطله در زمان اعتبار پروانه بهره‌برداری، قابلیت استفاده توسط بهره‌بردار را دارد و در صورت عدم استفاده بهره‌بردار و انقضای مدت پروانه، متعلق به دولت می‌باشد. ممکن است مواد باطله معادن دارای ارزش زیادی باشد و منبع مناسبی برای پرداخت تعرفه‌های حقوق دولتی باشد. لذا در محاسبه تعرفه حقوق دولتی، میزان مواد باطله باید مورد محاسبه قرار گیرد. مواد باطله عبارت‌اند از موادی که در نتیجه استخراج یا کانه‌آرایی از کانه جدا می‌گردند. این مواد دارای ارزش بسیار بالایی هستند؛ از جمله اینکه دارای خواص معدنی یا شیمیایی می‌باشند.

۱. «ضرورت اصلاح نظام حقوق دولتی معادن»، *روزنامه دنیای اقتصاد*، شماره ۴۷۷۸، تاریخ ۲۴/۰۹/۱۳۹۸، خبر ۳۶۰۴۹۱۳، دسترس‌پذیر در <<https://donya-e-qtasad.com>>.

۳-۵. قانون اصلاح قانون معادن مصوب ۱۳۹۰

یکی از منابع درآمدی دولت، دریافت تعرفه سالانه و مبالغ مربوط به تبصره‌های ۲ و ۳ ماده ۶ قانون معادن می‌باشد. قانون اصلاح قانون معادن مصوب ۱۳۹۰ با اعمال اصلاحاتی در قانون سال ۱۳۷۷ دو تبصره یادشده را در قانون گنجانده. در تبصره ۳ ماده ۶ مقرر گردیده که دارندگان پروانه اکتشاف به استثنای مالک یا مالکان شخصی در ملک خود یا موقوفات از زمان صدور پروانه اکتشاف، سالانه به ازای هر کیلومتر مربع از محدوده اکتشافی، مبلغی به دولت پرداخت نمایند که بایستی براساس تعرفه‌ای باشد که سالانه از طرف وزارت صنعت، معدن و تجارت پیشنهاد می‌شود و در شورای عالی معادن به تصویب می‌رسد. در همین خصوص، معاونت امور معادن و صنایع معدنی با ارائه درخواست تعرفه‌های یادشده و نهایتاً مصوبه شورای عالی معادن ابلاغ می‌گردد (https://www.mimt.gov.ir/fa/general_content/161762,1400/6/17).

به‌علاوه، وفق تبصره ۲ ماده ۶، مبلغی نیز در زمان تعیین و تحویل محدوده بلامعارض توسط متقاضیان پروانه اکتشاف پرداخت شود.

۴. مبانی مالکیت معدن در حقوق آمریکا

اگرچه در نظام حقوقی آمریکا، دولت فدرال مالک سطح بیشتر زمین‌های معدنی و ذخایر آن می‌باشد، ولی دولت مالک هیچ معدن کاری یا شرکت معدنی نمی‌باشد و مالکیت خصوصی در صنایع معدنی به‌طور منحصربه‌فردی حاکم است و نیز اصل عدم تبعیض در قبال تمام متقاضیان محدوده‌های معدنی اعمال می‌شود. با رعایت مقررات فدرالی و محلی، هم در سطح زمین و هم در رگه‌های رسوبی به‌صورت عمودی، حق مالکیت مواد معدنی پذیرفته شده است تا حدی که از مرزهای عمودی زمین یا رگه‌های رسوبی تجاوز نکند (Kahalley et al., 2016: 233). البته قوانین آمریکا داشتن تابعیت برای مالکیت مواد معدنی یا اجاره اراضی فدرالی را الزامی می‌داند؛ اگرچه شرکت‌های بین‌المللی می‌توانند با استفاده از مدارک تابعیت شرکت‌های آمریکایی، این خلأ را پوشش دهند (Ibid.).

نظام حقوقی آمریکا مبتنی بر قانون اساسی و قوانین فدرالی و محلی و نیز

دستورالعمل‌های اداری می‌باشد. دولت فدرال و ایالتی مقررات معدنی متنوعی را مقرر نموده‌اند تا حدی که این مقررات مفصل و مدرن نظام حقوقی کامن‌لا آمریکا را در این حوزه شبیه کشورهای رومی ژرمنی نموده است. البته این مقررات تحت رویه قضایی مبتنی بر اصول حقوقی کامن‌لا و بعضاً تشکیلات اداری اجرا می‌شوند.^۱

نظام حقوق معادن آمریکا، متشکل از سطوح زیادی از قوانین مدون و غیرمدون در دو حوزه ایالتی و فدرال است. البته قانون اصلی حاکم بر حقوق معادن در آمریکا مصوب سال ۱۸۷۲ می‌باشد. این قانون به مواد معدنی موجود در اراضی عمومی محدود شده است و مبنای مالکیت در این حوزه در کشور آمریکا، مبتنی بر مالکیت عمومی و متعلق به دولت فدرال است. قانون فوق این اجازه را به شهروندان می‌دهد که در بیشتر زمین‌های متعلق به دولت فدرال، آزادانه برای استخراج مواد معدنی کاوشگری کنند و همچنین اگر مواد معدنی باارزشی کشف کردند، با طرح دعوی در دادگاه، حق استفاده از آن زمین برای فعالیت‌های معدنی به آن‌ها داده شود و حق فروش مواد استخراج‌شده را بدون پرداخت پول به دولت فدرال داشته باشند. اشخاصی که خواهان تعلق حقوق مربوط به معادن، به خود هستند، می‌توانند با پرداخت ۵ دلار برای هر جریب (۴۰۴۶ متر مربع) زمین، مالکیت مطلق آن زمین و مواد معدنی موجود در آن را به دست آورند.

قانون اساسی آمریکا در حوزه حقوق معادن از عبارت «بقیای باارزش» استفاده کرده و برای آن اجازه صدور حق امتیاز قائل شده است. در این زمینه، آمریکا تابع نظام کامن‌لاست؛ ولی در مقام اجرا، این کشور اغلب مشابه کشورهای تابع نظام حقوق نوشته است؛ زیرا مقررات مربوطه به صورت مدون و مفصل تدوین شده است. در عمل، مقررات مربوط به این حوزه تابع تفسیری است که براساس رویه دادگاه‌ها و براساس اصول حقوق کامن‌لا انجام می‌شود.

این موضوع که دولت فدرال تا چه اندازه بر فعالیت‌های معدنی صلاحیت نظارت دارد، تا حد زیادی وابسته به مالکیت سطح زمین و مواد معدنی می‌باشد. معدن‌کاری در این کشور در زمین‌هایی انجام می‌شود که دولت فدرال هم مالک آن‌ها و هم مالک

1. 43 CFR Sections 3000.0-5 to 3936.40 (Bureau of Land Management minerals management regulations).

مواد معدنی است.

در حوزه حقوق مربوط به معدن، قوانین دیگری هم در آمریکا وجود دارد که به برخی از آن‌ها اشاره می‌شود:

- قانون سال ۱۹۴۷؛ امکان فروش شن و ماسه متعلق به دولت فدرال را می‌دهد.
- قانون سال ۱۹۷۰؛ ناظر بر استانداردهای کیفیت هواست که معدن‌کاران باید آن را رعایت کنند.

همان‌گونه که در حقوق استرالیا مجوزهای مربوط به حوزه معدن متعدد می‌باشد، در آمریکا نیز مجوزهای زیادی برای فعالیت‌های معدنی لازم است که مورد اشاره قرار می‌گیرد:

- مجوز کیفیت هوا،
- مجوز استفاده از تالاب مصنوعی،
- مجوز انتقال زباله‌های خطرناک،
- مجوز حفاری،
- مجوز آب،
- مجوز استفاده از جاده.

در مقام مقایسه بین دو نظام ایران و آمریکا می‌توان این‌گونه اظهار داشت که در هر دو نظام حقوقی، مالکیت اراضی معدنی اغلب تحت مالکیت حکومت است؛ ولی در نظام حقوقی آمریکا صنایع معدنی و شرکت‌های معدنی مطلقاً در مالکیت بخش خصوصی است، درحالی‌که در نظام حقوقی ایران بخش عمده صنایع معدنی متعلق به دولت (مانند شرکت ایمیدرو) و یا شرکت‌های شبه‌دولتی مانند صندوق‌های بازنشستگی است.

۵. مبانی مالکیت معدن در حقوق استرالیا

سیاست و خط مشی دولت فدرال استرالیا در تمام سطوح به‌گونه‌ای هدف‌گذاری شده که نظام قانونی و رویه کاملاً تبیین‌شده‌ای را که باید بر پروژه‌های معدنی حاکم باشد، تبیین کند. صرف‌نظر از اجبار سیاسی، تمامی دولت‌ها به این امر واقف هستند

که سرمایه‌گذاری مطلوب خارجی، برای تأمین بودجه پروژه‌های معدنی در مقیاس بزرگ، ایجاد انگیزه می‌کند.

عنصر کلیدی در حوزه معدن در استرالیا، توسعه نظام‌مند چارچوبی حقوقی است که با هدف حمایت از فعالان حوزه معدن و تأمین منافع آنان بنا نهاده شده است؛ به‌ویژه در زمان حرکت از بهره‌برداری به سمت توسعه و مراحل عملیاتی. به همین دلیل است که در نظرسنجی انجام‌شده در سال ۲۰۰۵، استرالیا امن‌ترین کشور در حوزه سرمایه‌گذاری در معدن نام گرفته است. شفافیت نظام حقوقی حاکم بر معادن در استرالیا در این زمینه از اهمیت بسیار زیادی برخوردار است (Chambers, 2010: 3). در نظرسنجی دیگری که در سال ۲۰۱۴ در این زمینه انجام شده است، استرالیا تنها بعد از کشور کانادا مقام دوم را در حوزه جذب سرمایه‌گذاری در زمینه معدن دارد.^۱

نظام حقوقی استرالیا از سطوح متعددی از قوانین مدون و غیرمدون ایالتی فدرال و محلی تشکیل یافته است. چهارچوب اصلی قانونگذاری منبعث از قانون اساسی و مقررات موضوعه و دستورالعمل‌های اداری می‌باشد. در همین خصوص، دولت‌های فدرالی مقررات معدنی جامعی را طراحی نموده‌اند. اگرچه استرالیا تابع حقوق کامن‌لا می‌باشد، دارای تفاوت اساسی با بسیاری از نظام‌های مشابه دیگر است. در همین خصوص به‌طور کلی استرالیا یک قانون اساسی فدرال تحت دموکراسی پارلمانی دارد که از سال ۱۹۰۱ در نتیجه یک توافق میان شانزده ایالت به وجود آمده است.

از سال ۱۸۵۵، پارلمان‌های ایالات مالکیت مواد معدنی را برای مقام سلطنتی تصویب کردند. بنابراین توسعه حقوق معادن استرالیا بر مبنای مالکیت ملکه یا دولت‌های فدرالی استمرار یافت و به‌جای بخش خصوصی، دولت‌های فدرالی پروانه‌های اکتشاف تا بهره‌برداری را صادر می‌نمودند.

در رابطه با مالکیت مواد معدنی، شیوه معمول این است که همه عناوین ناظر بر مالکیت در حوزه ایالت یا قلمرویی که مواد معدنی در آن واقع شده است، تحت حاکمیت قانون قرار گیرد. بنابراین ساختار قانونی ناظر بر توسعه پروژه‌های معدنی به‌وسیله

1. Behre-Dolbear Group Inc, 2014 Ranking of Countries for Mining Investment, <<https://dolbear.com/resources/where-to-invest-2014>>.

مقررات متنوع ایالتی مورد تقنین قرار می‌گیرد. در این حوزه، هر ایالت و قلمرویی مقررات خاص خود را درخصوص اکتشاف و توسعه عملیات معدنی دارد. درحالی‌که تلاش کمی در جهت استانداردسازی این مقررات به عمل آمده است، ولی به‌طور کلی این مقررات شباهت‌های قابل توجهی با هم دارند. به‌عنوان نمونه می‌توان به قوانین چند ایالت اشاره کرد.^۱ در ایالت ویکتوریا، مالکیت سلطنتی یک امر همگانی است. در استرالیا، جنوبی، قاعده تعلق همه معادن به پادشاهی اعمال می‌شود. در تاسمانیا و ولز جنوبی جدید، این قاعده در مورد معادن مختلف به‌گونه متفاوتی اعمال می‌شود. در ایالت تاسمانیا درخصوص طلا، نقره، نفت و در ولز جنوبی جدید در مورد زغال‌سنگ این قاعده اعمال می‌شود.

در مواردی که حق مالکیت معدن به پادشاهی تعلق دارد، ممکن است پروانه‌های اجاره برای زمین و مواد معدنی اعطا شود. مالکیت دولت منجر به این امر شد که به‌جای مالکان خصوصی، دولت رژیم قانونی حاکم بر اکتشاف و تولید مواد معدنی را مقرر کند. سیاست‌های دولت کنونی استرالیا در همه سطوح با هدف فراهم کردن نظامی که به‌طور مناسب نسبت به تدوین مقررات و رویه‌هایی که حاکم بر توسعه پروژه‌های معدنی و فعال کردن سرمایه‌گذاری خارجی باشد، اهتمام می‌نماید (Ibid.: 5). هر ایالت و قلمرویی درخصوص اعطا و مدیریت اکتشاف و تولید مواد معدنی مسئول است. همه رژیم‌های قانونی متنوع دست‌کم دو مرحله را به انجام می‌رسانند: اکتشاف و معدن‌داری. البته در برخی موارد، مرحله مالکیت نیز وجود دارد که دارنده پروانه اجاره را مجاز می‌کند تا حقوق ناظر بر محدوده مقرر را بعد از کشف و قبل از اینکه به تولید تجاری برسد، اعمال نماید (La Flèche, 2019: 14). این موضوع در ادامه با تفصیل بیشتری بررسی خواهد شد.

وضعیت حقوقی پیش‌فرض در استرالیا این است که تمام مواد معدنی که در یک

1. New South Wales: Mining Act 1992 and the Petroleum (Onshore) Act 1991; Victoria: Mineral Resources Development Act 1990; South Australia: Mining Act 1971; Queensland: Mineral Resources Act 1989; Western Australia: Mining Act 1978; Tasmania: Mineral Resources Development Act 1995.

ایالت در همان محدوده واقع شده، واگذار می‌شود. فعالیت‌های معدنی در زمین‌های پادشاهی و یا خصوصی، تحت حاکمیت عمومی مقررات معدنی قرار دارد و توسط سازمان معادن هر ایالت که متصدی امور اداری معادن و نیز اعطاء مجوزهای مربوطه به اشخاص ذی‌نفع برای انجام فعالیت‌های معدنی است، کنترل می‌شود. درحالی‌که ایالت مالک قانونی معادن است، دارنده مجوز صادره، مالک انحصاری محدودده مورد نظر در زمینه اهداف معدنی است و حقوق مربوط به دولت را پرداخت می‌کند. اصولاً برای تعیین مالکیت مواد معدنی در استرالیا، محلی که معدن در آن واقع شده است، ملاک قرار می‌گیرد. بخش عمده پهنه‌های معدنی در استرالیا متعلق به حاکمیت سلطنتی یا جزو مشترکات عمومی محسوب می‌شود. فعالیت‌های معدنی تحت حاکمیت قانونی مقررات عمومی معدن است و توسط سازمان معادن هر ایالت اداره می‌شود که مسئولیت امور اداری و اعطای مجوز به طرفین ذی‌نفع را بر عهده دارد؛ درحالی‌که مالکیت قانونی مواد معدنی متعلق به مقام سلطنتی یا ایالت است. در همین خصوص، بند ۹ قسمت اول قانون توسعه منابع معدنی مصوب ۱۹۹۰ ایالت ویکتوریا بدین امر اشاره دارد (Ibid.: 15).

در زمینه مالکیت در نظام حقوقی استرالیا، اماره‌ای وجود داشته که «هرکس خاکی به او تعلق داشته باشد، آسمان و عمق نیز به او تعلق دارد». مشابه این اماره در قانون مدنی ایران در ماده ۳۸ آمده است که مقرر می‌دارد:

«مالکیت زمین مستلزم مالکیت فضای محاذی آن است تا هرکجا بالا برود و همچنین است نسبت به زیر زمین. بالجمله مالک حق همه‌گونه تصرف در هوا و فراز گرفتن دارد، مگر آنچه را که قانون استثنا کرده باشد».

اماره فوق در حقوق استرالیا، این نتیجه را در بر داشت که: مالک زمین، مالک مواد معدنی و سطح آن می‌باشد. ولی علی‌رغم قاعده پیش‌گفته، عملاً قاعده عمومی این است که مقام سلطنتی مالک همه مواد معدنی است و این امر در قوانین پیش‌بینی شده است و در کلیه پروانه‌های صادره، حق شرط (رزرو) پادشاهی باید اعمال شود. در واقع، قاعده مالکیت معادن به تبع مالکیت زمین براساس مقررات بعدی ملغی شده و قاعده عمومی در حال حاضر این است که پادشاهی مالکیت کلیه معادن را داراست.

در همین زمینه در اوایل قرن شانزدهم میلادی با رأی که در «پرونده معادن» یا ماینر لایسنس^۱ به نفع ملکه الیزابت اول صادر شد، این اماره (اماره تعلق مواد معدنی به مالک زمین) با حق اولویت استثنایی در مالکیت معادن طلا و نقره، چه آن‌ها که در اراضی عمومی و چه در اراضی خصوصی واقع شده بودند، به نفع ملکه محدود گردید (Blainey, 2003: 3).

با این توضیح که در سال ۱۵۶۸ میلادی، در مورد پرونده معادن (R v Earl of Northumberland) تصمیم‌گیری شد. در رسیدگی به این پرونده، علاوه بر شیوه معمول چهار قاضی، هیئتی مرکب از ۱۲ قاضی عالی‌کامن‌لا در دادگاه تجدیدنظر، چنین رأی دادند که تمامی معادن طلا و نقره در محدوده قلمروی پادشاهی، براساس امتیاز ویژه به ملکه تعلق دارد. این حق ملکه همراه با اختیار کاوش و حفاری و حمل مواد معدنی مربوطه همراه است. این رأی، مبنایی در حقوق کامن‌لا از جمله انگلستان و ولز گردید و بعداً عیناً در قانون معادن برخی ایالت‌های استرالیا گنجانده شد؛ از جمله ایالت ولز جنوبی جدید با الهام از رأی یادشده در قانون ماینر لایسنس^۲ حق اولویت سلطنتی را پذیرفت. حق ویژه پادشاهی هم در نظام کامن‌لا و هم در قانونگذاری مرعی می‌باشد (Williams, 2003: 4).

در نظام حقوقی استرالیا، سه مرحله متمایز برای صدور پروانه‌های معدن به شرح زیر وجود دارد: مرحله استخراج اولیه، مرحله ارزیابی و اکتشاف و مرحله پیشرفته اکتشاف. نکته مهم این است که سیستم حقوقی استرالیا تمام این مراحل را در یک چهارچوب کلی استخراج تدوین نموده است. در همین خصوص، حق اولویت برای شخص مکتشف لحاظ می‌شود و تا پایان مراحل استخراج از این حق پشتیبانی می‌گردد. به‌عنوان نمونه در پروانه اجاره اولیه^۳، برای شخص حق کار و ارزیابی معدن در محدوده‌های معدنی لحاظ شده است. به‌علاوه، پروانه چشم‌انداز^۴ هم برای اشخاص با هدف منتفع شدن و

1. Miner's License.

۲. منظور از قانون ماینر لایسنس، همان تعلق معادن طلا و نقره به ملکه است.

3. Mining lease.

4. Prospecting license.

اعمال تجاری در قوانین ایالتی استرالیا مقرر شده است؛ هرچند در این دوره کوتاه، محدودیت‌هایی نیز برای اشخاص وجود دارد، از جمله اینکه دارنده حق درخواست، حق درخواست برای چشم‌انداز یا اکتشاف برای مدت سه ماه را ندارد. آنچه در مقررات ایران تاکنون پیش‌بینی نگردیده است، اشخاص غیرواقعی می‌باشند که به جای اشخاصی که قانوناً پروانه به نام آن‌ها صادر گردیده است، اقدام به عملیات معدنی می‌نمایند. انواع معمول مجوزهای صادره برای قلمروهای معدنی را که در سطور بالا به آن اشاره شد، می‌توان در جدول زیر خلاصه کرد (la Fleche, 2019: 15).

اجاره معدن	گواهی ابقاء	گواهی استخراج	
توسعه و استخراج تولیدات تجاری و مواد معدنی را در محدوده معدنی مورد اجاره ممکن می‌سازد.	جایی که معدن‌کاری غیرعملی باشد، برنامه را در عملیات اکتشاف مواد معدنی حفظ کرده و پوشش می‌دهد، تا زمانی که تولید تجاری میسر و عملی باشد.	به دارنده اجازه می‌دهد که عملیات استخراج و ارزیابی اقدامات ناظر به آینده را انجام دهد.	هدف
براساس حوزه تحت صلاحیت، متفاوت است. برای مثال، در استرالیا غربی ۲۱ ساله است و اغلب براساس طول عمر معدن تعیین می‌شود.	اغلب برای یک دوره پنج‌ساله (با حق تمدید) اعطا می‌شود.	اغلب برای یک دوره پنج‌ساله (با حق تمدید) اعطا می‌شود و معمولاً در دوره زمانی مورد نظر، موضوع واگذاری اجباری یا انصراف در هر سال مطرح می‌گردد.	شرط نوعی
مالکیت انحصاری محدوده؛ ملک برای عملیات معدنی؛ حق تأسیس و اجرای تسهیلات تولیدی (موضوع تأییدیه‌های فرعی) و استخراج میزانی از مواد معدنی برای فروش یا صادرات.	ورود به محدوده برای ارزیابی و تعیین قیمت عملیات؛ حق اعمال تبدیل به گواهی اجاره معدن، زمانی که ماده مورد نظر از نظر تجاری مناسب تلقی شود.	ورود به محدوده برای بهره‌برداری از عملیات؛ استخراج میزان معینی از مواد معدنی برای ارزیابی؛ حق اعمال تبدیل به گواهی ابقاء یا اجاره معدن.	حقوق
تعهدات سلطنتی مربوط به مواد معدنی استخراج‌شده،	دارنده این گواهی برای استقرار ماهیت منابع و نشان دادن	حداقل تعهدات هزینه بهره‌برداری سالانه برای	اشکال

تضمین مناسب قیمت گذاری اعمال می‌شود؛	این موضوع که چرا ماده معدنی تولیدی از نظر تجاری، عملی نیست (ولی متعاقباً می‌تواند به‌صرفه و عملی شود) مورد نیاز است؛ پرداخت اجاره‌بهای سالانه	قابل پرداخت به حاکمیت
پرداخت اجاره‌بهای سالانه برای حفظ و نگهداری ملک محدوده معدنی در حالت مناسب.	پرداخت اجاره‌بهای سالانه نیز مورد نیاز است.	پرداخت اجاره‌بهای سالانه مورد نیاز است؛ پرداخت‌های مربوط به نوسازی محیطی.

(<https://trove.nla.gov.au/newspaper/article/230772190nv,1400/4/7>)

علاوه بر گواهی‌ها و مراحل مذکور در جدول فوق، در نظام حقوقی استرالیا مجوزها و گواهی‌های دیگری هم وجود دارد. مجوزهای معمول و مهم که برای اکثر فعالیت‌های معدنی اعمال می‌شود، شامل مجوزهای محیطی،^۱ مجوزهای بسط و توسعه^۲ و نقشه‌کشی،^۳ سلامت^۴ و امنیت،^۵ حق استفاده از آب و الکتریسیته می‌باشد. در حال حاضر، یکی از موضوعات مهم برای بسیاری از معدن‌کاران در استرالیا، حجم بالای مجوزهای دولتی است که برای پروژه‌های معدنی لازم است و اغلب، بیشتر شدن این‌گونه مجوزها توسط قانونگذاران ایالتی و مشترک‌المنافع^۶ مقرر شده است (Ibid: 17). به‌عنوان نمونه‌ای از مسائل قانونی که معدن‌کاران استرالیا با آن مواجه هستند، می‌توان به پروژه سنگ معدن آهن روی هیل^۷ در سال ۲۰۱۴ اشاره کرد که در منطقه پیلبارا^۸ در استرالیا غربی واقع شده است (پروژه ۵۵ میلیون تنی سنگ معدن آهن در هر سال) که برای رسیدن به مرحله ساخت‌وساز^۹ نیاز به حدود ۴۰۰۰ مجوز دولتی دارد.^{۱۰}

1. Environmental permits.
2. Development approvals.
3. Planning approvals.
4. Health permits.
5. Safety permits.
6. Common wealth.
7. The Roy Hill iron ore project.
8. Pilbara.
9. Construction phase.
10. Hancock Prospecting Pty Ltd announcements, <<https://www.royhill.com.au/wp-content/uploads/2016/05/Roy-Hill-Wins-PMI-Project-Award-1.pdf>>.

یکی از مسائل حقوقی مرتبط با مالکیت معادن در استرالیا، حقوق شخص ثالث^۱ است. تا سال ۱۹۹۲، نظام حقوقی استرالیا هیچ گونه حقی را برای ساکنان بومی استرالیا نسبت به زمین و آب در نظر نگرفته بود. به موجب رأی دیوان عالی استرالیا در پرونده مابو^۲ این گونه مقرر شد که حقوق اشخاص بومی، هنگام استفاده اشخاص غیربومی از حق مالکیت خود محفوظ است.

موضوع حقوق اشخاص بومی در استرالیا بسیار پیچیده است و این مقاله فرصت بحث درباره آن را ندارد؛ ولی عموماً مقررات کلیدی در این زمینه در قانون بومیان مصوب سال ۱۹۹۳^۳ مقرر شده که اهداف آن به شرح زیر است:

- شناسایی حقوق برای بومیان و حمایت از آن؛
 - اعتبار بخشیدن به اقدامات پیشین بومیان؛
 - فراهم کردن راه‌هایی که از طریق آن اقدامات آینده در زمینه حقوق بومیان ممکن شود؛
 - فراهم کردن زیرساخت‌هایی برای منافع رقابتی.
- به‌عنوان نمونه‌هایی از حقوق در نظر گرفته‌شده برای بومیان در مقابل مالکان معادن می‌توان به این موضوع اشاره کرد که قانون پیش‌گفته، مذاکره مبتنی بر حسن‌نیت را مقرر کرده است. این توافق عموماً شامل جبران خسارت به اجتماع بومیان، مقررات مربوط به استخدام یا منافع اجتماعی و اهمیت حمایت از میراث فرهنگی می‌باشد و اگر طرفین به چنین توافقی نرسند، نوبت به مرحله قضایی براساس قانون فوق می‌رسد (Ibid.: 19-20).

نتیجه‌گیری

بر دیدگاه‌های مختلف تعیین مالکیت معادن شامل تعلق به انفال یا مباحات و اینکه مالکیت معادن تابع زمینی باشد که در آن واقع شده است، ایرادات روایی مطرح است. دیدگاه انفال بودن معادن، علی‌رغم انتقاداتی که به آن وارد شده، از ادله نقلی موجهی برخوردار است و به‌علاوه، زمینه بهره‌مندی عموم از ثروت‌های ملی را ایجاد کرده و

1. Third party rights.
2. Mabo v. Queensland (1992).
3. Native Title Act 1993 (Cth) (NTA).

مانع می‌شود که اشخاص قدرتمند، از ثروت بیشتری هم برخوردار گردند. در آیه ۷ سوره حشر نیز در فلسفه تشریح انفال این گونه آمده است: «برای اینکه غنائم دست‌به‌دست میان توانگران نگردهد»، و برخی از روایات را که ایرادات دلالتی دارند، براین اساس می‌توان تأویل نمود. لذا این دیدگاه را نسبت به دو دیدگاه دیگر بیشتر می‌توان مورد پذیرش قرار داد. قانون اساسی نیز معادن را در زمره انفال و ثروت‌های عمومی قرار داده است؛ اما مشخص نکرده که جزء کدام یک است. اصل ۴۴ معادن بزرگ را در مالکیت عمومی دانسته و ماده ۱۲ قانون اصلاح قانون معادن مصوب ۱۳۹۰ نیز در همین راستا، تشخیص و تعیین معادن بزرگ و نحوه بهره‌برداری از آن‌ها را در صلاحیت شورای عالی معادن و در نتیجه قاعداً قابل واگذاری به اشخاص دانسته است. به‌علاوه، قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴، واگذاری تمامی معادن بزرگ به استثنای معادن نفت و گاز را به بخش خصوصی و تعاونی مجاز دانسته است. این اعمال حاکمیت بر معادن که وفق اصول ۴۴ و ۴۵ قانون اساسی به عهده دولت گذاشته شده، با حفظ حق مالکیت اشخاص حقیقی و حقوقی نسبت به معادن مقرر گردیده است. البته اعمال حاکمیت دولت در مواردی از جمله تعیین حقوق دولتی، بدون رعایت معیارهای مختلف تصریح‌شده در قانون می‌باشد؛ با این توضیح که تعیین حقوق دولتی در عمل و بر مبنای تشخیص شورای عالی معادن صرفاً بر مبنای معیار عیار ماده معدنی می‌باشد و این امر می‌تواند حقوق خصوصی بهره‌برداران را متزلزل نماید.

نظام حقوقی استرالیا مجموعه‌ای از مقررات مدون و غیرمدون فدرال، ایالتی و محلی می‌باشد. حاکمیت دولت ممکن است منبعث از مقررات و دستورالعمل‌های اداری و قوانین موضوعه باشد. معدن‌کاری در زمین‌های فدرال تابع سطوح متعدد فدرال دولتی و قوانین محلی می‌باشد؛ درحالی‌که در قانون معادن ایران صرف‌نظر از تفاوت‌های محلی، محدوده‌های معدنی از یزد و کرمان تا آذربایجان از مقررات ملی یکسان برخوردارند. اگرچه استرالیا تابع حقوق کامن‌لا می‌باشد، ولی اجرای نظام حقوق معادن به‌صورت کاملاً مفصل و مشابه کشورهای رومی ژرمنی است. حقوق استرالیا و آمریکا مقررات جامع‌تری را نسبت به قانون ایران مقرر نموده است؛ از جمله اینکه در نظام حقوق معادن استرالیا و آمریکا برخلاف نظام صدور پروانه‌های معدنی سنتی و

محدود در ایران، برای مکتشفان، پروانه‌های متعددی از استخراج، بقا، اجاره، بسط و توسعه، نقشه‌کشی، زیست‌محیطی گرفته تا آب صادر می‌شود. با الگوبرداری از این شیوه صدور پروانه‌های متعدد و اعمال آن در نظام حقوقی ایران، مالکیت خصوصی بر مواد معدنی تثبیت شده و زمینه غلبه دیدگاه حقوق خصوصی بر عمومی نسبت به معادن تقویت می‌شود. به‌علاوه، امکان تحقق حق مالکیت مواد معدنی، حقوق استرالیا را مستعد جذب بیشترین سرمایه‌گذاری قرار داده است. در همین خصوص، کل مراحل معدن‌کاری شامل اکتشاف و استخراج به‌عنوان یک سیستم جامع در نظر گرفته شده و بر همین اساس، نظام صدور پروانه‌ها دارای ثبات و شفافیت است. بر این پایه، مالکیت مواد معدنی از دولت فدرال به اشخاص خصوصی منتقل می‌شود؛ به‌نحوی که این اشخاص بتوانند در قراردادهای با ارزش معدن‌کاری از جمله با اشخاص ثالث وارد گردند. به‌عنوان مثال در استرالیا، غربی، دارندگان پروانه‌های چشم‌انداز، استخراج و اجاره، حق باثبات درخواست پروانه‌های با ارزش اجاره معدن در محدوده‌های مستعد آن کشور را در همان اراضی مورد اکتشاف اولیه خود دارا هستند و موقعیت این ذخایر معدنی، حق دسترسی به منافع را چه در مواد غیرفلزی از قبیل سنگ گرانیت و چه فلزی از قبیل طلا و نیکل به یابنده می‌دهد؛ امری که معادل وضعیت آن در بخش اکتشاف قانون حقوق معادن ایران صرفاً دارا بودن حق اولویت غیرالزام‌آور و غیرشفاف برای مکتشفان را مقرر نموده است. در آمریکا صنایع معدنی صرفاً در مالکیت بخش خصوصی از قبیل شرکت‌های نیومانت (طلا)، پیادی (زغال‌سنگ) و فری‌پورت (مس) قرار دارد و دولت مالک هیچ معدن‌کاری یا شرکت معدنی نمی‌باشد و سرمایه‌گذاری خارجی را مطلقاً محدود نمی‌کند؛ برخلاف نظام حقوقی ایران که نهادهای دولتی و شبه‌دولتی در بخش معادن حضور چشمگیری دارند و این امر زمینه‌ساز کاهش انگیزه معدن‌کاران و تضعیف فعالیت‌های معدنی در بخش خصوصی می‌شود. لازم به توضیح است که در حقوق ایران مبنای اصلی مالکیت با حاکمیت است؛ همان‌گونه که در نظام حقوقی استرالیا نیز مالکیت معادن متعلق به مقام سلطنتی و در آمریکا دولت فدرال است. ولی در دو نظام حقوقی مذکور با توجه به مبانی اشاره‌شده، زمینه فعالیت در بخش خصوصی در این حوزه بیشتر از حقوق ایران وجود دارد.

فهرست منابع

۱. ابن اثیر جزری، مجدالدین ابوالسعادات مبارک بن محمد، *النهاية في غريب الحديث والاثار*، تحقیق و تصحیح محمود محمد طناحی و طاهر احمد زاوی، چاپ چهارم، قم، اسماعیلیان، ۱۳۶۷ش.
۲. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ق.
۳. ابن فهد حلی، جمال‌الدین احمد بن محمد اسدی، *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ق.
۴. ابن منظور افریقی مصری، ابوالفضل جمال‌الدین محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۴ق.
۵. اشتهاودی، علی پناه، *مدارک العروه*، تهران، دار الاسوه، ۱۴۱۷ق.
۶. انصاری، مرتضی بن محمد امین، *کتاب الخمس*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ق.
۷. پیلوار، رحیم، و مریم رجبی، *بررسی حقوق حاکم بر چاه‌های آب و قنات‌ها در ایران*، چاپ دوم، تهران، انتشار، ۱۳۹۸ش.
۸. جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، قم، مکتبه الداوری، ۱۴۱۰ق.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمینولوژی حقوق*، چاپ ششم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۲ش.
۱۰. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، قم، مؤسسه آل‌البتین، ۱۴۱۲ق.
۱۱. خامنه‌ای، سیدمحمد، *مالکیت عمومی*، چاپ دوم، تهران، انتشارات علمی و فرهنگی، ۱۳۷۵ش.
۱۲. خوانساری، سیداحمد بن یوسف، *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*، چاپ دوم، تهران، مکتبه الصدوق، ۱۴۰۵ق.
۱۳. دهنخدا، علی‌اکبر، *لغت‌نامه*، چاپ دوم، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۷ش.
۱۴. رحمتی، مالک، *نظام حقوقی حاکم بر مالکیت و قراردادهای مرتبط با بهره‌برداری از معادن در جمهوری اسلامی ایران و ایالات متحده آمریکا با مطالعه تطبیقی در فقه اسلام*، رساله دکتری رشته فقه و حقوق خصوصی، تهران، دانشگاه خوارزمی، ۱۳۹۸ش.
۱۵. زینلی نژاد فردوسی، ابراهیم، و لادن فرومند، «حاکمیت بر معادن در فقه امامیه»، پنجمین همایش ملی فقه، حقوق و علوم جزا، ۱۳۹۶ش.
۱۶. صافی گلپایگانی، علی، *ذخیره العقبی فی شرح العروة الوثقی*، قم، گنج عرفان، ۱۴۲۷ق.
۱۷. صالحی مازندرانی، محمد، و جواد سالمی، «وضعیت فقهی حقوقی معادن واقع در اراضی شخصی»، *فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، سال یازدهم، شماره ۲۱، پاییز و زمستان ۱۳۹۸ش.
۱۸. صدر، سیدمحمدباقر، *اقتصادنا*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی شعبه خراسان، ۱۴۱۷ق.
۱۹. «ضرورت اصلاح نظام حقوق دولتی معادن»، *روزنامه دنیای اقتصاد*، شماره ۴۷۷۸، تاریخ ۱۳۹۸/۰۹/۲۴. خبر ۳۶۰۴۹۱۳، دسترس پذیر در <https://donya-e-eqtasad.com>.
۲۰. طاهری، حبیب‌الله، *حقوق مدنی (۱ و ۲)*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۹۲ش.
۲۱. طباطبایی حائری، سیدعلی بن محمدعلی، *ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالادلة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۲ق.
۲۲. «ظرفیت‌های کم‌نظیر معادن ایران»، *روزنامه دنیای اقتصاد*، شماره ۳۴۳۳، تاریخ ۱۳۹۳/۱۲/۱۲، خبر

- ۳۲۶۷۱۰۷، دسترس پذیر در <<https://donya-e-eqtesad.com>>.
۲۳. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال‌الدین مکی، *الدروس الشرعية فی فقه الامامیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
۲۴. عدل (منصورالسلطنه)، مصطفی، *حقوق مدنی*، قزوین، طه، ۱۳۸۷ش.
۲۵. علامه حلی، ابومنصور جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *منتهی‌المطلب فی تحقیق المذهب*، مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه، ۱۴۱۲ق.
۲۶. کاشف‌الغطاء، علی بن محمدرضا، *النور الساطع فی الفقه النافع*، نجف، مطبعة الآداب، ۱۳۸۱ق.
۲۷. کنعانی، محمدطاهر، *تملك اموال عمومی و مباحات*، تهران، میزان، ۱۳۸۷ش.
۲۸. لطیفی نیا، مهشید، *اسناد معادن ایران (۱۳۰۰-۱۳۳۲ ه.ش)*، تهران، سازمان اسناد ملی ایران، ۱۳۷۶ش.
۲۹. محقق داماد، سیدمحمد، *کتاب الخمس*، تقریر عبدالله جوادی آملی، قم، دار الاسراء، ۱۴۱۸ق.
۳۰. مدنی، سیدجلال‌الدین، *حقوق اساسی و نهادهای سیاسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران، سروش، ۱۳۶۸ش.
۳۱. مشکینی اردبیلی، علی‌اکبر، *مصطلحات الفقه*، چاپ پنجم، قم، الهادی، ۱۴۱۹ق.
۳۲. مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری بغدادی، *المقتنه*، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ق.
۳۳. موسوی خلیجی، سیدمحمد مهدی، *الحاکمیه فی الاسلام*، قم، مجمع اندیشه اسلامی، ۱۴۲۵ق.
۳۴. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *تحریر الوسیله*، قم، دار العلم، بی تا.
۳۵. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *المستند فی شرح العروة الوثقی*، تقریر علی غروی، بی جا، بی تا، بی تا.
۳۶. همو، *موسوعة الامام الخوئی*، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۱۸ق.
۳۷. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۴ق.
۳۸. ولی‌زاده تروجنی، زهرا، *سیر تحول رژیم حقوقی معادن در حقوق ایران*، به راهنمایی عبدالرضا علیزاده، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه تهران - پردیس قم، ۱۳۹۵ش.
39. Behre-Dolbear Group Inc, 2014 Ranking of Countries for Mining Investment, <<https://dolbear.com/resources/where-to-invest-2014>>.
40. Blainey, Geoffrey, *The Rush That Never Ended: A History of Australian Mining*, 2003, <<https://www.mup.com.au/books/the-rush-that-never-ended-paperback-softback>>.
41. Chambers, Robin H., "An Overview of the Australian Legal Framework for Mining Projects in Australia", Senior Partner Chambers & Company International Lawyers, Melbourne, Australia, 2010, <<http://www.chamberslawyers.com/wp-content/uploads/downloads/2013/10/060518-Presentation-Eng.pdf>>.
42. Hancock Prospecting Pty Ltd announcements, <<https://www.royhill.com.au/wp-content/uploads/2016/05/Roy-Hill-Wins-PMI-Project-Award-1.pdf>>.
43. Kahalley, Karol L., Kristin A. Nichols et Robert A. Bassett, "United States," *The Mining Law Review*, 5th Ed., Erik Richer La Flèche (Ed.), 2016.
44. La Flèche, Erik Richer, *The mining Law Review*, 8th Ed., 2019.
45. Williams, David, *Australian Journal of Legal History*, 2003.
46. <<https://trove.nla.gov.au/newspaper/article/230772190nv,1400/4/7>>.
47. <https://www.mimt.gov.ir/fa/general_content/161762,1400/6/17>.

گستره مفهومی ولیّ بیمار

در تبصره ۲ ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲*

- حجت پولادین طرقي^۱✉
- سيدحسن وحدتی شیبیری^۲
- سيدحمید حسینی الارزی^۳
- حسین ابراهیم‌زاده^۴

چکیده

قانون‌گذار در تبصره ۲ ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی، ولیّ بیمار را ناهوشیار را جهت رضایت درمان یا براءت از خسارات، ولیّ خاص همانند پدر و ولیّ عام (مقام رهبری) معرفی می‌نماید. این تبصره برگرفته از متون فقهی است و

* تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۱/۲۰ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۵/۰۹.

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران (نویسنده مسئول)
(hojjatpooladin1371@gmail.com).

۲. دانشیار دانشگاه قم، قم، ایران (vahdati110@gmail.com).

۳. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران
(2851365az@gmail.com).

۴. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران
(ebrahimzadeh1881370@gmail.com).

سؤالی که درخصوص تبصره مزبور وجود دارد، این است که مقصود از ولی خاص، چه کسی است؟ آیا اقارب بیمار صلاحیت امضای براءت‌نامه پزشکی را دارند؟ پژوهش حاضر که به روش تحلیلی - توصیفی نگاشته شده است، با بررسی موارد استناد در کلام فقیهان، به این نتیجه می‌رسد که آیه «أُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ» را می‌توان به‌عنوان یک قاعده عام در پاسخ به سؤال فوق پذیرفت و در فرض بیهوشی بیماری که از تحت ولایت خارج شده است نیز می‌توان برای اخذ براءت به خویشانش مراجعه کرد. بررسی‌های حقوقی و فقهی از جمله تدقیق در موارد استعمال و استناد فقهای امامیه به آیه مذکور از طریق عمومیت بخشیدن به آیه و یا تنقیح مناط و همچنین قاعده «لاضرر» و تأمل در رویه حاکم بر فضای پزشکی کشور در حال حاضر، این فرضیه را قوت می‌بخشد که منظور از ولی در این تبصره، ولی قهری نبوده، بلکه رضایت یکی از بستگان درجه یک بیمار (ولی عرفی)، از نظر فقهی و حقوقی، صحیح و موجب معافیت پزشک از مسئولیت خواهد شد.

واژگان کلیدی: ولی بیمار، ولی شرعی، ولی عرفی، ولی قهری، اولوالأرحام.

مقدمه

طبق ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ برگرفته از فقه امامیه، با استناد به روایت سکونی از امام صادق (ع) که می‌فرماید: «کسی که به امر طبابت یا بیطاری (دامپزشکی) حیوانات مشغول است، باید از ولی بیمار براءت بگیرد، در غیر این صورت ضامن خواهد بود»^۱ (حز عاملی، بی‌تا: ۱۹۴/۱۹)، پزشک می‌تواند از ولی بیمار ناهوشیار براءت بگیرد.^۲

با توجه به ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، مباحث مختلف پیرامون لزوم اخذ رضایت و براءت از بیمار و یا ولی او، همواره معرکه نزاع و جدال آرای دکترین حقوقی بوده است. اما تاکنون مفهوم «ولی» در این ماده از سوی حقوق دانان مورد

۱. «روایة السکونی عن الصادق (ع) قال أمیر المؤمنین (ع): من تطبب أو تیطر فلیأخذ البراءة من ولیه وإلا فهو له ضامن».

۲. «هرگاه پزشک در معالجاتی که انجام می‌دهد، موجب تلف یا صدمه بدنی گردد، ضامن دیه است؛ مگر آنکه [...] قبل از معالجه [از بیمار] براءت گرفته باشد و مرتکب تقصیری هم نشود». در همین راستا، قانون‌گذار در ادامه ماده اعلام می‌نماید: «چنانچه اخذ براءت از مریض به دلیل نابالغ یا مجنون بودن او معتبر نباشد و یا تحصیل براءت از او به دلیل بیهوشی و مانند آن ممکن نگردد، براءت از ولی مریض تحصیل می‌شود».

بحث و بررسی قرار نگرفته است. به نظر می‌رسد این موضوع در نظر حقوق‌دانان، چندان واضح و روشن بوده که بررسی و واکاوی آن را ضروری ندانسته‌اند. ولی با نگاهی موشکافانه به قوانین و نیز رویه معمول بیمارستان‌های کشور در اخذ برائت از اقارب بیمار، می‌توان دریافت که مفهوم «ولی» در این حوزه، با ابهاماتی جدی روبه‌روست که رفع این ابهامات نیازمند واکاوی دقیق فقهی و حقوقی است.

در راستای توضیح مطلب فوق باید گفت قانون‌گذار در تبیین مفهوم واژه «ولی» در تبصره دوم ماده مزبور تقریر می‌کند:

«ولی بیمار اعم از ولی خاص است مانند پدر، و ولی عام که مقام رهبری است. در موارد فقدان یا عدم دسترسی به ولی خاص، رئیس قوه قضائیه با استیذان از مقام رهبری و تفویض اختیار به دادستان‌های مربوطه، به اعطای برائت به طیب اقدام می‌نماید».

ماده ۱۱۹۴ قانون مدنی، ولی خاص را شامل پدر و جد پدری و وصی منصوب از طرف آنان معرفی می‌کند. به علاوه، تبصره ۲ ماده ۴۹۵ ق.م.ا. نیز در مقام بیان مصادیق ولی خاص، «پدر» را به‌عنوان یکی از مصادیق معرفی می‌نماید. براین اساس، این معنا به ذهن متبادر می‌شود که منظور قانون‌گذار از واژه «ولی» در این ماده، همان پدر و جد پدری و وصی منصوب از جانب آنهاست. اما در رویه جاری بیمارستان‌های کشور، رضایت بستگان درجه یک بیمار و امضای فرم برائت‌نامه توسط آنان جهت اخذ برائت و معافیت پزشک از مسئولیت کفایت می‌کند. بنابراین سؤالات متعددی به شرح زیر مطرح می‌شود:

آیا منظور قانون‌گذار از ولی خاص، همان مفهوم ماده ۱۱۹۴ قانون مدنی، یعنی پدر، جد پدری و وصی منصوب از جانب آنان است یا با توجه به رویه معمول در بیمارستان‌ها، منظور بستگان درجه یک بیمار بوده و هنگام وضع این ماده، ماده ۱۱۹۶ قانون مدنی مدنظر مقنن نبوده است؟ (اگرچه رویه و روش در عمل، دلیل بر حجیت آن فعل نیست؛ بلکه نشانگر نوعی ابهام و خلأ در مواد قانونی است) آیا اخذ برائت از بستگان درجه یک بیمار غیر از ولی خاص در بیمارستان‌های کشور، امری خلاف قانون بوده و موجب رفع مسئولیت کیفری پزشک نخواهد شد؟

با توجه به مطالب فوق، مسئله پژوهش حاضر این است که منظور قانون‌گذار از واژه

«ولی» در تبصره ۲ ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی چیست؟ بررسی‌های فقهی و حقوقی از جمله تدقیق در موارد استعمال و استناد فقهای امامیه به آیه شریفه ﴿وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾ (انفال / ۷۵) که شاید حتی بتوان ادعا نمود که این آیه در این بحث به‌عنوان یک قاعده قابل استناد است و همچنین تأمل در رویه حاکم بر فضای پزشکی کشور در حال حاضر، این فرضیه را قوت می‌بخشد که منظور از ولی در این تبصره، ولی خاص (به مفهوم پدر و جد پدری و وصی منصوب از جانب آنان) نمی‌باشد؛ بلکه رضایت بستگان درجه یک بیمار از نظر فقهی و حقوقی صحیح و موجب معافیت پزشک از مسئولیت خواهد شد. لذا بیان واژه ولی خاص در این ماده، یک مسامحه از جانب قانون‌گذار بوده است.

۱. تبیین نظر فقها در خصوص مصادیق ولی بیمار

در مورد بیماران هوشیار، کسی که رضایت او برای درمان پذیرفتنی است، خود بیمار است. به عبارت دیگر، ولی بیمار هوشیار، خود اوست. دلیل بر این مطلب، قاعده «الناس مسلطون علی أموالهم وأنفسهم» می‌باشد؛ بدین‌بیان که گرفتن رضایت از خود شخص هوشیار، اولی است از دیگران، و اوست که باید رضایت برای درمان نفس خویش بدهد. در اینکه انسان با داشتن عقل و بلوغ، ولی خویش است، نظر مخالفی وجود ندارد. دلیل دیگر اینکه بیمار محجور نیست که نیاز به ولی داشته باشد و خودش در زمان حیاتش رضایت‌دهنده و تصمیم‌گیرنده برای خویش است.

در خصوص صغیر و مجنونی که جنونش متصل به صغر است، باید ولی شرعی آن‌ها (پدر و جد پدری) رضایت دهد و در صورت نبود پدر و جد پدری، قیم و وصی و در صورت فقدان قیم و وصی، حاکم شرع ولی آن‌هاست که باید رضایت به درمان دهد. در موردی که شخص مریض دارای عقل و شعور بوده، اما هوشیاری ندارد و ناهوشیار است، چه کسی به‌عنوان ولی او می‌تواند اذن به درمان دهد؟

در این مسئله باید به این نکته توجه داشت که برای درمان مریض، حالت اضطرار نباشد؛ بدین‌معنا که نیاز به درمان فوری برای حفظ جان و سلامت وی نباشد. اگر نیاز به درمان فوری برای مریض باشد، در صورت اضطرار به درمان، نیاز به گرفتن برائت و

رضایت نمی‌باشد و ادله اضطرار به‌عنوان دلیل ثانوی، حاکم بر ادله لزوم اخذ برائت و رضایت می‌باشد.

درخصوص چگونگی گرفتن رضایت برای بیماران ناهوشیار، دو نظریه از سوی فقها مطرح شده، که هر یک از این نظریه‌ها به‌نوبه خود جای دقت و تأمل دارد. این نظریه‌ها عبارت‌اند از:

- ۱- رضایت گرفتن از ولی شرعی (پدر و جدّ پدری) و در صورت نبود آن‌ها حاکم شرع؛
 - ۲- رضایت گرفتن از ولی عرفی اعم از پدر و جدّ پدری و سایر اقارب بیمار.
- در ادامه، این نظریه‌ها را به همراه ادله آن‌ها بیان و نقد و بررسی خواهیم کرد.

۱-۱. نظریه اول: ولی شرعی / قهری

قائلان به این نظریه، مقصود از ولی جهت اخذ رضایت بیماران ناهوشیار را ولی قهری (پدر و جدّ پدری و وصی منصوب از طرف آن‌ها) می‌دانند (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۳۴/۳؛ آملی، ۱۳۸۰: ۳۷۷/۳؛ عاملی جزینی، ۱۴۱۴: ۱۲۴/۳). اگر پدر و جدّ پدری نبود، در مرحله بعد باید از حاکم شرع رضایت گرفته شود و در صورت عدم دسترسی به حاکم شرع، اولیاء نزدیک بیمار که از لحاظ تقوا مورد وثوق‌اند و از جهت درایت و عقل کامل هستند، از باب عدول مؤمنین، ولایت مریض را به عهده می‌گیرند (طاهری، ۱۴۱۸: ۲۸).

از ظهور کلمه ولی در فقه استفاده می‌شود که اگر ولی بدون قرینه در حکم شرعی ذکر گردد، ظهور در ولی قهری (پدر و جدّ پدری) دارد. بنابراین مقصود از ولی در تبصره ۲ ماده ۴۹۵ ق.م.ا. که بدون قرینه ذکر شده، همان ولی شرعی است که ابتدا برای گرفتن رضایت باید به وی مراجعه شود و در صورت نبود ولی قهری باید به حاکم شرع رجوع گردد. دلیل بر این مطلب، قاعده «الحاکم ولی من لا ولی له» می‌باشد^۱ که این قاعده منقول از اهل سنت است و فقهای شیعه نیز در بخش‌های گوناگون فقه به این قاعده استناد کرده‌اند. براساس این قاعده در هر موردی که در شرع، ولی به‌صورت خاص تعیین نشده، حاکم ولی اوست که از آن به ولایت عام حاکم تعبیر می‌گردد

۱. فقها در موارد زیادی به این قاعده استناد کرده‌اند (برای نمونه ر.ک: حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۵۵۹/۲؛ ابن‌زهدری حلی، ۱۴۲۸: ۳۳۸/۱؛ رشتی، ۱۴۰۷: ۳۶۱؛ آل بحر العلوم، ۱۴۰۳: ۴۴/۴؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۸: ۸۵۷/۲).

(حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۵۶۲/۲). در نتیجه، بیمار عاقلِ بالغِ ناهوشیار که ولیّ شرعی ندارد، برای اخذ برائت باید به حاکم مراجعه کند.

به نظر می‌رسد که این قاعده (الحاکم ولیّ من لا ولیّ له) در موردی باشد که ولیّ شرعی برای شخص بیمار ناهوشیار وجود ندارد که در این صورت، ولیّ وی حاکم شرع است. اما با بررسی اقوال دیگر معلوم می‌گردد که درخصوص بیمار ناهوشیار، ولیّ خاص وجود دارد؛ بنابراین نوبت به ولیّ عام یعنی حاکم شرع نمی‌رسد. حاکم شرع در موردی ولایت دارد که شخص، اقارب و خویشاوند (ولیّ خاص) ندارد. در اینجا مقصود از ولیّ خاص، ولیّ خاصی است که در مقابل ولیّ عام به معنای حاکم شرع به کار می‌رود.

۲-۱. نظریه دوم: ولیّ عرفی و ورثه بیمار

قائلان به این دیدگاه بر این باورند که ولیّ عرفی در مقابل ولیّ عام قرار دارد (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۲۱۶/۱؛ تبریزی، ۱۴۲۸: ۸/۴). ولیّ عرفی اعم از پدر و جدّ پدری (ولیّ خاص) و شامل مادر، همسر و سایر بستگان نیز می‌شود و در کتب فقهی برای ولیّ عرفی معمولاً به برادر و عمو مثال زده می‌شود (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۵۶؛ موسوی خویی، ۱۴۱۸: ۲۷۱/۳۳).

۲. تحلیل و استدلال به جواز اخذ برائت از ولیّ عرفی

از مهم‌ترین دلایلی که می‌توان برای تعیین مصادیق ولیّ بیمار استدلال کرد و ولیّ عرفی را به‌عنوان ولیّ خاص معرفی نمود، عمومیت آیه شریفه «أولوالأرحام» می‌باشد که بر فرض عدم پذیرش عمومیت، می‌توان از طریق تنقیح مناط استدلال نمود. از جمله دلایل دیگری که استدلال به این آیه را قوت می‌بخشد، قاعده لاضرر، ذی‌نفع بودن اقارب، قاعده عسر و حرج و مصلحت بیمار است که در ادامه، تحت عنوان سایر دلایل به بررسی آن‌ها پرداخته خواهد شد.

۲-۱. مصادیق استدلال به آیه «أولوالأرحام»

۲-۱-۱. ارث

یکی از مهم‌ترین مواردی که به آیه «أولوالأرحام» استدلال شده، مبحث ارث است

که در زیر چند نمونه ذکر می‌گردد:

الف) ارث به قرابت است نه به مؤاخات و مهاجرت؛ به این بیان که در صدر اسلام شخصی به دیگری می‌گفت: خون من خون تو و مال من مال توست، یاری دهی مرا، یاری دهم تو را، و میراث بری از من، میراث برم از تو؛ پس عقد سوگند بر این معنا می‌بستند و از یکدیگر ارث می‌بردند. در همین رابطه، آیه ۳۳ سوره نساء^۱ نازل شد. البته این آیه بعداً منسوخ گشت و ارث بردن از طریق اسلام و هجرت شد و زمانی که مسلمانی فوت می‌کرد و اولاد مهاجر و غیرمهاجر از وی باقی می‌ماند، فقط اولاد مهاجر ارث می‌برد. در این رابطه هم آیه ۷۲ سوره انفال^۲ نازل شد که بعد از آن، این آیه هم به آیه ﴿وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ منسوخ گشت (ابن‌بزاج طرابلسی، ۱۴۰۶: ۱۲۳/۲؛ علامه حلی، بی‌تا: ۱۶۲/۲؛ مجلسی اول، ۱۴۰۰: ۱۸۶؛ حسینی جرجانی، ۱۴۰۴: ۵۷۰/۲).

ب) با وجود طبقه اول (پدر، مادر و فرزندان)، طبقه دوم (پدربزرگ‌ها و مادربزرگ‌ها هرچقدر بالا روند و فرزندان هرچقدر پایین روند) ارث نمی‌برند و همین‌طور با وجود طبقه دوم، طبقه سوم (عموها و عمه‌ها، خاله‌ها و دایی‌ها) ارث نمی‌برند (مفید، ۱۴۱۳: ۶۹۲؛ شریف مرتضی، ۱۴۱۵: ۵۷۸؛ همو، ۱۴۰۵: ۲۶۲/۱؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۳۷/۴).

ج) استحقاق ورثه به ردّ یعنی استحقاق ارث بیشتر از فریضه (سهم) به سبب نزدیک‌تر بودن وارث به میت نسبت به دیگران؛ به عنوان مثال، یک دختر در صورتی که در کنارش وارث دیگر یا زوجین نباشند، یک‌دوم ترکه را به فرض و نصف دیگر را به ردّ مستحق شده و مقدار زیادی به طبقه دوم داده نمی‌شود. به این نوع استحقاق، «استحقاق به ردّ» گفته می‌شود (مفید، ۱۴۱۳: ۶۸۳؛ شریف مرتضی، ۱۴۱۵: ۵۶۹؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۱۲/۴).

د) کسی که با دو سبب به میت نزدیک است، مانع از ارث بردن کسی می‌شود که فقط با یک سبب به او نزدیک است؛ مثلاً اگر میت دو پسرعمو دارد که یکی ابوینی و دیگری ابی یا امی تنهاست، پسرعمویی ارث می‌برد که پدرش با میت برادر ابوینی بوده‌اند؛ یعنی پدر و مادرشان یکی بوده است (مفید، ۱۴۱۳: ۶۹۲).

۱. ﴿وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتَوْهُمْ نَسِيحَهُمْ﴾.

۲. ﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يَهَاجِرُوا مَا لَكُمْ مِنْ وَلَايَتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ حَتَّىٰ يُهَاجِرُوا﴾.

۲-۱-۲. تجهیز میت

دومین موردی که فقها به این آیه شریفه استدلال کردند، در بحث تجهیز میت، اعم از غسل، کفن و دفن می‌باشد که فقها در این باب می‌فرمایند: در تجهیز میت، کسی که اولی به ارث از میت باشد، در تجهیز نیز از دیگران اولی است. بنابراین اگر خود او خواست نماز بخواند یا کسی را برای نماز تعیین کند، مزاحمت او جایز نیست؛ بلکه بنابر اقوی صحت عمل دیگری مشروط به اذن اوست. بنابراین در بحث تجهیز، ولی میت یا باید خودش عمل را انجام دهد یا به دیگران اذن بدهد (طوسی، ۱۴۰۷: ۷۱۹/۱؛ همو، ۱۳۸۷: ۱۸۳/۱؛ طبرسی، ۱۴۱۰: ۲۵۴/۱؛ راوندی، ۱۴۰۵: ۱۶۲/۱؛ ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۳۵۸/۱؛ محقق حلی، ۱۴۰۷: ۳۳۱/۱؛ عاملی جزینی، ۱۴۱۹: ۳۰۳/۱؛ انصاری، ۱۴۱۵ الف: ۲۰۶/۴).

۲-۱-۳. نفقه اقارب در صورت تعدد منفق علیهم و عدم ملائت منفق

یکی دیگر از مصادیق استناد به آیه شریفه، بحث نفقه در صورت تعدد منفق علیهم می‌باشد. به این صورت که اگر افراد واجب‌النفقه متعدد باشند و منفق (نفقه‌دهنده) از نفقه دادن تمام افراد ناتوان باشد، فقها می‌فرمایند: نفقه به خویشاوندان نزدیک منفق تعلق می‌گیرد (الأقرب فالأقرب)؛ مثلاً اگر شخصی پدر و پدربزرگی داشته باشد که فقیر باشند و او توانایی انفاق هر دوی آن‌ها را نداشته باشد، بر وی فقط نفقه پدر که از پدربزرگ به او نزدیک‌تر است، واجب می‌باشد. فقها دلیل خود را عموم آیه «أولوالأرحام» قرار داده‌اند (طوسی، ۱۴۰۷: ۱۲۶/۵؛ طبرسی، ۱۴۱۰: ۲۹۵/۲). درست است که در این بحث، سخنی از ولایت داشتن برخی افراد واجب‌النفقه بر برخی دیگر نیامده است، ولی با توجه به تصریح فقها بر عمومیت آیه، وجوب انفاق بر غیراقرب برداشته می‌شود.^۱ به نظر می‌رسد بر همین اساس در ماده ۱۲۰۲ قانون مدنی مقرر شده است:

«اگر اقارب واجب‌النفقه متعدد باشند و منفق نتواند نفقه همه آن‌ها را بدهد، اقارب در

۱. «إذا كان له أب وأبو أب معسرین، أو ابن وابن ابن معسرین، ومعه ما يكفي لنفقة أحدهما، أنفق على الأب دون الجد، وعلى الابن دون ابن الابن. دليلنا: أن الأب أقرب من الجد، وكذلك الابن أقرب من ابن الابن. وقال الله تعالى: ﴿وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ وذلك عام في كل شيء» (طوسی، ۱۴۰۷: ۱۲۶/۵)؛ «إذا كان له أب وأبو أب معسرین، أو ابن وابن ابن معسرین، ومعه ما يكفي لنفقة أحدهما، أنفق على الأب دون الجد، وعلى الابن دون ابن الابن، لقوله تعالى: ﴿وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ وذلك عام في كل شيء».

خط عمودی نزولی، مقدم بر اقارب در خط عمودی صعودی خواهند بود».

فلسفه تقدم اقارب در خط عمودی نزولی در انفاق، بر اقارب در خط عمودی صعودی آن است که منفق سبب ایجاد آنان بوده است (امامی، بی تا: ۲۳۱/۵).

۴-۱-۲. حضانت

هرگاه پدر فوت کند، مادر هرچند شوهر کرده باشد، نسبت به حضانت فرزند از وصی پدر و از جمیع اقارب سزاوارتر است. همچنین هرگاه مادر فوت کند، پدر بر جمیع اقارب مقدم است. اما هرگاه پدر و مادر هر دو فوت کنند، در مسئله اختلاف است. مشهور معتقدند که حکم حضانت به ترتیب میراث به اقارب تعدی می کند و اقرب منع ابعاد می کند. فقها دلیل خود را عموم و اطلاق آیه «أولوالأرحام» دانسته اند (طوسی، ۱۴۰۷: ۱۳۶/۵؛ همو، ۱۳۸۷: ۴۲/۶؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۳۱۰/۷؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۶۵۲/۲؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۴۳۰/۸؛ سبزواری، ۱۴۲۳: ۲۹۵/۲؛ آل عصفور بحرانی، بی تا: ۴۰۰/۱۰؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۹۳/۳۱؛ انصاری، ۱۴۱۱: ۸۰/۲).

۵-۱-۲. کیفیت توزیع دیه بر عاقله

در مبحث ضمان عاقله، این بحث وجود دارد که آیا توزیع دیه بر مبنای طبقات ارث است؛ بدین معنا که با وجود طبقه نخست، بر طبقه دوم توزیع نمی شود، مگر در صورت نبود یا ناتوانی طبقه اول، یا اینکه در توزیع دیه تفاوتی بین نزدیک و دور نیست و از ابتدا دیه بین همه توزیع می گردد؟ مسئله محل اختلاف است. مشهور فقها نظریه نخست را پذیرفته اند. دلیل بر این نظر که عاقله ضمان نشان مثل ارث است، یعنی «الأقرب فالأقرب» ضامن هستند، عموم آیه شریفه «أولوالأرحام» می باشد (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۸۲/۵؛ همو، ۱۳۸۷: ۱۷۸/۷؛ سیوری حلی، ۱۴۰۴: ۵۳۷/۴؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۵۸۴/۱۶).

در این مورد و تمامی مصادیق ذکر شده، استدلال فقها به عمومیت آیه «أولوالأرحام» است و در کلام ایشان به عمومیت تصریح شده است.^۱

۱. شیخ مفید: «یوزع علی الأقرب فالأقرب حتی ینفذ العاقله. وبه قال الشافعی. دلیلنا علی أنه یبدأ بالأقرب فالأقرب، قوله تعالی: ﴿وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ وذلك عام فی جمیع الأشياء». شیخ طوسی: «وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ» وذلك عام».

۲-۲. استدلال به عمومیت آیه «أولوالأرحام» بر ولایت عرفی

از جمله دلایلی که می‌توان بر تبیین معنای ولیّ در ولیّ عرفی به آن استناد کرد، عمومیت آیه «أولوالأرحام» به‌عنوان یک قاعده فقهی و حقوقی است. باید اثبات گردد که این آیه مختص به یک باب یا چند باب فقهی نیست. آنچه از ظاهر الفاظ فقهی استفاده می‌شود، عمومیت و عدم اختصاص به باب خاص فقهی و حقوقی است. همچنین در موارد زیادی از کلام فقها از جمله در خلاف شیخ طوسی و بیان شیخ انصاری به این عمومیت تصریح کرده است.

شیخ طوسی در بحث فاضل دیه، ضمن اشکال و جوابی به این عمومیت تصریح کرده است. ایشان ابتدا آیه را به‌عنوان دلیل می‌آورد؛ آنگاه اشکالی مطرح می‌کند که چون مفضلّ علیه ذکر نشده است - یعنی خداوند متعال در آیه نفرموده که بعضی از اولوالارحام در چه چیزی بر دیگران اولویت دارند، در این صورت جایز است که مفضلّ علیه را بر اولویت در تجهیز میت، یعنی دفن، صلات و غسل میت حمل کنیم. در جواب از این اشکال، شیخ می‌فرماید تخصیص نیاز به دلیل دارد و آیه را بر عموم حمل می‌کنیم (طوسی، ۱۴۰۷: ۱۲/۴) و همچنین شیخ انصاری در کتاب الطهاره بیان می‌دارد: از اینکه شارع مقدس بیان نکرده که بعضی از خویشان در چه چیزی بر بعضی دیگر اولویت دارند، اولویت اولوالارحام در همه چیز (عمومیت) استفاده می‌شود^۱ (انصاری، ۱۴۱۵ الف: ۲۰۶/۴). فقها درخصوص تعیین مصادیق ولیّ در مسئله مزبور بیان می‌دارند: به دلیل آیه شریفه «أولوالأرحام»، اقوام و اقارب به ترتیب مقرر در ارث ولایت دارند. چگونگی استدلال به کلام فقها جهت تعیین مصادیق ولیّ بیمار در تبصره ۲ ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی، عموم این آیه است که بسیاری از فقها به عمومیت ولایت برخی اولوالارحام تصریح کرده^۲

۱. «وأولی الناس بغسله بل بجمیع أحكامه، أولاهم بمیراثه بلا خلاف كما فی الحدائق نصّاً وفتوی بل إجماعاً... لعموم قوله تعالی: ﴿وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾، بناء علی أنّ المراد، الأولویة من کل جهة حتّى الأمور المتعلقة بتجهیزه لا خصوص إرثه. ویشهد للتعمیم المذکور، حذف المتعلّق المعتضد باستدلال الفحول بها فی المقام». ۲. «دلیلنا: إجماع الفرقه، وأيضاً قوله تعالی: ﴿وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾، وذلك عامّ فی کل شیء» (طوسی، ۱۴۰۷: ۷۱۹/۱)؛ «من كان أولى بمیراثه، كان أولى بالصلاة علیه، لقوله تعالی: ﴿وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ وذلك عامّ» (همو، ۱۳۸۷: ۱۸۴/۱)؛ «قوله تعالی: ﴿وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ يدلّ بعمومه علی أنّ أحقّ الناس بالصلاة علی المیت ولیّه وهو أولى بها من غیره» (راوندی، ۱۴۰۵: ۱۶۲/۱).

و از این عمومیت، ولایت بعضی از اقارب و خویشان نزدیک را بر برخی دیگر به ترتیب مقرر در ارث اثبات نموده‌اند. بنابراین عمومیت آیه ثابت می‌شود، مگر درجایی که دلیل خاصی عمومیت آیه را تخصیص بزند؛ مانند ولایت بر صغیر یا مجنون که بر عهده پدر و جدّ پدری است.

اگر عمومیت و شمول آیه «أولو الأرحام» پذیرفته نگردد و گفته شود که آیه مختص به یک یا چند باب فقهی است، می‌توان با تنقیح مناط گرفتن از آیه، ولایت برخی از خویشان را بر برخی دیگر (ولایت عرفی) اثبات کرد.

۲-۳. استدلال به آیه از طریق تنقیح مناط

۲-۳-۱. تنقیح مناط موجود در آیه «أولو الأرحام بعضهم أولى ببعض» دالّ بر جواز اخذ برائت از ولیّ عرفی

تنقیح مناط عبارت است از دست یافتن به متعلق حقیقی حکمی و تبیین و استخراج آن حکم از درون نصوص با کمک قرائن (جبعی عاملی، ۱۳۶۰: ۱/۲۲۴).
به تعبیری دیگر:

«منظور از این نوع قیاس این است که علت حکم در ذیل آن از طرف شارع بیان نمی‌شود؛ ولی مجتهد با قدرت فهم و تشخیص ذهن خود، نزدیک‌ترین علت را استنباط نموده و براساس آن قیاس می‌کند. مثلاً می‌دانیم حضرت رسول ﷺ فرموده است: در هنگام سفر سوار بر شتر جایز است که نماز نافله خوانده شود. مجتهد در اینجا می‌بیند که شتر خصوصیتی ندارد؛ بلکه به نظر می‌رسد که مطلق [مركب] منظور حضرت بوده است. در این صورت نتیجه می‌گیرد که در حالت سواری، چه سوار بر اتومبیل و چه هواپیما نیز می‌توان نماز نافله را به جای آورد» (محقق داماد، ۱۳۷۲: ۲/۱۷۲).

تنقیح مناط یعنی فقیه در حقیقت خصوصیات و ویژگی‌هایی را که در استنباط حکم دخالتی نداشته است، از حکم جدا کرده و مناط را استخراج می‌کند و در موضوع دیگری که دارای همان ملاک و مناط است، حکم موجود را جاری می‌سازد. در فقه امامیه در موارد متعددی به آیه شریفه «... وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ...» که

در آیه ۷۵ سوره انفال^۱ و آیه ۶ سوره احزاب^۲ وارد شده، استدلال شده است؛ از جمله در باب ارث بر ثبوت ارث برای ارحام و طبقه‌بندی آنان به میزان خویشاوندی‌شان و نیز در مسئله حضانة بر اولویت هریک از پدر و مادر نسبت به حضانة کودک در صورت مرگ دیگری و پاره‌ای مسائل دیگر مانند اولویت وارث نسبت به غیروارث در تجهیز و نماز میت و... .

۲-۳-۲. روش‌های تنقیح مناط

روش اول- شم فقاہت: گستره فکری فقیه و احاطه او به مبانی فقهی و قدرتش بر استنباط احکام، قدرتی به وی می‌دهد که بتواند مناط حکم را تشخیص دهد. میرزای نائینی در بحث بیع و تعدی آن به عقود معاوضی، استنباط مناط را منوط به شم فقیه می‌داند (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۳/۳۵۸).

روش دوم- تناسب حکم و موضوع: فقیه در مواردی با ملاحظه تناسب میان حکم و موضوع، مناط را استفاده می‌کند. فقهایمانند آیه‌الله بروجردی و امام خمینی با استناد به تناسب حکم و موضوع از این روش استفاده کرده‌اند (طباطبایی بروجردی، ۱۴۱۶: ۱۶۶؛ یزدانی و صابری، ۱۳۸۹: ۱۲۹).

روش سوم- فهم عرفی: مراد از عرف، عرف بدون مسامحه و دقیق است. می‌توان برای فهم عرف هم به تبادل اشاره کرد (عظیمی گرکانی، ۱۳۹۱: ۱۴۵).

۲-۳-۳. تنقیح مناط با تحلیل عرفی اولویت

از جمله علمایی که به تنقیح مناط از آیه شریفه استفاده کرده، صاحب تفسیر شاهی

۱. «وَالَّذِينَ آمَنُوا مِنْ بَعْدِ وَهَجَرُوا وَجَاهَدُوا مَعَكُمْ فَأُولَئِكَ مِنْكُمْ وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ»؛ و کسانی که بعداً ایمان آوردند و هجرت کردند و با شما جهاد نمودند، از شما هستند؛ و خویشاوندان نسبت به یکدیگر، در احکامی که خدا مقرر داشته، [از دیگران] سزاوارترند؛ خداوند به همه چیز داناست.

۲. «الَّتِي أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ وَأَزْوَاجُهُ أُمَّهَاتُهُمْ وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُهَاجِرِينَ إِلَّا أَنْ تَفْعَلُوا إِلَىٰ أَوْلِيَائِكُمْ مَعْرُوفًا كَانَ ذَلِكَ فِي الْكِتَابِ مَسْطُورًا»؛ پیامبر نسبت به مؤمنان از خودشان سزاوارتر است؛ و همسران او مادران آنها [مؤمنان] محسوب می‌شوند؛ و خویشاوندان نسبت به یکدیگر از مؤمنان و مهاجران در آنچه خدا مقرر داشته اولی هستند، مگر اینکه بخواهید نسبت به دوستانان نیکی کنید [و سهمی از اموال خود را به آنها بدهید]؛ این حکم در کتاب [الهی] نوشته شده است.

است. ایشان ضمن استدلال به آیه می‌فرماید:

«اولویت در ارث به‌عنوان تنقیح مناط است؛ به این معنا که مستفاد از آیه، اولویت بعضی اولوالارحام در موضوع ولایت نیست مگر از جهت تقدم رتبه اول از رتبه ثانیه و لاحق، و بدیهی است که ولایت در ارث هم نوعی از اقسام مطلق ولایت است، پس به همان علت در ارث هم ترتب و تقدم طبیعی باید ملاحظه شود» (حسینی جرجانی، ۱۴۰۴: ۵۷۵/۲).

برای استدلال به این آیه با تنقیح مناط از روش فهم عرفی می‌توان چنین بیان داشت که قرابت و نزدیکی در نسب و در سبب دارای نوعی امتیاز و مسئولیت است که در آیه «أولوالأرحام»، همین فهم عرفی ملاک قرار داده شده و این ملاک از آیه در مباحث مختلف شرعی به تفصیل بیان شده است؛ مثلاً در باب ارث ذکر شده اشخاصی که قرابت نزدیک‌تر به میت به لحاظ نسبی یا سببی دارند، این افراد ارث می‌برند. قرابت و نزدیکی خویشاوندان در متون شرعی با طبقات مختلف (به‌عنوان مثال جایی که فرزند میت زنده است، برادر وی ارث نمی‌برد) و درجات مختلف (به‌عنوان مثال جایی که فرزند زنده است، نوه ارث نمی‌برد) مشخص شده است. پس در اینجا نزدیکی قرابت به میت، سبب ارث بردن می‌شود. در مورد میت که به این آیه استدلال شده، ملاک در آن نزدیکی در قرابت است و شخصی که از میت ارث می‌برد، مسئولیت تجهیز میت را نیز دارد.

همچنین درخصوص نفقه نیز به این آیه استدلال شده که نزدیک بودن در خویشاوندی را ملاک قرار داده است؛ بدین صورت که اگر افراد واجب‌النفقه متعدد باشند و شخص نفقه‌دهنده فقط قدرت نفقه دادن به یک نفر را داشته باشد، نفقه به شخص اقرب به منفق‌علیه تعلق می‌گیرد. در بحث حضانت نیز اگر پدر و مادر هر دو فوت کرده باشند، حضانت فرزند به اولوالارحام با توجه به طبقات ارث می‌رسد. در اینجا نیز نزدیکی در قرابت، طبق آیه سبب ولایت شده است. در تمام مواردی که در فقه به این آیه استدلال شده است، نزدیکی در خویشاوندی به‌عنوان ملاک و مناط برای اینکه شخص دارای مسئولیت گردد و یا سود و کالایی به وی برسد، ملاک قرار داده شده است (تبریزی، ۱۴۱۷: ۴۷۹).

در خصوص ولی بیمار نیز می‌توان به این آیه استدلال کرد و تمامی کسانی که از شخص ارث می‌برند و حق قصاص دارند، در طبقات ارث حق اذن در معالجه و برائت ذمه طبیب در صورت اتلاف را دارند. بنابراین باید ملاحظه شود که در طبقه اول یعنی پدر، مادر، همسر و فرزندان اگر باشند، این موارد اجازه دادن اذن در معالجه را دارند و در صورت نبود طبقه اول، نوبت به طبقه دوم می‌رسد. بنابراین با تنقیح مناط از این آیه، می‌توان در تبیین معنای ولی، به ولی عرفی در تبصره ۲ ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی استناد نمود. امروزه با توجه به تحولاتی که در جوامع و کشورها به وجود آمده است و همچنین تغییراتی که در خصوصیات و شرایطی که زنان در سطح جوامع دارند، باید پذیرفت که مادر و همسر افراد بیمار به‌عنوان یکی از اقارب که تمام مصالح بیمار را غالباً در نظر می‌گیرند، یکی از مهم‌ترین مصادیق ولی عرفی خواهند بود. بنابراین مانعی ندارد که در این مفاهیم حقوقی مانند ولایت، قائل به تحول شویم و برای فرزندی که پدر ندارد یا فعلاً در دسترس نیست و کسی که همسر عاقل و بالغی دارد، بتوان در این موارد هم از مناط فقهی که همان خویشاوندی و اقارب است، استفاده کرد.

۲-۴. سایر دلایل دال بر جواز اخذ برائت از ولی عرفی

۲-۴-۱. قاعده «لاضرر» دلیل بر جواز اخذ برائت از ولی عرفی

در فقه اسلامی، قاعده مشهوری با عنوان «لاضرر» وجود دارد که پیامبر اسلام ﷺ نیز به شدت از اضرار به دیگران نهی کرده است و بر طبق آن، ضرر زدن به شخص یا اشخاص به هیچ وجه روا نیست. برای دانستن اینکه «لاضرر» می‌تواند مبنای توسیع مصادیق ولی بیمار در تبصره ۲ ماده ۴۹۵ ق.م.ا. قرار گیرد، نخست باید مفاد قاعده مورد بررسی قرار گیرد؛ زیرا بسته به اینکه «لاضرر» صرفاً حکمی تکلیفی را اثبات کند و یا اعم از تکلیفی و وضعی را، در بحث کنونی به نتایج متفاوتی می‌انجامد. باید توجه داشت که در مواردی، رفع ضرر با ولایت حاکم و اخذ رضایت یا برائت پزشک از وی منتفی می‌شود. البته این کلی نیست؛ زیرا از آنجایی که اقارب بیمار نسبت به شرایط و وضعیت اقتصادی، خانوادگی، اجتماعی و... بیمار آگاهی بیشتری دارند، به‌ویژه اینکه اقارب غالباً همان وراث هستند که هزینه بیمارستان و آبروی بیمار به آن‌ها بازگشت

دارد؛ یعنی اگر بیمار متمولی نزد بیمارستان ضعیفی ارجاع داده شود یا پزشک بی تجربه‌ای وی را جراحی نماید یا برعکس، خانواده بیمار دارای شرایط اقتصادی ضعیفی باشند که انجام عملیات جراحی در بیمارستان‌های خصوصی و پزشکان گران‌قیمت، خانواده بیمار را سخت تحت فشار قرار می‌دهد و رضایت و برائت حاکم، ضرر را به‌طور کلی دفع نمی‌نماید و کماکان موضوع ضرر باقی است. لذا استناد به قاعده «لاضرر» در صورتی صحیح به نظر می‌رسد که ولایت حاکم و اخذ رضایت یا برائت از وی هم دفع ضرر ننماید.

در خصوص قاعده مزبور، هفت قول وجود دارد که در زیر به بررسی آن‌ها می‌پردازیم.

۴-۱-۱-۲. قول اول و دوم: نفی حکم ضرری و نفی حکم به لسان نفی موضوع

مطابق قول اول، مراد از «لاضرر» این است که شارع هیچ حکم ضرری جعل و تشریح نکرده است (انصاری، ۱۴۱۹: ۵۳۶/۲).^۱ به تعبیر دیگر، هر حکمی که منشأ و مولد ضرر باشد، در اسلام مرتفع است.

مطابق قول دوم، مراد از «لا ضرر ولا ضرار» نفی حکم به لسان نفی موضوع است، از قبیل «لا ربا بین الوالد والولد»؛ بدین‌بین که اگرچه در روابط مالی پدر و فرزند، ربا به معنای زیاده حقیقتاً وجود دارد و لیکن حکم آن یعنی حرمت برداشته شده است. در «لاضرر» هم احکامی که بر موضوعات ضرری بار می‌شوند، برداشته می‌شوند؛ به‌عنوان مثال، حکم وجوب از وضوی ضرری برداشته شده است (آخوند خراسانی، ۱۴۳۱: ۳۸۱).

اگرچه ساختار بیانی این دو قول متفاوت بوده، لیکن از حیث نتیجه در اغلب موارد یکسان هستند. البته برخی کوشیده‌اند فرقه‌هایی را میان این دو خوانش از لاضرر ذکر کنند که ورود به این بحث با مقصد این مقاله چندان مرتبط نیست (ر.ک: موسوی بجنوردی، ۱۳۸۵: ۱۹۵/۱؛ محقق داماد، ۱۳۸۲: ۱۴۹/۱).

در راستای این دو نظریه، نظر یکی از فقیهان معاصر مطرح است که بیان می‌دارد: آنچه در اسلام مرتفع است نفس ضرر است؛ لیکن این تعبیر، کنایه از این است که عمل ضرری در اسلام تشریح نشده است و هیچ اقدام و رفتار ضررباری مورد رضایت و

۱. «أن هذه القاعدة تدلّ على عدم جعل الأحكام الضرريّة واختصاص أدلة الأحكام بغير موارد الضرر».

قبول شارع اسلام نیست. چنین برداشتی در نتیجه عمدتاً با قول شیخ انصاری و آخوند خراسانی متحد است، جز اینکه این فقیه با محدود دانستن موضوع حدیث لاضرر به ضررهای حاصل در روابط آدمیان، عبادات ضرری همچون وضو و روزه ضرری را از شمول قاعده خارج دانسته است (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۶۷/۱-۶۸).

به نظر می‌رسد براساس این دو قول، «لاضرر» نتواند مبنای توسیع مصادیق ولیّ بیمار شود؛ زیرا همان‌طور که با «لاضرر» وجوب وضوی ضرری برداشته شده است، در مانحن‌فیه هم وجوب اخذ رضایت‌نامه و براءت‌نامه از ولیّ خاص شرعی که به ضرر بیمار انجامد، توسط لاضرر برداشته می‌شود، لیکن این به‌تنهایی در توسیع مؤثر نیست. بنابراین دو خوانش اخیر از لاضرر مستقیماً مبنای توسعه مصادیق ولیّ بیمار محسوب نمی‌شود، مگر با افزودن مقدماتی دیگر که خارج از مدلول لاضرر است.

۲-۱-۳. قول سوم: نفی ضرر غیرمتدارک

مطابق این قول، از آنجا که ضرر هیچ‌وقت از ساحت زندگی بشر نکویناً و واقعاً برچیده نمی‌شود، آنچه حیثیت تشریعی پیدا می‌کند آن است که در شرع اسلام، ضرر غیرمتدارک وجود ندارد (نراقی، ۱۴۱۷: ۴). حاصل معنای فوق، حکم به وجوب تدارک و جبران ضرر است؛ به‌عنوان مثال، بیع غبنی مصداق ضرری است که توسط شارع با اثبات خیار غبن برای مغبون تدارک شده است. در توسعه مصادیق ولیّ بیمار هم ضرر غیرمتدارک وجود ندارد و عامل زیان‌زننده بایستگی آن را جبران نماید. براین‌اساس «لاضرر» مبنای مسئولیت مدنی و یکی از اسباب ضمان است و نمی‌تواند مبنای توسیع واقع شود.

۲-۱-۴. قول چهارم: نفی از اضرار

مفاد لاضرر نفی تحریمی است؛ نظیر: «فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ» (شیخ‌الشریعه اصفهانی، ۱۳۸۵: ۲۴). بدین معنا که در حج، رفث و فسوق و جدال نباید واقع شود.

به نظر می‌رسد طبق این خوانش، «لاضرر» نمی‌تواند مبنای توسیع مصادیق ولیّ بیمار قرار گیرد؛ زیرا توسیع مصادیق ولیّ بیمار جهت اخذ رضایت و براءت حکمی وضعی

است، نه تکلیفی. به عبارت دیگر، طبق این احتمال «لاضرر» فقط حکم تکلیفی تحریمی را اثبات می‌کند نه یک حکم وضعی را؛ درحالی‌که توسعه مصادیق ولیّ بیمار در مقوله احکام وضعی شناسایی می‌شود.

۲-۱-۵. قول پنجم: نهی حکومتی و سلطانی

مطابق این قول، مفاد «لاضرر» نهی حکومتی و سلطانی است؛ به این معنا که حاکم اسلامی هر جا زمینه ضرر را بیابد، با به‌کارگیری اختیارات حاکمیتی خود مداخله کرده و فاعل ضرر را از این کار بازمی‌دارد. این برداشت مبتنی بر این فرضیه است که اوامر و نواهی شارع در سه جایگاه صادر می‌شود: ۱- جایگاه تشریح و تبلیغ، ۲- قضاوت و داوری، و ۳- ولایت و حکومت، و لاضرر از قسم سوم و دربردارنده حکم ولایی است. گواه بر این برداشت اینکه در قضیه معروف حدیث لاضرر، مرد انصاری صاحب بیت و سمره جهت قضاوت نزد پیامبر ﷺ آمدند که پیامبر در مقام حاکم حکم بفرماید، وگرنه می‌دانستند که حکم را بایستی خداوند متعال بیان کند و چه بسا حکم کلی ضرر هم بر آنان آشکار بود؛ رجوع آنان به پیامبر برای این بود که ایشان حکم حکومتی صادر کند و نقش خود را به‌عنوان سرپرست جامعه اسلامی ایفا نماید (موسوی خمینی، ۱۳۲۰: ۵۰/۱؛ سبحانی، ۱۳۸۱: ۱۱۷/۳-۱۲۶).

چنانچه در این برداشت، ظرفیت دلالتی لاضرر در صدور حکم ناهی از ضرر خلاصه نشود و همه اقدامات بازدارنده برای جلوگیری از ضرر را شامل شود، آنگاه می‌توان گفت کنش‌های حوزه تقنین و اجرا جملگی با نقش بازدارنده در شمول معنای لاضرر قرار می‌گیرد و توسیع مصادیق ولیّ بیمار هم از این قبیل است. مؤید این برداشت اینکه در جریان قضیه سمره بن جندب در روایت «لاضرر»، پیامبر اسلام ﷺ به‌صورت مرحله‌ای عمل نمود و پس از اینکه اندرز و موعظه و نهی و بازداشتن ایشان مؤثر واقع نشد، دست به اقدام عملی زد، درخت سمره را از جا کند و به‌سوی وی پرتاب کرد. این از جا کردن درخت در آن قضیه، نوعی مجازات در برابر لجبازی و سرپیچی سمره و اصرار وی بر تداوم اضرار به غیر محسوب می‌شد.

نکته دیگر اینکه بر پایه نظریه ولایت فقیه، دامنه اختیار در صدور اوامر و نواهی

حکومتی و سلطانی، فقیه مبسوط‌الید را نیز در بر می‌گیرد؛ حتی در فرض عدم تمامیت نظریه ولایت فقیه به نظر می‌رسد در فرض ولایت مؤمنان عادل و یا حکمرانان عاقل هم پذیرش اختیارات حکومت در زمینه پاسداری از حقوق و ثروت‌ها و مواهب عمومی دور از ذهن نیست. تنها نکته اساسی این است که مبتکر این نظریه، مفاد لاضرر را نهی حکومتی دانسته و از این حیث به خودی خود دستاوردی در مسئله توسیع مصادیق بیمار به بار نمی‌آورد، مگر اینکه این دیدگاه ویرایش شود و لاضرر اختیارات تامّ و همه‌جانبه در همه حوزه‌های مقابله با ضرر به حاکم اسلامی بیخشد؛ اعم از تقنین، اجرا، مدنی، کیفری و....

۲-۱۴-۱.۶. قول ششم: تفکیک بین دو فقره لاضرر و لاضرار

طبق این قول، مفاد فقره «لاضرر» نفی حکم ضرری است، با این بیان که هرگونه ضرری از ناحیه تشریح منتفی است و مفاد «لاضرار» نهی تحریمی است (ایروانی، ۱۴۲۶: ۱۳۲/۱؛ نیز ر.ک: حسینی سیستانی، ۱۴۱۴: ۱۳۴). مبتکر این قول به این نکته نیز توجه داده که تحریم اضرار بدون تشریح ابزارهای بازدارنده و جلوگیری‌کننده از حدوث ضرر، عقلایی نیست؛ بنابراین نهی از اضرار مستلزم همه اقدامات تشریحی است که مانع از بروز ضرر و یا بقای آن شود (ایروانی، ۱۴۲۶: ۱۳۲/۱). چنین توضیحی، راه را برای استناد به عبارت «لاضرار» در توسعه مصادیق ولیّ بیمار در تبصره ۲ ماده ۴۹۵ ق.م.ا.م می‌گشاید.

۲-۱۴-۱.۷. قول هفتم: نفی ضرر شخصی و نوعی در مرحله انشاء و اجرای احکام

پرسش این است که اگر ضرر حاصل به سبب عدم حکم یا خلأ قانونی باشد، آیا با استناد به «لاضرر» می‌توان به این نتیجه رسید که لاضرر نقش سازنده حکم بر عهده گرفته و با جعل حکم و قانون مؤثر در صدد است زمینه ضرر را از بین ببرد؟ در این خصوص میان فقها اختلاف نظر است؛ عده‌ای معتقدند که اثبات حکم به وسیله قاعده لاضرر، مستلزم تأسیس فقه جدید است (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۲۲۱/۲؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۱۹۲/۵). در مقابل، برخی دیگر از فقها عمومیت قاعده لاضرر بر امور عدمی را پذیرفته و به موجب آن از جمله در مسئله حرّ مجبوس، حکم به ضمان کرده‌اند (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۱۶۰/۱). لازم به ذکر است که جایگاه امور عدمی یا «عدم حکم» از موضوعات مهم و از

چالش‌های تأثیرگذار در فقه به شمار می‌رفته است. اما با توجه به اینکه اسلام عبارت است از مجموع قواعد و مقررات شرعی که خداوند برای زندگی مردم اعتبار کرده است، این قواعد و مقررات نباید صرفاً به احکام وجودی اختصاص داشته باشد؛ بلکه باید امور عدمی را نیز شامل گردد. بنابراین در مواردی که نص و حکمی وجود ندارد و در اصطلاح حقوقی، شارع در قضیه مطروحه ساکت است و این سکوت منجر به ضرر می‌گردد، قاعده لاضرر منبع عمده‌ای برای ثبوت احکام الزام‌آور است. بدین وسیله لاضرر می‌تواند راهگشای مشکلات نوپیدا باشد. ضمن اینکه در صدر اسلام، موضوع پزشکی و عملیات جراحی همچون زمان حاضر نبوده است؛ پس باید گفت که عدم توسعه مصادیق ولیّ بیمار در برخی موارد موجب پدید آمدن اضرار غیرقابل جبران برای بیمار و خانواده وی می‌گردد؛ نظیر افزایش هزینه‌های درمان، اطاله روند درمان و چه بسا تشدید بیماری و حتی تلف شدن بیمار. خلاصه اینکه سکوت تشریحی با مذاق شرع در نفی تشریحی ضرر مغایر بوده، و پذیرش شمول قاعده لاضرر در عدمیات جبران‌کننده این خلأ و کاستی است. نتیجه اینکه قاعده «لاضرر» تضمین‌کننده و حمایت‌کننده حقوق عمومی در مقابل هرگونه ضرر است. از آنجا که مشروعیت نداشتن ضرر تمام زوایای زندگی اجتماعی را در بر می‌گیرد، لذا باید وارد مرحله تقنین و اجرا شود. بدین صورت که قانون نه تنها به لحاظ محتوایی و اجرایی نباید موجب ضرر و زیان عموم مردم شود، بلکه باید از حقوق عموم مردم نیز حمایت کند. بی‌تردید به خطر افتادن سلامتی افراد به سبب عدم توسعه مصادیق ولایت بر بیمار و محدود ساختن آن به پدر و جدّ پدری، بدترین ضرری است که می‌توان تصور نمود، بنابراین حق مسلم جامعه است که با داشتن قوانینی کارآمد، نه تنها از حقوق خود در برابر چنین خسارت‌هایی حمایت کند، بلکه اساساً مانع از بروز چنین زیان‌هایی شود.

۲-۴-۲. ذی‌نفع بودن اقارب، دلیل بر جواز اخذ برائت از ولیّ عرفی

ولیّ که از وی برائت گرفته می‌شود، باید کسی باشد که حق مطالبه قصاص و دیه را در صورت تلف و مرگ بیمار داشته باشد. بنابراین کسی که حق مطالبه دیه و قصاص را در صورت تلف دارد، همان کسی است که باید از او برائت گرفته شود (مدنی کاشانی،

۱۴۰۸: ۵۱). به عبارتی دیگر، کسی که از بیمار ارث می‌برد (من به السلعة)، همان شخص می‌تواند اذن در درمان و یا براءت پزشک دهد (تبریزی، ۱۴۱۷: ۴۷۹).

به نظر می‌رسد این دلیل، خود مدعاست؛ زیرا ارث بردن و داشتن حق قصاص برای داشتن مسئولیت، قاعده نمی‌باشد. از طرفی کسانی که این دلیل را بیان نموده‌اند، دلیل خاصی از روایات ذکر نکرده‌اند. بنابراین استدلال به این دلیل، خالی از اشکال نیست. البته شاید بتوان با پذیرش سایر دلایل، این مورد را به‌عنوان مؤید پذیرفت.

۲-۴-۳. قاعده عسر و حرج، دلیل بر جواز اخذ براءت از ولی عرفی

معنای عسر در لغت، سختی، مشقت، صعوبت و فقر است (مقری فیومی، بی‌تا: ۴۰۹/۲) و حرج در لغت به معنای تنگی و تنگنا و ضیق آمده است (صاحب بن عباد، ۱۴۱۴: ۴۰۰/۲؛ فیروزآبادی، بی‌تا: ۱۲۶/۲). مراد از عسر و حرج، مشقت غیرقابل تحمل برحسب عادت است که موجب رفع تکلیف از مکلف می‌شود (جمعی از مؤلفان، ۱۳۸۲: ۶۷۹/۲). برای آشکار شدن معنای حرج و تفاوت آن با عسر، چهار مرحله برای تکالیف ذکر شده است:

مرحله اول: سعه و سهولت؛

مرحله دوم: عسری کمتر از تنگنا و مشقت؛

مرحله سوم: تنگنا و مشقت قابل تحمل؛

مرحله چهارم: تنگنا و مشقت غیرقابل تحمل (مالایطاق) (نراقی، ۱۴۱۷: ۱۸۵).

به نظر می‌رسد که قاعده عسر و حرج شامل دو مرحله آخر می‌شود (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۷۳؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۱۷۹/۱). ضابطه تعیین مصداق عسر و حرج، عرف است (محقق داماد، ۱۳۷۲: ۸۱/۲).

اگر قائل شویم که مقصود از ولی در تبصره ۲ ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی، ولی قهری یا شرعی است، این خود به‌نوعی سبب مشقت و در تنگنا قرار دادن ولی بیمار می‌گردد؛ چراکه به‌طور معمول پدر و جد پدری کهن‌سال بوده و ممکن است در شهر یا روستای دیگری زندگی کنند. اینکه اخذ براءت مختص پدر و یا جد پدری دانسته شود، این حکم عرفاً سبب مشقت و سختی می‌گردد. بنابراین اختصاص براءت به پدر و

جدّ پدري نوعاً سبب مشقت و سختی برای بیماران است و حال آنکه در تکالیف حرجی، خود تکلیف از انگیزه‌ها و سبب‌های مخالفت است و چیزی که موجب گناه و عصیان گردد، خود تکلیف است (همین عسر و حرج است که موجب شده رویه عملی بیمارستان‌ها و درمانگاه‌ها براءت و رضایت از اقربای بیمار را کافی بدانند) و وضع چنین تکلیفی از شارع بلندمرتبه که حکیم نیز هست، محال است. به عبارت دیگر، از آنجا که بیشتر مکلفان به دنبال به دست آوردن رضایت خداوند نمی‌باشند و فقط از ترس عقاب، اقدام به انجام دادن تکلیف می‌کنند و اگر به امر مشکل و سختی مکلف گردند، از انجام دادن آن امتناع می‌ورزند و در نتیجه مرتکب گناه و معصیت گردیده، مستحق غضب و سخط شارع می‌گردند، قانونگذاری چنین احکامی با لطف خداوند متعال سازگار نمی‌باشد؛ زیرا سبب دور شدن بندگان از درگاه او می‌گردد (تبریزی، ۱۳۶۹: ۱۱۱/۱). با توجه به اینکه تکلیف به اخذ براءت، تکلیفی عسر و حرجی است، می‌توان گفت که مقصود از روایت در این باب و تبصره ۲ ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی، ولیّ قهری نمی‌باشد که سبب تکلیف به عسر و حرج گردد.

۲-۴-۴. مصلحت دلیل بر جواز اخذ براءت از ولیّ عرفی

از نگاه فقهای شیعه، همه دستورات و احکام شرع ثبوتاً براساس مصالح و مفاسد بنا گردیده‌اند. یکی از راه‌هایی که موجب به دست آوردن مقصود شارع می‌شود، مصلحت است (طباطبایی حکیم، بی‌تا: ۳۸۱). مصالح مقصود شارع عبارت‌اند از: ۱- حفظ دین، ۲- حفظ نفوس، ۳- حفظ عقول، ۴- حفظ نسل، ۵- حفظ اموال (همان). به‌طور کلی در ابواب فقه، هرکجا از ولایت مسئله‌ای مطرح شده است، به همراه آن از مصلحت و مصلحت‌بینی ولیّ هم سخنی به میان آمده است (محقق حلی، ۱۴۰۹: ۷۸/۲)؛ زیرا همان‌طور که امام راحل نوشته است:

«اصل اولی در هر ولایتی این است که مقید به رعایت مصلحت باشد» (موسوی خمینی، بی‌تا: ۵۲۶/۲).

گرچه نمی‌توان به‌وسیله این قاعده، حکم اولیه وضع نمود، زیرا مصلحت ذاتی امور واضح نیست، ولی می‌توان در تفسیر احادیث برای وضع احکام با توجه به این قاعده

عمل نمود؛ به این معنا که وقتی در معنای حکمی شک شود، با توجه به این قاعده، تفسیر به معنایی که دارای مصلحت است، مورد لحاظ قرار می‌گیرد؛ زیرا کلیه احکام الهی براساس مصلحت و مفسده بنا شده‌اند.

بنابراین مصلحت افراد اقتضا می‌کند که در وضع قانون برای اشخاص، مصلحت آن‌ها چه از جهت سلامتی و چه از جهت مالی در نظر گرفته شود. اما اگر حکم شود که ولیّ قهری باید برای اذن در درمان و براءت ذمه طیب بیاید، به صورت معمول سبب می‌شود که روند درمان بیمار طولانی‌تر گردد و اطاله روند درمان در برخی از موارد، سبب وخیم‌تر شدن حال بیمار و هزینه‌بردار شدن برای وی می‌گردد. به عنوان مثال، کسی که به خاطر عدم دسترسی به پدر، با برادر خود جهت درمان به بیمارستان مراجعه می‌کند، منوط کردن عملیات جراحی و درمان به رضایت ولیّ سبب اطاله مدت بستری بیمار در بیمارستان و پرداخت هزینه اضافی برای بیمار می‌گردد. همچنین طولانی‌تر شدن بستری بیمار سبب ازدحام بیشتر بیماران در بیمارستان‌ها شده که این خود به نوعی ضرر برای دیگر بیماران محسوب می‌گردد.

نکته‌ای که ذکر آن در پایان ضروری به نظر می‌رسد، پاسخ به این سؤال است که برای رضایت و براءت، آیا جمع همه خویشاوندان لازم است یا اینکه رضایت یا براءت یکی از آن‌ها کفایت می‌کند؟ به نظر می‌رسد با توجه به قاعده عسر و حرج و مصلحت بیمار، نیاز نیست که همه خویشاوندان برای رضایت و براءت حضور داشته باشند؛ بلکه رضایت و براءت یکی از آن‌ها با رعایت مصلحت بیمار کفایت می‌کند و دیگران نیز حق اعتراض به رضایت او را ندارند؛ مگر اینکه رضایت برخلاف مصلحت بیمار باشد.

نتیجه‌گیری

واژه ولیّ در تبصره ۲ ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی به صورت مبهم ذکر شده است. لذا با توجه به اینکه این تبصره از متون فقهی گرفته شده است، برای تفسیر آن به کلمات فقها مراجعه می‌شود. فقها در موارد متعددی به آیه شریفه «أولوالأرحام» استناد کرده‌اند؛ از جمله در کتاب ارث، تجهیز میت، نفقه در صورت عدم توانایی منفق و تعدد منفق علیه با تفاوت در رتبه، حضانت و توزیع دیه بر عاقله. در تمامی این موارد،

مسئله‌ای که می‌توان در آن برای اثبات معنا و مصداق ولی بیمار استفاده کرد، عمومیتی است که فقها در موارد فوق به آن تصریح کرده‌اند. بنابراین مشخص می‌شود که آیه مذکور دارای عمومیت است و تا وقتی که دلیلی بر تخصیص وجود نداشته باشد، این عمومیت دلالت بر ولایت دارد. برفرض عدم پذیرش عمومیت آیه می‌توان به روش تنقیح مناط از ابواب فقهی مذکور به این آیه بر ولایت عرفی در تبصره ۲ ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی استدلال نمود. همچنین برای تقویت به استدلال بر ولایت عرفی (اولیای دم و وراثت)، به ادله دیگری می‌توان استدلال کرد؛ مانند دلیل ذی‌نفع بودن اقارب، قاعده عسر و حرج و مصلحت. لذا پیشنهاد می‌گردد که قانون‌گذار مقصود از ولی خاص در ماده مزبور را که به نوعی دچار ابهام بین دو نظریه است، اصلاح نماید و از عنوان «ولی عرفی براساس طبقات ارث» استفاده نماید و براین اساس متن پیشنهادی ماده بدین نحو است: «ولی بیمار اعم است از ولی عرفی که براساس طبقات ارث تعیین می‌گردد و ولی عام... [ادامه ماده]».

فهرست منابع

۱. قرآن کریم.
۲. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، کفایة الاصول، چاپ هفتم، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۳۱ق.
۳. آل بحرالعلوم، سیدمحمد بن محمدتقی، بلغة الفقیه، چاپ چهارم، تهران، مکتبه الصادق علیه السلام، ۱۴۰۳ق.
۴. آل عصفور بحرانی، حسین بن محمد، الانوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع (للفیض)، قم، مجمع البحوث العلمیه، بی تا.
۵. آملی، محمدتقی، مصباح الهدی فی شرح العروة الوثقی، چاپ سوم، تهران، فردین، ۱۳۸۰ش.
۶. ابن ادریس حلّی، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ق.
۷. ابن براج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز بن نحریر، المهدب، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ق.
۸. ابن زهدری حلّی، نجم الدین جعفر، ایضاح ترددات الشرائع، تحقیق سیدمهدی رجائی، چاپ دوم، قم، کتابخانه آیة الله مرعشی نجفی، ۱۴۲۸ق.
۹. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، تهران، اسلامی، بی تا.
۱۰. انصاری، مرتضی بن محمدامین، فرائد الاصول، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۹ق.
۱۱. همو، کتاب الطهارة، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ق. (الف)
۱۲. همو، کتاب مکاسب، قم، دار الذخائر، ۱۴۱۱ق.
۱۳. همو، کتاب النکاح، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ق. (ب)
۱۴. ایروانی، باقر، دروس تمهیدیه فی القواعد الفقهیه، چاپ سوم، قم، دار الفقه، ۱۴۲۶ق.
۱۵. تبریزی، جواد بن علی، اساس الحدود و التعزیرات، قم، دار الصدیقه الشهیده، ۱۴۱۷ق.
۱۶. همو، تنقیح مبانی الاحکام فی شرح شرائع الاسلام، قم، دار الصدیقه الشهیده، ۱۴۲۸ق.
۱۷. همو، صراط النجاة فی اجوبه الاستفتائات، قم، دار الصدیقه الشهیده، ۱۴۲۸ق.
۱۸. تبریزی، موسی بن جعفر، قاعدة الضرر، الید، التجاوز و الصحه (اوثق الوسائل)، قم، کتبی نجفی، ۱۳۶۹ق.
۱۹. جمعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیه، چاپ سوم، تهران، علمیه اسلامی، ۱۳۶۰ش.
۲۰. همو، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ق.
۲۱. جمعی از مؤلفان، مجله فقه اهل البيت علیهم السلام، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۱۳۸۲ش.
۲۲. حرّ عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۲۳. حسینی جرجانی، سیدامیر ابوالفتح، تفسیر شاهی أو آیات الاحکام، تهران، نوید، ۱۴۰۴ق.
۲۴. حسینی سیستانی، سیدعلی، قاعدة لا ضرر ولا ضرار، قم، دفتر آیة الله سیستانی، ۱۴۱۴ق.
۲۵. حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح بن علی، العناوین الفقهیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
۲۶. خوانساری، سیداحمد بن یوسف، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۵ق.

۲۷. راوندی، قطب‌الدین ابوالحسین سعید بن هبة الله، *فقه القرآن فی شرح آیات الاحکام*، چاپ دوم، قم، کتابخانه آية الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۵ق.
۲۸. رشتی گیلانی نجفی، میرزا حبیب‌الله، *فقه الامامیه*، تقریر سید محمد کاظم خلخالی، قم، کتاب فروشی داوری، ۱۴۰۷ق.
۲۹. سبحانی، جعفر، *تهذیب الاصول*، تقریر مباحث امام خمینی، چاپ دوم، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۸۱ش.
۳۰. سیوری حلی (فاضل مقداد)، جمال‌الدین مقداد بن عبدالله، *التفصیح الرائع لمختصر الشرائع*، قم، کتابخانه آية الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ق.
۳۱. شریف مرتضی علم‌الهدی، علی بن حسین موسوی بغدادی، *الانتصار فی انفرادات الإمامیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۵ق.
۳۲. همو، *رسائل الشریف المرتضی*، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۰۵ق.
۳۳. شیخ الشریعة اصفهانی، فتح‌الله بن محمد جواد نمازی، *قاعدة لا ضرر*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۸۵ش.
۳۴. صاحب بن عباد، ابوالقاسم اسماعیل، *المحیط فی اللغة*، تحقیق محمد حسن آل یاسین، چاپ چهارم، بیروت، عالم الکتب، ۱۴۱۴ق.
۳۵. طاهری، حبیب‌الله، *حقوق مدنی*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ق.
۳۶. طباطبایی بروجردی، سید حسین، *تقریر بحث السید البروجردی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ق.
۳۷. طباطبایی حائری، سید علی بن محمد علی، *ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل*، قم، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، ۱۴۱۸ق.
۳۸. طباطبایی حکیم، سید محمد تقی، *الاصول العامة للفقہ المقارن*، قم، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، بی تا.
۳۹. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم بن عبدالعظیم، *العروة الوثقی مع التعليقات*، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۲۸ق.
۴۰. طبرسی، امین الاسلام ابوعلی فضل بن حسن، *المؤتلف من المختلف بین ائمة السلف*، مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه، ۱۴۱۰ق.
۴۱. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الامامیه*، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ق.
۴۲. همو، *کتاب الخلاف*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ق.
۴۳. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال‌الدین مکی، *ذکر الشیعة فی احکام الشریعه*، قم، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، ۱۴۱۹ق.
۴۴. همو، *غایة المراد فی شرح نکت الارشاد*، چاپ دوم، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۴ق.
۴۵. عظیمی گرکانی، هادی، «معناشناسی تنقیح مناظ: مقارنه با مفاهیم مشابه و روش شناسی آن»، *فصلنامه مطالعات اسلامی: فقه و اصول*، سال چهل و چهارم، شماره ۳ (پیاپی ۹۰)، پاییز ۱۳۹۱ش.
۴۶. علامه حلی، ابو منصور جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه*، مشهد، مؤسسه آل البيت (ع)، بی تا.
۴۷. همو، *مختلف الشیعة فی احکام الشریعه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.

۴۸. غروی نائینی، میرزا محمدحسین، کتاب منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، تقریر موسی بن محمد نجفی خوانساری، تهران، المكتبة المحمدیه، ۱۳۷۳ق.
۴۹. فخرالمحققین حلّی، ابوطالب محمد بن حسن بن یوسف بن مطهر، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۷ش.
۵۰. فیروزآبادی، مجدالدین محمد بن یعقوب، القاموس المحيط، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۵۱. مجلسی اول، محمدتقی بن مقصودعلی، یک دوره فقه کامل فارسی، تهران، فراهانی، ۱۴۰۰ق.
۵۲. محقق حلّی، نجم الدین ابوالقاسم جعفر بن حسن، المعتبر فی شرح المختصر، قم، مؤسسه سیدالشهداء (علیه السلام)، ۱۴۰۷ق.
۵۳. همو، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، چاپ دوم، تهران، مطبعة الاستقلال، ۱۴۰۹ق.
۵۴. محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه (بخش جزئی)، چاپ دوازدهم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ق.
۵۵. همو، قواعد فقه (بخش مدنی)، چاپ دهم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۲ش.
۵۶. همو، مباحثی از اصول فقه، چاپ هفتم، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۷۲ش.
۵۷. محقق سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن، کفایة الفقه المشتهر بکفایة الاحکام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ق.
۵۸. مدنی کاشانی، رضا، کتاب الدیات، چاپ سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۸ق.
۵۹. مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری بغدادی، المقتنعه، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ق.
۶۰. مقرئ فیومی، احمد بن محمد، المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی، قم، دار الرضی، بی تا.
۶۱. مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه، چاپ سوم، قم، مدرسه امام امیرالمؤمنین (علیه السلام)، ۱۴۱۱ق.
۶۲. موسوی بجنوردی، سیدمحمد بن حسن، قواعد فقهیه، تهران، مجد، ۱۳۸۵ش.
۶۳. موسوی خمینی، سیدروح الله، الرسائل، چاپ سوم، تهران، کتاب فروشی اسلامیة، ۱۴۲۰ق.
۶۴. همو، کتاب البیع، قم، اسماعیلیان، بی تا.
۶۵. همو، کتاب الطهارة، چاپ دوم، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ق.
۶۶. موسوی خوئی، سیدابوالقاسم، موسوعة الامام الخوئی، چاپ دوم، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۱۸ق.
۶۷. نجفی، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.
۶۸. نراقی، ملااحمد بن محمد مهدی، عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال والحرام، چاپ سوم، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
۶۹. یزدانی، محمد مهدی، و حسین صابری، «تعمیم حکم به استاد کشف علت از دیدگاه امام خمینی»، فصلنامه پژوهش های فقهی، سال ششم، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۹ش.

مهر شناور در آینه فقه امامیه و حقوق ایران*

- ابراهیم جوانمرد فرخانی^۱✉
- حمید میری^۲
- سیدمحمد رضوی^۳

چکیده

مهر شناور نوعی از مهر است که به‌طور دقیق در متن عقد معلوم نشده، اما سازوکار محاسبه آن مشخص گردیده است. در این فرض، طرفین مهر را مفتوح قرار می‌دهند تا با توجه به عرف روز یا نظر یکی از طرفین یا ثالث داور معین شود. حال این سؤال به ذهن می‌آید که آیا عقد نکاحی که مهر آن نامعین و در ظرف زمان شناور است، صحیح می‌باشد یا خیر؟ براین اساس، نگارندگان ضمن تحلیل نظرهای گوناگون، بحث یادشده را از دیدگاه فقه امامیه و حقوق ایران بررسی و مورد مذاقه دقیق علمی قرار داده‌اند. روش تحقیق مقاله حاضر، تحلیلی توصیفی است. اطلاعات تحقیق نیز به‌صورت کتابخانه‌ای جمع‌آوری شده است.

* تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۵/۲۴ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۸/۰۵.

۱. استادیار گروه الهیات دانشگاه گنبد کاووس (نویسنده مسئول) (javanmardebrahim@yahoo.com).
۲. استادیار دانشگاه گنبد کاووس (hamidmiri1387@gmail.com).
۳. استادیار گروه حقوق دانشگاه بیرجند (razavi1213@birjand.ac.ir).

یافته‌های تحقیق نشان می‌دهد که علم اجمالی برای رفع ابهام از مهر کافی است و نیازی به علم تفصیلی وجود ندارد. بنابراین ضرورت ندارد مهر در زمان انعقاد عقد نکاح معین باشد، بلکه کافی است در آینده بتوان آن را تعیین نمود.

واژگان کلیدی: مهر، شناور، غرر، ازدواج موقت، علم اجمالی.

مقدمه

برخلاف ازدواج دائم، در ازدواج موقت، مهر جزء ارکان عقد محسوب می‌شود. ماده ۱۰۹۵ قانون مدنی در این زمینه مقرر می‌دارد:

«در نکاح منقطع، عدم ذکر مهر در عقد موجب بطلان است.»

مبنای فقهی این وجه تمایز آن است که ازدواج موقت در روایات به اجاره، و مهر به اجرت تشبیه شده است (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۶۲/۳۰). با توجه به این مبنا، تعیین مهر در عقد موقت همانند تعیین مال الاجاره در عقد اجاره لازم و ضروری دانسته شده است (محقق داماد، ۱۳۸۵: ۲۶۶؛ امامی، بی‌تا: ۱۰۴/۵). در این میان، به‌طور مکرر در کتب فقهی آمده است که هدف از ازدواج موقت کام‌جویی و انتفاع است نه ایجاد نسل، و به همین علت است که تمایل به معاوضی دانستن این نوع نکاح زیاد است (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۱۳؛ طوسی، ۱۳۸۷: ۳۱۰/۴؛ میرزای قمی، ۱۴۱۳: ۴۱۸/۴). از این منظر، مهر عوض بضع و استمتاع از زن به شمار می‌آید؛ به‌نحوی که با فقدان یا فساد یکی، محملی برای دیگری وجود نخواهد داشت. در مقابل، نسبت به شرایط مهر در ازدواج دائم که جنبه معاوضی ندارد و مهر رکن آن نبوده، سخت‌گیری نشده است. از این رو تعیین دقیق مهر از نظر وزن، کیل و مساحت در ازدواج دائم لازم نیست؛ اما در ازدواج موقت که ماهیت مهر در آن به‌مثابه عوض در قراردادهای معاوضی است، میزان مهر باید از همه جهات معلوم باشد (محقق داماد، ۱۳۸۵: ۲۲۸؛ شبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۶۰۲۷/۱۹؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۲۹/۶). در این راستا، به‌ویژه به قاعده نفی غرر که از قواعد مهم فقهی و مستند به روایات و اجماع است، استناد شده است. برطبق این قاعده، علم اجمالی در تعیین مهر کفایت نمی‌کند و عدم وجود علم تفصیلی، غرر در مهر را به دنبال دارد.

حال در نظر بگیرید مهر در ازدواج موقت به‌طور دقیق تعیین نشده است، اما طرفین

توافق کرده‌اند که به نظر زوجه، کارشناس یا عرف روز رجوع شود؛ به‌عنوان مثال، تعلیم سوره‌ای از قرآن به‌عنوان مهر قرار گیرد، اما نام سوره و تعداد آیات به‌طور دقیق معلوم نشود و تعیین آن به توافق بعدی یا نظر زوجه یا شخص ثالث موکول گردد؛ یا اینکه زوج متعهد شود که منزلی برای زوجه خریداری کند، اما به‌طور دقیق تعیین نکند که این منزل چند متر و ارزش آن چقدر است. در چنین فرضی، این پرسش مطرح می‌شود که آیا این تراضی و توافق از اعتبار و ارزش قانونی برخوردار است؟ در این خصوص، اگر بخواهیم با نظرات مشهور فقهی و اصول و قواعد سنتی موجود در حقوق، اعتبار این نوع مهر را بسنجیم، حکم به بطلان اعمال خواهد شد؛ لکن تأکید ماده ۱۰ قانون مدنی بر اعتبار و لزوم احترام به قراردادها و ارجاع تعیین مقدار مهر در ماده ۱۰۸۰ قانون مدنی به تراضی طرفین و اصل صحت و لزوم قراردادها، صحت و نفوذ آن را توجیه‌پذیر خواهد کرد. بی‌تردید با پذیرش این نوع مهر در ازدواج موقت می‌توان حکم آن را به ازدواج دائم که مهر در آن نقش فرعی دارد، تسری داد.

با توجه به بیان فوق، سؤالات اساسی این تحقیق آن است که آیا ازدواج موقت با مهری که به‌طور دقیق تعیین نشده، ولی یک ضابطه معین برای آن در نظر گرفته شده است، صحیح و نافذ تلقی می‌گردد؟ آیا قابلیت تعیین مهر در آینده برای از بین بردن غرر و ایجاد اطمینان عرفی کفایت می‌کند؟ آیا تفویض مهر به اختیار یکی از طرفین یا کارشناس، خللی به عقد وارد می‌سازد؟ آیا علم تفصیلی به مهر ضرورت دارد یا علم اجمالی به آن کافی است؟ آیا در تعیین مهر آن مقدار معلومیت که در عقود معاوضی لازم است، ضرورت دارد؟ باید یادآور شویم که در حقوق ایران، بحثی مستقل تحت این عنوان وجود ندارد و قواعد مربوط به آن به‌صورت پراکنده در بین مواد قانونی پیدا می‌شود. فقهای امامیه نیز در مباحث فقهی شان باب مستقلی را به این بحث اختصاص نداده و برخی به‌صورت استطرادی و در میان سایر مسائل فقهی بدان پرداخته‌اند. در این میان، هرچند درباره معلوم بودن مهر به‌گونه‌ای مبسوط بحث شده و مقالات زیادی در این حیطه منتشر شده است، ولی در زمینه مهر شناور تاکنون کوششی نظام‌مند برای تبیین این موضوع صورت نگرفته است. از این‌رو، این تحقیق در نوع خود، نخستین کوششی است که در این سطح و حجم محقق خواهد شد.

۱. مفهوم مهر شناور

مهر شناور که با عناوینی همچون «مهر نامعین» و «مهر قابل تعیین» شناخته می‌شود، نوعی از مهر است که در متن عقد به شکل مشخص تعیین نمی‌شود؛ ولی معیار و ضابطه‌ای برای تعیین آن در آینده در نظر گرفته می‌شود. براین اساس، ممکن است میزان مهر در طول ازدواج دستخوش تغییر قرار گیرد؛ زیرا مهر در ظرف زمان شناور بوده و میزان آن متغیری وابسته به عناصر دیگر است.

در مورد مهر شناور چند فرض قابل تصور است:

فرض اول آن است که مهر به‌طور دقیق معلوم نشده، ولی راهکاری برای تعیین آن پیش‌بینی شده است که با توجه به آن راهکار می‌توان مقدار مهر را در آینده مشخص نمود؛ مانند موردی که طرفین مقدار مهر را به عرف روز محول می‌نمایند. در این فرض، طرفین تنها علم اجمالی به مقدار مهر دارند و درعین حال بر مبنا و ضابطه مشخصی اتفاق نظر دارند. برطبق این ضابطه، متعاقدین پذیرفته‌اند که به مهر رایج میان عرف و خردمندان حکم نموده و سلیقه شخصی خود را دخالت ندهند.

فرض دوم آن است که مهر به‌طور واضح مشخص نشده و تعیین آن به شخص ثالث محول شده است؛ مانند اینکه طرفین تعیین مهر را به کارشناس یا ثالث داور واگذار نمایند، اعم از اینکه طرفین، کارشناس را تعیین نموده یا اختیار تعیین آن را به دیگری سپرده باشند. در این فرض، طرفین پذیرفته‌اند که شخص مقابل بر مبنای عرف روز و مهر متداول و متعارف حکم کند. لذا هنگام انعقاد عقد، طرفین علم اجمالی به مقدار مهر دارند، ولی تعیین دقیق آن را به کارشناس محول نموده‌اند.

فرض سوم مربوط به موردی است که اختیار تعیین مهر به یکی از طرفین تفویض شده است. در این فرض، طرفین سازوکار محاسبه مهر را مشخص نموده‌اند که آن جایگزینی مهر متعارف در فرض مهر نامتعارف به‌وسیله یکی از طرفین یا رجوع به مهر متعارف در صورت ناتوانی یا استنکاف شخص ثالث از تعیین مهر است. اینکه مهر متعارف چیست، موضوعی است که بستگی به شرایط و اوضاع و احوال خاص هر مورد دارد.

لازم به ذکر است در فرض دوم و سوم ممکن است طرفین راهکاری را در نظر

نگرفته و تعیین مهر را به‌طور کلی به ثالث یا کارشناس یا یکی از طرفین محول نمایند. بنابراین سعی می‌شود تمامی این فروض مورد بررسی و تجزیه و تحلیل قرار گیرد.

۲. دیدگاه فقه اسلامی و حقوق ایران در مورد مهر شناور

در مورد مهر شناور میان فقها و حقوق‌دانان اختلاف نظر وجود دارد. برخی بر پذیرش آن استدلال نموده و احکام مهر را در مورد آن جاری می‌دانند و برخی احکام مهر را بر آن جاری نمی‌دانند. در ادامه، این نظریات طرح و نقد و بررسی می‌شود.

۱-۲. نظریه عدم پذیرش مهر شناور

براساس این نظریه، اگر مهر در متن عقد تعیین نشده باشد، اما روشی جهت محاسبه آن در نظر گرفته شده باشد، عقد ناقص بوده و حکم به بطلان آن می‌شود. برای دریافت و درک بهینه این نظریه، نخست به بررسی و تحلیل آن در فقه اسلامی می‌پردازیم؛ سپس بحث را از منظر حقوق ایران پی می‌گیریم.

۱-۱-۲. بررسی فقهی: تبیین دیدگاه و تقریر مبانی

از عبارات بیشتر فقها در باب تعیین مهر استنباط می‌شود که مشهور، قابلیت تعیین مهر را در رفع ابهام معتبر نمی‌دانند و عقد با این کیفیت را غرری می‌دانند (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲۶۹/۲؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۱۸۰/۸). از این منظر، مهر باید هنگام عقد معین گردد و اگر ازدواج واقع شود و بعداً تعیین مهر به عهده متعاقدين یا ثالث باشد، به علت وجود غرر صحیح نیست. از این رو علم به مهر که مانع از منازعه بعدی باشد، لازم تلقی شده است و نمی‌توان در متن عقد، تعیین مهر را به اختیار یکی از طرفین یا دیگری واگذار نمود. برطبق این نظریه، مهر در ازدواج موقت از هر لحاظ عوض محسوب می‌شود و باید مقدار، جنس و وصف آن مشخص باشد. عبارت قرآنی «هرگاه آن‌ها را به عقد متعه درآوردید، اجریشان را بپردازید» (نساء/۲۴)، حکایت از همین مقابله و عوض بودن مهر دارد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۲۱/۶). با این رویکرد، آنچه در ازدواج موقت به زن داده می‌شود، اجر و مزد است نه مهر و صداق. از این رو، علم تفصیلی متعاقدين به میزان و اوصاف آن هنگام انعقاد عقد ضرورت دارد و علم اجمالی به آن کافی نیست (همان: ۲۹/۶).

با مراجعه به عبارت این دسته از فقها، این نکته به خوبی روشن خواهد شد که آنچه در باب معاوضات نظیر بیع و اجاره شرط است، در باب مهریه نیز شرط است. در عبارت این دسته از فقها این گونه آمده است:

«مهر همان چیزی است که آن‌ها با آن موافقت می‌کنند، که می‌تواند بهای فروش یا اجاره‌بهای پرداخت شده باشد. دلیل ما اجماع فقها و روایات است» (ابن‌بزاج طرابلسی، ۱۴۰۶: ۱۹۸/۲).

در جای دیگر این گونه آمده است:

«همان چیزی که در بیع ثمن قرار می‌گیرد و یا در اجاره به‌عنوان اجرت قرار داده می‌شود، همان می‌تواند در نکاح مهر قرار گیرد» (ابن‌حمزه طوسی، ۱۴۰۸: ۲۹۵).

با این رویکرد، مبنای بایستگی معلوم بودن مهر در ازدواج موقت، همان دلیلی است که معلوم بودن عوضین را در قراردادهای معاوضی لازم می‌داند. پس همان گونه که در بیع باید ثمن و مثنی از تمام جهات مشخص باشد، در ازدواج موقت نیز مهر باید به همان اندازه معلوم و معین باشد (حسینی سیستانی، ۱۴۱۷: ۷۶/۳). به‌ویژه با توجه به تشبیه متعه به اجاره در روایات می‌توان دریافت که تعیین دقیق مهر در عقد موقت همانند تعیین مال‌الاجاره در عقد اجاره لازم و ضروری است. براین اساس، چنانچه تعلیم سوره‌ای به‌عنوان مهر قرار گیرد، اما تعیین آن به توافق بعدی یا نظر زوجه یا شخص ثالث موکول گردد، کافی نیست؛ زیرا سوره‌ای در قرآن است که حدود سه جزء قرآن را تشکیل می‌دهد، مثل سوره «بقره»، و سوره‌ای هم هست که یک سطر است، همانند سوره‌های «کوثر» و «توحید»؛ پس باید سوره و تعداد آیات به‌طور دقیق مشخص باشد (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۷۳/۴؛ شبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۶۹۶۲/۲۲).

با گذر از بیان دیدگاه یادشده، روشن شد که علم تفصیلی به مقدار مهر هنگام انعقاد عقد لازم و ضروری است و صرف اینکه مهر دارای قابلیت تقدیر و اندازه‌گیری باشد، کافی نیست. درهرحال برای تبیین بهتر مناسب است نگاهی به مبانی این نظریه داشته و آن‌ها را مورد تحلیل و بررسی بیشتر قرار دهیم.

۱-۱-۱۲. جهل و غرر

مهم‌ترین مبنای فقهی که در این زمینه به آن استناد شده است، جهل و غرر است. با توجه به این مبنا، جهل در مقدار مهر موجب غرری شدن عقد و بطلان آن می‌گردد. از این منظر، عنوان «غرر» بر ازدواجی که در مهر آن نوعی جهل هست، اما شیوه برطرف شدن آن جهل در عقد در نظر گرفته شده است، صدق می‌کند. با این تحلیل، علم تفصیلی یعنی علم کامل به ماهیت، مقدار و وصف مهر ضرورت داشته و علم اجمالی به آن، غرر را به دنبال دارد (شبییری زنجانی، ۱۴۱۹: ۶۸۷۷/۲۲).

گفتنی است عدم علم تفصیلی به مهر موجب ورود ضررهای بسیار به زوج می‌شود که جبران آن به سهولت امکان‌پذیر نیست. بنابراین طرفین نباید در تعیین مهر سهل‌انگاری و مسامحه نمایند؛ زیرا چنین امری سبب وقوع ضرر و ایجاد اختلاف می‌شود. در تأیید این استدلال می‌توان به رأی صاحب ریاض استناد کرد که یکی از دلایل معلوم بودن مهریه را قاعده لاضرر دانسته است (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۹/۱۲).

این موضوع نیز قابل توجه است که ممنوعیت غرر در عقود معاوضی، یک حکم عقلایی است که نیازی به ثبوت نص شرعی ندارد؛ چراکه در معاملات عقلایی، آگاهی از عوضین بدون هر اغماضی چونان شرطی اساسی و مرتکز که عقد بر آن بنا گردیده و نیازی به تصریح در متن عقد ندارد، می‌باشد (خویی، ۱۴۱۴: ۲۰۳/۲). با این رویکرد، در عقد موقت که محکوم به ضوابط عقود معاوضی است، دقت در ذکر ویژگی‌ها و رفع کامل ابهام از مهر ضروری است (جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۱۸۰/۸). بنابراین چنانچه مهر به اجمال در عقد ذکر گردد و سپس تعیین مقدار آن به دیگری واگذار شود، آن فرد می‌تواند هر مقداری را که می‌خواهد مهر قرار دهد که این امر پیدایش غرر و بطلان عقد را در پی خواهد داشت.

ناگفته نماند که نهی از غرر، خصیصه امری داشته و توافق برخلاف آن بی‌تأثیر است. از این رو علم و رضایت طرفین به غرر، در صحت عقد مؤثر نخواهد بود؛ زیرا نهی شارع عمومیت داشته و نمی‌توان با توافق، عقد باطل را تصحیح نمود (نراقی، ۱۴۱۷: ۹۷).

در مقام نقد این دلیل باید گفت در مواردی که طرفین سازوکار محاسبه مهر را

مشخص نموده‌اند، جهل و ضرر وجود ندارد و به عبارتی، مهر معین یا در حکم معین است. نکته این استدلال، اختصاص جهالت مبطل به جهالتی است که منتهی به غرر شود. از این رو از دلیل یادشده نمی‌توان بطلان مهر مجهول را به صورت مطلق برداشت نمود. با این توضیح، وقتی که طرفین علم اجمالی به مقدار مهر داشته و برای تعیین دقیق آن بر مینا و ضابطه مشخصی اتفاق نظر داشته باشند، جهالت فاحش از بین رفته و از باقی مانده آن عرفاً چشم‌پوشی خواهد شد (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۹/۳۱).

باید توجه داشت که آنچه در فقه امامیه با عنوان قاعده نفی غرر بیان شده است، در واقع اشاره به حکم دارد نه موضوع حکم. با این وصف، ضابطه معلوم و معین بودن را باید در عرف جستجو کرد. از نظر عرف، قابلیت تعیین مهر برای از بین بردن غرر و ایجاد اطمینان به مقدار مهر کفایت می‌کند. شاهد درستی این سخن آنکه در متون فقهی همواره به این نکته توجه شده که معلومیت عرفی برای نفی غرر کفایت می‌کند، گرچه علم به تمام جهات تعلق نگرفته باشد (همان: ۴۰۷/۲۲؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۳۲۰/۲). بر این اساس، لازم نیست مورد عقد با دقت علمی معلوم باشد؛ بلکه همین اندازه که نزد عرف قابل تعیین باشد، کفایت می‌کند.

مناسب است در اینجا اضافه شود که گروهی از فقها برای تعیین مهر در عقد موقت به مشاهده اکتفا نموده و بر این باورند که نیازی نیست مکیل با کیل، و موزون با وزن مشخص شود. بنابراین چنانچه مکیل یا موزون را به وسیله مشاهده، مهریه قرار دهند، مقتضای ادله، صحت چنین عقدی است (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۲/۳۱؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۵۷/۲۴؛ کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۱۴۴؛ سبحانی، ۱۴۱۶: ۶۸/۲). همان‌طور که از این رأی فقها پیداست، مشاهده تنها موجب تخمین و علم اجمالی به مهر شده و بیش از این قابلیت شفاف‌سازی ندارد. پس نباید تردید کرد که علم اجمالی به مهر برای رفع غرر و دفع ضرر از طرفین مؤثر و مکفی می‌باشد.

۲-۱-۱-۲. روایات

دلیل دیگری که صاحبان این رأی به آن استناد کرده‌اند، روایات است. در حدیثی از امام صادق (ع) نقل شده است:

«ازدواج موقت ممکن نیست مگر با دو شرط: زمان معین و مهر معین» (حزّ عاملی، ۱۴۰۹: ۴۲/۲۱).

در روایتی دیگر، وقتی از امام صادق علیه السلام سؤال شد که شروط ازدواج موقت چیست، فرمود: «مهر معلوم و مدت معلوم» (همان).

برخی از این روایات، سندشان صحیح است و برخی دیگر مشکل سندی دارند. درعین حال، روایات مذکور متعدد و متضافر بوده و عمل اصحاب ضعف سند آنها را جبران نموده است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۳۵/۵). با توجه به این روایات، لزوم تعیین قطعی مهر و آگاهی طرفین از آن، شرط صحت عقد موقت می باشد. بنابراین چنانچه مهر به طور دقیق معلوم نشود، بطلان عقد را به دنبال خواهد داشت.

در پاسخ باید گفت از تعبیر «مسمی» و «معلوم» که در روایات مذکور آمده است، استفاده می شود که مهر بایستی از جهالت و ابهام مبرا باشد؛ ولی نمی توان از این تعبیر برداشت نمود که علم تفصیلی به مهر از تمام جهات لازم است. مؤید این مطلب آنکه در روایتی چنین آمده است که مردی طالب ازدواج با زنی بود، ولی چیزی نداشت تا مهر او قرار دهد. رسول الله صلی الله علیه و آله زن را به تزویج مرد درآورد در قبال اینکه مرد آنچه از قرآن می داند، به زن بیاموزد (حزّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۴۲/۲۱). در این روایت، با آنکه سوره و تعداد آیات معین نشده است، حضرت زن را به ازدواج آن مرد درآورد (بحرانی، ۱۴۰۵: ۴۴۸/۲۴؛ سبحانی، ۱۴۱۶: ۱۹۶/۲). در برخی دیگر از روایات، فرض مهر قرار گرفتن بیت، خادم و دار بدون ذکر خصوصیات مطرح شده است (حزّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۸۳/۲۱). چنان که ملاحظه می شود، این روایات مطلق بوده و بیانگر بی اعتباری علم تفصیلی به مهر در عقد دائم و موقت است. افزون بر این، در روایات باب متعه این مطلب بیان شده است که مثنی گندم یا کفّی از طعام را می توان به عنوان مهر در عقد موقت قرار داد (همان: ۴۹/۲۱). در این روایات نیز ذکری از مقدار، صفات و سایر جهات نشده است. به تعبیر دیگر، آنچه در این روایات به عنوان مهر قرار گرفته، به اجمال معلوم است نه به تفصیل؛ چرا که مشخصات دقیق آنها در عقد ذکر نشده است (سبحانی، ۱۴۱۶: ۶۸/۲). با این توضیح می توان گفت که برای معلوم بودن مهر، لزومی به علم تفصیلی و یقین نیست و همین که حدود و ابعاد اصلی آن روشن گردد، باید حکم به کفایت داد.

۲-۱-۲. بررسی حقوقی: تحلیل موضوع و تبیین ادله

با توجه به مسکوت بودن ابعاد و زوایای مهر شناور در حقوق مدنی ایران، باید قواعد مربوط به آن را به صورت پراکنده در بین مواد قانونی پیدا نمود. ماده ۱۰۷۹ قانون مدنی در این زمینه مقرر می‌دارد: «مهر باید بین طرفین تا حدی که رفع جهالت آن‌ها بشود، معلوم باشد».

با توجه به این ماده، برخی از حقوق دانان گفته‌اند که خصوصیات مهر باید از نظر کمیت و کیفیت توصیف گردیده تا رافع جهالت باشد؛ مثل آنکه اگر مهریه، آموزش قرآن باشد، باید معین گردد که همه قرآن و یا بعضی از سوره‌های آن، و سوره‌ها نیز به طور دقیق معین گردد؛ زیرا سوره‌های قرآن کماً و کیفاً مختلف و متفاوت‌اند (محقق داماد، ۱۳۸۵: ۲۲۹).

یکی از حقوق دانان در این زمینه چنین نگاشته است:

«از نظر فنّ حقوقی، نکاح منقطع از حیث ساختمان شباهت کاملی به اجاره اشخاص دارد و همچنانی که در اجاره، مدت و عوض باید معین و معلوم باشد، در نکاح منقطع مدت و عوض باید معین بوده و مبهم نباشد» (امامی، بی‌تا: ۱۰۴/۵).

با توجه به این نگرش، معلوم بودن مهر، به معلوم بودن مقدار، جنس و وصف آن است (صفایی و امامی، ۱۳۹۸: ۱۷۱). بنابراین هرگاه مهر در عقد موقت از برخی جهات مجهول باشد، عقد باطل خواهد بود و تعیین لاحق نمی‌تواند موجب اعتبار بخشیدن به عقد باطل گردد (امامی، بی‌تا: ۱۰۴/۵). در این خصوص، ماده ۳۴۲ قانون مدنی مقرر می‌دارد:

«مقدار و جنس و وصف مبیع باید معلوم باشد و تعیین مقدار آن به وزن یا کیل یا عدد یا مساحت یا مشاهده، تابع عرف بلد است».

این ماده گرچه راجع به معامله می‌باشد، ولی حکم مزبور از نظر وحدت ملاک در تمامی عقود معاوضی و از جمله عقد موقت جاری می‌گردد. در راستای تقویت این دیدگاه می‌توان به ادله زیر تمسک نمود. پس از تبیین ادله دیدگاه مزبور، هریک را مورد تحلیل و بررسی قرار خواهیم داد.

۱-۲-۱۲. نظم عمومی و قواعد آمره

یکی از دلایلی که می‌تواند در این زمینه مورد تمسک قرار گیرد، ارتباط اصل لزوم تعیین مهر با نظم عمومی و قواعد آمره است. براین اساس، از آنجا که مقررات مربوط به لزوم تعیین قطعی مهر و علم تفصیلی به آن، از قواعد آمره و از مصادیق نظم عمومی است، لذا هرگونه توافق برخلاف آن قابل اعتنا نیست. در این میان، طرفین عقد در زمان تشکیل آن، تمام تلاششان را برای رسیدن به توافق به کار گرفته و از اموری که در آینده موجبات نزاع و درگیری را برمی‌انگیزد، به شدت پرهیز می‌کنند. از این رو، شارع مقدس و قانونگذار حکیم در جهت پیشگیری از اختلال در نظم عمومی جامعه و از بین بردن منازعات و مشاجرات احتمالی، عقود را که مورد آن‌ها مبهم یا مجهول است، باطل شناخته و هیچ‌گونه اثر حقوقی برای آن‌ها قائل نشده است (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۳۱۳/۲). در پاسخ باید گفت که چنانچه جهالت سبب ایجاد نزاع و اختلال در نظم عمومی نشود، مانع از صحت عقد نیست. براین اساس، جهالت فاحش که منجر به اختلاف شود، باید برطرف گردد؛ یعنی تا مقداری باید علم حاصل شود که عرفاً نزاع منتفی شود (شیروی، ۱۳۹۵: ۹۳). با این رویکرد، در مواردی که مهر به‌طور دقیق معلوم نشده و تعیین آن به توافق بعدی یا نظر زوجه یا شخص ثالث موکول گردیده است، می‌توان چنین پیش‌بینی نمود که کارشناس رسمی یا داور مرضی‌الطرفین نسبت به تعیین مهر رایج میان عرف و خردمندان اقدام نماید و نظریه وی برای متعاقدین لازم‌الاتباع باشد. بی‌گمان این شیوه، راه مناسبی برای ایجاد نظم و جلوگیری از بروز اختلاف و قطع و برجیدن نزاع و درگیری به شمار می‌آید.

باید توجه داشت که قانون مدنی ایران به‌لحاظ قابلیت انطباق و انعطاف‌پذیری، قادر است خود را با مسائل جدید و موضوعات مختلف هماهنگ و همراه سازد. بدین معنا که قانون مدنی تاب تفسیر موسع را داشته و می‌توان مفاد مواد قانونی را تا آنجا که قابلیت تسری دارد، با رعایت انصاف و عدالت قضایی توسعه داد (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۸۵/۲؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۹: ۷). باین‌وصف باید گفت دلیل محکمی وجود ندارد که از مقررات تکمیل‌کننده اراده طرفین عدول نماییم. بنابراین قاضی با در نظر گرفتن خواسته‌های طرفین و مقررات قانونی پرکننده خلأ می‌تواند مهر را تعیین و نواقص آن را برطرف سازد.

۲-۲-۱-۲. بنای عقلا و سیره خردمندان

یکی از دلایل مهم بی‌اعتباری مهر شناور، بنای عقلا و سلوک عملی خردمندان است. توضیح آنکه شارع مقدس به‌عنوان رئیس عقلا، آنچه را که مردم در روابط اجتماعی خود رعایت نموده‌اند، تأیید و امضا کرده است. در این میان، سیره خردمندان در اعصار مختلف این‌گونه بوده که در روابط اجتماعی‌شان کمال دقت را بنمایند تا از هرگونه جهل و ابهام در خصوص موضوع عقد اجتناب شود (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۳۱۳/۲؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۸۵/۲۵). این سیره با اینکه در منظر و مسمع معصوم بوده، ردع و منع و جلوگیری نشده و بلکه امضا هم شده است. از این‌رو مطابق این سیره، افراد موظف‌اند موضوع تعهد خویش را در زمان عقد مشخص نموده و از سهل‌انگاری و مسامحه پرهیز نمایند.

گفتنی است در این خصوص می‌توان به عموماً و اطلاقاتی که برای اثبات صحت عقود مورد استناد قرار می‌گیرند، نیز اشاره کرد. با این توضیح که عموماً و اطلاقات اصل صحت و لزوم عقود بر پایه همان چیزی نهاده شده که بین مردم رایج و متداول است و چون عقلا رفع جهالت از مورد عقد را ضروری می‌دانند، از این‌رو عموماً مذکور نمی‌تواند عقدی را شامل شود که موضوع آن مجهول است.

با وجود این، پذیرش این دلیل بسی دشوار است؛ زیرا زوجین در مهر شناور، اوضاع و احوال، عرف و عادت و رویه‌های فی‌مابین را به‌عنوان ملاک و معیار تعیین مهر قرار داده‌اند. لذا مهر شناور در واقع همان مهر رایج میان عقلا و خردمندان محسوب می‌شود. باین‌وصف، در تمام مواردی که مهر به‌طور دقیق معلوم نشده، ولی تعیین آن به دیگری واگذار شده است، بنای طرفین آن است که شخص ثالث به مهر متعارف و معقول بین افراد جامعه حکم کند. در این خصوص، مهر به‌طور کلی مجهول نیست، بلکه طرفین به‌جای تعیین قطعی و نهایی مهر در حین تشکیل عقد، به یک توافق ابتدایی در مورد مهر می‌رسند و معیاری را برای تعیین آن در آینده ارائه می‌دهند. بی‌تردید این مقدار معلومیت کافی خواهد بود؛ زیرا جهالت و مسامحه تا حدودی در مورد مهر مغتفر است (شیروی، ۱۳۹۵: ۹۴؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸: ۱۲۶؛ کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۶۶۷) و این بدان‌جهت است که ازدواج موقت، معاوضه محض نیست. در این راستا، عرف در توسعه شیوه‌های

معلوم شدن مورد عقد نقش بسزایی دارد. از این رو، چنانچه اشیاء نامعلومی همچون بیت، خادم یا دار به عنوان مهر قرار گیرند، مطابق روایات (حز عاملی، ۱۴۰۹: ۲۸۳/۲۱)، حد وسط که تعبیر دیگری از حد عرفی است، ملاک و معیار تعیین قرار می‌گیرد. با این رویکرد، تقدیر مهر در اشیاء مطلق با ضابطه قابل تعیین بی‌اشکال است؛ چون در تعیین آن می‌توان از عرف یاری جست.

۲-۲. نظریه پذیرش مهر شناور

در مقابل دیدگاه نخست، دیدگاه دومی هم وجود دارد. براساس این دیدگاه، صحت عقد موقت در مواردی که اختیار تعیین مهر به یکی از طرفین یا ثالث داور واگذار شده، تا منصفانه و در حدود عرف نسبت به تعیین مهر اقدام کند، از مبانی فقهی و حقوقی قابل تحصیل است. برای بررسی دقیق این دیدگاه، مناسب است آن را از نگاه فقهی مورد ارزیابی قرار داده و سپس از منظر حقوقی واکاوی و تحلیل کنیم.

۱-۲-۲. بررسی فقهی: تبیین نظریه و تشریح ادله

برخی فقها به‌رغم نظر مشهور، قائل‌اند که قابلیت تعیین مهر برای صحت عقد موقت کفایت نموده و دقت در ذکر ویژگی‌ها و رفع کامل ابهام از مهر لازم نیست. براساس این نظریه، مهر باید تا حدی که رفع جهالت از طرفین شود، معلوم باشد و نیازی به تعیین دقیق همانند سایر معاوضات ندارد (بحرانی، ۱۴۰۵: ۴۴۸/۲۴؛ سبحانی، ۱۴۱۶: ۱۹۶/۲؛ مدرسی یزدی، ۱۴۱۰: ۲۱۵).

صاحب‌جوهر در این زمینه معتقد است که برای معلوم بودن مهر در عقد موقت، لزومی به علم و یقین نیست؛ زیرا هیچ‌یک از ادله بر تعیین دقیق مهر دلالت ندارد (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۲/۳۱). به نظر ایشان، مهر در عقد موقت از معیارهای حقوقی رایج در عوض معاملی همچون تعیین دقیق آن در مقابل معوض و... برخوردار نیست (همان: ۸/۳۱). از این منظر، آن مقدار معلومیت که در ثمن و مثنی در باب بیع و منفعت و مال‌الاجاره در باب اجاره معتبر است، در مورد مهر شرط نیست (ترجینی عاملی، ۱۴۲۷: ۳۶۹/۶). به دیگر سخن، نیازی نیست که اوصاف موجب افزایش یا کاهش قیمت مهر معین گردد به نحوی که جهل نسبت به آن کاملاً برطرف شود؛ بلکه تعیین فی‌الجمله

کافی است (محقق سبزواری، ۱۴۲۳: ۲/۲۱۵). شاهد درستی این سخن آنکه در تعیین مهر، مشاهده کافی است؛ هر چند جنس مهر به گونه‌ای باشد که در معاوضات محض مانند بیع، مشاهده کفایت نکند (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۱/۱۹؛ کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۱۴۴؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۴/۱۵۷).

با توجه به این نگرش، مهر مانند عوض در بیع نیست و زن چیزی را به شوهرش تملیک نمی‌کند تا مهر عوض آن باشد؛ بلکه مهر عطیه‌ای الهی است که به حکم خدا، شوهر باید به زن پردازد (طوسی، بی‌تا: ۳/۱۰۹). براین اساس، شوهر عوض مهر، مالک چیزی نمی‌شود و بضع زن و ناموس مرد، ملک کسی نیست؛ بلکه متعلق به خداست (جوادی آملی، ۱۳۸۹: ۱۷/۳۰۵). به تعبیر دیگر، خدای متعال تمتع جنسی را میان زوجین به‌طور مشترک قرار داده است و آنچه زوج مستحق آن است، اباحه بضع است نه مالکیت آن (فخرالدین رازی، ۱۹۹۰: ۹-۱۰/۱۴۷). با این رویکرد، مهر هبه‌ای غیر معوض است که مرد به زن می‌پردازد و بدون شک در هبه، علم اجمالی به مال موهوبه کفایت می‌کند (شیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۲۲/۶۹۰۸).

گفتنی است برخی از فقها در این زمینه به اصل استناد نموده‌اند. مراد از اصل در اینجا، یکی اصل عدم اشتراط علم تفصیلی به مهر، و دیگری اصل صحت و لزوم عقود است (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۲۰۴؛ ابن‌فهد حلّی، ۱۴۰۷: ۳/۴۱۱). با این توضیح، مناسب است شواهدی دالّ بر این نظریه بیان گردد و مورد تحلیل و بررسی قرار گیرد.

۲-۱-۱-۲. اطلاق ادله

در روایات مستفیض چنین آمده است:

«هرآنچه که مورد رضایت طرفین باشد، به‌عنوان مهر قرار می‌گیرد» (حزّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۱/۴۲).

این روایات مطلق بوده و در آنها ذکر از تعیین جنس، وصف و مقدار مهر نشده است (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۱/۱۸؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۲۶۰). در برخی دیگر از روایات، چنین نقل شده است که زنی نزد پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله آمد و درخواست ازدواج نمود. پیامبر او را در مقابل تعلیم قرآن به تزویج مردی درآورد؛ درحالی که سوره و تعداد آیات معلوم نشده بود (حزّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۱/۲۴۲). در روایاتی دیگر، فرض مهر قرار گرفتن عناوین کلی

همچون بیت، خادم و دار مطرح شده که حد وسط به‌عنوان ملاک و معیار پرداخت مهر قرار گرفته است (همان: ۲۸۳/۲۱).

با توجه به این روایات، برخی فقها چنین نگاشته‌اند که هرگاه مقدار مهر معین، اما جنس و وصف آن نامعین باشد، مانند آنجا که مهر، یک باغ و یا یک خانه و یا یک ماشین قرار گیرد، عقد و مهر هر دو صحیح بوده و در نهایت برای رفع اختلاف، زوج می‌تواند حد وسط را بپردازد (محقق حلی، ۱۴۱۳: ۲۴۳؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۳۷۱/۴).

۲-۱-۲-۲. قیاس اولویت

یکی از دلایلی که می‌تواند در این زمینه مورد تمسک قرار گیرد، قیاس اولویت است. براساس این دلیل، علم اجمالی برای صحت مهر کافی خواهد بود؛ زیرا ادله، بیش از این مقدار را در بیع که معاوضه حقیقی است، لازم نمی‌داند (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۷۶/۸؛ موسوی خویی، بی‌تا: ۳۱۹/۵)، پس در ازدواج موقت که معاوضه محض نیست (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۲۰/۱۳؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۲۹۶/۴)، به‌طریق اولی این مقدار معلومیت در مهر کافی می‌باشد.

۳-۱-۲-۲. مقتضای عمومات و اصل

از اصل صحت و عمومات «المؤمنون عند شروطهم» و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، صحیح بودن همه عقودی که دلیلی بر ردع شارع از آن‌ها نباشد، استفاده می‌شود. با استناد به این دلیل، هر پیمان و توافقی که با رضایت طرفین تشکیل گردد و موانع دیگری نداشته باشد، نافذ و معتبر است. از این منظر، چنانچه مهر در عقد نکاح به‌طور دقیق معلوم نبوده، ولی بر سازوکار محاسبه آن اتفاق نظر وجود داشته باشد، فرض بر صحت آن می‌باشد؛ چون دلیلی بر عدم کفایت این نوع مهر نداریم (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۲۰۴؛ ابن‌فهد حلی، ۱۴۰۷: ۴۱۱/۳).

۲-۲-۲. بررسی حقوقی: شناسایی ادله و اصول

برخی از مواد قانون مدنی به‌نحوی نگارش یافته که می‌توان چنین برداشت نمود که قابلیت تعیین مهر در آینده کافی است و معین بودن آن در زمان انعقاد عقد نکاح شرط

نیست. ماده ۲۱۶ قانون مدنی در این زمینه مقرر می‌دارد:

«مورد معامله باید مبهم نباشد؛ مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است.»

برخی از این ماده استنباط کرده‌اند که لازم نیست مهریه از جمیع جهات معلوم باشد و علم اجمالی به آن کفایت می‌کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸: ۱۲۶).

ماده ۱۰۷۹ قانون مدنی در این زمینه قدری مجمل نوشته است: «مهر باید بین طرفین تا حدی که رفع جهالت آن‌ها بشود، معلوم باشد.»

بنابر ماده قانونی مذکور، قابلیت تعیین مقدار، جنس و وصف مهر کافی است؛ هرچند که هنگام نکاح به‌طور کامل معین نباشد (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۶۶۷). از این عبارت فهمیده می‌شود که قانونگذار نمی‌خواهد همان دقتی را که در عوضین عقود مغایه‌ای مثل بیع و اجاره لازم است، به نکاح و مهریه تسری دهد. قدری تسامح و گذشت در تعیین جزئیات مهریه قابل قبول است؛ مثلاً اگر کسی خودرویی داشته باشد و آن را مهریه زن خود قرار دهد، مهریه صحیح است؛ ولو اینکه سال ساخت خودرو دقیقاً معلوم نباشد. یا وقتی صد سکه تمام‌بهار آزادی مهریه قرار داده می‌شود، کفایت می‌کند؛ ولو اینکه قیمت دقیق آن در بازار معلوم نباشد (شیروی، ۱۳۹۵: ۹۴).

براساس این نظریه، مشابهت برخی از جنبه‌های نکاح موقت با اجاره اشخاص نمی‌تواند به‌منزله آن باشد که این دو از ضوابط یکسانی پیروی می‌کنند؛ مثلاً در اجاره اشخاص، زمان شروع اجاره می‌تواند مؤخر بر زمان انعقاد باشد؛ درحالی‌که این امر در نکاح موقت پذیرفته نیست. یا مرگ یا عدم توانایی اجیر در طول مدت اجاره، باعث بطلان بقیه اجاره و تسهیم اجاره‌بها می‌شود؛ درحالی‌که مرگ یا ناتوانی زن در ارائه استمتاعات جنسی موجب برگشت یا تسهیم مهریه نمی‌شود. همچنین مستأجر اصولاً می‌تواند اجیر را به فرد دیگری اجاره دهد؛ درحالی‌که زوج نمی‌تواند زوجه موقت خود را به فرد دیگری تزویج نماید. از این منظر، در نکاح تعهدات مالی وجود دارد؛ ولی این امر باعث نمی‌شود که نکاح را بتوان جزء عقود مالی تلقی کرد و کلیه آثار یک عقد مالی را بر آن بار نمود. به همین جهت نیازی نیست مهر در نکاح موقت از جمیع جهات معلوم و معین باشد؛ بلکه گفته شده است که اگر مهر اجمالاً هم معلوم باشد، کفایت

می‌کند. مثلاً اگر مردی خطاب به زن بگوید که من یک خودرو دارم و آن را مهر تو قرار می‌دهم، این مهر و عقد صحیح است، ولو اینکه زن اطلاعات تفصیلی از نوع و قیمت خودرو نداشته باشد؛ درحالی که فروش خودرو به این نحو صحیح نیست و خریدار باید از کم‌وکیف خودرو به تفصیل آگاه باشد (همان: ۲۰).

با توجه به آنچه گفته شد، مناسب است برای تبیین بهتر، ادله این دیدگاه مورد بررسی و تجزیه و تحلیل قرار گیرد.

۱-۲-۲-۲. اصل آزادی قراردادها و حاکمیت اراده

اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها موجب سهولت و آزادی اشخاص در تعیین شکل قرارداد می‌شود. با توجه به این اصل، هر نوع توافق زوجین در خصوص مهر، مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی بوده و برای طرفین و قائم‌مقام آنان الزامی است. ماده ۲۱۹ قانون مدنی در این راستا مقرر می‌دارد: «تعیین مقدار مهر منوط به تراضی طرفین است».

با این نگرش، طرفین مجازند عقد نکاح را به نحوی منعقد نمایند که مهر در آن مفتوح باشد؛ زیرا آنچه در این میان اهمیت دارد، توافق و تراضی طرفین است.

۲-۲-۲-۲. ضابطه عرفی و نقش آن در رفع ابهام

قانون مدنی در برخی موارد، قاعده تعیین قطعی و علم تفصیلی به میزان و اوصاف مورد عقد را تخصیص زده و علم اجمالی را کافی می‌داند؛ چنان‌که در ماده ۲۱۶ آن آمده است:

«مورد معامله باید مبهم نباشد؛ مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است».

این ماده گرچه راجع به معامله می‌باشد، ولی قابل تسری به همه عقود و از جمله عقد موقت می‌باشد. باین همه، در اینکه موارد خاصه چگونه باید تعیین شود و ملاک و معیار در کفایت علم اجمالی چیست، بین حقوق دانان اختلاف نظر است. به نظر برخی حقوق دانان، هر جا عقد بر مبنای تسامح و گذشت منعقد شده باشد و یا نیازهای اجتماعی و اقتضای کار مورد نظر ایجاب کند که طرفین مقداری از جهالت را بپذیرند،

علم اجمالی کافی است؛ چنان‌که در ضمان، جعاله، صلح و عقود بلاعوض، همین قاعده جریان دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۸۵/۲). برخی دیگر گفته‌اند که تعیین موارد خاصه بر عهده قانونگذار است و باید در این خصوص به مواردی اکتفا نمود که قانون تصریح کرده است؛ مانند ضمان و جعاله (امامی، بی‌تا: ۲۱۴/۱؛ شهیدی، ۱۳۷۷: ۳۱۶). از نظر برخی دیگر، علم اجمالی منحصر به موارد مخصوص در قانون نیست و نیز نباید آن را ویژه عقود مبتنی بر مسامحه و احسان دانست؛ بلکه می‌توان عرف را به‌عنوان ضابطه علم اجمالی پذیرفت. در این راستا همه چیز را نباید از قانون و قانونگذار خواست و نباید در تفسیر مواد قانونی به نصوص قانونی بسنده نمود. چه‌بسا مسائلی از نظر قانونگذار دور می‌ماند یا بر اثر تحولات اجتماعی، مسائل جدیدی مطرح می‌گردد که مورد نظر قانونگذار نبوده است. علاوه بر اینکه در عقود غالباً شارع مقدس و قانونگذار حکیم از عرف بهره می‌گیرد و بر مبنای عرف قواعدی وضع می‌کند و در موارد سکوت قانون برای رفع خلأهای قانونی و پاسخگویی به نیازهای اجتماعی باید به عرف رجوع کرد. امروزه معاملاتی وجود دارد که مبتنی بر تسامح و گذشت نیست و درعین حال عرف در آن‌ها علم اجمالی را کافی می‌داند؛ مانند بیع با ثمن شناور یا بیع به قیمت بازار که طرفین قرارداد علم تفصیلی به ثمن ندارند و از این‌رو، آن را در قرارداد مشخص نمی‌کنند (صفایی، ۱۳۹۱: ۵۱).

با این بیان روشن شد که آنچه برای صحت عقد لازم است، دقت عرفی به‌جای دقت علمی است و معلوم بودن مورد عقد نزد عرف که غالباً با تسامح همراه است، کافی خواهد بود. بنابراین در مواردی که مهر در متن عقد به‌طور دقیق معلوم و معین نشده است، ولی راهکاری برای تعیین آن وجود دارد، چنین عقدهای را باید صحیح تلقی نمود؛ زیرا قابلیت تعیین مهر در آینده برای از بین بردن غرر و ایجاد اطمینان عرفی کفایت می‌کند.

۳. دیدگاه مختار

به نظر می‌رسد دیدگاهی که مهر شناور را مطابق قانون و از حقوق زوجین دانسته و منع آن را نیازمند نص می‌داند، از قوت بیشتری برخوردار است.

باید توجه داشت علم تفصیلی مختص به مواردی است که فقدان آن به غرر بینجامد. بنابراین در مواردی مانند عقد موقت که مسائل مادی در آن، جنبه فرعی و تبعی داشته و بیشتر به احساسات و عواطف و روان اشخاص وابستگی دارد، عدم علم تفصیلی به مهر در صحت عقد اثر نمی‌گذارد. استناد به ادله لزوم علم به عوضین در دیگر عقود، در عقد نکاح نیز خالی از تکلف نیست؛ زیرا عقد نکاح از یک سو عقد است و بالتبع محکوم به ضوابط عقود معاوضی، و از دیگر سو برخی از احکام عقود معاوضی بر آن بار نمی‌شود. از این منظر، هرچند اصول و قواعد معاوضه در عقد موقت تا جایی که به جنبه معنوی آن لطمه‌ای وارد نیاید، رعایت می‌شود، باین حال به جهت وابستگی این عقد با احساسات و عواطف و روان اشخاص، مسائل مادی دارای جنبه فرعی و تبعی است. به همین علت، آنچه در عقود معاوضی انگیزه و هدف اصلی طرفین به شمار می‌آید، در عقد نکاح موقت رعایت نمی‌گردد.

یادآوری این نکته نیز ضروری است که عقود معاوضی مبتنی بر مغایه‌اند و طرفین باید به طور کامل بدانند در قبال آنچه به دیگری می‌دهند، چه چیزی را دریافت می‌کنند. بنابراین اگر تعادل ارزش عوضین در عقود معاوضی به هر دلیلی به هم بخورد که نتوان آن را نادیده گرفت، زیان‌دیده می‌تواند با استناد به خیار غبن، اقدام به فسخ معامله کند. درحالی که در مهر نه تنها به این تعادل اشاره‌ای نشده، بلکه در روایات به مهریه کم نیز سفارش شده است؛ امری که گویای ماهیت غیرمعاوضی بودن مهر است (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۲۰/۱۳؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۲۹۶/۴).

در مورد تعیین مهر توسط یکی از طرفین یا ثالث نیز باید گفت اگر دامنه آزادی شخص ثالث در تعیین مهر محدود باشد، خواه در متن عقد چنین سازوکاری پیش‌بینی شود یا آنکه به حکم قانون یا عرف، ثالث آزادی مطلق نداشته باشد، مانند لزوم تعیین مهر براساس اصل حسن نیت یا اصل عدل و انصاف، باید گفت که چنین عقدی صحیح است. البته می‌توان گفت در صورتی که تعیین مهر توسط ثالث بسیار فاحش باشد، عقد صحیح به شمار می‌آید؛ اما مهر متعارف جایگزین مهر پیشنهادی ثالث خواهد شد.

در واقع در مهر شناور، طرفین به کارشناس یا ثالث داور وکالت می‌دهند تا منصفانه

و در حدود عرف نسبت به تعیین مهر اقدام نماید. در وکالت نیز علم وکیل کافی است و لازم نیست موکل بداند که او چه انجام خواهد داد. به تعبیر دیگر، طرفین به شخص ثالث وکالت می‌دهند که هر مهري را صلاح بداند، معین کند و تعیین وکیل و علم او به منزله تعیین موکل و علم اوست.

نتیجه‌گیری

با امعان‌نظر و پس از بحث و بررسی پیرامون مشروعیت مهر شناور در فقه امامیه و حقوق ایران، نتایج زیر حاصل گردید:

- ۱- پذیرش مهر شناور از مبانی فقهی و حقوقی قابل استنباط است و تعارضی میان آن و دلایل نهی از غرر وجود ندارد.
- ۲- بنا بر ارتکازات عرفی، رفع ابهام از مهر لازم و ضروری است، اما لزومی به علم تفصیلی و یقین نیست؛ بلکه علم اجمالی نیز کافی است.
- ۳- اگر در عقد نکاح، تعیین مهر به عرف روز با تعیین کارشناس واگذار شده باشد، خللی در اصل عقد وارد نمی‌سازد؛ چراکه مهر قابلیت تعیین دارد.
- ۴- در ازدواج موقت که احساسات و عواطف بر سودجویی متعارف غلبه دارد، تعادل ارزش عوضین جنبه فرعی دارد؛ لذا علم اجمالی به مهر کافی خواهد بود.
- ۵- با در نظر گرفتن اینکه در حقوق ایران، حکم صریحی در مورد مهر شناور وجود ندارد و پذیرش آن ممکن است با شک و شبهه همراه گردد و از طرفی، دادرسان دادگاه‌های خانواده نیز در به رسمیت شناختن این نوع مهر امتناع ورزند، اصلاحات قانونی در این زمینه لازم و ضروری است.

فهرست منابع

۱. ابن بزّاج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز بن نحریر، المهدّب، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ق.
۲. ابن حمزه طوسی، محمد بن علی، الوسيلة الى نيل الفضيلة، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۸ق.
۳. ابن فهد حلّی، جمال الدین احمد بن محمد اسدی، المهدّب البارع فی شرح المختصر النافع، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ق.
۴. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، تهران، اسلامی، بی تا.
۵. انصاری، مرتضی بن محمدامین، کتاب النکاح، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ق.
۶. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ق.
۷. ترحینی عاملی، سیدمحمدحسن، الزبدة الفقهية فی شرح الروضة البهية، چاپ چهارم، قم، دار الفقه، ۱۴۲۷ق.
۸. جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام، قم، مؤسسة المعارف الاسلاميه، ۱۴۱۳ق.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق خانواده، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۶۸ش.
۱۰. همو، مجموعه محشی قانون مدنی (علمی - تطبیقی - تاریخی)، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۹ش.
۱۱. جوادی آملی، عبدالله، تسنیم: تفسیر قرآن کریم، تحقیق حسین اشرفی و عباس رحیمیان، قم، اسراء، ۱۳۸۹ش.
۱۲. حرّ عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعة الى تحصیل مسائل الشریعة، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ق.
۱۳. حسینی سیستانی، سیدعلی، منهاج الصالحین، قم، دفتر آیه الله سیستانی، ۱۴۱۷ق.
۱۴. حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح بن علی، العناوین الفقهیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
۱۵. خوانساری، سیداحمد بن یوسف، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۵ق.
۱۶. خوبی، سیدمحمدتقی، الشروط او الالتزامات التبعية فی العقود، بیروت، دار المؤرخ العربی، ۱۴۱۴ق.
۱۷. سبحانی، جعفر، نظام النکاح فی الشریعة الاسلامیه الفراء، قم، مؤسسه الامام الصادق (ع)، ۱۴۱۶ق.
۱۸. شبیری زنجانی، سیدموسی، کتاب نکاح، قم، رای پرداز، ۱۴۱۹ق.
۱۹. شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران، حقوق دان، ۱۳۷۷ش.
۲۰. شیروی، عبدالحسین، حقوق خانواده (ازدواج، طلاق و فرزندان)، تهران، سمت، ۱۳۹۵ش.
۲۱. صفایی، سیدحسین، «نگاهی دیگر به ضابطه کفایت علم اجمالی در "مورد معامله": تفسیر ماده ۲۱۶ قانون مدنی بر مبنای قاعده غرر»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۵۹، پاییز ۱۳۹۱ش.
۲۲. صفایی، سیدحسین، و اسدالله امامی، مختصر حقوق خانواده، تهران، میزان، ۱۳۹۸ش.
۲۳. طباطبایی حائری، سیدعلی بن سیدمحمدعلی، ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، لاحیاء التراث، ۱۴۱۸ق.
۲۴. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، التبیان فی تفسیر القرآن، نجف اشرف، المکتب الامین، بی تا.
۲۵. همو، المسووط فی فقه الامامیه، تهران، المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ق.
۲۶. همو، کتاب الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ق.

۲۷. فخرالدین رازی، ابو عبدالله محمد بن عمر، التفسیر الکبیر (مفاتیح الغیب)، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۹۹۰ م.
۲۸. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران، میزان، ۱۳۸۱ ش.
۲۹. همو، قواعد عمومی قراردادها (جلد دوم: انعقاد و اعتبار قرارداد - نظریه بطلان و عدم نفوذ)، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۶ ش.
۳۰. کاشف الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر، انوار الفقاهة - کتاب النکاح، نجف اشرف، مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ ق.
۳۱. کرکی عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۱۴ ق.
۳۲. محقق حلّی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن، الرسائل التسع، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۱۳ ق.
۳۳. همو، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۳۴. محقق داماد، سیدمصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۵ ش.
۳۵. محقق سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن، کفایة الفقه المشتهر بکفایة الاحکام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۳۶. مدرسی یزدی، سیدعباس، نموذج فی الفقه الجعفری، قم، کتاب فروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
۳۷. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الازهان الی احکام الایمان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۳۸. مکارم شیرازی، ناصر، کتاب النکاح، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۲۴ ق.
۳۹. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، مصباح الفقاهه، قم، مکتبه الداوری، بی تا.
۴۰. موسوی سبزواری، سیدعبدالاعلی، مهذب الاحکام فی بیان الحلال والحرام، چاپ چهارم، قم، المنار، ۱۴۱۳ ق.
۴۱. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، جامع الشتات فی اجوبه السؤالات، تهران، کیهان، ۱۴۱۳ ق.
۴۲. نجفی، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۴۳. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال والحرام، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.

نحوه برخورد با مدیون بعد از ثبوت اعسار

با تأکید بر فعل معصوم علیه السلام در دو روایت غیث و سکونی*

- سید ابوالقاسم حسینی زیدی^۱
- هادی علی آباد شوری^۲

چکیده

فعل معصوم علیه السلام مانند گفتارش می‌تواند ابزار بیان دین و ابلاغ رسالت قرار گیرد. دو روایت «غیث» که حاکی از «فعل امام علیه السلام» است و روایت «سکونی» که آمیخته‌ای از «قول و فعل» است، در باب «برخورد با مدیون بعد از ثبوت اعسار» در نگاه اولیه متعارض هستند و اکثر فقها در صدد جمع بین دو روایت برآمده‌اند. پژوهش حاضر با روش کتابخانه‌ای و به شیوه توصیفی - تحلیلی، به این نتیجه رسیده است که فقیهان با فرض تعارض بین دو روایت، عوامل مختلفی را سبب برتری روایت غیث بر سکونی قرار داده‌اند. اما اینکه فقها اختلاف آراء درباره مدیون معسر را به اختلاف و تعارض در اخبار نسبت می‌دهند، چندان

* تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۴/۱۰ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۴/۱۸

۱. دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران (نویسنده مسئول)
(hoseini.zeydi@razavi.ac.ir)
۲. کارشناس ارشد رشته فقه و مبانی حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران
(elmoiman20@gmail.com)

درست به نظر نمی‌رسد و لذا بین روایت غیاث و روایت سکونی تعارضی نیست تا نیاز به جمع بین آنها یا ترجیح یکی بر دیگری باشد و در نتیجه بین «وجوب مهلت دادن به معسر» و «وجوب تکسب» از سمت او منافاتی وجود ندارد و روایت سکونی دلالتی بر حصر اعمال ندارد؛ بلکه بالملازمه بر «وجوب تکسب جهت ادای دین» دلالت دارد.

واژگان کلیدی: مدیون، اعسار، روایت غیاث، روایت سکونی، فعل

معصوم علیه السلام.

مقدمه

فعل معصوم علیه السلام می‌تواند ابزار بیان دین و ابلاغ رسالت قرار گیرد. اما به‌رغم اهمیت آن در مقام استنباط احکام دین، حضور این بخش از سنت در استنادات فقیهان کم‌رنگ است. در باب دین، در مورد نحوه برخورد با مدیون بعد از ثبوت اعسار براساس روایات غیاث و اسحاق بن عمار، حکم حبس مدیون سهل‌انگار در ادای دین استنباط شده است. فقها درباره نحوه برخورد با مدیون بعد از ثبوت اعسار، از طرفی بیان کرده‌اند که باید به وی مهلت داده شود تا با کار کردن دینش را ادا کند، و از طرفی برخی قائل‌اند که اگر مدیونی معسر باشد، نمی‌توان تکسب جهت ادای دین را بر وی واجب دانست و در میزان بازپرداخت دین نیز باید به عرف رجوع کرد.

به‌طورکلی با توجه به روایات، سه احتمال در این مسئله (نحوه برخورد با مدیون بعد از ثبوت اعسار) مطرح است:

- ۱- به او مهلت داده می‌شود تا دستش باز شود (ر.ک: ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۳۳/۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۸/۱۳؛ طباطبایی حائری، ۱۴۰۴: ۶۶/۱۵).
- ۲- تسلیم او به غرماء تا او را به کار گیرند یا اجاره دهند (ر.ک: حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۴۱۸/۱۸).

۳- اگر حرفه و شغلی نداشته باشد، رهایش می‌کنند و اگر صاحب حرفه باشد، حاکم او را به طلبکار تسلیم می‌کند تا به کار گیرد و آنچه را که از قوت خود و عیالش اضافه می‌آید، به طلبکار دهد و کاسبی برای ادای دینش بعد از خارج کردن مخارج زندگی‌اش بر او واجب می‌شود (ر.ک: سبحانی تبریزی، ۱۳۷۶: ۳۵۹/۱).

مبنای این فتاوا علاوه بر روایت غیاث، روایت سنت فعلی «سکونی» است که هرکدام از فقها (که در ادامه به مستندات آن اشاره خواهد شد)، براساس یکی از این روایات حکم صادر کرده‌اند یا بین دو روایت، جمع عرفی انجام داده‌اند. در ادامه، هرکدام از این موارد به‌همراه مباحث مربوط به روایت سکونی بررسی می‌شوند.

۱. مهلت دادن به مدیون معسر و عدم جواز مطالبه و حبس او

مشهور فقهای امامی بر این نظر هستند و معتقدند که مطالبه از معسر، حبس و پیگیری او حلال نیست و در برخی از متون فقهی نسبت به این مطلب، ادعای اجماع شده است (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۳۳/۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۸/۱۳؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۲۱/۹؛ بحرانی، ۱۳۶۳: ۱۹۹/۲۰؛ طباطبایی حائری، ۱۴۰۴: ۶۶/۵). علامه حلی در این باره می‌آورد:

«مسألة ۱۵: لا تحل مطالبه المعسر ولا حبسه ولا ملازمته عند علمائنا أجمع» (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۸/۱۳).

یکی از مستندات این دیدگاه، آیه شریفه زیر است:

﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ (بقره / ۲۸۰)؛ و اگر بدهکار قدرت پرداخت نداشته باشد، او را تا هنگام توانایی مهلت دهید.

ابن ادریس در این باره آورده است:

«فإن حبسه ثم ظهر له بعد ذلك إعساره، وجب عليه تخليته، سواء حضر خصمه أو لم يحضر، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ وإن لم يكن معسراً غير أنه يدفع به» (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۳۳/۲).

مستند دیگر، روایت «غیاث بن ابراهیم» با این تقریب است: امام علی ع مدیون را حبس می‌فرمود. اگر ناداری او مشخص می‌شد، آزادش می‌کرد تا برود و تحصیل مال کند. در ادامه افزوده‌اند کسی که حق مطالبه از او وجود نداشته باشد، حق پیگیری او نیز وجود ندارد؛ همان‌طور که اگر دینش مؤجل می‌بود، این حق وجود نداشت (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۸/۱۳). لذا علت اینکه امام علی ع پس از بررسی وضعیت مدیون، او را آزاد می‌فرمود، بدین خاطر است که حبس، یا برای اثبات اعسار است یا قضاء دین،

اعسار که ثابت است و قضاء دین هم متعذر، لذا فایده‌ای در حبس کردن نیست (ر.ک: همان: ۶۷/۱۴).

۲. تسلیم معسر به غرماء تا او را به کار گیرند یا اجاره دهند

این دیدگاه که از برخی روایات ظاهر می‌شود که مدیون معسر را باید به غرماء تحویل داد تا به کار گیرند یا اجاره‌اش دهند، بر پایه اعتقاد به محجوریت مفلس در تصرفات بدنی به مانند تصرف در اموال است. مبنای شکل‌گیری آن، روایت سکونی است که آمیخته‌ای از قول و فعل امام علی علیه السلام در مورد مدیونی است که چون مالی نداشت، حضرت او را به غرماء تحویل داد و فرمود:

«هرچه می‌خواهید با او بکنید؛ اگر می‌خواهید به کار گیرید و اگر می‌خواهید اجاره‌اش دهید» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۴۱۸/۱۸).

به شیخ طوسی نسبت داده شده که ایشان در *النهایه* معتقد به جواز دفع مدیون به غرماء است تا او را به کار گیرند یا اجاره دهند؛ چه صاحب حرفه باشد و چه نباشد (ر.ک: محقق سبزواری، ۱۳۸۱: ۶۸۷/۲). اما با مراجعه به کتاب *النهایه* و در بحث مورد نظر مشخص شد که اثری از این قول وجود ندارد (طوسی، ۱۳۶۰: ۳۵۲). شاید علت این انتساب، ذکر روایت معتبره سکونی توسط ایشان در کتاب *النهایه* باشد که باعث این توهم شده است. اما این دلیل نمی‌شود که این قول به ایشان نسبت داده شود؛ چراکه ایشان روایت «غیاث» را هم که دلالت بر رهایی معسر دارد، مطرح کرده است.

به نظر می‌رسد اینکه شیخ آن را در *النهایه* آورده، به خاطر ایراد بر آن است نه اعتقاد به آن؛ زیرا در *الخلاف* آورده است:

«کسی که مفلس است و مال موجودش برای ادای دیونش کافی نیست، اجاره داده نمی‌شود؛ چون اصل برائت است و دلیلی هم بر وجوب اجاره او وجود ندارد؛ افزون بر اینکه خداوند امر کرده که به او مهلت داده شود و امر به تکسب نکرده است» (همو، ۱۴۰۷: ۲۷۲/۳).

۳. دیدگاه‌های مختلف فقیهان در مورد روایت سکونی

شیخ طوسی چه مطلب فوق را گفته باشد و چه نگفته باشد، فقها با استناد به روایت غیاث به مقابله با قول اخیر و روایت سکونی که از آن حجر مدیون معسر نسبت به تصرفات بدنی‌اش برداشت شده، پرداخته‌اند (ر.ک: موسوی خویی، بی‌تا: ۵۳). برخی نیز با حمل آن بر مواردی، درصد توجه آن برآمده‌اند که در ادامه بیان می‌شود (ر.ک: مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۳۱/۱۲؛ طباطبایی قمی، ۱۴۲۵: ۶۹).

الف) عدم دلالت روایت بر محجور بودن مدیون نسبت به اعمالش

اینکه مفلس با حکم به حجرش نسبت به اموال موجودش ممنوع‌التصرف است و نمی‌تواند در آن‌ها «بیع» و «اجاره» و مانند آن انجام دهد، اختلافی نیست و این مسئله اجماعی است (ر.ک: نجفی، ۱۴۱۰: ۲۸۸/۲۵). سخن در اجاره خودش برای کار یا خدمت است که آیا محکوم به صحت است یا اینکه اجاره خودش ملحق به اجاره اموال می‌شود و در آن‌ها نیز محجور و متوقف بر اجازه غرماء است؛ از این جهت که اجاره اعمال نیز چون در ازای آن مال پرداخت می‌شود، مانند خود اموال خارجی است. در این مسئله اشکال و اختلاف است. مشهور معتقدند که در اجاره خودش محجور نیست و این گونه تصرفات او محکوم به صحت است و می‌افزایند حجر مربوط به چیزی می‌شود که مال به حساب آید و آن اموال خارجی است؛ اما اعمال اگرچه متصف به مالیت هستند و در ازای آن‌ها مال پرداخت می‌شود، ولی مال محسوب نمی‌شوند و شخص بالفعل مالک محسوب نمی‌شود. بر همین مبناست که فتوا داده شده اگر کسی انسان آزادی را حبس کند، در صورتی که آن را به کار نگیرد، ضامن اعمالش نمی‌شود؛ چراکه شخص بالفعل مالک اعمالش نیست تا اینکه با حبس، سبب تلف آن‌ها شده باشد (موسوی خویی، بی‌تا: ۵۳). اما اینکه در مورد حجر اعمال به روایت سکونی^۱ استناد می‌شود، قابل خدشه است به اینکه:

۱. «عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيِّ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ إِبرَاهِيمَ بْنِ هَاشِمٍ عَنِ التَّوْقَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنِ جَعْفَرِ بْنِ أَبِيهِ أَنَّ عَلِيًّا عِنْدَ إِسْلَامِهِ كَانَ يَحْبِسُ فِي الدِّينِ ثُمَّ يَنْظُرُ فَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ أَعْطَى الْعُرْمَاءَ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ دَفَعَهُ إِلَى الْعُرْمَاءِ فَيَقُولُ لَهُمْ: اصْنَعُوا بِهِ مَا شِئْتُمْ؛ إِنْ شِئْتُمْ آجِرُوهُ وَإِنْ شِئْتُمْ اسْتَعْمِلُوهُ» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۴۱۸/۱۸).

«اولاً روایت معارض با روایت معتبره غیاث^۱ است؛ در ثانی اجنبی از بحث تفلیسی است که محل کلام است؛ چراکه در آن حکم به حجر نیامده، فقط در آن آمده که شخص مالی ندارد. لذا بعد از وضوح وجوب مهلت دادن به معسر، حمل بر مدیونی می‌شود که متمکن از اکتساب با اجاره خودش است» (همان).

این مسئله در واقع از دو جهت قابل بررسی است:

۱- حسب قواعد اولیه، عمل او بالفعل مال محسوب نمی‌شود و بر همین مبناست که اگر شخص آزاد دارای کسب و کار حبس شود، ضمانتی ندارد.

۲- براساس نصوص خاص که ممکن است از روایت سکونی این‌طور به ذهن برسد که او را باید تحویل غرماء داد، لذا نمی‌تواند در خودش تصرف کند و خودش را اجاره دهد، چنین پاسخ داده‌اند:

«اولاً اینکه این روایت به خاطر وجود "توفلی" ضعیف است و در ثانی متعارض با حدیث "غیاث" است و ثالثاً حدیث دلالتی ندارد بر اینکه مدیون از تصرفات بدنی محجور است؛ لذا این ادعا را ثابت نخواهد کرد. در نتیجه می‌توان گفت که مفلس از تصرفات بدنی محجور نیست» (طباطبایی قمی، ۱۴۲۳: ۲۴).

از دیدگاه برخی (ر.ک: موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۳۷۶/۲۹) منافع شخص زمانی عنوان مال بر آن صدق می‌کند که تحت معاوضه درآید؛ مانند زمانی که خودش را برای کار اجاره دهد. لذا قبل از معاوضه یا اجاره، فقط شأنیت مالیت دارد و اثری بر این شأنیت مترتب نیست و به همین خاطر است که اگر مفلس خودش را اجاره دهد، نیاز به اجازه طلبکاران نیست؛ چون به صورت بالفعل مال بر آن صدق نمی‌کند. به همین ترتیب، ملکیت که موضوع حجر است، در اینجا صدق نمی‌کند؛ چون ملکیت مربوط به چیزهایی می‌شود که مفلس مالک آن است تا بتواند با آن‌ها دینش را ادا کند، درحالی‌که انسان مالک منافع خود نیست؛ چون مستلزم ملکیت شخص بر خودش می‌باشد و در ملکیت تغایر بین مالک و مملوک شرط است.

۱. «مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَبِي الْقَاسِمِ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ قُؤَلُوبِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ سَعْدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى الْخَرَّازِ عَنْ غِيَاثِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ أَبِيهِ أَنَّ عَلِيًّا عَلَيْهِ السَّلَامُ كَانَ يَفْلِسُ الرَّجُلَ إِذَا التَّوَى عَلَى غَرْمَانِهِ ثُمَّ يَأْمُرُ بِهِ فَيَقْسِمُ مَالَهُ بَيْنَهُمْ بِالْحِصَصِ، فَإِنَّ أَبِي بَاعَهُ فَقَسَمَ بَيْنَهُمْ يَعْنِي مَالَهُ» (همان: ۴۱۶/۱۸).

پس در نهایت می‌توان گفت که اعمال و منافع انسان، خارج از حدود حجر است. اما به‌خاطر روایت موثق سکونی نباید این توهم صورت بگیرد که نصوص دلالت بر حجر منافع مانند اموال دارند؛ چراکه در رد آن می‌توان گفت:

«اولاً امام علی علیه السلام در روایت غیاث بعد از ثبوت اعسار، مدیون را رها کردند که این عمل امام علیه السلام دلالت بر عدم حجر منافع و اعمال است؛ درحالی که روایت سکونی معارض با روایت معتبر غیاث است. در ثانی، روایت سکونی دلالت بر طریق استیفای دین از مدیون دارد؛ بدین ترتیب که اگر مالی داشته باشد، از او گرفته می‌شود و اگر مال نداشته باشد، مجبور بر کار کردن و ادای دین با اجرتی که از اجاره خودش به دست می‌آورد، می‌شود و این ارتباطی با حجر ندارد» (موسوی خلخالی، ۱۳۸۵: ۹۵).

ب) دلالت روایت بر طریق استیفای دین از مدیون

این امر در مورد دو گروه مختلف، دارای احکام مختلف است: اول در مورد مدیون صاحب کسب و حرفه؛ دوم در مورد مدیونی که عادت به اجیر شدن دارد.

۱. مدیون صاحب کسب و حرفه

برخی در توجیه روایت سکونی آورده‌اند این روایت به‌خاطر منافاتی که با خبر غیاث دارد، می‌توان آن را دالّ بر قول به تفصیلی دانست که در مسئله مدیون معسر وجود دارد؛ مبنی بر اینکه اگر اعسارش ثابت شود و صاحب حرفه‌ای نباشد تا به آن تکسب کند، رها می‌شود، و اگر صاحب حرفه باشد، به طلبکار سپرده می‌شود تا به کارش گیرد و از مازاد قوت خود و خانواده‌اش حقش را بردارد. و این عمل را برای جمع بین روایات بعید نمی‌دانند (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۲/۱۳۱).

همچنین می‌توان گفت که اگر مدیون صاحب حرفه و صنعت باشد و طلبکار از او طلب اجاره برای آن حرفه کند، اگر با آن بتواند دینش را به‌صورت کلی یا جزئی ادا کند، بر مدیون قبولش واجب است؛ به‌خلاف کار در غیر حرفه و شغلش. در نهایت آورده‌اند: «جواز اجبار او به اجاره مزبور بعید هم نیست؛ چراکه منظور از "إخلاء السبیل"، رهایی او از حبس است تا برود و تحصیل مال کند و این با اجبار او بر کار منافات ندارد» (تبریزی، ۱۴۲۳: ۱۴۰).

براساس این دیدگاه، به قول مشهور این اشکال وارد است که «وجوب انظار» با «وجوب تکسب» منافاتی ندارد؛ بلکه مراد از انظار، ترک مطالبه هنگام تعسر از اداست و در صورتی که فرد متمکن از ادا با اکتساب است، معسر محسوب نمی‌شود (ر.ک: طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۵۷/۲) و بر او واجب است به هر وجهی که با عسرو حرج همراه نباشد، تکسب کند؛ چراکه تمکن از تحصیل مال و ادای دین در آینده، در تعلق تکلیف ادا بر او کافی است. بر همین مبنا، عجز از ادا در زمان آتی که ناشی از ترک کسب در مورد دیون سابق است، «عقلاً» و «عرفاً» عذر محسوب نمی‌شود و «شرعاً» نیز دلیلی برای مخالفت با تکلیف وجوب ادا وجود ندارد.

نتیجه اینکه کسی که غرماء فعلاً از او مطالبه نموده‌اند و قادر بر تحصیل مال برای ادای دین در حال حاضر و قرار گرفتن در حالت یسر است و این کار را ترک کند، معذور به عجز محسوب نمی‌شود. بنابراین روایت موثق غیاث را می‌توان این طور تفسیر کرد:

۱- ظاهر از لفظ «حتی» در عبارت «حتی یستفید» برای تعلیل است و معنایش این است که مدیون رها می‌شود تا اکتساب کند و مال به دست آورد و بفرض که از این ادعا هم دست برداریم و دلالت قطعی بر این مطلب نداشته باشد، حداقل احتمال آن وجود دارد و «إذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال»؛ چراکه اگر برای غایت نیز آمده باشد، دلالتی بر عدم وجوب تکسب ندارد.

۲- ظاهر از عبارت «حتی یستفید مالا» علت غایی در رهایی است؛ با این توضیح که آزاد گذاشتن او به غرض تحصیل مال است؛ یعنی چون تحصیل مال برای ادای دین واجب «شرعی» و «عرفی» است، لذا امام علیه السلام از حبس آزادش کرد تا با کسب مال دینش را ادا کند. پس روایت دلالت بر وجوب کسب مال دارد؛ چراکه مقدمه برای رسیدن به «مال» و «قضاء دین» است (مؤمن قمی، ۱۳۸۹: ۱۶۴-۱۶۷).

روحانی در این باره به‌عنوان سخن پایانی می‌نویسد:

«اگر برای او تکسب ممکن است و در آن عسرو حرج نباشد، بر او تکسب واجب است؛ چون ادای دین واجب است، پس مقدمه آن هم که تکسب است، واجب است و در صورتی که در آن عسرو حرج باشد، وجوب آن با قاعده نفی عسرو حرج رفع می‌شود و سید در *ملحقات عروه* چه زیبا گفته که حال ادای دین در وجوب تکسب

به خاطر ادای آن در صورت تمکن، مانند حال نفقه عیال است و همچنین سایر تکالیف مالی؛ چراکه وجوب آن‌ها مطلق است و لازمه آن، جواز الزام و اجبار مدیون بر کار در صورت سهل‌انگاری است؛ بلکه گاهی به جایی می‌رسد که اجاره دادن و به کار گرفتن او جایز است، در صورتی که امکان اجبار او به کار کردن به هیچ‌وجه ممکن نباشد» (حسینی روحانی، ۱۳۸۷: ۱۱۴/۲۵).

در *زبدۃ الفقیه* نیز «وجوب مهلت دادن» و «وجوب تکسب» خلط نشده و این گونه

بیان شده است:

«به معسر مهلت داده می‌شود، اما تکسب برای وفای دین واجب است؛ چراکه قضای دین بر فرد متمکن از کسب با مطالبه غرماء واجب است و بدین خاطر است که زکات بر چنین شخصی حرام است. اما تکسب در صورتی بر او واجب است که مناسب شأن و جایگاه او باشد ولو با اجاره خودش، و روایت سکونی حمل بر کسی می‌شود که مناسب شأن و جایگاه مدیون است» (ترجینی عاملی، ۱۴۲۷: ۴۰/۵).

البته در جواب ایشان، برخی قائل به تفصیل بین «حق الله» و «حق الناس» شده‌اند؛ به این صورت که در مورد حقوق الله، اعسار شخصی که کسب و کار دارد، جایز نیست، چون بالقوه غنی است؛ لذا اخذ زکات بر او به خاطر روایت مستفیض «لَا تَحُلُّ الزَّكَاةُ لِعَنِيَّ وَلَا لِذِي مِرَّةٍ سَوِيًّا» حرام است. اما در مورد حقوق الناس، مدار بر مالیت به صورت بالفعل است و برای حکم به اعسار، به کسب توجه نمی‌شود و روایت غیاث هم دال بر همین مطلب است (آل‌عصفور، بی‌تا: ۲۸۹/۱۲).

برخی فقها مهلت دادن به مدیون را مشروط به شرایطی کرده‌اند که بدین ترتیب است: مدیون چیزی نداشته باشد و قادر به کسبی که مناسب شأن اوست نیز نباشد تا اینکه دینش را ادا کند. در این صورت بر طلبکاران لازم است که به او مهلت دهند؛ در غیر این صورت ادای دین ولو با کسبی که مناسب جایگاه اوست، بر او واجب است و اگر سهل‌انگاری کند، حبسش جایز است. اما اینکه در فرض اول گفته شد فرصت دادن به او لازم است، شماری از روایات بر این مطلب دلالت دارند از جمله روایت غیاث. لذا ایشان بین لزوم مهلت دادن به مدیون و وجوب تکسب مناسب شأن از طرف او خلط نکرده و روایت غیاث را هم مؤید این قول خود آورده است.

اما در مورد وجوب ادا بر مدیون ولو با کسبی که مناسب شأن اوست، چنین می‌نویسد:
 «ادای دین واجب است و فرض هم این است که مدیون قادر بر ادا ولو با کسب است،
 لذا مقدمه آن هم واجب است و در جای خود ثابت شده که مقدمه، وجوب عقلی دارد»
 (طباطبایی قمی، ۱۴۲۳: ۴/۴۹۱).

لذا روایت سکونی را مؤید قول خود می‌داند در وجوب تکسب از سمت مدیون.
 اردبیلی نیز با قول به عدم منافات بین وجوب انظار و وجوب تکسب همراه شده،
 می‌افزاید:

«مراد از انظار، ترک مطالبه در حال تعسر اداست و اعطاء مهلت به او برای رسیدن به
 گشایش است، مضاف بر اینکه متمکن از ادا با تکسب، معسر محسوب نمی‌شود.
 بلکه عرف صاحب کسب و حرفه را موسر می‌داند و کسی که توان کسب دارد، ولی
 سهل انگاری کند، در حق غرماء ظلم کرده است؛ چرا که تکسب مقدمه انجام واجب
 که ادای دین است، بوده و مقدمه واجب نیز عقلاً واجب است. بلکه بعید نیست که
 از نظر عرفی، شخصی که قادر به تکسب است، غنی محسوب شود. لذا می‌توان گفت
 منظور از مهلت دادن به او، مهلت دادن برای کسب است. با این توضیح در مورد
 معتبر غیاث می‌توان گفت که "حتی" مطرح در روایت، تعلیلیه است و دلالت بر رهایی
 معسر برای کسب مال دارد و به هر صورت دلالتی بر عدم وجوب تکسب ندارد»
 (موسوی اردبیلی، ۱۳۸۱: ۲/۹۷).

لذا بنا بر دیدگاه ایشان، فرد قادر بر تکسب مطلقاً معسر محسوب نمی‌شود؛ بلکه باید
 به اندازه‌ای که به سختی نیفتد و مخالف با شأن او نباشد، به کسب بپردازد. اما حاکم
 او را به غرماء نمی‌سپارد تا او را به کار گیرند یا اجاره دهند و معتبره سکونی حمل بر
 وجوب کسب مناسب شأن مدیون می‌شود، ولو به صورت اجاره دادن خودش نه اینکه
 مدیون به غرماء داده می‌شود تا آن را به هر صورت که بخواهند به کار گیرند، هرچند
 که خلاف شأن او باشد.

به نظر می‌رسد ایشان این حمل را مقتضای جمع بین روایات و حقوق طلبکار و
 بدهکار می‌داند؛ چرا که مدیون باید کار کند و به صورت معروف مخارج خود و عیالش
 را بپردازد و مازاد آن را صرف ادای دیونش کند و شاید مراد از اینکه امام علیه السلام مدیون را
 تحویل غرماء داد، به خاطر این بود که مراقب او باشند که مازاد نفقه واجب را تلف نکند.

لذا از نظر ایشان، این حمل بعید نیست. براساس این حمل، تنافی بین روایت غیاث و روایت سکونی وجود ندارد تا نیاز به ترجیح یکی از آن دو بر دیگری براساس مشهورتر بودن و... باشد.

شاید بتوان قائل شد اینکه امام ع مدیون را به آن‌ها سپرد، بدین معنا نیست که غرماء را ولی مدیون قرار دهد و بر او مسلط کند، بلکه این تعبیر برای بیان دفع خصومت است؛ چون مدیونی که مالی ندارد تا دینش را ادا کند، اما قدرت بر تکسب و تحصیل مال دارد، واجب است که کار کند و دینش را پردازد و مادامی که با این کار صدقش را نشان ندهد، نمی‌توان به او اعتماد کرد. لذا در این هنگام رجوع می‌شود به آنچه از کلام امام علی ع فهمیده می‌شود که فرمود: «هر کار خواستید، با او بکنید». اگر ایشان در مقام قضاوت و بیان حکم مسئله بود، جایی برای این بیان وجود نداشت. اما ایشان در مقام بیان طریق رفع خصومت، آرام کردن خصم و ایجاد ضمان و اطمینان برای اوست و این تعبیر، مناسب برای این مقام است. اما در وجوب تکسب بر او اشکال و تردیدی نیست (ر.ک: همان).

۲. مدیونی که عادت به اجیر شدن دارد

برخی دیگر در توجیه این روایت معتقدند بر مبنای این روایت باید تفصیل داد بین اینکه مدیون از کسانی باشد که اجیر می‌شود و شأن او این چنین است و بین مدیونی که این چنین نیست، که در صورت اول، اجاره دادن و به کار گرفتن او جایز است و در صورت دوم نه؛ به‌ویژه که این کار در نظر مردم اهانت و هتک حرمت به او باشد.

اگر گفته شود حرمت به کارگیری و اجاره دادن او، بنا بر اینکه هتک حرمت به او باشد، با وجوب ادای دین به صورت فوری تعارض دارد و ترجیح با مورد اول است، چراکه اصل بقاء وجوب ادای دین هنگام شک در بقاء به خاطر عروض هتک حرمت با به کارگیری مدیون است، در جواب باید گفت:

«اولاً دلیل وجوب ادا از اول مقید به تمکن از اداست؛ اگر معسر باشد، وجوب ادا از او برداشته می‌شود. در ثانی ممکن است وجوب وفا از او مقید به این باشد که موجب هتک حرکت نباشد، ولی این احتمال که دلیل حرمت هتک مقید به صورت عدم ادای دین بودن آن باشد، وجود ندارد، بلکه ظاهر این است که دلیل حرمت هتک اطلاق دارد، لذا هتک مؤمن و اهانت به او مطلقاً حرام است، مگر اینکه چیزی با دلیل صریح

از این اطلاق خارج شود؛ مثل موردی که خودش با اختیار، سبب هتک حرمت خودش شود. ثالثاً استصحاب در احکام کلی جاری نمی‌شود؛ چراکه همیشه در تعارض به مثل خودش است. در همین مورد بحث، استصحاب بقای وجوب ادای دین، معارض با عدم هتک حرمت و اهانت است، اما در طرف حرمت هتک مسلمان این چنین نیست؛ چراکه حرمت آن بالاتفاق توسط عقل و نقل، مسلم دانسته شده است» (خالصی، ۱۳۹۳: ۱۱۵).

۳. حمل روایت بر تعزیر مدیون

برخی فقها در توجیه روایت سکونی آورده‌اند ممکن است این عمل امام علی علیه السلام بر سبیل تعزیر باشد؛ بدین گونه که: ۱- امام علیه السلام علم داشته که مدیون مال‌دار است، لذا او را تحویل طلبکاران داد، چون روایت مخالف با ظاهر آیه و روایات است (مجلسی دوم، ۱۴۰۴: ۸۴/۶)؛ ۲- یا به‌خاطر اتلاف اموال و صرف آن در راه غیرمشروع (مجلسی اول، ۱۴۰۶: ۲۰۶/۱۰).

۴. طرد روایت به‌خاطر مخالفت با اصول مذهب

ابن‌ادریس این خبر را غیرصحیح می‌داند که مخالف با اصول مذهب و در تضاد با آیه شریفه ﴿وَإِنْ كَانَ دُونُ عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ (بقره/ ۲۸۰) است که در آن صحبتی از این نیست که باید مدیون را به کار گرفت یا اجاره داد (ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۱۹۶/۲) و اینکه چنین چیزی اتفاق افتاده باشد، نامعلوم است؛ لذا به اطلاق آیه و روایت غیاث عمل می‌شود (طباطبایی قمی، ۱۴۲۵: ۶۹).

۴. تعارض روایت غیاث با روایت زراره در مورد حبس مدیون

مقدس اردبیلی در مقابل روایت غیاث، روایاتی مطرح کرده و به توجیه آن‌ها می‌پردازد (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۳۱/۱۲). یکی از آن‌ها، روایت سکونی بود که به آن پرداخته شد. دومین مورد آن، روایت زراره از امام باقر علیه السلام است که ایشان حکایتی از فعل امام علی علیه السلام دارد، با این مضمون که امام علی علیه السلام در مورد دین فقط سه گروه را حبس می‌نمود: ۱- غاصب؛ ۲- کسی که مال یتیم را از روی ظلم بخورد؛ ۳- کسی که در امانت خیانت کند:

«عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ قَوْلُوَيْهِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ سَعْدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ أَبِي نَجْرَانَ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنِ ابْنِ أُدْبَيْنَةَ عَنْ زُرَّارَةَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: كَانَ عَلِيٌّ عَلَيْهِ السَّلَامُ لَا يَحْبِسُ فِي الدِّينِ إِلَّا ثَلَاثَةً: الْعَاصِبَ، وَمَنْ أَكَلَ مَالَ الْيَتِيمِ ظُلْمًا وَمَنْ أَوْثَمَنَ عَلَى أَمَانَةٍ فَذَهَبَ بِهَا وَإِنْ وَجَدَ لَهُ شَيْئًا بَاعَهُ غَائِبًا كَانَ أَوْ شَاهِدًا» (حزّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۷/۲۴۸).

لذا برحسب ظاهر، این روایت در تعارض با روایت غیاث است که در آن امام علی (ع) جهت بررسی وضعیت مدیون، او را حبس کرد.

برای رفع این تضاد و تعارض، در مورد روایت زراره سه احتمال وجود دارد: ۱- گفته شود حبس بر وجه عقوبت فقط شامل این سه گروه می‌شود (طباطبایی قمی، ۱۴۲۳: ۱۵/۶۶)؛ ۲- حبس طولانی مدت فقط شامل این سه دسته می‌شود؛ چراکه حبس به خاطر دین به مقداری است که وضعیتش بررسی شود. اما در مورد این احتمال، این اشکال وجود دارد که تارک قضای دین با تمکن در پرداخت نیز از این سه دسته خارج نیست (همان)؛ ۳- روایت دلالتی بر حبس مدیون ندارد، بلکه دلالت بر عدم حبس در غیر از این سه مورد دارد و مدیون چه قادر به پرداخت دین باشد و چه عاجز، مشمول روایت نیست؛ اما مدیون متمکن از ادا، با اجماع از این حکم خارج می‌شود و مدیون عاجز، مشمول غیرالثلاث باقی می‌ماند (میرزای قمی، ۱۳۷۱: ۲/۶۳۲).

لذا حبس مدیون به خاطر بررسی وضعیت او، بنابر دلالت روایت غیاث جایز است؛ اما حبس به جهت عقوبت و حبس طولانی مدت او جایز نیست؛ چراکه وجهی برای حبس به جهت عقوبت قبل از استحقاق وجود ندارد.

برخی فقها هر دو وجه اول به ویژه وجه دوم را بعید دانسته‌اند، اما مسئله را مشکل نمی‌دانند؛ چراکه معتقدند خبر غیاث بر این خبر رجحان دارد، به خاطر اینکه اولاً اکثر فقیهان براساس آن فتوا داده‌اند و در ثانی، حصر موجود در روایت مخالف اجماع است (طباطبایی قمی، ۱۴۲۳: ۱۵/۶۷) و مشهور به آن عمل نکرده‌اند (موسوی خوانساری، ۱۳۵۵: ۶/۲۵).

البته ممکن است معنای روایت این گونه باشد: فقط این سه گروه هستند که در دو حالت تمکن و اعسار حبس می‌شوند و مطلوب که اثبات «عدم جواز حبس» در حال «اعسار» به صورت مطلق است، چه در مورد این سه گروه و چه غیر آن، با آن ثابت نمی‌شود، مگر اینکه بگوییم به خاطر لزوم تفکیک بین دو قسمت حصر، روایت از جهت

جزء منفی آن اختصاص به صورت عجز دارد و از جهت جزء مثبت اختصاص به صورت قدرت دارد؛ افزون بر اینکه قول به اینکه جواز حبس در حال اعسار مخصوص این سه گروه باشد، قول به فصل می شود که قائلی ندارد و آنچه از روایت فهمیده می شود، کلام در جایی است که عجز ثابت نشده، نه جایی که عجزش ثابت است. لذا در این هنگام، حبس می تواند اختصاص به «سجن» داشته باشد، درحالی که حبس اعم از سجن است و مناسب این سخن، قول شیخ طوسی در تهذیب است که گفته است مراد، «حبس بر سیل عقوبت» یا «حبس طولانی مدت» است. پس در نهایت می توان گفت روایت از طریق اطلاق جزء منفی، دلالت بر مطلوب دارد (میرزای قمی، ۱۳۷۱: ۶۳۳/۲).

به نظر می رسد بین روایت غیاث و روایت زراره، آن طور که فقیهان بیان داشته و درصدد رفع آن برآمده اند، تعارضی وجود نداشته باشد؛ چراکه موضوع حبس در دو روایت متفاوت است؛ در روایت غیاث، حبس یکی از راه های آگاهی از وضعیت مدعی اعسار است و در واقع نوعی اقدام احتیاطی جهت حفظ حقوق غرماء است. لذا اگر از طریقی دیگر اعسار او ثابت شود، جایگزین حبس می شود. اما حبس مطرح در روایت زراره به خاطر مجازات و عقوبت است و بدیهی است کسی که هنوز جرمش ثابت نشده و حاکم در حال بررسی وضعیت اوست، به جهت عقوبت حبس نخواهد شد، کما اینکه کیفیت این دو نوع حبس با یکدیگر متفاوت است.

اما اینکه مشهور با استناد به اطلاق روایت غیاث، «وجوب تکسب از مدیون معسر» را رد می کنند، با خود روایت قابل خدشه است؛ زیرا کسی که کسب دارد، به صورت بالقوه غنی است و همین باعث می شود که از موضوع روایت خارج شود. افزون بر اینکه فقها، صدر روایت غیاث را که عبارت است از: «هنگامی که افلاس مدیون مشخص شد، امام علیه السلام او را رها کرد»، گرفته و ذیل آن را رها کرده اند؛ درحالی که ذیل روایت، علت اقدام امام را این طور بیان می کند که «مدیون برود و تحصیل مال کند». لذا این قسمت روایت، دلالت بر «لزوم تکسب» از سمت او دارد. این اقدام امام دلالت ندارد بر اینکه مدیون ولو به صورت بالقوه متمکن باشد، تکسب بر او لازم نیست، کما اینکه مشهور فقیهان چنین برداشتی از روایت دارند؛ بلکه برعکس دلالت بر لزوم تحصیل مال از طرف او دارد.

نتیجه گیری

همان طور که از مطالب مشخص شد، فقها دو روایت «غیاث» که حاکی از «فعل امام» است و روایت «سکونی» که آمیخته‌ای از «قول و فعل» است، را متعارض دانسته‌اند و اکثر ایشان درصدد جمع بین دو روایت برآمده و برخی نیز روایت سکونی را به دلایل مختلف طرد کرده و اولویت را با روایت غیاث قرار داده‌اند.

فقیهان با فرض تعارض بین دو روایت، عوامل مختلفی را سبب برتری روایت غیاث بر سکونی قرار داده‌اند که عبارت‌اند از: ۱- ضعف سندی روایت سکونی، و ۲- موافقت روایت غیاث با نص قرآن. اما نخست اثبات وجود تعارض بین دو عمل معصوم لازم است و در مرحله بعد نوبت به «جمع» یا «طرد» می‌رسد. اما اینکه به لحاظ سندی، برخی آن را به خاطر وجود «نوفلی» ضعیف دانسته‌اند، چندان مورد توجه نیست؛ چون راوی آن سکونی است و روایات نقل شده از ایشان مورد اعتماد فقهاست (ر.ک: نجاشی، ۱۳۶۵: ۳۸؛ مقتدایی، ۱۳۹۵/۱۰/۲۶).

از نوع عملکرد امام در خبر غیاث و روایت سکونی می‌توان به یکی از موانع استناد به فعل معصوم عَلَيْهِ السَّلَامُ در استنادات فقهی پی برد که آن، تفاوت شیوه عملی معصوم عَلَيْهِ السَّلَامُ است؛ در یک جا امام مدیون معسر را رها کرده و در جایی دیگر به دست طلبکاران می‌سپارد، که یا باید عدم وجود تعارض بین دو رفتار را ثابت کنیم و یا با فرض تعارض، یکی را درست بدانیم. با توجه به اینکه معصوم عَلَيْهِ السَّلَامُ به پشتوانه عصمت خود همواره صحیح‌ترین عمل را انجام می‌دهد، لذا به نظر می‌رسد با فرض مشاهده تعارض در رفتار باید به این نتیجه رسید که فهم ما از عمل معصوم کامل نیست؛ چراکه هرچند ظاهر عمل به نظر متفاوت می‌نماید، اما باطن عمل در هر دو، مصداق رعایت حال معسر و طلبکار است؛ در یکی شرایط به گونه‌ای است که رها شود و به کسب پردازد و در دیگری سپردن به دست طلبکار است و در هیچ کدام حبس وجود ندارد، اما لزوم کار کردن هم برداشته نشده است.

لذا اگر تفاوتی در نوع عملکرد معصوم مشاهده شد، این مطلب اصل حجیت فعل و استدلال به آن را زیر سؤال نخواهد برد چراکه اصل حجیت فعل و دلالت فعل دو

مقوله متمایز هستند. اگر پی به جهت فعل نبردیم این سبب نمی‌شود که فعل از حجیت و اعتبار بیفتد همانطور که در اقوال این چنین است.

نتیجه اینکه: «تفاوت عمل معصوم نه تنها چالش نیست، بلکه قرینه‌ای گویا برای فهم آن است و دایره نگاه ما را توسعه می‌بخشد و پیدا کردن وجه جمع میان دو رفتار به ظاهر متناقض از یک معصوم در دو موقعیت، به فهم باطن عمل مدد می‌رساند و از تفسیر یک‌جانبه عمل جلوگیری می‌کند» (ر.ک: عالم‌زاده نوری، ۱۳۹۲: ۲۱۸).

اما در بحث مورد نظر، اینکه فقها اختلاف آراء درباره مدیون معسر را به اختلاف و تعارض در اخبار نسبت می‌دهند، چندان درست به نظر نمی‌رسد؛ چون روایت غیاث که مشهور برای قول به عدم وجوب تکسب به آن استناد می‌کنند، قابل خدشه است و لذا به نظر می‌رسد بین روایت غیاث و روایت سکونی تعارضی برقرار نباشد، کما اینکه فقها معتقد به وجود تعارض بین دو روایت هستند؛ بنابراین نیاز به جمع بین آن‌ها یا ترجیح یکی بر دیگری نیست.

توضیح اینکه: در روایت غیاث بعد از ثبوت اعسار مدیون، امام علی ع مدیون را آزاد می‌کند و علت رهایی او نیز بدین خاطر است که برود و تحصیل مال کند؛ زیرا با توجه به اینکه مالی ندارد، فایده‌ای در حبس او وجود ندارد. لذا اینکه مشهور از این روایت برای تأیید قول به عدم وجوب تکسب استفاده می‌کنند، صحیح نیست و روایت برخلاف قول آن‌هاست؛ چراکه مشهور صدر روایت را گرفته و ذیل را رها نموده‌اند، در صورتی که اگر بخواهیم فهم درستی از روایت داشته باشیم، باید صدر و ذیل را با هم در نظر بگیریم که این بی‌توجهی باعث برداشتی متفاوت خواهد شد.

پس نتیجه اینکه بین «وجوب مهلت دادن به معسر» و «وجوب تکسب» از سمت او منافاتی وجود ندارد. نهایت چیزی هم که از روایت سکونی به دست می‌آید، وجوب «عمل» و «استیفاء» است و اینکه امام ع مدیون را به غرماء تحویل داد، ممکن است به خاطر این باشد که استیفای دین متوقف بر این راه بوده است. لذا روایت دلالتی بر حجر اعمال ندارد، بلکه بالملازمه بر «وجوب تکسب جهت ادای دین» دلالت دارد.

فهرست منابع

۱. قرآن کریم، ترجمه ناصر مکارم شیرازی، تهران، دفتر مطالعات تاریخ و معارف اسلامی، ۱۳۸۰ش.
۲. آل عصفور، حسین بن محمد، *الانوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع* (اللفیض)، تحقیق محسن آل عصفور، قم، مجمع البحوث العلمیه، بی تا.
۳. ابن ادریس حلّی، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ق.
۴. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۶۳ش.
۵. تبریزی، جواد بن علی، *اسس القضاء و الشهاده*، قم، دفتر مؤلف، ۱۴۲۳ق.
۶. ترحینی عاملی، سید محمد حسن، *الزبدة الفقهية فی شرح الروضة البهیة*، چاپ چهارم، قم، دار الفقه، ۱۴۲۷ق.
۷. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، قم، مؤسسه آل البيت علیهما السلام، ۱۴۰۹ق.
۸. حسینی روحانی، سید محمد صادق، *فقه الصادق علیهما السلام*، قم، دار الحکمه، ۱۳۸۷ش.
۹. خالصی، محمد باقر، *احکام المحوسین فی الفقه الجعفری*، قم، تبیان، ۱۳۹۳ش.
۱۰. سبحانی تبریزی، جعفر، *نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الاسلامیة الغراء*، قم، مؤسسه امام صادق علیهما السلام، ۱۳۷۶ش.
۱۱. طباطبایی حائری، سید علی بن محمد علی، *ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل*، قم، مؤسسه آل البيت علیهما السلام، ۱۴۰۴ق.
۱۲. طباطبایی قمی، سید تقی، *الدلائل فی شرح منتخب المسائل*، قم، کتاب فروشی محلاتی، ۱۴۲۳ق.
۱۳. همو، *الغایة القصوی فی التعلیق علی العروة الوثقی*، قم، کتاب فروشی محلاتی، ۱۴۲۳ق.
۱۴. همو، *هدایة الاعلام الی مدارک شرائع الاحکام*، قم، کتاب فروشی محلاتی، ۱۴۲۵ق.
۱۵. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم بن عبد العظیم، *تکملة العروة الوثقی*، قم، کتاب فروشی داوری، ۱۴۱۴ق.
۱۶. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، *النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۶۰ش.
۱۷. همو، *کتاب الخلاف*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ق.
۱۸. عالم زاده نوری، محمد، *استنباط حکم اخلاقی از سیره و عمل معصوم علیهما السلام: دشواری های نظری و ملاحظات روش شناختی*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۹۲ش.
۱۹. علامه حلّی، ابو منصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *تذکرة الفقهاء*، قم، مؤسسه آل البيت علیهما السلام، ۱۴۱۴ق.
۲۰. مجلسی اول، محمد تقی، *روضة المتقین فی شرح من لایحضره الفقیه*، چاپ دوم، قم، کوشانیور، ۱۴۰۶ق.
۲۱. مجلسی دوم، محمد باقر بن محمد تقی، *مرآة العقول فی شرح اخبار آل الرسول*، تحقیق سید هاشم رسولی محلاتی، چاپ دوم، تهران، دار الکتب الاسلامیة، ۱۴۰۴ق.
۲۲. محقق سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن، *کفاية الفقه المشتبه بكفاية الاحکام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۸۱ش.
۲۳. مقتدایی، مرتضی، «درس خارج ولایت فقیه»، جلسه ۵۶، ۲۶/۱۰/۱۳۹۵ش.

۲۴. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الازهان الی احکام الایمان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ق.
۲۵. موسوی خلخالی، سیدمحمد مهدی، فقه الشیعة - کتاب الاجاره، تهران، منیر، ۱۳۸۵ش.
۲۶. موسوی خوانساری، سیداحمد بن یوسف، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، تهران، مکتبه الصدوق، ۱۳۵۵ش.
۲۷. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، المستند فی شرح العروة الوثقی، تقریر مرتضی بروجردی، بی جا، بی نا، بی تا.
۲۸. موسوی سبزواری، سیدعبدالاعلی، مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، قم، مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ق.
۲۹. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن، رسائل المیرزا قمی، تهران، چاپ مرتضی رضوی، ۱۳۷۱ش.
۳۰. نجاشی، ابوالعباس احمد بن علی بن احمد بن عباس، رجال النجاشی (فهرست اسماء مصنفی الشیعه)، چاپ ششم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۶۵ش.
۳۱. نجفی، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، تحقیق و تصحیح عباس قوچانی و علی آخوندی، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۱۰ق.

تحلیل مفهوم کفر در فقه و کلام

ویامدهای فقهی آن*

- محمد ابراهیم روشن ضمیر^۱
- مصطفی مهدوی ارجمند^۲

چکیده

کاربرد فراوان واژه کفر در متون دینی، برخورداری از ابعاد گسترده اعتقادی و فقهی و تبدیل شدن مباحث مرتبط با آن به یکی از مهم‌ترین چالش‌های جوامع اسلامی در عصر حاضر، اقتضای بررسی دقیق مفهوم این واژه و مؤلفه‌های آن را دارد. این جستار که به شیوه توصیفی - تحلیلی سامان یافته است، درصدد تحلیل تعریف این واژه، ویژگی‌های آن در بیان فقیهان و متکلمان و بررسی مستندات روایی آن‌هاست. فقیهان و متکلمان مواردی از قبیل: انکار و تکذیب، جهل، شک در وجود خدا و رسالت پیامبر، عدم ایمان، اخلال به مبانی همچون توحید و عدل و اعتقاد به موجبات خروج از اسلام را به‌عنوان مؤلفه‌های کفر برشمرده‌اند.

* تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۱/۱۴ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۵/۰۹

۱. دانشیار گروه علوم قرآن و حدیث، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران (نویسنده مسئول)
(roushan1344@yahoo.com)

۲. دانشجوی دکتری علوم قرآن و حدیث، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران
(mahdavi.argmand@gmail.com)

یافته‌های این پژوهش نشان از آن دارد که از میان ویژگی‌های پیش گفته، تنها وجود و انکار از مستندات روایی استواری برخوردار است؛ اما سایر مؤلفه‌ها، یا دارای مستند نیستند و یا مستند مستحکمی ندارند. بنابراین، کفر کنشی (انکار و تکذیب) در برابر باورهاست نه صرف عدم واکنش.

واژگان کلیدی: کفر، کافر، مؤلفه‌های کفر.

مقدمه

کفر از جمله واژه‌های پربسامد کتاب و سنت است. این واژه ۵۲۴ بار در قرآن تکرار شده است. کاربرد زیاد آن در قرآن و سنت نشان از اهمیت این موضوع در منظومه دین دارد. اگر بارزترین واژه در ادبیات دینی ایمان است، لاجرم کفر به معنای موضع‌گیری در برابر آن، ضد ارزش‌ترین واژه است که حکایت از یکی از سرنوشت‌سازترین تصمیمات انسان دارد و تعیین‌کننده بسیاری از دیگر انتخاب‌های اوست. «کفر» که در اکثر معانی خود حاکی از عکس‌العمل منفی در قبال دین است، موضوع احکام زیادی است؛ موضوع یکی از جنجالی‌ترین احکام دین یعنی جهاد ابتدایی «کفر» است؛ همچنین کفر به بسیاری از ابواب فقهی از قبیل طهارت و نجاست، ارث، زکات، اطعمه و اشربه و نیز امور سیاسی، اجتماعی، فرهنگی و اقتصادی جامعه اسلامی مربوط است. اگر در گذشته، قوانین حاکم بر روابط اقتصادی، فرهنگی، سیاسی و حقوقی مسلمانان با کافران، مسئله گروهی اندک از مسلمانان بود، امروزه مسئله بیشتر مسلمانان است. کمتر کسی را می‌توان یافت که با یکی از موضوعات مربوط به کافران مانند: ازدواج، روابط تجاری، استفاده از کالاهای تولیدی آن‌ها، فروش یا اهدای مصحف، ذبیحه و... درگیر نباشد. به‌عنوان نمونه، کسانی که تجربه تبلیغ در خارج از کشور را دارند، به‌خوبی می‌دانند که یکی از راه‌های ترویج اسلام، فراهم کردن امکان دسترسی غیرمسلمانان به قرآن است؛ این در حالی است که اگر غیرمسلمان در زمره کفار تعریف شود، فروش یا هدیه قرآن به او جایز نخواهد بود! نمونه دیگر، زنان غیرمسلمانی هستند که به اسلام گرایش پیدا می‌کنند، درحالی که شوهرانشان غیرمسلمان هستند. از سویی، لااقل براساس برخی فتاوا، زن مسلمان نمی‌تواند همسر کافر باشد و از دیگر سو و در مقام عمل بر زن تازه‌مسلمان بسیار سنگین است که فرزندان خود را رها سازد و بارگران

مسائل فرهنگی و حقوقی را نادیده بگیرد و از شوهرش جدا شود. حساسیت این موضوع زمانی بیشتر می‌شود که بدانیم بسیاری از ایشان اظهار می‌کنند که شوهرانشان عنادی با اسلام ندارند، اما هنوز نسبت به حقانیت اسلام متقاعد نشده‌اند؛ یعنی اساساً ممکن است با تغییر تعریف کافر از جرگه کفر خارج شوند و اطلاق نام کافر بر ایشان صحیح نباشد. ای بسا اگر چند صباحی با همسران مسلمان خویش به زندگی مشترک ادامه دهند، مسلمان شوند؛ اما اگر همسرشان هم اکنون از آنان جدا شود، با توجه به مشکلاتی که برای آن‌ها ایجاد می‌شود، احتمال آن می‌رود که امکان تشرف به اسلام از ایشان سلب شود.

پر واضح است نقطه محوری در تمام این احکام، تعریف کفر و کافر است و با تغییر آن، بسیاری از این احکام دچار تحول می‌شوند.

از فضای مباحث علمی که فاصله بگیریم و واقع جهان اسلام را مورد مطالعه قرار دهیم، خواهیم دید که سرمنشأ برخی از تحولات امروز جهان اسلام نیز مسئله کفر و تکفیر است. اهمیت بالای این واژه و مفهوم آن در ادبیات دینی، نویسندگان را بر آن داشت تا به بررسی مستندات تعریف اصطلاح کفر و کافر در حوزه ادبیات فقه و کلام بپردازند. به نظر می‌رسد با واکاوی تعریف کفر و بازخوانی آن می‌توان به حل برخی از این مشکلات امیدوار بود.

پیشینه

درباره «کفر» پژوهش‌هایی انجام شده است؛ از آن جمله مقالات «مقوله کفر در قلمرو حقوق اسلام» از محمدرضا بندرچی، «کفر و احکام آن از منظر فریقین» از حسین رحمانی تیرکلایی، و «غیرمسلمان از کفر تا استضعاف» از اردوان ارژنگ و عبدالرضا گودرزی را می‌توان نام برد. افزون بر این، در کتاب‌های فقهی و کلامی نیز از کفر و تعریف آن سخن به میان آمده است؛ به‌عنوان نمونه، آیه‌الله فاضل لنکرانی در کتاب *تفصیل الشریعه*، از کفر و تعریف و مستندات آن سخن به میان آورده است.

ویژگی مقاله حاضر، رویکرد انتقادی آن و تلاش برای تعیین مؤلفه اصلی کفر و مشخص کردن مؤلفه‌های غیرمستند است. در بیشتر مقالات، به تعریف کفر در فقه و

کلام پرداخته نشده و معمولاً مفهوم کفر به عنوان باور نداشتن به آموزه‌های اسلامی، مبنای کار قرار داده شده است. تنها نویسنده مقاله «غیرمسلمان از کفر تا استضعاف» درصدد اثبات گروه سومی غیر از مسلمان و کافر به نام مستضعف برآمده است؛ اما همو نیز مستقیم به سراغ تحلیل مفهوم کفر و یافتن مستندات آن نرفته است.

۱. بررسی معنای لغوی کفر

آنچه در پژوهش حاضر و در کشف معنای کفر نقش محوری دارد، ایجابی یا سلبی بودن معنای کفر است. بدان جهت که در طول مطالعه معنای کفر، ذهن خواننده محترم متوجه این دو معنا باشد، دو فرضیه را پیش از ورود به مطالعه معنای لغوی کفر، پیش روی می‌نهم:

الف) کفر دارای معنای ایجابی است؛ بدین بیان که کفر یک کنش است نه صرف عدم واکنش.

ب) کفر دارای معنای سلبی است؛ یعنی عدم واکنش مثبت نسبت به یک امر؛ چه این عدم واکنش مثبت، همراه با بروز واکنش منفی باشد و چه صرفاً عدم واکنش باشد.

در العین خلیل بن احمد آمده است: «کفروا» یعنی عصیان و امتناع کردند. «کفر» نقیض شکر است. «یکفر درعه بثوب» یعنی زره خویش را با لباس پوشاند. به شب و دریا «الکافر» گفته می‌شود. زمین کافر، به زمینی گفته می‌شود که از مردم دور است و رهگذری در آنجا فرود نمی‌آید (فراهیدی، ۱۴۰۹: ۳۵۶/۵). در کتاب الجیم آمده که «الکفر» گیاه ظریف است و «الکافوره» پوست شکوفه را گویند (شیبانی، ۱۳۹۴: ۱۴۲/۳). در همان کتاب آمده است که «الکفور» غایب کردن و پوشاندن است. در شعر عربی چنین آمده است:

یعلو طریقة متنها متواتر من لیلة کفر النجوم غمامها

«کفر النجوم غمامها» یعنی ابرهای آن شب، ستارگان را پنهان کرده است (همان: ۱۶۸/۳). در جمهرة اللغة آمده است که کفر پوشاندن یک شیء است. باز در همان آمده که برخی اهل لغت گفته‌اند ظرف هر چیز را «کافوره» می‌نامند (ابن‌درید ازدی، ۱۹۸۷:

صاحب تهذیب اللغه گفته است وقتی به اهل دارالحرب گفته می‌شود: «قد كفروا» یعنی عصیان کردند و امتناع ورزیدند (ازهری، بی‌تا: ۱۱۰/۱۰). ابن فارس نیز اصل کفر را پوشاندن دانسته است (ابن فارس، ۱۳۹۹: ۱۹۱/۵). در کتاب المآء آمده است قیری که با آن کشتی را (جهت جلوگیری از ورود آب) می‌پوشانند، «کفر» نام دارد (ازدی، ۱۳۹۳: ۱۱۱۶/۳).

دیگر کتاب‌های لغت هم به همین صورت ماده «کفر» را ترجمه کرده‌اند. با توجه به آنچه گذشت، می‌توان ادعا کرد که معنای اصلی این ماده همان پوشاندن و ستر است. اگر دو فرضیه‌ای را که در ابتدا مطرح شد، به معاجم لغوی عرضه کنیم، خواهیم دید که معنای کفر به فرضیه اول نزدیک‌تر و با آن همخوان‌تر است. بنابراین اگر کسی در برابر یکی از ضروریات دین موضعی اتخاذ نکند -چه به علت روشن نبودن مسئله برای آن شخص و چه به علت توجه نداشتن به آن موضوع-، از نظر معنای لغوی، به او کافر گفته نمی‌شود و رویکردش کفر شمرده نمی‌شود. به عبارت دیگر، با توجه به معنای لغوی، کفر ملازم با اتخاذ موضع نفی و انکار در قبال یک حقیقت یا یک امر است. روشن است که برای دریافت مفهوم شرعی واژه یا موضوعی دینی، تنها بررسی معنای لغوی کفایت نمی‌کند؛ زیرا احتمال تحقق حقیقت شرعی یا متشرعه برای آن وجود دارد. اما ثمره واکاوی مفهوم لغوی، آن است که در صورت عدم اثبات حقیقت شرعی یا متشرعه برای آن واژه یا موضوع، همان معنای لغوی بیانگر مقصود آیات و روایات خواهد بود.

۲. بررسی مفهوم کفر و کافر در فقه و کلام

دیرینه‌ترین تعریف در اختیار ما از واژه کفر، تعریفی است که سید مرتضی (۴۳۶ق.)

در کتاب رسائل خود ارائه داده است:

«هو الإنكار والتكذيب بشيء مما يجب الإقرار والتصديق به والجهل بذلك. وقيل: إنكار ما علم بالضرورة مجيء الرسول به» (سید مرتضی علم‌الهدی، ۱۴۰۵: ۲۸۰/۱)؛ کفر عبارت است از انکار و تکذیب و یا جهل به چیزی که اقرار و تصدیق به آن واجب است و گفته شده انکار آن چیزی که به آوردن آن توسط رسول قطع حاصل شده است.

نکته مهمی که در این تعریف وجود دارد، نقش جهل در تحقق کفر است. انکار و تکذیب هرچند به صورت قلبی باشد، به عنوان یک کنش شناخته می‌شوند؛ درحالی که جهل صرفاً عدم کنش محسوب می‌شود.

پس از سید مرتضی، شاگرد ایشان شیخ الطائفه (۴۶۰ ق.هـ) در تعریف کفر می‌گوید: «هو الجحود بالقلب دون اللسان مما أوجب الله تعالى عليه المعرفة به، ويعلم بدليل شرعي أنه يستحق العقاب الدائم الكثير» (طوسی، ۱۳۷۵: ۱۴۰)؛ کفر عبارت است از انکار با قلب و نه [صرفاً] زبان نسبت به اموری که خداوند متعال معرفت بدان را واجب کرده است و به دلیل شرعی، عقاب کثیر و دائم برای آن اثبات شده است.

شیخ طوسی در این عبارت، سخنی از جهل به میان نیاورده و صرفاً انکار قلبی را کفر دانسته است. اما در ادامه، عبارتی را می‌آورد که براساس آن، اخلال به معرفت خداوند متعال، توحید، عدل و انکار نبوت رسولان الهی کفر است و اخلال اعم از اعتقاد به خلاف یا شک در آن معارف دانسته شده است:

«وقد أجمعت الأمة على أن الإخلال بمعرفة الله تعالى وتوحيده وعدله وجحد نبوة رسله كفر، لا يخالف فيه إلا أصحاب المعارف الذين بيننا فساد قولهم. ولا فرق بين أن يكون شاكاً في هذه الأشياء أو يكون معتقداً لما يقدرح في حصولها، لأن الإخلال بالواجب يعم الكل» (همان)؛ امت اجماع کرده است بر اینکه اخلال به شناخت خداوند متعال و توحید، عدل و انکار نبوت رسولان کفر است. در این مسئله جز اصحاب معارف که البته فساد سخن آنان را آشکار کردیم، مخالف نیست. تفاوتی نمی‌کند شخص در این امور شک داشته باشد یا به چیزی معتقد باشد که به حصول آن‌ها اشکال وارد کند؛ زیرا اخلال به واجب همه این موارد را در بر می‌گیرد.

بنابراین شیخ طوسی و سید مرتضی در تعریف کفر با یکدیگر مشترک هستند و اختلافی بین ایشان دیده نمی‌شود.

نکته شایان توجه در عبارت شیخ طوسی، ادعای اجماع امت است و تنها اصحاب معارف را مخالف با این اجماع می‌داند. مقصود ایشان از اصحاب معارف، همان گروهی (معتزله بغداد) هستند که شناخت خداوند متعال را ضروری و غیراقتسابی می‌دانستند. آن‌ها معتقد بودند که این معارف از طریق الهام برای انسان حاصل می‌شود و نیازی به اکتساب نیست (ابن‌صلاح شرفی، ۱۴۱۱: ۱۸۷/۱).

پس از این دو، خواجه نصیرالدین طوسی (۶۷۲ق.) در تلخیص المحصل کفر را این گونه تعریف کرده است:

«الكفر عبارة عن إنكار ما علم بالضرورة مجيء الرسول به» (نصیرالدین طوسی، ۱۳۹۱: ۴۰۵).

در این تعریف، سخنی از جهل یا عدم ایمان به میان نیامده و کفر کنش سلبی در مقابل آورده رسول معرفی شده است؛ ولی سیاق این عبارت و عنوان «مسألة تعریف الکفر وخطر تکفیر المسلمین» در ابتدای باب، نشان از آن دارد که ایشان در مقام بیان تعریف کیفیت کفر مسلمان است نه تعریف مطلق کفر. اما ایشان در تجرید الاعتقاد، کفر را این گونه تعریف کرده است: «الكفر: عدم الإيمان، إمّا مع الضدّ أو بدونه» (همو، ۱۴۰۷: ۳۰۹). در این تعریف، مطلق عدم ایمان چه همراه با ضد باشد و چه بدون آن، کفر معرفی شده است. بنابراین، کفر در این تعریف همانند تعریف شیخ طوسی و سید مرتضی از فراگیری حداکثری برخوردار می شود.

پس از خواجه، ابن میثم (۶۷۹ق.) در تعریف کفر گفته است:

«الكفر هو إنكار صدق الرسول ﷺ وإنكار شيء مما علم مجيئه به بالضرورة» (ابن میثم بحرانی، ۱۴۰۶: ۱۷۱).

این تعریف نسبت به تعاریف گذشته، دایره کفر را کوچک تر کرده است. در این تعریف سخنی از جهل یا عدم ایمان به میان نیامده است؛ بلکه تنها کنش سلبی که در قالب انکار نسبت به صداقت رسول یا آورده رسول بروز کند، کفر شمرده شده است. براین اساس، اگر کسی اساساً نسبت به رسول و آورده او التفات نداشته باشد یا التفات داشته باشد، ولی نسبت به ادله ارائه شده از جانب دین و دین داران برای اثبات حقانیت دین قانع نشده باشد، کافر شمرده نمی شود.

از کتب کلامی که بگذریم، محقق حلی (۶۷۶ق.) در شرایع در ضمن بیان نجاسات، کافر را دهمین نجس معرفی می کند و در بیان ضابطه آن می گوید:

«وضابطه كل من خرج عن الإسلام أو من انتحلّه ووجد ما يعلم من الدين ضرورة
كالخوارج والغلاة» (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۴۵/۱).

براساس این تعریف، نه تنها غیرمسلمان به صورت مطلق کافر شمرده شده است، بلکه هر فرد به ظاهر مسلمانی که یکی از ضروریات دینی را انکار کند، کافر دانسته شده است. علامه حلی (۷۲۶ق.) نیز در کتاب‌های مختلف خود به تعریف کفر پرداخته است. وی در تحریر نوشته است:

«الکافر نجس وهو کلّ من جحد ما يعلم ثبوته من الدین ضرورة، سواء كانوا حربیین أو أهل کتاب أو مرتدّین وکذا الناصب والغلاة والخوارج والأقرب أنّ المجسّمة والمشبهة كذلك» (علامه حلی، بی تا: ۲۴/۱).

همچنین در **نهایة الأحکام** گفته است:

«نعنی بالکافر کلّ من خرج عن ملّة الإسلام، أو اتحلّه وجحد ما يعلم ثبوته من الدین ضرورة، سواء کان کافرًا أصليًّا أو مرتدًّا» (همو، ۱۴۱۹: ۲۷۴/۱).

و در **تذکرة الفقهاء** فرموده است:

«لا فرق بین أن یكون الکافر أصليًّا أو مرتدًّا، ولا بین أن یتدین بملّة أو لا، ولا بین المسلم إذا أنکر ما یعلم ثبوته من الدین ضرورة وبیّنة، وکذا لو اعتقد المسلم ما یعلم نفيه من الدین ضرورة» (همو، ۱۴۱۴: ۶۸/۱).

و در **قواعد آورده** است:

«وهو ما یرخرج به معتقده من دین الإسلام، سواء کان حربیًّا أو ذمیًّا أو مرتدًّا أو علی ظاهر الإسلام إذا جحد ما یعلم ثبوته من الدین ضرورة؛ کالخوارج والغلاة» (همو، ۱۳۹۸: ۳۴۳/۳).

پس از علامه، شمس الدین محمد حلی (۸۳۲ق.) در کتاب **معالم الدین** در تعریف کفر گفته است:

«وهو اعتقاد ما یرخرج عن الإسلام، أو إنکار ما علم من الدین ضرورة، ولا فرق بین الحربیّ والذمیّ والمرتدّ والخوارج والغلاة» (قطان حلی، ۱۴۲۴: ۲۸۹/۲).

دیگر کتب فقهی و کلامی نیز تعاریفی شبیه همین تعاریف ارائه کرده‌اند (جبعی

عاملی، بی تا: ۳۳۳/۹؛ همو، ۱۴۰۹: ۱۰۵؛ نجفی، ۱۳۶۲: ۴۶/۶؛ سبزواری، ۱۴۲۱: ۲۳۱؛ اصفهانی، ۱۳۸۰: ۱۰۷؛ فاضل موحدی لنگرانی، ۱۴۰۹: ۲۳۴).

۳. ویژگی‌های کفر در تعریف‌های فقهی - کلامی

در جمع‌بندی تعریف‌های پیش‌گفته درباره کفر، نکات زیر قابل اشاره است:

۱- انکار و تکذیب: این ویژگی در برخی از تعاریف فوق‌مانند تعریف سید مرتضی ذکر شده است. سید مرتضی متعلق این انکار و تکذیب را به صورت مجمل بیان کرده است؛ او انکار آنچه را که اقرار بدان واجب است، موجب کفر معرفی کرده است. در برخی تعاریف دیگر، ضروری دین به عنوان متعلق آن معرفی شده است. به هر حال انکار و تکذیب تنها می‌تواند در مورد شخصی به کار رود که به مطالبی التفات دارد؛ بدون التفات به امری تکذیب و انکار معنا ندارد.

۲- جهل: واضح است که در جهل وجود التفات لازم نیست؛ بنابراین براساس این ویژگی در تعریف کفر، اگر کسی اساساً اطلاعی از اسلام نداشته باشد نیز کافر نامیده می‌شود.

۳- شک: روشن است که شک، پس از التفات و اطلاع از موضوع متصور است؛ والا بدون التفات، شک منتفی به انتفاء موضوع است.

۴- عدم الایمان: این ویژگی باعث می‌شود که مطلق حالات عدم ایمان، اعم از شک، جهل، انکار و تکذیب، همه مشمول تعریف کفر باشند.

۵- اخلال به معارفی چون توحید، صفات خدا و نبوت: براساس این ویژگی، حتی ایجاد نقص در این معارف یعنی باور صحیح نداشتن نسبت به آنها نیز باعث قرار گرفتن ذیل تعریف کفر می‌شود.

۶- چیزی که اعتقاد به آن باعث خروج از اسلام گردد: این ویژگی را علامه در کتاب قواعد برای کفر برشمرده است. ویژگی مذکور مبهم است و نمی‌تواند ماهیت کفر را به روشنی تبیین کند.

هرکدام از این شش ویژگی، در صورتی که متعلق آنها موضوعاتی چون توحید، صفات خدا، نبوت، صداقت رسول، آورده یقینی رسول، اموری که اقرار بدانها واجب است و مانند اینها باشد، موجب کفر می‌شوند.

۴. رابطهٔ اسلام و کفر

بحث از رابطه کفر و ایمان، که آیا از جنس ملکه و عدم ملکه است یا از جنس ضدین، از مباحث مهم است؛ حال چه پای ضد سوم هم در میان باشد و چه نباشد. از برخی تعریف‌ها چنین برمی‌آید که تقابل کفر و اسلام از جنس تقابل ملکه و عدم است و از برخی دیگر به دست می‌آید که تقابل آن دو، تقابل ضدین است. در تعریف‌هایی که در آن‌ها کفر به‌عنوان عدم ایمان یا اسلام معرفی شده است، تقابل کفر و اسلام یا ایمان، تقابل عدم و ملکه است و در تعریف‌هایی که در آن‌ها، کفر به امری وجودی چون جحود، انکار، تکذیب، ایجاد خلل در معارف و مانند آن معرفی شده است، تقابل کفر و اسلام از نوع تقابل تضاد است.

برای اینکه بتوانیم درباره تقابل کفر و اسلام/ایمان داوری کرده و بدانیم تقابل آن دو از نوع تقابل عدم و ملکه است یا از نوع تضاد، و همچنین اگر تضاد است، آیا از نوع «ضدین لهما ثالث» یا «ضدین لیس لهما ثالث» است، باید ابتدا مستندات تعریف‌هایی را که برای کفر شده است، مورد بررسی قرار دهیم تا بتوانیم نوع تقابل آن دو را مشخص کنیم.

برخی عالمان ابتدا تقابل این دو را از نوع تقابل ملکه و عدم ملکه دانسته و سپس با استفاده از آیات و روایات، به تعریف کفر پرداخته‌اند؛ درحالی که تعیین نوع تقابل، متوقف بر تعریف است و نه برعکس. بنابراین ابتدا مستندات تعریف کفر را مورد بررسی قرار داده و سپس بر مبنای تعریف گزیده، نوع تقابل کفر و اسلام را مشخص می‌کنیم.

۵. بررسی مستندات تعریف کفر

اکنون جای فراز آوردن این سؤال است که مستند تعریف‌های پیش‌گفته چیست؟ با بررسی کتاب‌های فقهی و کلامی که تعریفی از کفر ارائه داده‌اند، روشن شد که موارد زیر مورد استناد قرار گرفته است:

۱-۵. اجماع

از جمله کسانی که در ضمن تعریف کفر، به مستند آن اشاره کرده‌اند، شیخ طوسی

(۴۶۰ق.) است. او در تعریف خود از عبارت «أجمعت الأمة» استفاده کرده است (طوسی، ۱۳۷۵: ۱۴۴). در عبارت ایشان، دو امر به‌عنوان معقد اجماع معرفی شده است: الف- اخلال به معرفت خدا و توحید و عدل؛ ب- انکار نبوت.

معقد اول مجمل است، حدود و ثغور اخلال مشخص نشده است و از آنجا که اجماع دلیل لیبی است، تنها می‌توان به قدر متیقن از اخلال که همان اخلال عمدی و از روی علم است، اخذ کرد. اخلال عمدی و عالمانه، بیان دیگری از همان انکار کلی یا جزئی این معارف است. افزون بر آن، این اجماع مدرکی است و نمی‌تواند به‌خودی‌خود حجت باشد. مدرک این اجماع روایاتی است که در ادامه و در بررسی مستند دوم تعریف‌ها خواهد آمد.

۲-۵. روایات

برای بررسی مستندات روایی تعریف کفر، لازم است ابتدا روایات مربوط به این حوزه را ذکر کنیم. پس از بررسی سندی و دلالتی روایات، ویژگی‌های مذکور در تعریف‌ها را به آن‌ها عرضه خواهیم کرد تا از این رهگذر، میزان اعتبار هر یک از ویژگی‌های مذکور برای کفر روشن گردد.

در میان کسانی که کفر را تعریف کرده‌اند، افراد کمی به تبیین مستندات تعریف خود پرداخته‌اند. یکی از این عالمان، آیه‌الله فاضل لنکرانی است. ایشان پس از اینکه رابطه کفر و اسلام را ملکه و عدم ملکه معرفی می‌کند، به بررسی روایاتی می‌پردازد که در آن‌ها اسلام تعریف شده است تا از طریق تعریف ملکه، معنای عدم ملکه را نیز روشن گرداند. او در این میان به روایاتی که مستقیماً کفر را معرفی کرده‌اند نیز اشاره می‌کند (فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۰۹: ۲۳۳-۲۵۰). اشکال اساسی در روش ایشان، شروع از تبیین رابطه کفر و ایمان و سپس تعریف کفر براساس آن رابطه است؛ درحالی‌که ابتدا باید تعریف را مشخص کرد تا از مسیر تعریف، رابطه کفر و ایمان نیز روشن گردد.

شایسته است ابتدا مؤلفه‌های کفر را بیان کرده و در ادامه با آوردن مستندات روایی هرکدام، به تحلیل آن‌ها بپردازیم.

۶. مؤلفه‌های کفر

مؤلفه‌های کفر براساس تعریف فقیهان و متکلمان عبارت‌اند از:

۱-۶. جحود

جحود، انکار و تکذیب، هر سه به یک حقیقت اشاره دارند. این مؤلفه در روایات

متعددی به‌عنوان ویژگی کفر بیان شده است:

۱- (مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى، عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سِنَانٍ، عَنِ ابْنِ بُكَيْرٍ، عَنْ زُرَّارَةَ، عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: «لَوْ أَنَّ الْعِبَادَ إِذَا جَهِلُوا وَقَفُوا وَلَمْ يَجْحَدُوا، لَمْ يَكْفُرُوا» (کلینی، ۱۴۲۹: ۱۴۷/۴).

سند روایت به‌دلیل وجود محمد بن سنان دارای ایراد است. نجاشی (۱۴۲۷: ۳۲۸) و شیخ طوسی (۱۴۲۸: ۳۶۴) او را ضعیف دانسته‌اند. کشی روایتی را نقل کرده است که دلالت بر مدح او می‌کند (طوسی، ۱۴۰۹: ۵۰۲). همو نیز گزارش‌ها و روایت‌هایی در مذمت وی دارد (همان: ۳۲۲) و همچنین گزارش‌هایی که نشان می‌دهد در دوره‌ای دچار انحراف شده و بعد به مسیر درست بازگشته است (همان: ۵۰۳ و ۵۰۸). درباره توثیق وی، در میان متأخران نیز اختلاف است؛ برخی مانند محقق خویی (مرتضی، ۱۴۲۶: ۳۱۹/۲)، حدیث او را غیرقابل اعتماد دانسته و برخی نیز به او اعتماد کرده‌اند (نمازی شاهرودی، ۱۴۱۴: ۱۲۴/۷). به‌هرحال، اعتبار سند روایت براساس مبانی مختلف، متفاوت است.

بر پایه این روایت، کفر بدون انکار محقق نمی‌شود. این بدان معناست که قوام کفر به انکار است. برخی از اهل لغت، جحد را به انکار از روی علم ترجمه کرده‌اند (ابن‌فارس، ۱۳۹۹: ۴۲۶/۱؛ راغب اصفهانی، ۱۳۷۶: ۱۸۷؛ ابوهلال عسکری، ۱۴۰۰: ۳۷). اگر این معنا از جحد را بپذیریم و آن را مطلق انکار ندانیم، در آن صورت مقوم کفر، انکار از روی علم و همراه با عناد خواهد بود. به نظر می‌رسد چنین معنایی دست‌کم در این روایت درست نباشد؛ زیرا منطوق روایت آن است که اگر بندگان خدا در صورت جهل توقف کرده و انکار نکنند، کافر نمی‌شوند، طبعاً مفهوم روایت آن است که اگر بندگان خدا هنگام جهل توقف نکرده و انکار کنند، کافر می‌شوند. بنابراین، انکار اعم از آنکه از روی علم باشد یا از روی جهل، مساوی با کفر است.

به‌رحال این روایت با روایاتی که صرف شک را مساوی با کفر معرفی کرده یا روایاتی که به ظاهر اولیه خود، صرف ترک یک عمل را کفر انگاشته‌اند، ناسازگار است. به‌رغم اشکال سندی روایت، نقطه قوت آن تناسب معنای ارائه‌شده با معنایی است که کتاب‌های لغت از ماده «کفر» ارائه کرده‌اند.

فاضل لنکرانی از زبان برخی از اعلام نقل کرده که مقصود از عباد در روایت، مسلمانان هستند. او می‌گوید نمی‌توان غیرمسلمان را مصداق عباد دانست؛ چون عدم کفر ایشان معنا ندارد. البته ایشان نیز در مقابل این تفسیر موضع‌گیری نکرده است که می‌تواند حاکی از پذیرش این نکته باشد (فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۰۹: ۲۴۲). چه محقق لنکرانی خود به این مسئله معتقد باشد و چه تنها از زبان دیگران آن را نقل کرده باشد، این تفسیر دچار اشکال است. این تفسیر بر این پیش‌فرض استوار است که عباد تنها مسلمانان را شامل می‌شود و غیرمسلمانان را در بر نمی‌گیرد؛ درحالی‌که با نگاهی گسترده‌تر، این واژه می‌تواند همه بندگان خدا را شامل شود. بنابراین اگر «کفر» امری وجودی باشد که با جحود محقق می‌شود، تنها غیرمسلمانی که ملتفت به اسلام شده و آن را انکار کرده است (با شرایطی که برای انکار گفته شد)، کافر نامیده خواهد شد.

۲- «عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنِ الْعَبَّاسِ بْنِ مَعْرُوفٍ عَنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي نَجْرَانَ عَنْ حَمَّادِ بْنِ عُمَانَ عَنْ عَبْدِ الرَّحِيمِ الْقَصِيرِ قَالَ: ... وَلَا يُخْرِجُهُ إِلَى الْكُفْرِ إِلَّا الْجُحُودُ وَالِاسْتِحْلَالُ أَنْ يَقُولَ لِلْحَلَالِ هَذَا حَرَامٌ وَلِلْحَرَامِ هَذَا حَلَالٌ، وَدَانَ بِذَلِكَ فَعِنْدَهَا يَكُونُ خَارِجًا مِنَ الْإِسْلَامِ وَالْإِيمَانِ، دَاخِلًا فِي الْكُفْرِ، وَكَانَ بِمَنْزِلَةِ مَنْ دَخَلَ الْحَرَمَ ثُمَّ دَخَلَ الْكُعْبَةَ وَأَحَدَتْ فِي الْكُعْبَةِ حَدَّثًا فَأُخْرِجَ عَنِ الْكُعْبَةِ وَعَنِ الْحَرَمِ فَضُرِبَتْ عُنُقُهُ وَصَارَ إِلَى النَّارِ» (کلبینی، ۱۴۲۹: ۷۶/۳).

راوی مباشر روایت، عبدالرحیم القصیر، بین عبدالرحیم بن روح القصیر و عبدالرحیم بن عتیک القصیر مشترک است که شرح حال هیچ‌کدام در کتاب‌های رجالی نیامده است؛ بنابراین، روایت در اصطلاح ضعیف شمرده می‌شود. از نظر دلالت، پس از ارائه تعریف روشنی از ایمان، روایت در ادامه، چگونگی ورود شخص مسلمان به وادی کفر را تبیین می‌کند که عبارت از انکار و استحلال است. بنابراین این روایت نیز مانند روایت قبل، انکار را مؤلفه اساسی کفر می‌داند؛ هرچند این روایت ویژگی استحلال را

نیز به انکار افزوده و این دو را سبب کفر معرفی کرده است.

۳- «مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى، عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ، عَنِ ابْنِ مَجْبُوبٍ، عَنْ أَبِي أَيُّوبَ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ، قَالَ: سَمِعْتُ أَبَا جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ يَقُولُ: «كُلُّ شَيْءٍ يَجْرُهُ الْإِقْرَارُ وَالْتِسْلِيمُ فَهُوَ الْإِيمَانُ، وَكُلُّ شَيْءٍ يَجْرُهُ الْإِنْكَارُ وَالْجُحُودُ فَهُوَ الْكُفْرُ» (همان: ۱۴۶/۴).

افراد حاضر در سند روایت، همه در زمره اجلاء قرار دارند و روایت از جهت سند، صحیح اعلایی محسوب می‌شود. براساس حدیث فوق، هر عمل یا صفت یا حالتی که زائیده اقرار و تسلیم باشد ایمان، و هرآنچه زائیده انکار باشد کفر دانسته شده است. بنابراین انکار و جحود، دست‌کم یکی از مؤلفه‌های اساسی کفر و یا حتی می‌توان گفت علت مستقل برای تحقق کفر است.

بر پایه این روایات و روایات دیگری که به دلیل رعایت اختصار از ذکر آن‌ها پرهیز می‌کنیم، جحود و انکار مؤلفه قطعی کفر دانسته شده است.

۶-۲. جهل

در برخی از تعریف‌هایی که گذشت مانند تعریف سید مرتضی، جهل به آنچه تصدیق به آن واجب است، موجب ورود به وادی کفر دانسته شده بود. برای ذکر این مؤلفه در زمره ویژگی‌های کفر نه تنها شاهی در روایات وجود ندارد، بلکه در برخی از روایات، اشاراتی نسبت به اینکه جهل در تحقق ماهیت کفر دخالت ندارد، دیده می‌شود؛ به‌عنوان نمونه، در روایت زراره که پیش از این یاد شد، آمده است:

«مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى، عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سِنَانٍ، عَنِ ابْنِ بُكَيْرٍ، عَنْ زُرَّارَةَ: عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: «لَوْ أَنَّ الْعِبَادَ إِذَا جَهِلُوا وَقَفُوا وَلَمْ يَجْحَدُوا، لَمْ يَكْفُرُوا» (همان: ۱۴۷/۴).

این روایت به‌وضوح نشان می‌دهد که صرف جهل نمی‌تواند پدیدآور صفت کفر باشد.

۶-۳. شک

بنابر پاره‌ای تعاریف مانند تعریف شیخ طوسی، کسی که در معارفی چون توحید، صفات خدا و نبوت نبی مکرم شک داشته باشد، کافر شمرده می‌شود. برای حضور این مؤلفه در تعریف کافر می‌توان به روایاتی چند استناد کرد:

۱- «مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى، عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى، عَنِ ابْنِ مَجْبُوبٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ: عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: "مَنْ شَكَ فِي اللَّهِ وَفِي رَسُولِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ فَهُوَ كَافِرٌ"» (همان: ۱۴۴/۴).

سند روایت در اعلا درجه اعتبار است و در وثاقت رجال سند تردیدی نیست. روایت، شک در خدا و رسول را کفر انگاشته است. روشن است شک در خدا و یقین به رسول معنا ندارد؛ اما باور به خدا و شک در رسول ممکن است رخ دهد. به هر حال این روایت تنها حالتی را در بر می گیرد که در خدا و رسول شک حاصل شود. شک در خدا، شک در وجود او و شک در رسول، شک در رسالت اوست. روایت از جهت دلالت واضح است و ابهامی ندارد.

۲- «عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ صَفْوَانَ، عَنْ مَنْصُورِ بْنِ حَازِمٍ، قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: مَنْ شَكَ فِي رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ؟ قَالَ: "كَافِرٌ". قُلْتُ: فَمَنْ شَكَ فِي كُفْرِ السَّائِكِ، فَهُوَ كَافِرٌ؟ فَأَمْسَكَ عَنِّي، فَردَّدْتُ عَلَيْهِ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ، فَأَسْتَبْتُ فِي وَجْهِهِ الْعَصَبُ» (همان).

روایت از نظر سندی، بنا بر مبانی مشهور معتبر است و اشکالی در آن نیست. براساس این روایت، شک در رسول مساوی با کفر دانسته شده است. علاوه بر این، کسی که در کفر چنین شخصی شک داشته باشد نیز کافر شمرده شده است.

نکته مهم در این روایت و روایت عبدالله بن سنان این است که هرچند فرد تنها شک داشته باشد و انکار هم نکند، کافر شمرده می شود. کفر در این دو روایت از معنای لغوی خود که پوشاندن یک شیء، انکار آن یا نافرمانی و عصیان است، خارج شده است؛ یعنی به محض ایجاد شک در ذهن نسبت به وجود خدا و رسالت نبی مکرم صلی الله علیه و آله، فرد وارد وادی کفر می شود و انکار یا عدم انکار، عصیان و عدم عصیان در ورود او به وادی کفر نقشی ندارد.

منصور بن حازم نیز که گویا در این معنا شک داشته است، سؤال خود را تکرار کرده و با غضب امام روبه رو شده است و این نشان از استواری این حکم و عدم تقلید آن دارد. در مقابل این دو روایت، روایات مخالفی نیز وجود دارند که بر پایه آنها، شک تا زمانی که با انکار همراه نشود، موجب کفر نمی شود؛ به عنوان نمونه می توان به روایات زیر اشاره کرد:

۱- روایت عبدالرحیم القصیر که پیش از این ذکرش گذشت و در آن آمده بوده: «وَلَا يُخْرِجُهُ إِلَى الْكُفْرِ إِلَّا الْجُحُودُ وَالِاسْتِحْلَالُ». روشن است که بر پایه حصر در این روایت، تنها انکار و استحلال موجب کفر است؛ درحالی که در روایات مورد بحث، صرف شک محقق کننده کفر دانسته شده است.

۲- بر پایه روایت زراره، صرف جهل بدون انکار موجب کفر نمی شود: «لَوْ أَنَّ الْعِبَادَ إِذَا جَهِلُوا وَقَفُوا وَلَمْ يَجْحَدُوا، لَمْ يَكْفُرُوا». از آنجا که شک (حالت تردید) از مصادیق جهل شمرده می شود، می توان گفت براساس این روایت نیز شک با کفر یکسان نیست.

۳- «عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ خَالِدٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ خَلْفِ بْنِ حَمَادٍ عَنْ أَبِي أَيُّوبَ الْخَزَّازِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ قَالَ: كُنْتُ عِنْدَ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَنِ النَّبِيِّ جَالِسًا عَنْ يَسَارِهِ وَزُرَّارَةَ عَنْ يَمِينِهِ، فَدَخَلَ عَلَيْهِ أَبُو بَصِيرٍ فَقَالَ: يَا أَبَا عَبْدِ اللَّهِ! مَا تَقُولُ فِيمَنْ شَكَّ فِي اللَّهِ؟ فَقَالَ: كَافِرٌ يَا أَبَا مُحَمَّدٍ! قَالَ: فَشَكَّ فِي رَسُولِ اللَّهِ؟ فَقَالَ: كَافِرٌ. قَالَ: ثُمَّ أَلْتَقَيْتَ إِلَى زُرَّارَةَ فَقَالَ: إِنَّمَا يَكْفُرُ إِذَا جَحَدَ» (همان: ۳۹۹/۲). روشن است که در این روایت نیز شک آنگاه موجب کفر می شود که همراه با انکار باشد.

بنابراین، روایاتی که بر تساوی شک با کفر دلالت دارند، دارای معارض هستند و برای رسیدن به نتیجه، نیازمند به کارگیری قواعد باب تعادل و ترجیح هستیم. با توجه به اینکه در برخی روایات، جحود تمام ماهیت کفر دانسته شده و از طرف دیگر تنها در دو روایت صرف شک سبب ایجاد کفر دانسته شده است، ترجیح با روایاتی است که علاوه بر حضور مؤلفه شک، حضور مؤلفه جحود را هم برای تحقق کفر لازم دانسته اند؛ به ویژه آنکه جحد و انکار با معنای لغوی کفر نیز هماهنگ است، درحالی که شک با مفهوم لغوی کفر مناسبت ندارد.

۴-۶. عدم ایمان

همان طور که پیش از این گذشت، در برخی از تعریف ها مانند تعریف خواجه در تجرید الاعتقاد، کفر به عدم ایمان تعریف شده بود. با جست و جویی که در روایات انجام گرفت، موردی که مطلق عدم ایمان را کفر بدانند، یافت نشد؛ بلکه عباراتی در برخی روایاتی وجود دارد که نشان می دهد مطلق عدم ایمان را نمی توان کفر نامید.

به عنوان نمونه به یکی از این روایات اشاره می شود:

«عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَيْسَى بْنِ عُبَيْدٍ، عَنْ يُونُسَ، عَنْ حَمَادٍ، عَنْ حَمْرَةَ بْنِ الطَّيَّارِ، قَالَ: قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «النَّاسُ عَلَى سِتِّ فِرَقٍ -يُؤُولُونَ كُلُّهُمْ إِلَى ثَلَاثِ فِرَقٍ-: الْإِيمَانِ، وَالْكَفْرِ، وَالضَّلَالِ وَهُمْ أَهْلُ الْوَعْدَيْنِ الَّذِينَ وَعَدَهُمُ اللَّهُ الْجَنَّةَ وَالنَّارَ: الْمُؤْمِنُونَ، وَالْكَافِرُونَ، وَالْمُسْتَضْعَفُونَ، وَالْمُرْجُونَ لِأَمْرِ اللَّهِ» (إِمَّا يُعَذِّبُهُمْ وَإِمَّا يَتُوبُ عَلَيْهِمْ)، وَالْمُعْتَرِفُونَ بِذُنُوبِهِمْ» (خَلَطُوا عَمَلًا صَالِحًا وَآخَرَ سَيِّئًا)، وَأَهْلُ الْأَعْرَافِ» (همان: ۱۲۴/۴).

سند روایت لا اقل به دلیل وجود حمزه بن الطیّار ضعیف است. اما از جهت دلالت روشن است که مردم را به شش گروه تقسیم می کند که نهایتاً به سه گروه برمی گردند. تقسیم ایمان و عدم ایمان و تساوی عدم ایمان با کفر یک تقسیم دوگانه است، اما در روایت، از گروه سوم هم نام برده شده است. بنابراین تعریف کفر به عدم ایمان نه تنها مستند محکمی ندارد، بلکه برخی از روایات در مقابل آن قرار دارند.

۵-۶. اخلال به معارفی چون توحید و عدل

مؤلفه اخلال از لحاظ معنا و متعلق آن مبهم است. اخلال چیست و آیا مطلق اخلال به معارف موجب کفر می شود؟ برای داوری درباره دخالت این مؤلفه در کفر باید ابهام برطرف شود. در هر صورت، روایتی که در آن اخلال به معارف موجب کفر دانسته شود، یافت نشد. به احتمال زیاد، این ویژگی یک مؤلفه انتزاعی است. به عبارت دیگر، شیخ طوسی نقص های شناختی را که موجب کفر می شوند، مدنظر قرار داده و به جای ذکر تک تک آن ها از این واژه استفاده کرده است. اگر این فرضیه درست باشد، باز هم این ویژگی قابل ارزیابی نیست؛ زیرا روشن نیست که دقیقاً چه نقص هایی مدنظر شیخ بوده است که از آن ها با این واژه یاد کرده است.

۶-۶. اعتقاد به موجبات خروج از اسلام

از آنجا که هدف از تعریف کفر، مشخص کردن ماهیت کفر و بیان شفاف همه مؤلفه های دخیل در تحقق مفهوم آن است، تعریف آن به عنوان انتزاعی مانند «اعتقاد به چیزی که باعث خروج از اسلام می شود»، نه تنها ماهیت آن را روشن نمی کند، بلکه

باعث ابهام بیشتر می‌شود. البته شاید گفته شود لازمه این تعریف، آن است که هرکسی که خارج از اسلام باشد، کافر نام می‌گیرد. به عبارت دیگر، این تعریف به مثابه تعریف کفر به همان عدم ایمان است که پیش از این، نقد آن گذشت.

نتیجه‌گیری

بنابر آنچه گذشت، نتایج این نوشته را می‌توان در موارد زیر خلاصه کرد:

- ۱- مؤلفه جحود و انکار تنها مؤلفه‌ای است که از مستندات استوار و قوی برخوردار است؛ هرچند متعلق آن برای روشن‌تر شدن نیازمند تحقیق و پژوهش بیشتر است.
- ۲- دومین مؤلفه‌ای که برای کفر برشمرده شد، یعنی شک، هرچند مستند به برخی روایات است، اما دارای معارض است و بر مبنای حجیت خبر اطمینانی، معتبر نیست.
- ۳- تعریف کفر به عدم ایمان به صورت مطلق نه تنها مستند روایی ندارد، بلکه دلیل مخالف روایی هم دارد.
- ۴- ویژگی جهل نیز نه تنها مستندی ندارد، بلکه دلیل روایی مخالف هم دارد و ویژگی اخلال به توحید و عدل و اعتقاد به آنچه موجب خروج از دین اسلام می‌شود نیز دارای ابهام است و در نتیجه قابل ارزیابی نیستند.
- ۵- بر پایه معنای لغوی و نیز تعریف‌های فقیهان و متکلمان که مستند به روایات است، کفر کنشی فعالانه (انکار) در قبال یک امر است نه صرف عدم کنش؛ بنابراین کسی که در قبال دین موضع‌گیری نکرده است، چه بدان جهت که امر در نظرش مشتبّه بوده و چه بدان دلیل که اساساً دین به او عرضه نشده است، کافر نام ندارد؛ هرچند مؤمن یا مسلمان نیز شمرده نمی‌شود.

فهرست منابع

۱. ابن درید ازدی، ابوبکر محمد بن حسن، *جمهرة اللغة*، بیروت، دار العلم للملایین، ۱۹۸۷م.
۲. ابن صلاح شرفی، احمد بن محمد، *شرح الاساس الكبير؛ شفاء صدور الناس بشرح الاساس*، تحقیق احمد عطاء الله عارف، یمن، دار الحکمة الیمنیه، ۱۴۱۱ق.
۳. ابن فارس، ابوالحسن احمد، *معجم مقاییس اللغة*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۹۹ق.
۴. ابن میثم بحرانی، کمال الدین میثم بن علی، *قواعد المرام فی علم الکلام*، چاپ دوم، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ق.
۵. ابوهلال عسکری، حسن بن عبدالله، *الفروق فی اللغة*، بیروت، دار الآفاق الجدیده، ۱۴۰۰ق.
۶. ازدی، ابو محمد عبدالله بن محمد، *کتاب الماء (لغت نامه جامع پزشکی)*، تهران، دانشگاه علوم پزشکی ایران، ۱۳۹۳ش.
۷. ازهری، ابومنصور محمد بن احمد، *تهذیب اللغة*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۸. اصفهانی، سید ابوالحسن، *وسيلة النجاة (مع تعالیک الامام الخمينی)*، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۸۰ش.
۹. جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، *حقائق الايمان مع رسالتی الاقتصاد والعدالة*، تحقیق مهدی رجائی، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۹ق.
۱۰. راغب اصفهانی، ابوالقاسم حسین بن محمد، *مفردات الفاظ القرآن*، تهران، مرتضوی، ۱۳۷۶ش.
۱۱. سبزواری، مولی هادی بن مهدی، *شرح نبراس الهدی فی احکام الفقه و اسرارها - ارجوزة فی الفقه*، تحقیق محسن بیدارفر، قم، بیدار، ۱۴۲۱ق.
۱۲. سید مرتضی علم الهدی، ابوالقاسم علی بن حسین موسوی، *رسائل الشریف المرتضی*، تحقیق مهدی رجایی، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۰۵ق.
۱۳. شیانی، ابوعمر و اسحاق بن مرار، *کتاب الجیم*، مقدمه و تحقیق ابراهیم ایبازی، قاهره، الهيئة العامة لشئون المطابع الامیریة، ۱۳۹۴ق.
۱۴. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *اختیار معرفة الرجال المعروف برجال الکشی*، مشهد، دانشگاه مشهد، ۱۴۰۹ق.
۱۵. همو، *الاقتصاد الهادی الی طریق الرشاد*، تهران، کتابخانه جامع چهل ستون، ۱۳۷۵ق.
۱۶. همو، *رجال الطوسی*، چاپ چهارم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۸ق.
۱۷. علامه حلّی، ابومنصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه*، چاپ سنگی، مشهد، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، بی تا.
۱۸. همو، *تذکرة الفقهاء*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۴ق.
۱۹. همو، *قواعد الاحکام فی معرفة الحلال والحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۹۸ش.
۲۰. همو، *نهاية الإحکام فی معرفة الأحکام*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۹ق.
۲۱. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، *تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسيلة - النجاسات و احکامها*، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۰۹ق.
۲۲. فراهیدی، ابوعبدالرحمن خلیل بن احمد، *کتاب العین*، تحقیق مهدی مخزومی و ابراهیم سامرائی، چاپ دوم، قم، هجرت، ۱۴۰۹ق.
۲۳. قطان حلّی، شمس الدین محمد بن شجاع، *معالم الدین فی فقه آل یاسین*، تحقیق ابراهیم بهادری، قم،

مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۴ق.

۲۴. کلینی رازی، ابوجعفر محمد بن یعقوب بن اسحاق، *الکافی*، قم، دار الحديث، ۱۴۲۹ق.

۲۵. محقق حلّی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.

۲۶. مرتضی، سید بسام، *زبدة المقال من معجم الرجال*، بیروت، دار المحجة البيضاء، ۱۴۲۶ق.

۲۷. نجاشی، ابوالعباس احمد بن علی بن احمد بن عباس، *فهرست اسماء مصنفی الشیعه (رجال النجاشی)*، چاپ هشتم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۷ق.

۲۸. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۳۶۲ش.

۲۹. نصیرالدین طوسی، محمد بن محمد، *تجرید الاعتقاد*، تهران، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۷ق.

۳۰. همو، *تلخیص المحصل المعروف بتقد المحصل*، اصفهان، مؤسسه تحقیقات و نشر معارف اهل بیت علیهم السلام، ۱۳۹۱ش.

۳۱. نمازی شاهرودی، علی، *مستدرکات علم رجال الحديث*، تهران، نشر فرزند مؤلف، ۱۴۱۴ق.

نقش ماهیت وکالت در بازشناسی مصادیق متمایز آن در قانون مدنی*

- محمدمهدی عزیزاللهی^۱
- سیدمهدی دادمرزی^۲
- علی جوادیه^۳✉

چکیده

اگرچه مواد ۶۵۶ و ۶۵۷ قانون مدنی به عقد بودن وکالت حکم کرده‌اند، اما مفاد مواد ۶۸۰ و ۶۸۱ را می‌توان متعارض با عقد بودن وکالت دانست. علت تعارض در مواد مذکور را می‌توان در عدم تبیین ماهیت نهاد وکالت جستجو کرد. با بررسی آراء موجود می‌توان دریافت که تمامی ماهیت‌های حقوقی ممکن به نهاد وکالت نسبت داده شده است. برخی آن را عقد، عده‌ای آن را ایقاع، قائلی آن را چیزی میان عقد و ایقاع، و دیدگاهی آن را ایقاع مرکب دانسته است. همچنین برخی وکالت را از زمره اعمال حقوقی خارج و آن را واقعه حقوقی به شمار

* تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۳/۲۸ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۴/۱۸.

۱. استادیار حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه قم (mm.azizollahi@qom.ac.ir).

۲. دانشیار حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه قم (dadmarzism@yahoo.com).

۳. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه قم (نویسنده مسئول)
(ali.javadih@gmail.com).

آورده‌اند. در نوشتار حاضر، این نظر حاصل شد که هریک از صاحبان دیدگاه‌های فوق، به وجهی از وکالت نظر انداخته و آن مصداق را به‌عنوان ماهیت وکالت انتخاب کرده‌اند؛ حال آنکه به نظر می‌رسد وکالت دارای قدر جامعی است که می‌تواند مصادیق عقدی، ایقاعی و حتی مصداق غیرانشایی را در خود جای دهد. براین اساس می‌توان وکالت را دارای معنای واحدی دانست که مصادیق متعددی دارد. تعارض میان مواد قانون مدنی درخصوص وکالت از این طریق قابل حل، و مصادیق مختلفی از وکالت در قانون قابل شناسایی خواهد بود.

واژگان کلیدی: وکالت، ماده ۶۸۱ قانون مدنی، عمل حقوقی، واقعه حقوقی، وکالت قانونی.

مقدمه

با وجود صراحت قانونی در ماده ۶۵۶ قانون مدنی مبنی بر عقد بودن وکالت، ماهیت این نهاد حقوقی همچنان مورد اختلاف است. وجود قرائنی همچون مورد ماده ۶۸۱ این قانون، به‌نوبه خود به این اختلاف دامن می‌زند. این ماده بیان می‌دارد بعد از استعفای وکیل مادامی که معلوم است موکل به اذن خود باقی است، می‌تواند در آنچه وکالت داشته، اقدام نماید. با توجه به آنکه مطابق ماده ۶۷۸ قانون مدنی، وکالت جزء عقود جائز بوده، به‌صرف استعفای وکیل، عقد منفسخ شده و دیگر عقد وکالتی باقی نمی‌ماند که در فرض بقای اذن موکل، وکیل به مورد وکالت عمل نماید، اما حکم ماده مذکور، وکالت را به‌سان ایقاعی (اذن) در نظر گرفته است که حیات و ممات آن وابسته به اذن است؛ نه مأذون به‌عنوان وکیل.

اختلافی که درخصوص وکالت وجود دارد، در دو ساحت قابل بررسی خواهد بود: نخست نحوه تشکیل وکالت، و دوم جوهره و ذات نهاد وکالت. درخصوص نحوه شکل‌گیری وکالت، اختلاف حول نوع عمل حقوقی شکل گرفته است. عده‌ای آن را عقد دانسته و برخی دیگر آن را جزو ایقاعات آورده‌اند. دراین خصوص حقوق‌دانانی همچون جعفری لنگرودی ضمن تلقی وکالت به‌عنوان عمل حقوقی، نه آن را جزء عقود دانسته و نه ایقاع بودن آن را پذیرفته است؛ بلکه ابراز داشته است که وکالت، شق سومی از اعمال حقوقی است و آن را ماهیت ثالثه نامیده است. در کنار فروض فوق، همچنین

می‌توان مصداقی را متصور بود که از دایره اعمال حقوقی خارج شده و ذیل واقعه حقوقی قرار گرفته باشد.

تفاوتی که در ساحت دوم وجود دارد و شاید بتوان به‌نحوی آن را فرع بر ساحت نخست دانست، اذن و یا عهدی تلقی کردن ماهیت وکالت است. به‌سان ساحت نخست نیز در این اختلاف، عده‌ای بر این باورند که وکالت عقدی عهدی است و در مقابل، برخی جوهره وکالت را اذن دانسته‌اند.

صرف نظر از تفاوت موجود در آراء اندیشمندان، رویه عملی به‌خصوص در دفاتر اسناد رسمی نیز قابل ملاحظه است. در دفاتر اسناد رسمی درخصوص برخی از انواع اعطای وکالت، مانند تنظیم وکالت کاری برای وکیل به‌عنوان خریدار خودرو جهت انجام امور مربوط به تعویض پلاک و انتقال مالکیت، حضور وکیل را لازم ندانسته و صرفاً وجود اراده موکل (فروشنده) را مکفی دانسته‌اند. از این رو در این نوع وکالت‌ها در سند تنظیم شده، صرفاً امضا و اثر انگشت موکل موجود می‌باشد؛ برخلاف وکالت تنظیم شده جهت نقل و انتقالات غیرمنقول که در این نوع از وکالت، ابراز اراده وکیل و موکل (به‌عنوان خریدار و فروشنده) لازم دانسته شده است.

در این نوشتار، ضمن بررسی ماهیت وکالت در پی پاسخ به آن هستیم که آیا وکالت می‌تواند دارای مصادیق مختلف باشد و یا صرفاً منحصر در یک مصداق مشخص است. به بیان دیگر، آیا می‌توان میان نظریات مختلف اندیشمندان درخصوص ماهیت وکالت، اجماعی ایجاد نمود و یا لاجرم بایستی یکی را برگزید. به تبع نوع پاسخ به این سؤال، نحوه تشکیل و جوهره وکالت متغیر خواهد بود که در این نوشتار مورد مطالعه قرار خواهد گرفت.

مهم‌ترین پژوهش فقهی صورت گرفته در این خصوص را می‌توان منسوب به سیدمحمدکاظم یزدی در عروه دانست. وی اگرچه قائل به ایقاع بودن وکالت است، اما برخلاف نظر مشهور، وجود مصداق دیگری (مصداق عقدی) برای وکالت را ممکن دانسته است. در میان تألیفات حقوقی نیز چنین نظری قابل مشاهده است؛ به‌عنوان مثال، در مقاله‌ای با عنوان «مطالعه تطبیقی ماهیت جعاله در فقه امامیه» ضمن توضیحات تفصیلی درخصوص وجود مصادیق متعدد برای جعاله، به وجود چنین مصادیقی برای وکالت نیز

اشاره شده است. به‌طورکلی آنچه درخصوص موضوع نوشتار حاضر در آثار پژوهشی قابل رؤیت است، اشاره به وجود دو مصداق (اغلب عقدی و ایقاعی) برای وکالت است. وجه متمایز پژوهش پیش رو، بررسی قابلیت وکالت در این زمینه است. باید مشخص شود وکالت چه ظرفیتی دارد که می‌تواند مصداق مختلف را در خود جای دهد و قانون مدنی ایران تا چه اندازه این قابلیت را به رسمیت شناخته است.

در این نوشتار در جهت یافتن پاسخ به پرسش اساسی مطرح‌شده درخصوص وکالت و سایر سؤالات مطروحه، ابتدا این نهاد از مفاهیم مشابه بازشناسی و پس از آن به آراء مختلف ارائه‌شده درخصوص ماهیت وکالت و نظریه مختار نویسندگان پرداخته خواهد شد.

۱. مفهوم لغوی و اصطلاحی وکالت

ازلحاظ لغوی، وکالت را می‌توان اعتماد کردن به غیرخود و نایب قرار دادن دیگری از جانب خود دانست (راغب اصفهانی، *المفردات فی غریب القرآن*، به نقل از: سلطان‌قیس، ۱۳۹۵: ۱۵). همچنین می‌توان تفویض و واگذاری امر به دیگری را به معانی فوق افزود (عمید، ۱۳۶۳: ۲۴۶۶/۳). با بررسی مفهوم اصطلاحی وکالت در فقه و حقوق که در ذیل به آن اشاره خواهد شد، مشخص می‌گردد که معنای اصطلاحی این واژه بسیار نزدیک به معنای لغوی آن است.

حقوق‌دانی در تعریف وکالت بیان داشته است که وکالت شخصی از جانب شخص دیگر (چه حقیقی و چه حقوقی)، به این معناست که وکیل، مأمور به انجام کاری شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۷: ۷۵۲). نویسنده دیگری می‌گوید اگرچه برخی وکالت را اعطای نوعی سلطنت به دیگری می‌دانند، لکن اساس ماهیت وکالت اعطای نیابت به دیگری می‌باشد (کاتوزیان، ۱۴۰۱: ۱۰۷/۴).

مشهور فقها در تعریف وکالت اغلب از عبارت «استنابة فی التصرف» استفاده کرده‌اند (جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۲۳۷/۵؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۱۷۷/۸؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۷۷: ۳۶۵/۶؛ طباطبایی حکیم، ۱۳۷۴: ۸۷/۱). نکته قابل ملاحظه آنکه مطابق با نظر برخی همچون سید یزدی، نفس و حقیقت وکالت استنابه در تصرف است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۱۱۹). این در حالی است که حقیقت و دبیعه، عاریه، مضاربه و امثال آن، استنابه نیست؛ چراکه در

ودیعه چاره‌ای نیست جز اینکه مستودع جهت حفظ مال، نایب مالک در مال باشد و همچنین عامل و مستعیر ناچارند جهت به کاراندازی سرمایه و بهره‌برداری از عین معاره، نایب مالک باشند (محقق داماد، ۱۳۹۲: ۲).

به نظر می‌رسد تعریف ماده ۶۵۶ قانون مدنی از وکالت نیز برگرفته از همین تعریف است. در این ماده، وکالت به عنوان عقدی معرفی شده است که به موجب آن، یکی از طرفین طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود می‌نماید.

۲. وکالت و مفاهیم مشابه

اگرچه مفهوم وکالت که اعطای نیابت به دیگری است، تا حدی واضح و روشن است، اما وجود مفاهیم مشابه گاه سبب می‌شود شناسایی این ماهیت با مشکل مواجه شود. ذیلاً به نهادهای مشابهی که بیشترین التقاط معنایی با وکالت را دارند، اشاره می‌شود.

۱-۲. نمایندگی

نمایندگی عنوان عامی در حقوق ایران است که مصادیق مختلفی همچون وکالت، ولایت و... را در خود جای داده است. در نمایندگی، شخص نماینده می‌تواند از طرف شخصی دیگر و به نام او، اعمال حقوقی و یا اعمال مادی واجد اثر حقوقی را انجام دهد؛ به صورتی که آثار آن اعمال بر شخص اصیل (اعطاکننده نمایندگی) مترتب شود (قنوتی، ۱۳۸۰: ۲۳). کاتوزیان با استنباط از مواد ۶۵۶ و ۶۷۴ مدنی بیان داشته است در نمایندگی، نماینده به نام و حساب اصیل در انعقاد قراردادی شرکت کرده و تمام آثار قرارداد دامن‌گیر اصیل خواهد شد (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۶۲/۲). وجه مشترک تعاریف مذکور و سایر تعاریف ارائه‌شده درخصوص نمایندگی آن است که نماینده -فارغ از آنکه به چه نحو به این سمت منصوب شده باشد- می‌تواند به جای شخصی دیگر اعمال اراده نماید؛ با این توضیح که تعهدات حاصل از اعمال نماینده -به شرط رعایت حدود نمایندگی- متوجه شخص اصیل گردد (همو، ۱۳۹۱ الف: ۱۷۳). در این خصوص اشاره می‌گردد که نماینده می‌تواند حاصل از انتصاب قانونگذار باشد و یا از طریق مقام قضایی به این سمت منصوب شده باشد که به ترتیب به نمایندگی قانونی و قضایی شهرت یافته‌اند.

با عنایت به ماده ۶۵۶ قانون مدنی، در صورتی که نمایندگی حاصل عقد وکالت باشد، به‌عنوان نمایندگی قراردادی شناخته می‌شود (همو، ۱۳۹۴: ۶۳/۲).

از این رو با توجه به آنچه گفته شد، می‌توان بیان داشت که وکالت نیز نوعی نمایندگی است که از طریق عقد میان وکیل و موکل حاصل می‌شود (قنوتی، ۱۳۸۰: ۶۸) و از این رو می‌توان رابطه نمایندگی و وکالت را عموم و خصوص مطلق فرض نمود و نمایندگی را مفهومی اعم از وکالت دانست.

۲-۲. قائم‌مقامی

قائم‌مقام کسی است که به‌طور مستقیم یا به‌وسیله نماینده خود در بستن قرارداد شرکت نداشته، ولی به‌سبب انتقال حقی از دارایی یکی از دو طرف به او، از عقد متأثر می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۱ الف: ۱۷۴) و برای آن، دو مصداق عام و خاص قابل شناسایی است (فرج‌زاده و ایران‌منش، ۱۳۹۶: ۱۷۷). در قائم‌مقامی عام، تمامی حقوق و تعهدات به قائم‌مقام منتقل می‌شود؛ حال آنکه در قائم‌مقامی خاص، حقوق و تعهدات مربوط به مال معین به‌سبب قرارداد راجع به مال معین به قائم‌مقام منتقل می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۱ الف: ۱۷۵). با عنایت به آنچه گفته شد، تفاوت دو نهاد وکالت و قائم‌مقامی روشن می‌شود. در وکالت، وکیل از جانب موکل اقدام کرده و کلیه حقوق و تعهدات حاصل از اقدامات وکیل، به موکل سرایت پیدا می‌کند. لکن در قائم‌مقامی، حقوق و تعهدات به خود قائم‌مقام منتقل شده و برخلاف وکیل، نقش واسطه را ایفا نمی‌کند.

۲-۳. تفویض اختیار

بحث تفویض در دو عرصه حقوق عمومی و حقوق خصوصی قابل بررسی می‌باشد که در نوشتار حاضر، جنبه خصوصی آن مورد بررسی قرار خواهد گرفت. ابتدا لازم است به معنا و مفهوم تفویض اشاره شود. تفویض در لغت به معنای واگذار کردن، سپردن و تسلیم امری به دیگری آمده است (معین، ۱۳۷۱: ۱۱۱۶/۱؛ ابن‌منظور، ۱۳۶۳: ۲۱۰/۷). مفهوم تفویض در معنای اصطلاحی نیز منطبق بر معنای لغوی آن بوده است. به‌عنوان مثال، شهید ثانی در خصوص تفویض طلاق بیان داشته که تفویض به معنای واگذاری حق طلاق به زن و مختار کردن او در تعیین تکلیف خود بوده است

(جعی عاملی، ۱۴۱۳: ۸۱/۹). همچنین فقیهی دیگر در خصوص تفویض مهر بیان داشته است که این نوع تفویض به معنای ذکر اجمالی مهر در عقد بوده که در آن تعیین مقدار مهر به یکی از زوجین واگذار شده باشد (نجفی، ۱۳۹۴: ۵۹/۳۱). در معنای تفویض در خصوص تفویض خیار مجلس، فقیهی ابراز داشته که معنای تفویض انتقال خیار به دیگری است؛ به گونه‌ای که پس از انتقال، خیاری برای انتقال‌دهنده نماند (تبریزی، ۱۴۱۶: ۴۹).

در معنای تفویض، نظر جعفری لنگرودی قابل توجه است. وی بیان داشته که تفویض در سه مصداق زیر قابل بررسی خواهد بود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۱۷۳/۲):

(۱) آزادی اراده انسان در فعل و ترک فعل؛

(۲) اعطای شغل و سِمَت مانند تفویض منصب قضا؛

(۳) معنای ناظر به حقوق خانواده مانند واگذاری تعیین مهر به زوج، زوجة یا ثالث

و....

با عنایت به آنچه گفته شد، شباهت تفویض با نهاد وکالت مشهود است. در هر دو نهاد، اختیار و اعمال اراده‌ای از شخص صاحب اختیار به دیگری منتقل می‌شود. آنچه به نظر می‌رسد وجه ممیزه این دو نهاد باشد، آن است که در تفویض اصولاً مفوض بعد از تفویض اختیار به مفوض‌الیه، اختیار و حق خود را از دست داده و این اختیار تنها برای مفوض‌الیه موجود می‌باشد (نصیرزاده شهری، ۱۳۹۹: ۱۳)؛ درحالی که در وکالت علی‌الاصول موکل بعد از اعطای اختیار به وکیل همچنان می‌تواند مباشرتاً موضوع وکالت را به انجام رساند.

۳. آراء موجود در خصوص ماهیت وکالت

از جمله موضوعات بنیادین قابل بررسی در خصوص نهاد وکالت، بررسی ماهیت آن است. شاید بتوان گفت سنگ بنای سایر بحث‌های مرتبط با وکالت، مشخص نمودن این امر است که اگر وکالت عمل حقوقی است، عقد است و یا ایقاع، و یا اساساً عمل حقوقی بودن آن محل اشکال است. در ادامه، به نظرات بیان شده در خصوص ماهیت وکالت اشاره خواهد شد.

۱-۳. عقدانگاری وکالت

ماده ۶۵۶ قانون مدنی به پیروی از نظر مشهور فقها، وکالت را عقد دانسته است. محقق حلّی در شرایع، وکالت را عقد در جهت اعطای نیابت برای تصرف دانسته و وجود ایجاب و قبول را برای تحقق آن ضروری شمرده است (محقق حلّی، ۱۴۰۸: ۱۵۱/۴). علامه حلّی نیز در بیانی مشابه، وکالت را عقدی معرفی می‌نماید که به ایجاب و قبول احتیاج دارد (علامه حلّی، ۱۴۱۴: ۹/۱۵).^۱ شهید ثانی (جبعی عاملی، ۱۴۱۲: ۱۵/۲) و محقق کرکی (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۱۷۷/۸) نیز در عباراتی مشابه به عقد بودن وکالت اشاره کرده‌اند. حقوق دانانی که به عقد بودن وکالت حکم کرده‌اند، با تعبیری مشابه عبارات فقها، این مطلب را بیان کرده‌اند؛ به‌عنوان مثال، مهدی شهیدی وکالت عقدی را عقد عهدی دانسته که سبب پیدایش تعهداتی برای اطراف آن می‌شود (شهیدی، ۱۳۹۲: ۸۳/۱). کاتوزیان ضمن بیان این نکته که ذات وکالت چیزی جز اذن نیست - و اذن در زمره ایقاعات است-، در نهایت به عقد بودن وکالت حکم کرده است (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۶۲/۲). امامی نیز وکالت را به سایر عقود تشبیه کرده و آن را محتاج ایجاب و قبول می‌داند (امامی، ۱۳۹۱: ۳۲۴/۲).

اگرچه نظر مشهور بر عقد بودن وکالت استوار شده و در ماده ۶۵۶ قانون مدنی، صراحتاً به این موضوع پرداخته شده است، لکن ظاهراً قانونگذار به این صراحت اکتفا نکرده و در ماده ۶۵۷ قانون مذکور، تحقق وکالت را موکول به قبول وکیل دانسته است که به طریقی تأکید بر عقد بودن وکالت دارد. نکته قابل ملاحظه در این خصوص آن است که فقها معانی مختلفی از قبول را ابراز داشته‌اند. از این رو باید دید که قانونگذار کدام معنا از قبول را مدّ نظر داشته است و علت آوردن ماده ۶۵۷ با وجود صراحت مذکور در ماده پیش از آن چیست.

۱-۱-۳. معانی مختلف قبول

همان‌طور که اشاره شد، قبول در بیان فقها به یک معنا نیامده است و به نظر می‌رسد قبول نزد ایشان دارای شدت و ضعف می‌باشد (باقری و دیگران، ۱۳۹۷: ۷۶). در مواقعی،

۱. در ادامه بیان خواهد شد که منظور ایشان از قبولی که در وکالت وجود دارد، متفاوت با معنای مصطلح است.

قبول نقش رکن را ایفا می کند و گاهی تنها اعلام رضایت است. در زیر به این موارد اشاره خواهد شد.

۱۲۹

۳-۱-۱-۱. قبول به مثابه اعلام رضایت

در خصوص نقش قبول در وصیت تملیکی، سید یزدی اشاره می کند که اگر بخواهیم همسو با نظر مشهور باشیم، وصیت تملیکی عقد بوده و قبول از جمله ارکان تشکیل دهنده آن است. لکن در ادامه در بیان نظر خود، قبول را جزو ارکان وصیت تملیکی ندانسته و این نهاد را جزو ایقاعات به شمار آورده است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۲: ۱۰۲۹). از این رو ایشان قبولی را که در وصیت تملیکی شرط است، در حد تشکیل دهنده ارکان ندانسته است. بیان اقسام قبول در کلام محقق کرکی روشن تر است. ایشان ضمن تقسیم قبول به دو نوع صرف اعلام رضایت و رغبت، و قبول لفظی معتبر در بیع و سایر معاملات بیان داشته آنچه در قبول وکالت شرط است، معنای نخست می باشد (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۱۷۹/۸). شهید ثانی نیز در باب وصیت ضمن لزوم وجود قبول می گوید: مدخلیتی که قبول در وصیت دارد، به قوت مدخلیتی که قبول در بیع و عقود مانند آن دارد، نمی باشد (جبی عاملی، ۱۴۱۳: ۱۱۶/۶).

۳-۱-۱-۲. قبول به مثابه رکن عقد

قبول در این معنا، یکی از اجزاء تشکیل دهنده عقد در کنار ایجاب بوده و تا وقتی به ایجاب ملحق نشود، عقدی حاصل نخواهد شد (کاتوزیان، ۱۳۹۱ الف: ۷۸). به تعبیر دیگر، این قسم از قبول، اگرچه متفرع از ایجاب است، لکن یکی از دو رکن عقد بوده و مقصود از آن صرف رضایت داشتن به ایجاب نیست؛ بلکه رضایتی است که به انشای قابل (قبول کننده) به ایجاب موجب ملحق شده است (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۴۴/۳).

با عنایت به آنچه گفته شد، به نظر می رسد قانونگذار با توجه به اختلافی بودن ماهیت وکالت و وجود دو معنای مختلف قبول - که در یکی جزو ارکان عمل حقوقی بوده و ایجاد عقد می نماید و در دیگری صرف اعلام رضایت بوده و ماهیت حاصله را از ذیل عقود خارج می نماید - علی رغم صراحت ماده ۶۵۶ قانون مدنی به عقد بودن وکالت، در ماده بعدی به نقش قبول در وکالت اشاره نموده و آن را نه صرف اعلام

رضایت به ایجاب موکل، بلکه به‌عنوان رکن ایجاد وکالت معرفی می‌نماید.

۲-۳. ایقاع‌انگاری وکالت

ایقاع‌انگاری وکالت، دیدگاه دیگری است که در مقابل رویکرد عقدی تلقی کردن وکالت مطرح شده است. در ادامه به آراء موافقان این دیدگاه و سپس به نظر قانونگذار پرداخته خواهد شد.

۱-۲-۳. آراء موجود دال بر ایقاع‌انگاری وکالت

در مقابل رویکرد عقدی، برخی بر این باورند که وکالت جزء ایقاعات بوده و تحقق آن تنها مستلزم وجود یک اراده انشایی می‌باشد و وجود قبول در آن شرط نمی‌باشد. در این خصوص، نظر سید یزدی قابل تأمل است. ایشان بیان داشته که طبق نظر مشهور، وکالت جزو عقود است و لازمه تشکیل آن وجود ایجاب و قبول است. در ادامه در بیان نظر خود ابراز می‌کند نظر اقوی آن است که وکالت جزو عقود نبوده و قبول در آن معتبر نیست. استدلال سید یزدی آن است که اگر فردی دیگری را وکیل کند تا خانه‌اش را بفروشد و دیگری نیز بدون قبول وکالت، مبادرت به فروش خانه نماید، چنین بیعی صحیح و نافذ است؛ حال آنکه اگر وکالت عقد بود، اصولاً بیع حاصله فضولی تلقی می‌شد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۸۵/۶).^۱ علامه نیز در تذکره به این نکته اشاره کرده است که طبق نظر مشهور، وکالت به قبول لفظی نیاز دارد؛ لکن ایشان پس از بیان اقسام قبول - که پیشتر به آن اشاره شد- بیان داشته که آنچه از قبول در وکالت مورد نیاز است، صرف رضا و رغبت نسبت به موضوع وکالت است و در آن (وکالت) قبول لفظی نیاز نیست (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۰/۱۵). اگر دیدگاه علامه را مطابق با عقدانگاری وکالت تفسیر نماییم، این اشکال بر ایشان وارد است که رضای بدون انشاء به‌مثابه عدم تحقق قبول است و مآلاً عمل حقوقی بدون قبول انشایی، همان ایقاع است. البته می‌توان نظر علامه را با نظریه ایقاع مرکب تطبیق داد. طبق این دیدگاه، وکالت ایقاعی است که در مرحله حدوث، تنها نیازمند یک اراده است؛ ولی در مرحله بقا نیازمند اراده دیگری

۱. ناگفته نماند که ایشان به غیر از مصداق ایقاعی وکالت، از مصداق عقدی وکالت نیز نام می‌برد که در ادامه به آن پرداخته خواهد شد.

است (علی‌اکبری بابوکانی و حکیم‌جوادی، ۱۳۹۷: ۱۱۸). براین اساس، دیدگاه علامه که بیان داشته قبول موجود در وکالت به منزله قبولی که در عقود است، نبوده، ولی وجود آن را نیز نفی نکرده است، تداعی کننده ایقاع با حق قبول یا رد (ایقاع مرکب) خواهد بود.

۲-۲-۳. دیدگاه قانونگذار

صرف نظر از نظرات مذکور، مفاد ماده ۶۸۱ قانون مدنی در خصوص وکالت ایقاعی قابل امعان نظر است. در این ماده بیان شده است که بعد از استعفای وکیل، مادامی که معلوم است موکل به اذن خود باقی است، می‌تواند در آنچه وکالت داشته، اقدام کند. این ماده خلاف عقد بودن وکالت است. اگر مطابق با ماده ۶۷۸ قانون مدنی، وکالت عقدی جایز است، پس بعد از استعفای وکیل، عقد فسخ خواهد شد و وکالتی باقی نخواهد ماند. کاتوزیان در این خصوص بیان داشته که نیابت، اثر عقد وکالت است، نه اثر اراده موکل؛ پس با انحلال عقد نباید هیچ چیز باقی بماند و منشأ اثر حقوقی شود. در غیر این صورت، اعتبار ایجاب وکالت، متفاوت با سایر عقود به حساب آمده است (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۶۳/۱). ایشان در جهت جمع مواد قانونی، دو نظر ارائه می‌کند؛ اینکه یا وکالت جزو ایقاعات به حساب آید و یا اینکه منطقیاً وکالت مخلوطی از یک عقد و یک ایقاع (اذن) باشد (همان). نظر نخست با توجه به صراحت قانونی مبنی بر عقد بودن وکالت ظاهراً در تعارض است؛ مگر آنکه بیان شود مقصود قانونگذار از ماده ۶۸۱، نوع دیگری از وکالت بوده است و این ماده قانونی را متأثر از نظریه ایقاع بودن وکالت بدانیم (همان: ۶۲/۲).

لکن نظر دوم (مخلوطی از عقد و ایقاع) به هیچ وجه پذیرفتنی نبوده و به نظر خلاف توافق طرفین است. زمانی که طرفین، نهاد وکالت را پایه‌گذاری می‌نمایند، یک ماهیت حقوقی شکل می‌دهند و این از بدیهیات است. فرض یک عقد و ایقاع در وکالت، خلاف اراده انشاکنندگان است. افزون بر اینکه ماهیت وکالت چیزی غیر از اذن است؟ (علی‌اکبری بابوکانی و حکیم‌جوادی، ۱۳۹۷: ۱۰۹)؛ پس در این صورت، ماهیت آن عقد دیگری چه خواهد بود؟ از این رو همان‌طور که گفته شد، احتمال قوی‌تر آن است که مد نظر قانونگذار، مصداقی دیگر از نهاد وکالت باشد که به ایقاع نزدیک‌تر است. البته

اضافه می‌گردد که نظر اخیر مبنی بر وجود مصداق ایقاعی وکالت در کنار مصداق عقدی آن، نظر طرفداران ایقاع بودن وکالت نبوده و ایشان بر این باورند که وکالت تنها یک مصداق داشته و آن ایقاع است. لکن آنچه مشخص است اینکه نظر ایشان خلاف صریح مواد قانون مدنی بوده و در مصادیقی که بعداً به آن اشاره خواهد شد، عقد بودن وکالت مسلم است و چنین نظری (ایقاع‌انگاری تمامی مصادیق وکالت) خلاف عرف و قانون است.

۱-۲-۳. وکالت منعقد در دفاتر اسناد رسمی

همان‌طور که در مقدمه به آن اشاره شد، در دفاتر اسناد رسمی در برخی موارد جهت تنظیم وکالت‌نامه رسمی، صرف حضور موکل کافی بوده و وجود اراده وی جهت انعقاد وکالت کافی می‌باشد؛ حال آنکه مطابق با صریح ماده ۶۵۶ قانون مدنی، وکالت عقد است و طبق ماده بعدی این قانون، اخذ قبول وکیل جهت تحقق وکالت لازم است. در صورت وکالت فرض نمودن آنچه حاصل شده است،^۱ در صورت پذیرش وکالت ایقاعی، رویه عملی دفاتر اسناد رسمی قابل توجیه خواهد بود و صرف وجود اراده انشایی موکل جهت تحقق وکالت کفایت می‌کند. در غیر این صورت، نمی‌توان آنچه را که در دفاتر اسناد رسمی تنظیم می‌گردد، وکالت نامید.

۳-۳. وکالت به‌عنوان ماهیت ثالثه

نظریه پردازان این رویکرد بر این باورند که برخی از اعمال حقوقی -مانند وکالت- اگرچه جزو اعمال حقوقی محسوب می‌شوند، لکن در تقسیم‌بندی اعمال حقوقی به ایقاع و عقد قرار نمی‌گیرند و ماهیتی مابین عقد و ایقاع دارند (عبده بروجردی، ۱۳۸۰: ۲۴۳). جعفری لنگرودی که در این زمینه تحقیق بسیاری کرده است، نام این قسم از اعمال حقوقی (که ماهیتی مابین عقد و ایقاع دارند) را ماهیت ثالثه گذارده و بیان داشته است تقسیم حصری اعمال حقوقی به عقد و ایقاع صحیح نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹: ۶۷)

۱. اگرچه آنچه تنظیم می‌شود، به‌عنوان وکالت‌نامه شناخته می‌شود و تمامی الفاظ مورد استفاده در متن سند، گویای ماهیت وکالتی قرارداد منعقد است، لکن شاید بتوان این دیدگاه را نیز در نظر گرفت که آنچه فی‌الواقع انجام می‌شود، نه اعطای وکالت یک‌جانبه بلکه نوعی تفویض اختیار به دیگری است.

و عقود اذنی همچون وکالت، اگرچه از دو توافق تشکیل شده‌اند، لکن نمی‌توان آن‌ها را عقد محسوب نمود (همو، ۱۳۹۰: ۱۴). ایشان در جایی دیگر ضمن تقسیم کردن قبول به قبول تأسیسی - که جزء السبب است - و قبول تصویبی - که جزء السبب نیست - اذعان داشته که قبول در تراضی وکالت، قبول تأسیسی نبوده و ازاین‌رو آن را در گروه شبهه‌عقد قرار می‌دهد و عقد بودن آن را منتفی می‌نماید (همو، ۱۳۸۶: ۴۲۵/۵).

۳-۳-۱. نقد نظریه ماهیت ثالثه

مهم‌ترین نقدی که می‌توان بر نظریه مذکور وارد نمود، مبهم بودن ماهیت ثالثه است. بیشترین مساعدتی که نظریه ماهیت ثالثه ارائه می‌دهد، قرار دادن موارد مشکوک (مواردی که در عقد یا ایقاع بودن آن‌ها تردید وجود دارد) در یک گروه خاص در کنار عقد و ایقاع است. اگر عمل حقوقی مشکوک‌الماهیه در ذیل طبیعت ثالثه قرار گیرد، همچنان مشکل عدم شناخت ماهیت مذکور موجود است. با فرض چنین ماهیتی، سؤال مهم آن است که بالاخره بر این مخلوق جدید، احکام عقد بار خواهد شد یا ایقاع؟ آیا تمامی مصادیق ماهیت ثالثه، دارای وجه مشترک بوده و یا صرف عدم انطباق با دو قسم دیگر، سبب شده که در قسم سوم قرار گیرند؟ به تعبیر دیگر، آیا با شکستن حصر میان دوگانه عقد و ایقاع و فرض ماهیت سوم، احتمال وجود قسم‌های دیگر نیز وجود خواهد داشت؟ این قبیل ابهامات سبب شده که اساس این نظریه مورد تردید واقع شود. نقدی دیگری که خاصه در خصوص ماهیت ثالثه تلقی کردن وکالت موجود است، مربوط به توالی بین ایجاب و قبول است. قائلان به وجود ماهیت ثالثه، وجود توالی بین ایجاب و قبول را از عناصر عقد تلقی نمودن یک ماهیت حقوقی فرض نموده‌اند (توکلی‌کیا، ۱۳۹۸: ۶۵). قابل توجه آنکه عناصر باید معرف ماهیت اساسی یک چیز باشند؛ حال آنکه عناصر ذکرشده برای عقد، مانند شرط توالی بین ایجاب و قبول، هیچ ارتباطی با ماهیت آن نداشته و بیشتر مربوط به شرایط تشکیل عقد می‌باشند (نعمت‌اللهی و مسعودیان‌زاده، ۱۳۹۴: ۳۱۴). در ثانی، ماهیت ثالثه تلقی کردن تمامی مصادیق عقد وکالت، خلاف بین ماده ۶۵۶ قانون مدنی می‌باشد. افزون بر اینکه مطابق با ظاهر ماده ۶۵۷ قانون مدنی، توالی عرفی بین ایجاب و قبول لازم نیست (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۴۳۸).

۳-۴. وکالت به‌مثابه واقعه حقوقی

وجه اشتراک سه دیدگاه پیشین، عمل حقوقی تلقی کردن وکالت بوده است. دیدگاه چهارم بر این پایه استوار است که وکالت از عداد اعمال حقوقی خارج بوده و جزو وقایع حقوقی قرار می‌گیرد. مبنای این دیدگاه ناشی از این حقیقت است که شالوده و عنصر اساسی سازنده وکالت اذن بوده (همو، ۱۳۹۱: ب/۶ و ۸) و علی‌الاصول احکام این نهاد حقوقی (اذن) بر تمامی عقود اذنی از جمله وکالت جاری خواهد بود. از این رو واقعه‌انگاری وکالت را باید در ماهیت اذن جستجو نمود.

۳-۴-۱. اذن به‌عنوان عمل حقوقی

طبق نظر مشهور، اذن جزو اعمال حقوقی بوده (مغنیه، ۱۹۸۲: ۲۱۲/۴؛ فیض، ۱۳۶۹: ۲۶۱؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۸: ۱۸۴؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۴۷۶/۳؛ قدیری، ۱۴۰۷: ۲۳۹؛ کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۶۵؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۵۷: ۳۸۹/۱) و حصول آن نیازمند انشاء است. در انشاء بودن اذن، دلایل ارائه‌شده از قرار زیر است:

- اذن‌دهنده باید اباحه مورد نظر را انشا نماید؛ چه اینکه پیش از اذن اذن، تصرف مأذون در مورد اذن ممنون بوده و این انشای اذن‌دهنده است که وضعیت ممنوعیت را به اباحه تغییر می‌دهد (صیادی کوشک‌قاضی و دیگران، ۱۳۹۷: ۱۳۱).

- وحدت ملاک موجود بین اذن و عقود اذنی، با این توضیح که در عقود اذنی - که در عمل حقوقی بودن آن هیچ شکی نیست - جوهره عقد همان اذن است که از جانب اذن صادر شده است؛ بنابراین از مخلوق اراده بودن اذن می‌توان به عمل حقوقی بودن آن پی برد (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ب/۶ و ۸).

- مدلول روایت «لا یحل مال امرئ (مسلم) إلا عن طیب نفسه»^۱ (کلینی، ۱۴۲۹: ۲۴/۱۰)، که بیانگر تبعیت اذن از اذن است و آن را جزو اعمال حقوقی قرار می‌دهد؛ چه اینکه در تعریف اعمال حقوقی، تبعیت اثر از اراده، عامل فصل آن از وقایع حقوقی عنوان شده است (ملیحی، ۱۳۹۶: ۵۶).

۱. حلال نیست مال انسان مسلمان مگر از روی رضایت خاطر وی.

۳-۴-۲. اذن به عنوان واقعه حقوقی

برخی فقها بر این باورند که اذن، نه عقد است و نه ایقاع (اصفهانی، ۱۴۱۹: ۱۳۱/۱)؛ به این دلیل که اذن همان اعلام است (امامی، ۱۳۹۱: ۱۲۵/۱) و اعلام رضا و میل از جانب آذن به مأذون، جزو اخباریات است نه انشائیات (شهیدی، ۱۳۹۱: ۴۰/۲). اینکه اذن منشأ برخی آثار حقوقی مانند اباحه است، دلیل بر انشاء تلقی کردن آن نیست؛ بلکه اذن تنها خبر از آن انشاء و ایجاد می‌دهد (شیبانی، ۱۳۹۱: ۱۵) و اساساً اذن قائم به قصد انشاء نیست (مهرابی، ۱۳۸۹: ۱۵۰). برطبق این مبنا، جواز و اباحه منشأ اذن تلقی نمی‌شود و اباحه حکمی است که از سوی قانون‌گذار جعل می‌شود و اذن تنها اعلام‌کننده آن است. به علاوه، اعلام رضا که اخبار از تحقق رضاست، امری درونی تلقی شده که نمی‌تواند انشایی باشد. بنابراین اذن، مبرز حالت درونی فرد است و توانایی ایجاد مستقیم حق و تعهد را ندارد؛ اگرچه می‌تواند زمینه‌ساز آن باشد (شهیدی، ۱۳۹۱: ۴۰/۲). با عنایت به آنچه گفته شد، در این فرض که اذن به عنوان یک واقعه حقوقی انگاشته شود، وکالت اذنی^۱ نیز به تبع جزو وقایع حقوقی تلقی شده و آنچه در آن موجود است، صرف رفع مانع و ابراز رضایت است و انشایی در آن وجود ندارد.

با توجه به آنکه مطابق با ماده ۶۵۶ قانون مدنی، وکالت به عنوان عمل حقوقی فرض شده است، این دیدگاه مخالف صریح قانون می‌باشد. لکن اگر بتوان مصادیق غیرعقدی برای وکالت فرض نمود، پذیرش وجود مصادیق غیرانشایی برای این نهاد حقوقی، دور از ذهن نخواهد بود.

۳-۴-۱. وکالت ظاهری

ماده ۶۸۰ قانون مدنی در این خصوص بیان داشته است تمام اموری که وکیل قبل از رسیدن خبر عزل به او در حدود وکالت خود بنماید، نسبت به موکل نافذ است. این ماده بیانگر این مطلب است که بعد از عزل، اگرچه وکالت عقدی جایز است و اصولاً پس از برهم زدن آن توسط هریک از طرفین منفسخ می‌شود، لکن به حکم قانون، اقدامات وکیل تا رسیدن زمان عزل نافذ خواهد بود. با توجه به چنین موقعیتی که رابطه

۱. در ادامه به مصادیق مختلف وکالت از جمله وکالت اذنی اشاره خواهد شد.

حقوقی بین وکیل و موکل واقعاً از بین رفته است، این نوع وکالت به‌عنوان وکالت ظاهری شناخته شده است (مسعودی تفرشی، ۱۳۸۷: ۱۳۴). در این خصوص، توجه به قوانین و مقررات در سایر نظامات حقوقی قابل توجه است. در مواد ۲۰۰۵ و ۲۰۰۶ قانون مدنی فرانسه آمده است که خبر عزل وکیل باید به وی ابلاغ شود؛ در غیر این صورت، چنین عزلی در برابر شخص ثالث با حسن نیت و ناآگاه از عزل قابل استناد نیست. این در حالی است که مطابق ماده ۲۰۰۳ این قانون، عزل وکیل، یکی از طرق پایان دادن به وکالت است. در بند ۱ ماده ۳۷ قانون تعهدات سوئیس نیز بیان شده تا وقتی که وکیل از زوال اختیارات خود مطلع نشده، موکل بر اثر اعمال او متعهد است؛ درست مانند اینکه اختیارات مزبور همچنان باقی است (گویی عزلی صورت نگرفته است). همچنین مشاهده می‌شود که در فصل دوم اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی ۱۹۹۴ (یونیدروا) به عدم خاتمه یافتن اختیارات وکیل در برابر ثالث بدون اطلاع از موضوع اتمام یافتن اختیارات اشاره شده است. آنچه در این موارد قابل ملاحظه است، آن است که در چنین موقعیتی که از آن به‌عنوان وکالت ظاهری نام برده شده است، اساساً ماهیت وکالت تغییر نکرده است. به تعبیر دیگر، وکیل پیش از عزل، همان اختیارات پس از عزل را دارد؛ با این تفاوت که منبع ایجادکننده این اختیارات و وظایف، دیگر قرارداد میان طرفین نیست؛ بلکه به حکم قانون‌گذار است. از این رو به نظر می‌رسد به‌جای استفاده از عبارت وکالت ظاهری، استفاده از عنوان وکالت قانونی صحیح‌تر باشد. به‌سان آنچه در بند پیشین به آن اشاره شد، به نظر می‌رسد منبع ایجادکننده وکالت، داخل در ماهیت وکالت نیست و وکالت می‌تواند در حالتی غیر از عقد میان طرفین ایجاد شود.

۳-۲-۴. اداره فضولی مال غیر

مورد دیگری که شباهت به وکالت غیرانشایی دارد، مورد ماده ۳۰۶ قانون مدنی، تحت عنوان اداره فضولی مال غیر می‌باشد. در این ماده بیان شده است که اگر کسی اموال غایب یا محجور و امثال آن‌ها را بدون اجازه مالک یا کسی که حق اجازه دارد، اداره کند، باید حساب زمان تصدی خود را بدهد.... در ماده مذکور به اداره اموال

اشاره شده است. نکته اینکه اگر در ماده بیان می‌شد که شخص مجاز به حفظ و نگهداری از مال غایب یا محجور است، مورد ماده به امانت شرعی شبیه بوده و شخص امین حق هیچ‌گونه دخل و تصرفی در مال را نمی‌داشت. افزون بر اینکه دریافت اجرت در برابر نگهداری نیز در هاله‌ای از ابهام بود. لکن در ماده ۳۰۶ قانون مدنی، به اداره مال غیر اشاره شده است. اداره اعم از نگهداری و دخل و تصرف است؛ به‌عنوان مثال، مدیر فضولی اگر ببیند که مال غایب در حال تضییع است و امکان اخذ اذن از وی فراهم نمی‌باشد، به حکم قانون می‌تواند اقداماتی برای جلوگیری از تضییع مال (همچون فروش آن) انجام داده و بابت اقداماتش از مالک مال، اجرت طلب نماید. از این رو، برخی ضمن اعتراف به شباهت این نهاد با وکالت، به سبب فقدان رابطه قراردادی میان مالک و مدیر، آن را وکالت نمی‌دانند (حیاتی، ۱۳۸۰: ۱۸۱). به تعبیر دیگر از منظر ایشان، مدیر فضولی طبق قانون در حکم وکیل بوده و موضوع هر دوی آن‌ها (وکالت و اداره فضولی) یکسان بوده و رابطه مالک و مدیر، شبیه با تعهدات وکیل و موکل است؛ با این تفاوت که در اداره فضولی، تراضی میان مدیر و مالک موجود نمی‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۱۵۷/۲). از سوی دیگر، شباهت بسیار زیاد دو نهاد فوق‌الذکر سبب شده است برخی نقش آن دو را یکی دانسته و در مواردی مدیر فضولی را عیناً وکیل فرض نمایند (سلطان، ۱۹۵۸: ۶۰۲/۱). آنچه قابل امعان‌نظر است اینکه ماهیت اداره فضولی و وکالت تقریباً منطبق بر یکدیگر بوده و آنچه سبب اختلاف این دو شده است، نحوه شکل‌گیری هریک از آن‌هاست که یکی از طریق تراضی حاصل می‌شود و دیگری از طریق غیرتراضی (امامی، ۱۳۹۱: ۴۱۹/۱). از این رو می‌توان اداره فضولی مال غیر را وکالتی دانست که از طریق قانون ایجاد می‌شود؛ برخلاف وکالت عقدی (سلطان، ۱۹۵۸: ۶۰۲/۱) که حاصل تراضی وکیل و موکل است. آنچه از تعاریف لغوی، اصطلاحی این است که «عقد بودن» داخل در ماهیت وکالت نیست. افزون بر اینکه قانونگذار در مواد ۶۸۰ و ۶۸۱ قانون مدنی، وکالت ایقاعی و وکالت قانونی را معتبر دانسته است. به همین سبب، اگر عقد نبودن اداره فضولی مال غیر تنها سبب تردید در وکالت‌انگاری این نهاد به حساب آید، پذیرش وکالت غیرعقدی در مواد ۶۸۰ و ۶۸۱ می‌تواند این تردید را برطرف نماید.

۳-۵. نهاد وکالت و وجود مصادیق مختلف

نظریات مختلف ارائه شده درخصوص ماهیت نهاد وکالت، این دیدگاه را به ذهن متبادر می‌کند که آیا این امکان فراهم است که این نهاد صرفاً دارای یک مصداق (مثلاً مصداق عقدی) نبوده و دارای قابلیت و انعطافی باشد که مصادیق مختلف را در خود جای دهد؟ در بندهای زیر به این پرسش پاسخ داده خواهد شد.

۳-۵-۱. وکالت؛ ایجادکننده حق

بر مبنای نظر مشهور و حکم مندرج در ماده ۹۵۴ قانون مدنی، اثر عقد وکالت اباحه در تصرف است. لکن در برخی موارد، مصادیقی از عقد وکالت وجود دارد که در آن‌ها فرض اباحه در تصرف بودن وکالت، باعث تضرر وکیل می‌شود. این موارد شامل مصداقی می‌شود که برای وکیل حقی ایجاد می‌شود و رجوع موکل و یا فوت و حجر احد طرفین می‌تواند این حق را از بین ببرد. سلب حق عزل مندرج در ماده ۶۷۹ قانون مدنی، صرفاً فسخ ارادی مالک را منتفی می‌نماید؛ درحالی که انفساخ ذیل ماده ۹۵۴ قانون مدنی همچنان تهدیدکننده حق ایجادشده خواهد بود.

از این رو می‌توان اطلاق وکالت را منصرف به موردی دانست که قصد مشترک طرفین، اعطای نیابت و اذن ساده باشد؛ اما در مواردی که حقی از طرف موکل به وکیل داده می‌شود، سبب آن است که عقد وکالت در این موارد به سود وکیل محسوب شود و نه موکل، و نتیجتاً از سوی موکل غیرقابل فسخ و غیرقابل انفساخ به سبب فوت و حجر طرفین باشد (بیات، ۱۳۹۶: ۴۰۳). سید یزدی نیز چنین وکالتی را معطی حق دانسته که با فوت از بین نمی‌رود و اگرچه در مرحله ایجاد وابسته به اراده موکل است، اما بقای آن وابسته به اراده او نیست و سقوط حق ایجادشده نیازمند سبب و دلیل است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۰: ۶۵/۲).^۱ کاتوزیان نیز درخصوص بقای وکالت در استیفای طلب از مال مرهونه بعد از فوت مرتهن، در فرض ماده ۷۷۷ قانون مدنی ابراز داشته است که چنین

۱. در ابتدای نوشتار حاضر، نظر سید یزدی درخصوص پذیرش وکالت ایقاعی بیان شد. لکن ایشان در انتهای نظرشان بیان داشته است که وکالت عقد نبوده و نیازمند قبول نیست؛ ولی اگر به صورت ایجاب و قبول واقع شود، جزو عقود قرار خواهد گرفت (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۸۵/۶). النهایه ایشان قائل به دو مصداق عقدی و ایقاعی برای وکالت می‌باشد.

وکالتی را نباید نیابت ساده دانست - که با فوت مرتهن منفسخ شود؛ بلکه اعطای حقی از جانب راهن به مرتهن است که با فوت و حجر زایل نمی‌شود و قابل انتقال قهری به ورثه است (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۵۰/۱).

۳-۱-۵-۱. وکالت در مقام بیع

در آراء قضایی مشاهده می‌شود که وکالت مورد بحث در بند پیشین را به‌عنوان وکالت در مقام بیع محسوب نموده‌اند. با این تفصیل که برخی چنین وکالتی را دالّ بر وجود بیع سابق دانسته^۱ و برخی آن را به نوعی بیع فرض کرده‌اند.^۲ با این تفسیر که قصد باطنی طرفین واقعاً بیع بوده و اراده ظاهری ایشان وکالت بوده است (عابدیان و دیگران، ۱۳۸۸: ۶۰). همچنین می‌توان این وضعیت را چنین تفسیر نمود که یک بیع و یک وکالت به‌صورت همزمان منعقد شده‌اند (عابدی و دیگران، ۱۳۹۳: ۱۰۹).

به نظر می‌رسد چنین تحلیلی از این نوع وکالت که در عرف به بیع وکالتی شهرت یافته است، صحیح به نظر نمی‌رسد. طرفین عقد وکالت به سبب موانعی که وجود دارد، نمی‌خواهند و یا نمی‌توانند عقد بیع منعقد نمایند؛ به همین دلیل به نهاد دیگری تمسک کرده‌اند. از این رو اتفاقاً جاری ساختن احکام بیع در این موضوع و یا بیع‌انگاری وکالت، خلاف اراده طرفین است.

در خصوص تعارض اراده ظاهری و قصد باطنی می‌توان از زاویه‌ای دیگر به مسئله توجه نمود. به نظر می‌رسد در مانحن‌فیه، در اصل، قصد اصلی و تبعی وجود دارد، نه

۱. دادنامه شماره ۱۳۶-۱۳۷ مورخ ۱۳۸۵/۰۲/۰۵ صادره از شعبه ۱۳ تجدیدنظر تهران در پرونده کلاسه ۱۴۳۴-۱۳۷۴/۱۳/۸۴: در خصوص تجدیدنظرخواهی آقای... به طرفیت خانم... نسبت به دادنامه... نظر به اینکه مندرجات وکالت‌نامه رسمی شماره... با توجه به عبارت فروش و انتقال قطعی... و با توجه به عدم عزل وکیل به مدت سی سال مقرر گردیده است، حکایت از آن دارد که پلاک موضوع وکالت قبلاً واگذار گردیده است... در حقیقت، این رأی بر این نظر استوار است که وکالت‌نامه مثبت بیع سابق می‌باشد (زندگی، ۱۳۹۰: ۲۲۴).

۲. دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۷۷۰۱۵۲۳ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۱۹ صادره از دادگاه تجدیدنظر استان تهران که در این رأی به دلالت تفویض وکالت‌نامه تعویض پلاک و تحویل مدارک اتومبیل مبنی بر وقوع بیع اشاره کرده است (پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضایی، ۱۳۹۱: ۶۹). همچنین شعبه ۵ دیوان عالی کشور در دادنامه‌ای، وکالت در بیع را تابع احکام بیع، و مرگ وکیل را در انحلال وکالت بی‌اثر دانسته است (عابدی و دیگران، ۱۳۹۳: ۱۰۸).

تعارض اراده ظاهر و باطن؛ به‌عنوان نمونه در اجاره به شرط تملیک، طرفین، عقد اجاره منعقد نموده و پس از پرداخت اجاره‌بها از سوی مستأجر، در انتها وی مالک مورد اجاره می‌شود. در این مثال، اگرچه قصد تملیک مال به دیگری مدّ نظر است، لکن به دلایل مختلف از جمله اینکه مالک نمی‌خواهد برخلاف بیع اقساطی، در زمان انعقاد مالکیت به دیگری منتقل شود، به تجویز قانون از سازوکار اجاره به شرط تملیک استفاده می‌کند که قصد تبعی طرفین است. اگر چنین ماهیتی به بیع اقساطی تفسیر شده و یا احکام بیع بر آن بار شود، قطعاً خلاف اراده قانونگذار و طرفین عقد خواهد بود. همچنین است در خصوص وکالتی که در آن حقی به وکیل منتقل می‌گردد.

۳-۵-۲. قابلیت انعطاف در ماهیت وکالت

با توجه به آنچه گفته شد، می‌توان این‌گونه ابراز داشت که یکی از علت‌های تکثر آراء مختلف در خصوص ماهیت وکالت، می‌تواند ناشی از این موضوع باشد که صرفاً مصداق خاصی از وکالت مدّ نظر قرار داده شده است؛ حال آنکه وکالت این قابلیت را دارد که بتواند مصادیق متعددی داشته باشد که به فراخور وکالت عقدی و یا وکالت مبتنی بر اذن محض باشد؛ ولو آنکه در عرف، همه به‌عنوان وکالت شناخته شوند (دادمرسی و دیگری، ۱۳۹۷: ۶۶). با این تفصیل که به غیر مصداق عقدی آن، مصداق اذنی آن با توجه به آنچه در خصوص اذن گفته شد، یا ایقاع خواهد بود و یا ذیل واقعه حقوقی قرار خواهد گرفت. از این‌رو در فرض پذیرش نظر اخیر مبنی بر واقعه حقوقی فرض نمودن وکالت اذنی، می‌توان خطی فرضی را در نظر گرفت که در ابتدای آن وکالتی قرار دارد که نیازمند انشاء نبوده و به‌صرف موت و حجر و یا رجوع هریک از اطراف آن (موکل / وکیل) از بین می‌رود و در انتهای آن مصداقی وجود دارد که عقد بوده و به‌سبب حصول حق برای وکیل جزو عقود لازم به حساب آمده است. در بین این دو مصداق، مصادیق دیگری از جمله عقد وکالت غیرلازم نیز قابل شناسایی خواهد بود. در صورت عدم پذیرش واقعه‌انگاری وکالت اذنی، در یک سوی خط فرضی، وکالت ایقاعی در نظر گرفته می‌شود که به غیر از جنبه انشایی، در سایر موارد مشترک با مصداق وکالت اذنی غیرانشایی است.

آنچه سید یزدی به آن اشاره کرده است نیز بخشی از نظریه فوق‌الذکر است. نگاه ایشان به وکالت با توجه به دو ساحت نیابت و عقد بوده است. در آنجا که صرف اعطای نیابت مدّ نظر باشد، مسلماً نیازی به عقد و پیمان وجود نداشته و بدون قبول دیگری می‌توان به وی اعطای نیابت نمود. در این موقعیت، اگر وکیل مورد وکالت را انجام دهد، صحیح خواهد بود و اگر انجام ندهد، تخطی نکرده و اگر ضرری به موکل وارد آید، وکیل مسئول نخواهد بود. در مقابل در مصداق عقدی وکالت، وکیل با قبول خود ملتزم خواهد شد که مورد وکالت را انجام دهد و مادام که عقد وکالت باقی است، اگر مورد وکالت را انجام ندهد، در مقابل ضررهای وارده مسئولیت خواهد داشت (محقق داماد، ۱۳۹۲: ۵).

۳-۵-۳. ظرفیت قانونی

بیان شد که طبق مواد ۶۵۶ و ۶۵۷ قانون مدنی، وکالت عقد محسوب شده و قبول در آن نقش جزءالسبب را ایجاد می‌کند؛ لکن مواد ۶۸۰ و ۶۸۱ و ماده ۳۰۶ قانون مدنی می‌توانند قرینه‌ای باشند مبنی بر وجود مصادیق غیرعقدی وکالت. در توجیه اشاره قانونگذار به عقد بودن وکالت در ماده ۶۵۶، می‌توان ابراز داشت با توجه به آنکه مصداق عقدی وکالت، نوع غالب آن است، قانونگذار نیز نظر به نوع غالب این نهاد، به عقد بودن آن اشاره کرده است. در غیر این صورت منطقی نیست که تمامی مصادیق وکالت، عقدی باشد و قانونگذار در چند ماده بعد (مواد ۶۸۰ و ۶۸۱)، به انواع غیرعقدی آن اشاره نماید.

در خصوص عقد وکالت لازم و عدم تسری حکم فسخ و انفساخ در خصوص این نوع از وکالت و تعارض آن با مواد ۶۷۸ و ۹۵۴ قانون مدنی نیز می‌توان توجیه فوق‌الذکر را عنوان نمود که قانونگذار در وضع احکام فوق، مصداق خاصی از وکالت را در نظر داشته که همان وکالت عقدی جانش است که این مصداق نیز اکثر انواع وکالت را شامل می‌شود و نوع لازم آن، مصداقی استثنایی است. با وجود این، پذیرش نوع وکالت لازم براساس قانون مدنی، به مراتب دشوارتر از پذیرش وجود مصادیق ایقاعی و غیرانشایی وکالت است؛ چه اینکه اگر در خصوص وکالت ایقاعی و غیرانشایی در خود مواد مرتبط

با نهاد وکالت، مواد قانونی مرتبطی قابل بیان است، در خصوص وکالت لازم صرفاً حکم ماده ۷۷۷ قانون مدنی در دسترس بوده و می‌توان گفت که حیات وکالت لازم، بیشتر متکی بر نظر اندیشمندان فقه و حقوق است و امارات قانونی در خصوص آن قوت چندانی ندارد.

نتیجه‌گیری

جهت تحلیل و شناسایی ماهیت وکالت، آراء مختلفی توسط حقوق‌دانان و فقها ارائه شده است. دیدگاه مشهور وکالتی عقدی را معرفی می‌نماید که جوهره آن چیزی جز اذن است. این قرارداد اصولاً با رجوع هریک از طرفین و قطعاً با وقوع فوت و حجر یکی از اطراف عقد از بین می‌رود. در این میان، برخی عقد بودن وکالت را برتافته و ایقاع بودن وکالت را برگزیده‌اند. طبق نظر جهت تشکیل وکالت، اراده انشایی موکل کافی بوده و قبول وکیل یا نیاز نبوده و اگر هم وجود داشته باشد جزءالسبب نمی‌باشد. در این زمینه، حکم ماده ۶۸۱ قانون مدنی مؤید ایقاعی بودن وکالت است. این نظر با برخی از اقسام وکالت‌نامه‌های منعقد در دفاتر اسناد رسمی که در آن‌ها صرف وجود اراده موکل جهت تشکیل وکالت کافی است، انطباق داشته و می‌تواند این نوع از وکالت‌نامه‌ها را توجیه نماید. در غیر این صورت، آنچه هم‌اکنون در دفاتر اسناد رسمی واقع می‌شود، ایجاب وکالتی است که هنوز قبول به آن ملحق نشده است.

دیدگاه آخری که ذیل پذیرش عمل حقوقی بودن وکالت موجود است، قرار دادن وکالت به‌عنوان ماهیتی مابین عقد و ایقاع است که به آن ماهیت ثالثه گفته می‌شود. طبق این دیدگاه، وکالت برخی از ویژگی‌های عقد را دارد و از طرفی واجد اوصاف ایقاع است. از این رو، سه قسم عمل حقوقی طبق این دیدگاه قابل شناسایی خواهد بود. عدم مشخص بودن معیارهای ماهیت ثالثه و ضعف مبانی این دیدگاه سبب شده است که نسبت به دو دیدگاه پیشین از اقبال کمتری برخوردار گردد.

واقع‌انگاری وکالت، نظریه نوینی است که در آن برخی از مصادیق وکالت، خارج از عمل حقوقی فرض شده‌اند. طبق این دیدگاه، وکالت مبتنی بر اذن محض، صرفاً یک اعلام رضایت و میل باطنی از جانب موکل بوده و در آن انشایی وجود ندارد؛

از این رو ذیل عنوان واقعه حقوقی قرار می‌گیرد. مصداق دیگری که می‌توان ذیل این دیدگاه قرار داد، اداره فضولی مال غیر موضوع ماده ۳۰۶ قانون مدنی است. در خصوص این نهاد، نظر مشهور آن است که ماهیت آن با وکالت یکی است و علت تفاوت آن، عدم وجود تراضی طرفینی است. لکن به نظر می‌رسد با توجه به آنکه وکالت از مجرای غیر از عقد نیز می‌تواند محقق شود، این مصداق را نیز می‌توان به عنوان یکی از مصادیق وکالت برشمرد. مورد ماده ۶۸۰ این قانون نیز بیانگر نوعی وکالت ظاهری (قانونی) است که در آن عقد وکالت منسوخ شده و کماکان نهاد وکالت به قوت خود باقی است. به نظر می‌رسد وکالت مذکور در این ماده، بقای خود را از حکم قانونی وام گرفته است. قطعاً این مصداق را نمی‌توان عمل حقوقی تلقی نمود و از سوی دیگر، خارج کردن آن از مصادیق وکالت، حکم به غیر واقع است؛ چون آنچه وقوع یافته یا به تعبیر صحیح‌تر ادامه یافته، چیزی جز همان وکالت سابق نیست. فلذا وکالتی خواهد بود که به حکم قانون بوده و نتیجتاً ذیل وقایع حقوقی قرار می‌گیرد.

آنچه در این مقاله حاصل آمد، آن است که برخلاف نظر مشهور و قانون مدنی، وکالت منحصر در مصداق عقد جانش نبوده و می‌توان برای آن مصادیق دیگری نیز تعریف نمود. این مصادیق می‌تواند شامل وکالتی باشد که اساساً از ذیل عمل حقوقی خارج شده و جزو وقایع حقوقی قرار گرفته است تا مصداق عقد وکالتی که لازم است و احکام وکالت جانش در آن جاری نمی‌شود. با این تفسیر و با عنایت به نظریه فقها و حقوق‌دانان مبنی بر اینکه جوهره وکالت چیزی جز اعطای نیابت نیست، وسیله‌ای را که سبب ایجاد نهاد وکالت می‌شود، نباید داخل در ماهیت آن دانست. از این رو نهاد وکالت می‌تواند به حکم قانون (ذیل وقایع حقوقی) یا با اراده یک نفر (مصداق ایقاعی وکالت) و یا با اراده دو نفر به عنوان عقد وکالت تحقق یابد.

در خصوص صراحت ماده ۶۵۶ قانون مدنی و موضع قانونگذار در خصوص وکالت عقدی، می‌توان مصداق عقدی این نهاد را اشاره قانونگذار به مورد غالب دانست و وجود مصادیق دیگر در همین قانون، از جمله مواد ۶۸۰ و ۶۸۱ و ماده ۳۰۶ را دلیل این تلقی فرض نمود.

فهرست منابع

۱. ابن منظور افریقی مصری، ابوالفضل جمال‌الدین محمد بن مکرم، لسان العرب، قم، نشر ادب حوزه، ۱۳۶۳ق.
۲. اصفهانی، محمدحسین، حاشیه کتاب المکاسب، تحقیق عباس محمد آل‌سابع، قم، محقق، ۱۴۱۹ق.
۳. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، تهران، کتاب‌فروشی اسلامی، ۱۳۹۱ش.
۴. انصاری، مرتضی بن محمدامین، کتاب المکاسب، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ق.
۵. باقری، احمد، محمدعلی راغبی، و مصطفی درزی رامندی، «بازپژوهی فقهی - حقوقی در تقسیم اعمال حقوقی»، دوفصلنامه پژوهش‌نامه میان‌رشته‌ای فقهی، سال هفتم، شماره ۱ (پیاپی ۱۳)، پاییز و زمستان ۱۳۹۷ش.
۶. بیات، فرهاد، و شیرین بیات، حقوق مدنی (شرح جامع قانون مدنی)، تهران، ارشد، ۱۳۹۶ش.
۷. پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضایی، مجموعه آرای قضایی دادگاه تجدیدنظر استان تهران (حقوقی)، تهران، پژوهشگاه قوه قضاییه، ۱۳۹۱ش.
۸. توکلی‌کیا، امید، «برخ بین عقد و ایقاع (ماهیت ثالث در اعمال حقوقی)»، فصلنامه دانشنامه‌های حقوقی، سال دوم، شماره ۴، پاییز ۱۳۹۸ش.
۹. جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی، الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقیه، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۲ق.
۱۰. همو، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ق.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفارق (دائرةالمعارف عمومی حقوقی)، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۶ش.
۱۲. همو، ترمینولوژی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۶۷ش.
۱۳. همو، ترمینولوژی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۸ش.
۱۴. همو، حقوق مدنی؛ وصیت، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۰ش.
۱۵. همو، دائرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت (حقوق تعهدات عقود و ایقاعات)، تهران، بنیاد راستا، ۱۳۵۷ش.
۱۶. همو، فلسفه‌اعلی در علم حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۹ش.
۱۷. حسینی مراغی، سید میرعبدالفتاح بن علی، العناوین الفقهیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ق.
۱۸. حیاتی، علی‌عباس، «اداره فضولی اموال دیگری در حقوق مدنی ایران، با مطالعه تطبیقی در حقوق مصر و فرانسه»، مجله حقوقی و قضایی دادگستری، شماره ۳۷، زمستان ۱۳۸۰ش.
۱۹. خوانساری، سیداحمد بن یوسف، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۵ق.
۲۰. دادمرزی، سیدمهدی، و اعظم حیدری، «مطالعه تطبیقی ماهیت جعله در فقه امامیه، حقوق ایران و غرب»، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، سال پنجم، شماره ۲ (پیاپی ۱۶)، تابستان ۱۳۹۷ش.
۲۱. زندی، محمدرضا، رویه قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران در امور مدنی (۹)، تهران، جنگل جاودانه، ۱۳۹۰ش.
۲۲. سلطان، انور، النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام، مصر، دار المعارف، ۱۹۵۸م.

۲۳. سلطان قیس، زکیه، ماهیت حقوقی وکالت بلاعزل و نقش آن در معاملات اموال غیرمنقول، به راهنمایی علیرضا لطفی، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد گرمی، ۱۳۹۵ش.
۲۴. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی (جلد اول: تشکیل قراردادها و تعهدات)، تهران، مجد، ۱۳۹۲ش.
۲۵. همو، حقوق مدنی (جلد دوم: اصول قراردادها و تعهدات)، تهران، مجد، ۱۳۹۱ش.
۲۶. شیبانی، علی، بررسی تطبیقی اذن و آثار آن در فقه مذاهب اسلامی، به راهنمایی سیدعلی پورمنوچهری، پایان نامه کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه آزاد اسلامی تهران مرکزی، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، تابستان ۱۳۹۱ش.
۲۷. صیادی کوشک قاضی، ابوذر، رضا عباسیان، و سیدمحمدهادی مهدوی، «بررسی ماهیت و خصوصیات اذن در تصرف»، فصلنامه پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، سال چهاردهم، شماره ۵۳، پاییز ۱۳۹۷ش.
۲۸. طباطبایی حکیم، سیدمحسن، مستمسک العروة الوثقی، قم، دار التفسیر، ۱۳۷۴ش.
۲۹. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، العروة الوثقی مع تعالیم الامام الخمينی، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۲ق.
۳۰. همو، العروة الوثقی، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۱ق.
۳۱. همو، العروة الوثقی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۰ق.
۳۲. همو، تکملة العروة الوثقی، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۴ق.
۳۳. عابدی، محمد، علی ساعت چی، و فرزاد جاویدی آل سعدی، «وکالت در مقام بیع»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال سوم، شماره ۸، پاییز ۱۳۹۳ش.
۳۴. عابدیان، میرحسین، مجتبی اسدزاده، و علی فیروزمند، در تکاپوی عدالت (آراء دیوان عالی کشور در امور مدنی)، تهران، میزان، ۱۳۸۸ش.
۳۵. عبده بروجردی، محمد، کلیات حقوق اسلامی، تهران، رهام، ۱۳۸۰ش.
۳۶. علامه حلی، ابومنصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تذکرة الفقهاء، قم، مؤسسه آل البيت علیه السلام، لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ق.
۳۷. علی اکبری بابوکانی، احسان، و محمد حکیم جوادی، «واکاوی فقهی - حقوقی ماهیت وکالت (عقد یا ایقاع مرکب)»، فصلنامه فقه و اصول (مطالعات اسلامی سابق)، سال پنجاهم، شماره ۳ (پیاپی ۱۱۴)، پاییز ۱۳۹۷ش.
۳۸. عمید، حسن، فرهنگ عمید، تهران، امیرکبیر، ۱۳۶۳ش.
۳۹. فرج زاده، زهرا، و محسن ایران منش، «بررسی و تبیین ابعاد حقوقی قائم مقامی»، فصلنامه مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه، سال سوم، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۶ش.
۴۰. فیض، علیرضا، مبانی فقه و اصول، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۶۹ش.
۴۱. قدیری، محمدحسن، البیع، تقریر دروس خارج امام خمینی، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۷ق.
۴۲. فتواتی خلف آبادی، جلیل، نظریه کلی نمایندگی در حقوق ایران و انگلیس، به راهنمایی حسین صفائی، رساله دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه تربیت مدرس، دانشکده علوم انسانی، پاییز ۱۳۸۰ش.
۴۳. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی؛ الزام های خارج از قرارداد: ضمان قهری، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۹ش.
۴۴. همو، حقوق مدنی؛ ایقاع (نظریه عمومی - ایقاع معین)، تهران، میزان، ۱۳۸۴ش.

۴۵. همو، دوره حقوق مدنی؛ قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، تهران، انتشار، ۱۳۹۳ش.

۴۶. همو، دوره حقوق مدنی؛ قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، تهران، میزان، ۱۳۹۴ش.

۴۷. همو، دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ اعمال حقوقی (قرارداد-ایقاع)، تهران، انتشار، ۱۳۹۱ش. (الف)

۴۸. همو، دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ درس‌هایی از عقود معین، تهران، میزان، ۱۳۹۱ش. (ب)

۴۹. همو، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران، میزان، ۱۳۹۲ش.

۵۰. کرکی عاملی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت علیه السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ق.

۵۱. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، الکافی، قم، دار الحدیث، ۱۴۲۹ق.

۵۲. محقق حلّی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.

۵۳. محقق داماد، سیدمصطفی، «نوآوری‌های طباطبائی یزدی در وکالت و نقد آن»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۶۳، پاییز ۱۳۹۲ش.

۵۴. مسعودی تفرشی، بابک، «وکالت ظاهری در حقوق اروپا و تجارت بین‌الملل»، مجله کانون وکلا، شماره‌های ۲۰۰ و ۲۰۱، بهار و تابستان ۱۳۸۷ش.

۵۵. معین، محمد، فرهنگ فارسی، تهران، امیرکبیر، ۱۳۷۱ش.

۵۶. مغنیه، محمدجواد، فقه الامام جعفر الصادق علیه السلام، بیروت، دار الجواد، ۱۹۸۲م.

۵۷. ملیحی، سیدمصطفی، «مفهوم‌شناسی اذن و آثار آن در فقه امامیه با تکیه بر آیات و روایات»، دوفصلنامه پژوهش دینی، سال هفدهم، شماره ۳۵، پاییز و زمستان ۱۳۹۶ش.

۵۸. موسوی بجنوردی، سیدحسن بن آقابزرگ، القواعد الفقهیه، قم، الهادی، ۱۳۷۷ش.

۵۹. مهربانی، فرهاد، «آثار اذنی یا عهدی بودن وکالت»، مجله کانون وکلا، شماره ۲۱۰، پاییز ۱۳۸۹ش.

۶۰. نجفی، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.

۶۱. نصیرزاده شهری، رسول، «بررسی فقهی حقوقی تفویض وکالت»، ماهنامه آفاق علوم انسانی، سال چهارم، شماره ۳۷، اردیبهشت ۱۳۹۹ش.

۶۲. نعمت‌اللهی، اسماعیل، و سیدرضا مسعودیان‌زاده، «معیار بازشناسی عقد از ایقاع»، دوفصلنامه فقه و حقوق اسلامی سابق (فصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی معاصر)، سال ششم، شماره ۱۱، پاییز و زمستان ۱۳۹۴ش.

تحلیل رویکردهای موضوع‌شناسی فقهی

از طریق مطالعه موردی انحلال‌پذیری موضوعات معاملی*

- مرتضی فخار شاکری^۱
- محمدتقی فخلعی^۲✉
- سیدمحمدتقی قبولی درافشان^۳

چکیده

یکی از پدیده‌ترین عرصه‌های اختلاف فقها، موضوع‌شناسی فقهی است. این اختلاف در تشخیص موضوعات معاملی به صورت متعددی و در جایگاه‌های گوناگونی بروز کرده و از جمله آن‌ها مسئله انحلال‌پذیری موضوعات معاملی است. این جستار با تکیه بر روش توصیفی تحلیلی - اکتشافی، تصویری از اختلاف دامنه‌دار ارائه کرده و علل اختلاف را نیز مورد واکاوی قرار داده است. به‌رغم اینکه عرفی بودن موضوع مورد توافق حداکثری است، لیکن دیدگاه‌ها در شناسایی چگونگی داوری عرف گوناگون گشته و این تفاوت منجر به عدم نیل به تعریف

* تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۳/۱۸ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۱۸.

۱. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد، ایران
(morteza.fakharshakeri@alumni.um.ac.ir)

۲. استاد دانشگاه فردوسی مشهد، ایران (نویسنده مسئول) (fakhlaci@um.ac.ir).

۳. دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد، ایران (ghabooli@um.ac.ir).

دقیق از موضوع، و در گام بعد به اختلاف در نحوه استنباط حکم شده است. در این بین نگرش به موضوع از دریچه نص نیز از سوی برخی مغفول واقع نشده است. حاصل پژوهش اینکه نوع نگاه فقیهان و نحوه مواجهه آنان با اسناد متنی از یک سو و تلاش نه‌چندان ضابطه‌مند در کشف موضع عرفی در تفسیر موضوعات معاملی از سوی دیگر، به بروز مشکلاتی اجتناب‌پذیر در ساحت موضوع‌شناسی منجر شده و در این بین شناسایی زمینه‌های اختلاف و مناشی آن و درنگ فزون‌تر در ضوابط موضوع‌شناسی، به تقلیل حجم اختلاف و وصول به نتایج مشترک کمک می‌کند.

واژگان کلیدی: موضوع‌شناسی مسائل فقهی، موضوعات عرفیه، اختلاف در شناسایی موضوعات عرفیه، انحلال‌پذیری معاملات، تبعض در ثمن، تفکیک‌پذیری موضوعات.

مقدمه

اختلاف در مباحث علمی، واقعیتی انکارناشدنی در هر علم است. علم فقه نیز به‌منابه دانشی بشری به‌رغم برخورداری از سرچشمه‌های وحیانی، از این قاعده مستثنا نیست. یکی از علت‌های ایجاد اختلاف در ناحیه حکم، اختلاف در ناحیه شناخت موضوعات فقهی است. هرچند وظیفه اصلی فقیه استنباط حکم شرعی و تعیین وظیفه عملی مکلف است، لیکن پیچیدگی متعلق حکم، سبب توسعه وظیفه فقیه و ورود به عرصه شناخت موضوعات به‌منظور استنباط دقیق حکم شرعی شده است. این رویکرد سبب ایجاد اختلافاتی در مسیر شناخت متعلق حکم می‌شود و هر گامی که در زدودن اختلاف به پیش نهاده شود، سبب می‌گردد بخشی از این تکتک به هم‌گرایی تبدیل شود. موضوع انحلال‌پذیری موضوعات معاملی نیز از این قاعده مستثنا نیست. به‌رغم اینکه این موضوع، کمتر مورد توجه محققان واقع شده است، لیکن با توجه به بیان‌های پراکنده و غیرمنسجم فقیهان در شناسایی واقعیت مسئله در مواضع مختلف، اختلاف نظر دامنه‌داری قابل مشاهده است. تحلیل و واکاوی علل اختلاف آراء فقیهان در شناخت این موضوع، زمینه را در جهت شناخت دقیق این موضوع فراهم می‌کند و در مرحله استنباط حکم شرعی که وظیفه ذاتی فقیه است، کمک شایانی کرده و از تکتک اقوال می‌کاهد.

تاکنون در زمینه موضوع‌شناسی فقهی در مسائل معاملی کارهایی انجام گرفته است. ولی رویکرد این مقاله، شناخت و تبیین موضوع خاصی نیست؛ بلکه پرده‌برداری از واقعیات این عرصه و نارسایی‌هایی است که در عملکرد موضوع‌شناسانه فقیهان به چشم می‌خورد. چنین پژوهشی با رویکرد آسیب‌شناسانه می‌تواند فقه‌پژوهان را به بخشی از معضلات موضوع‌شناسی آگاه سازد و زمینه را برای ضابطه‌مند شدن این مقوله فراهم سازد.

۱. تبیین موضوعی انحلال‌پذیری موضوعات معاملی

در مقام انشاء عقد بیع، غالباً همه ثمن در ازاء همه مثن، موضوع نقل و انتقال واقع می‌شود. لیکن گاه بعد از انعقاد عقد بیع، مثن به سبب مناشئ خارجی یا عقلی و عرفی دچار تبعض شده و آنگاه این پرسش مطرح می‌شود که این تبعض در ناحیه مثن، آیا منجر به تقسیط در ناحیه ثمن می‌شود یا خیر؟ به بیان دیگر، بحث در صورتی است که بخشی از ثمن یا مثن مالکیت‌پذیر و یا در تملک یکی از طرفین معامله نباشد؛ در این حالت آیا ممکن است قول به تبعض و انحلال در آن موضوع معاملی را اختیار کرد و به صحت این معامله در بخشی از مبیع حکم نمود؟ این بحث در جایگاه‌های متعددی از بیع و متاجر مورد بررسی قرار گرفته و در وهله نخست، گزارشی کوتاه در این مورد ارائه می‌شود:

الف) تعدد مبیع (بیع ما یملک وما لا یملک): در روش دو شیء دارای مالیت شرعی یا عرفی (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۳۱۸/۱) در بیع واحد، معلوم می‌گردد که یکی از آن دو قابلیت انتقال به ملک دیگری را به واسطه موانع مختلف (شرعی یا عرفی) ندارد. در این مورد، آیا می‌توان قول به انحلال را اختیار نمود و گفت: چنان‌که بیع در ناحیه مثن دچار تبعض شده، در ناحیه ثمن نیز تقسیط صورت می‌گیرد و بیع نسبت به آن مقدار از مبیع که به ملک مشتری منتقل شده است صحیح، و نسبت به آن مقدار که منتقل نشده باطل است و قیمت آن مقدار که به ملک مشتری منتقل نشده است، از ثمن کسر و در ملک مشتری باقی می‌ماند و یا به او مردود می‌شود، یا بایستی بر این عقیده بود که بیع بر مجموع این دو شیء منعقد شده است و قابلیت انحلال ندارد و در نتیجه بایستی به بطلان معامله حکم کرد (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۶۲/۸).

ب) هیئت و ماده: خرید و فروش آلات حرام (آلات قمار - هیاکل عبادت) جایز نیست. حال این بحث مطرح است که آیا می‌توان در معامله این ادوات با تفکیک میان هیئت و ماده، قائل به صحت این معامله در ناحیه ماده و عدم صحت در ناحیه هیئت شد و قول به انتقال بخشی از ثمن به بایع را اختیار نمود؟ یا نمی‌توان تفکیک میان هیئت و ماده را پذیرفت و در نتیجه بایستی به بطلان این معامله قائل شد؟

ج) قید و مقید: بیع آلات و ادواتی که دارای کارکرد دوگانه است و خصیصه حرام نیز در ثمن دخیل واقع شده، چگونه است؟ فقها این مورد را تحت مصداق بیع جاریه مغنیه به بحث کشیده‌اند. این سؤال مطرح است آیا در این مثال می‌توان قائل به انحلال شد، به اینکه بیع نسبت به ذات مبیع (جاریه) صحیح و نسبت به ویژگی حرام (قید مغنیه بودن) باطل است، یعنی اینکه بخشی از ثمن اخذ شده در قبال وصف حرام، اکل مال به باطل محسوب شده و از ملک مشتری به بایع منتقل نمی‌گردد؟ یا نمی‌توان چنین گفت و بایستی به بطلان کل مبیع در برابر همه ثمن ملتزم شد؟

د) شرط و مشروط: در حین انشاء عقد بیع، شروطی مقرر می‌گردد؛ صحیح یا فاسد. در ناحیه شرط فاسد، آیا می‌توان با استناد به قاعده «لشرط قسط من الثمن» و با توجه به عدم سرایت فساد شرط به مشروط، قول به تفکیک میان شرط و مشروط را انتخاب و قائل به صحت بیع در ناحیه مشروط و فساد در ناحیه شرط شد یا باید با قول به عدم تفکیک میان شرط و مشروط، بطلان معامله را به واسطه فساد شرط اختیار کرد؟ در اغلب صور و اقسام فوق، بر سر انحلال‌پذیری معامله اختلاف بروز کرده است و این جستار در پی کشف زمینه‌های اختلاف است.

یادآوری این نکته ضروری است که هدف این جستار، حل معضلات فقهی چندی در این باب نیست؛ بلکه صرفاً پرده برداشتن از واقعیت تکاپو و جولان افکار فقیهان در مواجهه با معضل و چندپارچگی انظار و تاریکی و غبار آلودگی دیدگاه‌هاست.

۲. علل اختلاف دیدگاه فقیهان در شناخت موضوع انحلال‌پذیری

موضوعات معاملی

۱-۲. استناد به فهم عرفی

فقیهان در پذیرش و عدم پذیرش انحلال‌پذیری موضوعات معاملی به فهم عرفی تمسک و استناد کرده‌اند و این بدان معناست که گویی بر سر عرفی بودن موضوع توافق نموده‌اند.

۱-۱-۲. ما یملک و ما لا یملک

در این بحث در حمایت از قول انحلال‌پذیری، به فهم عرفی استناد شده و این باور تقویت شده که عرف بیع صورت گرفته را در مقداری که در تملیک بایع بوده است، می‌پذیرد؛ لیکن در آن مقداری که در ملک بایع نیست، مورد پذیرش قرار نمی‌دهد (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۱۷/۲۲؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۵۱۷/۲ و ۵۳۲).

در مقابل، برخی دیگر در حمایت از انحلال‌ناپذیری، با طرح اشکال به مقدمات منتج به فهم عرفی، بیان می‌کند که عرف این چنین فهمی ندارد و آنچه از الفاظ معامله فهمیده می‌شود، انحلال‌ناپذیری است (حسینی روحانی، ۱۴۲۹: ۲۰۹/۱).

۲-۱-۲. قید و مقید

در بحث قید و مقید در حالتی که قید یا وصف حرامی موجب زیادت در ثمن مبیع گردیده است، بسیاری از فقیهان انحلال‌پذیری را نمی‌پذیرند (ابروانی نجفی، ۱۴۰۶: ۱۵/۱)؛ از این رو که در این بحث فهم عرفی حاکم است و این قبیل قیود، وصف معنوی محسوب شده و از اوصاف خارجی دارای مالیت شمرده نمی‌شود و به عبارت واضح‌تر، این وصف در نگاه عرف هرچند در هنگام بیع موجب لحاظ زیادت قیمت شده است، لیکن قابل انفکاک و قیمت‌گذاری مستقل نیست (انصاری، ۱۴۳۲: ۱۲۷/۱؛ تیریزی، ۱۴۱۶: ۸۵/۱؛ منتظری، ۱۴۱۵: ۲۶۳/۲؛ حسینی روحانی، ۱۴۲۹: ۱۹۸/۱).

برخی دیگر از فقیهان به دنبال اثبات انحلال‌پذیری بوده و کلام شیخ انصاری مبنی بر انحلال‌ناپذیری موضوعات معاملی را مخالف با فهم عرفی دانسته‌اند (منتظری، ۱۴۱۵:

۲/۲۶۵؛ زیرا تقابل وصف با مال به‌ویژه در مورد اوصاف و ویژگی‌های رکنی و اساسی در معامله امکان‌پذیر و مورد قبول عرف است (همان: ۲/۲۷۱) و اینکه امروزه مالکیت معنوی اشخاص بر توانایی‌ها و مهارت‌ها، امری راسخ و تثبیت‌شده در ذهن عرف است و از مالیت عرفیه برخوردار است و تحت تملک مالک آن درآمده و در نگاه عرف برای آن قسطی از ثمن در نظر گرفته شده است (همان: ۲/۲۶۹).

یکی از فقیهان در همراهی با قول به انحلال‌ناپذیری، به روایت ابراهیم بن ابی‌بلاد^۱ (کلینی، ۱۴۰۷: ۵/۱۲۰) استناد و بیان می‌کند: این روایت کلیه صور معامله جاریه مغنیه، حتی صورتی را که تفکیک در آن صورت می‌گیرد، شامل می‌شود. لیکن فرد دیگری از فقیهان باز هم با استناد به عرف از این شمول اعراض کرده، مواردی را مانند کنیزی که عنوان جاریه مغنیه بر وی بار می‌شود، ولی با اینکه قدرت به‌کارگیری خصلت حرام را دارد، از این عمل اعراض می‌کند، شامل ندانسته و معتقد شده است در این مورد، انحلال میان قید و مقید صورت می‌گیرد. در نتیجه، این بیع صحیح واقع شده است و تفکیک میان قید و مقید با در نظر گرفتن بخشی از ثمن در قبال ذات و بخشی دیگر در قبال صفات مطرح است (مروجی قزوینی، ۱۴۳۴: ۲/۱۱۴).

۲-۳. شرط و مشروط

چنانچه بیعی واقع شود و در این حالت، شرطی فاسد به نفع یکی از طرفین عقد نهاده شود، برخی فقیهان با ملتزم شدن به عدم سرایت فساد شرط به مشروط، قول به انحلال عقد بیع را قبول، و بر صحت بیع واقع‌شده اذعان کرده‌اند. برخی دیگر از فقیهان این سرایت را پذیرفته و معتقد شده‌اند شرط و مشروط قابل تفکیک و انحلال نیست و این عقد صحیح واقع نشده است (انصاری، ۱۴۳۲: ۶/۸۲ و ۹۲؛ موسوی خویی، بی‌تا: ۷/۳۹۳).
دلیل و مستند هر دو گروه در پذیرش و رد تفکیک‌پذیری موضوعات معاملی، فهم

۱. «مَحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ أَبِي الْبَلَاءِ قَالَ: أَوْصَى إِسْحَاقُ بْنُ عَمَرَ عِنْدَ وَفَاتِهِ بِجَوَارٍ لَهُ مَغْنِيَاتٍ أَنْ يَبِيعَهُنَّ وَتَحْمِلَ ثَمَنَهُنَّ إِلَى أَبِي الْحَسَنِ عَلَيْهِ السَّلَامُ. قَالَ إِبْرَاهِيمُ: فَبِعْتُ الْجَوَارِيَ بِثَلَاثِمِائَةِ أَلْفِ دِرْهَمٍ وَحَمَلْتُ الثَّمَنَ إِلَيْهِ، فَقُلْتُ لَهُ: إِنَّ مَوْلَى لَكَ يُقَالُ لَهُ إِسْحَاقُ بْنُ عَمَرَ، قَدْ أَوْصَى عِنْدَ مَوْتِهِ بِبَيْعِ جَوَارٍ لَهُ مَغْنِيَاتٍ وَحَمَلِ الثَّمَنَ إِلَيْكَ وَقَدْ بَعَثَهُنَّ وَهَذَا الثَّمَنُ ثَلَاثِمِائَةَ أَلْفِ دِرْهَمٍ. فَقَالَ: لَا حَاجَةَ لِي فِيهِ، إِنَّ هَذَا سُحْتٌ وَتَعْلِيمُهُنَّ كُفْرٌ وَالِاسْتِمَاعُ مِنْهُنَّ نِفَاقٌ وَتَمَنُّهُنَّ سُحْتٌ».

عرفی و عرف است (انصاری، ۱۴۳۲: ۸۴/۶).

حامیان انحلال‌پذیری موضوعات معاملی در جهت اثبات نظریه خویش به فهم عرفی تمسک کرده و معتقد شده‌اند عرف بر تفکیک میان شرط و مشروط و تخصیص مقداری از ثمن در ازاء مشروط باور دارد و آن مقدار مخصص در قبال شرط به ملک بایع منتقل نمی‌شود و همچنان در ملک مشتری باقی می‌ماند (منتظری، ۱۴۱۵: ۲۶۵/۲؛ سبحانی تبریزی، ۱۴۱۶: ۴۹۳-۴۹۲؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۸: ۱۲۰/۲؛ تبریزی، ۱۴۱۶: ۴۵۳/۴؛ امامی خوانساری، بی‌تا: ۵۰۰)؛ لیکن برخی از دانشیان فقه، قول به انحلال را توهّم ارزیابی کرده و حاکمیت عرف را فاسد دانسته‌اند (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۳۵۴/۵).

در طرف دیگر، قائلان به انحلال‌ناپذیری نیز با استناد به فهم عرفی و طبق قاعده «الثلث لا یوزع علی الشروط» بیان می‌کنند: نزد عرف و طبق فهم عرفی، برای شرط قسطی از ثمن ملحوظ نیست و شرط، مبیع محسوب نیست و قسطی از ثمن نیز در قبال آن قرار نمی‌گیرد (انصاری، ۱۴۳۲: ۸۱/۶ و ۹۲؛ لاری، ۱۴۱۸: ۴۳۸/۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۳۴/۲). برخی از حاشیه‌نگاران مکاسب بر این دلیل اشکال کرده و گفته‌اند: در این موارد، عرف تابع جعل متعاقدین است و چون دو طرف عقد مقابله را جعل نکرده‌اند، عرف چنین حکم می‌کند (شهیدی تبریزی، ۱۳۷۵: ۵۷۸/۳).

۴-۱-۲. هیئت و ماده

مهم‌ترین موضوع در انحلال‌پذیری موضوعات معاملی، بحث هیئت و ماده است. در این بحث نیز فقیهان در دو جانب پذیرش و عدم پذیرش انحلال‌پذیری موضوعات معاملی اختلاف نظر داشته و هریک در جهت اثبات نظریه خویش به فهم عرفی تمسک کرده‌اند. قائلان به پذیرش انحلال در بحث هیئت و ماده با استناد به فهم عرفی بیان می‌کنند: اگر ادوات حرام که دارای هیئت و ماده است، به فروش رسد، در این حالت معامله مانند «بیع ما یملک وما لا یملک» قابلیت انحلال به اجزاء مختلف داشته و می‌توان ادعا کرد که بیع نسبت به ماده صحیح واقع شده است و نسبت به هیئت فاسد، و عرف حاکم به این تحلیل است (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۶۱/۱۶). طبق این دیدگاه، ماده در منظر عرف رکن است و برای آن مالیت در نظر گرفته شده است (منتظری، ۱۴۱۵: ۲۷۱/۲).

در مقابل، قائلان به تفکیک‌ناپذیری موضوعات معاملی در جهت اثبات نظریه خویش چنین بیان می‌کنند: فهم عرفی تفکیک میان اجزاء خارجی را می‌پذیرد، لیکن تفکیک میان هیئت و ماده را نمی‌پذیرد؛ به دلیل اینکه این دو از اجزاء تحلیلیه عقلیه شمرده می‌شوند (شهیدی تبریزی، ۱۳۷۵: ۳۲/۱؛ مروجی قزوینی، ۱۴۳۴: ۳۸/۲؛ منتظری، ۱۴۱۵: ۱۴/۲) و از اجزاء خارجی محسوب نمی‌گردند (تبریزی، ۱۴۱۴: ۷۲/۱؛ منتظری، ۱۴۱۵: ۱۶۷/۲؛ حسینی روحانی، ۱۴۲۹: ۱۸۸/۱؛ شیرازی، ۱۴۱۲: ۴۴/۱؛ موسوی خویی، بی‌تا: ۱۵۱/۱ و ۱۵۹). در تأیید این قول، مثالی به‌عنوان شاهد مطرح می‌شود: اگر فردی اسبی را بفروشد و پای آن را بفروشد، به نظر عرف، این عمل نوعی شوخی محسوب می‌شود. در بیع هیئت و ماده نیز قابلیت تفکیک و جداسازی وجود ندارد (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۵۱۶/۲؛ تبریزی، ۱۴۱۶: ۷۳/۱)؛ زیرا این دو در خارج، وجود متحد دارند (منتظری، ۱۴۱۵: ۱۶۶/۲؛ موسوی خویی، بی‌تا: ۱۵۰/۱؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۶: ۹۶) و فقط در مواردی که تعددبردار است، این انحلال صورت می‌گیرد (تبریزی، ۱۴۱۴: ۷۸/۱).

همان‌طور که ملاحظه شد، قائلان به پذیرش و عدم پذیرش انحلال، هر دو به فهم عرفی تمسک کرده‌اند. برخی از آنان به عرف به‌عنوان دلیل مستقل (موسوی خمینی، ۱۴۱۸: ۱۲۰/۲؛ سبحانی تبریزی، ۱۴۱۴: ۴۹۲-۴۹۳) و برخی دیگر به عرف به‌عنوان ادات و ابزاری در جهت فهم قول معصوم و تبیین نظر شارع نگرسته‌اند (مروجی قزوینی، ۱۴۳۴: ۱۱۴/۲). در جهت مراد و مفهوم عرف، برخی آن را در حیطه نگاه عقلا ترجمه ضمنی کرده‌اند (حسینی روحانی، ۱۴۲۹: ۲۰۹/۱) و برخی دیگر در حیطه عموم مردم در نظر گرفته‌اند (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۱۷/۲۲؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۵۱۷/۲).

در برخی عبارات، عرف تابع جعل متعاقدین در نظر گرفته می‌شود (شهیدی تبریزی، ۱۳۷۵: ۵۷۸/۳)؛ لیکن در دیگر عبارات، این تبعیت را نپذیرفته و به‌عنوان دلیل مستقل می‌نگرند (همان: ۳۲/۱).

در برخی تعابیر، شرع را دنباله‌رو عرف معرفی می‌کنند (انصاری، ۱۴۳۲: ۸۱/۶؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۶۱/۱۶)؛ ولی در تعابیری دیگر، عرف را مبین نظر شرع دانسته و می‌گویند این عرف تبیین‌کننده و وسیله در جهت فهم قول معصوم و دنباله‌رو آن است (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۵۳۲/۲).

از بررسی موارد مطرح شده در این بخش به دست می‌آید که چنانچه مفهوم فهم عرفی و عرف توسط فقیهان در ابعاد مختلف آن درست تبیین شود، از جمله دلیل مستقل محسوب کردن آن یا ابزاری و تبعی بودن آن و نیز وجود برخی تهافت‌ها در تبیین مراد از فهم عرفی و به‌علاوه تبیین محدوده مراد ایشان از فهم عرفی و دیگر مباحث مشخص شود، اختلافات کاسته شده و همگرایی در شناخت موضوع فزونی می‌یابد.

۲-۲. تأسیس برخی اصل‌ها و قاعده‌ها

از دیگر علت‌های پدیدار شدن تفاوت دیدگاه فقیهان می‌توان به تأسیس اصول و قواعدی توسط برخی از فقیهان در جهت اثبات مدعای خویش اشاره کرد. برای برخی از این اصول، دلیل و پشتوانه قرار داده شده و پشتوانه برخی به‌درستی معلوم نیست و در حال این قواعد موجب اختلاف نظر فقیهان شده است.

حامیان قول انحلال‌پذیری در جهت اثبات نظریه خویش در ابعاد مختلف آن به تأسیس اصل تمسک بسته‌اند. از جمله آن موارد عبارت است از:

۱- در بحث قطعات خارجی مبیع، برخی متقدمان با تأسیس اصل تقسیط ثمن بر دو شیء خریداری‌شده، اقامه دلیل را بر عهده آنان که این موضوع را به‌صورت مجموعی می‌نگرند، قرار داده‌اند (طوسی، ۱۴۰۷: ۱۴۶/۳).

۲- برخی دیگر از فقیهان ادعا کرده‌اند که در مقام ثبوت، قاعده مقتضی تعدد بیع بوده و این به معنای انحلال است و اثر آن این است که در برخی صور، بیع صحیح واقع گردد و در برخی باطل (طباطبایی قمی، ۱۴۱۳: ۴۶/۴).

۳- در تعبیر برخی دیگر از فقیهان در بحث شرط و مشروط و قید و مقید، اصل و قاعده بر تفکیک مبتنی است (منتظری، ۱۴۱۵: ۲۶۵/۲).

۴- در بحث هیئت و ماده نیز برخی فقیهان با اصل قرار دادن ماده در معامله بیان می‌کنند که حقیقت مبیع ماده است و هیئت و صورت، شکل ظاهری و پوسته آن است (همان: ۱۷۹/۲).

در استدلال‌های آنان که قول به انحلال‌ناپذیری را انتخاب کردند نیز این تأسیس اصل قابل مشاهده است:

۱- در بحث هیئت و ماده مشاهده می‌شود که برخی فقیهان در استدلال بر عدم پذیرش تفکیک‌پذیری این موضوع به تأسیس اصل مبادرت کرده و گفته‌اند اصل هیئت است، ثمن دریافتی به ازاء هیئت پرداخت شده (همان: ۱۵۵/۲) و ماده در هیئت مستهلک و تابع هیئت است (موسوی خویی، بی‌تا: ۱۵۰/۱؛ منتظری، ۱۴۱۵: ۲۵۴/۲). به این خاطر میان هیئت و ماده امکان انفکاک وجود ندارد و در نتیجه انحلال‌پذیری پذیرفته نیست.

۲- در بحث شرط و مشروط، این مطلب مطرح می‌شود که مشروط اصل بوده و پرداخت ثمن در ازاء همان است و در ازاء شرط هیچ ثمنی پرداخت نمی‌گردد (همان).

۳- در بحث اجزا و قطعات خارجی نیز برخی فقیهان با طرح این استدلال که چون بیع واحد است و در «بیع ما یملک وما لا یملک» آنچه از مالک صادر شده، قابل امضا نیست و امکان تعدد وجود ندارد، اصل را بر عدم تعدد و انحلال‌ناپذیری قرار داده و قول به انحلال‌پذیری را خلاف اصل دانسته‌اند (طباطبایی قمی، ۱۴۱۳: ۴۲۱/۲ و ۴۳۲).

ملاحظه گردید تأسیس برخی اصول که گاه به تقابل و تعارض دو اصل با یکدیگر انجامیده، از قبیل بحث اجزاء و قطعات مبیع که طبق قول برخی، اصل بر عدم انحلال بوده و مبیع بسیط است و طبق تصریح برخی دیگر عدم انحلال نیازمند به دلیل است و اصل بر انحلال‌پذیری و تعدد است و یا در ناحیه ماده و هیئت که برخی اصل را هیئت و برخی ماده معرفی کردند و مانند آن، سبب گردید تا فقیهان در شناخت این موضوع دچار اختلاف شده و هریک در پی اثبات نظریه مختار خویش، تأسیس اصل کند. با توجه به اینکه حاصل به خدمت گرفتن این اصول و قواعدی که ریشه در پندار عرفی فقیه دارد، دریافت‌های متعدد در خصوص موضع عرفی در قضیه است که قاعداً جملگی نمی‌تواند استوار باشد، این دلیل دیگری است بر اینکه به کارگیری حدود دخالت عرف در حل قضایای این‌چنینی به درستی معلوم نیست و داوری‌ها گاه بدون تکیه بر ضابطه معینی صورت گرفته که نشان از فقدان تعریف جامع و مشترک از عرف و فهم عرفی است.

۲-۳. استناد به ادله نقلیه

از ادله مورد استناد فقیهان در شناخت موضوع انحلال‌پذیری موضوعات معاملی،

ادله نقلیه را نیز می‌توان برشمرد. در زمینه استناد به این ادله می‌توان فقیهان را به گروه‌های مختلفی تقسیم کرد:

۱۵۷

۲-۳-۱. استناد مبهم یا مجمل به ادله نقلی در برابر فهم عرفی

در تألیفات فقهی به‌وضوح مشاهده می‌شود که در پذیرش و عدم پذیرش انحلال‌پذیری موضوعات معاملی به ادله شرعی و نقلی تمسک کرده‌اند و در این میان برخی انحلال‌پذیری موضوعات معاملی را در مباحث قید و مقید (انصاری، ۱۴۳۲: ۱/۱۲۷؛ مروجی قزوینی، ۱۴۳۴: ۲/۱۱۴) و هیئت و ماده (شیرازی، ۱۴۱۲: ۱/۴۴؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۶/۶۱؛ انصاری، ۱۴۳۲: ۱/۱۱۳) در نظر شرع معتبر ندانسته‌اند. در مقابل، برخی دیگر مستند این موضوع را دلیل شرعی دانسته و در نگاه شرع معتبر دانسته‌اند (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۶/۶۱).

در این بحث مشاهده می‌شود که هر دو گروه به دلیل شرعی استناد کرده‌اند؛ لیکن بیان نکرده‌اند که مراد ایشان از شرع و دلیل شرعی کدام قسم آن است. حتی مانند کاشف‌الغطاء (انصاری، ۱۴۳۲: ۱/۱۱۳)، به انحلال‌ناپذیری موضوعات معاملی هرچند قصد منفعت حلال کند، معتقد است و دلیل را اخبار بیان کرده است؛ لیکن ایشان نیز مشخص نکرده که مرادش از این دلیل، کدام روایت است و این بیان کلی را می‌توان از علت‌های این اختلاف دانست.

۲-۳-۲. استناد به ادله خاص نقلی

۲-۳-۲-۱. آیات

دسته‌ای از فقیهان با استناد به برخی آیات با توجه به تفاوت فقیهان در خوانش و درک متفاوت آنان از این آیات، در پذیرش و عدم پذیرش انحلال‌پذیری موضوعات معاملی اختلاف کرده‌اند:

گروه اول: «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ...» (بقره/۱۸۸). در مواجهه با این آیه، برخی فقیهان از حرف باء در کلمه «بالباطل» مقابله را استظهار کرده‌اند که چنین معنا می‌شود: مال پرداختی، در ازاء باطل است؛ لیکن برخی دیگر معنای سببیت را استظهار

کرده‌اند. این تفاوت در خوانش موجب اختلاف دیدگاه فقیهان شده است.

در بحث مشروط و شرط فاسد (انصاری، ۱۴۳۲: ۱۲۳/۱ و ۱۲۶-۱۲۵؛ منتظری، ۱۴۱۵: ۲۶۲/۲)، برخی فقها با استناد به این آیه، بیع مشروط را باطل دانسته‌اند (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۱۰/۱). تقریب استدلال به این آیه بر مبنای استظهار معنای مقابله از حرف باء چنین است: در معامله مشروط به شرط فاسد، فروش مشروط از مصادیق اکل مال به باطل نیست، بلکه آن شرط است که این خصوصیت را داراست؛ بنابراین همه مقدار ثمن دریافتی در قبال شرط و مشروط به ملک بایع منتقل نمی‌شود و فقط ثمن دریافتی در قبال مشروط به ملک بایع منتقل می‌شود و مابقی در ملک مشتری باقی می‌ماند (هرچند این تهافت در کلام آنان قابل مشاهده است که اگر در این آیه معنای تبعیض را اختیار کرده‌اند، باید به لوازم آن یعنی قبول قول به انحلال‌پذیری موضوعات معاملی پایبند باشند و نه آنکه در این فرض این بیع را باطل بدانند). در مقابل، آنان که از این حرف، معنای سببیت را استظهار کرده‌اند، بیان می‌کنند: کل ثمن دریافتی، در قبال مشروط و عین است (مروجی قزوینی، ۱۴۳۴: ۱۱۰/۲؛ منتظری، ۱۴۱۵: ۲۶۲/۲؛ حسینی روحانی، ۱۴۲۹: ۱۹۲/۱). طبق این تقریب، بیع صحیح واقع شده و فساد شرط به مشروط و عقد سرایت نمی‌کند (طباطبایی قمی، ۱۴۱۶: ۱۳۵/۱).

در بحث قید و مقید نیز این تفاوت فهم قابل مشاهده است. برخی فقیهان (انصاری، ۱۴۳۲: ۱۲۷/۱؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۵: ۱۸۹/۱) از حرف باء معنای مقابله استظهار کرده و گفته‌اند آن بخش از ثمن که در قبال قید حرام (مغنیه بودن) قرار دارد، اکل مال به باطل است و بخش دیگر در قبال مقید (ذات مبیع = جاریه) اکل مال به باطل نیست؛ در نتیجه مقدار ثمن دریافتی در قبال قید از ملک مشتری خارج نمی‌شود و طبق این مبنا انحلال صورت می‌پذیرد، هرچند این دسته از فقیهان به دلایلی قول به انحلال را انتخاب نکرده و همچنان بیع را باطل می‌دانند (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۶: ۲۹۰).

با توجه به مطالب مطرح‌شده معلوم می‌شود تفاوت فقیهان در خوانش ادله نقلیه، از علل اختلاف آراء فقیهان در مسیر شناخت موضوع انحلال‌پذیری موضوعات معاملی است.

گروه دوم: برخی فقیهان در اثبات مدعای انحلال با استدلال به سه آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده/ ۱) و «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (بقره/ ۲۷۵) و «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» (نساء/ ۲۹)، بر

اصالة الصحة گفته اند: ببع بخش مملوک، چه به صورت مستقل صورت گیرد و یا به صورت ضمیمه، آیات مزبور دلیل بر صحت معامله است (طباطبایی قمی، ۱۴۲۳: ۲۱۰). طبق این استدلال، ببع دوجزئی منحل به بیوع متعدد شده و بدون هرگونه اشکالی می توان ادعا کرد در آن بخش که قابلیت نقل و انتقال وجود دارد، ببع صحیح واقع شده است و در بخش دیگر که قابلیت انتقال وجود ندارد، ببع صحیح واقع نشده است (موسوی خویی، بی تا: ۵/۵).

دیگران در رد این استدلال کوشیده و گفته اند: عرف به عنوان مبین کلام شرع، این استظهار را نمی پذیرد؛ زیرا وقتی فرد خانه ای را خریداری می کند، این طور نیست که گفته شود در هنگام خرید، ببع های متعدد واقع شده است؛ بلکه ببع بر مجموع مال صورت گرفته است، یعنی متعلق ببع، عام مجموعی است (طباطبایی قمی، ۱۴۲۳: ۲۱۰). به نظر می رسد به رغم اینکه ظاهراً استدلال به دلیل نقلی صورت گرفته، لیکن باطن استدلال به داشتن درکی روشن از واقعیت عرفی موضوع ببع مربوط است؛ اینکه مبیع قابلیت انحلال به موارد متعدد را دارد یا واقعیتی یکپارچه است؟

۲-۲-۳. روایات

تفاوت فهم در انحلال پذیری، از خلال استدلال به روایات نیز نمایان است. در بحث اجزاء خارجیه، برخی فقیهان (موسوی خویی، بی تا: ۵/۵) از روایت صفار^۱ (حز عاملی، ۱۴۰۹: ۳۳۹/۱۷) استظهار کرده اند که در مورد ضمیمه شدن ببع مملوک به غیر مملوک، این اجتماع موجب بطلان معامله نشده، بلکه منجر به انحلال گشته و مبیع نسبت به آن مقدار که در تملک بایع بوده است، به مشتری منتقل می گردد. بر این استدلال اشکالاتی وارد شده است، از جمله:

۱. «مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ الطُّوسِيُّ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ الصَّفَّارِ أَنَّهُ كَتَبَ إِلَى أَبِي مُحَمَّدٍ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيِّ الْعَسْكَرِيِّ بِإِسْنَادٍ فِي رَجُلٍ بَاعَ قِطَاعَ أَرْضَيْنِ فَبِحَضْرَةِ الْحَزْوَجِ إِلَى مَكَّةَ وَالْقَرْيَةِ عَلَى مَرَّجَلٍ مِنْ مَثَلِهِ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ مِنَ الْمَقَامِ مَا يَأْتِي بِحُدُودِ أَرْضِهِ وَعَرَفَ حُدُودَ الْقَرْيَةِ الْأَرْبَعَةَ فَقَالَ لِلشُّهُودِ: اشْهَدُوا أَنِّي قَدْ بَعْتُ فَلَانًا بَعْضَ الْمُشْتَرَى جَمِيعَ الْقَرْيَةِ الَّتِي حُدَّتْ مِنْهَا كَذَا وَالثَّانِي وَالثَّلَاثُ وَالرَّابِعَ وَإِنَّمَا لَهُ فِي هَذِهِ الْقَرْيَةِ قِطَاعٌ أَرْضَيْنِ، فَهَلْ يَصْلُحُ لِلْمُشْتَرَى ذَلِكَ وَإِنَّمَا لَهُ بَعْضُ هَذِهِ الْقَرْيَةِ وَقَدْ أَقْرَأَهُ بِكُلِّهَا فَوَقَّعَ بِإِسْنَادٍ لَا يَجُوزُ بَيْعُ مَا لَيْسَ بِمِلْكٍ وَقَدْ وَجِبَ الشَّرَاءُ مِنَ الْبَائِعِ عَلَى مَا يَمْلِكُ».

اشکال اول: هرچند این روایت دلیل بر انحلال است، لیکن با توجه به تعارض مدلول آن با آنچه در دیگر مباحث به دست آمده، می‌توان چنین نتیجه‌گیری کرد: این روایت انصراف و اختصاص به مورد خود دارد (انصاری، ۱۴۳۲: ۵۳۱/۳؛ طباطبایی قمی، ۱۴۲۳: ۲۱۰) و نمی‌توان از آن حکمی عام نسبت به تمامی صور بیع «ما یملک وما لا یملک» به دست آورد.

اشکال دوم: این روایت در خصوص اموالی است که قابلیت تملیک ندارند، از قبیل اموال وقفی، و شامل بحث نمی‌گردد (طباطبایی قمی، ۱۴۱۳: ۴۳۲/۲؛ غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۳۶۷/۲).

۲-۴. تبعیت از پیش‌فرض‌های مقبول در نزد فقیه

الف) «العقود تابعة للقصود»: برخی فقیهان در جهت اثبات انحلال ناپذیری موضوعات معاملی به این قاعده به مثابه یک پیش‌فرض تمسک کرده‌اند. تقریب بیان آنان چنین است: در امور وضعیه، هر اثری تابع اعتبار اعتبارکننده است و عقد نیز از امور وضعیه و تابع اعتبار طرفین عقد است و تخلف از آن نیازمند دلیل است. در بحث «بیع ما یملک» و نیز شرط و مشروط، این اعتبار مشاهده می‌شود.

در مورد «بیع ما یملک وما لا یملک»، در وقت انشاء بیع، مجموع مبیع متعلق قصد واقع شده، نه بخشی از آن؛ حال در صورت پذیرش انحلال و تفکیک متعلق قصد با آنچه واقع شده مابین است و به جهت تخلف از این قاعده، امکان انحلال وجود ندارد (نراقی، ۱۴۱۵: ۲۹۸/۱۴؛ کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۳۲؛ موسوی خویی، بی‌تا: ۳۹۱/۴؛ حسینی روحانی، ۱۴۲۹: ۲۳۸/۴؛ طباطبایی قمی، ۱۴۲۳: ۲۰۷).

در بحث شرط و مشروط نیز این تبعیت مشهود است و متعلق عقد، مجموع شرط و مشروط است. بنابراین با انتفاء شرط، مشروط نیز منتفی می‌شود؛ زیرا تراضی و قصد طرفین به تنهایی به مشروط تعلق نگرفته تا منجر به انحلال موضوع شود، بلکه بر مجموع شرط و مشروط تعلق گرفته است و با انتفاء یکی، مجموع منتفی می‌گردد (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۳۲؛ خویی، ۱۴۱۴: ۲۹۷/۱).

ب) تأثیر سبب در وقوع مسبب: برخی از قائلان به انحلال در جهت اثبات نظریه

خویش به این پیش‌فرض تمسک کرده و گفته‌اند: با تحقق سبب لاجرم مسبب نیز محقق می‌شود. عقد بیع سبب شرعی انتقال مبیع به مشتری است، در این معامله عقد به دو شیء تعلق گرفته است، نسبت به برخی از آن اجزاء سبب محقق نشده، لیکن نسبت به برخی دیگر که شرایط و اسباب محقق شده است، مسبب آن محقق می‌شود و این به معنای انحلال است (طباطبایی قمی، ۱۴۲۳: ۲۱۰).

ج) قرار گرفتن در یکی از عقود شرعیه: دیگر پیش‌فرض مقبول نزد فقیهان در جهت اثبات انحلال‌پذیری موضوعات معاملی، قرار داشتن عقد واقع شده در قالب یکی از عقود شرعیه است. بیع «ما یملک» در قالب معامله مورد قبول شرع قرار گرفته است و عرف این معامله را به‌عنوان بیع، و مال مملوک را به‌عنوان مبیع می‌شناسد. انضمام مال دیگری به این مال بایع، موجب خروج مال بایع از عنوان مبیع و خروج بایع از عنوان بایع نمی‌شود. بنابراین آن معامله صورت گرفته در محدوده ملکیت بایع صحیح واقع شده است (نراقی، ۱۴۱۵: ۲۹۷/۱۴) و این به معنای پذیرش انحلال موضوع معامله است.

۳. پیامد اختلاف آراء: تهافت و عدم انسجام

پیامد اختلاف دیدگاه فقیهان در موضوع انحلال‌پذیری موضوعات معاملی، عدم انسجام رأی و رویکردهای دوگانه در کلمات برخی از اندیشمندان عرصه فقهت‌هاست به‌واسطه پراکندگی این بحث در بخش‌های مختلف مکاسب است. چه‌بسا این عدم انسجام ناشی از روشن نبودن ابعاد نظریه‌ها در باب شناسایی موضوعات معاملی است. در این قسمت به مواردی اشاره می‌گردد:

۱- در بحث هیئت و ماده، این نابسامانی قابل مشاهده است. برخی فقیهان (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۶/۱) به شیخ انصاری معترض شده‌اند که وی در بخشی از کلام خویش (انصاری، ۱۴۳۲: ۱۲۶/۱) به این مطلب اذعان دارد که هیئت و ماده جزء خارجی محسوب نمی‌شود و در نگاه عرف جزء تحلیلی عقلی شمرده می‌شود (شیرازی، ۱۴۱۲: ۴۴/۱؛ حسینی روحانی، ۱۴۲۹: ۱۸۸/۱؛ شهیدی تبریزی، ۱۳۷۵: ۳۲/۱) و از این رو تفکیک‌پذیر نیست؛ ولی در جای دیگر، آن را همچون جزء دانسته است (انصاری، ۱۴۳۲: ۱۲۶/۱) و بحث تفکیک‌پذیری را مطرح می‌کند (تبریزی، ۱۴۱۶: ۸۴/۱؛ شیرازی، ۱۴۱۲: ۴۸/۱).

۲- طبق تصریح برخی فقیهان، ملکیت و مالیت از امور اضافی است که در صورت وجود داشتن مالک و متمول، این دو عنوان تحقق پیدا می‌کنند (نراقی، ۱۴۱۷: ۱۱۳). حال در دو بحث شرط و مشروط، و هیئت و ماده، این تهافت در کلام مشاهده می‌شود.

یکی از اندیشمندان عرصه فقاہت با اذعان به مالیت داشتن ماده (انصاری، ۱۴۳۲: ۱۲۶/۱) بیان می‌کند که هیئت و ماده، یک شیء محسوب شده و ماده به‌عنوان جزء تحلیلی عقلی محسوب می‌شود (همان: ۱۲۰/۱). برخی محشیان نیز بر این تحلیلی عقلی بودن در این بخش از کلام شیخ تصریح می‌کنند (شهیدی تبریزی، ۱۳۷۵: ۳۲/۱). این عملکرد ایشان، نشان از عدم انسجام رأی دارد؛ زیرا تصور مالیت برای شیء، در خارج محقق می‌شود و این ربطی به عالم ذهن و تحلیل عقلی ندارد.

در بحث شرط و مشروط نیز برخی از دانشیان فقه بر مالیت داشتن شرط اذعان دارند و نیز در صورت تخلف شرط از سوی مشروط‌علیه، بر آن شده‌اند که حاکم وی را مجبور به جبران خسارت می‌کند (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۳۳۲/۵)؛ ولی در بحث شرط و مشروط گفته‌اند برای شرط، قسطی از ثمن در نظر گرفته نمی‌شود (همان: ۳۳۵/۵). مشاهده می‌شود که این نیز نمونه‌ای از دوگانه‌گویی در رأی و کلام گوینده است.

۳- در بحث شرط و مشروط، چنانچه اجزاء خارجی به‌صورت شرطی مطرح شود، شیخ انصاری در قسمتی از کلامش این مورد را از مقوله شرط ندانسته و داخل در جزء می‌داند و بنابراین فرضیه تفکیک و انحلال را مطرح می‌کند؛ ولی در برخی دیگر از مواضع این‌طور عمل نکرده و بر شرطیت آن اذعان می‌کند و این تفاوت نگرش به یک مقوله از پیامدهای عدم تصور واضح و یکسان از مسئله است (ایروانی نجفی، ۱۴۰۶: ۶۸/۲).

۴- از دیگر تهافت‌های موجود در کلام شیخ انصاری طبق اذعان برخی از حاشیه‌نگاران (شهیدی تبریزی، ۱۳۷۵: ۵۷۶/۳) این است که به‌مناسبت بحثی، به قاعده «لشرط قسط من الثمن» اذعان داشته است (انصاری، ۱۴۳۲: ۸۴/۶ و ۹۲)؛ در حالی که قبل از آن، این قاعده را نفی کرده و بر آن می‌شود که برای شرط قسطی از ثمن قابل تصور نیست (همان: ۱۲۶/۱ و ۸۱/۶؛ منتظری، ۱۴۱۵: ۲۶۵/۲).

۵- آنان که در بحث شرط و مشروط، قول به انحلال را اختیار کرده و به تقسیط ثمن در ازاء شرط ملتزم شده‌اند (موسوی خمینی، ۱۴۱۸: ۱۲۰/۲؛ سبحانی تبریزی، ۱۴۱۶: ۴۹۲)، در

بحث تخلف شرط بر این مبنا پایبند نبوده و در صورت تخلف شرط، قسطی از ثمن را لحاظ نکرده و حق خیار را در نظر گرفته‌اند و این نیز نشان از تهافت است؛ بالاخره تخلف شرط چه پیامدی دارد؛ مثبت خیار است و یا موجب تبعض در ثمن؟ (موسوی خویی، بی‌تا: ۳۵۳/۷؛ منتظری، ۱۴۱۵: ۲۶۵/۲).

۶- در عبارات امام خمینی، این فراز و فرود قابل رؤیت است. در بحث هیئت و ماده، ایشان در بخشی از مطالب خویش بر انحلال‌پذیری موضوع اذعان می‌کند و به دنبال آن بر صحت این بیع در جانب ماده فتوا می‌دهد (موسوی خمینی، ۱۴۱۵: ۱۷۰/۱-۱۷۱؛ فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۷: ۸۴)؛ لیکن در بخشی دیگر با عدم پذیرش انحلال‌پذیری بر بطلان بیع تمایل پیدا می‌کند (موسوی خمینی، ۱۴۱۵: ۱۶۸/۱).

۷- دیگر موضع تهافت در کلام فقیهان را می‌توان در بحث هیئت و ماده پی‌جویی کرد. در بخشی از این بحث، انحلال و تفکیک میان هیئت و ماده را نمی‌پذیرد و بر عدم تصحیح بیع از جهت ماده اذعان دارد (انصاری، ۱۴۳۲: ۱۲۰/۱)؛ لیکن در قسمتی دیگر از این بحث، این تفکیک و انحلال را در دراهم مسکوکه می‌پذیرد و درصدد تصحیح بیع برمی‌آید (همان: ۱۱۹/۱). در اینجا این سؤال مطرح است که چه تفاوتی میان این دو بحث است؛ در مثالی این تفکیک را تجویز می‌کند و در مثالی دیگر این تفکیک را نمی‌پذیرد؟

۸- یکی دیگر از موارد تهافت در کلام دانشیان فقه را می‌توان در این بحث دانست که اگر فردی اقدام به فروش دسته‌ای چوب نماید و بُتی در آن میان یافت شود، گفته شده که این بیع جایز است (همان: ۱۱۳/۱)؛ زیرا هرچند به صورت اتفاقی، آن آلت حرام در حلال یافت شده است، ولی چون قصد فروش چوب را داشته و قصد معامله به بُت تعلق نگرفته، بیع صحیح است. حال آنکه در بحث بیع به قصد ماده فقط، بدون تعلق قصد به هیئت، حکم به عدم جواز می‌کنند و انحلال را نمی‌پذیرند (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۷/۲۲؛ انصاری، ۱۴۳۲: ۱۱۳/۱؛ موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۳: ۳۳۸/۱) و این تناقض است! میان این دو صورت چه فرقی است؟ در فرض فروش چوب، به انحلال و به تعلق بیع به ماده حکم می‌کنند، و در فرض فروش به قصد ماده فقط، به عدم انحلال حکم کرده و این بیع را جایز نمی‌دانند (موسوی خویی، بی‌تا: ۱۵۱/۱؛ شیرازی، ۱۴۱۲: ۴۳/۱).

۹- در موضوع انحلال‌پذیری، برخی فقیهان این نکته را متذکر شده‌اند که در صورت تعلق قصد متعاملین به غیرحرام، تبعض صورت می‌گیرد و به صحت و جواز این بیع در آنچه به ملک او منتقل گردیده، حکم می‌شود (شیرازی، ۱۴۱۲: ۴۳/۱؛ سبحانی تبریزی، ۱۴۱۶: ۲۶۰؛ فاضل موحدی لنگرانی، ۱۴۲۷: ۸۴)؛ درحالی که در بحث دیگر بیان می‌کند که اگر چنین قصدی معتبر باشد، موجب حلیت اکثر محرّمات می‌شود (موسوی خمینی، ۱۴۱۵: ۱۸۹/۱). ملاحظه می‌شود که در اینجا نیز تهافت پدید آمده و به سبب وجود این تهافت است که برخی از دانشیان فقه، ملتزم به انحلال بیع در صورت وجود قصد نشده و این بیع را جایز ندانسته‌اند (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۷/۲۲).

۱۰- در استدلال بر فساد بیع مشروط به شرط فاسد، برخی فقیهان آن را مصداق اکل مال به باطل دانسته (انصاری، ۱۴۳۲: ۱۲۶/۱؛ غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۱۰/۱) و با در نظر گرفتن حرف بآ در معنای مقابله، ملتزم به عدم انحلال شده‌اند. تقریب استدلال آنان چنین است که ثمن در تقابل با شرط قرار دارد و شرط تمام موضوع معامله را تشکیل می‌دهد؛ درحالی که باید گفت التزام به عدم انحلال و حکم به بطلان به صورت کلی، وجهی ندارد و در این بحث یا باید ملتزم به سرایت فساد شرط به عقد شد (تبریزی، ۱۴۱۶: ۷۸/۱) و یا قول به انحلال را انتخاب کرد (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۲۹۸/۵).

نتیجه‌گیری

در عرصه اجتهاد، شناخت موضوع و متعلق حکم از اهمیتی ویژه برخوردار است، تاجایی که می‌توان ادعا کرد در عصر حاضر فتوای دقیق بدون موضوع‌شناسی صحیح امکان ندارد. از موضوعات بسیار مهم و دقیق که کمتر مورد توجه واقع شده است، انحلال‌پذیری موضوعات معاملی است. در تصدیق انحلال‌پذیری و انحلال‌ناپذیری موضوعات معاملی، تفاوت آراء بسیاری در میان فقیهان وجود دارد که شناسایی و بررسی علت‌های منجر به این اختلاف، تأثیر شگرفی در مواجهه با موضوع و شناسایی آن دارد.

این پژوهش به دنبال کشف علت‌های اختلاف فقیهان و پیامد اختلاف آراء در شناخت این موضوع بود که مهم‌ترین آن علل عبارت بودند از:

۱- استناد به فهم عرفی: علت اصلی و مهم در پدیدار شدن اختلاف دیدگاه، فهم عرفی و عرف بود. اغلب فقها انحلال‌پذیری یا انحلال‌ناپذیری را مقوله‌ای عرفی دانستند، لیکن در تشخیص خود دچار اختلاف شدند و این امر پرده از این واقعیت برمی‌دارد که ضوابط تشخیص عرفی موضوع به‌درستی تبیین نشده و بر روی آن توافق عمومی پدید نیامده است. به‌هرحال این سؤال گریبان‌گیر است که چه امری سبب گردید با اینکه هر دو گروه به فهم عرفی استناد کرده‌اند، دو نتیجه متناقض به دست آید؟

به نظر می‌رسد ریشه اختلاف در موارد زیر است:

الف) اینکه برخی فقیهان فهم عرفی را فهم عقلایی، و عرف را مساوی با عقلا گرفته‌اند و برخی دیگر عامه مردم. عدم تبیین دقیق افراد تحت پوشش این عنوان موجب اختلاف در تعابیر فقیهان گردیده است.

ب) نزد برخی فقیهان، این دلیل در مرتبه دلیل شرعی است و به‌عنوان دلیلی مستقل نگریسته می‌شود. برخی عرف را اصل دانسته و شرع را دنباله‌رو آن معرفی کرده‌اند؛ در مقابل، برخی دیگر عرف را به‌عنوان ابزاری در جهت تبیین مراد شارع قرار داده و نگاهی آلی به آن افکنده‌اند.

۲- تأسیس برخی اصول و قواعد: علت دیگر که موجب اختلاف دیدگاه فقیهان شده است، بنیان نهادن برخی از اصول و قواعد است، از جمله:

الف: اصل تقسیط ثمن بر دو شیء خریداری شده،

ب: اصل تعدد بیع،

ج: اصل عدم تعدد بیع،

د: اصل رکنیت هیئت در مبیع و استهلاك ماده در آن،

ه: اصل رکنیت ماده و پوسته‌انگاری هیئت،

و: اصل تقسیط ثمن بر شروط،

ز: اصل عدم تقسیط ثمن بر شروط.

این اصول و قواعد خود عمدتاً منتسب به عرف است، لیکن در پذیرش جایگاه آن توافقی صورت نگرفته است؛ از این‌رو هر اصلی به‌مثابه ابزاری در خدمت اطراف نزاع

قرار گرفته و سبب شده که دامنه اختلاف وسعت یابد.

۳- توسل به دلایل نقلی در حل مسئله و بروز اختلاف در خوانش.

۴- بنا نهادن بر برخی پیش فرض های مورد توافق. مشکل آنجا عمق یافته که هریک از اطراف نزاع به پیش فرضی متوسل شده که دربردارنده نتایج متفاوت نسبت به دیگری است.

اختلاف آراء فقیهان در عرصه شناخت موضوع دارای پیامدهایی است، از جمله تناقض گویی و عدم انسجام. با توجه به پراکندگی موارد موضوعات معاملی در بخش های مختلف مکاسب، این پراکندگی موجب ایجاد تهافت و عدم انسجام در کلام فقیهان شده است و این بر معضل افزوده و سبب زوال اعتماد به اقوال شده است.

با دقت در این پیامد و علل و دیگر عللی که می توان بر این فهرست افزود، می توان به این مطلب پی برد که دستاوردهای موضوع شناسی فقهی در ابواب و مسائل معاملی در حد قابل قبولی قرار ندارد، اختلاف آرا دامنه دار بوده و مادامی که ابعاد علل اختلاف به درستی شناسایی نشود و بر روی آن توافق صورت نگیرد، همچنان شکاف عمیق در شناخت موضوعات معاملات وجود خواهد داشت و این مسئولیت بر عهده فقه پژوهان قرار دارد که از خلال تحقیق های منسجم، پراکنده گویی ها و تناقضات را کنار نهند.

فهرست منابع

۱. قرآن کریم.
۲. امامی خوانساری، محمد. الحاشیة الثانية على المكاسب، بی جا، بی نا، بی تا.
۳. انصاری، مرتضی بن محمد امین، کتاب المكاسب، تحقیق لجنة تحقیق التراث الشيخ الاعظم، قم، مجمع الفكر الاسلامی، ۱۴۳۲ق.
۴. ایروانی نجفی، علی بن عبدالحسین، حاشیة المكاسب، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ق.
۵. تبریزی، جواد بن علی، ارشاد الطالب الى التعلیق على المكاسب، چاپ سوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۶ق.
۶. حرّ عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعة الى تحصیل مسائل الشریعة، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ق.
۷. حسینی روحانی، سید محمد صادق، منهاج الفقاهة، چاپ پنجم، قم، انوار الهدی، ۱۴۲۹ق.
۸. خوبی، محمد تقی، الشروط والالتزامات التبعية فی العقود، بیروت، دار المؤرخ العربی، ۱۴۱۴ق.
۹. سبحانی تبریزی، جعفر، المختار فی احکام الخیار، قم، مؤسسه امام صادق علیهما السلام، ۱۴۱۴ق.
۱۰. همو، الموهب فی تحریر احکام المكاسب، قم، مؤسسه امام صادق علیهما السلام، ۱۴۱۶ق.
۱۱. شهیدی تبریزی، میرزا فتاح، هداية الطالب الى اسرار المكاسب، تبریز، چاپخانه اطلاعات، ۱۳۷۵ق.
۱۲. شیرازی، میرزا محمد تقی بن مجبلی، حاشیة المكاسب، تحقیق و تصحیح علی یزدی، قم، شریف رضی، ۱۴۱۲ق.
۱۳. طباطبایی قمی، سید تقی، الانوار البهیة فی القواعد الفقهیة، قم، محلاتی، ۱۴۲۳ق.
۱۴. همو، عمدة المطالب فی التعلیق على المكاسب، قم، محلاتی، ۱۴۱۳ق.
۱۵. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم بن عبد العظیم، حاشیة المكاسب، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۲۱ق.
۱۶. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، کتاب الخلاف، تحقیق علی خراسانی، سید جواد شهرستانی و مهدی طه نجف، زیر نظر مجتبی عراقی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ق.
۱۷. علامه حلّی، ابومنصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، مختلف الشیعة فی احکام الشریعة، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
۱۸. غروی اصفهانی (کمپانی)، محمد حسین، حاشیة کتاب المكاسب، تحقیق و تصحیح عباس محمد آل سیاب قطیفی، قم، انوار الهدی، ۱۴۱۸ق.
۱۹. غروی نائینی، میرزا محمد حسین، کتاب منیة الطالب فی حاشیة المكاسب، تقریر موسی بن محمد نجفی خوانساری، تهران، المكتبة المحمدیة، ۱۳۷۳ق.
۲۰. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة - المكاسب المحرمة، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۷ق.
۲۱. کاشف الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر، انوار الفقاهة - کتاب البیع، نجف اشرف، مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق.
۲۲. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، الكافی، تحقیق و تصحیح علی اکبر غفاری، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیة، ۱۴۰۷ق.
۲۳. لاری، سید عبدالحسین، التعلیقة على المكاسب، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیة، ۱۴۱۸ق.
۲۴. مروجی قزوینی، علی، تمهید المطالب فی شرح المكاسب، قم، بهمن آرا، ۱۴۳۴ق.

۲۵. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الازهان الی احکام الایمان، تحقیق مجتبی عراقی، علی بنایه اشتهاردی و حسین یزدی اصفهانی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ق.
۲۶. مکارم شیرازی، ناصر، انوار الفقاهة (کتاب التجارة)، قم، مدرسة الامام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۶ق.
۲۷. منتظری، حسین علی، دراسات فی مکاسب المحرمه، قم، تفکر، ۱۴۱۵ق.
۲۸. موسوی خمینی، سیدروح الله، مکاسب المحرمه، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۵ق.
۲۹. همو، کتاب البیع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ق.
۳۰. موسوی خمینی، سیدمصطفی، الخیارات، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸ق.
۳۱. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، مصباح الفقاهه، تقریر محمدعلی توحیدی تبریزی، بی جا، بی نا، بی تا.
۳۲. موسوی سبزواری، سیدعبدالاعلی، مذهب الاحکام فی بیان الحلال والحرام، چاپ چهارم، قم، مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ق.
۳۳. موسوی گلپایگانی، سیدمحمدرضا، هدایة العباد، تحقیق و تصحیح علی ثابتی همدانی و علی نیری همدانی، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۱۳ق.
۳۴. نجفی، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، تحقیق عباس قوچانی، علی آخوندی و محمود قوچانی، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.
۳۵. نراقی، ملااحمد بن محمد مهدی، عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال والحرام، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
۳۶. همو، مستند الشیعة فی احکام الشریعه، قم، مؤسسه آل البيت علیه السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۵ق.

واکاوی نقش ابهامات مفهوم فقهی رشد

در اصلاحات ناکام سن قانونی ازدواج دختر*

- زهرا فرزنانگان^۱
- محسن ملک‌افضلی^۲

چکیده

گرچه مشهور فقهای امامیه به‌ظاهر در مورد عدم استقلال سفیه در ازدواج اتفاق نظر دارند، تفسیر ایشان از رشد و سفاقت یکسان نیست. از آنجاکه «رشد» به معنای ملکه حفظ و اصلاح مال به‌عنوان یکی از شرایط متعاقدين در عقود مالی مدّ نظر شارع بوده و نکاح در بدو امر با ماهیتی غیر مالی رخ می‌نماید، سؤالی کلیدی در خصوص ارتباط بین «رشد» و «نکاح» شکل می‌گیرد. رشد در ازدواج به هر مفهومی که باشد، راه‌های احراز آن نیز متفاوت بوده و با مسائل حقوقی و اجتماعی در این زمینه گره می‌خورد. بسیاری از تلاش‌هایی که در راستای اصلاح قانون مدنی مربوط به سن ازدواج صورت گرفته و همچنان بی‌ثمر مانده است، ریشه در ابهام‌های فقهی این مسئله دارد. این مقاله که با روشی

* تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۶/۲۱ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۱۸.

۱. دانش‌آموخته دکتری کلام اسلامی دانشگاه قم؛ سطح سه حوزه علمیه خواران قم - جامعه الزهرا(س) (نویسنده مسئول) (z.farzanegan@gmail.com).

۲. استاد جامعه المصطفی العالمیه، قم (mohsenmalekafzali@yahoo.com).

تحلیلی از منابع روایی و فقهی بهره گرفته، به اثبات این فرضیه می‌پردازد که نزد اکثر فقهای متأخر، رشد در نکاح به معنای رشد فکری لازم در انتخاب همسر و تشکیل خانواده است، نه ملکه حفظ و اصلاح مال. شفافیت در ارائه مفهوم موردنظر فقها از شرطیت رشد در ازدواج به بسیاری از معضلات اجتماعی که منجر به وضع قوانین مدنی بدون ضمانت اجرای کافی و گاهی غیرمنطبق با فقه امامیه شده است، خاتمه می‌دهد.

واژگان کلیدی: رشد، شرطیت رشد، سفاقت، نکاح.

مقدمه

یکی از شرایط صحت عقد نکاح از منظر فقه اسلامی، رسیدن متعاقدین به حد رشد است. با این حال، جایگاه رشد در ازدواج دختر به عنوان شرطی از شروط صحت عقد و فروع این مسئله در میان کلمات فقهای امامیه از شفافیت کافی برخوردار نیست؛ تا جایی که پس از پیروزی انقلاب اسلامی ایران تاکنون، قانون مدنی ایران با هدف انطباق با فقه اسلامی، چندین بار مورد بازبینی قرار گرفته و به عقیده برخی پژوهشگران و حقوق دانان، همچنان نیازمند اصلاح است.

برای روشن شدن سیر تحولات قانونی در خصوص سن ازدواج دختر، توجه به جدول زیر راهگشاست:

مقایسه سیر تحولات قانونی سن رشد و سن ازدواج دختر در حقوق موضوعه ایران				
دوره تاریخی	ماده قانونی	مفاد قانون	تاریخ تصویب	سن رشد در قانون مدنی
پیش از انقلاب اسلامی ایران	ماده ۱۰۴۱ ق.م.	ممنوعیت ازدواج دختر قبل از ۱۵ سالگی	۱۳۱۳	۱۸ سالگی * امکان صدور رأی معافیت از شرط سن در موارد بالای ۱۵ سال
	ماده ۱۰۴۲ ق.م.	عدم استقلال دختر در ازدواج حتی پس از ۱۸ سال		
	ماده ۲۳ قانون حمایت از خانواده	تعیین ۱۸ سالگی به عنوان سن ازدواج دختر تبصره: صدور معافیت از شرط سن با رأی قاضی بین ۱۵ تا ۱۸ سالگی	۱۳۵۳	

حذف سن رشد از قانون و جایگزینی سن بلوغ * رأی وحدت رویه در سال ۱۳۶۴: اختصاص سن بلوغ به عنوان اماره رشد در امور مالی و لزوم احراز رشد پس از سن بلوغ در امور مالی	۱۳۶۱	حذف سن ازدواج و تثبیت قانون عدم استقلال دختر در ازدواج پیش و پس از بلوغ	۱۰۴۳.ق.م.	پس از انقلاب اسلامی ایران
	۱۳۷۰	اضافه شدن قید «باکره» در ماده سابق	۱۰۴۱.ق.م.	
		ممنوعیت ازدواج دختر پیش از سن بلوغ		
		ممنوعیت ازدواج دختر پیش از ۱۳ سال		

تحقیق حاضر بر آن است تا ضمن روشن ساختن خلل قانونی در سن ازدواج دختر، به ریشه‌یابی این امر در فقه امامیه و چالش‌های نظری آن بپردازد و با ارائه راهکاری فقهی برای اصلاح قانون، جهت پایان دادن به معضلات اجتماعی ناشی از ازدواج‌های زود هنگام مستند به قانون مدنی، گامی مؤثر بردارد.

۱. تفکیک سن رشد از سن ازدواج در قانون مدنی

در قانون مدنی ایران، سن ازدواج در قوانین مربوط به خانواده مورد طرح و بازبینی قرار گرفته و سخنی از رشد زوجین هنگام عقد به میان نیامده است. با این حال، نویسندگان قانون مدنی از اهمیت احراز رشد در پاره‌ای از عقود و ایقاعات غفلت نورزیده، بلکه در برخی مقاطع درصدد تعیین سن رشد نیز برآمده‌اند. دغدغه نویسندگان قانون مدنی در تلاش برای احراز صلاحیت‌های لازم در زن و مرد پیش از اقدام به ازدواج، تحت عنوان قابلیت صحی برای ازدواج، نمود پیدا کرده است.

منظور از قابلیت صحی برای ازدواج، دارا بودن استعداد جسمانی هریک از زن و شوهر آینده برای روابط جنسی و پیامدهای مترتب بر آن می‌باشد. قانون مدنی یکی از شرایط نکاح را قابلیت صحی زوجین قرار داده است تا موجب اختلال سلامتی آنان نشود. سنی که افراد قابلیت صحی برای ازدواج پیدا می‌کنند، به اعتبار طبیعت در هریک متفاوت است؛ چنان که بعضی افراد زودتر و بعضی دیرتر آن را به دست می‌آورند که آن قابلیت حقیقی طبیعی است؛ ولی قانون برای یکنواخت ساختن آن در تمامی

افراد و آزاد نگذاشتن در تشخیص با توجه به محیط و طبیعت افراد، سنی را برای آن معین نموده که سن قانونی ازدواج نامیده می‌شود (امامی، ۱۳۷۵: ۲۷۸/۴). بنابراین می‌توان گفت نویسندگان قانون مدنی تنها توانایی جسمانی لازم در نکاح را مدّ نظر داشته و طبق آن به تدوین قانون اقدام کرده‌اند.

این در حالی است که رشد به‌عنوان یکی از شرایط اهلیت در معاملات، یا به عبارت دیگر، یکی از ارکان اهلیت استیفاً مدّ نظر قانون‌گذار بوده است. ماده ۲۱۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد:

«برای اینکه متعاملین اهل محسوب شوند، باید بالغ و عاقل و رشید باشند» (امامی، ۱۳۷۵: ۲۳۷/۴).

ماده ۱۲۰۸ قانون مدنی نیز سفیه یا غیررشید را این چنین تعریف می‌کند: «غیررشید کسی است که تصرفات او در اموال و حقوق مالی خود عقلایی نباشد» (شهیدی، ۱۳۸۰: ۲۴۴).

اما در خصوص امور غیرمالی از جمله ازدواج، شرطیت رشد لحاظ نشده و آنچه مدّ نظر قانونگذار بوده، سن ازدواج است. ممکن است دیدگاه غالب میان فقها مبنی بر اختصاص دادن شرطیت رشد در تصرفات مالی یا آیات و روایاتی که از بلوغ نکاح به‌عنوان امری مستقل از تحقق رشد سخن می‌گویند، الهام‌بخش نویسندگان قانون مدنی هنگام نگارش و تصویب قوانین خانواده بوده است؛ برای مثال: «و یتیمان را چون به حد بلوغ برسند، بیازمایید! اگر در آنها رشد [کافی] یافتید، اموالشان را به آنها بدهید!» (نساء/۶).

علامه طباطبایی در تفسیر این بخش از آیه می‌نویسد:

«معنایش این است که یتیم سفیه را بیازمایید و این معنا را می‌رساند که این آزمایش باید از زمان تمیز دادن همچنان ادامه داشته باشد تا به سن ازدواج برسد؛ آنگاه اگر دیدید که رشد عقلی یافته، مالش را به دست خودش بدهید. باید این آزمایش تکرار بشود تا ایناس یعنی مشاهده رشد در کودک حاصل گردد؛ چون کودک بعد از حدّ تمیز، کم‌کم به حدّ رهاق و سپس به حدّ ازدواج و آنگاه به حدّ رشد می‌رسد» (طباطبایی، ۱۳۷۴: ۲۷۴/۴).

این تفسیر به روشنی حکایت از تفکیک سن رشد از سن ازدواج دارد. منظور از حدّ ازدواج در عبارت ایشان، زمانی است که دختر و پسر قابلیت صحی برای ازدواج دارند؛ گرچه ممکن است هنوز به حدّی از رشد نرسیده‌اند که بتوانند به طور مستقل در مسائل مالی یا سایر امور زندگی خویش تصمیم‌گیری و اقدام کنند.

برخی نیز از تقابل بین رشد و سفه در متون فقهی و اختصاص سفاقت به امور مالی نتیجه گرفته‌اند که رشد نیز مفهومی است که به امور مالی اختصاص دارد (کاملی و برزویی، ۱۳۹۴: ۱۲۴). گرچه تعدادی دیگر از دانشمندان معتقدند شرطیت رشد در معاملات امری است که در قانون مدنی به طور کلی مطرح و در ازدواج نیز مسلم فرض شده است. به عنوان نمونه از دیدگاه شهید مطهری، منظور از «اهلیت» در ماده ۲۱۱ قانون مدنی اهلیت عام است که در تمام عقود لازم است و اختصاصی به معاملات ندارد. ایشان می‌نویسد:

«هرچند در این جمله، کلمه "متعاملین" به کار رفته و باب نکاح باب معامله نیست، اما چون دنباله یک عنوان کلی است (عقود، معاملات و الزامات) که از ماده ۱۸۱ آغاز می‌شود، کارشناسان قانون مدنی، ماده ۲۱۱ را به عنوان "اهلیت عام" تلقی کرده‌اند که در همه عقود لازم است. نویسندگان قانون مدنی باور نمی‌کرده‌اند که کار انحطاط فکری به اینجا بکشد که با آنکه اهلیت عام را ذکر کرده‌اند، لازم باشد که مجدداً ماده‌ای در باب نکاح به بلوغ و عقل و رشد اختصاص دهند» (مطهری، ۱۳۷۵: ۹۹).

اما با توجه به اینکه این سخنان پیش از اصلاحات قانون مدنی سال ۱۳۶۱ ایراد شده و بعدها به صراحت، سن بلوغ به عنوان سن ازدواج تعیین گشت، به نظر می‌رسد اشکالات و ایراداتی که به این ماده قانونی وارد شده، همچنان جای بحث و بررسی دارد؛ به ویژه که برداشت حقوق دانان از سکوت قانون مدنی نسبت به ازدواج سفیه یکسان نیست و برخی از آنان به عنوان نمونه از ماده ۱۰۶۴ قانون مدنی به طور ضمنی استقلال سفیه در نکاح را استنباط کرده (کاتوزیان، ۱۳۷۵: ۷۶/۱) و برعکس، برخی دیگر این ماده را از شواهد لزوم رشد در نفوذ نکاح دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶: ۱۰۵).

سن ازدواج در قانون مدنی ایران بدون در نظر گرفتن سن رشد یا سایر ملاک‌ها در

احراز رشد، به انگیزه تبعیت از فقه امامیه پس از انقلاب اسلامی ایران از ۱۸ سالگی به ۱۳ سال برای دختر و ۱۵ سال برای پسر تغییر یافت. ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی کنونی بدین شرح است:

«عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به سن ۱۳ سال تمام شمسی، و پسر قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام شمسی، منوط است به اذن ولیّ به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح» (وبگاه مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی).

گرچه هنوز هم مغایرت این قانون با احکام شرعی مشهود بوده و از سوی دیگر، پاسخگوی دغدغه بسیاری از جامعه‌شناسان و متخصصان در مسائل خانواده مبنی بر ضرورت افزایش سن ازدواج در نوجوانان نیز نیست. اشکال دیگری که می‌تواند متوجه این اصلاحیه باشد، عدم هماهنگی بین مبنای فقهی برای تعیین سن ازدواج دختر و پسر است. با توجه به اینکه ۱۵ سال قمری، آخرین اماره بلوغ در پسران است، تعیین ۱۵ سال شمسی به عنوان سن ازدواج پسران، این توجیه را به ذهن متبادر می‌سازد که یکی از شرایط استقلال در ازدواج در این سن به‌طور طبیعی لحاظ شده و از آنجا که سن بلوغ اماره‌ای قانونی برای رسیدن به سن رشد نیز هست، می‌توان گفت که شرطیت رشد نیز در ازدواج پسران مدنظر قانون‌گذار بوده است. اما ۱۳ سالگی در دختران نه بیانگر سن بلوغ است و نه اماره‌ای برای احراز رشد. از این‌روست که هماهنگی بین تعیین سن ازدواج دختران و پسران در این ماده قانونی به چشم نمی‌خورد.

به نظر می‌رسد تلاش‌ها برای اصلاح این قانون بدون لحاظ ملاک‌های دقیق‌تری برای احراز رشد در زن و مرد پیش از ازدواج عقیم است. بنابراین بررسی مفهوم رشد و شرطیت آن در ازدواج از منظر فقهی ضرورت دارد.

۲. مفهوم رشد و سفاهت

پیش از تبیین مبانی فقهی در باب شرطیت «رشد» در نکاح لازم است به مفهوم‌شناسی لغوی و اصطلاحی واژگان کلیدی پرداخته شود.

۱-۲. رشد

رشد در لغت به معنای هدایت، استقامت در طریق حق (حسینی واسطی زبیدی، ۱۴۱۴: ۴/۴۵۳) و مخالف با «غی» به معنای گمراهی است (فراهیدی، ۱۴۱۴: ۱/۶۷۸). از آنجا که این واژه در اصطلاح فقهی غالباً در مورد مسائل مالی استعمال شده، در کلمات برخی فقها با ارجاع به معنای عرفی این واژه، اصلاح مال یا رعایت مصلحت در تصرفات مالی اعم از تحصیل، حفظ و خرج کردن اموال تعریف شده است (سیوری حلی، ۱۴۰۴: ۲/۱۸۱). در روایات نیز در ذیل تفسیر آیه ۶ سوره نساء^۱ رشد را حفظ مال معنا کرده‌اند (صدوق، ۱۴۱۳: ۴/۲۲۲). برخی دیگر از فقها برخلاف تعریف فوق از رشد که آن را فعل خارجی تفسیر می‌کند، رشد را یک ملکه نفسانی دانسته‌اند که مقتضی اصلاح مال و جلوگیری از مصرف کردن آن در مواردی است که عقلاً آن را شایسته نمی‌دانند (مشکینی، ۱۳۷۷: ۲۷۰). گفتنی است که برخی فقها چون شیخ طوسی، عدالت را نیز در تحقق رشد شرط دانسته‌اند (طوسی، ۱۳۸۷: ۲/۲۸۴)؛ اما بیشتر فقهای شیعه با او هم عقیده نیستند (جبی عاملی، ۱۴۱۳: ۴/۱۴۹). صاحب‌جوهر چون برخی دیگر از فقها، معنای رشد را امری عرفی می‌داند و تعریف اصطلاحی آن را از جمله وظایف فقیه برنمی‌شمارد (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۶/۴۹).

رشد در باب نکاح

برخی فقها از واژه رشد، مفهومی عمومی‌تر برداشت کرده و آن را به تناسب موضوع و مورد کاربردش معنا کرده‌اند. از این رو رشد در باب نکاح را به معنای قدرت تشخیص مصلحت و مفسده در امر انتخاب همسر و تشکیل خانواده گرفته و تعریف یادشده از رشد در مسائل مربوط به معاملات را تنها از باب غلبه استعمال دانسته‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۳۳: ۲/۸۶۴).

از آنجا که اصطلاح رشد در مقابل سفاهت - که از اسباب حجر است - استعمال می‌شود، برای روشن شدن بهتر معنای رشد لازم است واژه سفاهت نیز مفهوم‌شناسی شود.

۱. «فَإِنْ آذَنْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا»؛ اگر در آن‌ها رشد [کافی] یافتید.

۲-۲. سفاهت

سفاهت از نظر لغوی به معنای خفت و سبکی عقل است (ابن‌منظور، ۱۴۱۴: ۱۳/۴۹۷) و در عرف نیز به همین معنا به کار می‌رود. ملا احمد نراقی در *عوائد الایام* بحث مفصلی را به تبیین معنای سفاهت و مراتب آن و تفاوت سفیه با مجنون اختصاص داده است. از منظر وی، سفاهت عبارت است از خفت عقل و نقصان آن و عدم کمال عقل نسبت به عامه مردم؛ یعنی نقصان شخص نسبت به عقلی که در طریقه معاش و معاملات و مصاحبت با مردم به آن محتاج است (نراقی، ۱۴۱۷: ۵۲۰).

گفتنی است که این مفهوم از سفاهت برگرفته از روایات معصومان علیهم‌السلام است؛ برای نمونه، امام صادق علیه‌السلام در پاسخ به سؤالی که از ایشان در مورد معنای سفیه پرسیده شد، فرمود: «کسی که یک درهم را به چند برابر قیمت می‌خرد» (طوسی، ۱۴۰۷: ۱۸۲/۹).

بنابراین سفه که از نظر اصطلاح فقهی و حقوقی از اسباب حجر بوده و در مقابل «رشد» محسوب می‌شود، سفاهت در خصوص مسائل مالی است (مشکینی، ۱۳۷۷: ۲۷۰).

معنای متعارف و مصطلح از رشد و سفاهت تبیین شد؛ اما اختصاص یافتن معنای مصطلح از سفاهت به تصرفات مالی، خود یکی از مسائلی است که سبب اختلاف فقها در مورد شرطیت یا عدم شرطیت رشد خاص نکاح در اقدام به ازدواج شده است. در خصوص شرطیت رشد در نفوذ عقد نکاح، دو دیدگاه کلی میان فقهای امامیه وجود دارد؛ اکثر فقها رشد را از شرایط زوجین دانسته‌اند، گرچه در تفسیر مفهوم مورد نظرشان از این واژه هم‌صدا نیستند. طبق مبنای گروهی دیگر اساساً رشد و سفه اختصاص به مسائل مالی دارد و سفاهت منجر به محجوریت در اقدام به ازدواج نمی‌شود. قائلان دیدگاه دوم در اقلیت بوده و از حاشیه‌نویسان بر عروه تنها آیه‌الله حکیم طرفدار این نظریه است (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۱۴/۴۶۰-۴۶۱). اما قائلان دیدگاه نخست نیز به دلیل اختلافات در مبانی و ادله، تفاسیر متفاوتی از مفهوم «رشد» به‌عنوان شرطی از شروط نفوذ عقد نکاح ارائه کرده‌اند. این دسته از فقها خود به دو گروه تقسیم می‌شوند؛ برخی رشد در امور مالی را برای استقلال شخص در نکاح لازم دانسته و برخی دیگر تنها احراز رشد فکری در مسائل مربوط به انتخاب همسر و تشکیل خانواده را ضروری برشمرده‌اند.

۳. قول اول: کفایت رشد در امور مالی برای ازدواج

بسیاری از فقها تعریف سفاهت و رشد را از منظر فقهی تنها در دایره تصرفات مالی لحاظ می‌کنند. این گروه، سفیه در مسائل مالی را در نکاح نیز محجور می‌دانند و احراز رشد مالی را موجب رفع این حجر برمی‌شمارند؛ اما در استنباط این حکم با مبانی متفاوتی ورود می‌کنند. این بخش به بررسی مبانی مختلف در این باب و ادله آنان اختصاص می‌یابد.

۳-۱. اختصاص حجر سفیه به تصرفات مالی و تلازم نکاح با این‌گونه

تصرفات

طبق یک مبنا رشد و سفه اختصاص به امور مالی دارد؛ اما از آنجا که نکاح نیز با تصرفات مالی همراه است، رشد در این‌گونه تصرفات برای حکم به نفوذ عقد نکاح ضروری و کافی است. بنابراین از یک سو رشد و سفاهت تنها در حیطه امور مالی معنا می‌شود و از سوی دیگر ازدواج نیز در حکم تصرف در اموال است و چنین امری برای شخص سفیه بدون اذن ولیّ جایز نیست.

علامه در تذکره (علامه حلّی، ۱۳۸۸: ۶۱۰)، محقق ثانی در جامع المقاصد (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۱۲/۱۰۰) و شهید ثانی در مسالک (جعبی عاملی، ۱۴۱۳: ۷/۱۵۰) از کسانی هستند که همین فتوا را داده‌اند. از متأخران نیز آیه‌الله شبیری ملازمه بین نکاح و امور مالی را می‌پذیرد (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۱۱/۳۹۲۵). صاحب جواهر در «کتاب الحجر»، نکاح را دارای ماهیت مالی می‌داند و کسی را که در امور مالی سفیه باشد، مستقل در ازدواج نمی‌داند. عبارت وی چنین است:

«ظاهر این است که دختر با ازدواج کردن، خود را درگیر تصرفات مالی می‌کند از جهت مقابله بضع خویش با مال؛ پس ازدواج سفیه بدون اذن ولیّ جایز نیست، اما [منع ازدواج سفیه بدون اذن ولیّ] ظاهر است؛ زیرا مهریه به عهده اوست» (نجفی، ۱۴۰۴: ۵۶/۲۶).

اما در «کتاب النکاح»، ازدواج دختر را تصرفی غیرمالی می‌خواند و معتقد است که دلیلی بر اعتبار اذن ولیّ در ازدواج دختری که تنها در مسائل مالی سفیه باشد، وجود

ندارد (همان: ۱۷۷/۲۹). ممکن است منظورش این باشد که عقد نکاح بدون اذن ولی نافذ است، اما تعیین مهریه نیاز به اذن ولی دارد و اگر ولی دختر مهریه تعیین شده را اجازه ندهد، در عقد دائم که صحت عقد منوط به تعیین مهریه نیست، مراجعه به مهرالمثل می‌شود.

۱-۱-۳. ادله

این دسته از فقها به روایت زراره از امام صادق علیه السلام که در خصوص ازدواج دختر رشیده است، استناد کرده و با الغاء خصوصیت از زن رشیده، حکم آن را در مورد هریک از زوجین جاری می‌دانند. روایت زراره از امام صادق علیه السلام چنین است:

«زنی که مالک امر خویش باشد [به گونه‌ای که] خرید و فروش می‌کند و بنده آزاد نمی‌نماید و شهادت می‌دهد و هر مقدار از مالش را بخواهد می‌بخشد، کارهایش نافذ است؛ اگر بخواهد، بدون اذن ولی ازدواج می‌کند. ولی اگر این گونه نباشد، ازدواج او بدون اذن ولی جایز نیست» (طوسی، ۱۴۰۷: ۳۷۸/۷).

طبق برداشت برخی فقها، از این روایت استفاده می‌شود که بین رشد مالی و استقلال در امر نکاح ملازمه است (عاملی جزینی، ۱۴۱۴: ۲۴/۳). بنابراین کسی که در امور مالی رشید باشد، در ازدواج نیز مستقل است.

۲-۱-۳. نقد و بررسی

این روایت از منظر برخی فقها ضعف سندی دارد؛ چراکه هیچ توثیقی در مورد علی بن اسماعیل میثمی که در طبقه آخر سلسله سند روایت قرار گرفته، وارد نشده است (موسوی خویی، بی‌تا: ۲۰۳/۳۳-۲۱۱). همچنین از منظر برخی دیگر، موسی بن بکیر که در طبقه دوم سلسله سند قرار دارد، فردی مجهول الحال است. البته به دلیل روایت مشایخ ثقات از او، می‌توان از این ضعف سندی چشم‌پوشی کرد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۱۲/۲).

به نظر نگارندگان، حتی در صورت اثبات صحت سند، این روایت دلالتی بر کفایت رشد مالی در حکم به استقلال در ازدواج ندارد؛ زیرا این روایت گرچه بر ضرورت احراز رشد در امور مالی برای حکم به استقلال دختر در ازدواج تأکید دارد، با تصریح به استقلال دختر در سایر شئون زندگی چون اقامه شهادت، به نوعی رشدیافتگی

عمومی اشاره می‌کند که منحصر به تصرفات مالی نیست. این مطلب از تأمل در مفهوم «مالکة أمرها» نیز قابل برداشت است.

۲-۳. تعمیم حکم رشد و سفاهت در تصرفات مالی به تصرف در سایر

شئونات

برخی دیگر از فقها، اصل نکاح را از تصرفات مالی که به همراه دارد، جدا در نظر گرفته‌اند؛ اما سفاهت در امور مالی را موجب حجر و ممنوعیت از تصرف در تمامی شئون اعّم از مالی و غیرمالی می‌دانند. بر طبق این مبنا، نکاح ماهیتی مالی ندارد؛ اما تأثیر سفاهت و رشد در امور مالی به تصرف در سایر شئونات نیز تسری داده می‌شود. بنابراین احراز رشد در امور مالی موجب رفع حجر در تمامی امور از جمله نکاح می‌شود.

فاضل آبی در کشف الرموز، این را یکی از دلایل اثبات استقلال دختر بالغه رشیده باکره در امر ازدواج تلقی کرده است (فاضل آبی، ۱۴۱۷: ۱۱۳/۲). از میان متأخران نیز آیه‌الله مظاهری به ملازمه بین محجوریت در امور مالی و ازدواج نظر داده است. از منظر ایشان، شارع مقدس سفیه در امور مالی را مسلوب‌الاختیار دانسته و همان‌گونه که چنین شخصی از تصرف در اموال خود محجور است، در سایر شئونات شخصی خویش از جمله اقدام به ازدواج نیز محجور است (مظاهری، ۱۳۹۱).

۱-۲-۳. بررسی ادله

پیش از بررسی ادله این قول، توجه به این نکته ضروری است که بسیاری از بررسی‌های اجتهادی در این خصوص ذیل شرطیت رشد در استقلال دختر باکره در ازدواج صورت گرفته و از این روست که در عبارات پیش رو از وضعیت نکاح دختر سخن به میان آمده است، اما حکم عمومیت داشته و شامل دختر و پسر هر دو می‌شود.

الف) عمومیت شرطیت رشد و بلوغ نسبت به تمام تصرفات

از نگاه برخی فقها، بلوغ و رشد ملاک جواز تصرف است و تخصیص بعضی از تصرفات به دارا بودن این دو ملاک و خارج ساختن حکم سایر تصرفات، سخنی بی‌دلیل

تلقی می‌شود (فاضل‌آبی، ۱۴۱۷: ۱۱۳/۲). از طرفی، مشخص است که ولایت در اموال طفل پس از رسیدن به بلوغ و رشد زائل می‌شود، بنابراین ولایت در نکاح نیز همراه آن منتفی می‌گردد؛ چراکه ملاک هر دو ولایت یکی است و آن عدم قابلیت شخص سفیه از تصرف در امور خود می‌باشد. شهید اول در *غایة المراد* این را از ادله قائلان به استقلال انحصاری دختر باکره رشیده در امر ازدواج برشمرده است (عاملی جزینی، ۱۴۱۴: ۲۶/۳).

نقد و بررسی

شهید اول در نقد این سخن، ادعای عمومیت داشتن دو ملاک رشد مالی و بلوغ برای جواز تمامی تصرفات را مصادره به مطلوب خوانده است (همان). فاضل‌هندی نیز حکم زوال ولایت در نکاح به دنبال زوال ولایت در اموال را قیاسی بی‌دلیل خوانده است (فاضل‌هندی، ۱۴۱۶: ۷۷/۷).

سخن ایشان در صورت فقدان دلایل کافی در اثبات مدعای این گروه پذیرفتنی است؛ اما در این زمینه روایاتی وجود دارد که می‌تواند مورد استناد قرار گیرد. از جمله:

ب) صحیحہ عبد اللہ بن سنان از امام صادق علیه السلام

«عبدالله بن سنان گوید: من حاضر بودم که پدرم از امام صادق علیه السلام پرسید که چه وقت یتیم می‌تواند کاری را از نظر شرع انجام دهد؟ تا به حد قوت و توانایی برسد. عرض کرد: توانایی‌اش چیست؟ فرمود: احتلام. گوید: عرض کردم گاهی می‌شود که پسر تا هجده سالگی یا کمتر و یا بیشتر محتمل نمی‌شود. فرمود: وقتی بالغ شود و گناه و ثواب او نوشته شود، کاری که می‌کند [معامله‌ای که انجام می‌دهد] شرعاً جایز است مگر اینکه سفیه و یا از جنبه فکری ناتوان باشد»^۱ (صدوق، ۱۳۶۸: ۴۹۵/۲).

طبق این روایت، بلوغ یا رشد هیچ‌کدام به‌تنهایی برای استقلال در تصرفات کافی نیست؛ بلکه باید هر دو احراز شده باشد. هرکس رشد ندارد، محجور است در اینکه

۱. «قَالَ: سَأَلَهُ أَبِي وَأَنَا حَاضِرٌ عَنِ النَّبِيِّ، مَتَى يَجُوزُ أَمْرُهُ؟ قَالَ: حَتَّى يَبْلُغَ أَشَدَّهُ. قَالَ: وَمَا أَشَدُّهُ؟ قَالَ: الْإِحْتِلَامُ. قَالَ: قُلْتُ: قَدْ يَكُونُ الْعِلَامُ ابْنَ ثَمَانَ عَشْرَةَ سَنَةً أَوْ أَقَلَّ أَوْ أَكْثَرَ وَلَا يَحْتَلِمُ؟ قَالَ: إِذَا بَلَغَ وَكُنِبَ عَلَيْهِ الشَّيْءُ، جَازَ أَمْرُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا».

تصرف در کارهایش بکند و این تصرف گاهی تصرف در اموال است و گاهی تصرف در امر ازدواج (مظاهری، ۱۳۹۱).

نقد و بررسی

این روایت که توسط برخی فقها، صحیح‌السند دانسته شده است (نوری همدانی، ۱۳۹۱)، به همراه روایاتی با مضمون مشابه (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۴۱۱/۱۸)، دلالت بر رفع حجر در تصرفات با داشتن سه ملاکِ بلوغ، رشد و عقل می‌کند. اما دو نکته نیازمند بررسی است:

نخست اینکه آیا سفاهت در این حدیث و احادیث مشابه به معنای سفاهت در امور مالی است یا شامل سفاهت در سایر موارد نیز می‌شود؟

در این خصوص دو دیدگاه میان فقها وجود دارد؛ برخی چون آیه‌الله حکیم آن را مختص سفاهت در امور مالی دانسته (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۴۶۱/۱۴) و برخی دیگر چون آیه‌الله خویی نه تنها سفاهت در این روایت را مطلق گرفته، بلکه آن را مؤیدی بر اراده معنای سفاهت در خصوص ازدواج از وصف «غیر السفیهة» در صحیح‌ه فضلاء نیز محسوب کرده‌اند (موسوی خویی، بی‌تا: ۲۳۴/۳۳).

به نظر می‌رسد با در نظر گرفتن متن روایت به‌تنهایی، نمی‌توان سفاهت در خصوص امور مالی را از کلمه «سفیهة» برداشت کرد؛ مگر اینکه با توجه به نسخه دیگری از این روایت که در تهذیب نقل شده، آن را مختص به سفاهت در امور مالی بدانیم. مشابه همین متن از عبدالله بن سنان در تهذیب الاحکام نقل شده که اختلاف کمی با روایت یادشده دارد. در نقل تهذیب آمده است:

«قَالَ: سَأَلَهُ أَبِي وَأَنَا حَاضِرٌ عَنْ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى: ﴿حَتَّىٰ إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُ﴾. قَالَ: الْإِحْتِلَامُ. قَالَ فَقَالَ: يَحْتَلِمُ فِي سِتِّ عَشْرَةٍ وَسَعَةِ عَشْرٍ وَنَحْوِهَا. فَقَالَ: إِذَا أَتَتْ عَلَيْهِ ثَلَاثَ عَشْرَةِ سَنَةٍ وَنَحْوِهَا، فَقَالَ: لَا إِذَا أَتَتْ عَلَيْهِ ثَلَاثَ عَشْرَةِ سَنَةٍ كُتِبَتْ لَهُ الْحَسَنَاتُ وَكُتِبَتْ عَلَيْهِ السَّيِّئَاتُ وَجَارَ أَمْرُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا، فَقَالَ: وَمَا السَّفِيهَةُ؟ فَقَالَ: الَّذِي يَشْتَرِي الدَّرْهَمَ بِأَضْعَافِهِ، قَالَ: وَمَا الضَّعِيفُ؟ قَالَ: الْأَبْلَهُ» (طوسی، ۱۴۰۷: ۱۸۲/۹).

این دو روایت با اینکه با طرق مختلف و نقل‌های مختلفی وارد شده‌اند، مضمون

آن‌ها یکی است. این احتمال وجود دارد که چون سیزده سالگی طبق فتوای اصحاب سن بلوغ نبوده، در نقل‌های دیگر این فقره از عبارت دست‌کاری شده و به جای «إِذَا أَنْتَ عَلَيْهِ ثَلَاثَ عَشْرَةَ سَنَةً»، عبارت «إِذَا بَلَغَ»، و به جای «كُتِبَتْ لَهُ الْحَسَنَاتُ وَكُتِبَتْ عَلَيْهِ السَّيِّئَاتُ»، عبارت «كُتِبَ عَلَيْهِ الشَّيْءُ» قرار داده شده است. از آنجا که سند هر دو روایت صحیح است (قائینی نجفی، ۱۳۹۸)، حتی اگر این دو روایت مجزا و مستقل نیز باشند، با استناد به ذیل روایت دوم می‌توان اختصاص سفاهت به امور مالی را فهمید؛ اما با توجه به اینکه فقها سن سیزده سالگی را به‌عنوان سن بلوغ پسران نپذیرفته‌اند، روشن می‌شود که عمل به مضمون روایت نزد آنان قطعی نبوده و به سایر فقرات روایت نیز نمی‌توان استناد کرد.

مطلب دیگر این است که آیا براساس این دسته روایات می‌توان ممنوعیت تصرفات سفیه را عمّ از تصرفات مالی دانست یا خیر؟ با توجه به اطلاق «جواز امره» می‌توان عمومیت شرطیت رشد و بلوغ را نسبت به تمامی تصرفات استنباط کرد؛ اما از آنجا که احتمال دارد سفاهت ذکرشده به‌عنوان یکی از موانع تصرف، مطلق باشد و تنها شامل سفاهت در امور مالی نگردد، استدلال به این روایت برای اثبات شرطیت رشد در امور مالی نسبت به تمامی تصرفات تمام نخواهد بود.

ج) صحیحہ فضلاء از امام باقر (علیه السلام)

«زنی که مالک خویش است و سفیه و تحت ولایت نمی‌باشد، ازدواجش بدون ولیّ جایز است»^۱ (صدوق، ۱۴۱۳: ۳/۳۹۷).

برخی فقها از این روایت چنین استفاده کرده‌اند که شخص سفیه همان‌گونه که مالک مالش نیست، در ازدواج خویش نیز اختیاری ندارد و هم برای تعیین مهریه و هم در خصوص خواندن صیغه عقد نیازمند اذن ولیّ است. از دیدگاه ایشان، اختصاص حجر سفیه به امور مالی، امری است که نه مورد پذیرش عقلاست و نه از آیات و روایات قابل برداشت است؛ بلکه آنچه از آیات و روایات استفاده می‌شود مسلوب‌الاختیار بودن سفیه است، همچنان که مجنون در تمامی شئونش مسلوب‌الاختیار است (مظاهری، ۱۳۹۱).

۱. «الْمَرْأَةُ الَّتِي قَدْ مَلَكَتْ نَفْسَهَا غَيْرَ السَّفِيهِةِ وَلَا الْمُؤَلَّى عَلَيْهَا، تَزْوِيجُهَا بِغَيْرِ وَلِيٍّ جَائِزٌ».

بنابراین با اثبات اراده معنای سفاهت در امور مالی از واژه «غیر السفیهة» می‌توان شرطیت رشد در امور مالی را برای جایز دانستن اقدام مستقل زن در ازدواج اثبات کرد و از آنجا که یقین به عدم فرق بین زن و مرد رشید در امر ازدواج داریم، این حکم برای مرد رشید نیز اثبات می‌شود (موسوی خویی، بی‌تا: ۲۳۴/۳۳).

نقد و بررسی

اشکالاتی که به صحیحہ فضلاء و استناد به آن شده، اغلب ناظر به جهت دلالتی است؛ چراکه سند آن از سوی برخی فقها حسنه (جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۱۵۰/۷) و توسط برخی دیگر صحیحہ قلمداد شده است (شیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۱۱/۳۹۰۸۳۸۹۴).

نسبت به دلالت این حدیث، مناقشات زیادی مطرح شده که بخشی از آن در ارتباط با معنای اراده شده از واژه «غیر السفیهة» است. شهید ثانی ضمن بررسی این روایت، دو احتمال در اعراب و معنای مفردات حدیث بیان می‌کند و طبق هر دو احتمال، عطف عام بر خاص را اشکالی می‌داند که متوجه این روایت است. به تعبیر او، «لا المولّی علیها» که عطف بر «غیر السفیهة» است، چه معطوف بر خبر باشد و چه به منزله صفتی برای توضیح مبتدا یعنی «المرأة»، عطف عام بر خاص است؛ زیرا «المولّی علیها» عام است و شامل سفیهه هم می‌شود. آنگاه خود درصدد پاسخ به این اشکال برآمده و می‌نویسد:

«ولایت بر سفیهه عام نیست و تنها شامل تصرفات مالی می‌شود و در سایر امور محجور نیست. لذا ممکن است کسی تصور کند دختر بالغه سفیهه در ازدواج خویش نیز مستقل است. از این رو برای تأکید و دفع این توهم، وصف "غیر السفیهة" جداگانه ذکر شده است» (جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۷-۱۲۵-۱۲۶).

بنابراین از منظر شهید ثانی برای دفع اشکال عطف عام به خاص باید سفاهت در روایت را به معنای سفاهت در امور مالی گرفت؛ اما این سفاهت، غیر از محجوریت در امور مالی، ممنوعیت ازدواج بدون اذن ولی را نیز به دنبال می‌آورد. صاحب جواهر اشکال عطف عام بر خاص را به گونه دیگری حل کرده است. از منظر او، «غیر السفیهة» داخل تحت «لا المولّی علیها» نیست؛ چراکه سفاهت در اینجا، آن سفاهتی که در امور

مالی مدّ نظر است، نمی‌باشد و منظور از عدم سفاهت، رشد در خصوص مسائل مربوط به ازدواج است. چنین شخصی در تمام امور تحت ولایت نیست. بنابراین عطف «لا المولّی علیها» بر «غیر السفیهة» صحیح است (همان: ۱۷۷/۷). همچنین ممکن است گفته شود که مراد از «مولّی علیها» ولایت در غیر نکاح است؛ چون اگر منظور ولایت در نکاح باشد، چنین حملی بدیهی است و نیاز به بیان ندارد؛ چراکه روشن است کسی که در نکاح ولایتی بر او نیست، نکاحش بدون اذن ولیّ جایز است (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۷۶/۲۹). از منظر آیه‌الله خویی نیز سفاهت در این روایت به معنای سفاهت در خصوص مسائل مربوط به ازدواج است (موسوی خویی، بی‌تا: ۲۱۰/۳۳).

برخی فقها از اساس اشکال عطف عام بر خاص را ردّ کرده و معتقدند چون معطوف در این عبارت «لا المولّی علیها» است و معطوف علیه «غیر السفیهة»، در واقع عطف خاص بر عام است نه برعکس، و عطف خاص بر عام اشکالی ندارد. اگر «المولّی علیها» بر «السفیهة» عطف شده بود، عطف عام بر خاص صادق بود؛ اما در اینجا نقیض یکی بر دیگری عطف شده و نقیض اعمّ (المولّی علیها) اخص است و همچنین نقیض اخصّ (السفیهة) اعمّ می‌باشد (شیرازی، ۱۴۱۹: ۳۹۱۱/۱۱-۳۹۱۲). به عبارت دیگر، کسانی که سفیه نیستند، اعمّ از افرادی هستند که تحت ولایت می‌باشند؛ زیرا غیر از سفها و مجانین، صغار و بردگان نیز تحت ولایت قرار دارند. طبق این نظریه، اختصاص دادن سفاهت در روایت به معنای سفاهت در خصوص مسائل ازدواج برای دفع اشکال عطف عام به خاص ضرورت ندارد. بلکه از نظر این عده از فقها، روایت زراره نیز مؤید آن است که عبارت «غیر السفیهة» در صحیحۀ فضلاء به معنای رشید مالی می‌باشد (همان: ۳۹۲۵/۱۱). بنابراین معنای روایت چنین می‌شود: زنی که از نظر مالی استقلال دارد، یعنی رشیده است و سفیه نیست، و در غیر نکاح تحت الولاية نیست، تزویجش بدون اذن ولیّ جایز بوده و در مسئله نکاح نیز مانند غیر نکاح، مستقل می‌باشد (همان: ۳۹۱۳/۱۱).

به‌طور خلاصه باید گفت دو احتمال در معنای این عبارت داده شده و هر دو نیز قائلانی دارد: سفاهت در امور مالی و سفاهت در خصوص مسائل مربوط به ازدواج. در صورتی که احتمال دوم ثابت شود، این روایت به نفع نظریهٔ مقابل یعنی لزوم احراز

رشد خاص در ازدواج است. گرچه ممکن است گفته شود که در صورت اثبات احتمال اول، شرطیت رشد در امور مالی برای استقلال در امر ازدواج نیز ثابت می‌شود، با توجه به اینکه این روایت قیود دیگری را نیز در تحقق موضوع دخالت داده و حکم تزویج بدون اذن ولی را تنها بر دارا بودن وصف «غیر السفیهة» مترتب نساخته، به نظر می‌رسد اثبات احتمال اول برای اثبات مدعا کفایت نمی‌کند.

به عبارت دیگر، از آنجاکه احتمال دارد مقصود از «المرأة التي قد ملکت نفسها غیر السفیهة ولا المولی علیها»، زنی باشد که علاوه بر قدرت تشخیص نفع و ضرر خود در امر ازدواج و امور مالی، به نوعی استقلال در مدیریت زندگی خویش نیز رسیده و در تصمیم‌گیری‌های مهم زندگی خود تابع رأی و نظر دیگران نیست، حکم استقلال وی در ازدواج بر شرطی فراتر از عدم سفاهت نهاده شده باشد. بنا بر آنچه گفته شد، قول اول یعنی کفایت رشد در امور مالی برای ازدواج، با هیچ‌یک از دو مبنای مطرح‌شده به‌طور قطعی قابل اثبات نیست.

۴. قول دوم: لزوم احراز رشد خاص در ازدواج

برخی دیگر از فقها از جمله مؤلف *العروة الوثقی* بین رشد در تصرفات مالی با رشد در خصوص مسائل مربوط به نکاح تفکیک قائل شده و رشد در امور مالی را برای حکم به استقلال در نکاح کافی ندانسته‌اند. وی معتقد است که پیش از او کسی متعرض این مسئله نشده است. طبق آنچه از تتبع در کتب فقهی به دست آمد، سخن وی صحیح به نظر می‌رسد و برای دستیابی به مبنای فقها در این مسئله تنها به حاشیه‌نویسان کتاب *عروه* و برخی دیگر از فقهای متأخر می‌توان مراجعه کرد. مسئله ۸ *عروه* از «فصل فی أولیاء العقد» به این مطلب پرداخته است:

«اگر شخص، بالغ و در امور مالی رشید باشد، اما نسبت به امر ازدواج و خصوصیات آن چون تعیین همسر و کیفیت مهریه قرار دادن و مانند آن رشید نباشد، ظاهر این است که مانند سفیه در مسائل مالی است از جهت نیاز به اذن ولی در ازدواج؛ گرچه ندیدم فقهی متعرض این مسئله شده باشد» (طباطبایی یزدی، ۱۴۳۳: ۸۵۳/۲).

عبارت «کیفیه الإمامه» که امری مالی به نظر می‌رسد، نمی‌تواند مصداقی برای رشد

در امور غیرمالی مرتبط با ازدواج محسوب شود و موجب ابهام عبارت شده است. اما در توجیه آن می‌توان گفت نحوه تعیین مهریه مانند یک معامله مالی نیست که حساب سود و زیان آن براساس کم بودن یا زیاد بودن مهریه تعیین شود (شیرازی، ۱۴۱۹: ۴۱۸۸/۱۲). بنابراین کیفیت مهریه لزوماً یک امر مالی نیست و نباید صرفاً به لحاظ اقتصادی به آن نگریست؛ زیرا گاه مهریه اندک در دوام زندگی و رفاه آینده فرد مفیدتر می‌باشد (پارسایور، ۱۳۹۰: ۹۲).

از حاشیه‌نویسان بر عروه، امام خمینی (طباطبایی یزدی، ۱۴۳۳: ۸۵۴/۲، تعلیقه امام خمینی؛ همو، بی‌تا: ۱۴/۲) و آیات عظام مکارم شیرازی (طباطبایی یزدی، ۱۴۳۳: ۸۵۴/۲، تعلیقه مکارم؛ همو، ۱۴۲۴: ۴۲/۲) و حسینی سیستانی (۱۴۳۵: ۲۸/۳) نیز با صاحب عروه هم‌نظرند. صاحب جواهر در تفسیری که از صحیح‌ه فضلاء ارائه می‌دهد، «غیر السفیهة» را رشیده درخصوص مسائل مربوط به نکاح معرفی کرده و معتقد است سفاقت در امور مالی تأثیری در ازدواج که یک تصرف غیرمالی است، ندارد و دلیلی بر اعتبار اذن ولی در ازدواج دختری که صرفاً در امور مالی سفیه باشد، در دست نیست (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۷۷/۲۹). لازم به ذکر است که سید یزدی در مسئله ۷ عروه، چنین شخصی را در امر ازدواج نیز محجور می‌داند (طباطبایی یزدی، ۱۴۳۳: ۸۶۷/۲). بنابراین گرچه صاحب جواهر نیز مانند صاحب عروه - و پیش از او - بین رشد درخصوص نکاح با رشد در مسائل مالی تفکیک قائل شده است، این دو فقیه در حکم به استقلال شخصی که در امور مالی رشید نباشد و فقط نسبت به مسئله ازدواج و خصوصیات آن به رشد لازم یافته باشد، هم‌نظر نیستند. با این توضیح می‌توان گفت که ادعای صاحب عروه مبنی بر عدم تعرض فقهای سابق بر این مسئله صحیح به نظر می‌رسد. آیه‌الله شیرازی این قول را در حد احتمال پذیرفته است (شیرازی، ۱۴۱۹: ۴۳۷۷/۱۲). وی همچنین ازدواج شخصی را که از جهت تصرفات مالی رشید است، اما هنوز در امور مربوط به ازدواج و انتخاب همسر به رشد کافی نرسیده، متوقف بر اذن ولی می‌داند (همان: ۴۲۰/۱۱۲).

بسیاری دیگر از فقهای معاصر، رشیده را شخصی می‌دانند که قادر به تشخیص مصلحت خویش است و این نشان می‌دهد که در باب نکاح، رشدی عام‌تر از رشد مالی را مدنظر داشته‌اند. از جمله ایشان، آیات عظام اراکی (۱۴۱۴: ۸۲/۲)، نوری

همدانی (۱۳۸۰: ۴۷۳)، فاضل موحدی لنکرانی (۱۴۲۶: ۴۲۷) و بهجت (۱۴۲۸: ۳۷۹) هستند.

۱-۴. بررسی ادله

اینک ادله این دسته از فقها نقل می‌شود و مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۱-۴. اختصاص ادله حجر سفیه به تصرفات مالی

به عقیده این دسته از فقها، ادله مانعیت سفیه اختصاص به تصرفات مالی دارد. سفیه به‌خاطر اینکه رشد مالی ندارد، از تصرفات مالی ممنوع گشته، اما در تشخیص امور دیگری مثل ازدواج و امتیاز زوج و زوجة خوب و بد از یکدیگر، و اینکه زوج یا زوجة صالح دارای چه ویژگی‌هایی باید باشند، چه‌بسا عقلش کامل بوده و کمبودی نداشته باشد، بنابراین دلیلی ندارد که به‌خاطر عدم خبرویت نسبت به امور مالی، او را از امور دیگری که به‌خوبی تشخیص می‌دهد، چه در مورد خودش و چه در مورد دیگران منع نماییم. البته چنین شخصی در تعیین مهریه که یک امر مالی است، محجور است و اگر مهریه‌ای تعیین کرده باشد، به مهرالمثل رجوع می‌شود، اما اصل عقد صحیح است (شیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۴۲۰/۱/۱۲).

نقد و بررسی

برخی فقها این استدلال را نپذیرفته و روایت زراره و صحیحہ فضلاء را از جمله دلایل خاص در بطلان نکاح سفیه برشمرده و با الغاء خصوصیت از سفیه، آن را به نکاح سفیه نیز تعمیم داده‌اند (طباطبایی بزدی، ۱۴۳۳: ۴۷۵/۲).

۲-۱-۴. روایات

روایاتی که برای اثبات نیاز به رشد خاص در امور ازدواج برای حکم به استقلال فرد بالغ به آن‌ها استناد شده بدین شرح هستند:

الف) صحیحہ فضلاء از امام باقر علیه السلام

این روایت و نحوه دلالت آن در ضمن قول اول به تفصیل بیان شد. همچنان که گذشت، برخی فقها برای رهایی از اشکال عطف عام بر خاص و با توجه به ماهیت

غیرمالی ازدواج، سفاهت را در اینجا ناظر به امور مالی ندانسته، بلکه «غیر السفییهة» را به معنای دختری گرفته‌اند که در امر ازدواج و انتخاب همسر به رشد کافی دست یافته باشد (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۷۷/۲۹).

نقد و بررسی

با توجه به آنچه پیش از این گذشت، به نظر می‌رسد طبق این روایت نه تنها رشد در مسائل مالی برای حکم به استقلال در ازدواج کافی نیست، بلکه احراز رشد خاص در مسائل نکاح نیز در این زمینه کفایت نمی‌کند و نوعی استقلال در مدیریت شئون زندگی اعم از اقتصادی و اجتماعی برای حکم به استقلال دختر در ازدواج لازم است.

ب) صحیحہ عبد اللہ بن سنان از امام صادق علیه السلام

متن حدیث در ضمن قول اول مطرح شد. طبق دیدگاه برخی فقها، در این نوع روایات سفاهت به معنای لغوی و عرفی خود استعمال شده که اختصاصی به سفاهت در امور مالی ندارد. در واقع، تمام ادله‌ای که موجب حکم به محجوریت سفیه در امر ازدواج می‌شود، در اینجا قابل استفاده است (شبییری زنجانی، ۱۴۱۹: ۱۲/۴۲۰۰). همچنین با توجه به اطلاق کلمه «امر» در این نوع روایات می‌توان استفاده کرد که این حکم شامل استقلال در نکاح هم می‌شود و اختصاصی به تصرفات مالی ندارد (موسوی خویی، بی‌تا: ۲۸۸/۳۳).

نقد و بررسی

بررسی‌های سندی و دلالتی لازم در این خصوص، پیش از این گذشت. در اینجا تنها به ذکر این نکته اکتفا می‌شود که با وجود احتمال اراده سفاهت در مسائل مالی در این روایت، عمومیت بخشیدن به گستره کاربرد این واژه نیازمند دلیل است و حداقل از متن خود روایت قابل استفاده نیست.

۱-۴. الغای خصوصیت از سفاهت در امور مالی

اگر استدلال به روایات برای اثبات این مطلب پذیرفته نشود، می‌توان با الغاء خصوصیت از سفاهت در امور مالی، حکم آن را به سفاهت غیرمالی هم توسعه داد.

هرگاه شارع بگوید تصرفات مالی سفیه بدون اجازه ولیّ اش صحیح نیست، چگونه کسی را که نسبت به تشخیص مصالح خود در مورد انتخاب همسر رشد ندارد، برای انتخاب همسری که یک عمر می‌خواهد با او به سر برد، آزاد می‌گذارد و همچون صغیر و مجنون، ازدواج او را متوقف بر اذن ولیّ نمی‌داند! به نظر می‌رسد که الغاء خصوصیت از آن مورد بسیار عرفی است. بلکه این تفاهم عرفی، خود مؤید این مطلب است که در روایات هم «سفیه» به همان معنای عرفی و لغوی خود استعمال شده است (همان). بنابراین رشد مورد نیاز برای حکم به استقلال زوجین، رشد در مسائل مربوط به ازدواج است.

نقد و بررسی

گرچه با الغای خصوصیت از سفاقت در امور مالی، حجر سفیه در مسائل مربوط به نکاح نیز اثبات می‌شود، در حجیت الغای خصوصیت یا تنقیح مناط به‌عنوان یک دلیل عقلی تردید است. آیه‌الله خوبی در این باره می‌گوید:

«الغای خصوصیت نیاز به قرینه داخلی یا خارجی دارد و اگر این قرائن وجود نداشته باشند، عمل به آن، همان قیاسی خواهد بود که شیعه به آن معتقد نیست» (همان: ۳۲/۲۶).

در *تحریرات فی الاصول* نیز آمده است که به کارگیری الغای خصوصیت، بسیار نزدیک به قیاسی است که در شرع نهی شده است (موسوی خمینی، ۱۳۷۶: ۱۹۱/۵). اما از نگاه بسیاری دیگر از فقها و اصولیان، دلیل حجیت الغای خصوصیت از باب حجیت ظهور کلام است (ر.ک: غروی نائینی، ۱۴۱۱: ۳۱۹/۲). شهید صدر در شرح خود بر *العروة الوثقی* حجیت الغای خصوصیت را با تمسک به قرائن موجود در کلام - که موجب انعقاد ظهور کلام در آن می‌شود- اثبات می‌کند (صدر، ۱۴۰۸: ۵۴/۱).

از آنجاکه الغای خصوصیت با پیراستن و حذف کردن اوصاف زائد در حکم، به کشف موضوع اصلی حکم کمک می‌کند، ملاک این عمل نیز برای «تناسب حکم و موضوع» است که مرجع آن مناسبات عرفیه است؛ زیرا مناسبت حکم و موضوع ظهورساز است و ظهور فهم‌شده براساس ادله حجیت ظهور، حجت است (فیاضی،

۱۳۹۳: ۱۰۵). با توجه به اینکه فقهای عظام در بسیاری از ابواب و مسائل فقهی، الغای خصوصیت را با تکیه به فهم عرفی از موضوع حجت دانسته و طبق آن فتوا داده‌اند (ر.ک: نجفی، ۱۴۰۴: ۱۳/۳۶۸)، می‌توان به اعتبار دلیل ارائه‌شده از سوی آیه‌الله شبیری برای اثبات لزوم احراز رشد خاص در نکاح اذعان کرد.

۴-۱-۴. قیاس اولویت

دلیل دیگری که بر این مطلب اقامه شده، با توسل به قیاس اولویت است. با این توضیح که سفاهت از هر نوعی باشد، محجوریت را به دنبال دارد و این یک امر عقلایی است که به امضای شارع نیز رسیده است، نه اینکه امری تعبدی بوده تا اختصاص به موردی خاص داشته باشد. از این رو نمی‌توان به دلیل غلبه استعمال سفاهت در امور مالی از سوی فقها، محجوریت سفیه را اختصاص به این نوع تصرفات داد. بلکه به دلیل اهمیت بیشتر نکاح نسبت به معاملات و عقود مالی باید گفت نیازمندی شخص سفیه به اذن ولی برای اقدام به چنین امری به طریق اولی ثابت است (طباطبایی یزدی، ۱۴۳۳: ۲/۸۵۳).
تعلیقه مکارم).

تقدم و بررسی

هرگاه جامع یا علت در فرع قوی‌تر از اصل باشد، در آن صورت قیاس فرع بر اصل را قیاس اولویت یا قیاس به طریق اولی (یا فحوی الخطاب و یا مفهوم موافق) نامند (ولایی، ۱۳۸۳: ۲۷۸). عمده مخالفت‌ها در حجیت قیاس اولویت، از سوی اخباریان و ظاهرگرایان صورت گرفته و بسیاری از فقها در حجیت آن با وجود شرایطی ویژه اتفاق نظر دارند (کوچنانی و نوروزی، ۱۳۹۷: ۶)، اما مهم‌ترین اختلافی که میان فقهای امامیه در باب حجیت قیاس اولویت وجود دارد، ملاک حجیت آن است. برخی علما قیاس اولویت را نیز مانند الغای خصوصیت از باب حجیت ظهور لفظی معتبر دانسته‌اند (مظفر، ۱۳۷۰: ۲/۲۰۲). بنابراین تنها در صورتی می‌توان قیاس اولویت را به عنوان دلیلی بر اثبات حکم شرعی به کار برد که از ظهور خطابات شرعی، اولویت وجود مناط حکم در فرع نسبت به اصل فهمیده شود. در بحث حاضر نیز به نظر می‌رسد اولویت نکاح نسبت به معاملات و عقود مالی امری است که از ظاهر کلام شارع قابل استنباط است.

نتیجه گیری

روشن شد که اختلاف فقها در باب نکاح سفیه و رشید، از دو اختلاف اصلی ناشی گشته است. نخست باید روشن شود سفاهتی که منجر به محجوریت شخص می گردد، تنها سفاهت در امور مالی است یا شامل سایر امور نیز می شود. اگر این قول را پذیرفتیم که حجر سفیه تنها در امور مالی است، باید بررسی شود که نکاح از جمله امور مالی محسوب می گردد یا خیر. سپس بنا بر هر دو قول باید وضعیت نکاح شخص رشید (چه رشد در امور مالی باشد و چه رشد در خصوص نکاح) روشن شود. بنابراین بررسی ماهیت نکاح از حیث مالی یا غیرمالی بودن این عقد برای حل این مسئله ضرورت دارد (الشریف و همکاران، ۱۳۹۳: ۷۱).

برای روشن شدن مبانی فقها در خصوص ماهیت نکاح، مراجعه به ابواب دیگر فقهی مرتبط با این موضوع راهگشا است؛ به عنوان نمونه، صاحب عروه در ذیل بررسی شرایط عقد اجاره، سخن برخی از فقها مبنی بر ماهیت مالی نکاح به دلیل مقابله بضع با مال و در نتیجه بطلان نکاح سفیه را به طور قطعی نمی پذیرد (طباطبایی یزدی، ۱۴۳۳: ۴۷۵/۲)؛ چرا که سفیه از تصرفات مالی ممنوع و محجور است و حداکثر می توان منافع او را هم مالی حساب کرد و تصرف در منافع را نیز ممنوع دانست، اما ازدواج اصلاً تصرف مالی نیست؛ چون نه تصرف در اموال است و نه تصرف در منافع، بلکه یک امر و اعتباری است که موضوع احکام مالی شارع قرار می گیرد؛ مثل اینکه فرد ضامن مهر است و این با تصرف مالی متفاوت است؛ همان طور که اگر سفیه مال دیگران را اتلاف کند، اتلاف تصرف مالی نیست، اما مستلزم ضمان مثل یا قیمت است. بنابراین تصرفات مالی سفیه باطل است، اما نه اینکه افعال و اعمال او موضوع هیچ حکم مالی قرار نمی گیرند.

این احتمال مطرح است که منظور صاحب عروه، بطلان ازدواج سفیه نبوده، چنان که وی در کتاب النکاح خلاف آن را پذیرفته است. بلکه مسئله در اینجا حیثی مطرح شده است؛ یعنی ممنوعیت سفیه از تصرفات مالی مستلزم بطلان نکاح او نیست، اما اینکه خود نکاح دلیل مستقلاً بر بطلان دارد، موضوعی دیگر است (قائینی نجفی، ۱۳۹۴). همان طور که آیه الله خویی در حاشیه ای که بر این مسئله در عروه دارد، بطلان نکاح

سفیه را به دلیل وجود نصّ، قطعی دانسته و آیه‌الله گلپایگانی صحیحه فضلاء و روایت زواره را به عنوان دو دلیل خاص بر بطلان نکاح سفیه برشمرده است (طباطبایی یزدی، ۱۴۳۳: ۴۷۵/۲، تعلیقه گلپایگانی).

اتخاذ مبنا در مورد ماهیت مالی یا غیرمالی نکاح در موضوع «شهادت» نیز تأثیرگذار است. ملاکی که فقها در باب شهادت و تعداد شهود ارائه داده‌اند، حاکی از این مطلب است که شهادت زنان همراه با یک شاهد مرد در حقوق مالی پذیرفته است، اما در حقوق غیرمالی تنها شهادت مردان معتبر است (عاملی جزینی، ۱۴۱۷: ۱۳۷/۲). از این رو توجه به مسئله پذیرش یا عدم پذیرش شهادت زنان همراه یک شاهد مرد برای اثبات ازدواج، مبانی فقها را در مورد ماهیت مالی یا غیرمالی نکاح روشن می‌سازد.

به عنوان نمونه، امام خمینی پس از آنکه به لزوم دو شاهد برای اثبات امور مالی یا اموری که مقصود از آن‌ها مال باشد، مانند دیون تصریح کرده است، طبق قاعده‌ای که در حقوق مالی اجرا می‌شود، شهادت زنان را همراه با یک شاهد مرد برای اثبات نکاح کافی دانسته است (موسوی خمینی، بی‌تا: ۴۰۴/۲). این مطلب بدین معناست که ایشان بین اصل نکاح و حقوق مالی آن تفکیکی قائل نشده است.

گفتنی است که صاحب جواهر قاعده مزبور را نمی‌پذیرد و یکی از دلایل او بر این مطلب، نصوصی است که شهادت زنان همراه با یک مرد را در اثبات نکاح کافی دانسته است (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۶۰/۴۱). این مطلب نشان می‌دهد که وی نکاح را یک عقد همراه با ماهیت مالی تلقی نکرده است. آیه‌الله گلپایگانی نیز در جایی که جهت دعوی متوجه مهریه و نفقه و ارث باشد، شهادت زنان را همراه با یک شاهد مرد برای اثبات دعوی کافی دانسته است؛ اما در سایر موارد، این نوع شهادت را برای اثبات نکاح معتبر نمی‌داند (موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۴: ۲۹۳). تفکیک ماهیت نکاح از مسائل مالی همراه با آن و اختصاص ادله حجر سفیه به تصرفات مالی، منجر به فتوای وی به عدم الحاق سفیه در مسائل ازدواج به سفیه در امور مالی شده است. از همین رو، ایشان در حاشیه‌ای که بر عروه زده، از لزوم رشد خاص در نکاح دفاع نکرده است (طباطبایی یزدی، ۱۴۳۳: ۷۰۲/۲، تعلیقه گلپایگانی).

با توجه به آنچه گفته شد، به نظر می‌رسد مجزا ساختن نکاح از توابع مالی آن، امری

است که بین فقهای متأخر از مقبولیت بیشتری برخوردار است و قول به تشکیک در سفاقت و عدم اختصاص ادله حجر سفیه به امور مالی - خواه این ادله منحصر به ادله شرعی باشد و خواه از بناء عقلا ناشی شده باشد - منجر به پذیرش لزوم احراز رشد خاص در نکاح میان بسیاری از معاصران شده است.

بنابراین رشد در هر زمینه‌ای، به معنای تشخیص مصالح و مفاسد در همان مورد بوده و رشد در باب نکاح، مفهومی غیر از رشد در معاملات را در بر دارد. رشد فکری در تشخیص ملاک‌های صحیح انتخاب همسر و توانایی‌های مدیریتی در تشکیل و تدبیر خانواده باید به‌عنوان یکی از شرایط نفوذ عقد نکاح در نظر گرفته شود. این معنا می‌بایست از راه‌هایی چون سنجش رفتارهای فردی و اجتماعی دختر و پسر یا به عبارت دیگر، سنجش میزان هویت‌یافتگی ایشان پیش از ازدواج حاصل شود. بدین ترتیب روشن می‌شود که اصلاحات صورت گرفته در قانون مدنی در خصوص سن ازدواج و مرتبط ساختن آن با سن رشد که ناظر به امور مالی است، با نظر مشهور مراجع همخوانی نداشته و از ثمرات مفید اجتماعی نیز برخوردار نمی‌باشد. در صورتی که شرطیت رشد در ازدواج، جایگاه فقهی شایسته خود را بیابد، جامعه اسلامی از وضع قوانینی این چنین بی‌نیاز خواهد بود.

فهرست منابع

۱. ابن منظور افریقی مصری، ابوالفضل جمال‌الدین محمد بن مکرم، *لسان‌العرب*، تصحیح جمال‌الدین میردامادی، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۴ق.
۲. اراکی، محمدعلی، *المسائل الواضحه*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۴ق.
۳. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، چاپ سیزدهم، تهران، اسلامیة، ۱۳۷۵ش.
۴. بهجت، محمدتقی، *رساله توضیح المسائل*، چاپ نود و دوم، قم، شفق، ۱۴۲۸ق.
۵. یارساپور، محمدباقر، «تأملی فقهی در باب اعتبار رشد از نظر ازدواج در عقد نکاح»، *فصلنامه حقوق اسلامی*، سال هشتم، شماره ۲۹، تابستان ۱۳۹۰ش.
۶. جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی، *مسالك الافهام الى تنقیح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ق.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *حقوق خانواده*، چاپ دوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۶ش.
۸. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الى تحصیل مسائل الشریعه*، قم، مؤسسه آل‌البتیة، ۱۴۰۹ق.
۹. حسینی سیستانی، سیدعلی، *منهاج الصالحین*، قم، مکتبه فدک، ۱۴۳۵ق.
۱۰. حسینی واسطی زبیدی، محب‌الدین ابوفیض سیدمحمدمرتضی بن محمد، *تاج العروس من جواهر القاموس*، تحقیق علی شیری، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۴ق.
۱۱. سیوری حلّی (فاضل مقداد)، جمال‌الدین مقداد بن عبدالله، *التنقیح الرائع لمختصر الشرائع*، قم، کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ق.
۱۲. شبیری زنجانی، سیدموسی، *کتاب نکاح*، قم، رای‌پرداز، ۱۴۱۹ق.
۱۳. الشریف، محمد مهدی، مریم جلالی، و زهرا اکرمی ابرقوئی، «پژوهشی در وضعیت نکاح و مهر سفیه در فقه و حقوق ایران»، *فصلنامه حقوق اسلامی*، سال یازدهم، شماره ۴۳، زمستان ۱۳۹۳ش.
۱۴. شهیدی، مهدی، *تشکیل قراردادهای و تعهدات*، چاپ دوم، تهران، مجد، ۱۳۸۰ش.
۱۵. صدر، سیدمحمدباقر، *بحوث فی شرح العروة الوثقی*، چاپ دوم، قم، مجمع الشهداء آیه‌الله‌الصدر العلمی، ۱۴۰۸ق.
۱۶. صدوق، ابوجعفر محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، *الخصال*، تصحیح علی‌اکبر غفاری، قم، جامعه مدرسین، ۱۳۶۸ش.
۱۷. همو، *من لایحضره الفقیه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
۱۸. طباطبایی، سیدمحمدحسین، *ترجمه تفسیر المیزان*، ترجمه سیدمحمدباقر موسوی همدانی، چاپ پنجم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۷۴ش.
۱۹. طباطبایی حکیم، سیدمحسن، *مستمسک العروة الوثقی*، قم، دار التفسیر، ۱۴۱۶ق.
۲۰. طباطبایی زدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، *العروة الوثقی مع تعلیقات (خمینی، خوئی، گلپایگانی، مکارم)*، چاپ سوم، قم، امام علی بن ابی‌طالب (ع)، ۱۴۳۳ق.
۲۱. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الامامیه*، چاپ سوم، تهران، المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ق.
۲۲. همو، *تهذیب الاحکام فی شرح المقنعة للشیخ المفید*، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ق.

۲۳. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال‌الدین مکی، *الدروس الشرعية في فقه الامامية*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
۲۴. همو، *غاية المراد في شرح نکت الارشاد*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۴ق.
۲۵. علامه حلی، ابومنصور جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *تذکرة الفقهاء*، قم، مؤسسه آل‌البيت عليه السلام لاحیاء التراث، ۱۳۸۸ش.
۲۶. غروی نائینی، میرزا محمدحسین، *کتاب الصلاة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۱ق.
۲۷. فاضل آبی، زین‌الدین حسن بن ابی‌طالب یوسفی، *کشف الرموز في شرح المختصر النافع*، چاپ سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
۲۸. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، *رساله توضیح المسائل*، چاپ صد و چهاردهم، قم، بی‌نا، ۱۴۲۶ق.
۲۹. فاضل هندی، بهاء‌الدین محمد بن حسن اصفهانی، *کشف اللثام والابهام عن قواعد الاحکام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ق.
۳۰. فراهیدی، ابوعبدالرحمن خلیل بن احمد، *ترتیب کتاب العین*، تحقیق مهدی مخزومی و ابراهیم سامرائی، تصحیح اسعد محمد طیب، قم، اسوه، ۱۴۱۴ق.
۳۱. فیاضی، مسعود، «تفاوت تنقیح مناظ و الغای خصوصیت با قیاس»، *فصلنامه حقوق اسلامی*، سال یازدهم، شماره ۴۲، پاییز ۱۳۹۳ش.
۳۲. قائینی نجفی، محمد، «درس خارج فقه - کتاب القضاء»، *تقریر مهدی خسرویگی*، ۱۳۹۸/۱۲/۲۴ش، دسترس‌پذیر در پایگاه مدرسه فقهی امام محمد باقر عليه السلام به نشانی <https://mfeb.ir/home/?p=17485>.
۳۳. همو، «درس خارج فقه»، جلسه شصت و دوم، ۱۲ بهمن ۱۳۹۴ش، دسترس‌پذیر در <https://www.qaeninajafi.ir/component/k2/item/1394-feqh-062-1394-11-12.html>.
۳۴. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی (خانواده)*، چاپ چهارم، تهران، انتشار، ۱۳۷۵ش.
۳۵. کاظمی، محمود، و عباس برزویی، «از بلوغ جسمانی تا رشد عقلانی: بازخوانی اماره رشد در حقوق موضوعه ایران و فقه اسلامی با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه»، *فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی*، سال چهارم، شماره ۱۳، زمستان ۱۳۹۴ش.
۳۶. کرکی عاملی، علی بن حسین، *جامع المقاصد في شرح القواعد*، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل‌البيت عليه السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ق.
۳۷. کوچنایی، قاسمعلی، و علیرضا نوروزی، «چیستی، اعتبار و مناظ حجیت قیاس اولویت از منظر امامیه»، *دوفصلنامه مطالعات اصول فقه امامیه*، سال پنجم، شماره ۱۰، پاییز و زمستان ۱۳۹۷ش.
۳۸. مشکینی اردبیلی، علی، *مصطلحات الفقه*، قم، الهادی، ۱۳۷۷ش.
۳۹. مطهری، مرتضی، *نظام حقوق زن در اسلام*، تهران، صدرا، ۱۳۵۷ش.
۴۰. مظاهری، حسین، «درس خارج فقه - کتاب النکاح»، ۱۳/۰۶/۱۳۹۱ش، دسترس‌پذیر در وبگاه مدرسه فقاها به نشانی <https://www.eshia.ir/feqh/archive/text/mazaheri/feqh/91/910613>.
۴۱. مظفر، محمدرضا، *اصول الفقه*، چاپ چهارم، قم، اسماعیلیان، ۱۳۷۰ش.
۴۲. مکارم شیرازی، ناصر، *کتاب النکاح*، تحقیق و تصحیح محمدرضا حامدی و مسعود مکارم، قم، مدرسه امام علی بن ابی‌طالب عليه السلام، ۱۴۲۴ق.
۴۳. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *تحریر الوسیله*، قم، دار العلم، بی‌تا.
۴۴. موسوی خمینی، سیدمصطفی، *تحریرات فی الاصول*، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۶ش.

۴۵. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، المبانی فی شرح العروة الوثقی، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، بی تا.
۴۶. موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا، کتاب الشهادات، قم، نشر مقرّر کتاب، ۱۴۱۴ق.
۴۷. نجفی، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.
۴۸. نراقی، احمد بن محمد مهدی، عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
۴۹. نوری همدانی، حسین، «درس خارج فقه - کتاب البیع»، ۱۳۹۱/۱۱/۰۷ش، دسترس پذیر در وبگاه مدرسه فقهت به نشانی <<https://www.eshia.ir/feqh/archive/text/noori/feqh/91/911107>>.
۵۰. همو، رساله توضیح المسائل، چاپ هفدهم، قم، مؤسسه مهدی موعود علیه السلام، ۱۳۸۰ش.
۵۱. ولایی، عیسی، فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول، چاپ سوم، تهران، نی، ۱۳۸۳ش.

شیوه اجرا:

«ایفاء» در حقوق یا «تسلیم مال» در فقه*

- مصطفی کربلایی آقازاده^۱
- جلیل قنواتی^۲

چکیده

در حقوق، مباحث تحصیل اموال ذیل شیوه «ایفاء» تعهد، و در فقه، مباحث تحصیل اموال ذیل شیوه «تسلیم مال» قرار می‌گیرند؛ طریقه‌های متفاوتی در تحصیل اموال که موجبات حقوقی برمی‌گزینند. حقوق بر مبنای «نظریه تعهد» و فقه بر مبنای «نظریه ملکیت» می‌خواهند به اموال دست پیدا کنند. بر پایه این نظریات، شیوه حاکم در اجرا در حقوق برای دستیابی به حق «ایفاء تعهد» و شیوه حاکم در اجرا در فقه برای دستیابی به ملک «تسلیم مال» است. طریقه‌های متفاوتی که نظر به تمایز مبنایی میان آن‌ها، شکل و فرم حل دیگر مسائل حقوقی نیز متفاوت خواهد بود؛ از جمله اینکه حقوق براساس «نقض تعهد» و «قائم‌مقامی در فوت»، و فقه براساس «نقض ملک» و «بقاء ذمه بعد از فوت»

* تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۱/۲۴ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۵/۰۹.

۱. دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه مفید (نویسنده مسئول) (mkaghazadeh64@gmail.com).

۲. دانشیار دانشکده حقوق، پردیس فارابی دانشگاه تهران (ghanavaty@ut.ac.ir).

که هریک دارای آثار و احکام متفاوتی هستند، مسائل را حل خواهند نمود. بنابراین مراتب حقوق مدنی ایران که ملهم از دو منبع فقه و حقوق رومی است، همچون یک تن با دو شخصیت متفاوت است؛ زیرا در باب «عقود و تعهدات به‌طورکلی» از حقوق رومی اقتباس نموده است که مبنای تعهد است و در باب «عقود معین و ضمانات قهری» از فقه امامیه اقتباس نموده است که مبنای ملکیت است. ازاین‌رو، هرگونه تلاش برای جمع میان این دو به تعارضات مبنایی، شکل‌ها و فرم‌ها دامن می‌زند.

واژگان کلیدی: تعهد، ملکیت، قائم‌مقام، ذمه، نقض تعهد، نقض ملک.

مقدمه

فقیهان در تقسیم‌بندی قواعد و احکام مربوط به اجرای تعهدات، مبحث «ایفاء» در حقوق را ضمن مباحث بیع و اجاره و به‌مناسبت «قول در قبض یا تسلیم» و ذیل عنوان وجوب «قبض (تسلیم مال)» که این مال به انواع عین و منفعت تقسیم می‌شود، سامان‌دهی می‌کنند (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۴۶/۲۳؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰۶: ۲۷۵؛ موسوی خویی، بی‌تاب): ۵۹۲/۷؛ ایروانی نجفی، ۱۴۰۶: ۸۱/۲؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۵۵۹/۵؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۳۶: ۵۳/۵). عین در تقسیم‌بندی‌های بعدی در دسته‌های فرعی‌تر به «عین معین، کلی در معین و کلی در ذمه» و منفعت به «منفعت اشیاء، منفعت انسان و منفعت حیوان» تقسیم می‌شود. در مقابل، در حقوق مدنی مطابق مواد ۲۶۵ تا ۲۸۲ و کتب اندیشمندان حقوقی، قواعد و احکام مربوط به اجرای تعهدات حسب ماده ۲۱۴ قانون مدنی ذیل مبحث «ایفاء» قرار می‌گیرد (امامی، ۱۳۴۰: ۳۱۴/۱؛ کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۱/۴؛ شهیدی، ۱۳۸۲: ۲۷). سؤال بسیار مهمی که در این باره در ذهن تداعی می‌شود، این است که آیا چنین شیوه‌هایی نزد فقیهان و نویسندگان قانون مدنی و شارحان آن، حمل بر مسامحه می‌شوند و می‌توان هر دوی «تسلیم مال» و «ایفاء» را به‌جای یکدیگر به کار برد یا آنکه این طرح نه به‌علت اختلاف در تعبیر، بلکه ناشی از ماهیت متفاوت این دو شیوه در مبنا در دو نظام حقوقی اسلامی و رومی ژرمنی است،^۱

۱. نویسندگان قانون مدنی، اگرچه در محتوا و قواعد سعی کرده‌اند مواد قانونی را مطابق فقه اسلامی وضع نمایند، اما چون در تنظیم و نگارش این مواد، تحت تأثیر قانون مدنی فرانسه بوده‌اند، همین امر عاملی شد که «نظریه تعهدات» مطابق مباحثی همچون «در خسارت حاصله از عدم اجرای تعهدات» و «در وفای به عهد» در حقوق مدنی ما رخنه کند و براساس آن فرم و شکل قانون مدنی در قسمت قواعد عمومی سامان‌دهی شود.

که یکی از شیوه «تسلیم مال» و دیگری از شیوه «ایفاء تعهد» در مقام دستیابی به محصول موجبات حقوقی هستند؟

با طرح این سؤال اصلی، سؤالات فرعی متعدد دیگری نیز مطرح می‌شود؛ اینکه برفرض تفاوت شیوه‌ها، این تمایز چه تأثیری بر قواعد، آثار و احکام عقود و ضمانات قهری بر جای خواهد نهاد؟ آیا تشریفات «مطالبه» در ایفاء تعهدات که در هر حالتی باید رعایت شود (یزدانیان، ۱۳۹۸: ۲۱۰)، در وجوب تسلیم مال نیز لازم است؟ آیا همان‌گونه که در «ایفاء» جبران خسارت ناشی از «تقصیر» است (ژوردن، ۱۳۹۱: ۸۱)، در «تسلیم مال» نیز جبران خسارت ناشی از تقصیر است؟ آیا همان‌گونه که در حقوق، بیشتر حقوق‌دانان معتقد به تفکیک مسئولیت قراردادی و غیرقراردادی هستند، در فقه اسلامی نیز این تفکیک پذیرفته شده است یا فقه اسلامی وحدت و یگانگی این دو نوع مسئولیت را می‌پذیرد و اصل را بر ضمان قهری می‌گذارد.

فرضیه مقاله حاضر آن است که عامل اصلی در به‌کارگیری شیوه «ایفاء»، اقتباس نویسندگان قانون مدنی ما از حقوق فرانسه و محور قرار گرفتن «نظریه تعهدات» در باب «عقود و تعهدات به‌طورکلی» است (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۱۱؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۱۷۹/۲). این در حالی است که فقیهان در ابواب عقود معین و ضمانات قهری که در آن مباحث قواعد عمومی حقوق مدنی بحث می‌شود، بر محور «نظریه ملکیت» شیوه تسلیم مال را فهم می‌کنند؛ زیرا به نفس تملیک، طرف دیگر مالک مال (عین، منفعت و عمل) می‌شود و به تبع ملکیت، وجوب تسلیم مال به ملکیت درآمده، مطرح می‌شود. بر همین اساس، ضمان متعهد نه به سبب «نقض تعهد»، بلکه به سبب «نقض ملک» از اقسام وضع براساس «موجبات ضمان قهری» حاصل می‌شود.

در این مقاله، نخست مفهوم و جایگاه «ایفاء» در حقوق و «تسلیم مال» در فقه بررسی شده، سپس به تأثیر هریک از این دو شیوه بر آثار و قواعد حاکم در اجرا پرداخته خواهد شد. در خاتمه نیز به منظور اثبات فرضیه، نمونه‌هایی از مصادیق بحث در فقه اسلامی آورده می‌شود.

۱. مفهوم و جایگاه ایفاء در حقوق

تعهد به‌عنوان «محور اصلی» و به‌منزله «چهارراه» حقوق مدنی (امیری قائم‌مقامی، ۱۳۸۵: ۳۶/۱)، در نزد حقوق‌دانان ما در دو معنای «مصدری» و «اسم مصدری» مورد استفاده قرار می‌گیرد. در معنای مصدری، تعهد عبارت است از «به عهده گرفتن انجام عمل یا ترک عملی در برابر دیگری، خواه در برابر عوض باشد یا نباشد» (شهیدی، ۱۳۸۲: ۴۲)؛ معنایی که مقصود از آن در حقوق «عقد یا ایقاع» و در فقه «جعل یا قرار» است؛ معنای گسترده از تعهد، خواه مجعول امر تکلیفی، وضعی، معاملی یا غیرمعاملی قرار گیرد یا خیر (غروی اصفهانی، ۱۴۰۹: ۷). در مقابل، تعهد در معنای اسم مصدری که مطمح‌نظر در حقوق است، «وظیفه‌ای است که مطابق قانون بر عهده شخص متعهد ثابت و در صورت خودداری از انجام آن، به تقاضای متعهدله و به‌وسیله مرجع قضایی ملزم به انجام می‌شود» (شهیدی، ۱۳۸۲: ۴۲).

تعهدات در معنای اسم مصدری که در بیان فریتز شولز، «یگانه و بزرگ‌ترین دستاورد تاریخ مدنیت بشر است» (Schulz, 1951: 463)، در سیر تطور، تغییرات و اصلاحات زیادی را به خود در حقوق غرب دیده است. تعهد برگردان عبارت obligation، ملهم از واژه لاتینی obligato که سابقه تاریخی آن به «سیسرو» برمی‌گردد، اقتباس شده است (Ibid.: 455). ریشه obligation به کلمه tie بازگشت دارد که در زبان انگلیسی به bind و link و در زبان فارسی به «ربط، رشته، علاقه و طناب» معنا می‌شود که این bind و link در حقوق به «شیء»^۱ یا «شخص»^۲ متصل می‌شود (Ibid.: 455; Zimmermann, 1992: 1). این معنا از obligation به‌طور روشن نیز در تعریف مطرح انستیتو ژوستینین منعکس است،^۳ جایی که در تعریف obligation از آن به «juris vinculum»^۴ یاد می‌کند (Zimmermann, 1992: 1). «juris vinculum» واژه‌ای است که از دو کلمه vincio و

1. Obligare rem = to bind a thing.

2. Obligare personam = to impose a duty upon a person.

3. Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura.

۴. رابطه حقوقی.

ulum به معنای chain, rope, bond, link, fetter در زبان انگلیسی^۱ تشکیل شده است (Birks, 2014: 3; Dedek & Schermaier, 2011: 1).

اینکه چنین علاقه‌ای در دادخواهی علیه اشخاص ذیل دسته «حقوق اموال»^۲ و یا «حقوق تعهدات»^۳ قرار می‌گیرد، همچنان محل بحث است.^۴ این اختلاف از آنجا ناشی می‌شود که تحت تأثیر قوانین «گایوس»^۵ و «ژوستینین»^۶ حقوق خصوصی ذیل ابواب سه گانه «حقوق اشخاص / law of persons»، «حقوق اشیاء / law of things» و «حقوق دعاوی / law of actions» قرار می‌گیرد (Birks, 2014: 6) و براساس آن، روابط حقوقی بین اشخاص تنظیم می‌شود (Birks & Grant, 1987: 39; Gordon & Trans, 1988: 39). بر مبنای اینکه باب things مساوی و برابر با دسته «حقوق اموال / law of property» است یا تنها بعضی از زیرمجموعه‌های things مساوی و برابر با دسته «حقوق اموال / law of property» است و بقیه ذیل دسته «حقوق تعهدات / law of obligation» قرار می‌گیرند، این موضوع همچنان محل مناقشه است. جان آستین، سالموند، بوکلند، نیکولاس و پیتر بریکس با تقسیم باب things به دو بخش «حقوق تعهدات» و «حقوق اموال»، obligation را در قلمرو «حقوق شخصی» و در مقابل «حقوق اموال» قرار می‌دهند و پیتر بریکس می‌گوید: تعهد عبارت از «الزام حقوقی به انجام دادن عمل مطابق قانون موضوعه» است (Birks, 2014: 2); به این صورت که در تعهدات

۱. اینکه از تعهد با واژگان chain, rope, bond, link یاد می‌شود، منظور از آن، استعاره‌ای از طناب یا زنجیری است که یک طرف طناب یا زنجیر بر روی گردن شخصی و طرف دیگر طناب یا زنجیر بر روی دست دیگری است (Birks, 2014: 3).

2. Rights in property.

3. Rights in personam.

۴. در تمایز میان این دو می‌توان گفت: اگر رابطه حقوقی به‌مثابه یک طناب فرض شود، جایی که طناب در دست یک طرف در انتها بر روی یک مال گره می‌خورد، از آن رابطه به «ملک» یاد می‌شود؛ زیرا شخص با در دست داشتن طناب، بر روی آن مال سلطه و احاطه دارد. اما جایی که طناب در دست یک طرف در انتها بر روی شخصی دیگر گره می‌خورد، از آن رابطه به «حق شخصی» یاد می‌شود که وجود این طناب کنایه از آن است که متعهد تحت سلطه و احاطه متعهدله، مکلف به انجام عمل یا عدم انجام عمل است (Ibid.: 13).

5. Gaius.

6. Justinian.

صرفاً یک رابطه قانونی^۱ میان «متعهد»^۲ و «متعهدله»^۳ شکل می‌گیرد که به سبب این رابطه که همچون طناب^۴ فرضی است، این دو به هم «مرتبط»^۵ می‌شوند (3: Birks, 2014: امیری قائم‌مقامی، ۱۳۸۵: ۵۴/۱؛ عبدی پورفرد، ۱۳۹۲: ۶۷؛ حسینی حائری، ۱۴۲۳: ۵۲/۱) و به موجب آن، متعهدله «حق» دارد «تکلیف» پیشین را از متعهد مطالبه کند (1: Zimmermann, 1992). مطابق تعریف انستیتیوی ژوستینین، موضوع «*juris vinculum*» عبارت است از «*alicuius solvendae rei*». براساس دیکشنری لاتین آکسفورد، از *solvendae* بیست و دو معنای متفاوت استفاده می‌شود. بنابر یک معنا، منظور از آن *loosen*، *release* و در فارسی «گشودن» و «باز کردن» طناب است. از آنجایی که این معنای متبادر عبارت نیست، بلکه معنای غیرمستقیم آن است، مطابق معنای متبادر منظور از *solvendae*

1. Relation.
2. Obligor.
3. Obligee.
4. Tie.
5. Connect.

۶. با گذشت زمان، مقوله obligation به‌عنوان یک رابطه (relation) میان «obligor / متعهد» و «obligee / متعهدله» جای خود را به اصطلاح دیگری تحت عنوان debt که از مشتقات آن «debtor / بدهکار» و «debtee / طلبکار» است، داد (1: Zimmermann, 1992). اینکه در این نظام حقوقی، debt تأسیسی مستقل از obligation است، مطابق یک معنا، تعهد برای obligor یک debt و برای obligee یک «rights in personam» ایجاد می‌کند. براساس این معنا بدون اینکه به‌وسیله debt تأسیسی مستقل از obligation ایجاد شود، در واقع debt عنصری از عناصر obligation همان duty است (عبدی پورفرد و جعفری خسروآبادی، ۱۳۹۳: ۹۴؛ همان‌ها، ۱۳۹۲: ۳۹؛ جعفری خسروآبادی، ۱۳۹۳: ۱۷). اما مطابق معنای دیگر به‌موجب debt در راستای گسترش مفهوم حقوق اموال، یک «رابطه» جدید و مستقل از obligation شکل می‌گیرد. براساس آن، نه یک تکلیف برای موضوع تعهد همچون obligation، بلکه یک تأسیس متفاوت از obligation از جنس ملکیت بین شخص و مال به‌وسیله debt شکل می‌گیرد که به‌موجب آن به‌جای اصطلاحات obligor و obligee از واژگان «debtor / بدهکار» و «debtee / طلبکار» استفاده می‌شود.

Loxton v Moir, [1914] HCA 89; 18 CLR 360: p. 379 (A right to sue for a sum of money is a chose in action, and it is a proprietary right), Yanner v Eaton, (1999) 201 CLR 351, p. 388 (common law debt, albeit not assignable, was nevertheless property), Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd. [1991] A.C. 548. p. 74 (A debt owed by a bank constitutes a chose in action which is a species of property).

«ایفاء»^۱ است. مطابق اطلاق «rei / موضوع / چیز» که «ایفاء» بر روی آن قرار می‌گیرد، موضوع ایفاء ممکن است پرداخت پول، انجام عمل و تسلیم شیء باشد (Birks, 2014: 4). مطابق مواد ۱۱۰۱^۲ و ۱۱۲۶ قانون مدنی فرانسه^۳ قبل از اصلاحات ۲۰۱۶، «ایفاء» عبارت بود از ۱- دادن شیء / donner / give / ۲- انجام عمل / act / faire / ۳- ترک عمل / ne pas faire / not to act. منظور از donner^۴ در اینجا «انتقال مال»^۵ است (لوی، ۱۳۸۶: ۴۹؛ Faber & Lurger, 2011: Volume 4/76). اینکه حقوق اموال در چه زمانی ایجاد می‌شود، بسته به اینکه انتقال مال، عملی «مادی»^۶ یا «ذهنی»^۷ است، کشورهای تابع نظام رومی ژرمنی متمایز از یکدیگر عمل می‌کنند (Faber & Lurger, 2011: Volume 4/75). آنچه مشخص است، این انتقال در ابتدای امر با «تسلیم»^۸ مادی در مدل تشریفات «تردیشن» و در مدل‌های همراه با تشریفات «مانسیپاسیون»^۹ و «این جور سسیو»^{۱۰} صورت می‌گرفت (امامی، ۱۳۸۴: ۱۱۱/۱؛ قنواتی، ۱۳۸۲: ۳۱؛ ۱۲۹؛ Mousourakis, 2012). موردی که همچنان در مقررات آلمان حاکم است و با تسلیم^{۱۱} انتقال مال صورت

1. Performance.
2. Article 1101: Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose/ A contract is an agreement by which one or several persons obligate themselves to one or several others to give, to do, or not to do something.
3. Article 1126: Tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire/ A contract has for its object a thing that a party obligates himself either to give, to do, or not to do.
۴. ریشه donner به کلمه لاتین dare بازگشت دارد که به صورت خاص برای "transfer to ownership" به کار می‌رود.
5. Transfer to ownership.
6. Intellectual.
7. Physically.
8. Tradition.
9. Mancipatio.
10. In jure cessio.
۱۱. به این صورت که انتقال مال، علاوه بر انعقاد قرارداد - که شکل آن حسب اینکه مال منقول و غیرمنقول باشد، متفاوت از دیگری است - نیازمند عمل مادی نیز هست. این عمل مادی در مورد اموال منقول، تسلیم، و در مورد اموال غیرمنقول، ثبت ملک است.

می‌گیرد (Faber & Lurger, 2011: Volume 4/75). اما در حقوق فرانسه در تحولات بعدی به یک «عمل ذهنی»^۱ بدل شد (Pignarre, 2007: 384; Id., 2001: 41; Courdier-Cuisinier, 2005: 521; Fabre-Magnan, 1996: 85; Tallon, 1992: 68; Zenati et Revet, 2008: 299-301). به این ترتیب که ماده ۱۵۸۳ قانون مدنی فرانسه به روشنی اعلام می‌کند با توافق طرفین بدون اینکه به تسلیم نیاز باشد صرفاً با قصد متعاقدين، مال از شخصی به شخص دیگر منتقل می‌شود.^۲

اینکه «انتقال مال» در شکل جدید خود همچنان ذیل مفهوم تعهد در حقوق فرانسه تحت عنوان «تعهد به انتقال»^۳ قرار می‌گیرد یا خیر، چه در گذشته، انتقال زمانی عملی مادی بود و چه با توجه به ماده ۱۵۸۳ که به عملی ذهنی بدل شد، عمل انتقال مال با توجه به ماده ۱۱۰۱ و ۱۱۲۶ قانون مدنی فرانسه قبل از اصلاحات و ماده ۱۵۸۲ این قانون ذیل مفهوم تعهد تحت عنوان «تعهد به انتقال» قرار می‌گیرد؛ امری که زناتی این عمل ذهنی را «نوعی دیگر از مدل تسلیم بدون تشریفات تردیش» در هبه می‌شمارد.^۴ انتقال ملکیتی که همانند عمل و عدم انجام عمل، نه قسمی مجزا از تعهد، بلکه از انواع «تعهدات» به شمار آمده (Birks, 2014: 4) و مطابق قاعده ذیل مفهوم حقوق تعهدات سامان‌دهی می‌شود. در نتیجه شیوه حاکم بر مبنای نظریه تعهدات، «ایفاء» از باب حق مطالبه خواهد بود نه از باب «تسلیم مال»، هرچند با انعقاد قرارداد هم‌زمان تعهد به انتقال ایفاء شود (Huet, 2001: 425; Bloch, 1988: 673-677; Ancel, 1999: 771; Blanluet, 2004: 409; Chazal & Vicente, 2000: 477).

1. Transfer of intellectual.

۲. آنچه بیان شد، در رابطه با اثر انتقالی قرارداد میان طرفین در حقوق فرانسه است. مقنن فرانسوی در رابطه با اشخاص ثالث با درک این وضعیت که انتقال یک عملی ذهنی است، به جهت حمایت از اشخاص ثالث با حسن نیت، قرارداد انتقال را زمانی قابل استناد در برابر شخص ثالث می‌داند که با یک عمل مادی همراه شود. در مورد اموال منقول، این عمل مادی تسلیم، و درباره اموال غیرمنقول، این عمل مادی ثبت ملک است که قرارداد انتقال را در برابر شخص ثالث قابل استناد می‌کند.

3. Obligation de donner/ Duty to give/ Obligation of the transferor.

4. Zenati-Castaing et Revet, 2008: 284, n° 178, referring also to article 938 of the Civil Code that excludes expressly “any other form of traditio”.

تغییراتی که در برخی از مواد قانون مدنی فرانسه نظیر ماده ۱۱۶۳ جایگزین ماده ۱۱۲۶ قانون مدنی شده است؛ این گونه به نظر می‌رسد که ماده ۱۱۶۳ با این دیدگاه که انتقال حقوق اموال هم‌زمان با عقد را یک امر تملیکی بدانند، همخوانی دارد (یزدانیان، ۱۳۹۷: ۳۴۴؛ پورسید و نجف‌آبادی فراهانی، ۱۳۹۹: ۳۸۷)؛ زیرا در این ماده بدون اشاره به مفهوم «تعهد به انتقال»، موضوع تعهدات را صرفاً از نوع «عمل»^۱ می‌داند. «تعهد به انتقالی» که قبل از اصلاحات قانون مدنی در سال ۲۰۱۶، مجزا از «عمل» و در کنار آن قرار داشت؛ اما در تحولات جدید «انتقال مال» چون به عمل ذهنی تبدیل شده و به کارگیری مفهوم تعهدات در آن، چهره‌ای تصنعی و مجازی به خود گرفته است. مقنن فرانسوی با حذف آن، انتقال ملکیت را مستقیماً اثر انعقاد عقد تلقی کرده و تملیکی بودن برخی عقود را به‌صراحت پذیرفته است؛ اما چنین برداشتی از ماده ۱۱۶۳ قانون مدنی با ملاحظه سایر مواد قانون همخوانی و سازگاری ندارد؛ زیرا ماده ۱۱۰۱ جدید همچنان همه عقود را عهدی می‌داند و تمامی اقدامات در عقود را متفرع بر تعهد، و تعهد را موضوع اصلی عقد می‌شمارد و حتی حقوق اموال را نیز تحت عنوان «انتقال تعهد»^۲ در ماده ۱۱۰۱ جدید قانون مدنی ذیل تعهدات قرار می‌دهد.^۳ امری که سبب می‌شود «ایفاء» در تحولات جدید علاوه بر اعمال، شامل انتقال مال فوری نیز شود. نگاهی که همچنان در ماده ۱۲۴۰ جدید در مسئولیت خارج از قرارداد نیز وجود دارد و نشان می‌دهد که هنوز در این نظام حقوقی، نظریه تعهدات گفتمان اصلی است.

از این رو، به نظر می‌رسد این قاعده رومی ژرمنی که اصل تعهد است، در متون قانونی باقی و پابرجا است؛ اما باید یادآور شد چنین اصلی با توسعه مفهوم حقوق اموال و از بین رفتن مرزهای میان حقوق تعهدات و حقوق اموال، بر پایه آرای سوهم، نویس، ورستیگ، اِمَت، لیندی و پِنِر در حال تحول است؛ زیرا در میان اندیشمندان حقوقی این

1. Act of performance.
2. Transfer... obligations.

۳. برای ملاحظه انتقادات از وضعیت موجود ر.ک:

Zenati-Castaing et Revet, 2008: 299-301, n° 187; Tallon D, Le surprenant reveil de l'obligation de donner, D. 1992: 68; Fabre-Magnan, 1996: 85; Courdier-Cuisinier, 2005: 521; Comp. Pignarre, 2001: 41; Also. Id., 2007: 384.

نظام حقوقی با درک انتقال ذهنی که از آن تحت عنوان «افسانه تعهد به انتقال مال» یاد می‌کنند (Fabre-Magnan, 1996: 85; Ancel, 1999: 771)، تحولات حقوقی به این سمت می‌روند که یا با حفظ دکترین حقوق تعهدات و حقوق اموال، مرزهای میان این دو ناحیه، نظر به توسعه حقوق اموال ناپدید شود یا هرآنچه در زیر مجموعه *things* قرار می‌گیرد تماماً حقوق اموال شناسایی شود؛ حقوق اموالی که به دو نوع متمایز «حق عینی / حقوق اموال در معنای سنتی» و «حق شخصی / حقوق تعهدات» تقسیم می‌شوند (Tarrant, 2011: 678; Worthington, 2007: 919).

قانون مدنی ما مطابق ماده ۲۱۴ در بخش «عقود و تعهدات به‌طور کلی»، با این عبارت که «مورد معامله باید مال یا عملی باشد که هریک از متعاملین، تعهد تسلیم^۱ یا ایفای آن را می‌کنند»، در زیر عنوان مورد معامله که در واقع به مورد تعهد نظر دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۵۶/۲)، مورد تعهد را مال یا عمل می‌داند (شهیدی، ۱۳۸۲: ۲۷۷؛ کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۳۲/۱). وضعیت مزبور ناشی از اقتباس مندرجات ماده ۲۱۴ قانون مدنی از ماده ۱۱۲۶ کد ناپلئون یا قانون مدنی فرانسه مصوب ۱۸۰۴ میلادی است که در آن گفتمان اصلی در «انتقال مال» و «انجام عمل» از سنخ تعهد است (شهیدی، ۱۳۸۲: ۲۷۷؛ نعمت‌اللهی، ۱۳۸۹: ۱۱). وضعیتی که سبب می‌شود در نظام حقوقی ما نیز همانند حقوق رومی، تملیک یعنی انتقال مال ذیل نظریه تعهدات همانند «عمل» و «ترک عمل» جای گیرد. مبنایی که در آن بر عهده متعهد، «تکلیف» و «حق مطالبه» برای متعهدله ایجاد می‌شود و براساس آن، شیوه حاکم در اجرا «ایفاء تعهد» است. به همین مناسبت نیز جملگی آثار و قواعد حاکم بر عقود و مسئولیت مدنی در حقوق ما در بخشی از قانون مدنی و قانون مسئولیت مدنی همچون نظام رومی ژرمنی ذیل «نظریه عمومی تعهدات» جای می‌گیرند و به تبع آن، شیوه حاکم در اجرا نیز «ایفاء» است.

۱. در حقوق داخلی مطابق ماده ۲۱۴ قانون مدنی، کلمه «تسلیم» جایگزین کلمه *donner* شده است. همین امر سبب شده برخی تسلیم را در معنای تحت‌اللفظی آن «تسلیم فیزیکی» معنا کنند (شهیدی، ۱۳۸۲: ۲۷۷)؛ درحالی که نظر به منشأ اقتباس این ماده از ماده ۱۱۲۶ قانون مدنی قدیم فرانسه، مراد واقعی از آن «انتقال مال» است (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۵۹/۲؛ الشریف، ۱۳۸۹: ۸۶).

۲. مفهوم و جایگاه تسلیم (قبض) مال در فقه

در فقه اسلامی، «قبض» که به جای آن در قرون اخیر، بیشتر فقها از اصطلاح «تسلیم» استفاده می‌کنند،^۱ در کتب لغت عربی در عبارات «الأخذ مطلقاً»، «الأخذ بالید» و «الأخذ بجمع الکف» به ترتیب در معانی «مطلق گرفتن»، «گرفتن با دست» و «گرفتن با کف دست» آمده است (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۲۱۴/۷؛ ابن فارس، ۱۴۰۴: ۵۰/۵؛ طریحی، ۱۴۱۶: ۲۲۶-۲۲۵/۴) که کلمه «گرفتن» معادل آن در فارسی است (طباطبایی قمی، ۱۴۰۰: ۴۸۵/۴). از آنجایی که قبض حقیقت شرعی و متشرعه ندارد، نزد فقهای اسلامی در همان معنای عرفی آن یعنی «استیلاء بر مال» به کار رفته است که حسب موارد مختلف، در مصداق^۲ متفاوت از دیگری خواهد بود (امامی خوانساری، بی تا: ۵۸۰؛ موسوی خویی، بی تا(ب): ۵۹۱/۷؛ تبریزی، ۱۴۱۶: ۵۷۰/۴؛ طباطبایی قمی، ۱۴۱۳: ۱۲۵/۴؛ حسینی شیرازی، بی تا: ۱۴۷/۱۶).

فقیهان به مناسبت «قول در قبض یا تسلیم»، مسائلی مانند «بالقبض یتقل الضمان إلی القابض، إذا لم یکن له خیار» و «لا یتبع ما لیس عندک» را مطرح می‌کنند و با بیان اینکه عقد «مقتضی» آن است که متعاقدين آنچه را طرف دیگر به «سبب بیع یا اجاره» مستحق است تسلیم کنند، مسائل ایفاء در حقوق را به همین مناسبت ذیل عنوان وجوب «تسلیم مال» و در ضمن مباحث «بیع» و «اجاره» از موجبات «تملیک» عین، دین،^۳ منفعت یا عمل مطرح می‌کنند (علامه حلّی، ۱۴۲۰: ۳۳۴/۲؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۲۶۱/۶؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰۶: ۲۷۵؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۵۹۵/۲).

اینکه در حقوق اسلامی، تسلیم مال به طرف مقابل بر چه مبنایی است، با تتبع در آراء اندیشمندان فقهی، سه دیدگاه در این زمینه قابل مشاهده است:

بنابر دیدگاه اول، نظر به اینکه موجب حقوقی چیزی جز «انشاء تملیک در برابر تملیک» نیست و التزام به تسلیم و تسلّم امری مجزا و منفک از ملکیت است، علت

۱. قانون مدنی در ماده ۳۶۷، بین «تسلیم» و «قبض» تفاوت قائل شده و تسلیم را «دادن مبیع به مشتری» و قبض را «استیلاء مشتری بر مبیع» تعریف نموده است که مطابق ماده ۳۶۸ قانون مدنی، تسلیم زمانی محقق می‌گردد که با قبض نیز همراه شود.

۲. برای مطالعه بیشتر در خصوص کیفیت تسلیم منفعت در اجاره، ر.ک: طباطبایی یزدی، ۱۴۳۶: ۵۳/۵؛ پارساپور و عیسائی تفرشی، ۱۳۹۵: ۷۵-۵۹؛ الشریف، ۱۳۸۹: ۸۹-۹۳.

۳. منظور از «دین» در نزد فقها در این کتب، «مال کلی در ذمه» است (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۴/۸۹).

و جوب تسلیم، ساختار عقود معاوضی است؛ زیرا در عقود معاوضی بناء طرفین بر تسلیم مال است. در واقع هریک از متعاقدين بر مبنای «التزام و شرط ضمنی» در قبال آنچه به او تسلیم شده است، باید آن را به طرف دیگر تسلیم کند (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۱۸۴/۲؛ ایروانی نجفی، ۱۴۰۶: ۸۱/۲؛ طباطبایی قمی، ۱۴۱۳: ۱۲۶/۴).

بنابر دیدگاه دوم، از آنجایی که موجبات حقوقی طریقی برای وصول به عوضین است، تسلیم و تسلّم از احکام عقلایی مترتب بر موجبات حقوقی است. این گونه که هریک از طرفین از تسلیم عوضین امتناع نماید، برای هریک از متعاقدين «حق»، نه از باب «امر به معروف» و نه از باب «ملکیت»، بلکه از باب «حق مطالبه» ایجاد می‌شود که می‌تواند تسلیم مال را بخواهد. «حق مطالبه» امری عقلایی مترتب بر معاوضه است که اگر هریک از طرفین از تسلیم مال امتناع نماید، از باب ثبوت «حق» برای هریک از طرفین، این امکان وجود دارد که الزام ممتنع را از حاکم مطالبه کند (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۵۶۲/۵).

بنابر دیدگاه سوم، وجوب تسلیم مال بر مبنای «ملکیت» است و تسلیم از آثار و لوازم مرتب بر ملکیت است. در صورتی که هریک از متعاقدين از تسلیم ملک دیگری امتناع نماید، چنین امری مشمول «اداء ملک غیر» می‌شود (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۵۰۴/۸؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰۶: ۲۷۵؛ امامی خوانساری، بی‌تا: ۵۸۶؛ موسوی خویی، بی‌تا(ب): ۵۹۲/۷). توضیح اینکه به نفس تملیک، ملکیت برای هریک از متعاقدين ایجاد می‌شود. از لوازم ملکیت و شئون آن، ایجاد سلطنت بر مال است؛ به نحوی که مالک از باب ملکیت می‌تواند ملک خود را در ید هر شخصی که یافت، مطالبه نماید (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۳۷۲/۵؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۴۳۹/۱۷). در مقام بررسی و ارزیابی دیدگاه‌ها، آنچه مشخص است این است که مطابق دیدگاه اول و دوم، آنچه موجب می‌شود طرف مقابل ملزم به «تسلیم مال» به طرف دیگر شود، ماهیت آن در هر دو دیدگاه «تعهد» در مفهوم رومی آن است؛^۱ با این تفاوت که بنابر دیدگاه اول، سبب آن «اراده ضمنی متعاقدين» و بنابر دیدگاه دیگر، سبب آن «بنای عقلا» است. مفهومی از تعهد که در ساختار فقهی، برخلاف حقوق رومی آن به جهت

۱. جهت ملاحظه تفاوت مفهومی و ماهوی میان دین و تعهد، ر.ک: حسینی حائری، ۱۴۲۳: ۵۲/۱؛ عبدی پورفرد، ۱۳۹۲: ۷۳؛ عبدی پورفرد و جعفری خسروآبادی، ۱۳۹۱: ۸۱-۱۰۸؛ دیلمی، ۱۳۹۸: ۲۸۰.

اینکه ماهیت آن نه تملیک عمل، بلکه داشتن حق بر روی عمل غیر است، بقاء و دوام آن مقید به وجود فاعل است و با فوت مکلف از بین می‌رود (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۸۵/۲؛ محقق داماد، ۱۳۸۸: ۳۱۵).

از نظر تحلیلی به جهت اینکه مُنشأ یا موضوع موجب حقوقی تابع قصد «مُعْتَبِر» است و برای تعیین چستی هر اعتباری باید به خواست «مُعْتَبِر» رجوع کرد، با مراجعه به مُنشأ در نهادهای مهم حقوقی همچون بیع و اجاره و متعلق ملکیت که علاوه بر «اعیان بیرونی» شامل «عمل»، «ترک عمل»، «منفعت» و «کلی در ذمه» می‌شود، می‌توان بر مبنای عقل عملی و وجدان دریافت^۲ که وقتی شخصی در باب در اموال از ضروریات فقه در برابر دیگری ناشی از موجبات حقوقی ملزم می‌شود، معنای آن چیزی بیش از تملیک مال نیست و این ملکیت است که موضوع برای تکلیف می‌شود و به همین مناسبت در فقه در بیشتر موارد، سخن از وجوب «تسلیم مال» به ملکیت درآمده است نه وجوب «ایفاء» از باب تعهدات.

توضیح اینکه برخلاف باور غالب اندیشمندان حقوقی که «ملک» را تنها بر اعیان بیرونی فهم می‌کنند، نظر به مفهوم گسترده از «ملک» در نزد فقیهان امامیه، چنین

۱. در تمایز میان «حق بر روی عمل» با «تملیک عمل» می‌توان گفت: در حق بر روی عمل، بدون اینکه عمل در ملکیت طرف دیگر درآید، متعهدله تنها حق بر روی عمل متعهد دارد. این حق با وجود اینکه در شمار احکام وضعی قرار می‌گیرد و همانند ملک العمل، قابل انتقال به غیر و وراثت است، اما به جهت اینکه محل آن بر روی عمل متعهد قرار دارد، با فوت متعهد نظر به منتفی شدن محل، حق مطالبه از بین خواهد رفت؛ درحالی‌که در تملیک عمل، عمل جزء ملک مستأجر به حساب آمده و پس از مرگ مستأجر به ورثه‌اش منتقل می‌شود و فوت اجیر مطابق قاعده تأثیری در بقاء آن ندارد و باید از محل ترکه همچون سایر دیون، عمل ادا شود (موسوی خویی، بی‌تا(الف): ۱۳۴؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۴۸/۱۹؛ برای دیدن این احتمال که با فوت، مورد از مصادیق تلف قبل از قبض است و اجاره منفسخ می‌شود، ر.ک: غروی اصفهانی، ۱۴۰۹: ۲۵). تنها در اجیر خاص که اجاره مقید به وقت معین است و قبل از انقضاء مدت، اجیر فوت کند، اجاره باطل می‌شود (موسوی خویی، بی‌تا(الف): ۱۳۴؛ غروی اصفهانی، ۱۴۰۹: ۲۵).

۲. جعفری لنگرودی در این باره می‌گوید: «در فقه امامیه نیز همانند نظام رومی ژرمنی نظریه تعهدات... ضبط شده است و... نظریه عقد بدون تعهد قابل تصور نیست و تقسیم عقد به عقد تملیکی و عهدی معنی ندارد؛ زیرا همه عقود، تعهدات هستند و هر عقدی، عقد عهدی است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵: ۳۶؛ همو، ۱۳۸۲: ۲۰۲؛ همو، ۱۳۸۸: ۱۷۹/۲)، یا کاتوزیان بیان می‌کند: «اثر عقود تملیکی نیز ایجاد تعهد است، منتها هرگاه این تعهد به محض ایجاد اجرا شود، عقد تملیکی اما اگر به تأخیر افتد، عقد عهدی است» (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۳۱/۱؛ امیری قائم مقامی، ۱۳۸۵: ۳۶/۱).

رابطه حقوقی حتی بدون پایگاه مادی مال در باب عقود معین شناسایی می‌شود. همین نگاه در باب موجبات ضمانات قهری وجود دارد؛ به طوری که برخلاف نگاه اندیشمندان حقوقی که تحت تأثیر طبقه‌بندی «حق عینی» و «حق شخصی» در نظام حقوقی رومی ژرمنی،^۱ ماهیت ضمان قهری را «تعهدی» می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۰۶؛ هاشمی و تقی‌زاده، ۱۳۹۴: ۱۹۵)، از نظر تحلیلی براساس طبقه‌بندی سنتی و بومی «ملک» و «حق»، که این حق نیز در باب در اموال ذیل ملک عموماً مطابق دیدگاه غالب قرار می‌گیرد (فروغی، ۱۳۹۱: ۱۰۲)، ملکی که به دو نوع «ملک تام» و «ملک ناقص یا حق» تقسیم می‌شود، در مواردی که زیان‌زننده «سبب» از بین رفتن یا نقصان «مال» غیر می‌شود، ماهیت ضمان قهری «تملیکی» است (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۱۱۸/۱؛ قنوتی، ۱۴۰۰: ۲۳۱؛ محقق داماد، ۱۳۸۸: ۳۱۱؛ دریائی و کربلانی آفازاده، ۱۳۹۹: ۱۰۱؛ همان‌ها، ۱۳۹۸: ۲۱۹) که عقود معین و ضمانات قهری، موضوع برای اعتبار ملکیت هستند.^۲

از این رو، در باب در اموال در فقه بدون اینکه تفاوتی بین موجبات حقوقی متصور شود، خواه موجب حقوقی ذیل ضمان قهری و خواه ذیل عقود معین و یا ارث قرار گیرد، حسب صورت‌های مختلف، چه مورد موجب حقوقی «عین» و اقسام آن باشد و چه مورد آن منفعت قرار گیرد، در اندیشه فقهی تملیک حاصل می‌شود و در ادبیات فقهی موجبات اصلی ذیل «ملکیت» تحلیل می‌شوند که «تسلیم مال» در آن نیز مبنا و معنایی جز اداء ملک غیر ندارد (الشریف، ۱۳۸۹: ۸۸). خلاصه اینکه در کلیه موارد عین،

۱. برای مطالعه در این باره، ر.ک: نعمت‌اللهی، ۱۳۸۹: ۱۰۹-۱۳۲.
 ۲. از آنجایی که از نگاه مشهور فقهای امامیه، ماهیت ضمان چیزی غیر از «ملکیت» نیست، زیان‌دیده مالک مافی‌الذمه زیان‌زننده می‌شود. مشهور فقهای امامیه در تحلیل ضمان ناشی از «علی‌الید»، ماهیت آن را نیز کماکان حکم وضعی ملکیت دین می‌دانند؛ اما نه ملکیت دین به صورت منجز، بلکه ملکیت شأنی و تقدیری که در آن رد بدل، معلق به تلف مال است (قریان‌پور، ۱۳۹۱: ۵۱؛ نعمت‌اللهی، ۱۳۹۱: ۱۶۳-۱۶۴). بر این تحلیل، آثار مهمی مترتب است؛ از جمله اینکه اگر غاصب فوت کند و عین مال مغضوب موجود باشد و وراثت وی استیلائی بر آن نداشته باشند، امکان الزام وراثت به رد مال مزبور از محل ترکه نیست؛ زیرا از یک سو تکلیف به رد عین مغضوبه، قائم به شخص غاصب بوده است و از سوی دیگر، عدم استیلائی وراثت بر عین مغضوب موجب می‌شود که تکلیف وجوب رد مال متوجه آن‌ها نشود. این در حالی است که اگر رابطه میان غاصب و مالک را قبل از تلف به رابطه «ملکیت دین یا حق ذمی» تحلیل کنیم، این حکم وضعی با فوت غاصب به ترکه او تعلق می‌گیرد و وراثت او مکلف به ادای آن از محل ترکه هستند.

منفعت و عمل که در حقوق حسب ماده ۲۱۴ قانون مدنی مورد موجب حقوقی ذیل مفهوم مورد تعهد رومی فهم می‌شوند، بنابر اندیشه فقهی ذیل ملکیت قرار می‌گیرند که وجوب تسلیم در آن، مبنایی جز «اداء ملک غیر» ندارد (امامی خوانساری، بی‌تا: ۵۸۵). به عبارت دیگر، علی‌رغم آنکه در نظر اکثریت اندیشمندان حقوقی، عنوان «تسلیم مال» در فقه اسلامی قسمی از «ایفاء» در حقوق است، اما به لحاظ ماهیت متفاوت این دو از حیث مبنا، قیاس آن‌ها با یکدیگر مع‌الفارق است؛ زیرا در «تسلیم مال»، وجوب از باب ملکیت که از مشترکات است، می‌باشد؛ در حالی که در ایفاء، وجوب از باب تعهدات است.

۳. تأثیر شیوه اجرا در آثار و قواعد حاکم بر موجبات حقوقی

حسب آنکه شیوه حاکم در اجرا، ایفاء است یا تسلیم مال، این متغیر تأثیر متفاوتی بر آثار و قواعد حاکم بر اجرا و ضمانت اجرای نقض خواهد نهاد که تا حد امکان، این موارد به‌طور مختصر در زیر آورده خواهد شد.

۳-۱. تأثیر سازوکار «ایفاء» در آثار و قواعد حاکم بر تعهدات

نظر به اینکه «نظریه تعهدات»، ستون فقرات حقوق مدنی ما را در عقود و تعهدات به‌طور کلی تشکیل می‌دهد، مورد معامله یا مسئولیت مدنی مال یا عمل است که باید ایفاء شود. همان‌طور که پیشتر بیان شد، سازوکار حاکم در اجرا از باب وجوب ایفاء است که اقتضا دارد بنا به درخواست متعهدله در تعهدات قراردادی، حاکم متعهد را ملزم به «ایفاء» آن می‌کند. بدین ترتیب در حقوق تعهدات از آنجایی که بر عهده متعهد «تکلیف» و برای متعهدله «حق مطالبه» وجود دارد (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۳۱۴)، لازمه مسئولیت مدنی متعهد در همه حال در تعهدات قراردادی به‌علت ماهیت تکلیفی تعهد، منوط به تشریفات «مطالبه»^۱ از سوی متعهدله مطابق ماده ۱۱۴۶ قانون مدنی فرانسه مصوب ۱۸۰۴ و ماده ۱۲۳۱ جایگزین آن در اصلاحات سال ۲۰۱۶ است. در چنین حالتی، آنچه

1. Notice to perform his obligation/ est en demeure.

متعهدله داراست، تنها «حق مطالبه»^۱ است که باید از سوی او مورد مطالبه گیرد تا حاکم بتواند متعهد را ملزم به جبران خسارت یا اجرای عین تعهد نماید. از آنجایی که شیوه اجرا، ریشه در «نظریه تعهدات» دارد که اجرا ذیل آن معنا می‌شود، مسئولیت مدنی به‌عنوان بدل از مبدل که در ازای «نقض ایفاء» محقق می‌شود، ماهیت آن همچون سطح زیرین نظر به عدم فهم ملکیت مال کلی در ذمه همچنان تعهدی شناسایی می‌شود. در تمامی موضوعات اعم از «قراردادی» یا «خارج از قرارداد»، مسئولیت مدنی هنگامی محقق می‌شود که «نقض تعهدی» روی داده و این نقض دارای شرایط ذیل باشد:

اولاً: تعهدی مبنی بر «۱- تعهد به انتقال مال: donner»،^۲ «۲- عمل: faire»، «۳- ترک عمل: ne pas faire» وجود داشته باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۶۱/۱). تعهدی که در مسئولیت خارج از قرارداد از آن، تعهد به عدم اضرار به غیر یاد می‌شود. ثانیاً: تعهد مزبور نقض شده باشد؛ نقضی که در مسئولیت ناشی از قرارداد با «مطالبه» و در مسئولیت خارج از قرارداد به نفس «اضرار به غیر» محقق می‌شود. ثالثاً: خسارت ناشی از نقض تعهد باشد (همان: ۲۳۹/۱).

در ادامه نیز در مسئولیت مدنی، وقتی مسائل و شرایط مربوط به آن در حقوق مطرح می‌شود، به‌دلیل اینکه مسئولیت مدنی ناشی از «نقض تعهد» است، علاوه بر «رفتار مکلف»، «رابطه استاد» و «ورود خسارت»، لازم است مکلف دارای شرایط عامه تکلیف (یزدانیان، ۱۳۹۵: ۸۰/۱) و خسارت نیز ناشی از «رفتار توأم با تقصیر» متعهد، مطابق ماده ۱۲۴۰ مصوب ۲۰۱۶ قرار گیرد تا شخص ملزم به جبران خسارت دیگری شود.

به‌جهت اینکه قبل از نقض، موضوع معامله یا تکالیف قانونی، ماهیت آن تعهد است

۱. اینکه مفهوم «حق مطالبه» چیست؟ سه معنا پیش روی ما قرار دارد. مطابق یک نظر مراد از آن «اباحه»، مطابق نظر دیگر منظور از آن «اباحه حقی»، و مطابق احتمال سوم منظور از آن داشتن «حق بر روی عمل» است. در تعهد مدنظر در حقوق، مراد از تعهد، تکلیفی است که برای متعهدله حق بر روی عمل متعهد اعتبار می‌شود که ماهیت آن «حکم وضعی» است.

۲. لازم به توضیح است که با کشف «ملکیت اعتباری» در اندیشه غرب در قرون اخیر و در ادامه آن با حذف عمل مادی در ایجاد ملکیت، حقوق غرب به چیزی دست یافت که حقوق اسلام پیش از این به آن دست یافته بود. اینکه در مسئولیت قهری ناشی از اتلاف ملک، نظر به عدم نیاز به وجود عنصری به نام «تعهد»، حقوق مسئولیت مدنی به‌سوی «مسئولیت بدون تقصیر» در حرکت است.

و بعد از نقض نیز تکلیف بر عهده متعهد همچنان ذیل مفهوم حقوق اموال در حقوق رومی قرار نمی‌گیرد (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۳۱۴)، تنها رهاورد مسئولیت مدنی شناسایی «اعطاء حق مطالبه» دیگری برای متعهدله در قالب جبران خسارت است؛ رهاوردی که همچون اصل تعهد، خسارت ناشی از نقض تعهدات، ذیل حقوق اموال قرار نمی‌گیرد (Faber & Lurger, 2011: Volume 3/73). بنابراین در این ساختار، خسارت ترمیمی قابل مطالبه ذیل گونه‌های «عدم النفع» و «خسارت اعتماد» در فقه سامان‌دهی می‌شود (امینی و پیری، ۱۴۰۰: ۱۳۶).^۱

مطابق دیدگاه سنتی حاکم در فقه، عدم النفع که در برابر نقض حقوق تعهدات حاصل می‌شود، همچون اصل تعهد است که برای متعهدله به ذات «مال» حاصل نمی‌شود.^۲ از این رو، تنها بر مبنای منطق اراده قراردادی همچون ماده ۱۱۴۳ قانون مدنی فرانسه چنین خسارتی قابل جبران است. همان چیزی که سبب شده است برخی از اندیشمندان حقوقی ادعا کنند اعتبار مسئولیت «قراردادی» در برابر مسئولیت «غیرقراردادی» به این قرار است که معتبر می‌خواهد عدم‌النفع را که در مسئولیت غیرقراردادی قابل جبران نیست، به واسطه آن قابل جبران شمارد (وحدتی شبیری، ۱۳۸۵: ۱۹۶).

در مسئله فوت متعهد که بر عهده او تنها تکلیف قرار دارد، به علت به کارگیری عقل‌گرایی فلسفی در امور اعتباری و همچنین شخصی بودن تعهدات، مدت‌ها این باور

۱. خسارت متوقع به دو قسم خسارت «مستقیم» و «غیرمستقیم یا مع‌الواسطه» تقسیم می‌شود. مراد از خسارت متوقع مستقیم به دست آوردن بدل مبدل، و منظور از خسارت متوقع غیرمستقیم به دست آوردن نفع ناشی از مبدل است. خسارت متوقع مستقیم در آنجایی مورد شناسایی قرار می‌گیرد که نظام حقوقی بنابر دلایلی بخواهد به جای مبدل، بدل آن را به متعهدله اعطا کند. برخی دیگر از حقوق‌دانان، دسته سومی تحت عنوان «خسارت استرداد» را به دو نوع کلی «خسارت اعتماد» و «خسارت متوقع» افزودند (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۷: ۱۶۴؛ عطاری، قنوتی و قاسمی عهد، ۱۳۹۸: ۱۰۳). خسارت استرداد به جهت اینکه ماهیت غیرترمیمی دارد، به کارگیری آن تحت عنوان خسارت همچون خسارات اسمی و تبیهی مسامحه در تعبیر است.

۲. در حقوق رومی به جهت اینکه در سیر تطورات سیستم انتقال مال در اعیان مادی، از عملی مادی به عملی ذهنی تبدیل شد، شکل خسارت نیز با عدم تسلیم، به تلف مال غیر تغییر نمود؛ زیرا در اثر قرارداد برای متعهدله بالفعل مال ایجاد می‌شود.

وجود داشت که با فوت متعهد، اضافه تعهد از بین می‌رود و چون نمی‌توان بر عهده ورثه تعهدی ایجاد نمود، لذا امکان استیفای آن از ماترک منتفی می‌شود؛ نتیجه‌ای که اعتبار تعهدات را از بین می‌برد. این مهم سبب شد به منظور بقاء تعهد پس از فوت متعهد در کنار «اصل نسبی بودن تعهدات» در این نظام حقوقی به تأسیس «نظریه قائم مقامی ورثه»^۱ دست بزنند (حسینی حائری، ۱۴۲۳: ۱/۶۸-۵۵؛ فاتحی، ۱۳۹۱: ۱). امری که سبب شد ماده ۱۱۲۲ قانون مدنی منسوخ فرانسه قبل از اصلاحیه ۲۰۱۶ مقرر کند: «اصل بر این است که شخص برای خود و ورثه و قائم مقامانش قرارداد می‌بندد؛ مگر اینکه خلاف آن تصریح شود یا از ماهیت قرارداد برآید».

ماده ۲۳۱ قانون مدنی ایران نیز تحت تأثیر مقررۀ مزبور ذیل باب «در عقود و تعهدات به طور کلی» که بیانگر «نظریه تعهدات» در حقوق است، بر مبنای همین تأسیس بیان کرد: «معاملات و عقود فقط درباره طرفین "متعاملین" و "قائم مقام قانونی" آنها مؤثر است...».

امری که سبب شد نهاد قائم مقامی که برای اعتبار تعهد در آن نظام حقوقی تأسیس شده بود، وارد ادبیات حقوقی ایران شود. نهادی که مطابق آنچه در ادامه خواهد آمد، بر مبنای نظریه ملکیت ضرورتی برای به کارگیری آن در حقوق اسلامی وجود ندارد.

۴. تأثیر سازوکار «تسلیم مال» در آثار و قواعد حاکم بر ملکیت

نظر به اینکه «نظریه ملکیت»، ستون فقرات نظام حقوقی اسلام در باب در اموال را تشکیل می‌دهد، از این رو در بیشتر موضوعاتی که مورد معامله یا ضمان قهری، «عین» و «منفعت» قرار می‌گیرد، آن گونه که بیان شد، «تسلیم مال» مبنا و معنایی جز «اداء مال» غیر ندارد (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۱/۴۵۱). بر این اساس، شیوه حاکم بر اجرا از لحاظ

۱. نهاد قائم مقامی بیانگر این موضوع است که بدون اینکه اصل رابطه حقوقی تغییر کند، شخصی جانشین شخص دیگر می‌شود، به صورتی که بتوان گفت منتقل الیه جای انتقال دهنده را گرفته و دارای همان حقوق و تکالیف است.

فقهی «تسلیم مال»^۱ است که از باب «ملکیت» بنا به درخواست مالک، حاکم دیگری را ملزم به «تسلیم مال» می‌کند (مامقانی، ۱۳۵۰: ۲۲۲). بر پایه چنین اندیشه‌ای، از آنجایی که ضمان قهری در سطح زیرین آن «نظریه ملکیت» قرار دارد، خسارت به جای فرارگیری ذیل گونه‌های «خسارت اعتماد و متوقع»، ذیل گونه‌های «تلف مال (عین یا منفعت) غیر» از صورت‌های نقض ملک سامان‌دهی می‌شود که به موجب آن ملکیت محقق می‌شود. عین و منفعت در تمام اقسام آن به جهت اینکه «مال» دیگری شناسایی می‌شوند (موسوی خراسانی، ۱۳۹۸: ۳۱۳)، این امکان را به زیان‌دیده می‌دهند به سبب اینکه مال وی از بین می‌رود، «بدل» آن را مطالبه نماید^۲ (علامه حلی، ۱۴۲۰: ۱۵۲/۳)؛ بدلی که نظر به فهم ملکیت کلی در ذمه در نزد فقیهان امامیه براساس ضمان تملیکی، در شمار «اموال» زیان‌دیده همانند مبدل قرار می‌گیرد. از این رو، بدون آنکه نیاز به اعتبار «مسئولیت قراردادی» مجزا از «مسئولیت قراردادی» باشد، همان گونه که در ضمان قهری حسب «اتلاف»، «علی‌الید» و «استیفاء» از موجب ضمان تملیکی، عامل زیان ضامن استرداد و تلف مال غیر قلمداد می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۲۳/۲۷؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۲۶۷/۷؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹: ۶۸/۵)، می‌توان بر مبنای موجبات قهری و صور نقض ملکیت، دیگری را در قراردادها نیز ضامن تلف مال (عین، منفعت و عمل) غیر شمرد (موسوی خراسانی، ۱۳۹۸: ۳۱۳) و تنها در مواردی به مسئولیت مدنی همچون حقوق رومی نیاز است که امکان جبران خسارت براساس ضمان تملیکی ممکن نباشد؛^۳ زیرا ضمان قهری در حقوق اسلامی ریشه در «نقض ملکی» دارد که مطابق آن ضمان تملیکی در مواردی محقق می‌شود که ملکیتی از میان رود تا به تبع آن بتوان ملک دیگری به عنوان بدل آن جای داد. در خسارت متوقع غیر مستقیم به دلیل عدم وجود ملکیت و در خسارت

۱. علاوه بر عین، منفعت یا عمل نیز در فقه اسلامی مال محسوب می‌شوند و سازوکار اجرا در هر دوی آن‌ها «تسلیم مال» است.

۲. دیدگاهی که در حقوق غرب بالاخص کامن‌لا بعد از تحول در مفهوم تعهد از رابطه شخصی به رابطه بر مال، این امکان را در این نظام‌های حقوقی فراهم ساخت تا همانند حقوق اسلامی به جبران خسارت متوقع مستقیم یا بدل از تعهد دست پیدا کنند.

۳. اینکه در کجا و در چه مواردی به سازوکار مسئولیت مدنی در حقوق نیاز است، در تحقیقی مستقل باید به آن پرداخته شود.

معنوی به دلیل اینکه خسارت قابلیت تبدیل به مال را ندارد، نمی‌توان شخص را تحت عنوان ضمان تملیکی ضامن خسارات وارده دانست.^۱ از این رو می‌توان گفت: در اندیشه فقه اسلامی، ضمان هنگامی محقق می‌شود که اولاً: ملکیتی موجود از بین برود؛ ثانیاً: خسارت ناشی از نقض ملکیت باشد؛ ثالثاً: خسارت قابلیت تبدیل شدن به مال و ملکیت را داشته باشد (حکمت‌نیا، ۱۳۸۹: ۲۹۶؛ وحدتی شبیری، ۱۳۸۵: ۱۸۹).

امر دیگری که بر نظریه ملکیت مبتنی است، آن است که ملکیت از احکام وضعی است و احکام وضعی غیرمستقیم به اشخاص تعلق می‌گیرد و همانند تکلیف (فعل)، دارا بودن شرایط عامه در آن شرط نیست، ضمان قهری بر پایه «سببیت» از دیگر احکام وضعی، بدون نیاز به تقصیر و شرایط عامه تکلیف ایجاد می‌شود (کشاورز، ۱۳۹۸: ۲۱۷).

آن گونه که بیان شد، احراز عهدشکنی و مسئولیت مدنی متعهد در تعهدات قراردادی به علت ماهیت تکلیفی تعهد، در هر حال منوط به رعایت تشریفات «مطالبه» از سوی متعهدله است. با پذیرش ملکیت به مثابه نظریه حاکم، نقش تشریفات «مطالبه» کاملاً وارونه خواهد شد؛ چه اینکه وجوب تسلیم مال از آثار نظریه ملکیت است که غیر باید مالی را که به نفس تملیک در ملک دیگری قرار گرفته است، بدون مطالبه از «باب ملکیت» به مالک آن رد نماید. به عبارت دیگر، به علت ماهیت وضعی ملک، بدون آنکه نیاز به تشریفات مطالبه باشد، طرف دیگر باید ملک را به مالک آن مسترد نماید. از این رو، مطالبه تنها در مواردی ایفاء نقش می‌کند که مالک ملک خود را تحت اختیار طرف دیگر قرار داده باشد که استرداد آن در مواردی مانند امانت مالکی، نیازمند مطالبه از دیگری حسب قسمت اخیر ماده ۲۲۶ قانون مدنی است.

بنابراین، از آنجایی که بسیاری از مواردی که در حقوق در قالب مفهوم «تعهد» فهم می‌شود، فقیهان امامیه آن را در قالب مفهوم «دین» از اقسام مال و «ملکیت» شناسایی می‌کنند که مملوک به جای اینکه در ظرف «عالم واقع» قرار گیرد، در ظرف «ذمه» قرار می‌گیرد، فقیهان بدون درک تأسیس «قائم مقامی» در تعهدات، بر پایه بقاء ذمه بعد از فوت، حکم به بقاء دین بعد از فوت مدیون می‌نمایند و از این طریق اعتبار و اطمینان

۱. مگر آنکه مانند برخی فقیهان امامیه به قاعده لاضرر یا بنای عقلا تمسک کرده و حکم ضمان در این موارد را توجیه کنیم.

در روابط حقوقی ایجاد می‌کنند؛ زیرا این ملکیت است که «موضوع» برای تعهد قرار می‌گیرد. همان‌طور که عالم واقع بعد از فوت اشخاص از بین نمی‌رود و ملک مندرج در آن باقی است، ذمه نیز به‌عنوان محل استقرار دین بعد از فوت مدیون تا مادامی که معتبر حکم به بقاء آن کند، باقی است (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۴۸/۱۹)؛ از این رو بر پایه تأسیس ذمه و بر بنیاد ملکیت، دیگر مجالی برای به‌کارگیری مفهوم «قائم‌مقامی وارث به‌جای مورث» مطابق نظریه تعهدات در حقوق رومی نیست.

۵. نمونه‌هایی از مصادیق تسلیم مال در حقوق اسلامی

برای نشان دادن این فرضیه در فقه اسلامی در نهاد مهم حقوقی «بیع»، «اجاره» و «ضمان قهری» به‌عنوان سه مصداق مهم در اندیشه اسلامی بررسی می‌شوند.

۱-۵. تسلیم عین در عقد بیع

در اندیشه فقهی، خریدار به نفس انشاء عقد بیع، مالک مبیع می‌شود. مبیع که ممکن است «عین معین»، «کلی در معین» و «کلی فی الذمه» باشد، تسلیم یا همان «تردیشن» رومی هیچ نقشی در آن‌ها در ایجاد ملکیت ندارد و تنها اثر آن انتقال ضمان معاوضی است (محقق داماد و احمدی‌فر، ۱۳۹۲: ۹۶). مشهور فقهای امامیه و اکثریت اندیشمندان حقوقی در «عین معین» و «کلی در معین» بدون توسل به نظریه عمومی تعهدات با توسل به موجبات «ضمان قهری» و حسب گونه‌های «تلف مال (عین یا منفعت)» در صورت نقض ملکیت (علی‌الید، اتلاف و یا استیفاء)، حکم به جبران خسارت می‌کنند؛ زیرا در اثر عقد به نفس انشاء متعاقدین، «عین معین» و «کلی در معین» به ملکیت خریدار درمی‌آید و رابطه بایع با مبیع همچون «غیری» است که بر مبنای علی‌الید، اتلاف و یا استیفاء ضامن تلف آن است.

تنها مورد قابل مقایسه با «تردیشن» رومی، وضعیت «کلی فی الذمه» در فقه اسلامی است؛ زیرا همانند انتقال مال در حقوق که ایجاد ملکیت نیازمند تسلیم است، ممکن است بیان شود در «کلی فی الذمه» که حین تملیک مالی وجود خارجی ندارد، ملکیت (در فقه اسلامی) نیز نیازمند تسلیم است. بر همین اساس، نظر به عدم تشخیص مال

«کلی فی الذمه» در عالم خارج، آن را حسب ماده ۲۱۴ قانون مدنی که بیان می‌دارد: «مورد معامله باید مال یا عملی باشد که هریک از متعاملین، تعهد تسلیم یا ایفای آن را می‌کنند»، در ردیف تعهدات و ذیل «ایفاء» در حقوق جای می‌دهند (بروجردی عبده، ۱۳۸۰: ۱۳۱؛ امامی، ۱۳۸۴: ۴۱۲/۱؛ کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۳۳/۱؛ شهیدی، ۱۳۸۲: ۲۷۷) و خسارات ماهوی ناشی از آن را ذیل «نقض تعهد» تحلیل می‌کنند. اما چنین شباهتی نباید موجب این باور شود که ماهیت خسارت قابل مطالبه در «کلی فی الذمه» همچون تعهدات است؛ زیرا در نزد فقیهان امامیه، «کلی فی الذمه» در ردیف «ملکیت» و «مال» قرار دارد که به نفس تملیک در ذمه مدیون، ملکیت ایجاد و وجوب تسلیم در آن از آثار و احکام مترتب بر «ملکیت» است نه «تعهد». از این رو، وضعیت «کلی فی الذمه» در فقه اسلامی با «تردیشن» در حقوق یگانگی ندارد؛ زیرا «تردیشن» در حقوق، ماهیت زیربنایی آن از مقوله «تعهدات»، اما «کلی فی الذمه» در فقه از مقوله «ملکیت» است. براین اساس در چهارچوب فقهی، «دائن» همچون مالکی می‌ماند که بی‌آنکه بر سر دوراهی فسخ و خسارت استرداد یا مطالبه عین مال بر مبنای «علی الید»^۱ قرار گیرد، می‌تواند حسب قواعد اتلاف، «بهاء» مال خود را همانند آنچه در نظام کامن‌لا مطرح است، مطالبه نماید (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۳۰۵). چنین امری ناشی از آن است که «دین» در نزد فقیهان امامیه برخلاف تعهدات در نظام رومی ژرمنی ذیل باب اموال و مفاهیم گسترده از ملک قرار می‌گیرد و رابطه حاکم بر آن از نوع «ملکیت» شناسایی می‌شود.

۲-۵. تسلیم منفعت در عقد اجاره

با وجود اینکه حسب ماده ۲۱۴ قانون مدنی، «عمل» نیز از موارد تعهد است، اما فقیهان امامیه با بیان اینکه «الموَجِر و المَسْتَأْجِر یملِک... بنفس العقد» (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۵۹۵/۲)، «عمل» یا «منفعت» را ذیل عقد اجاره از موارد ملکیت قرار می‌دهند که مستأجر مالک منافع یا عمل بدون تسلیم و تسلیم می‌شود (غروی اصفهانی، ۱۴۰۹: ۴؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۸۲/۱۹) که هریک از طرفین باید مورد عقد را از باب «تسلیم مال»

۱. توضیح اینکه واژه «بد» در این روایت بیش از آنکه بر معنای «مادی» آن دلالت کند، منظور از آن «استیلاء و تسلط» است (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۴۰۷/۱). براین اساس، علاوه بر اینکه استیلاء بر اعیان را در بر می‌گیرد، شامل استیلاء بر «کلی فی الذمه، عمل و منفعت» نیز می‌شود.

نه «ایفاء» تسلیم کنند.

فقه‌های امامیه در پاسخ به این اشکال که منفعت حین عقد وجود ندارد تا به مستأجر تملیک شود، با بیان اینکه ملک از جنس «مقولات حقیقی» نیست تا نیازمند عرض در خارج باشد، بلکه از «موجودات اعتباری» است و منفعت به تبع وجود عین یا شخص، قابل استیفاء و مقدر است (غروی اصفهانی، ۱۴۰۹: ۵)، برای منفعت وجود اعتباری قائل می‌شوند که به نفس عقد اجاره در ملک مستأجر درمی‌آید.

در این نگاه چون به نفس عقد، مستأجر مالک «منافع» و طرف دیگر مالک «اجاره‌بها» می‌شود، مستأجر همچون صور نقض ملکیت عین (اتلاف، استیفاء و علی‌الید) با «تلف منفعت» نیز به میزان تلف، مالک ذمه تلف کننده می‌شود؛^۱ زیرا به نفس عقد، عمل یا منفعت به ملکیت مستأجر درآمده است و رابطه طرف دیگر با منفعت یا عمل، همچون غیری است که بر مبنای قواعد کلی علی‌الید، اتلاف و یا استیفاء، ضامن تلف مال است (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۴۰۷/۱) و با بطلان و فسخ قرارداد ضامن استرداد مال.

۳-۵. تسلیم دین در ضمانات قهری

قانون مدنی در فصل دوم از باب دوم تحت عنوان «موجبات ضمان قهری»، ضمان ناشی از «علی‌الید»، «اتلاف بالمباشره یا بالتسیب» و «استیفاء» را مطرح می‌کند. فقیهان امامیه نیز به طور معمول، این اسباب را در باب «موجبات ضمان» در فقه مطرح می‌کنند. برخلاف تصور اندیشمندان حقوقی که بر این باورند ماهیت ضمان قهری «تعهدی» است (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۳۴/۱؛ صفایی و رحیمی، ۱۳۹۵: ۷)، اما پیشینه تاریخی این عنوان در نزد فقیهان امامیه نشان خواهد داد که به جای کاربرد آن در ذیل «نظریه تعهدات»، آن را در باب در اموال ذیل «نظریه ملکیت» شناسایی می‌کنند (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۴/۳۷). چنین امری ناشی از آشنایی اندیشمندان فقه با مفهوم مال «کلی فی الذمه» یا «دین» از موارد «ملکیت» است (غروی اصفهانی، ۱۴۰۹: ۵). در غصب که قبل از تلف از باب ملکیت مال، عهده غاصب ملزم به «اداء مال غیر» بود، این «عهده» به موجب تلف مال

۱. برای مطالعه بیشتر در خصوص احکام مترتب بر ملکیت اعمال، ر.ک: حسینی حائری، ۱۴۲۳: ۴۶/۱ به بعد.

با انشاء معتبر به «اشتغال» در «ذمه» منقلب می‌شود. در «اتلاف» و «استیفاء» که پیش از آن زیان دیده مالک عین و منفعت بود، به واسطه آن‌ها نیز مالک اما در ذمه مدیون می‌شود.

تنها مسئله قابل پرسش در اندیشه فقهی، چگونگی ملکیت در «ضمانات قهری» است که آیا به علت «معاوضه قهری یا شرعی» است یا «تدارک و غرامت»؟ (رشتی، بی تا: ۱۲۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۰۷/۱؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۳۸۳/۲). مطابق مبنای معاوضه بر مبنای انشاء معتبر بین معدوم (مبدل) و موجود (بدل) معاوضه صورت می‌گیرد. به این صورت که «بدل» به عنوان قائم مقام «مبدل معدوم» به مضمون له تملیک، و معدوم به عنوان معوض در ملکیت ضامن قرار می‌گیرد (رشتی، بی تا: ۱۲۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۰۷/۱). اما در مقابل بر مبنای «تدارک و غرامت» بدون اینکه برای تالف یا غاصب، ملکی اعتبار شود، با انشای معتبر، تالف یا غاصب ملزم به تدارک و غرامت می‌شود (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۳۸۳/۲).

تملیکی بودن ضمانات قهری موجب شده است فقها به جای به کارگیری سازوکار ایفاء، از سازوکار «تسلیم مال» همچون عقود تملیکی در ضمانات قهری استفاده کنند. اثر مهمی که به کارگیری چنین سازوکاری بر جای خواهد نهاد، آن است که برخلاف تعهدات فقهی که با فوت متعهد از بین می‌روند، دین از احکام وضعی با فوت مدیون از بین نمی‌رود و ورثه مکلف‌اند آن را از محل ترکه ادا نمایند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۸۵/۱).

نتیجه‌گیری

هر نظامی بنا بر درک خود از موضوعات، طریقه، مسیر و روشی خاصی برای حل مسائل حقوقی انتخاب می‌کند. در باب «اشیاء / things» مطابق جریان حاکم در حقوق رومی، تنها بعضی از زیرمجموعه‌های «اشیاء» مساوی با «حقوق اموال»، و بعضی دیگر از زیرمجموعه‌های «اشیاء» مساوی با «حقوق تعهدات» است. حقوق اموال که با مفهوم «حق عینی» فهم می‌شود، نیازمند «عمل مادی تسلیم» در مدل‌های گوناگون آن است. براساس اینکه تعهد به عنوان یک محلل و واسطه بین عقد و انتقال مال عمل می‌کند، حقوق اموال در حقوق رومی نهاد اصیلی محسوب نمی‌شود، بلکه

این تعهد است که اصیل است که حقوق اموال از آن سرچشمه می‌گیرد. از این رو چون مبنا در این نظام حقوقی، نظریه تعهد است، به تبع آن، شیوه حاکم در اجرا «ایفاء» است. در مقابل در نظام حقوقی اسلام، در باب در اموال تمام زیر مجموعه‌های مال نظر به مفهوم گسترده از ملک ذیل ملکیت قرار می‌گیرند که بخشی از آن تحت «ملکیت تام» و بخشی دیگر تحت «ملکیت ناقص / حق» فهم می‌شوند. از این رو، چون مبنا در این نظام حقوقی در باب در اموال، نظریه ملکیت است، به تبع آن، شیوه حاکم در اجرا «تسلیم مال» است.

نظر به تمایز مبنایی بین این دو شیوه، آثار و احکام این دو شیوه همچون ضمانت اجرای نقض و سازوکار بقاء در فوت متعهد و مدیون متفاوت خواهد بود. بدین صورت که بر مبنای تعهد، مدل خسارت از نوع «خسارت متوقع» و «خسارت اعتماد» و مدل بقاء تعهد بعد از فوت متعهد، «قائم مقامی» است؛ در حالی که بر مبنای ملکیت، مدل خسارت از نوع «تلف مال» و مدل بقاء ملکیت در دیون بعد از فوت مدیون، بقاء «ذمه» اوست.

فهرست منابع

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، *حاشیه المکاسب*، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ق.
۲. ابن فارس، ابوالحسین احمد، *معجم مقاییس اللغة*، تحقیق عبدالسلام محمد هارون، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ق.
۳. ابن منظور افریقی مصری، ابوالفضل جمال‌الدین محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت، دار الفکر - دار صادر، ۱۴۱۴ق.
۴. اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الادهان الی احکام الایمان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ق.
۵. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، تهران، اسلامیة، ۱۳۴۰ش.
۶. امامی خوانساری، محمد، *الحاشیه الثانية علی المکاسب*، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.
۷. امیری قائم‌مقامی، عبدالمجید، *حقوق تعهدات*، تهران، میزان، ۱۳۸۵ش.
۸. امینی، منصور، و جواد پیری، «ضابطه ارزیابی خسارت ناشی از نقض تعهد قراردادی در نظام‌های حقوقی و اسناد بین‌المللی؛ رهنمودهایی برای حقوق ایران»، *مجله حقوقی دادگستری*، سال هشتاد و پنجم، شماره ۱۱۴، تابستان ۱۴۰۰ش.
۹. انصاری، مرتضی بن محمدامین، *کتاب المکاسب*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ق.
۱۰. ایروانی نجفی، علی بن عبدالحسین، *حاشیه المکاسب*، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ق.
۱۱. بروجردی عبده، محمد، *حقوق مدنی*، تهران، مجلد ۱۳۸۰ش.
۱۲. پارساپور، محمدباقر، و محمد عیسائی تفرشی، «تحلیل فقهی حقوقی تسلیم منفعت در قرارداد اجاره»، *فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، دوره ۲۰، شماره ۲، ۱۳۹۵ش.
۱۳. پورسید، بهزاد، و مرتضی نجف‌آبادی فراهانی، «اثر انتقالی قرارداد در حقوق ایران و فرانسه مبتنی بر تحولات قانون مدنی ۲۰۱۶ میلادی»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، شماره ۹۲، زمستان ۱۳۹۹ش.
۱۴. تبریزی، جواد بن علی، *ارشاد الطالب الی التعلیق علی المکاسب*، چاپ سوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۶ق.
۱۵. جعفری خسروآبادی، نصراله، *مطالعه تطبیقی ماهیت «دین» و «تعهد» و کارکرد آن در نظام‌های حقوقی رومی ژرمنی، کامن‌لا و اسلام*، به راهنمایی ابراهیم عدی پورفرد، رساله دکتری، دانشگاه قم، ۱۳۹۳ش.
۱۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *الفارق (دائرة المعارف عمومی حقوق)*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۸ش.
۱۷. همو، *دوره حقوق مدنی: حقوق تعهدات*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۵ش.
۱۸. همو، *مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲ش.
۱۹. حسینی حائری، سیدکاظم، *فقه العقود*، چاپ دوم، قم، مجمع اندیشه اسلامی، ۱۴۲۳ق.
۲۰. حسینی روحانی، سیدمحمدصادق، *فقه الصادق (علیه السلام)*، قم، دارالکتاب - مدرسه امام صادق (علیه السلام)، ۱۴۱۲ق.
۲۱. حسینی شیرازی، سیدمحمد، *ایصال الطالب الی المکاسب*، تهران، اعلمی، بی‌تا.
۲۲. حسینی عاملی، سیدجواد بن محمد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ق.
۲۳. حکمت‌نیا، محمود، *مسئولیت مدنی در فقه امامیه*، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۹ش.

۲۴. دریائی، رضا، و مصطفی کربلانی آقازاده، «امکان‌سنجی فقهی و حقوقی جبران خسارت ناشی از مالکیت اشیاء خطرناک»، *دوفصلنامه آموزه‌های فقه مدنی*، سال یازدهم، شماره ۲۰، پاییز و زمستان ۱۳۹۸ ش.
۲۵. همان‌ها، «تأملی بر رابطه قانون مسئولیت مدنی با موجبات ضمان قهری در حقوق ایران»، *فصلنامه مطالعات حقوقی*، سال دوازدهم، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۹ ش.
۲۶. دیلمی، احمد، «کالبدشناسی مفهوم تعهد»، *فصلنامه دانشنامه‌های حقوقی*، سال دوم، شماره ۴، پاییز ۱۳۹۸ ش.
۲۷. رشتی گیلانی نجفی، میرزا حبیب‌الله، *کتاب الغصب*، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.
۲۸. زوردن، پاتریس، *اصول مسئولیت مدنی*، ترجمه و تحقیق مجید ادیب، تهران، میزان، ۱۳۹۱ ش.
۲۹. الشریف، محمد مهدی، «قواعد حاکم بر ایفای تعهد به انجام کار یا تسلیم عمل»، *فصلنامه حقوق خصوصی*، سال هفتم، شماره ۱۷، پاییز و زمستان ۱۳۸۹ ش.
۳۰. شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی (جلد سوم: آثار قراردادها و تعهدات)*، تهران، مجد، ۱۳۸۰ ش.
۳۱. صفایی، سیدحسین، و حبیب‌الله رحیمی، *مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)*، تهران، سمت، ۱۳۹۵ ش.
۳۲. طباطبایی قمی، سیدتقی، *دراساتنا من الفقه الجعفری*، قم، مطبعة الخيام، ۱۴۰۰ق.
۳۳. همو، *عمدة المطالب فی التعلیق علی المکاسب*، قم، کتاب‌فروشی محلاتی، ۱۴۱۳ق.
۳۴. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، *العروة الوثقی*، بیروت، مؤسسة الاعلمی، ۱۴۰۹ق.
۳۵. همو، *العروة الوثقی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۳۶ق.
۳۶. همو، *العروة الوثقی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ق.
۳۷. همو، *حاشیة المکاسب*، قم، اسماعیلیان، ۱۴۲۱ق.
۳۸. طریحی، فخرالدین بن محمد، *مجمع البحرین*، تهران، کتاب‌فروشی مرتضوی، ۱۴۱۶ق.
۳۹. عبدی‌پورفرد، ابراهیم، *مباحثی تحلیلی از حقوق تجارت*، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۲ ش.
۴۰. عبدی‌پورفرد، ابراهیم، و نصراله جعفری خسروآبادی، «خلط نظری ناشی از خطا در واژه‌شناسی (بازشناسی و تطبیق نسبت میان سه مفهوم دین، تعهد و حق شخصی)»، *فصلنامه حقوق خصوصی*، سال یازدهم، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۳ ش.
۴۱. همان‌ها، «نقده زوجة و اقارب، تقابل دو مفهوم "دین و تعهد"»، *فصلنامه حقوق اسلامی*، سال دهم، شماره ۳۹، زمستان ۱۳۹۲ ش.
۴۲. عطاری، نازنین‌زهر، جلیل قناتی، و وحید قاسمی عهد، «تحلیل نفع متوقع به‌عنوان معیار ارزیابی خسارات قراردادی؛ مقایسه حقوق نوین قراردادهای اروپایی و حقوق ایران»، *فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، سال بیست و سوم، شماره ۱، بهار ۱۳۹۸ ش.
۴۳. علامه حلی، ابومنصور جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *تحریر الاحکام الشرعية علی مذهب الامامیه*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰ق.
۴۴. غروی اصفهانی (کمپانی)، محمدحسین، *الاجاره*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۹ق.
۴۵. همو، *حاشیة کتاب المکاسب*، قم، انوار الهدی، ۱۴۱۸ق.
۴۶. غروی نائینی، میرزا محمدحسین، *کتاب منیة الطالب فی حاشیة المکاسب*، تقریر موسی بن محمد نجفی خوانساری، تهران، المكتبة المحمدیه، ۱۳۷۳ق.
۴۷. فاتحی، زینب، *تحلیل انتقادی مفهوم قائم‌مقامی در حقوق ایران و فقه امامیه*، به راهنمایی محمد مهدی

الشریف، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه اصفهان، ۱۳۹۱ش.

۴۸. فروغی، سیدعلیرضا، «بررسی فقهی - حقوقی مفهوم حق و ملک»، *دوفصلنامه آموزه‌های فقه مدنی*، سال چهارم، شماره ۵، بهار و تابستان ۱۳۹۱ش.

۴۹. قربان‌پور، امیرمهدی، *مسئولیت قراردادی (ماهیت و مبانی)*، تهران، مجد، ۱۳۹۱ش.

۵۰. قنوتی، جلیل، «مطالعه تطبیقی زمان انتقال مالکیت در عقد بیع»، *دوفصلنامه اندیشه‌های حقوقی*، سال اول، شماره ۵، زمستان ۱۳۸۲ش.

۵۱. همو، «نظریه تملیک یا نظریه تعهد»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، سال بیست و چهارم، شماره ۹۳، بهار ۱۴۰۰ش.

۵۲. کاتوزیان، ناصر، *الزام‌های خارج از قرارداد؛ مسئولیت مدنی*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۹۰ش.

۵۳. همو، *حقوق مدنی؛ دوره عقود معین*، تهران، انتشار، ۱۳۸۴ش.

۵۴. همو، *حقوق مدنی؛ قواعد عمومی قراردادها*، تهران، انتشار، ۱۳۸۰ش.

۵۵. همو، *حقوق مدنی؛ قواعد عمومی قراردادها*، تهران، انتشار، ۱۳۸۵ش.

۵۶. همو، *حقوق مدنی؛ نظریه عمومی تعهدات*، تهران، میزان، ۱۳۸۲ش.

۵۷. کرکی عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل‌البتین، ۱۴۱۴ق.

۵۸. کشاورز، اسماعیل، *ساختار مسئولیت مدنی: بررسی حقوقی، تاریخی و فلسفی نظام‌های حقوق رومی، کامن‌لا، فقه امامیه و ایران*، تهران، مجد، ۱۳۹۸ش.

۵۹. لوی، ژان فیلیپ، و آندره کاستالدو، *تاریخ حقوق تعهدات*، ترجمه رسول رضایی، تهران، مهر و ماه نو، ۱۳۸۶ش.

۶۰. مامقانی، ملاعبدالله بن محمدحسن، *نهایة المقال فی تکملة غاية الآمال*، قم، مجمع الذخائر الاسلامیه، ۱۳۵۰ق.

۶۱. محقق داماد، سیدمصطفی، *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸ش.

۶۲. محقق داماد، سیدمصطفی، و رسول احمدی‌فر، «اثر تسلیم در انتقال مالکیت مبیع کلی فی‌الذمه (مطالعه تطبیقی حقوق ایران، فقه اسلامی، حقوق مصر، حقوق انگلستان و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا)»، *دوفصلنامه حقوق تطبیقی*، شماره ۲۴ (پیاپی ۹۷)، تابستان ۱۳۹۲ش.

۶۳. موسوی خراسانی، سیدمحمدحسن، «کاوشی در نقش سیره عقلا در تعیین دامنه مسئولیت قراردادی با تکیه بر نظر امام خمینی و شهید صدر»، *دوفصلنامه آموزه‌های فقه مدنی*، دوره یازدهم، شماره ۲۰، پاییز و زمستان ۱۳۹۸ش.

۶۴. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *کتاب البیع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ق.

۶۵. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *المستند فی شرح العروة الوثقی (الاجاره)*، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا. (الف)

۶۶. همو، *مصباح الفقاهه*، تقریر محمدعلی توحیدی تبریزی، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا. (ب)

۶۷. موسوی سبزواری، سیدعبدالاعلی، *مهذب الاحکام فی بیان الحلال والحرام*، قم، المنار - دفتر معظم‌له، ۱۴۱۳ق.

۶۸. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.

۶۹. نعمت‌اللهی، اسماعیل، «ذمه و عهده در فقه شیعه»، فصلنامه مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و چهارم، شماره ۹۰، پاییز ۱۳۹۱ش.
۷۰. همو، «عصر وضع و تکلیف در تعهد»، فصلنامه حقوق اسلامی، سال هفتم، شماره ۲۵، تابستان ۱۳۸۹ش.
۷۱. همو، «منافع سه‌گانه در خسارت‌های قراردادی»، فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی، سال بیست و دوم، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۷ش.
۷۲. وحدتی شیرازی، سیدحسن، مبانی مسئولیت مدنی قراردادی (مطالعه تطبیقی در حقوق و فقه)، قم، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۵ش.
۷۳. هاشمی، سیداحمدعلی، و ابراهیم تقی‌زاده، حقوق مدنی (۲): حقوق اموال و مالکیت، تهران، مجد، ۱۳۹۴ش.
۷۴. یزدانین، علیرضا، «مطالعه تطبیقی آثار تقسیم قراردادهای ناقله به تملیکی و عهدی در فقه، حقوق ایران و فرانسه»، دوفصلنامه پژوهشنامه حقوق اسلامی، سال نوزدهم، شماره ۲ (پیاپی ۴۸)، پاییز و زمستان ۱۳۹۷ش.
۷۵. همو، «مفهوم و آثار مطالبه (Mise en demeure) در تعهدات: مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه»، فصلنامه مطالعات حقوقی، سال یازدهم، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۸ش.
76. Ancel, Pascal, «Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat», RTD civ. 1999.
77. Birks, Peter, *The Roman Law of Obligations*, Eric Descheemaeker (Ed.), Oxford University Press, 2014.
78. Blanluet, G., «Le moment du transfert de la propriété», in: *1804-2004, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004.
79. Bloch, Pascale, «L'obligation de transférer la propriété dans la vente», RTD civ. 1988.
80. Chazal, Jean Pascal et Serge Vicente, «Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le Code civil», RTD civ. 2000.
81. Courdier-Cuisinier, Anne-Sylvie, «Nouvel éclairage sur l'énigme de l'obligation de donner», RTD civ. 2005.
82. Dedek, Helge & Martin J. Schermaier, «Obligation (Greek and Roman)», *Encyclopedia of Ancient History*, 2011.
83. Faber, Wolfgang & Brigitta Lurger (Eds.), *National Reports on the Transfer of Movable in Europe (Volume 3: Germany, Greece, Lithuania, Hungary)*, European Law Publishers, 2011.
84. Faber, Wolfgang & Brigitta Lurger (Eds.), *National Reports on the Transfer of Movable in Europe (Volume 4: France, Belgium, Bulgaria, Poland, Portugal)*, European Law Publishers, 2011.
85. Fabre-Magnan, Muriel, «Le mythe de l'obligation de donner», RTD civ. 1996.

86. Gaius, *Gaii Institutionum Iuris Civilis Commentarii Quattuor, or, Elements of Roman*, Clarendon Press, 1890.
87. Huet, Jérôme, «Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement, de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée», in: Jacques Ghestin, *Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001.
88. Mousourakis, George, *Fundamentals of Roman Private Law*, University of Auckland, 2012.
89. Pignarre, Geneviève, «A la redécouverte de l'obligation de praestare – Pour une relecture de quelques articles du Code civil», *RTD civ.* 2001.
90. Pignarre, Geneviève, «L'obligation de donner à usage dans l'avant-projet Catala – Analyse critique», *Recueil Dalloz*, 2007
91. Schulz, Fritz, *Classical Roman Law*, Clarendon Press, 1951.
92. Tallon, D., «Le surprenant reveil de l'obligation de donner», *D.* 1992, chr.
93. Zenati-Castaing, Frédéric et Thierry Revet, *Les biens*, 3e éd., Paris, PUF, Collection Droit fondamental, 2008.
94. Zimmermann, Reinhard, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town: Juta, Oxford University Press, 1992.

نقش «تصرف» در عقد متزلزل

به موجب خیار مجلس

(نقدی بر مواد ۴۵۰ و ۴۵۱ ق.م.)*

- مهدی معظمی گودرزی^۱
- احمد دیلمی^۲

چکیده

یکی از مباحث مهم در خیارات، چگونگی سقوط خیار است. سؤال اصلی در این پژوهش از نقش تصرف در عقد متزلزل به موجب خیار مجلس است، که با روش توصیفی تحلیلی به آن پاسخ داده شده است. براساس یافته‌های این تحقیق: اولاً ملاک تحقق مصادیق تصرف عرف است؛ ثانیاً تصرف به عنوان مسقط خیار مجلس امری پذیرفته شده است؛ ثالثاً برای تحقق تصرف نیازی به احراز رضایت به بیع و اسقاط خیار نیست. به عبارت دیگر، تصرف موضوعیت دارد نه طریقت؛ رابعاً قدر متیقن این حکم، سقوط خیار مجلس با تصرف مشتری در مبیع است. اما نسبت به تعمیم حکم آن به تصرف فروشنده در ثمن (مصادق ماده ۴۵۰ ق.م.) و تصرف فروشنده در مبیع و تصرف مشتری در ثمن

* تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۲/۲۵ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۴/۱۸.

۱. استادیار گروه حقوق دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آیه‌الله بروجردی، بروجرد، ایران (نویسنده مسئول)
(m.moazamigoudarzi@abru.ac.ir)

۲. دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه قم، قم، ایران (a-deylami@qom.ac.ir)

(مصدق ماده ۴۵۱ ق.م.) و سایر خیارات، دیدگاه‌های فقهی مختلفی وجود دارد. این در حالی است که قانون مدنی، مسقط بودن تصرف نسبت به همه خیارات را در مواد ۴۵۰ و ۴۵۱ ق.م. پذیرفته است. تعمیم این حکم به همه خیارات در مواد مذکور، مورد انتقاد به نظر می‌رسد.

واژگان کلیدی: تصرف، خیار مجلس، عقد متزلزل، لزوم عقد، فسخ عقد.

مقدمه

در ماده ۱۸۴ ق.م. آمده است: «عقود و معاملات به اقسام ذیل منقسم می‌شوند: لازم، جایز، خیاری، منجز و معلق»، و در ادامه به تعریف هر کدام از این اقسام پرداخته شده است. یکی از این اقسام عقد خیاری است. طبق ماده ۱۸۸ ق.م.: «عقد خیاری آن است که برای طرفین یا یکی از آنها یا ثالثی اختیار فسخ باشد». به عبارت دیگر، با ایجاد خیار، عقد لازم متزلزل می‌شود. اما شارع مواردی را برای از بین بردن تزلزل در عقد پیش‌بینی کرده است که با عنوان مسقطات خیارات معروف‌اند. یکی از این مسقطات تصرف است. در ماده ۴۵۰ ق.م. آمده است: «تصرفاتی که نوعاً کاشف از رضای معامله باشد، امضای فعلی است؛ مثل آنکه مشتری که خیار دارد، با علم به خیار مبیع را بفروشد یا رهن بگذارد» و در ماده ۴۵۱ ق.م. مقرر شده است: «تصرفاتی که نوعاً کاشف از به هم زدن معامله باشد، فسخ فعلی است».

در این دو ماده قانون مدنی، دو قاعده و کبرای کلی نسبت به همه خیارات مفروض و مقبول دانسته شده است: کبرای اول: تصرف در همه خیارات مسقط خیار است؛ کبرای دوم: هر تصرفی که نوعاً کاشف از رضای معامله باشد، مسقط است.

بررسی‌های فقهی نشان می‌دهد که: اولاً فقها مسقط بودن تصرف را در همه خیارات قبول ندارند؛ ثانیاً این پرسش برای آنها مطرح بوده است که آیا هر تصرفی مسقط است یا تصرفی که کاشف از رضایت باشد؟ و آیا رضایت نوعی است یا شخصی؟ و ثالثاً هر خیاری فروعاتی دارد که بفرض قبول آن دو قضیه، در همه فروعات قابل جریان نیست. از این رو، سؤال اصلی نوشتار حاضر این است که نقش تصرف در عقود خیاری در زمان خیار مجلس چگونه می‌باشد؟ و سؤالات فرعی این است که: اولاً چه نوع تصرفی مسقط است؟ و ثانیاً قلمرو مسقطیت تصرف چگونه است؟ و ثالثاً موارد نقص قانون مدنی

در این رابطه چه می‌باشد؟

این نوشتار به روش توصیفی - تحلیلی در قالب سه قسمت تبیین شده است: اولاً آیا تصرف مسقط خیار مجلس هست؟ ثانیاً کدام تصرف باعث سقوط خیار مجلس می‌گردد؟ ثالثاً آیا در فروع مختلف خیار مجلس، مسقطیت جریان دارد؟^۱ اصل تصرف، چه در فقه و چه در قانون مدنی، به‌عنوان یک مسقط پذیرفته شده است. اما اینکه کدام تصرف مسقط است و قلمرو آن چه مقدار است، بین فقه و قانون مدنی اختلاف وجود دارد. قانون مدنی احکام مذکور را به‌طور ناقص بیان داشته است. در مقالات و کتب فارسی راجع به اسقاط خیارات و به‌خصوص تصرف پرداخته نشده است^۲ و این بحث به‌طور خاص در تک‌تک خیارات مطرح نشده است. بنابراین جنبه نوآوری این تحقیق از این قرار است: اولاً یک بحث مستقل برای خیارات نسبت به مسقطیت تصرف در ضمن خیار مجلس ارائه شده است؛ ثانیاً تمام ضوابط و فروعاتی را که یک خیار می‌تواند در این زمینه داشته باشد، آورده است؛ ثالثاً مقرر قانون مدنی در این زمینه را مورد انتقاد قرار داده و پیشنهادات اصلاح آن را ارائه داده است.

۱. تعاریف

قبل از ورود به بحث اصلی لازم است تعریفی از خیار مجلس و تصرف ارائه گردد.

۱-۱. تعریف خیار مجلس

«خیار» به‌لحاظ لغوی، اسم مصدر از کلمه «الاختیار» می‌باشد (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۴/۱۲۵) و کلمه «المجلس» هم به‌لحاظ لغوی، اسم مکان ثلاثی مجرد از ماده «جَلَسَ يَجْلِسُ» می‌باشد که در اینجا کلمه «خیار» اضافه به «المجلس» شده و اضافه آن از نوع اضافه بیانیه است.

مجلس به معنای محل جلوس می‌باشد. اما موضع جلوس در تحقق خیار شرط نیست؛ بلکه شرط در این خیار عدم جدایی بدن‌ها می‌باشد (همان). پس تعبیر به مجلس

۱. قبل از ورود به اصل بحث، لازم است مفهوم خیار مجلس و تصرف مورد بررسی قرار گیرد.

۲. در مقالات علمی و پژوهشی فقط مقاله عطاءالله بیگدلی وجود دارد که به اسقاط خیارات به‌طور کلی پرداخته است.

بنابر گفته صاحب جواهر (نجفی، ۱۴۳۹: ۴/۲۴) و دیگران به معنای «عدم التفرق» می‌باشد. مجلس به این معنا، یا حقیقت عرفیه یا در برخی افراد مجاز است (همان). بنابراین تحقق عقد در مکان خاص برای تحقق خیار مجلس شرط نیست، بلکه مراد مطلق مکان است و آنچه در معنای مکان می‌باشد (جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۱۹۴/۳). بنابراین مثلاً زمانی که متعاقدین در حال راه رفتن هستند یا یکی از آن‌ها در حال دویدن و فرار کردن و دیگری به دنبال وی باشد، خیار مجلس تحقق پیدا می‌کند (موسوی خویی، ۱۴۲۸: ۴۹/۳۸). از این رو، اشکال کلام شیخ انصاری در اختصاص دادن خیار مجلس به مکانی خاص (انصاری، ۱۴۲۸: ۲۷/۵) روشن شد (موسوی خویی، ۱۴۲۸: ۴۹/۳۸). پس خیار مجلس عبارت است از اینکه «هریک از متعاقدین حق فسخ عقد دارند تا زمانی که بدن‌های آن‌ها از هم جدا شوند» (طوسی، ۱۴۰۷: ب: ۹/۳).

۲-۱. تعریف تصرف

برای ماده «صرف» و مشتقات آن در نزد اهل لغت، معانی متعددی ذکر شده است. اما به نظر می‌رسد همه معانی یا غالب معانی ماده «صرف» به یک چیز برمی‌گردد: «برگشت دادن شیء از صورت اصلی خودش». چنان‌که برخی نوشته‌اند:

«صرف که از صاد و راء و فاء است، عمده‌ترین معنای آن دلالت بر رجوع شیء است» (ابن فارس، ۱۴۰۴: ۳۴۲/۳).

برخی دیگر گفته‌اند: «برگرداندن شیء از صورتش» (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۱۸۹/۹)؛ مثلاً خداوند متعال می‌فرماید: ﴿ثُمَّ أَنْصَرَفُوا﴾؛ یعنی از مکانی که آن‌ها استماع می‌کردند، برگشتند. ماده «الصرف» به این معنا که فعل دوم به معنای فعل اول برمی‌گردد و همچنین «الصرف» به معنای برگرداندن چیز به وجهی که قصد مصرف آن را دارد، و یا «صَرَفَ الشَّيْءَ»، یعنی شیء را در غیر صورتش به کار گرفت، مثل اینکه آن را از وجهی به وجه دیگری تبدیل کرد (همان). بنابراین صرف به معنای برگشتن شیء از صورت اصلی‌اش است، و تصرف هم که از این ماده گرفته شده است، به این معناست که شیء در وجه اولیه‌اش باقی نماند. البته این معنا، مستلزم تغییر و تبدل در آن شیء نیست.

تصرف در معنای اصطلاحی‌اش در فقه در باب خیارات، از معنای لغوی‌اش دور نیست. تصرف در اینجا به این معناست که به‌عنوان مثال، مشتری مبیع را از بایع قبض کرده، عملی را در آن انجام می‌دهد که از حالت اولیه‌اش خارج می‌گردد. مراد از این تصرف و برگشت آن کالا از حالت اولیه‌اش، تغییر و تبدل به‌تنهایی نیست، بلکه مراد این است که حالت اولیه مبیع، استفاده بایع از مبیع بوده، با استفاده مشتری از آن، از حالت اولیه‌اش خارج شده است.

۲. اثر تصرف بر خیار مجلس

فقها مواردی را برای اسقاط خیار مجلس برشمرده‌اند. این موارد عبارت‌اند از: اشتراط سقوط خیار مجلس در ضمن عقد، اسقاط آن بعد از عقد که تخایر نامیده می‌شود (نجفی، ۱۴۳۹: ۲۳/۲۴) و تفرق (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۲۲-۲۱/۱۱). در قبول یا عدم قبولِ همه این‌ها و نحوه تحقق هر یک، آراء و عقاید مختلفی بین فقها وجود دارد که در جای خودش بررسی شده است. اما در مورد بحث ما یعنی مسقط یا عدم مسقط بودن تصرف در خیار مجلس، بین فقها دو رویکرد وجود دارد:

۱-۲. دلایل مخالفان مسقط بودن تصرف

ظاهر عبارت گروهی از فقها این است که تصرف به‌عنوان یکی از مسقطات خیار مجلس محسوب نمی‌شود. شیخ طوسی در کتاب مبسوط می‌نویسد:
«خیار مجلس به یکی از این دو امر منقطع می‌شود: تفرق و تخایر» (طوسی، ۱۳۸۷: ۸۳/۲).

وی همچنین در جایی از کتاب خلاف، از دو امر برای اسقاط خیار مجلس استفاده کرده، اما نامی از مسقط بودن تصرف برای خیار مجلس نبرده است (همو، ۱۴۰۷: ۹-۸/۳). حتی وی در کتاب *النهایه* تنها به مسقط بودن تفرق اشاره می‌کند (همو، ۱۴۰۰: ۳۸۵). این نوع بیان در کلام برخی فقها نیز یافت می‌شود (مفید، ۱۴۱۳: ۵۹۱: سَلارِ دِلمی، ۱۴۰۴: ۱۷۲؛ فیض کاشانی، بی‌تا: ۶۸/۳).

ظاهر برخی عبارت فقها نیز مؤید موضع شیخ طوسی است؛ مثل سکوت شهید اول

در *لمعه* (ترجینی عاملی، ۱۴۲۷: ۵۸۰/۴-۵۸۱)، و *غایة المراد* (عاملی جزینی، ۱۴۱۴: ۹۵/۲). برخی دیگر از فقها با اینکه به طور مفصل وارد بحث در مسقطات خیار مجلس شده‌اند، اما نامی از تصرف به عنوان مسقط خیار مجلس نبرده‌اند (ر.ک: ابن‌ادریس حلّی، ۱۴۱۰: ۲۴۶/۲؛ ابن‌زهره حلبی، ۱۴۱۷: ۲۱۷؛ محقق حلّی، ۱۴۰۸: ۲۸۶/۱؛ علامه حلّی، ۱۴۱۳ الف: ۳۷۴/۱).

همه این فقها برای مسقط نبودن تصرف برای خیار مجلس، هیچ‌گونه دلیلی ارائه نداده و فقط به ذکر عنوان مسقطات دیگر اکتفا کرده‌اند و برخی دیگر به توضیح مختصری بدون بیان ادله بسنده کرده‌اند. شاید بتوان از کلامی که شهیدی در باب بیع شرط آورده، به عنوان تنقیح مناط در خیار مجلس استفاده کرد. وی از جمله فقهایی است که تنها تصرف را در خیار حیوان مسقط خیار می‌داند؛ چراکه روایات مذکور در باب خیار حیوان را منحصر در آن می‌داند و قائل به تسری تعلیلات مذکور در این روایات به سایر خیارها نیست. لذا در باب بیع شرط نیز می‌نویسد:

«اقوی عدم سقوط خیار شرط به وسیله تصرف است؛ به خاطر اصل^۱ و اینکه دلیلی بر سقوط خیار به وسیله تصرف وجود ندارد؛ به خاطر منع اطلاقی که فقها برای غیر خیار حیوان قائل شده‌اند...» (شهیدی تبریزی، ۱۴۰۷: ۱۷۷/۴).

وجه ضعف کلام ایشان در بررسی ادله دیدگاه دوم روشن می‌شود.

۲-۲. دلایل موافقان مسقط بودن تصرف

این دیدگاه به مشهور فقها نسبت داده شده است. اگرچه برخی فقها قبل از علامه حلّی مسقط بودن تصرف را به طور ضمنی آورده‌اند (ابوصلاح حلبی، ۱۴۱۳: ۳۵۳)، اما شاید بتوان گفت اولین فقهی که به صراحت از تصرف به عنوان مسقط خیار مجلس نام برده، علامه حلّی در کتب *تذکره* (علامه حلّی، ۱۴۱۴: ۲۰/۱۱-۲۱) و *قواعد* (همو، ۱۴۱۳ ب: ۶۵/۲) می‌باشد و فقه‌های دیگر بدون هیچ‌گونه خدشه‌ای این قول را پذیرفته‌اند (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۲۸۳/۴؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۱۹۷/۳؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳: ۴۶۲/۲؛ انصاری، ۱۴۲۸: ۸۱/۵؛ موسوی خوبی، ۱۴۲۸: ۱۴۲/۳۸).

۱. منظور از اصلی که در عبارت آورده، اصل استصحاب است؛ چراکه ما قبل از تحقق تصرف، یقین بر وجود خیار از طریق شرط داریم و با آمدن تصرف شک می‌کنیم که آیا خیار مذکور باقی است یا نه؛ استصحاب بقاء خیار را جاری می‌کنیم.

موضع قانون مدنی ایران در مواد ۴۵۰ و ۴۵۱ هم طبق قول مشهور است. قانون مدنی به خلاف کتب فقهی که مسقطات خیارات را در ذیل هر خیار به طور مجزا بحث کرده است، مسقطات همه خیارات را به طور مشترک در مواد مربوط به «احکام خیارات به طور کلی» بحث کرده است. در این احکام، مواد ۴۵۰ و ۴۵۱ را به بحث تصرف در کلیه خیارات اختصاص داده است و تصرف را به طور کلی مسقط خیارات از جمله خیار مجلس می داند. در ماده ۴۵۰ آمده است:

«تصرفاتی که نوعاً کاشف از رضای معامله باشد، امضای فعلی است؛ مثل آنکه مشتری که خیار دارد، با علم به خیار مبیع را بفروشد یا رهن بگذارد».

و در ماده ۴۵۱ آمده است: «تصرفاتی که نوعاً کاشف از به هم زدن معامله باشد، فسخ فعلی است».

پس قانون مدنی تصرف را به خلاف عده‌ای از فقها، به عنوان مسقط خیارات پذیرفته است. نسبت به تفسیر این ۲ ماده، سه موضع در بین حقوق دانان به شرح زیر وجود دارد: گروه اول: برخی حقوق دانان چه به صورت صریح (امامی، ۱۳۹۳: ۶۱۹/۱) و چه به صورت ضمنی (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۳۳۹)، تصرف را در هر نوع خیاری از جمله خیار مجلس به عنوان مسقط حق فسخ عقد پذیرفته‌اند. سیدحسن امامی به صورت صریح اسقاط تصرف را در ذیل این ماده می نویسد:

«تصرفاتی که نوعاً کاشف از به هم زدن معامله باشد، طبق ماده ۴۵۱ ق.م. فسخ فعلی است» (امامی، ۱۳۹۳: ۶۱۹/۱).

کاتوزیان راجع به موضوع می نویسد:

«در خیارهای قانونی، چون وجود خیار مانع از انتقال نیست، مالک جدید حق تصرف در ملک خود را دارد؛ مگر اینکه در قرارداد شرط خلاف شده باشد».

وی در ادامه می نویسد:

«گروهی وجود حق تملک عین را عامل محدودکننده مالکیت می بینند و مالک را از تصرفی که با اجرای خیار منافات دارد، منع می کنند؛ خواه تصرف موضوع اجرای خیار را تلف کند یا به دیگری انتقال دهد یا در معرض تلف و انتقال قرار دهد» (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۳۳۹).

با این عبارت، وی به صورت ضمنی مسقط بودن خیار از طریق تصرف را پذیرفته است؛ چراکه در ذیل ماده ۴۵۱ ق.م. نسبت به اینکه تصرف باعث فسخ می‌شود نیز نوشته است: «اگر کسی خانه خود را صلح خیاری کند و در مدت خیار آن را بفروشد، این اقدام حاکی از فسخ عملی و منطبق با مواد ۴۴۹ و ۴۵۱ است» (همو، ۱۳۸۷: ۳۳۲).

گروه دوم: برخی دیگر مانند محقق اردبیلی با اینکه در ابتدا موضع فوق را قبول کرده‌اند، ولی در نهایت در این باره توقف کرده‌اند (بروجردی عبده، ۱۳۸۰: ۲۳۰-۲۳۱). این موضع از ظاهر عبارات بروجردی عبده نیز برداشت می‌شود. وی بعد از اینکه در ابتدای کلامش تصرف را به عنوان مسقط خیار می‌داند، می‌نویسد:

«تصرف مشتری در مبیع، التزام به بیع بوده و به این سبب خیارش باطل، یا تصرف بایع در ثمن خیار باطل است» (همان: ۲۳۰).

یا نسبت به ابطال بیع از جانب بایع به وسیله تصرف در مبیع یا ابطال بیع از جانب مشتری در ثمن می‌نویسد:

«تصرف بایع در مبیع، فسخ عقد محسوب است و به سبب آن بیع باطل است و اگر مشتری تصرف در ثمن کند نیز فسخ عقد محسوب می‌شود و به سبب آن بیع باطل می‌شود» (همان).

و در ادامه می‌نویسد: «تصرف مسقط خیار، اعم است از ناقل و غیرناقل...». اما وی در ادامه در مورد مفهوم و قلمرو تصرف مسقط خیار می‌نویسد:

«اکثر عبارات فقها مشتمل بر تصرف مطلق است و اردبیلی در این باب مناقشه کرده و می‌گوید تصرف مسقط خیار که در لسان فقها مذکور گردیده، مجمل و مراد از آن ظاهر نیست که آیا اختصاص به تصرف مُخرج از ملک دارد یا شامل هرگونه تصرفی است و از طرفی هم دلیل آن واضح نیست و مجرد تصرف در بیع از طرف بایع، دلالتی بر فسخ ندارد؛ زیرا ممکن است تصرفاتش از روی سهو و یا به فرض دیگری اعم از مشروع یا نامشروع صورت گرفته باشد و با این احتمال، تصرف کاشف از فسخ نیست؛ مگر اینکه قرینه‌ای بر آن دلالت کند. بالجمله شقوق مسئله خالی از اشکال نیست؛ خصوصاً در جایی که تصرف ناقل در بیع از طرف مشتری بوده و خیار برای بایع باشد، همان‌طور که در مسالک بعد از آنکه فرقی بین ناقل ملک و غیر آن نگذارده، این فرض را مورد اشکال قرار داده شده است» (همان: ۲۳۱).

گروه سوم: یا در این باره سخنی در کتب آنان نیست^۱ یا با اینکه ماده مذکور را بیان داشته‌اند، رد شده و کلامی بیان نکرده‌اند (حائری شاه‌باغ، ۱۳۸۷: ۴۱۳).

در هر صورت به نظر می‌رسد مشهور حقوق‌دانان نیز قول مشهور فقها را راجع به این موضوع پذیرفته‌اند؛ چرا که قانون مدنی به صراحت تأثیر تصرف را چه به عنوان مسقط خیار یا فسخ عقد پذیرفته است.

حال سؤال این است که کدام یک از این دو قول به صواب نزدیک‌تر یا به عبارتی قول حق می‌باشد؟ به نظر می‌رسد قول دوم به واقع نزدیک‌تر باشد؛ زیرا این گروه از فقها به خلاف قول اول برای گفته خودشان به ادله‌ای استناد کرده‌اند، که عبارت‌اند از:

۱- اجماع فقهای امامیه به این تعلق گرفته که تصرف یکی از مسقطات خیار مجلس است. جالب آنکه اولین کسی که این اجماع را ادعا کرده است، شیخ طوسی در کتاب *خلاف می‌باشد*. همان طوری که گذشت، وی در هنگام بیان مسقطات خیار مجلس، نامی از تصرف نمی‌برد، اما در مسئله سی و یکم این کتاب که درباره وطی کنیز توسط مشتری در مدت خیار است، برخلاف برخی فقهای اهل سنت، قائل به این است که مشتری گناه نکرده و فرزند متولد شده در این رابطه به او تعلق گرفته و عقد از جانب مشتری لازم می‌شود. وی دلیل خود را چنین بیان می‌کند:

«دلیل ما اجماع فرقه است بر اینکه مشتری زمانی که در مبیع تصرف می‌کند، خیارش باطل می‌شود...» (طوسی، ۱۴۰۷: ب: ۲۴/۳).

برخی دیگر از فقها نیز به اجماع تصریح کرده‌اند (نجفی، ۱۴۳۹: ۲۹/۲۴؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۴/۱۴).

این اجماع از طریق بیاناتی که از فقها در قول اول بیان شد، قابل نقض نیست؛ چرا که:

اولاً شاید سکوت آن‌ها به خاطر روشن بودن این مورد است؛ همان طوری که محقق اردبیلی در *مجمع الفائده* در مورد اینکه چرا علامه حلی نامی از تصرف در کتاب *ارشاد الادهان* نمی‌برد، می‌گوید: به این خاطر که مسئله روشن است (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۳۸۸/۸).

۱. مثل مهدی شهیدی که در مجموعه کتبی که راجع به حقوق مدنی نوشته است، بحثی را به خیارات اختصاص نداده و حتی در کتاب *سقوط تعهدات*، اشاره‌ای به این مباحث ندارد.

همان‌طور که ملاحظه شد، شیخ طوسی در مقام تبیین مسقطات، نامی از تصرف نمی‌برد؛ اما در تبیین یکی از مصادیق تصرف، علت سقوط خیار را تصرف می‌داند. دقیقاً همین شیوه نیز در کلام ابن‌ادریس وجود دارد (ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۲/۲۴۷)؛ لذا گفتیم که در موضعی از عبارت ایشان، این کلام برداشت می‌شود.

ثانیاً شاید به‌خاطر قصور در عبارت باشد؛ چراکه قاصر و مقتصر به‌عنوان مخالفان در حکم محسوب نمی‌شوند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۴/۱۵۴). علت این قصور را محقق تستری در کتاب *مقابس الانوار* این‌طور نوشته است:

«این قصر و اقتصار می‌تواند به‌خاطر اختصار و اعتماد بر وضوح و اشتها یا موافقت با آنچه که در اخبار بر آن تصریح شده، باشد» (تستری، بی‌تا: ۲۴۳).

شاهد ما بر این امر، کلام شهید اول می‌باشد که در کتاب *دروس*، تصرف را به‌صراحت به‌عنوان یکی از مسقطات می‌داند (عاملی جزینی، ۱۴۱۷: ۳/۲۶۶)؛ اما در دو کتاب *لمعه* (ترجینی عاملی، ۱۴۲۷: ۴/۵۸۰-۵۸۱) و *غایة المراد* (همو، ۱۴۱۴: ۲/۹۵) در این‌باره سکوت کرده است.

۲- برخی فقها مثل شیخ طوسی و قاضی ابن‌برّاج، بنابر نقل صاحب *مفتاح الکرامه* (طوسی، ۱۴۰۷: ۳/۲۴؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۴/۱۵۴)، ادعای وجود اخباری را در این زمینه دارند. مراد از وجود اخبار، دو چیز می‌تواند باشد:

یا مراد از اخبار، اخبار در کتب حدیثی شیخ طوسی یعنی *تهذیب و استبصار* و حتی دو کتاب کلینی و شیخ صدوق است، که چنین روایاتی در کتب به‌طور خصوص در این موضوع به اعتراف صاحب *جوهر* (نجفی، ۱۴۳۹: ۲۴/۲۹) وجود ندارد، و یا مراد تعلیل در روایات فصیل و ابن‌رئاب در باب خیار حیوان می‌باشد که در ذیل بررسی آن‌ها می‌آید. یا مراد از اخبار، اخباری است که در غیر کتب حدیثی مذکور هست، هرچند به دست ما نرسیده است. اما به‌خاطر اینکه فرقی بین نقل روایات و حکایت روایات از جانب شیخ طوسی برای ما نیست (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۴/۱۵۴)، لذا می‌توانیم به‌عنوان استناد از آن استفاده کنیم.

۳- این حکم را می‌توان از تعلیلات در دو روایتی که در باب خیار حیوان آمده است، استنباط کرد. اولی صحیحه ابن‌رئاب از امام صادق علیه السلام است که می‌فرماید:

«... فَإِنْ أَحْدَثَ الْمُشْتَرِي فِيمَا اشْتَرَى حَدَثًا قَبْلَ الثَّلَاثَةِ الْأَيَّامِ فَذَلِكَ رِضَى مِنْهُ فَلَا شَرْطَ قَبْلِ لَهْ: وَمَا أَحْدَثْتُ؟ قَالَ: أَنْ لَأَمَسَ أَوْ قَبَّلَ أَوْ نَظَرَ مِنْهَا إِلَى مَا كَانَ يَحْرُمُ عَلَيْهِ قَبْلَ الشَّرَاءِ» (کلینی، ۱۴۲۹: ۷۰/۱۰-۷۱)؛ ... اگر مشتری حدثی در آنچه خریده است، قبل از سه روز ایجاد کند، این امر رضایت از جانب مشتری است؛ پس خیار بر علیه او ندارد. از امام علیه السلام پرسیده شد که حدث چیست؟ فرمود: آن کنیز را لمس کند یا ببوسد یا نظری به او کند که آن نظر قبل از خریدن بر او حرام بوده است.

همان‌طور که ملاحظه می‌شود، این روایت مربوط به خیار حیوان است؛ اما شیخ انصاری از دو عبارت این روایت، حکم تصرف را نه تنها در خیار مجلس بلکه بقیه خیارات نیز تسری می‌دهد. استدلال شیخ را از طریق تقریر سید خویی بیان می‌داریم. آن دو وجه عبارت‌اند از:

وجه اول: قول امام علیه السلام: «فذلك رضی منه» تعلیل برای سقوط خیار می‌باشد؛ مثل اینکه جزا در روایت محذوف است و بعد از حذف جزا، علت جانشین جزا شده است. بنابراین گویا روایت چنین است: «إِذَا أَحْدَثَ الْمُشْتَرِي فِيمَا اشْتَرَى حَدَثًا قَبْلَ الثَّلَاثَةِ الْأَيَّامِ فَيَسْقُطُ خِيَارُهُ لِأَنَّهُ رَضِيَ مِنْهُ بِالْبَيْعِ» و از عموم این تعلیل استفاده می‌شود که سقوط خیار، معلول رضایت به معامله است. پس این تعلیل در بحث ما نیز جاری می‌شود.

وجه دوم: قول امام علیه السلام: «فلا شرط» است که موجب نفی مطلق شرط و خیار بعد از احداث حدث در مبیع می‌باشد که خصوصیت خیار حیوان یا مجلس یا غیر این دو را در نظر نگرفته است (موسوی خویی، ۱۴۲۸: ۳۸/۱۴۳).

شیخ انصاری در پایان امر دوم گفته است: «فتأمل» (انصاری، ۱۴۲۸: ۵/۸۲) که حکایت از قبول نداشتن مطلب مورد بحث، از امر دوم دارد. علت وجه تأمل شیخ را سید خویی چنین بیان می‌کند:

«وجه در امر به تأمل شیخ در اینجا ظاهر است و آن اینکه امام علیه السلام فقط در صدد نفی آن چیزی است که در ابتدا اثبات کرده بود و آن خیار حیوان در مدت سه روز می‌باشد؛ نه در مقام نفی مطلق خیار» (موسوی خویی، ۱۴۲۸: ۳۸/۱۴۳).

به‌خاطر هم گفته که تعلیل مورد قبولی است، عمده در استدلال به روایت همان

وجه اول می‌باشد.

به نظر می‌رسد ما از طریق وجه اول هم نمی‌توانیم مسقط بودن نفس تصرف را برای سقوط خیار مجلس به اثبات برسانیم؛ زیرا نهایت آنچه که ما می‌توانیم از روایت استفاده کنیم، این است که تصرف کاشف از رضا موجب سقوط خیار می‌باشد. پس زمانی که عملی را به قصد اسقاط خیار و رضایت به بیع به حسب بقاء انجام بدهد، در اینجا تصرف مسقط خیار به مقتضای تعلیل امام علیه السلام است. اما زمانی که فرض کنیم تصرفی بدون قصد اسقاط خیار و توجه به خیار صورت بگیرد، مسقط خیار نمی‌باشد. لذا صاحب جواهر عمده دلیل را نسبت به مسقط بودن حق خیار از طریق تصرف، اجماع می‌داند (نجفی، ۱۴۳۹: ۳۰/۲۴). البته در صحت یا عدم صحت این اشکال در ذیل صحبت خواهیم کرد.

دومی صحیح فضیل می‌باشد. فضیل می‌گوید: به امام علیه السلام گفتم: شرط در غیر حیوان چیست؟ امام علیه السلام فرمود: فروشنده و خریدار خیار دارند تا زمانی که از هم جدا نشوند. پس زمانی که از هم جدا شدند، خیاری بعد از رضایت از جانب آن دو نیست.

عبارت «فلا خیار بعد الرضا منهما»، تعلیل در روایت مزبور بوده و بحث و اشکال در این روایت دقیقاً مثل وجه اول روایت علی بن رئاب می‌باشد (کلینی، ۱۴۲۹: ۷۴/۱۰).

۴- تخصیص فقها خیار غبن را به بقائش و عدم سقوط آن از طریق تصرف، بر این امر تنبیه می‌دهد که غیر خیار غبن از سایر خیارات، از طریق تصرف ساقط می‌شوند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۵۵/۱۴). همان‌طور که ملاحظه می‌شود، این وجه به نوعی مؤید اجماع در فوق می‌باشد.

با این ادله ثابت شد که تصرف، یکی از مسقطات خیار مجلس می‌باشد. به عبارت دیگر، کبرای قیاسمان را که از نوع قیاس اقترانی حملی است، ثابت کردیم. قیاس به این صورت است: این تصرف است (صغری)؛ تصرف مسقط خیار است (کبری)؛ پس این مسقط خیار است.

حال در ذیل، دامنه مسقط بودن این تصرف و قیودات آن یا به عبارت دیگر، مصادیق صغرای قیاس مذکور را می‌خواهیم تبیین کنیم.

۳. شروط مسقط بودن تصرف

بحث مزبور در اینجا این است که آیا تصرف بما هو هو، مسقط خیار مجلس می‌باشد؛ بدین صورت که خودش موضوعیت دارد یعنی به محض تحقق تصرف، چه از روی علم به حکم و چه از روی جهل به حکم و چه به قصد اسقاط و چه غفلتاً و چه از روی نسیان و فراموشی. پس مهم در این صورت، صرف تحقق تصرف است یا اینکه برای مسقط بودنش احتیاج به این دارد که اگر تصرف را از روی این قصد که کاشف از اسقاط خیار و رضایت به بیع به حسب بقاء دارد، مسقط خیار مجلس می‌باشد. پس طبق این مبنا، اگر عمل تصرف از روی جهل یا غفلتاً یا نسیاناً تحقق پیدا کند، چون که هیچ کدام کاشف از رضایت نیستند، پس مسقط خیار مجلس نمی‌باشند. پس با این بیان، تصرف طریقت دارد و بنفسه باعث سقوط خیار مجلس نیست.

آنچه ما از تتبع در کتب فقها در این باره به دست آوردیم، این است که فقها نسبت به این مهم، سه موضع یا سه رویکرد دارند:

۳-۱. دیدگاه‌های فقها در شرط تصرف مسقط

دیدگاه اول: برخی فقها تصرف را به طور مطلق مسقط خیار مجلس می‌دانند؛ یعنی صرف تصرف موضوعیت دارد و مسقط خیار مجلس است. علامه در تذکره در این رابطه می‌نویسد:

«تصرف اگر از مشتری باشد، خیار او در رد مبیع ساقط می‌شود؛ به خاطر اینکه با تصرفش ملتزم به ملک و بقاء عقد است، و اگر از جانب بایع باشد، فسخ عقد می‌باشد» (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۲۱/۱۱).

وی در تحریر نیز این مطلب را به همین نحو بیان داشته است (همو، ۱۴۲۰: ۲۸۵/۲). شبیه به همین موضع را برخی دیگر از فقها نیز بیان داشته‌اند (ابن بزاج طرابلسی، ۱۴۰۶: ۳۵۷/۱؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۱۹۷/۳؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳: ۴۶۲/۱؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۲۸۴/۴). طبق این مبنا، تصرف ولو اینکه از روی غفلت و نسیان و جهل از بیع و خیار باشد، مسقط خیار یا فسخ بیع می‌شود.

دیدگاه دوم: تصرف را به قصد اسقاط خیار و رضایت به بقای بیع، و به عبارت دیگر

تصرف کاشف از رضایت را مسقط خیار می‌دانند. طرفداران این دیدگاه خود به دو دسته تقسیم شده‌اند:

دسته اول: رضایت شخصی را ملاک قرار داده‌اند؛ به این صورت که اگر تصرف دال بر رضایت شخص متصرف به مورد معامله باشد، مسقط خیار است. صاحب *مفتاح الکرامه* در این رابطه می‌نویسد:

«مراد از تصرف، آن تصرفی است که عرفاً تصرف بوده و همراه با رضایت به بیع باشد» (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۴/۱۵۶).

وی قید عرفاً را برای تصرف آورده و برای رضایت قیدی نیاورده است، لذا متبادر از کلمه رضایت، رضایت شخصی می‌باشد. شبیه همین معنا نیز از کلام صاحب *جوهر* برداشت می‌شود. وی نیز بعد از اینکه تصرف مطلق را مسقط خیار مجلس می‌داند، اشکالی را مطرح می‌کند که تمایزش را به این رویکرد نشان می‌دهد. ایشان می‌نویسد:

«اگر اجماع بر لزوم عقد از طریق تصرف تمام نباشد، مسقط بودن تصرف به طور مطلق محل نظر است؛ زیرا ادعای دلالت تصرف از طریق عرف به طور مطلق محل ممنوع می‌باشد؛ چون گاهی تصرف با غفلت از بیع و خیار و امثال این‌ها صادر می‌شود» (نجفی، ۱۴۳۹: ۳۰/۲۴).

دسته دوم: رضایت نوعی را ملاک قرار داده‌اند؛ به این صورت که اگر تصرف نوعاً دال بر رضایت باشد و رضایت نوعی نسبت به التزام به عقد حاصل شود، مسقط خیار خواهد بود. شیخ انصاری در باب خیار حیوان، این موضع را اختیار کرده و آن را به بقیه اختیارات نیز تسری داده است (انصاری، ۱۴۲۸: ۱۰۴/۵). طبق این مبنا، تصرف اگر به قصد اختیارات از عوضین و یا از روی غفلت و نسیان و جهل صادر شود، مسقط خیار یا فسخ قرارداد نمی‌باشد؛ چراکه کاشف از رضایت به بیع نیست.

ظاهر مواد ۴۵۰ و ۴۵۱ قانون مدنی نیز این دیدگاه را افاده می‌کند که تصرف زمانی که دال بر رضایت باشد، مسقط است؛ چراکه در ماده ۴۵۰ آمده است: «تصرفاتی که نوعاً کاشف از رضای معامله باشد، امضای فعلی است؛ مثل آنکه مشتری که خیار دارد، با علم به خیار میباید بفروشد یا رهن بگذارد»، یا در ماده ۴۵۱ آمده است: «تصرفاتی که نوعاً کاشف از به هم زدن معامله باشد، فسخ فعلی است».

از مواد مذکور، دو نکته زیر برداشت می‌شود:

نکته اول: قانون مدنی مطلق تصرف را مسقط خیار ندانسته، بلکه تصرف را به‌خاطر اینکه کاشف از رضای به معامله باشد. به عبارت دیگر، تصرف به قصد اسقاط خیار و رضایت به بقای بیع در ماده ۴۵۰ یا رضایت به فسخ معامله در ماده ۴۵۱، مسقط هر خیاری از جمله خیار مجلس دانسته شده است.

نکته دوم: در این مواد، رضایت شخصی ملاک قرار داده نشده، بلکه ملاک را رضایت نوعی قرار داده است. این امر از عبارت «تصرفاتی که نوعاً...» که هم در ماده ۴۵۰ و هم در ماده ۴۵۱ آمده، استنباط می‌شود. این حکم همان موضع شیخ انصاری در مکاسب است.

حقوق دانان راجع به این بحث مناقشه‌ای نداشته و حتی به اختلاف اقوال فقهی اشاره نکرده‌اند؛ مثلاً سیدحسن امامی می‌نویسد:

«تصرفاتی که نوعاً کاشف از به هم زدن معامله باشد، طبق ماده ۴۵۱ ق.م. فسخ فعلی است» (امامی، ۱۳۹۳: ۶۱۹/۱).

با این بیان روشن است که وی به همان ظاهر ماده اکتفا کرده و مفاد ماده مذکور را پذیرفته است.

دیدگاه سوم: برخی نسبت به اینکه تصرف به‌طور مطلق مسقط خیار است یا در صورتی که کاشف از رضایت متصرف باشد، توقف کرده‌اند. محقق اردبیلی و صاحب حدائق و پسر کاشف‌الغطاء از جمله این فقها هستند. محقق اردبیلی با اینکه به دو ملاک بالا اشاره و بلکه تصریح می‌کند، اما در اینکه تصرف با قصد را بپذیرد و یا مطلق تصرف را در اسقاط قبول کند، نمی‌تواند یکی از ملاکات فوق را انتخاب کند. لذا کلامش را با کلمه «التأمل» به پایان می‌رساند (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۳۸۸-۳۸۷/۸) و حتی پا را فراتر گذاشته و نسبت به اصل سقوط خیار مجلس از طریق تصرف به‌خاطر فقدان دلیل توقف می‌کند. البته با توجه به ادله مذکور، تأمل این محقق قابل قبول نیست.

به نظر می‌رسد وجه تأمل محقق مذکور، همان‌طوری که خود به آن تصریح کرده است، اولاً به‌خاطر واضح نبودن دلیل اصل تصرف (همان) و ثانیاً تام نبودن ادله هرکدام از دو ملاک فوق است.

صاحب *حداثی* نیز در این مبحث، تمام کلمات محقق اردبیلی را ذکر کرده است (بحرانی، ۱۴۰۵: ۹/۱۹) و با اینکه محقق اردبیلی هم مسلک شیخ و بزرگ اخباریان یعنی شیخ یوسف بحرانی نیست، اما در اینجا محدث بحرانی تمایل خودش را به استنباطات محقق اردبیلی نشان می‌دهد و در پایان می‌نویسد: «بالجملة فإن جملة من شقوق المسألة لا تخلو من الإشکال» (همان)، و این عبارت، دلالت بر توقف در مسئله و عدم انتخاب یکی از دو ملاک مذکور می‌باشد.

عبارت پسر کاشف‌الغطاء نیز دلالت بر توقف در این موضوع می‌کند. وی در این باره می‌نویسد:

«خيار مجلس با تصرف یکی از طرفین عقد در آنچه به وی منتقل می‌شود، ساقط می‌گردد؛ به‌خاطر دلالت تصرف بر رضایت ظاهراً یا به‌خاطر ضرری شدن وجود خیار، و اگر علم وجود دارد مبنی بر اینکه تصرف به‌خاطر رضایت نبوده، بلکه به‌خاطر غرض دیگر بوده، در اینجا دو وجه است» (نجفی کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۷۷).

همان‌طور که ملاحظه می‌شود، ایشان علت سقوط خیار را رضایت به‌تنهایی نمی‌داند و این امر را به‌صورت تردید بیان می‌کند.

۳-۲. تبیین دیدگاه مورد قبول و ادله آن

آنچه از تحلیل ادله به دست می‌آید، اقوی بودن دیدگاه اول است؛ یعنی اینکه تصرف به‌طور مطلق مسقط خیار مجلس است، حتی اگر از روی غفلت صادر شده باشد؛ زیرا:

اولاً بسیاری از اصحاب، مسقط بودن تصرف یا به عبارت دیگر، موضوعیت داشتن تصرف را به‌طور مطلق پذیرفته‌اند، و به شرط حاکی بودن آن از رضایت اشاره هم نکرده‌اند (عاملی جزینی، ۱۴۱۷: ۳/۲۶۶؛ علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۱/۲۱؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳: ۲/۴۶۲؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۸/۲۹۲).

ثانیاً مسقط بودن تصرف در کنار افتراق‌الابدان که یکی از مسقطات خیار مجلس است، آورده شده است. هیچ‌یک از فقها دلالت افتراق‌الابدان را به‌خاطر رضایت مسقط نمی‌دانند؛ بلکه به‌طور مطلق مسقط خیار مجلس می‌دانند، ولو اینکه از روی

غفلت و نسیان اتفاق بیفتد. لذا می‌توانیم از این مناط برای تصرف هم استفاده کنیم. ثالثاً ادله‌ای که مخالفان برای مدعای خود ارائه کرده‌اند، ضعیف و بی‌اعتبار است. مهم‌ترین ادله‌ای که طرف‌داران دیدگاه دوم ارائه می‌دهند، عبارت‌اند از:

تعلیلی که از روایت فضیل یعنی عبارت «فَلَا خِيَارَ بَعْدَ الرِّضَا مِنْهُمَا» و روایت ابن‌رئاب که عبارت بود از «فَدَلِكَ رِضَى مِنْهُ» برداشت می‌شود. تعلیل روایت اول برای افتراق الابدان که یکی از مسقطات خیار مجلس است و تعلیل روایت دوم راجع به تصرف در حیوان که مربوط به خیار حیوان است، می‌باشد. اما از آنجا که اصولیان برخلاف برخی اخباریان، قائل به قیاس منصوص‌العله هستند، لذا از علتی که در این دو مورد ذکر شده، حکم را به سایر موارد از جمله خیار مجلس تسری می‌دهند. مؤید ما بر صحت استدلال به این دو روایت، کلام صاحب مفتاح، جواهر، شیخ انصاری، سید خوبی و بسیاری دیگر از فقهاست که در مباحث بالا به تفصیل گذشت.

در هر صورت نحوه استدلال به این دو روایت چنین است که نهایت آنچه که ما می‌توانیم از روایات استفاده کنیم، این است که تصرف کاشف از رضا، موجب سقوط خیار می‌باشد. پس زمانی که عملی را به قصد اسقاط خیار و رضایت به بقاء بیع انجام بدهد، در اینجا تصرف طبق تعلیل امام ع اسقط خیار است؛ اما زمانی که تصرفی بدون قصد اسقاط خیار و بدون توجه به خیار صورت بگیرد، مسقط خیار نمی‌باشد (موسوی خوبی، ۱۴۲۸: ۱۴۳/۳۸).

لکن استدلال به این دو روایت مورد قبول نیست؛ زیرا:

اولاً استنباط آن‌ها از روایت فضیل این است که روایت، افتراقی را مسقط خیار می‌داند که مقرون به رضا و اختیار باشد؛ اما بر مجرد افتراق بدون اراده و رضایت، اثری مترتب نمی‌شود (همان: ۱۳۳/۳۸). همان‌طور که ملاحظه می‌شود، این نوع استنباط ربطی به مورد بحث ما ندارد؛ زیرا بحث ما این است که آیا تصرف موضوعیت دارد یا طریقت؟ به عبارت دیگر، آیا تصرف فی‌نفسه مسقط خیار است یا تصرف کاشف از رضایت مسقط خواهد بود؟ این در حالی است که در روایت بیان شده که افتراق نباید از روی اکراه باشد؛ بلکه باید با رضایت باشد. یعنی تمرکز روایت بر اختیاری بودن یا اجباری بودن آن است، و این امر با مورد بحث فرق دارد.

برفرض قبول یکی بودن و عدم فرق بین آن دو، روایت مزبور از محل بحث ما خارج است؛ چراکه معنای روایت این است که بیع زمانی که با رضایت دو طرف قرارداد واقع شود و شارع حکم به لزوم آن کند، وجهی برای اثبات خیار در آن بیع، بعد از انقضاء زمان حکم به جواز در آن بیع به صورت ارفاقی وجود ندارد؛ به خاطر اینکه لزوم مترتب بر بیع و عقد است و بیع و عقد در حصه خاصی از زمان که مدت خیار مجلس یا غیر آن است، به صورت ارفاقی از لزوم خارج می‌شود، و پس از زمانی که آن زمان ارفاقی تمام شد، وجهی برای خیار بعد از آن زمان وجود ندارد (همان: ۱۳۴/۳۸).

ثانیاً برای تعلیلی که در روایت ابن‌رثاب آورده شده است، احتمالات مختلفی را ذکر کرده‌اند که برخی از آن احتمالات به درد قول دوم می‌خورد، و برخی دیگر یعنی اینکه جمله «فَدَلِك رِضَى مِنْهُ» خود جزا را بیان می‌کند، و یا اینکه شارع از طریق این جمله حکمت حکم را بیان می‌کند، به نفع قول منتخب ما می‌باشد.

ثالثاً این دو روایت با روایات متعددی که در ذیل به برخی از آن‌ها اشاره خواهد شد، که مطلق تصرف را مسقط خیار می‌دانند، سازگاری ندارند و این دو روایت قابلیت تقیید این روایات مطلق را ندارند. یکی از روایات مطلق، صحیح‌ه صفار از ابو محمد (امام حسن عسکری علیه السلام) می‌باشد:

«صفار می‌گوید: به امام علیه السلام نامه‌ای نوشتم درباره شخصی که از شخص دیگری چهارپایی را خریده و در آن چهارپا تصرفی از نوع کوتاه کردن سُم آن یا نعل کردن یا سوار شدن به پشت آن در چند فرسخ ایجاد کرده است، آیا آن شخص بعد از تصرفی که در آن چهارپا کرده است یا سوار شدن آن در چند فرسخ، می‌تواند آن را در آن سه روزی که برایش خیار است، برگرداند؟ امام علیه السلام پاسخ داد: زمانی که شخصی در آن چهارپا تصرفی کند، خرید را واجب کرده است» (طوسی، ۱۴۰۷ الف: ۷/۷۵).

با این بیانات روشن شد که اولاً توقف برخی فقها در این مسئله وجهی ندارد. ثانیاً موضع قانون مدنی که تصرف را مطلقاً یعنی در هر خیاری خصوصاً خیار مجلس، کاشف از رضایت می‌داند، مورد قبول نیست. ثالثاً با قبول قول اول، هیچ‌گونه رضایتی اعم از شخصی یا نوعی برای تحقق اسقاط خیار به وسیله تصرف، شرط نیست.

۴. قلمرو تصرف مسقط خیار

بعد از بیان اینکه اولاً تصرف یکی از مسقطات خیار مجلس است، و ثانیاً صرف تصرف برای مسقط بودن خیار موضوعیت دارد، حال نوبت به دامنه این عمل نسبت به بایع و مشتری می‌رسد. صور ممکن بحث عبارت‌اند از: ۱- مشتری در منتقل‌الیه (مبیع) و بایع نیز در منتقل‌الیه (ثمن) به خودشان تصرف می‌کنند. ۲- مشتری در منتقل‌عنه (ثمن) و بایع در منتقل‌عنه (مبیع) تصرف می‌کنند. ۳- اختلاط در تصرف. در ادامه، هرکدام از این صورت‌ها را به‌طور جداگانه بررسی می‌کنیم.

۴-۱. تصرف مشتری در مبیع و تصرف بایع در ثمن

اگر قرارداد بیع منعقد شد و به‌تبع آن مبیع به مشتری و ثمن به بایع انتقال پیدا کرد و هر یک از این دو در منتقل‌الیه به خودشان تصرف کردند، ظاهر کلام فقها بلکه اجماع آنها این است که نسبت به حکم سقوط خیار با تصرف مشتری در مبیع شکی نیست. بسیاری از فقها به این امر تصریح کرده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۲۰/۱۱؛ عاملی جزینی، ۱۴۱۷: ۲۶۶/۳؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۴: ۱۰۴/۲).

اما نسبت به سقوط خیار مجلس با تصرف بایع در ثمن، سه نوع بیان یا شاید سه نظر به شرح زیر وجود دارد:

اول: برخی از فقها این صورت را اصلاً مطرح نکرده‌اند. آنها با اینکه درصدد بیان حکم تصرف بوده و صورت تصرف مشتری در مبیع را بیان کرده‌اند، اما نسبت به تصرف بایع در ثمن سکوت کرده‌اند. مثلاً علامه در تذکره می‌نویسد: «تصرف اگر از مشتری باشد، خیار او در رد مبیع ساقط می‌شود؛ به‌خاطر اینکه مشتری با تصرفش ملتزم به ملک شده است» (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۲۰/۱۱).

همین عبارت را دقیقاً محقق کرکی در ذیل بحث خیار مجلس ذکر کرده و هیچ چیز دیگری اضافه نکرده است (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۳۸۳/۴).

دوم: گروهی این حکم را با تردید و عدم صراحت بیان داشته‌اند؛ به‌گونه‌ای که از کلام اینان توقف و تأمل استنباط می‌شود (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۵۶/۱۴). محقق اردبیلی بعد از اینکه حکم تصرف مشتری در مبیع را بیان داشته، نسبت به تصرف بایع در ثمن

می‌نویسد: «فظاهر أنَّ الأمر بالعكس...» (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۷۸/۸)؛ یعنی ظاهراً تصرف بایع در ثمن هم مسقط خیار است. شهید ثانی در مسالک می‌نویسد: «يمكن ثبوت الحكم في طرف البايع إذا تصرف في الثمن...» (جبعی عاملی، ۱۴۱۴: ۲۸۳/۳).

شهید ثانی همین عبارت را در کتاب حاشیه الارشاد تکرار کرده است (همو، ۱۴۱۴: ۱۰۴/۲). محقق کرکی در بحث خیار شرط نسبت به صورت مذکور می‌نویسد: «مع أنَّ هذا المذكور محتملٌ» (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۳۰۶/۴).

سوم: گروهی دیگر به صراحت گفته‌اند همان‌طوری که تصرف مشتری در مبیع باعث سقوط خیار مجلس می‌باشد، تصرف بایع در ثمن نیز باعث سقوط خیار مجلس می‌شود. شاید شهید اول در دروس، اولین کسی باشد که به این امر تصریح کرده است (عاملی جزینی، ۱۴۱۷: ۲۶۶/۳). برخی فقهای دیگر نیز به تبعیت از او، به این مهم تصریح کرده‌اند (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۲۹۲/۸؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۵۶/۱۴؛ نجفی، ۱۴۳۹: ۲۹/۲۴-۳۰).
به نظر می‌رسد عدم ذکر این وجه در کلام گروه اول از باب قصور یا غفلت بوده، و توقف گروه دوم نیز وجهی ندارد؛ چراکه از مفهوم و یا منطوق اخبار مذکور، فرقی بین دو صورت از تصرف استنباط نمی‌شود (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۲۹۲/۸) و همچنین علت در سقوط خیار نسبت به بایع و مشتری یکسان می‌باشد (نجفی، ۱۴۳۹: ۲۹/۲۴-۳۰). لذا وجهی برای تفکیک حکم این دو یا توقف در حکم باقی نمی‌ماند.

موضع گروه سوم، در ماده ۴۵۰ ق.م. پذیرفته شده است. در این ماده آمده است: «تصرفاتی که نوعاً کاشف از رضای معامله باشد، امضای فعلی است؛ مثل آنکه مشتری که خیار دارد، با علم به خیار مبیع را بفروشد یا رهن بگذارد».

عبارت ماده با اینکه به فرض تصرف مشتری در مبیع تصریح کرده است، اما این مورد را در فرد غالب آورده است؛ از این رو افاده انحصار نمی‌کند. لذا می‌توانیم حکم آن را به صورتی که بایع در ثمن تصرف می‌کند، تعمیم دهیم.
پس با تصرف بایع در ثمن، و مشتری در مبیع، عقد بیع که به خاطر وجود خیار مجلس متزلزل بود، با سقوط خیار مجلس لازم می‌شود.

۲-۴. تصرف مشتری در ثمن و بایع در مبیع

اگر قرارداد بیع منعقد شد، ملکیت مبیع به مشتری و ملکیت ثمن به بایع منتقل می‌شود. اما اگر قبل از قبض مبیع توسط مشتری، بایع در منتقل‌عنه (مبیع) تصرف کند، و یا مشتری قبل از اقباض بایع، در منتقل‌عنه (ثمن) تصرف کند، در اینکه باعث فسخ عقد می‌شود یا نه، کلمات فقها مختلف است.

برخی فقها به بیان صورت تصرف بایع در مبیع اکتفا کرده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۲۰/۱۱؛ جعی عاملی، ۱۴۱۴: ۱۹۷/۳؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳: ۱/۴۶۳). برخی دیگر به بیان هر دو صورت پرداخته‌اند، منتها نسبت به جریان اثر مترتب بر تصرف یعنی فسخ که به دنبالش بطلان عقد بیاید، به نوعی توقف کرده‌اند (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۲۹۲/۸؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۴/۱۵۶؛ نجفی، ۱۴۳۹: ۳۰/۲۴). کامل‌ترین بیان را صاحب ریاض دارد. وی در این باره می‌نویسد:

«و اما دلیل سقوط خیار به وسیله تصرف هریک از متعاقدين در مال خودشان، هنوز روشن نشده است. اگر دلالت ولو به کمک قرینه تمام باشد، شکی در این حکم نیست؛ در غیر این صورت، این حکم محل مناقشه است؛ زیرا تصرف به صورت اعم، هم شامل فسخ و هم غیرفسخ می‌شود و دلالتی بر فسخ به طور خاص ندارد. پس اگر اجماع وجود نداشته باشد، مسئله محل اشکال و شک است؛ زیرا اصل بقاء صحت معامله است» (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۲۹۲/۸).

همین وجه را دقیقاً صاحب جوهر نقل کرده و صاحب مفتاح آن را به صورت مختصرتر آورده است.

برخی دیگر از فقها با بیان هر دو صورت، جریان اثر تصرف را نسبت به متعاقدين، یعنی فسخ قرارداد و به تبع آن بطلان عقد را پذیرفته‌اند (نراقی، ۱۴۱۵: ۳۷۴/۱۴).

به نظر می‌رسد اختصار برخی از فقها به صورت تصرف بایع در مبیع و عدم ذکر تصرف مشتری در ثمن، یا به علت قصور در عبارت، یا وضوح حکم در جریان فسخ نسبت به مشتری، یا به دلیل این بوده است که غالباً مبیع کالا است و ثمن پول نقد است و اصولاً تصرف در مبیع صورت می‌گیرد.

به همین دلیل است که قانون مدنی بدون اینکه به تفصیل تصرف بایع در مبیع و مشتری در ثمن را بیان کند، حکم تصرف متعاقدين در مال خودشان را به طور مطلق

بیان داشته است. در ماده ۴۵۱ ق.م. آمده است: «تصرفاتی که نوعاً کاشف از به هم زدن معامله باشد، فسخ فعلی است» و با این عبارت هوشمندانه به تمام مناقشات بالا پایان داده و موضع نراقی را تثبیت کرده است.

۳-۴. اختلاط در تصرف

اگر یکی از متعاقدين از طریق تصرف، عقد را امضا، و دیگری از طریق تصرف، عقد را فسخ کند، در این حالت فسخ بر اجازه مقدم است. به این گفته، بسیاری از فقها تصریح کرده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۳۳/۱۱؛ همو، ۱۴۱۳: ۷۰/۲؛ عاملی جزینی، ۱۴۱۷: ۲۷۰/۳؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۳۰۷/۴؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۳۸۷/۸).

زیرا امکان جمع بین آن دو یا انتفاء آن دو وجود ندارد، به‌خاطر اینکه بین این دو رابطه تناقض است؛ پس باید یکی از آن دو را بر دیگری مقدم کرد. کسی که امضا را اختیار کرده، داخل در عقدی شده که طرف مقابلش با فسخش، آن عقد را فسخ کرده و راضی به این امر هم شده است؛ پس اثری برای رضایت امضاکننده به عقد که لازم عقد باشد، بار نمی‌شود (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۳۳/۱۱). بنابراین در این صورت، خیار هر دو ساقط (مجاهد طباطبایی حائری، بی‌تا: ۳۳۸) و عقد از زمان فسخ، منفسخ می‌شود. با این گفته، هیچ‌یک از فقها مخالفت نکرده است؛ چنان‌که نراقی در ذیل این مطلب گفته است: «والوجه ظاهر» (نراقی، ۱۴۱۵: ۳۷۳/۱۴).

قانون مدنی این فرع را در ذیل دو ماده‌ای که برای تصرف آورده، بیان نداشته است؛ بلکه آن را در ماده‌ای جداگانه که می‌تواند مورد تصرف را هم در بر بگیرد، بیان داشته است. در ماده ۴۵۲ ق.م. آمده است:

«اگر متعاملین هر دو خیار داشته باشند و یکی از آن‌ها امضا کند و دیگری فسخ نماید، معامله منفسخ می‌شود».

نتیجه‌گیری

نتایج به‌دست‌آمده از این پژوهش به شرح زیر است:
اولاً تصرف به‌عنوان مسقط خیار مجلس قابل قبول است؛ ثانیاً هر نوع تصرفی مسقط

نیست، بلکه باید عرف آن را مسقط بدانند؛ ثالثاً صرف تصرف موضوعیت دارد نه به‌عنوان اینکه کاشف از رضایت است و طریقت دارد؛ رابعاً تصرف چه به‌عنوان مسقط و چه به‌عنوان فاسخ اعم است و از یک سو شامل تصرف خریدار در مبیع و تصرف فروشنده در ثمن، و از سوی دیگر تصرف فروشنده در کالایی که فروخته و تصرف مشتری در بهای آن می‌گردد.

در مواد ۴۵۰ و ۴۵۱ قانون مدنی، یک حکم کلی برای همه‌ی خيارات آمده است که در آن این احکام نهفته است: اولاً تصرف به‌عنوان مسقط خیار مجلس مورد قبول واقع شده است و این حکم از عموم مواد ۴۵۰ و ۴۵۱ ق.م. استنباط می‌شود؛ ثانیاً تصرف کاشف از رضایت را مسقط می‌داند. این امر از عبارات ماده ۴۵۰ ق.م. یعنی «تصرفاتی که نوعاً کاشف از رضایت معامله» و متن ماده ۴۵۱ ق.م. یعنی «تصرفاتی که نوعاً کاشف از به هم زدن معامله» استنباط می‌شود.

در مقایسه احکام قانون مدنی با دیدگاه‌های فقهی می‌توان گفت: اولاً حکم اول قانون مدنی با فقه یکی است؛ ثانیاً حکم دوم آن، که تصرف مشروط به رضایت را در خیار مجلس پذیرفته، از نظر فقهی و به‌دلایل پیش‌گفته، مورد قبول در این نوشتار نیست؛ ثالثاً قانون مدنی حکم این مسئله را ناقص بیان داشته است. از این رو لازم است حکم تصرف به‌عنوان مسقط خیار و فاسخ عقد به‌طور صریح و کلی نه تلویحی و جزئی، و در همه‌ی فروض از جمله در فرض اختلاط بیان گردد.

پیشنهادهات

بر اساس نتایج این تحقیق، افزودن مواد زیر در ذیل خیار مجلس در قانون مدنی پیشنهاد می‌شود:

- ۱- تصرفاتی که عرف آن‌ها را نوعاً امضای فعلی می‌داند، مسقط خیار مجلس می‌باشند؛ خواه تصرف مشتری در مبیع باشد و یا تصرف فروشنده در ثمن.
- ۲- تصرفاتی که عرف آن‌ها را نوعاً فسخ فعلی می‌داند، عقد را منفسخ می‌کنند؛ خواه تصرف مشتری در ثمن یا تصرف فروشنده در مبیع باشد. در صورت اختلاف در فاسخ یا مسقط بودن، تصرف فاسخ محسوب می‌گردد.

فهرست منابع

۱. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ق.
۲. ابن بزّاج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز بن نحریر، *المهذب*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ق.
۳. ابن زهره حلبی، سید حمزة بن علی حسینی، *غنیة النزوع الی علمی الاصول والفروع*، قم، مؤسسه امام صادق (علیه السلام)، ۱۴۱۷ق.
۴. ابن فارس، ابوالحسن احمد، *معجم مقاییس اللغة*، تحقیق عبدالسلام محمد هارون، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ق.
۵. ابن منظور افریقی مصری، ابوالفضل جمال الدین محمد بن مکرم، *لسان العرب*، تحقیق جمال الدین میردامادی، چاپ سوم، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۴ق.
۶. ابوصلاح حلبی، تقی الدین بن نجم الدین، *الکافی فی الفقه*، تصحیح رضا استادی، اصفهان، کتابخانه عمومی امیرالمؤمنین (علیه السلام)، ۱۴۰۳ق.
۷. اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الازدهان الی احکام الایمان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ق.
۸. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، چاپ سی و پنجم، تهران، اسلامیه، ۱۳۹۳ش.
۹. انصاری، مرتضی بن محمد امین، *کتاب المکاسب*، چاپ نهم، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۸ق.
۱۰. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ق.
۱۱. بروجردی عبده، محمد، *حقوق مدنی*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۰ش.
۱۲. ترحینی عاملی، سید محمد حسن، *الزبدة الفقهية فی شرح الروضة البهية*، چاپ چهارم، قم، دار الفقه، ۱۴۲۷ق.
۱۳. تستری، اسدالله بن اسماعیل دزفولی کاظمی، *مقابس الانوار و نفائس الاسرار فی احکام النبی المختار و عترته الاطهار*، قم، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام)، بی تا.
۱۴. جمعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، *حاشیة الارشاد*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۴ق.
۱۵. همو، *مسالك الافهام فی شرح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ق.
۱۶. حائری شاه باغ، سیدعلی، *شرح قانون مدنی*، چاپ سوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۷ش.
۱۷. حسینی عاملی، سید محمد جواد بن محمد، *مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ق.
۱۸. سلار دیلمی، ابویعلی حمزة بن عبدالعزیز، *المراسم العلویة والاحکام النبویة*، تصحیح محمود بستانی، قم، منشورات الحرمین، ۱۴۰۴ق.
۱۹. شهیدی تبریزی، میرزا فتاح، *هدایة الطالب الی اسرار المکاسب*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۷ق.
۲۰. طباطبایی حائری، سیدعلی بن محمدعلی، *ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالادلة*، قم، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۱۸ق.
۲۱. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الامامیه*، چاپ سوم، تهران، المکتبه المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ق.

۲۲. همو، *النهاية في مجرد الفقه والفتاوى*، بيروت، دار الكتاب العربي، ۱۴۰۰ق.
۲۳. همو، *تهذيب الاحكام في شرح المقنعة للشيخ المفيد*، چاپ چهارم، تهران، دار الكتب الاسلاميه، ۱۴۰۷ق. (الف)
۲۴. همو، *كتاب الخلاف*، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۰۷ق. (ب)
۲۵. عاملي جزيني (شهيد اول)، محمد بن جمال الدين مكى، *الدروس الشرعية في فقه الاماميه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۱۷ق.
۲۶. همو، *غاية المراد في شرح نكت الارشاد*، قم، دفتر تبليغات اسلامي، ۱۴۱۴ق.
۲۷. علامه حلى، ابومنصور جمال الدين حسن بن يوسف بن مطهر اسدى، *ارشاد الازهان الى احكام الايمان*، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۱۳ق. (الف)
۲۸. همو، *تحرير الاحكام الشرعية على مذهب الاماميه*، قم، مؤسسه امام صادق عليه السلام، ۱۴۲۰ق.
۲۹. همو، *تذكرة الفقهاء*، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۱۴ق.
۳۰. همو، *قواعد الاحكام في معرفة الحلال والحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۱۳ق. (ب)
۳۱. فيض كاشاني، محمد محسن بن شاه مرتضى، *مفاتيح الشرائع*، قم، كتابخانه آية الله مرعشى نجفى، بى تا.
۳۲. كاتوزيان، ناصر، *دوره مقدماتى حقوق مدنى؛ اعمال حقوقى (قرارداد - ايقاع)*، چاپ سيزدهم، تهران، انتشار، ۱۳۹۴ش.
۳۳. همو، *قانون مدنى در نظم حقوقى كنونى*، چاپ نوزدهم، تهران، ميزان، ۱۳۸۷ش.
۳۴. كركى عاملى، على بن حسين، *جامع المقاصد في شرح القواعد*، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، لاحياء التراث، ۱۴۱۴ق.
۳۵. كلينى، ابوجعفر محمد بن يعقوب، *الكافى*، قم، دار الحديث، ۱۴۲۹ق.
۳۶. مجاهد طباطبايى حائرى، سيد محمد بن على، *كتاب المناهل*، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، لاحياء التراث، بى تا.
۳۷. محقق حلى، نجم الدين ابوالقاسم جعفر بن حسن، *شرايع الاسلام في مسائل الحلال والحرام*، چاپ دوم، قم، اسماعيليان، ۱۴۰۸ق.
۳۸. محقق سبزواري، محمد باقر بن محمد مؤمن، *كفاية الفقه المشتهر بكفاية الاحكام*، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۲۳ق.
۳۹. مفيد، محمد بن محمد بن نعمان عكبرى بغدادى، *المقنعة*، قم، كنگره جهانى هزاره شيخ مفيد، ۱۴۱۳ق.
۴۰. موسوى خويى، سيد ابوالقاسم، *التنقيح في شرح المكاسب (موسوعة الامام الخوئى)*، تقرير ميرزا على غروى تبريزى، چاپ سوم، قم، مؤسسه احياء آثار الامام الخوئى، ۱۴۲۸ق.
۴۱. نجفى، محمد حسن بن باقر، *جواهر الكلام في شرح شرايع الاسلام*، چاپ سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۳۹ق.
۴۲. نجفى كاشف الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر، *انوار الفقاهه*، نجف اشرف، مؤسسه كاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق.
۴۳. نراقى، ملا احمد بن محمد مهدى، *مستند الشيعة في احكام الشريعة*، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، لاحياء التراث، ۱۴۱۵ق.

ضرورت جبران کاهش ارزش پول

در صورت اشتراط در عقد قرض*

- سیدحسین موسوی راد^۱
- سیدجابر موسوی راد^۲✉

چکیده

بدون شک وجود تورّم باعث کاهش ارزش پول می‌شود. حال این سؤال مطرح می‌شود که اگر فردی به دیگری مبلغی معین را قرض دهد، آیا فرد بدهکار در موعد مقرر فقط باید عین پول پیشین (مبلغ اسمی) را برگرداند یا اینکه وی ضامن کاهش ارزش پول نیز هست. در این زمینه، برخی قائل به وجوب ضمان کاهش ارزش پول شده و برخی ضمان کاهش ارزش پول را قبول ندارند؛ برخی بین صورت تورّم زیاد و تورّم کم تفاوت گذاشته‌اند؛ برخی نیز بین صورت غصب و عدم غصب تفصیل قائل شده‌اند. در این مقاله ضمن تحلیل ماهیت پول و تأکید بر اعتباری بودن مالیت پول، این نتیجه به دست آمده که اگر فردی مبلغی

* تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۳/۰۳ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۴/۱۸.

۱. استادیار گروه معارف اسلامی، واحد سبزوار، دانشگاه آزاد اسلامی، سبزوار، ایران
(h_moosavi@iaus.ac.ir)

۲. استادیار دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
(mousavirad@atu.ac.ir)

را به دیگری قرض دهد و در حین عقد شرط نماید که فرد بدهکار باید علاوه بر اصل پول (مبلغ اسمی)، کاهش ارزش پول را مطابق تورم محاسبه و پرداخت نماید، عمل به این شرط لازم است و پرداخت مبلغ معادل میزان کاهش ارزش پول، زیادت در عقد قرض محسوب نشده و ربا نمی‌باشد. اما در صورتی که شرط جبران کاهش ارزش پول در عقد قرض صورت نگرفته باشد، جبران کاهش ارزش پول (چه در صورت تورم کم یا زیاد) ضرورت ندارد.

واژگان کلیدی: کاهش ارزش پول، مثلی، قیمی، پول، قرض.

مقدمه

یکی از مشکلاتی که امروزه کشورهای مختلفی با آن درگیرند، مسئله تورم است. تورم و کاهش ارزش پول، موجب طرح مسئله فقهی «ضرورت یا عدم ضرورت جبران کاهش ارزش پول» می‌شود. این مسئله از جمله مباحث مستحدث بسیار پرکاربردی است که گرچه در دوران معاصر، بحث‌هایی روی آن صورت گرفته، اما چنان که در ادامه مقاله روشن می‌شود، همچنان محتاج طرح نظریات و دقت‌های جدید فقهی است. در این راستا، مقاله فعلی به این بحث مهم می‌پردازد که اگر فردی مبلغ معینی (مثلاً یک میلیون تومان) را به دیگری قرض دهد و بعد از یک سال با وجود تورم مثلاً بیست درصدی، آن فرد بخواهد قرض خود را مطالبه کند، آیا تنها می‌تواند همان یک میلیون تومان را درخواست نماید یا اینکه می‌تواند مبلغ تورم را نیز محاسبه نماید و به عنوان مثال اگر تورم بیست درصد بوده، وی یک میلیون و دویست هزار تومان دریافت نماید.

چنان که در مباحث بعدی مشخص خواهد شد، دیدگاه بسیاری از فقها این است که اخذ مبلغ کاسته شده از ارزش پول، ربا بوده و حرام است. اما برخی دیگر معتقدند که اخذ مبلغ کاسته شده از ارزش پول در صورت وجود برخی شرایط خاص (مثل گذشتن زمان طولانی و کاهش شدید ارزش پول یا در صورت غاصب بودن فرد بدهکار) ربا نبوده و جایز است. اما نویسندگان این مقاله درصدد هستند تفصیلی جدید را در این زمینه مطرح نمایند که مطابق آن، در صورت اشتراط وجوب جبران کاهش ارزش پول، چه مبلغ تورم کم باشد یا نه، علاوه بر اصل پول، کاهش ارزش پول را نیز می‌توان مطالبه نمود.

در مورد بحث جبران کاهش ارزش پول تاکنون مقالات متعددی توسط فقها و محققان معاصر تدوین شده است (ر.ک: هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۴؛ خرازی، ۱۳۸۱؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۷۵؛ یوسفی، ۱۳۸۱ الف؛ همو، ۱۳۸۱ ب؛ سعیدی، ۱۳۸۵)، اما نوآوری این مقاله به جهت دیدگاه جدید و بدیعی است که در مقاله از آن دفاع می‌شود. اندیشمندان و محققان معاصر، نظریاتی مثل «عدم وجوب مطلق جبران کاهش ارزش پول»، «وجوب جبران مطلق کاهش ارزش پول»، «وجوب جبران کاهش ارزش پول در صورت وجود تورّم شدید» و «وجوب جبران کاهش ارزش پول در صورت غاصب بودن» را مطرح کرده‌اند؛ درحالی که به نظر می‌رسد هرکدام از این نظریات با مشکلات مخصوص به خود مواجه است که در ضمن مقاله تبیین گردیده است. تفصیل مورد نظر نگارندگان این است که در صورت عدم اشتراط بازگرداندن قدرت خرید پول، فرد باید مبلغ اسمی را برگرداند. در این زمینه به قاعده «اقدام» توسل جسته شده که کمتر مورد توجه محققان معاصر بوده است. اما در فرض اشتراط بازگرداندن قدرت خرید پول، باید تابع شرط منعقد در قرارداد بود (چه تورّم کم باشد یا زیاد)، و در این صورت جبران کاهش ارزش پول ضروری است. در واقع در نظریات دیگر مطرح شده، حکم معینی برای کیفیت بازگرداندن پول توسط فقها بیان می‌گشت که طبق برخی مبانی، باید مبلغ اسمی و طبق مبانی دیگر (مطلقاً یا در شرایط خاص)، باید مبلغ معادل قدرت خرید بازگردانده شود؛ درحالی که از نگاه نگارندگان، مبلغ بازگرداندن پول بستگی به کیفیت تعهد و اعتباری دارد که بین دو طرف معامله صورت گرفته است. نوآوری این مقاله بدین جهت است که معیار وجوب یا عدم وجوب کاهش ارزش پول را کیفیت اشتراط و تعهد مندرج در قرارداد می‌داند؛ درحالی که در نظریات دیگر، وجوب یا عدم وجوب کاهش ارزش پول هیچ گونه وابستگی و ارتباطی با کیفیت اشتراط و تعهد ندارد. همچنین در ادامه مقاله، مبانی فقهی این دیدگاه تبیین شده و نظریات مخالفان نقد می‌شود.

۱. نظریه عدم وجوب مطلق جبران کاهش ارزش پول

مطابق این نظریه، اگر کسی مبلغ خاصی را طلبکار باشد، به صورت مطلق شخص بدهکار ضامن کاهش ارزش پول نیست؛ چه مبلغ تورّم زیاد باشد یا کم. همچنین

مطابق این دیدگاه، حتی اگر قرض دهنده کاهش ارزش پول را شرط نماید، همچنان فرد قرض‌گیرنده ضامن کاهش ارزش پول نیست؛ زیرا این شرط از اساس باطل و ربوی است. دلایل این نظریه عبارت‌اند از:

الف) مثلی بودن پول (اسکناس): مبنای اصلی این دیدگاه مثلی دانستن پول است.^۱ مدافعان این دیدگاه بر این باورند که پول نیز همانند کالاهای مثلی است و لذا اگر فردی از دیگری (به‌عنوان مثال) یک میلیون قرض گیرد، بعد از یک سال تنها می‌تواند همان یک میلیون را مطالبه نماید و اگر مبلغ بیشتری را مطالبه نماید، مصداق ربا محسوب می‌شود؛ زیرا ربا، گرفتن بیشتر از مبلغ استقراضی است و با پرداخت اصل بدهی، اخذ مبلغ اضافی، مصداق ربا می‌باشد.

ب) قصد طرفین: مدافعان این دیدگاه معتقدند که قصد طرفین در هنگام قرض، شاهد بر این است که قرض‌گیرنده مبلغ اسمی را قرض می‌گیرد و نه میزان قدرت خرید را؛ زیرا زمانی که قرض دهنده مبلغی را قرض می‌دهد و قرض‌گیرنده نیز مبلغی را مطالبه می‌نماید، میزان قدرت خرید را مورد لحاظ قرار نمی‌دهد. این قدرت خرید ممکن است کاهش پیدا کرده باشد و حتی (در موارد نادر) افزایش داشته باشد، اما معیار قرض، مبلغ اسمی پول است؛ زیرا پول از مثلیات است و همان‌طور که در مورد کالاهای مثلی، بعد از قرض خود مثل مطالبه می‌شود (نه ارزش آن کالا)، به همین نحو در قرض پول هم باید مثل آن پول (ارزش اسمی آن پول) مطالبه شود (خرازی، ۱۳۸۱: ۱۷/۲۶).

ج) روایات: مدافعان نظریه عدم وجوب جبران کاهش ارزش پول، به ادله دیگری نیز تمسک جسته‌اند؛ از جمله آیه‌الله سیدکاظم حائری معتقد است موثقه اسحاق بن عمار دلالت بر عدم وجوب جبران کاهش ارزش پول می‌نماید (حائری، ۱۳۷۷: ۲۷-۲۸). روایت مورد استناد ایشان به شرح ذیل است:

«بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ فَصَّالَةَ عَنْ أَبَانَ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي إِبْرَاهِيمَ (عليه السلام): الرَّجُلُ يَكُونُ لَهُ عَلَى الرَّجُلِ الدَّائِنُ، فَيَأْخُذُ مِنْهُ ذَرَاهِمَ، ثُمَّ يَتَغَيَّرُ السَّعْرُ.

۱. مثلی در فقه به چیزی می‌گویند که قیمت اجزانش مساوی است، و قیمی به چیزی گفته می‌شود که اجزانش قیمت مساوی ندارند (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۴۰۳/۸۹-۹۴؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۴۰۳/۲۰). در مورد کالاهای مثلی، اگر فردی به دیگری چیزی را قرض دهد، قرض‌گیرنده باید عین آن کالا را بعد از مدت مقرر تحویل دهد (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۰۹/۳؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۱۶۸-۱۶۹). نه ارزش و قیمت آن را.

قَالَ: فَهِيَ لَهُ عَلَى السَّعْرِ الَّذِي أَخَذَهَا يَوْمَئِذٍ وَإِنْ أَخَذَ دَنَائِيرَ وَكَيْسَ لَهُ دَرَاهِمٌ عِنْدَهُ فَدَنَائِيرُهُ عَلَيْهِ يَأْخُذُهَا بِرُؤُوسِهَا مَتَى شَاءَ» (حزّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۸/۱۸۴)؛ ... اسحاق بن عمار می‌گوید: به امام کاظم علیه السلام گفتم: مردی از دیگری چند دیناری را طلبکار است و از او چند درهم می‌گیرد و سپس ارزش آن تغییر می‌کند؟ امام فرمود: برای اوست به نرخ همان روزی که درهم را گرفته است و اگر دینار گرفته است و [طلبکار] از او درهم طلب ندارد، همان دنائیر بر عهده اوست و طلبکار هر وقت که بخواهد، می‌تواند خود دنائیر را بگیرد [نه قیمت روز آنها را].

این روایت از نظر سندی صحیح است. روایاتی دیگر نیز در کتاب *وسائل الشیعه*، تعبیری نظیر این روایت دارند و از آنها به روشنی استفاده می‌شود که در محاسبه دینار یا درهم باید مثل دینار و درهم برگردانده شود، نه قیمت روز آنها (ر.ک: همان: ۱۸/۲۰۶-۲۰۷).
 (د) سیره عملی پیامبر صلی الله علیه و آله: در کنار این روایات، برخی نیز در این مسئله به سیره پیامبر صلی الله علیه و آله و ائمه معصومین علیهم السلام استناد نموده و گفته‌اند بحث جبران کاهش ارزش پول بحث جدیدی نیست، بلکه در همان زمان پیامبر صلی الله علیه و آله و ائمه معصومین علیهم السلام هم پول وجود داشته است، ولی ایشان اخذ هرگونه زیادت بر مبلغ اسمی را مصداق ربا دانسته‌اند (قحف، ۱۴۰۷: ۲۲).

۲. نظریه وجوب جبران مطلق کاهش ارزش پول

مفاد نظریه جبران کاهش ارزش پول این است که هرگاه فردی به دیگری قرضی دهد (چه توّرم کم باشد یا زیاد، و چه شرطی صورت گیرد یا نه)، باید جبران کاهش ارزش پول لحاظ شود. بنابراین اگر فردی به دیگری یک میلیون قرض دهد و ده روز بعد پولش را مطالبه نماید، اگر در این مدت یک درصد (مثلاً) به ارزش پولش افزوده شده است، باید آن یک درصد به قرض‌دهنده پرداخته شود. در میان محققان معاصر، معرفت (۱۳۷۵: ۱۴-۱۸) و موسوی بجنوردی (۱۳۷۵) از این دیدگاه دفاع نموده‌اند.

مهم‌ترین دلایلی که در دفاع از این نظریه ارائه شده، به شرح زیر می‌باشد:

۱) اعتبار معیار قدرت خرید در ماهیت پول: آنچه در پول معتبر است، ارزش کاربردی و توان خرید آن است. توضیح اینکه جامعه انسانی از روز نخست در این

اندیشه بود که ساده‌ترین راه را برای مبادله کالاها و فراورده‌های خویش بیابد. برای این منظور، پول را اختراع کرد و به آن مالیت بخشید. مالیت مال امری اعتباری است و به اعتبار عقلا در هر دوره و زمانی بستگی دارد. اگر چیزی غیر از اعتبار مالیت، هیچ ارزشی نداشته باشد و عنوانش به همین اعتبار مالیتش باشد (مانند اسکناس)، در این صورت مالیت براساس اعتبار است و اعتبار هم به اندازه کاربرد و قدرت خریدی است که داشته است؛ مثلاً اعتباری که برای یکصد تومان در بیست سال پیش داده‌اند، ارزشی برابر با ۲۵ کیلو برنج یا یک مثقال طلا داشته است، اما امروز همان عقلا این ارزش را پایین آورده و به یک‌چهارم یک کیلو برنج کاهش داده‌اند. اکنون خود همان اعتبارکننده‌ها آن ارزش بیست سال پیش را به آن نمی‌دهند. بنابراین پول مانند سایر مثلیات نیست و با سایر اموال متفاوت است. اساساً در امور اعتباری مانند پول باید عنوان کاربردی و قدرت خرید را در نظر گرفت و اساساً باید به این نکته توجه داشت که پول را عقلا اختراع کرده‌اند و ارزش اقتصادی برای پول بسته به این است که عقلا چه می‌گویند (معرفت، ۱۳۷۵: ۱۴-۱۸).

مطابق قواعد فقهی، اگر شخصی کاری انجام دهد که موجب زوال بخشی از مالیت شود، وی ضامن مبلغ مالیت است. مثال معروفی که در فقه مطرح شده، مثال برگرداندن یخ است. اگر فردی به دیگری در تابستان یخ قرض دهد، بازگرداندن یخ در زمستان کفایت نمی‌کند؛ زیرا قیمت تابستان در یخ زیاد بوده و با برگرداندن آن در زمستان، قیمت آن کاهش پیدا کرده است. به همین نحو در مورد پول هم بازگرداندن مثل پول بعد از سقوط ارزش آن را نمی‌توان مصداق اداء قرض دانست؛ بلکه باید همان ارزش و قدرت خرید قبلی بازگردانده شود (همان: ۱۸).

این دلیل را به این شکل نیز می‌توان تقریر نمود که پول تنها نوعی سند است که اعتبار آن ناشی از پشتوانه مالی است که برای آن در نظر گرفته شده است. این پشتوانه مالی می‌تواند موجودی طلا یا سایر سرمایه‌های ملی یک کشور باشد. بنابراین برای لحاظ مبلغ مالیت، باید ارزش پشتوانه مالی این سند در نظر گرفته شود، نه مبلغ اسمی.

۲) قاعده نفی ضرر و وجوب عدل: این دو قاعده بر این مسئله دلالت دارند که باید کاهش ارزش پول جبران شود؛ زیرا ارزش یک میلیون تومان بعد از ده سال شاید به

یک‌دهم برسد، و اینکه بگوییم پرداخت مبلغ اسمی کفایت می‌کند، موجب اجحاف در حق طلبکار می‌شود.

همچنین قاعده لاضرر اقتضا می‌کند ضرری که به واسطه تورّم به طلبکار رسیده، باید جبران شود (قحف، ۱۴۰۷: ۲۲).

۳. وجوب جبران کاهش ارزش پول در صورت وجود تورّم شدید

مطابق این نظریه باید بین تورّم کم و تورّم زیاد فرق گذاشت. در صورتی که میزان تورّم زیاد باشد، ارزش پول در طول زمان تغییر می‌یابد و نمی‌توان پرداخت مبلغ اسمی را مصداق پرداخت دین دانست؛ اما در تورّم کم، پرداخت مبلغ اسمی کفایت می‌کند. ادله‌ای که برای دفاع از دیدگاه ضرورت جبران کاهش ارزش پول در صورت وجود تورّم شدید اقامه شده، عبارت‌اند از:

۱) مصداق پرداخت دین نبودن در موارد تورّم شدید از نگاه عرفی: از نگاه عرفی، هیچ‌کس یک میلیون تومان در زمان کنونی را با یک میلیون تومان بیست سال پیش مساوی نمی‌داند. موضوعات شرعی از عرف اخذ می‌شود و زمانی که شارع می‌گوید «دیونتان را پرداخت نمایید»، باید به عرف نگاه بیندازیم تا ببینیم اداء چه مبلغی را مصداق پرداخت دین می‌داند. در این موارد واضح است که بعد از گذشت بیست سال و وقوع تورّم شدید، هیچ‌کس پرداخت مبلغ اسمی قبلی را مصداق پرداخت دین نمی‌داند.

۲) اصل عدالت در موارد تورّم شدید: اگرچه که ممکن است در مورد تشخیص برخی مصادیق عدل، اختلافاتی وجود داشته باشد، اما فقهای شیعه با التزام به اصل حسن و قبح عقلی، ضرورت عدالت و عدم امکان صدور احکام ظالمانه از خداوند را پذیرفته‌اند (سید مرتضی علم‌الهدی، ۱۳۷۶: ۳۳۹/۲؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۰: ۷۳/۱). قرآن کریم می‌فرماید: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ» (نساء/ ۱۲۵)؛ ای کسانی که ایمان آورده‌اید! کاملاً قیام به عدالت کنید، برای خدا شهادت دهید. با توجه به توضیحات قبلی که فقهای شیعه پذیرفته‌اند، احکام شرعی باید عادلانه باشد. در این مورد، عقل انسان حکم قطعی دارد که در مورد دیون، واجب دانستن صرف پرداخت مبلغ اسمی بعد از مدت طولانی و تورّم شدید، با اصل عدالت سازگاری ندارد. لذا

نمی‌توان صرف پرداخت مبلغ اسمی را در شرایط توّرم زیاد کافی دانست. **۳) ضرورت کسب براءت یقینی:** اگر در این موارد، در تحقق اداء دین شک ایجاد شود، مطمئناً ذمه ما به دین مشغول است، و اشتغال یقینی مقتضی براءت یقینی و موجب احتیاط است؛ به این صورت که فرد قرض‌گیرنده معادل ارزش خرید بیست سال پیش را پرداخت نماید (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸: ۳۷۴-۳۷۶).

مدافعان این نظریه معتقدند که این دلایل در شرایط توّرم شدید جریان دارند، اما در توّرم کم، سیره عقلا بر عدم توجه به تغییرات مالی قرار گرفته است. لذا اگر فردی به دیگری یک میلیون قرض دهد، شش ماه بعد باید همان یک میلیون را پرداخت نماید؛ گرچه در واقع ارزش خرید این یک میلیون متفاوت شده است. البته اگر در زمان آینده، این سیره عقلا تغییر نماید و مردم به تفاوت‌های کم هم توجه نمایند (همان‌طور که ممکن است در برخی از کشورها فعلاً چنین باشد)، در این زمان، باید تفاوت کم در شرایط توّرمی کم هم محاسبه شود (همان).

۴. وجوب جبران کاهش ارزش پول در صورت غاصب بودن

مطابق این نظریه، اگر شخصی به دیگر قرض دهد و وی در زمان مقرر بدهی خود را پردازد، دلیلی وجود ندارد که موجب ضمان بدهکار نسبت به کاهش ارزش پول شود؛ زیرا که قرض‌دهنده در حق مالک تصرف نموده است. اما اگر فرد بدهکار دینش را در زمان مقرر پرداخت نکند، حق مالک را غصب نموده است؛ لذا به جهت غاصب بودن بدهکار، عرف ضمان کاهش ارزش پول را ضروری می‌داند. در میان فقهای معاصر، آیه‌الله شاهرودی التزام به این نظریه را نزدیک به صحت می‌داند (هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۱: ۱۸۱/۲-۱۸۳).

به نظر می‌رسد مستند اصلی این نظریه، «قاعده اقدام» است. توضیح آنکه یکی از مسقطات ضمان اقدام است؛ به این معنا که اگر مالک خودش ضمان نقصان مالش را ساقط نماید، دیگر موجبی برای ضمان نقصان مال وجود ندارد (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۴۹۲/۲). برخی محققان معاصر بر مبنای قاعده ضمان گفته‌اند در صورتی که فردی به دیگری مبلغ معینی را قرض دهد، لازمه اقدامش آن است که وی به پرداخت همان مبلغ

اسمی رضایت داده است؛ گرچه ممکن است تورّم در آینده به شدت افزایش یابد. اما بعد از فرارسیدن زمان پرداخت قرض و عدم پرداخت مبلغ اسمی توسط بدهکار، فرد قرض دهنده دیگر به اداء مبلغ اسمی راضی نیست؛ گرچه که تورّم هم کم باشد. لذا بدهکار باید خسارت ناشی از کاهش ارزش پول را پرداخت نماید (موسویان و میثمی، ۱۳۹۶: ۱۷-۱۴).

۵. دیدگاه برگزیده:

و جوب جبران مطلق کاهش مطلق ارزش پول در صورت اشتراط و تعهد

دیدگاه مختار گرچه از برخی نکات مثبت نظریات قبلی استفاده می کند، اما به صورتی جدید، بین صورت اشتراط و عدم اشتراط تفصیل می گذارد:

الف) صورت عدم وجود تعهد و اشتراط در عقد قرض: از نگاه نگارندگان، در صورت عدم وجود اشتراط و جوب جبران کاهش ارزش پول در متن عقد قرض، جبران کاهش ارزش پول ضرورتی ندارد. مستند فقهی این دیدگاه «قاعده اقدام» است. اگر شرط خاصی در عقد قرض مطرح نشده باشد، فهم عرفی از عقد قرض این است که قرض دهنده به ضررهای کم یا زیاد ناشی از کاهش ارزش پول علم و در نتیجه رضایت دارد و لذا در این صورت، چه تورّم کم باشد یا زیاد، فرد قرض گیرنده ضامن جبران کاهش ارزش پول نیست. البته این فهم عرفی ممکن است در زمان های دیگر تغییر پیدا کند و در این صورت باید تابع فهم عرفی زمان دیگر بود. براساس قاعده اقدام، در صورت اقدام فرد به ضرر، ضمان ساقط می شود (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۴۹۲/۲). اگر فردی به دیگری مبلغی را قرض دهد و به شخص بدهکار (به عنوان مثال) یک سال مهلت دهد، فهم عرفی از این عمل آن است که فرد قرض دهنده با علم به احتمال وجود ضرر ناشی از تورّم، اقدام به این ضرر نموده است و این به نظر عرفی، نوعی اسقاط ضمان محسوب می شود. لذا در اینجا دلیلی برای ضمان نقصان کاهش ارزش پول وجود ندارد.

ب) صورت وجود تعهد و اشتراط در عقد قرض: صورت دوم زمانی است که فرد

قرض گیرنده از همان ابتدا شرط می کند که ارزش خرید پول را قرض می دهد، نه مبلغ اسمی آن را. در این صورت دیگر نباید به عرف مراجعه کرد؛ بلکه با توجه به اینکه پول ارزشی اعتباری دارد، از همان ابتدا شرط روی ارزش خرید رفته است و این شرط از نظر شرعی نیز مصداق ربا نیست؛ زیرا با توجه به اینکه از همان ابتدا قدرت خرید پول، قرض داده شده است، هنگام ادا کردن قرض هم باید همان قدرت خرید را برگرداند، و در این صورت هیچ گونه زیادتی نسبت به ارزش حقیقی پول داده نشده است. لذا این مورد هرگز مصداق اخذ زیادت و ربا نیست.

بنابراین می توان گفت مبنای فقهی ضرورت جبران کاهش ارزش پول در صورت اشتراط این است: الف- با توجه به اعتباری بودن ارزش پول، جبران کاهش ارزش پول، مصداق زیادت نبوده و لذا ربا محسوب نمی شود. ب- مطابق روایات صحیح متعدد (حزاعلمی، ۱۴۰۹: ۱۶/۱۸-۱۷)، عمل به شروطی که مخالف کتاب و سنت نبوده و ربوی نیستند، واجب و ضروری است. البته چنان که در ادامه روشن می شود، این شرط در واقع به صفت متعلق به موضوع عقد قرض مرتبط می شود و در این رابطه، برخی فقها معتقدند که ادله وجوب وفاء به عهد و شرط، شامل شروط صفت نیز می شود (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۳۱۵/۵) و برخی دیگر معتقدند که چون این نوع شرط، موضوع عقد است و نیاز به تحصیل و انجام جداگانه ندارد، صحت آن نیازمند ادله وجوب وفاء به عهد نیست (انصاری، ۱۴۰۵: ۵۹/۶).

با این توضیحات روشن گردید که در فرض اول (عدم تعهد به پرداخت قدرت خرید)، قاعده اقدام جریان پیدا می کند؛ زیرا فرد قرض دهنده با علم به احتمال وجود ضرر ناشی از کاهش ارزش پول، اقدام به قرض دادن نموده است و بر این اساس نمی تواند مبلغی را بابت کاهش ارزش پول مطالبه نماید. اما در فرض اشتراط به پرداخت قدرت خرید، قاعده اقدام جریان پیدا نمی کند؛ زیرا فرض بر این است که در این صورت، قرض دهنده اقدام به ضرر نسبت به مالیت پول (قدرت خرید آن) ننموده و تنها از سود پول در حین قرض صرف نظر کرده است. لذا در این صورت با اشتراط پرداخت قدرت خرید، باید مالیت پول (قدرت خرید آن) که معمولاً بیش از مبلغ اسمی است، پرداخته شود.

۶. بررسی و نقد دیدگاه‌های مخالف

برای تثبیت دیدگاه مختار، لازم است نظریات دیگر که در ضمن مقاله به آن‌ها اشاره شد، نقد گردند.

۱-۶. نقد نظریه اول (عدم وجوب مطلق جبران کاهش ارزش پول)

نظریه اول از چهار دلیل استفاده می‌کند: مثلی بودن پول، قصد طرفین، روایات، و سیره عملی پیامبر. نقد این دلایل به شرح زیر است:

در مورد مثلی بودن و قصد طرفین، به نظر می‌رسد مقسم مثلی و قیمی در فقه شیعه، کالا بوده است و اساساً جای تردید وجود دارد که بتوان این دو عنوان را بر پول که کالا نبوده و حقیقتی اعتباری دارد، اطلاق کرد (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۵: ۴۰). بنابراین از نگاه نگارندگان، سزاوار است به جای استفاده از لفظ مثلی یا قیمی، بحث را به این صورت طرح کنیم که از نگاه عرف، معیار محاسبه قرض، مبلغ اسمی پول است یا قدرت خرید پول؟ اگر بر این باور باشیم که معیار، مبلغ اسمی است، اخذ هرگونه اضافه بر مبلغ اسمی، حرام و ربا محسوب می‌شود. اما اگر بر این باور باشیم که معیار، قدرت خرید است، باید معادل اضافه بر مبلغ اسمی را پرداخت؛ زیرا مبلغ اضافه بر مبلغ اسمی، در واقع معادل حقیقی قدرت خرید مبلغ قرض داده شده است. همچنین با این توضیحات واضح گشت که استدلال به ادله ربا در این نظریه تنها زمانی کارایی دارد که اثبات شود معیار قرض، مبلغ اسمی است. اما اگر در مقابل، اثبات شود که معیار قرض، میزان قدرت خرید است، استناد به ادله ربا هیچ‌گونه کارایی ندارد؛ زیرا در این صورت، مبلغ اضافه اسمی که دریافت می‌شود، زیادت حقیقی نیست و معیار در ربا هم اخذ مبلغ اضافه حقیقی است. در میان فقهای معاصر، آیه‌الله هاشمی شاهرودی در آثار خود تصریح می‌نماید که بازگشت مسئله به این است که حقیقت پول‌ها را میزان قدرت خرید بدانیم یا مبلغ اسمی. لذا به فرض اینکه قدرت خرید را معیار عرفی بدانیم، هیچ‌گونه ربایی در اینجا رخ نمی‌دهد (هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۱: ۱۸۳/۲-۱۸۴). بنابراین باید توجه داشت که بدون در نظر گرفتن ماهیت پول نمی‌توانیم نظریه وجوب جبران کاهش ارزش پول را به ربوی بودن متهم کنیم. اما در مورد ماهیت پول، در ضمن دیدگاه مختار

توضیح داده شد که پول دارای ارزش اعتباری است؛ به این معنا که اگر کسی از ابتدا قدرت خرید را در قرض پول شرط کند، این اعتبار به لحاظ شرعی با هیچ مشکلی مواجه نیست. همچنین در صورت فقدان چنین شرطی، عرف پرداخت مبلغ اسمی را در صورت اقدام به ضرر در قرض، مصداق اداء دین می‌داند.

در مورد استدلال به روایات و سیره پیامبر صلی الله علیه و آله، از نگاه نگارندگان، نه روایات موجود در این باب و نه سیره پیامبر صلی الله علیه و آله و ائمه معصومین علیهم السلام می‌تواند تأییدی بر نظریه عدم وجوب جبران کاهش ارزش پول باشد؛ زیرا موضوع روایات و سیره، دینار و درهم بوده است و با توجه به اینکه دینار و درهم دارای مالیت ذاتی بوده‌اند، واضح است که تنها باید مثل آن‌ها برگردانده شود، اما بحث کنونی راجع به پول‌های جدیدی است که گرچه مالیت و ارزش دارند، اما مالیت آن‌ها ذاتی نبوده و به جعل و اعتبار است. در مورد طلا و نقره، چه حکومت و دولتی وجود داشته باشد یا نه، این اشیاء ارزش ذاتی خود را دارند (همانند کالاهای مثلی دیگر که در هر صورت ارزش ذاتی خود را دارند)، اما به لحاظ مراحل استفاده از انواع پول، مالیت پول‌های فعلی توسط حکومت‌ها وضع شده است و یک حکومت می‌تواند هرگاه که اراده کند، مالیت پول را از بین ببرد (همو، ۱۳۷۴: ۵۶/۲). بنابراین همچنان که در ادامه نیز توضیح داده خواهد شد، بین پول‌های فعلی و طلا و نقره تفاوتی اساسی وجود دارد.

۶-۲. نقد نظریه دوم (وجوب جبران مطلق کاهش ارزش پول)

این نظریه از دو دلیل اصلی استفاده می‌نمود: اعتبار معیار خرید در ماهیت پول و قاعده نفی ضرر و وجوب عدل. نقد این دلایل به شرح زیر است:

در مورد اینکه ماهیت پول، قدرت خرید دانسته شده است، این دیدگاه به چند صورت ممکن است تفسیر شود:

الف) پول‌های فعلی هیچ‌گونه مالیتی ندارند؛ بلکه تنها رسید و سندی برای اعتبار دولت‌ها محسوب می‌شوند.

ب) پول مالیت دارد، ولی مالیت آن به اداء مبلغ اسمی نیست؛ بلکه به میزان قدرت خرید آن است.

به نظر می‌رسد که هر دو تفسیر با مشکلات خاصی مواجه است. مشکل تفسیر اول این است که گرچه ممکن است در برخی از دوره‌های تاریخی، پول‌های اعتباری صرفاً رسید و سندی برای اعتبارات دولت بوده‌اند، اما این مسئله نسبت به زمان کنونی صادق نیست. در دوره‌های ابتدایی تشکیل پول‌های اعتباری، این پول‌ها نماد و رسیدی از میزان طلا و نقره موجود در خزانه دولت بودند و هیچ‌گونه مالیتی نداشتند؛ اما به تدریج دولت‌ها به خود این پول‌ها مالیت بخشیدند و پول صرفاً به منزله رسیدی برای خزانه دولت نبود. البته واضح است که پشتوانه اقتصادی پول هم میزان قدرت اقتصادی دولت است، اما امروزه برای خود پول نوعی مالیت جعل و اعتبار شده است و پول صرفاً رسیدی برای سرمایه‌های موجود در خزانه دولت نیست (همو، ۱۴۳۱: ۱۷۵/۲-۱۷۷). در زمان کنونی، خود این پول‌ها مال هستند؛ یعنی چیزی هستند که مردم به آن‌ها رغبت داشته و در مقابلش کالایی را به انسان می‌دهند، گرچه این مالیت اعتباری است.

در واقع، تفاوت میان پول و چیزهایی مثل سفته این است که گرچه قوام هر دو به اعتبار است، اما کسی خود سفته را مال محسوب نمی‌کند، بلکه برگه‌ای می‌داند که حاکی از بدهکاری فرد است، ولی پول‌های فعلی مال هستند و از جهت مالیت، تفاوتی با طلا و نقره ندارند (گرچه از جهت اعتباری بودن و اعتباری نبودن با آن متفاوت هستند) (حلی، ۱۴۱۵: ۷۹-۸۰).

با این توضیح، صورت اول رد می‌شود. اما در مورد صورت دوم، چنان‌که از مباحث گذشته روشن گردید، نمی‌توان به صورت مطلق گفت که فهم عرفی از پول، قدرت خرید است. مثلاً اگر امروز شخصی به دیگری یک میلیون قرض دهد و شرط خاصی در عقد صورت نگیرد و بعد از ده روز، هزار تومان به ارزش آن پول اضافه شود، عرف لازم نمی‌داند که فرد بدهکار یک میلیون و هزار تومان را بپردازد. بنابراین به نظر می‌رسد که نمی‌توان به طور مطلق جبران کاهش ارزش پول را لازم دانست؛ بلکه وجوب جبران کاهش ارزش پول در صورتی است که در این زمینه یا در ابتدای قرارداد، اشتراط و تعهد صورت بگیرد یا اینکه در صورت عدم اشتراط، تنها در توهم‌های شدید در فرض عدم اقدام به ضرر (در عقود غیر از قرض)، می‌توان پرداخت قدرت خرید را ضروری دانست.

در مورد استناد به اصولی مانند «اصل عدالت»، به نظر می‌رسد استناد به این قواعد در این بحث هیچ وجهی ندارد؛ زیرا زمانی می‌توان به این قاعده تمسک جست که از قبل اثبات شود حقیقت پول به قدرت خرید آن است؛ اما اگر فقیهی اصرار بورزد که حقیقت پول همان مبلغ اسمی آن است، اخذ زیادت نسبت به مبلغ اولیه مصداق ریاست و نمی‌توان ربا را جایز دانست. بنابراین آنچه در این بحث می‌تواند معیار قرار گیرد، بررسی ماهیت پول است. اگر ماهیت پول را همان قدرت خرید بدانیم، این استدلال جریان پیدا می‌کنند؛ اما اگر ماهیت پول را مبلغ اسمی بدانیم، جایی برای استفاده از این دلیل نیست.

علاوه بر این، گرچه عرف در شرایط تورمی زیاد، پرداخت مبلغ اسمی را مصداق اجحاف و ضرر می‌داند، اما در شرایط تورمی کم، پرداخت مبلغ اسمی را مصداق ظلم و ضرر نمی‌بیند. بنابراین جدای از اشکال پیشین، این دلیل کلیت نیز ندارد.

۳-۶. نقد نظریه سوم (وجوب جبران کاهش ارزش پول در صورت وجود

تورّم شدید)

این نظریه از چهار دلیل استفاده می‌نمود: مصداق پرداخت دین نبودن در موارد تورّم شدید از نگاه عرفی، اصل عدالت در موارد تورّم شدید، مقتضای قاعده لاضرر در موارد تورّم شدید، و ضرورت کسب برائت یقینی. به نظر می‌رسد این دلایل با ایرادات زیر مواجه هستند:

در مورد استدلال اول، به نظر می‌رسد چنان‌که در ذیل دیدگاه مختار بیان گردید، از دو جهت این استدلال جای مناقشه دارد: نخست اینکه حتی در شرایط تورّمی پایین، اگر شرطی بین دو طرفین وجود داشته باشد (با توجه به ماهیت اعتباری پول) باید به شرط رجوع کرد، نه عرف.

دوم اینکه در عقود مثل قرض ممکن است گفته شود زمانی که قرض دهنده مبلغ معینی را برای چند سال (مثلاً چهار سال) به دیگری می‌دهد، طبیعتاً می‌داند که در این چهار سال، ارزش پولش ممکن است دچار تورّم شدید شده و کاهش فراوانی داشته باشد؛ ولی اگر در این فرض، قرض دهنده این مبلغ را با علم خود به فردی قرض دهد و

شرطی را در مورد اداء قدرت خرید مطرح نکنند، از ظاهر قرض فهمیده می‌شود که وی به کاهش ارزش پول (حتی در شرایط توّرمی زیاد) رضایت داده است. البته این بحث به فهم عرفی برمی‌گردد و اگر شرایط عرفی به گونه‌ای شود که از نفس اداء قرض، رضایت به کاهش ارزش پول فهمیده نشود، باید فهم عرفی جدید را معیار قرار داد.

اما در مورد اصول و قواعدی مانند اصل عدالت یا لاضرر، همان‌طور که قبلاً گفتیم استناد به این اصول، بعد از فراغ از ماهیت پول قابل طرح است. اگر فقیهی فرضاً بگوید که در قرض باید عین مبلغ اسمی پرداخت شود، دیگر نمی‌توان به قواعد و اصولی نظیر عدالت یا لاضرر متوسل شد؛ زیرا گرفتن مبلغ زیادی، مصداق ربا محسوب می‌شود و نمی‌توان بر مبنای این اصول، به جواز اخذ ربا متوسل شد. بنابراین آنچه می‌تواند محور استدلال قرار بگیرد، صرفاً استدلال اول ایشان است.

اما در مورد کسب برائت یقینی، به نظر می‌رسد در این موارد، با وجود ادله نوبت به اصول عملی نمی‌رسد و اگر هم فرضاً نوبت به اصول عملیه برسد، چون در پرداخت مبلغ اضافی شک و تردید وجود دارد، اصل عملی اقتضا می‌کند که به همان مبلغ اسمی اکتفا شود و نسبت به مبلغ اضافی برائت جاری شود نه احتیاط. آنچه نسبت به آن یقین وجود دارد، اصل مشغول بودن ذمه است؛ اما در مورد مبلغ آن تردید وجود دارد و اصل برائت مقتضی اکتفا به قدر متیقن (همان مبلغ اسمی) است.

۴-۶. نقد دلیل چهارم (وجوب جبران کاهش ارزش پول در صورت

غاصب بودن)

از توضیحات قبل روشن شد که مستند اصلی این نظریه، قاعده اقدام است. اما به نظر می‌رسد که این دیدگاه نیز از دو جهت دچار اشکال است:

نخست اینکه این نظریه در صورتی مطرح می‌شود که شرط خاصی در عقد قرض صورت نگرفته باشد؛ اما اگر قرض دهنده از ابتدا پرداخت کاهش ارزش پول را شرط نماید، دیگر وی هیچ‌گونه رضایتی نسبت به عدم جبران کاهش ارزش پول ندارد و اقدامی نسبت به ساقط کردن حق خود در مورد کاهش ارزش پول انجام نداده است. چنان‌که در بحث آینده روشن خواهد شد، این نوع شرط جایز بوده و عمل به آن واجب است.

دوم اینکه به‌طور مطلق نمی‌توان گفت که در صورت عدم غصب، بدهکار تنها ضامن مبلغ اسمی است. در مورد عقد قرض، ممکن است گفته شود فهم عرفی این است که زمانی که فردی مبلغی را به دیگری به مدت دو سال قرض می‌دهد، به ضرر ناشی از کاهش ارزش پول رضایت داده است؛ اما زنی را در نظر بگیرید که بیست سال پیش مهریه‌اش پانصد هزار تومان بوده و اکنون بعد از بیست سال، مهریه‌اش را مطالبه نموده است. آیا در این مورد هم می‌توان گفت که پرداخت پانصد هزار تومان کافی است؟ به نظر می‌رسد در این مورد گرچه غصبی صورت نگرفته است، اما قاعده اقدام جریان پیدا نمی‌کند؛ زیرا زنی که مهریه‌اش را بیست سال پیش پانصد هزار تومان قرار داده، احتمال نمی‌داده که بعد از بیست سال این قدر پولش کاهش ارزش داشته باشد. لذا در این موارد نمی‌توان حکم به عدم وجوب جبران کاهش ارزش پول نمود.

با توضیحات فوق، وجه برتری دیدگاه مختار روشن می‌شود. در مواردی که شرط جبران کاهش ارزش پول در عقد قرض صورت نگرفته باشد، مقتضای قاعده اقدام این است که فرد قرض‌دهنده به ضرر موجود در عقد قرض رضایت داده و با علم به ضرر، اقدام به قرض دادن نموده است. البته در مواردی که اقدام به ضرر وجود ندارد (مثل موارد غصب دین)، واضح است که این قاعده جریان ندارد و در این موارد، از نظر عرفی پرداخت یک‌دهم دین را نمی‌توان مصداق اداء دین دانست. بنابراین در موارد عدم اقدام، جبران کاهش ارزش پول در موارد کاهش شدید ارزش پول ضروری است.

اما در موارد اشتراط جبران کاهش ارزش پول، با توجه به ماهیت اعتباری پول، این شرط مصداق گرفتن مبلغ بیشتر در مقابل عقد قرض نیست و لذا عمل به این شروط مطابق ادله لزوم عمل به شروط غیرمخالف کتاب و سنت، ضروری است.

این نظریه (تفصیل میان صورت اشتراط و عدم اشتراط، و وجوب جبران کاهش ارزش پول در صورت اشتراط) که به نظر می‌رسد تفصیلی جدید در باب جبران کاهش ارزش پول است، گرچه به‌صورت صریح در نظرات فقهای معاصر به چشم نمی‌خورد، اما از بعضی عبارات ضمنی برخی از ایشان قابل برداشت است. به‌عنوان نمونه، آیه‌الله هاشمی شاهرودی در مورد ضمان مسمی (ضمان مبلغ دین معین شده در عقد قبل از غصب و اتلاف) معتقد است در صورتی که شرطی صریح یا ضمنی مبنی بر ضرورت

جبران کاهش ارزش پول در ضمن عقد قرض صورت بگیرد، قرض گیرنده ملزم به پرداخت میزان کاهش ارزش پول است و هیچ ربایی صورت نمی‌گیرد (هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۱: ۱۸۵/۲).

۷. نوع شرط در اشتراط جبران کاهش ارزش پول

شرط در اصطلاح فقهی به سه نوع شرط صفت، فعل و غایت تقسیم می‌شود:

- ۱- شرط صفت به یکی از صفات مورد معامله متعلق است؛ مثل اینکه در عقد بیع شرط شود که مبیع ویژگی خاصی داشته باشد.
- ۲- شرط فعل به این معناست که انجام یا عدم انجام فعلی بر یکی از متعاملین شرط شود؛ مثل اینکه در ضمن عقد بیع، دوختن یک لباس شرط شود.
- ۳- شرط غایت به این معناست که تحقق امری در خارج شرط شود؛ مثل اشتراط تملک یک شیء خاص (انصاری، ۱۴۱۵: ۵۹/۶).

در میان این اقسام، اشتراط جبران کاهش ارزش پول، در واقع حقیقتی خارج از عقد قرض ندارد؛ زیرا مقصود این نیست که در مقابل قرض، فعل خاصی توسط قرض گیرنده صورت گیرد یا اینکه تحقق امر خاصی در خارج شرط شود، بلکه از همان ابتدا در عقد قرض شرط می‌شود که موضوع قرض، قدرت خرید پول است، نه مبلغ اسمی آن. بنابراین این شرط را باید شرط صفت دانست، نه شرط فعل و غایت.

اگر کسی این شرط را شرط فعل بداند، با محذور ربا مواجه می‌شود؛ زیرا در مقابل عقد قرض، زیادتی (فعل جبران) قرار داده شده است، درحالی که در ربا باید هیچ شرط زیادتی صورت نگیرد. اما اگر گفته شود که این شرط در مورد صفت خاص مورد معامله در عقد قرض است، با محذور فوق مواجه نمی‌شویم. از عبارات برخی محققان (خرازی، ۱۳۸۱: ۲۴-۲۵) نیز به دست می‌آید که شرط ضمان قدرت خرید، نوعی شرط فعل اضافی یا تحقق امری اضافه در خارج نیست تا این مشکل مطرح شود که شرط اضافه، ربای حرام است؛ بلکه این شرط، صفت موضوع قرض است؛ بدین معنا که موضوع عقد قرض، وصف و مقدار خاص ارزش حقیقی پول دانسته می‌شود، نه وصف و مقدار مبلغ اسمی. نتیجه‌ای که به دست می‌آید این است که با توجه به اینکه این نوع شرط، صفت

خاصی در مورد معامله در عقد قرض است، باید همیشه در هنگام ادا به آن ملتزم بود. بنابراین اگر قرض گیرنده فوت کند، ورثه برای اداء دین، ملزم اند قرض را با این صفت خاص (مبلغ قدرت خرید، نه مبلغ اسمی) ادا نمایند و اگر قرض دهنده فوت کند، ورثه می‌توانند مبلغ قدرت خرید را از قرض گیرنده مطالبه کنند و وی برای اداء دین خود، ملزم به پرداخت قدرت خرید است.

۸. پاسخ به نقدهای قابل طرح نسبت به دیدگاه برگزیده

برای تثبیت نظریهٔ مختار باید به ایراداتی که نسبت به این نظریه طرح شده یا ممکن است طرح شود، پاسخ گفته شود. ایرادات به شرح زیر هستند:

(۱) قرض دادن قدرت خرید، قرض عین محسوب نمی‌شود، درحالی که شرط قرض دادن این است که عینی وجود داشته باشد.

پاسخ: در مورد قدرت خرید و نیز حقوق هم عنوان قرض صدق می‌کند. بنابراین اگر شخص قرض دهنده در زمان قرض پول‌ها، قدرت خرید را با ضمان مثلی شرط نماید، این شرط صحیح است. این شرط مثل این است که انسان پول‌هایی را با وصف خاصی شرط نماید که شرطی صحیح است (همان: ۲۵-۲۷).

(۲) لازمهٔ این نظریه، جمع بین ضمان مثلی و قیمی در یک چیز است که ممکن نیست؛ زیرا ضمان عین پول‌ها، ضمان مثلی است و ضمان ارزش خرید آن‌ها، ضمان قیمی است. **پاسخ:** پاسخ آیه الله خرازی به این ایراد، آن است که در اینجا در واقع پول را مثلی حساب می‌کنیم، اما ضمان قدرت خرید را در ضمن ضمانت پول‌ها به‌عنوان یکی از اوصافش شرط می‌نماییم و این شرط، مشروع و صحیح است (همان).

اما طبق توضیحاتی که قبلاً ارائه دادیم، پول اساساً نه مثلی است و نه قیمی. این تقسیم مربوط به کالاهاست، نه پول اعتباری. بنابراین جمع بین قیمی و مثلی رخ نمی‌دهد.

(۳) اگر قرض گیرنده، میزان توّرم و قدرت خرید را ضامن باشد، این مسئله موجب تردید در میزان دین می‌شود؛ زیرا میانگین توّرم در هنگام عقد قرض، متغیّر و غیر معلوم است، درحالی که یکی از شروط عقد، علم به مبلغ قرض است و عدم علم موجب جهل به میزان دین شده و عقل را باطل می‌نماید. بسیاری از مخالفان این نظریه، به این

نقد اشاره نموده‌اند (مرعشی، ۱۳۷۵: ۳۳/۷-۳۵؛ تجلیل، ۱۳۷۵: ۱۱).

پاسخ: آنچه از ادله شرعی به دست می‌آید، این است که عدم تعیین مبلغ قرض در صورتی که موجب غرر شود، موجب بطلان عقد می‌شود؛ اما در این موارد، گرچه میزان مبلغ اسمی که باید پرداخت شود، معین نیست، اما به صورت دقیق معین می‌شود که طبق توژمی که از سوی بانک مرکزی تعیین می‌شود، باید میزان قرض پرداخت گردد. در این صورت، عرف این نوع تعیین را مصداق جهل و غرر در معامله نمی‌داند.

۴) موضوع قرض مال است. مال هم امری عرفی انتزاعی است؛ یعنی باید از چگونگی رفتار و به کارگیری اشیاء به وسیله عرف، عنوان مال را برای یک شیء انتزاع کرد. بر مبنای این روش، اسکناس با داشتن ارزش مبادله‌ای در نظر عرف، مال به شمار می‌رود و مالیت اسکناس، غیر از خود اسکناس است که عنوان مال به آن اطلاق می‌شود؛ هرچند بدون آن، مالیت اسکناس در نظر عرف مال شمرده نمی‌شود؛ اگرچه ماهیت اصلی اسکناس را ارزش مبادله‌ای آن تشکیل می‌دهد. پس این نظریه، از این جهت با اشکال مواجه است که نمی‌توان مالیت اسکناس را قرض داد. با پذیرش این مطلب که خود اسکناس قرض داده می‌شود نه مالیت آن، این نظریه با این اشکال نیز مواجه می‌شود که در قرض، هر نوع شرطی که منافعی را برای مقرض در پی داشته باشد، مصداق رباست (یوسفی، ۱۳۸۱ج: ۲۷۸).

پاسخ: اینکه مالیت چیزی را نمی‌توان موضوع قرض قرار داد، هیچ‌گونه دلیل معتبری ندارد. از مباحث قبلی واضح شد که موضوع ضمان در کالاها و اجناس، مثل مال است؛ اما در مورد پول‌های اعتباری که با اهدافی اعتباری توسط حکومت‌ها ایجاد شده‌اند، اگر کسی مالیت را معیار قرض قرار دهد، هیچ‌گونه محذور فقهی وجود ندارد.

با این توضیح، پاسخ به اشکال ربوی بودن شرط واضح می‌شود. ربوی بودن در صورتی مطرح می‌شود که پذیرفته شود لزوماً باید در پول‌های اعتباری، مبلغ اسمی قرض داده شود (نه قدرت خرید)؛ در حالی که اصل این مبنا فاقد دلیلی معتبر است. بنابراین با توجه به اینکه قرض دادن مالیت (قدرت خرید) در پول‌های اعتباری، هیچ‌گونه محذور فقهی ندارد و در اینجا فرد قرض‌دهنده مبلغی اضافی نسبت به مالیت را دریافت نمی‌کند، عنوان با صدق نمی‌کند.

بی‌شک عمل به شروطی که خلاف کتاب و سنت هستند، حرام است. در بحث کنونی، مخالفت با کتاب و سنت در صورتی تحقق پیدا می‌کند که اثبات شود این شرط ربوی است و مبنای ربوی بودن هم این است که کسی گمان کند در پول‌های اعتباری حتماً باید معادل مبلغ اسمی بازگردانده شود؛ درحالی که اگر از همان ابتدا در پول که اساساً ماهیتی اعتباری دارد، گفته شود که مالیت (قدرت خرید) قرض داده شده است و عین همان مالیت (قدرت خرید) بعداً باید بازگردانده شود، هیچ شرط ربوی صورت نگرفته و لذا این شرط مخالفتی با کتاب و سنت نداشته و عمل به آن واجب است.

۵) اگر در معامله شرط شود که فرد قرض‌گیرنده باید قدرت خرید را بپردازد، ممکن است قدرت خرید از مبلغ اسمی کمتر شود و در این صورت قرض‌گیرنده باید مبلغی کمتر از مبلغ اسمی بپردازد، درحالی که هیچ فقیهی به این مسئله ملتزم نیست.

پاسخ: طبق توضیحات ارائه‌شده، اگر فرضاً چنین اتفاقی رخ دهد، هیچ مانع شرعی وجود ندارد و لذا به مفاد شرط که پرداخت میزان قدرت خرید است (حتی اگر کمتر از مبلغ اسمی باشد)، باید عمل شود.

نتیجه‌گیری

از مباحث پیشین این نتیجه به دست می‌آید که در صورت اشتراط کاهش ارزش پول، اگر از ابتدای قرض شرط شود که فرد بدهکار ضامن کاهش ارزش پول است، وی باید میزان کاهش ارزش پول را مطابق توژم محاسبه و پرداخت نماید؛ حتی اگر میزان توژم کم باشد. عمل به این اشتراط واجب بوده و مصداق ربا نمی‌باشد؛ زیرا در این صورت، همان مبلغ ارزش پول قرض داده‌شده (نه مبلغ اسمی) بدون هیچ زیادتی در ارزش، باید بازگردانده شود.

اما اگر شرطی در این زمینه وجود نداشته باشد، باید عرف را لحاظ نمود. عرف به ضررهای کم، توجه و اعتنا نمی‌نماید. در مورد شرایط توژمی زیاد هم اگر برداشت عرف از قرض این باشد که قرض‌دهنده با وجود علم به ضرر و توژم زیاد، اقدام به ضرر نموده و پذیرفته که فرد بدهکار تنها عین مبلغ اسمی را بپردازد، در این صورت بدهکار حتی در صورت توژم زیاد، ضامن کاهش ارزش پول نیست.

فهرست منابع

۱. انصاری، مرتضی بن محمد امین، کتاب المکاسب، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ق.
۲. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ق.
۳. تجلیل، ابوطالب، «احکام فقهی پول (مصاحبه)»، مجله فقه اهل بیت (علیهم السلام)، سال دوم، شماره ۷، پاییز ۱۳۷۵ش.
۴. حائری، سید کاظم، «مصاحبه»، فصلنامه نامه مفید، شماره ۱۳، ۱۳۷۷ش.
۵. حرّ عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة، قم، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ق.
۶. حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح بن علی، العناوین الفقهیة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
۷. حلّی، حسین بن علی، بحوث فقهیة، تقریر عزالدین بحر العلوم، قم، مؤسسه المنار، ۱۴۱۵ق.
۸. خرازی، سید محسن، «الأوراق النقدیة»، مجله فقه اهل البيت (علیهم السلام) (عربی)، سال هفتم، شماره ۲۶، تابستان ۱۳۸۱ش.
۹. سعیدی، سید محسن، «نظریه جبران کاهش ارزش پول»، مجله فقه اهل بیت (علیهم السلام)، سال دوازدهم، شماره ۴۵، بهار ۱۳۸۵ش.
۱۰. سید مرتضی علم الهدی، ابوالقاسم علی بن حسین موسوی، الذریعة الی اصول الشریعة، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۶ش.
۱۱. قحف، منذر، ربط الحقوق و الالتزامات الآجلة بتغییر الاسعار، جدّة، البنك الاسلامی للتنمیة، المعهد الاسلامی للبحوث و التقرب، ۱۴۰۷ق.
۱۲. مرعشی، سید محمد حسن، «احکام فقهی پول (مصاحبه)»، مجله فقه اهل بیت (علیهم السلام)، سال دوم، شماره ۷، پاییز ۱۳۷۵ش.
۱۳. معرفت، هادی، «احکام فقهی پول (مصاحبه)»، مجله فقه اهل بیت (علیهم السلام)، سال دوم، شماره ۷، پاییز ۱۳۷۵ش.
۱۴. مکارم شیرازی، ناصر، انوار الفقاهة (کتاب البیع)، قم، مدرسة الامام علی بن ابی طالب (علیهم السلام)، ۱۴۲۵ق.
۱۵. همو، بحوث فقهیة هامه، قم، مدرسة الامام علی بن ابی طالب (علیهم السلام)، ۱۴۲۸ق.
۱۶. موسوی بجنوردی، سید محمد، «احکام فقهی پول (مصاحبه)»، مجله فقه اهل بیت (علیهم السلام)، سال دوم، شماره ۷، پاییز ۱۳۷۵ش.
۱۷. موسوی خمینی، سید روح الله، الرسائل، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۰ق.
۱۸. همو، کتاب البیع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ق.
۱۹. موسویان، سید عباس، و حسین میثمی، «نظریه "اختصاص جبران کاهش ارزش پول به بعد از سررسید" با تأکید بر قاعده "اقدام" و "ممنوعیت ضرر"»، دوفصلنامه معرفت اقتصاد اسلامی، سال نهم، شماره ۱ (پیاپی ۱۷)، پاییز و زمستان ۱۳۹۶ش.
۲۰. نجفی، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.
۲۱. هاشمی شاهرودی، سید محمود، «احکام فقهی کاهش ارزش پول»، مجله فقه اهل بیت (علیهم السلام)، سال اول،

- شماره ۲، تابستان ۱۳۷۴ ش.
۲۲. همو، *قراءات فقهية معاصرة*، قم، مؤسسة دائرة المعارف الفقه الاسلامی، ۱۴۳۱ق.
۲۳. یوسفی، احمدعلی، «بررسی فقهی نظریه‌های جبران کاهش ارزش پول (۱)»، *مجله فقه اهل بیت علیهم السلام*، سال هشتم، شماره ۳۰، تابستان ۱۳۸۱ ش. (الف)
۲۴. همو، «بررسی فقهی نظریه‌های جبران کاهش ارزش پول (۲)»، *مجله فقه اهل بیت علیهم السلام*، سال هشتم، شماره ۳۱، پاییز ۱۳۸۱ ش. (ب)
۲۵. همو، *ریا و توهم (بررسی تطبیقی جبران کاهش ارزش پول و ربا)*، قم، اندیشه و دانش معاصر، ۱۳۸۱ ش. (ج)

بارنامه در لایحه تجارت ۱۳۹۸

بانگرشی بر بارنامه‌سی ام آر و کوتیف*

- مهسا نظری^۱
- سعید خردمندی^۲

چکیده

بارنامه سندی است که دلیل وجود قرارداد حمل و نقل می‌باشد و با تقاضای فرستنده توسط متصدی حمل یا نماینده او صادر می‌شود و بر مالکیت کالا برای دارنده آن، دریافت کالا توسط متصدی و تعهد وی مبنی بر تسلیم کالا دلالت می‌کند. در فقه و قانون مدنی ما سابقه‌ای از بارنامه وجود ندارد و در قانون تجارت نیز فقط در ماده ۳۸۳ و اژه بارنامه به کار رفته است؛ اما به دلیل ضرورت‌های عملی در تجارت و به تبع آن در حمل و نقل، این سند با نگاهی به حقوق تجارت بین‌الملل به قوانین داخلی ما راه پیدا کرد. در لایحه تجارت ۱۳۹۸ که هنوز تأییدیه شورای نگهبان را اخذ نکرده است، برخلاف قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱،

* تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۱/۰۷ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۵/۰۹.

۱. دانشجوی دکتری تخصصی حقوق خصوصی، گروه حقوق، واحد کرمانشاه، دانشگاه آزاد اسلامی، کرمانشاه، ایران (mahsa.nazari.lawyer@gmail.com).
۲. استادیار گروه حقوق، واحد کرمانشاه، دانشگاه آزاد اسلامی، کرمانشاه، ایران (نویسنده مسئول) (saeid.kheradmandy@gmail.com).

در اقدامی مثبت، بارنامه تعریف گردیده و ویژگی‌ها و اطلاعات مندرج در آن بیان شده است. قانونگذار ما در بیان اطلاعات ضروری مندرج در بارنامه به کنوانسیون‌های «سی ام آر» و «کوتیف» توجه داشته است؛ اما در بیان ویژگی‌های بارنامه به مواردی اشاره نموده که با کنوانسیون‌های مذکور هماهنگ نیست. برخلاف دیدگاهی که معتقد است در حمل و نقل زمینی تنها می‌توان راهنامه که سندی غیرقابل انتقال است، صادر نمود، صدور بارنامه را در این نوع حمل و نقل پذیرفته و به اختلافات در این خصوص پایان داده است.

واژگان کلیدی: بارنامه، راهنامه، کنوانسیون سی ام آر، کنوانسیون کوتیف.

مقدمه

در حمل و نقل بین‌المللی و داخلی کالا، اسناد و مدارکی وجود دارد که دربرگیرنده ویژگی‌ها و خصوصیات محموله است که به آن اسناد حمل کالا می‌گویند. اسناد حمل به منزله هویت و شناسنامه کالاهاست و برای خریدار کالا از اهمیتی فوق‌العاده برخوردار است؛ زیرا او پس از انجام وظایف و تعهدات مالی اش فقط از طریق ارائه این اسناد می‌تواند به انجام امور مربوط به تشریفات گمرکی و ترخیص کالا مبادرت ورزد.

بنابراین با توسعه تجارت بین‌المللی و حمل و نقل حجم عظیمی از کالاها، استفاده از اسناد حمل کالا از جمله «بارنامه» اهمیت زیادی پیدا کرد. اینکه اولین بار چه زمانی از بارنامه استفاده شده است، به درستی مشخص نیست؛ اما در آغاز این گونه مرسوم بود که صاحب کالا، نماینده خود را به همراه کالا اعزام می‌کرد تا کالا را در بندر مقصد تحویل دهد؛ ولی به تدریج با افزایش تعداد فرستندگان و کثرت حجم کالاها، انجام این روش با سختی‌های زیادی همراه و غیرعملی شد (تقی‌زاده، ۱۳۸۹: ۳۵). از این رو از روش دیگری استفاده شد که به موجب آن در ابتدا صاحب کشتی در مقابل دریافت کالا، رسیدی به فرستنده آن تسلیم می‌کرد و خودش در پایان سفر و به‌هنگام تحویل دادن کالا، رسیدی از گیرنده دریافت می‌نمود. این روش کم‌کم جای خود را به صدور و استفاده از بارنامه داد (شهریاری، ۱۳۷۸: ۷).

تقریباً از نیمه دوم قرن شانزدهم میلادی، صدور بارنامه به شکل امروزی آن متداول

شد و در قرن هجدهم، بازنامه با قابلیت انتقال از طریق ظهنویسی مورد استفاده همگانی قرار گرفت (همان: ۷۲).

در قرن نوزدهم، کشورهای که در حمل و نقل دریایی فعال بودند، به تدوین مقرراتی در خصوص حمل و نقل دریایی و شرایط و مقررات بازنامه پرداختند و همچنین کمیته کشتی رانی کنفرانس تجارت توسعه سازمان ملل متحد در سال ۱۹۷۸ مقرراتی درباره بازنامه وضع کرد که در سال‌های بعد چندین بار مورد تجدیدنظر قرار گرفت (عرفانی، ۱۳۹۴: ۱۱۲).

با توجه به اهمیت زیاد «بازنامه» از دیدگاه حقوقی و مقررات بین‌المللی، پیش‌بینی آن در مقررات داخلی از اهمیت بالایی برخوردار است. ولی برخلاف تحولات سریع در حقوق تجارت بین‌الملل و نیاز مبرم به اصلاح مقررات داخلی در ارتباط با این حوزه، متأسفانه هنوز با خلأ قانونی در این بخش مواجهیم؛ زیرا قانون مدنی ما به تبعیت از فقه در مبحث حمل و نقل، مقرراتی را در قالب عقد اجاره وضع نموده که با حمل و نقل سنتی مطابقت دارد و دیگر امروزه این مقررات نمی‌تواند جوابگوی ضروریات تجاری و حمل و نقل باشد. از طرف دیگر، ذکر بازنامه و ویژگی‌های آن در قانون دریایی و آیین‌نامه‌های مرتبط با آن نیز به دلیل قدمت و عدم همراهی با تحولات این حوزه، قادر به جبران نقصان در قوانین مدنی و تجارت نیست. لذا می‌بایست در زمینه حمل و نقل از این محدوده فراتر رفت و با وضع مقررات جدید، نیازهای جاری را پوشش داد.

در راستای تأمین این مهم و سایر مشکلاتی که ریشه در قدمت قانون تجارت و به‌روز نشدن مقررات آن دارد، لایحه جدید قانون تجارت، تقدیم مجلس شورای اسلامی گردید و به تاریخ ۱۳۹۰/۱۰/۶ در کمیسیون قضایی مجلس تصویب شد و در جلسه علنی ۱۳۹۱/۱/۲۳ مجلس شورای اسلامی با اجرای آزمایشی آن به مدت پنج سال موافقت گردید.

این لایحه قانونی که بسیاری از صاحب‌نظران حقوق تجارت در تدوین آن مشارکت داشتند و در هیئت دولت به تصویب رسید، سپس توسط کمیسیون قضایی که عمدتاً غیرحقوق‌دان هستند، بسیار تغییر یافت که مورد اعتراض تدوین‌کنندگان قرار گرفت، با ایراد شورای نگهبان به محاق رفت. در نامه شماره ۹۱/۳۰/۴۶۶۹ مورخ ۱۳۹۱/۲/۲۴

قائم‌مقام دبیر شورای نگهبان به رئیس مجلس شورای اسلامی، مخالفت شورای نگهبان با این لایحه این‌گونه بیان شد:

«مصوبه جلسه مورخ بیست و سوم فروردین ماه یکهزار و سیصد و نود و یک مجلس شورای اسلامی که طبق اصل هشتاد و پنجم قانون اساسی در جلسه مورخ ۱۳۹۰/۱۰/۶ و کمیسیون قضایی و حقوقی به تصویب رسیده بود، در جلسه مورخ ۱۳۹۱/۰۲/۲۰ شورای نگهبان مورد بحث و بررسی قرار گرفت که نظر شورا به شرح زیر اعلام می‌گردد: "نظر به اینکه طبق اصل ۸۵ قانون اساسی، مجلس نمی‌تواند اختیار قانونگذاری را به شخص یا هیئت واگذار کند، فقط در موارد ضروری می‌تواند اختیار وضع بعضی از قوانین را به کمیسیون‌های داخلی خود تفویض نماید، با توجه به اینکه قانون تجارت فعلی، قانون دائمی است و امور مربوطه به‌طور طبیعی و عادی جریان دارد و خلأ قانونی به‌نحو کلی که جبران آن ضروری باشد، در این خصوص وجود ندارد و هیچ ضرورتی برای تصویب این مصوبه در کمیسیون به‌صورت آزمایشی بدون جری مراحل عادی قانونگذاری نیست، علاوه بر وجود ابهامات و اشکالات عدیده در این مصوبه، با عنایت به مراتب مذکوره تصویب آن توسط کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی، مغایر اصل ۸۵ قانون اساسی تشخیص داده شد. به فرض اینکه قانون موجود در برخی موارد، احتیاج به تغییر و اصلاح یا تکمیل داشته باشد، باید به این نحو و به همان مقدار اکتفا شود».

با اعاده لایحه ۱۳۹۱ به مجلس شورای اسلامی، کمیسیون قضایی مجلس با توجه به نظر شورای نگهبان، باب قراردادهای لایحه ۱۳۹۱ را بعد از اعمال برخی اصلاحات در تاریخ ۱۳۹۸/۳/۲۰ به تصویب رساند، که اگرچه هنوز به تأیید شورای نگهبان نرسیده و سرنوشت آن در حاله‌ای از ابهام است، اما مبنای این تحقیق قرار گرفته است.

هدف این نوشتار که با روش توصیفی و تحلیلی نگاشته شده است، بررسی مفهوم و ویژگی‌های بارنامه در لایحه تجارت ۱۳۹۸ و کنوانسیون‌های «سی ام آر»^۱ و «کوتیف»^۲

۱. کنوانسیون حمل و نقل بین‌المللی کالا از طریق جاده در این مقاله به اختصار سی ام آر (CMR) نامیده می‌شود که عبارت است از:

Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route (Convention Merchandise Routiere).

۲. کنوانسیون حمل و نقل بین‌المللی ریلی در این مقاله به اختصار کوتیف (COTIF) نامیده می‌شود که عبارت است از: Convention Concerning International Carriage by Rail.

و پاسخ به سؤال اساسی زیر است:

آیا قانونگذار ما در تدوین مواد مربوط به بارنامه در لایحه تجارت ۱۳۹۸، به کنوانسیون‌های گفته شده نظر داشته و ویژگی‌های بارنامه در این دو کنوانسیون را لحاظ کرده است؟

برای یافتن پاسخ، ابتدا ماهیت «بارنامه» و ویژگی‌های آن را در کنوانسیون‌های «سی ام آر» و «کوتیف» مورد بررسی قرار داده، سپس لایحه تجارت ۱۳۹۸ را بر آن تطبیق داده‌ایم و امیدواریم نتایج این تحقیق در بررسی نهایی شورای محترم نگهبان، نسبت به مصوبه مذکور منشأ اثر باشد.

۱. تعریف بارنامه و راهنما

۱-۱. تعریف بارنامه و راهنما در لغت

برای «بارنامه» در لغت معانی مختلفی ذکر شده است؛ از جمله:

«ورقه‌ای مکتوب که در آن، نوع کالایی که از شهری به شهر دیگر حمل شود و وزن و دیگر مشخصات آن را نویسند و گیرنده به‌موجب آن ورقه، کالا را از گاراژ یا اداره پست تحویل گیرد» (معین، ۱۳۸۲: ۱/۳۱۳).

«راهنما» یا «راهنما» نیز به «سفرنامه، نقشه راه و دفترچه راهنمایی» تعریف شده است (عمید، ۱۳۶۴: ۲/۱۰۲۶).

۱-۲. تعریف بارنامه در اصطلاح حقوقی

در کنوانسیون «سی ام آر»، بارنامه (راهنما جاده‌ای) تعریف نشده است. در متن انگلیسی کنوانسیون «سی ام آر» و ضمیمه B کنوانسیون «کوتیف» از اصطلاح consignment note برای سند حمل استفاده شده است. در ترجمه این اصطلاح در کنوانسیون «سی ام آر» به زبان فارسی اختلاف نظر زیادی وجود دارد و از عباراتی همچون راهنما، راهنما زمینی، راهنما کامیون (عرفانی، ۱۳۹۴: ۱۱۹)، راهنما بین‌المللی، راهنما سی ام آر (خواجهمزاده، ۱۳۹۵: ۴۵)، سند محموله، یادداشت ارسال کالا، بارنامه جاده‌ای (جباری قره‌باغ، ۱۳۹۵: ۲۸)، سند حرکت کالا، سند حمل، سند حمل جاده‌ای،

رسید کامیون و بارنامه «سی ام آر» استفاده شده است؛ اما در ترجمه رسمی کنوانسیون «سی ام آر» و کنوانسیون «کوتیف» این اصطلاح، «بارنامه» معنا شده است (محسنی و صفوی شاملو، ۱۳۹۲: ۱۲۴).

پس در واقع آنچه تحت عنوان بارنامه در ترجمه کنوانسیون «سی ام آر» و ضمیمه B کنوانسیون «کوتیف» بیان شده، از حیث ماهیت همان «راهنامه» است؛ اما برای اینکه به لفظ به کاررفته در ترجمه رسمی کنوانسیون‌های مزبور وفادار باشیم، در این مقاله از لفظ «بارنامه» در کنوانسیون «سی ام آر» و ضمیمه B کنوانسیون «کوتیف» استفاده می‌شود؛ اما منظور همان راهنامه یا بارنامه زمینی و ریلی است.

از آنجایی که بارنامه ابتدائاً در حمل و نقل دریایی مورد استفاده قرار گرفته است، طبیعی است که قوانین و کنوانسیون‌های بین‌المللی مرتبط با حمل دریایی بیشتر به آن پرداخته و قواعد مربوط به آن را به صورت گسترده‌تری بیان داشته باشند.

در بند ۷ ماده ۱ کنوانسیون ۱۹۷۸ سازمان ملل متحد در مورد حمل و نقل دریایی کالا (قواعد هامبورگ) بیان شده است:

«اصطلاح بارنامه به سندی اطلاق می‌شود که دلالت بر قرارداد حمل و نقل دریایی کالا، تحویل کالا و یا بارگیری آن در کشتی توسط حمل و نقل کننده دارد؛ همچنین حاکی از تعهد حمل و نقل کننده به تحویل کالا در ازای تسلیم آن سند می‌باشد. این تعهد ناشی از قید عبارتی در سند است که مقرر می‌دارد کالا باید به شخص معینی یا به حواله کرد یا به حامل سند تحویل گردد».

همچنین در بند ۷ ماده ۵۲ قانون دریایی ایران مصوب ۱۳۴۳، بارنامه این گونه تعریف شده است:

«بارنامه دریایی سندی است که مشخصات کامل بار در آن قید و توسط فرمانده کشتی یا کسی که از طرف او برای این منظور تعیین شده، امضا گردد و به موجب آن تعهد شود بار توسط کشتی به مقصد حمل و به تحویل گیرنده داده شود. بارنامه دریایی یا اسناد مشابه آن به منزله رسید دریافت بار است».

بنابراین بارنامه دریایی، اقرارنامه‌ای است که از طرف متصدی حمل، تحویل فرستنده کالا می‌گردد و به همین جهت در فرانسه connaissance خوانده می‌شود

(براری چناری و جهانیان، ۱۳۹۵: ۱۶).

بند ز ماده ۱ آیین نامه تأسیس و فعالیت شرکت‌های حمل و نقل بین‌المللی کالا مقرر می‌دارد:

«سندی قابل انتقال و مبین مالکیت کالا است که حمل‌کننده یا نماینده وی پس از وصول کالا صادر می‌نماید و حاکی از حمل کالای معینی از یک نقطه (مبدأ حمل) به نقطه دیگر (مقصد حمل) با وسیله حمل مورد توافق (کشتی، کامیون، راه‌آهن، هواپیما و یا ترکیبی از آن‌ها) در مقابل کرایه حمل معین می‌باشد».

پس می‌توان گفت بارنامه سندی است که توسط متصدی حمل یا نماینده او پس از دریافت کالا صادر می‌شود و مبین حمل کالا در قبال کرایه از مبدأ تا مقصد با وسیله حمل توافق شده است و به‌موجب آن، کالا در مقصد به گیرنده تحویل داده می‌شود. گفتمی است بارنامه در قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ تعریف نشده و فقط در ماده ۳۸۳، این واژه به کار رفته است.

در بند ۷ ماده ۶۳ لایحه قانون تجارت مصوب ۱۳۸۴، تعریف ذیل برای «بارنامه» پیشنهاد شده بود:

«بارنامه سندی کاغذی یا الکترونیکی^۱ است که به تقاضای فرستنده و به‌وسیله متصدی حمل و نقل یا نماینده او صادر و توسط اشخاص یادشده امضا گردیده و مشخصات کامل کالا در آن قید شده است و دلیل وجود قرارداد حمل و نقل و رسید تحویل کالا به متصدی حمل و نقل محسوب می‌شود. عدم صدور بارنامه یا ناقص بودن آن، تأثیری بر اعتبار قرارداد حمل و نقل ندارد».

اما برخلاف لایحه تجارت ۱۳۸۴ که به تعریف بارنامه پرداخته بود، در لایحه تجارت ۱۳۹۱، همچون قانون تجارت از تعریف بارنامه خودداری شد و فقط در ماده ۸۷ به آن اشاره گردید. البته در لایحه تجارت ۱۳۹۸، این نقیصه برطرف گردید و با اختصاص مواد ۱۳۳ تا ۱۴۳ به این امر، علاوه بر تعریف «بارنامه»، ویژگی‌ها و احکام آن نیز بیان گردید.

۱. بهتر بود قانونگذار از واژه «الکترونیکی» به جای «الکترونیکی» استفاده می‌نمود؛ زیرا واژه الکترونیکی به معنای وابسته به فناوری اطلاعات و مباحث مربوط به رایانه است نه واژه الکترونیکی.

ماده ۱۳۳ این لایحه در تعریف بارنامه مقرر می‌دارد:

«بارنامه سندی است که بنابر تقاضای فرستنده توسط متصدی حمل و نقل یا نماینده او صادر می‌شود و بر مالکیت کالا برای دارنده آن، وجود قرارداد حمل و نقل، دریافت کالا توسط متصدی و تعهد وی مبنی بر تسلیم کالا در ازای دریافت آن دلالت می‌کند».

۳-۱. تعریف راهنما در اصطلاح حقوقی

راهنما جاده‌ای سندی است که در مسیر حمل کالا با کامیون مورد استفاده قرار می‌گیرد و مخصوص حمل‌کننده‌هاست. این سند که حدود مسئولیت‌های متصدیان حمل و نقل جاده‌ای را مشخص می‌نماید، به منزله رسید کالا تلقی می‌شود (عالی‌دایی، ۱۳۹۵: ۲۲).

راهنما ریلی نیز سندی است که مبین وجود قرارداد (رسمی یا عرفی) بین فرستنده کالا و متصدی حمل ریلی می‌باشد که متصدی برای حمل کالای مندرج در آن از یک نقطه (ایستگاه مبدأ) به نقطه دیگر (ایستگاه مقصد) در قبال دریافت کرایه، آن را صادر می‌نماید (تقی‌زاده، ۱۳۹۵: ۸۲).

۲. تفاوت اساسی بارنامه و راهنما

بند ح ماده ۱ آیین‌نامه تأسیس و فعالیت شرکت‌های حمل و نقل بین‌المللی، کالا «راهنما» را این‌گونه تعریف نموده است:

«سندی است غیرقابل انتقال که حمل‌کننده با صدور آن متعهد می‌گردد در قبال کرایه، محموله یک وسیله نقلیه را از مبدأ تا مقصد، حمل و تحویل گیرنده نماید».

پس راهنما به منزله رسیدی است که از طرف متصدی حمل به فرستنده کالا داده می‌شود و قابل معامله نمی‌باشد و صدور آن به صورت در وجه حامل، معمول نیست (ستوده‌تهرانی، ۱۳۷۵: ۷۴/۳).

عده‌ای از حقوق‌دانان معتقدند آنچه در حمل و نقل هوایی و زمینی صادر می‌گردد «راهنما» است و بارنامه واقعی صرفاً در حمل و نقل دریایی صادر می‌شود (زمانی قدیمی، ۱۳۹۶: ۱) و هرگاه بخواهند در حمل و نقل دریایی، سند حملی دارای ویژگی «غیرقابل

انتقال» باشد، آنگاه «راهنامه دریایی» صادر می‌نمایند.

پس راهنامه دریایی، یکی از ویژگی‌های اصلی بارنامه را که قابلیت انتقال آن است، ندارد. انتقال سند توسط دارنده، زمانی امکان‌پذیر است که آن سند، دلیل مالکیت دارنده باشد و راهنامه دریایی این ویژگی را ندارد. پس وقتی از یک راهنامه دریایی برای کالاهای موصوف استفاده می‌گردد، همه آن چیزی که باید دریافت‌کننده کالا ثابت نماید، آن است که نامش در راهنامه به‌عنوان گیرنده منتقل شده است. این مزیت اصلی راهنامه نسبت به بارنامه است؛ زیرا گیرنده دیگر نیازی به تحویل نسخه اصلی راهنامه دریایی ندارد. این خصیصه موجب حمل و تحویل سریع محموله شده و با این وصف، دیگر نیازی به رسیدن نسخه اصلی به بندر برای تخلیه بار نیست. در نتیجه، مشکلات ناشی از تأخیر بارنامه حذف می‌شود (همان: ۱۰).

بنابراین «غیرقابل انتقال بودن» راهنامه، یکی از مهم‌ترین ویژگی‌های آن است؛ یعنی امکان پشت‌نویسی و صدور به‌صورت «به‌حواله‌کرد» را ندارد.

علاوه بر این، راهنامه «غیرقابل توثیق» است. علت عدم قابلیت توثیق راهنامه این است که مال مرهونه باید عین بوده و قابل قبض^۱ و فروش باشد و نیز ارزش و منفعت عقلایی داشته، به نحوی که عرفاً قابلیت وصول طلب از آن موجود باشد؛ درحالی که راهنامه فاقد عینیت است. البته ممکن است برخی اسناد همانند اسکناس به‌قدری با ارزش موضوع خود عجین و آمیخته شده باشند که در نگاه عرف عینیت پیدا کنند؛ ولی راهنامه چنین پیشینه و داوری عرفی ندارد و از آنجایی که راهنامه غیرقابل انتقال

۱. براساس ماده ۷۷۲ قانون مدنی، در حقوق ایران «قبض» شرط صحت رهن است و این حکم به اعتراف بسیاری از حقوق‌دانان، ریشه در قول مشهور فقهای امامیه دارد و عده‌ای از فقیهان نیز آن را به مشهور منتسب نموده‌اند. باوجوداین، مطالعه عمیق موضوع در آرای فقهای شیعه آشکار می‌سازد که جمع بزرگی از اندیشمندان امامیه، ارزشی برای قبض مورد رهن در صحت رهن قائل نیستند و لذا حتی شهر دانستن حکم مورد پذیرش قانونگذار در فقه امامیه دشوار می‌نماید. باوجوداین، آنچه که در حقوق ما و فقه امامیه تاکنون مورد توجه قرار نگرفته، ویژگی‌ها و تنوع اموال گوناگون است که می‌تواند بر شرطیت قبض تأثیر گذارد. برخی حقوق‌دانان معتقدند با مطالعه حقوق فرانسه که قبض را در اموال منقول لازم می‌داند، می‌توان در حقوق ما هم قبض و استمرار آن را شرط صحت رهن قرار داد و استثنائات آن را نیز بیان کرد و برای اموال غیرمنقول، قبض را از شرایط صحت آن حذف کرد و لزوم ثبت رهن را جایگزین آن نمود و رهن ثبت‌نشده را در برابر رهن ثبت‌شده غیرقابل استناد قرار داد (حبیبی و شعبانی کندسری، ۱۳۹۵: ۱۱۹).

است، بنابراین قابل فروش نیز نمی‌باشد، پس قابل توثیق نیست (محسنی و صفوی شاملو، ۱۳۹۲: ۱۲۷). البته اگر گفته شود که با استناد به قانون عدم الزام سپردن وثیقه ملکی به بانک‌ها و دستگاه‌ها و سایر مؤسسات و شرکت‌های دولتی به منظور تسهیل امر سرمایه‌گذاری و ایجاد اشتغال بیشتر در طرح‌های تولیدی و صادراتی مصوب ۱۳۸۰، راهننامه نیز مانند چک و سفته می‌تواند قابل توثیق باشد، چون عینیت دارد، می‌توان در پاسخ گفت: قانونگذار اگرچه از چک، سفته، بیمه‌نامه و ضمانت‌نامه‌های اعتباری صادره از شرکت‌های بیمه نام برده، اما از راهننامه حرفی به میان نیاورده است و به نظر می‌رسد دلیل این امر، غیرقابل انتقال بودن راهننامه است که با فلسفه مال موضوع وثیقه که باید مالی باشد که قابلیت انتقال و فروش را داشته باشد، منافات دارد پس راهننامه قابلیت توثیق ندارد.

۳. ویژگی‌های بارنامه (راهننامه جاده‌ای) در کنوانسیون سی ام آر

۳-۱. الزامی نبودن تنظیم بارنامه (راهننامه جاده‌ای)

مطابق ماده ۴ کنوانسیون سی ام آر:

«قرارداد حمل با تنظیم بارنامه (راهننامه جاده‌ای) تأیید می‌شود. فقدان، دسترسی نداشتن به بارنامه (راهننامه جاده‌ای) یا بی‌نظمی در صدور سند یادشده، لطمه‌ای به وجود و اعتبار قرارداد حمل نخواهد زد و قرارداد حمل مشمول مقررات این کنوانسیون خواهد بود».

پس بارنامه (راهننامه جاده‌ای) شرط صحت و تشکیل قرارداد حمل نیست و اساساً با توجه به مقررات کنوانسیون «سی ام آر»، وجود بارنامه (راهننامه جاده‌ای) الزامی نیست (همان: ۱۲۸)؛ بلکه بارنامه (راهننامه جاده‌ای) مؤید انعقاد قرارداد حمل و نقل و رسید دریافت کالا توسط متصدی حمل است. به علاوه، فقدان یا عدم دسترسی و بی‌نظمی در صدور بارنامه (راهننامه جاده‌ای)، مشکلات جدی و زیادی برای طرفین قرارداد حمل ایجاد خواهد کرد و ممکن است مدعی نتواند شرایط مندرج در ماده ۱ کنوانسیون را اثبات نماید و یا اینکه مشکلاتی ایجاد گردد که فرستنده مجبور شود برای اثبات ادعای

خود از طرق دیگری بهره ببرد که کاری دشوار خواهد بود (جباری قره‌باغ، ۱۳۹۵: ۲۶).
 از طرف دیگر، علی‌رغم اینکه براساس کنوانسیون «سی ام آر»، وجود بارنامه (راهنامه جاده‌ای) الزامی نیست، اما چون در مقررات داخلی ایران^۱ همراه داشتن راهنامه جاده‌ای توسط متصدی حمل الزامی است (و همراه نداشتن راهنامه جاده‌ای سبب اخذ جریمه از متخلف خواهد شد)، پس در صورتی که متصدی این سند را همراه خود نداشته باشد، اجازه حمل کالا را در خاک ایران نخواهد داشت. بنابراین اگر قرارداد حمل مشمول کنوانسیون «سی ام آر» باشد و کامیون حامل بار از خاک ایران عبور کند، برای تردد باید بارنامه (راهنامه جاده‌ای) صادر شده و متصدی آن را به همراه خود داشته باشد (همان).

۲-۳. نسخه‌های بارنامه (راهنامه جاده‌ای) و تعارض بین آنها

براساس بند ۱ ماده ۵ این کنوانسیون:

«بارنامه (راهنامه جاده‌ای) حمل در سه نسخه اصلی تنظیم و به امضای فرستنده کالا و متصدی می‌رسد. این امضاها ممکن است چاپ شده و یا با مهرهای فرستنده و متصدی جایگزین شوند؛ مشروط بر اینکه قوانین کشوری که سند در آن تنظیم می‌شود، چنین کاری را اجازه دهد. نسخه اول بارنامه (راهنامه جاده‌ای) به فرستنده تسلیم می‌شود، نسخه دوم همراه کالا خواهد بود و نسخه سوم توسط متصدی نگهداری می‌شود».

در بند ۲ این ماده نیز بیان شده است:

«وقتی که کالای مورد حمل در چند وسیله نقلیه بارگیری یا از چند نوع مختلف کالا ترکیب و یا از چند قسمت مجزا تشکیل شده باشد، فرستنده یا متصدی حق خواهد داشت درخواست نماید برای هر وسیله نقلیه یا برای هر نوع کالا یا قسمت‌های جدا، بارنامه (راهنامه جاده‌ای) جداگانه‌ای تنظیم شود».

بنابراین براساس کنوانسیون «سی ام آر»، بارنامه (راهنامه جاده‌ای) باید در سه نسخه

۱. مقرراتی مانند ماده ۱ قانون الزام شرکت‌ها و مؤسسات ترابری جاده‌ای به استفاده از صورت وضعیت مسافربری و بارنامه مصوب ۱۳۶۸، و ماده ۳۰ آیین‌نامه وسائط نقلیه موتوری مصوب ۱۳۲۱، که وجود راهنامه ریلی را الزامی می‌دانند.

تنظیم شود^۱ و نسخه اول به فرستنده و نسخه سوم به متصدی تسلیم می‌گردد و نسخه دوم نیز همراه کالا ارسال می‌گردد.

در صورت تعارض مندرجات سه نسخه اصلی بارنامه (راهنامه جاده‌ای) با هم، راهکار حل این تعارض در کنوانسیون بیان نشده است. مراجعه به حقوق ملی برای حل این مسئله می‌تواند راهگشا باشد. از این رو در نظام حقوقی ایران برای حل تعارض مندرجات نسخه‌های راهنامه جاده‌ای و عدم احراز واقعیت، می‌توان به اصول حقوقی و اصول عملیه استناد کرد. برای مثال، وقوف بر قدر متیقن و اصل عدم زیادت می‌تواند مستند برائت نسبت به تعهد زائد باشد. همچنین اصل عدم تأخر حادث، راهگشای اختلاف نسخه‌های متعدد راهنامه از حیث تاریخ است و در فرض تقدم و تأخر تاریخ نسخه‌های راهنامه، تاریخ مؤخر معتبر خواهد بود (محسنی و صفوی شاملو، ۱۳۹۲: ۱۳۱).

۳-۳. امضا یا مهر بارنامه (راهنامه جاده‌ای)

مطابق بند ۱ ماده ۵ کنوانسیون «سی ام آر»، بارنامه به امضای فرستنده کالا و متصدی خواهد رسید و این امضا ممکن است چاپ شده باشد و یا در صورت اجازه قوانین و مقررات کشوری که سند در آن تنظیم شده، با مهر جایگزین شود.

در حقوق ایران نیز اصولاً جایگزینی امضای دستی با امضای الکترونیک و مهر پذیرفته شده است. از این رو به موجب ماده ۷ قانون تجارت الکترونیک: «هرگاه قانون، وجود امضا را لازم بداند، امضای الکترونیکی مکفی است». ماده ۲۲۳ قانون تجارت و بند ۲ ماده ۱۲۹۱ قانون مدنی نیز بر اعتبار «مهر» تصریح دارند. به علاوه، «مهر» در فرهنگ و تاریخ ایران پیش از امضا رواج داشته است (همان: ۱۲۹).

۱. در کنوانسیون سی ام آر ذکر نشده که چه کسی باید بارنامه (راهنامه جاده‌ای) را تنظیم کند؛ اما عملاً «فرستنده» یا «فورواردر» از جانب فرستنده آن را تنظیم می‌کند. او فرم خالی را از متصدی دریافت و پر می‌کند؛ پس فرستنده مسئول صحت اطلاعات وارد شده خواهد بود و اگر هم متصدی بارنامه (راهنامه جاده‌ای) را تکمیل نماید، فرض بر این است که این کار را از طرف فرستنده و با تقاضای او انجام داده و در صورت عدم صحت اطلاعات وارده، باز هم فرستنده مسئول است. اما اگر متصدی کالا را بدون تنظیم بارنامه (راهنامه جاده‌ای) قبول کند، خودش مسئول خواهد بود (جباری قره‌باغ، ۱۳۹۵: ۲۷).

۳-۴. مشخصات الزامی و اختیاری بارنامه (راهنامه جاده‌ای)

ماده ۶ کنوانسیون «سی ام آر» به بیان مشخصات الزامی و اختیاری بارنامه (راهنامه جاده‌ای) پرداخته است. از جمله مشخصاتی که در بند ۱ این ماده بیان شده است، می‌توان به این موارد اشاره نمود: تاریخ و محل صدور، نام و نشانی فرستنده کالا، نام و نشانی متصدی، تاریخ و محل دریافت کالا، محلی که برای تحویل کالا مشخص شده است و... بند ۲ نیز تعدادی دیگر از مشخصات بارنامه را بیان نموده است که در صورت لزوم می‌توان در بارنامه (راهنامه جاده‌ای) گنجاند. البته به استناد بند ۳ ماده ۶، دو طرف می‌توانند هر مشخصات دیگری را که مفید بدانند، در بارنامه (راهنامه جاده‌ای) قید کنند.

در قسمت ک بند ۱ این ماده بیان شده است:

«عبارتی مبنی بر اینکه حمل کالا با وجود هر شرط مغایری، مشمول مقررات این کنوانسیون می‌باشد».

عبارت مذکور به این معناست که حتی با وجود شرط مخالف، در صورت اجتماع شرایط اعمال کنوانسیون، قرارداد حمل بین‌المللی کالا مشمول این کنوانسیون است و اگر شرط خلاف آن شود و از این ناحیه ضرری به بار آید، طبق بند ۳ ماده ۷، مسئولیت خسارت واردشده با متصدی است (همان: ۱۳۰).

علی‌رغم اینکه ماده ۴ کنوانسیون بیان نموده که عدم رعایت مقررات در صدور بارنامه (راهنامه جاده‌ای)، به وجود و اعتبار قرارداد حمل و نقل لطمه‌ای وارد نخواهد کرد، اما ضمانت اجرای تخلف از شرایط مندرج در راهنامه جاده‌ای در ماده ۷ کنوانسیون مشخص شده است.

۳-۵. اماره مفروض در بارنامه (راهنامه جاده‌ای)

به موجب بند ۱ ماده ۹ کنوانسیون «سی ام آر»، بارنامه (راهنامه جاده‌ای) اماره مفروض بر صحت تنظیم قرارداد حمل، شرایط قرارداد و دریافت کالا از طرف متصدی خواهد بود؛ مگر اینکه عکس آن ثابت شود.

بنابراین راهنامه جاده‌ای، دلیلی بر انعقاد قرارداد حمل، شرایط قرارداد و دریافت کالا

به‌وسیله متصدی است و در صورت اختلاف بین طرفین قرارداد حمل، توصیف ماهیت قرارداد با دشواری زیادی مواجه نخواهد بود.

در عرف بین‌المللی در بسیاری از موارد، صاحبان کالا تمایلی به انعقاد قرارداد جداگانه با متصدی ندارند و در این موارد، آنچه بر روابط طرفین حاکم است، سند راهنامه‌ای است که صادر و مبادله می‌شود. متصدی حمل نیز از زمان صدور سند باید مقید به انجام وظایف خود باشد و در صورت بروز هر آسیبی به محموله، مسئول خواهد بود و افزون بر آن، صدور راهنامه دلیلی بر دریافت کالا توسط اوست و بار اثبات عدم تحویل کالا به متصدی بر عهده وی خواهد بود (داراب‌پور، ۱۳۹۹: ۲۱۵).

بند ۲ این ماده نیز بیان می‌دارد:

«در صورتی که بارنامه (راهنامه جاده‌ای) فاقد حق شرط‌های خاص از طرف متصدی باشد، فرض بر این است که کالا و بسته‌بندی‌های آن در موقع تحویل، وضع خوبی داشته و تعداد بسته‌بندی‌ها و علائم و شماره‌های روی بسته‌ها با آنچه که در بارنامه (راهنامه جاده‌ای) قید شده، مطابقت دارد؛ مگر آنکه خلاف آن ثابت شود».

متصدی باید در هنگام تحویل گرفتن محموله، درستی مندرجات بارنامه (راهنامه جاده‌ای) و وضعیت ظاهری کالا و بسته‌بندی آن را بررسی نماید؛ اما اگر ابزار لازم و مناسب برای بررسی موارد پیش گفته را در اختیار ندارد، باید حق شرط‌های خود را با مبانی استدلال (یعنی ذکر علت اینکه چرا نمی‌تواند تعداد بسته‌ها و وزن آن‌ها را کنترل نماید)^۱ در راهنامه قید نماید. البته حق شرط‌های مذکور در راهنامه، هیچ الزامی برای فرستنده کالا ایجاد نمی‌کند؛ مگر اینکه فرستنده در راهنامه صراحتاً الزامات مزبور را بپذیرد که در این صورت فرستنده پذیرفته است که متصدی امکان بررسی و کنترل محموله را نداشته است (جباری قره‌باغ، ۱۳۹۵: ۳۱).

البته اگر متصدی هیچ حق شرطی در راهنامه جاده‌ای قید نکرده باشد، براساس بند ۲ ماده ۹ رفتار خواهد شد و بار اثبات ادعای خلاف آنچه در راهنامه جاده‌ای قید شده است، با متصدی خواهد بود.

۱. مثلاً متصدی ذکر کند که قبل از تنظیم راهنامه ربلی جاده‌ای، محموله بارگیری شده و در کانتینر قرار گرفته و درب کانتینر بسته شده و امکان کنترل محموله و شمارش یا وزن کردن آن وجود نداشته است.

۴. ویژگی‌های بارنامه (راهنامه ریلی) در ضمیمه B کنوانسیون «کوتیف»

در ضمیمه B کنوانسیون «کوتیف»، بارنامه (راهنامه ریلی) تعریف نشده و به ذکر مشخصات و مندرجات آن پرداخته شده است. بند ۱ ماده ۱۲ این ضمیمه از کنوانسیون «کوتیف» درخصوص بارنامه (راهنامه ریلی) بیان می‌کند:

«بارنامه (راهنامه ریلی) نخستین سند مؤید انعقاد و شرایط قرارداد حمل و تقبل حمل کالا از سوی متصدی است».

بنابراین در این کنوانسیون به صراحت بیان شده که راهنامه ریلی نخستین سندی است که انعقاد قرارداد حمل و نقل و شرایط آن را تأیید می‌نماید و بیانگر پذیرش حمل کالا توسط متصدی است و براساس بند ۴ ماده ۶، متصدی باید تحویل گرفتن کالا را بر روی رونوشت بارنامه (راهنامه ریلی) به روشی مناسب گواهی کرده و رونوشت را به فرستنده بار تحویل دهد.

متصدی موظف است وقتی محموله را در اختیار می‌گیرد، آن را از حیث تعداد بسته‌ها، علائم و شماره‌های آن‌ها، وزن ناخالص کالا و یا کمیت آن، که در راهنامه ریلی ذکر شده است، بررسی نماید و چنانچه ابزار لازم برای بررسی محموله را در اختیار نداشته باشد، می‌تواند حق شرط مستدلی را در راهنامه ریلی ذکر نماید که در این صورت راهنامه ریلی دیگر سند مؤید اولیه نخواهد بود (بند ۴ ماده ۱۲). البته ذکر این نکته ضروری است که برای هر محموله باید یک بارنامه (راهنامه ریلی) تنظیم شود. در صورتی که توافقی غیر از این بین فرستنده و متصدی محموله وجود نداشته باشد، یک بارنامه (راهنامه ریلی) نمی‌تواند به بیش از بار یک واگن متعلق باشد (بند ۶ ماده ۶).

بندهای ۲ و ۳ این ماده نیز درخصوص بارگیری محموله توسط متصدی و فرستنده است. البته در بند ۲ ماده ۶ این ضمیمه از کنوانسیون نیز بیان شده است:

«قرارداد حمل باید با یک بارنامه (راهنامه ریلی) مطابق با یک مدل یکسان^۱ تأیید

۱. در بند ۸ ماده ۶ ضمیمه B کنوانسیون کوتیف بیان شده است: «اتحادیه‌های بین‌المللی متصدی‌ها بایستی با موافقت اتحادیه‌های بین‌المللی مشتریان و نهادهای ذی‌صلاح در امور گمرکی کشورهای عضو و هر سازمان ائتلاف اقتصادی منطقه‌ای بین‌الدولی که صلاحیت اتخاذ قوانین گمرکی خود را دارد، بارنامه (راهنامه ریلی) را با مدل یکسان تدوین کنند».

شود. با این حال، مفقود شدن، نامتعارف بودن یا موجود نبودن بارنامه (راهنامه ریلی)، بر وجود یا اعتبار قراردادی که تابع این قواعد یکسان می‌باشد، تأثیر نخواهد داشت».

بنابراین همان‌طور که در بند ۱ ماده ۱۲ بیان شد و در بند ۲ ماده ۶ نیز آمده است، اگرچه مفقود شدن، نامتعارف بودن یا موجود نبودن راهنامه ریلی، بر وجود یا اعتبار قرارداد حمل تأثیری ندارد، اما چنانچه راهنامه ریلی تنظیم شود، مؤید انعقاد قرارداد حمل و نقل خواهد بود، پس می‌توان نتیجه گرفت که راهنامه ریلی، شرط صحت و تشکیل قرارداد حمل و نقل نیست.

بر اساس بند ۳ ماده ۶، راهنامه ریلی را فرستنده و متصدی امضا می‌کنند و می‌توان به جای امضا از مهر، دستگاه ثبت یا هر روش مناسب دیگری استفاده نمود.

در بند ۳ ماده ۶ ضمیمه B کنوانسیون «کوتیف» اعلام شده که از هر روش مناسب دیگری به جای امضا می‌توان استفاده کرد، و تنها امضا را برای معتبر دانستن راهنامه ریلی شرط ندانسته است؛ پس فرستنده و متصدی می‌توانند به جای امضا از مهر و یا حتی امضای الکترونیکی استفاده نمایند.

علاوه بر امضا که می‌تواند به صورت الکترونیکی باشد، بر اساس بند ۹ ماده ۶، بارنامه (راهنامه ریلی) و رونوشت آن را می‌توان به صورت فرم ثبت الکترونیکی داده‌ها که قابل تبدیل به حروف نوشتاری خوانا باشد، تنظیم نمود. از لحاظ کاربردی، روال به کاررفته برای ثبت و رفتار داده‌ها، تاجایی که به ارزش سندی راهنامه ریلی‌ای که با داده‌های مزبور تنظیم می‌شود، مربوط باشد، باید یکسان باشد.

در این کنوانسیون در مورد تعداد نسخه‌های راهنامه ریلی بحثی نشده و موضوع به عرف تجاری واگذار شده است و چنان که مرسوم است، راهنامه ریلی در چهار نسخه تنظیم می‌گردد و اصل و رونوشت آن، که به صورت یکنواخت و متحدالشکل صادر می‌شوند، از ارزش سندی یکسانی برخوردارند (تقی‌زاده، ۱۳۹۵: ۸۲).

شایان ذکر است که در بند ۵ ماده ۶ ضمیمه B کنوانسیون «کوتیف» بیان شده است: «بارنامه ریلی، به عنوان بارنامه کشتی به کار نخواهد رفت»؛ منظور از این عبارت آن است که راهنامه ریلی، اثر بارنامه را ندارد، بنابراین قابل نقل و انتقال و معامله نیست و نقش رسید دریافت کالا را دارد و می‌توان آن را به عنوان قرینه‌ای مبنی بر دریافت کالا تلقی کرد.

در بارنامه (راهنامه ریلی) برخی مندرجات الزامی ذکر می‌گردد و مندرجاتی هم وجود دارد که با توجه به نوع حمل و توافق طرفین ممکن است در راهنامه ریلی قید شود. مندرجات الزامی بارنامه (راهنامه ریلی) در بند ۱ ماده ۷ ضمیمه B کنوانسیون «کوتیف» بیان شده است. این مندرجات که در ۱۶ قسمت بیان شده، عبارت‌اند از: محل و روز تنظیم آن، نام و آدرس فرستنده بار، نام و آدرس متصدی، محل تحویل و...

در بند ۲ این ماده نیز مندرجات اختیاری بارنامه (راهنامه ریلی) بیان شده که طرفین قرارداد حمل می‌توانند در صورت لزوم آن‌ها را در راهنامه ریلی قید نمایند. البته در بند ۳ ماده ۷ به طرفین قرارداد حمل ریلی، این اختیار داده شده که در صورت تمایل هر مشخصات دیگری را که به نظرشان مفید است، در بارنامه (راهنامه ریلی) درج نمایند.

در بند ۱ ماده ۸ ضمیمه B کنوانسیون «کوتیف» بیان شده است:

«مسئول کلیه هزینه‌ها، مفقودی یا خسارت ایجادشده از سوی متصدی که ناشی از دلایل ذیل باشد، فرستنده خواهد بود».

مطابق بند ۲ ماده ۸ ضمیمه مذکور، چنانچه بنا به درخواست فرستنده بار، متصدی اطلاعاتی را در بارنامه (راهنامه ریلی) درج کند، فرض بر این خواهد بود که وی چنین کاری را از طرف فرستنده بار انجام داده است؛ مگر خلاف آن ثابت شود. بنابراین مسئولیت کلیه هزینه‌ها و خسارات ایجادشده با فرستنده خواهد بود؛ مگر اینکه ثابت شود اطلاعات واردشده در راهنامه ریلی به درخواست فرستنده نبوده است. بند ۳ ماده ۸ نیز بیان می‌کند:

«چنانچه بارنامه (راهنامه ریلی) حاوی نکات مندرج در ماده ۷ بند ۱ حرف (ش) نباشد، متصدی مسئول تمامی هزینه‌ها، مفقودی یا خسارت وارده در اثر قصور مزبور، به شخص ذی‌حق خواهد بود».

۵. بارنامه در لایحه تجارت ۱۳۹۸

۵-۱. تعریف بارنامه

در قانون تجارت و لایحه تجارت ۱۳۹۱، نه به تعریف بارنامه پرداخته شده و نه

ویژگی‌ها و اطلاعات مندرج در بارنامه بیان گردیده بود. اما در لایحه تجارت ۱۳۹۸، مواد ۱۳۳ تا ۱۴۳ به «بارنامه» اختصاص یافته است. ماده ۱۳۳ در تعریف بارنامه مقرر داشته است:

«بارنامه سندی است که بنابر تقاضای فرستنده، توسط متصدی حمل و نقل یا نماینده او صادر می‌شود و بر مالکیت کالا برای دارنده آن، وجود قرارداد حمل و نقل، دریافت کالا توسط متصدی و تعهد وی مبنی بر تسلیم کالا در ازای دریافت آن دلالت می‌کند».

۲-۵. ویژگی‌های بارنامه در لایحه تجارت ۱۳۹۸

۱-۲-۵. دلالت بارنامه بر مالکیت کالا

حقوق دانان در خصوص دلالت بارنامه بر مالکیت کالا در حمل و نقل جاده‌ای اختلاف نظر دارند. برخی معتقدند که بارنامه حمل جاده‌ای، سند مالکیت محسوب نمی‌شود و تنها نشانه اولیه انعقاد قرارداد حمل و شرایط قرارداد مزبور و دریافت کالا توسط حمل‌کننده است (زمانی قدیمی، ۱۳۹۶: ۴). به اعتقاد برخی دیگر، بارنامه حمل و نقل جاده‌ای، سند مالکیت کالا تلقی می‌شود (محسنی و صفوی شاملو، ۱۳۹۲: ۱۲۵) و بارنامه حمل و نقل جاده‌ای بر مالکیت کالا برای دارنده آن دلالت دارد. برای اثبات این امر، به بند چ ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی قانون حمل و نقل و عبور کالاهای خارجی از قلمرو جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۷۷ و ماده ۲ قانون الزام شرکت‌ها و مؤسسات ترابری جاده‌ای به استفاده از صورت‌وضعیت مسافربری و بارنامه مصوب ۱۳۶۸ و بند ز ماده ۱ آیین‌نامه تأسیس و فعالیت شرکت‌های حمل و نقل بین‌المللی کالا استناد می‌کنند.

ماده ۱۳۳ لایحه تجارت ۱۳۹۸ برای حل این اختلاف، به صراحت بیان نموده که بارنامه بر مالکیت کالا برای دارنده آن دلالت می‌کند. ممکن است علی‌رغم صراحت این ماده، در دفاع از نظریه حقوق‌دانانی که بارنامه را دلیل مالکیت بارنامه جاده‌ای نمی‌دانند گفته شود، آنچه در ماده ۱۳۳ این لایحه بیان شده است، نظر به کلیت بارنامه داشته نه بارنامه جاده‌ای.

اما چنین توجیهی صحیح نیست؛ زیرا با بررسی مواد این لایحه در خصوص حمل و نقل

می‌توان پی برد که قانونگذار در لایحه تجارت ۱۳۹۸ همچون قانون تجارت ۱۳۱۱، بیش از هر نوع حمل و نقلی بر حمل و نقل جاده‌ای نظر داشته است؛ پس چطور ممکن است که بارنامه را بررسی کرده باشد، اما نظری در مورد بارنامه جاده‌ای نداشته باشد. بنابراین قانونگذار بارنامه جاده‌ای را دلیل مالکیت دانسته است. اما این امر بدان معنا نیست که چون بارنامه در حقوق ما بر مالکیت کالا برای دارنده آن دلالت می‌کند، در حمل و نقل بین‌المللی نیز چنین باشد.

۲-۲-۵. دلالت بارنامه بر وجود قرارداد حمل و نقل:

در ماده ۱۳۳ لایحه تجارت ۱۳۹۸ به صراحت بیان شده است که بارنامه بر وجود قرارداد حمل و نقل دلالت دارد.

همچنین مطابق ماده ۱۴۲ این لایحه، در صورتی که بارنامه صادر نشده باشد، فرستنده می‌تواند از متصدی حمل و نقل بخواهد که رسیدی امضا شده مبنی بر دریافت کالای موضوع قرارداد حمل و نقل را به وی تحویل دهد. رسید مذکور دلالت بر وجود قرارداد حمل و نقل بین طرفین دارد و به هنگام صدور بارنامه باید به متصدی حمل یا نماینده او مسترد گردد.

بنابراین چه بارنامه صادر شود و چه رسیدی امضا شده مبنی بر دریافت کالا صادر گردد، دلالت بر وجود قرارداد حمل و نقل بین فرستنده و متصدی حمل دارد؛ هر چند متصدی می‌تواند با اثبات اینکه قراردادی دیگر بین او و فرستنده منعقد شده و شروط دیگری علاوه بر شروط مندرج در بارنامه در آن درج شده است، از مزایای آن استفاده کند. بنابراین آوردن دلیل برای وجود شروط قرارداد شفاهی نیز در این مورد پذیرفته می‌شود (السان و امینی، ۱۳۹۳: ۴۱).

۳-۲-۵. دلالت بارنامه بر دریافت کالا توسط متصدی و تعهد وی مبنی بر تسلیم کالا

بارنامه رسید تحویل کالا است؛ بنابراین متصدی با صدور بارنامه به دریافت کالا بر طبق مشخصات مندرج در آن اقرار می‌نماید و در اختیار داشتن کامل کالا را برای حمل از یک مبدأ معین به یک مقصد اعلام می‌دارد (عرفانی، ۱۳۸۵: ۱۱۲/۳). متصدی براساس بارنامه موظف است کالای حمل شده را در مقصد به گیرنده تحویل دهد.

۴-۲-۵. صدور بارنامه به صورت قابل انتقال یا غیرقابل انتقال

ماده ۱۳۵ لایحه تجارت ۱۳۹۸ مقرر می‌دارد:

«بارنامه ممکن است به صورت قابل انتقال یا غیرقابل انتقال صادر شود. بارنامه قابل انتقال محسوب می‌شود، مگر آنکه خلاف آن در بارنامه تصریح شده باشد».

بنابر آنچه در این ماده بیان شده است، بارنامه‌ها قابلیت انتقال دارند، مگر اینکه به صراحت در بارنامه بیان شده باشد که غیرقابل انتقال هستند. حتی اگر قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ را هم مدنظر داشته باشیم، باید بگوییم که بارنامه یک سند قابل انتقال است و در تأیید این نظر می‌توان به ماده ۵۳۲ قانون تجارت که بیان می‌کند: «اگر مال‌التجاره که برای تاجر ورشکسته حمل شده، قبل از وصول از روی صورت حساب یا بارنامه که دارای امضای ارسال‌کننده است، به فروش رسیده و فروش صوری نباشد، دعوای استرداد پذیرفته نمی‌شود»، استناد کرد که به موجب آن، فروش کالا از روی بارنامه پذیرفته شده است (محسنی و صفوی شاملو، ۱۳۹۲: ۱۲۶). درخصوص «قابل انتقال» بودن بارنامه، ماده ۱۳۶ لایحه تجارت ۱۳۹۸ مقرر می‌دارد:

«بارنامه قابل انتقال بنابر تقاضای فرستنده ممکن است به حواله کرد شخص معین یا به نفع حامل صادر شود. در صورتی که بارنامه به حواله کرد شخص معین صادر شده باشد، با امضای دارنده در ظهر بارنامه قابل انتقال است. بارنامه‌ای که به نفع حامل صادر شده باشد، با قبض و اقباض قابل انتقال است».

به موجب ماده ۱۳۷ این لایحه، هرگاه بارنامه غیرقابل انتقال باشد، ذکر نام گیرنده الزامی است. گفتنی است بارنامه غیرقابل انتقال در حمل و نقل‌هایی که ممکن است مالکیت کالا در جریان حمل به شخص ثالث منتقل شود، کارایی ندارد (زمانی قدیمی، ۱۳۹۶: ۱۰).

با توجه به آنچه در ماده ۱۳۳ این لایحه آمده است، بارنامه دلیل بر مالکیت کالا است. از این رو بارنامه‌ای هم که غیرقابل انتقال باشد، باز هم دارای این ویژگی است؛ زیرا در ماده ۱۳۳ گفته نشده که بارنامه‌های قابل انتقال این ویژگی را دارند. پس بارنامه چه قابل انتقال باشد و چه غیرقابل انتقال، بر مالکیت دارنده آن دلالت دارد. اما آنچه در کنوانسیون‌های سی‌ام آر و کوتیف بیان شده است، چنین نیست؛ زیرا در این کنوانسیون‌ها

بارنامه حمل جاده‌ای و ریلی (راهنامه) غیرقابل انتقال است و دلیل بر مالکیت نیست و فقط رسید دریافت کالا محسوب می‌شود.

۵-۲-۵. اصالت بارنامه الکترونیکی در تعارض با بارنامه چاپی

در تبصره ۱ ماده ۱۳۴ لایحه تجارت ۱۳۹۸ آمده است:

«بارنامه به صورت الکترونیک صادر و یک نسخه چاپی از آن، که به امضا یا مهر و امضای صادرکننده رسیده است، به فرستنده تسلیم می‌شود. در صورت تعارض بین مفاد نسخه چاپی و نسخه الکترونیک، مفاد نسخه الکترونیک معتبر است.»

در تبصره ۳ این ماده هم بیان شده است:

«وزارت راه و شهرسازی مکلف است سامانه متمرکزی برای صدور بارنامه الکترونیک به وسیله متصدیان حمل و نقل ایجاد کند؛ به نحوی که امکان استعلام اصالت بارنامه برای دریافت کنندگان نسخه چاپی آن فراهم باشد.»

بنابر تبصره‌های ۱ و ۳ ماده ۱۳۴ این لایحه، وزارت راه و شهرسازی باید سامانه‌ای را ایجاد نماید تا امکان صدور بارنامه الکترونیکی وجود داشته باشد؛^۱ ولی باین حال بیان شده که یک نسخه هم به صورت چاپی به فرستنده تسلیم شود.

قانونگذار پیش‌بینی کرده که در صورت مغایرت نسخه چاپی و الکترونیک، نسخه الکترونیک ملاک باشد.

اینکه قانونگذار در لایحه تجارت ۱۳۹۸، بارنامه الکترونیکی را پیش‌بینی نموده است، گام مثبتی در جهت الکترونیکی کردن جریان حمل و هماهنگی با عرصه‌های حمل

۱. از اسفندماه ۱۳۹۵، امکان‌سنجی صدور بارنامه الکترونیکی در کشور آغاز شد و در آذرماه ۱۳۹۶، معاون برنامه‌ریزی سازمان راهداری و حمل و نقل جاده‌ای اعلام نمود که از ابتدای خرداد ۱۳۹۷، بارنامه به صورت الکترونیک صادر خواهد شد و با تصویب مقررات مربوط به حمل و نقل و بارنامه در لایحه تجارت ۱۳۹۸ که وزارت راه و شهرسازی را مکلف به ایجاد سامانه متمرکزی برای صدور بارنامه الکترونیک می‌نمود، امیدها برای به ثمر رسیدن این امر که دیگر صدور بارنامه، الکترونیکی خواهد شد، افزایش یافت. اما با اجرایی نشدن مصوبه مذکور، باز هم صدور بارنامه الکترونیک مسکوت ماند و در نهایت با توجه به الزامات قانونی مندرج در قوانین و مقررات مبارزه با قاچاق کالا و ارز پیرامون حذف فیزیکی و الکترونیکی نمودن اسناد حمل، مقرر شد که از تاریخ ۱۵ دی‌ماه ۱۴۰۰ بارنامه‌های فیزیکی حذف گردد. ولی از آنجایی که هنوز تکلیف لایحه تجارت ۱۳۹۸ مشخص نشده است، از سامانه متمرکزی که باید وزارت راه و شهرسازی طراحی و راه‌اندازی نماید، خبری نیست.

بین‌المللی و برطرف نمودن معایب موجود در بارنامه‌های کاغذی است.

از جمله معایب بارنامه‌های کاغذی، علاوه بر هدر رفتن حجم زیادی کاغذ و ایجاد مشکلات زیست‌محیطی می‌توان به کندی جریان انتقال آن‌ها اشاره نمود که همین امر سبب ایجاد مشکلات زیادی از جمله عدم تخلیه محموله به‌دلیل نبود بارنامه در دست گیرنده در مقصد می‌گردد و وقتی هم که بارنامه با تأخیر به دست گیرنده می‌رسد، این تأخیر سبب افزایش هزینه‌هایی مانند هزینه نگهداری محموله و بیمه آن، و درنهایت افزایش هزینه‌ها موجب افزایش قیمت تمام‌شده کالا می‌شود. اما بارنامه‌های الکترونیکی باعث رفع مشکلات مربوط به عدم دسترسی به بارنامه در مقصد می‌گردد و سریع منتقل می‌شود و روند تخلیه محموله نیز سریع‌تر انجام می‌شود.

مشکل دیگری که بارنامه‌های کاغذی دارند، این است که به‌راحتی می‌توان آن‌ها را جعل و دست‌کاری کرد؛ اگرچه اسناد الکترونیکی را نیز می‌توان جعل نمود، اما با پیشرفت در فنون امروزی، این خطرات کاهش یافته و می‌توان به‌سادگی تغییرات انجام‌شده را کشف کرد.

با اینکه بارنامه‌های الکترونیکی مزایای زیادی دارند، اما از آنجایی که این سند قابل انتقال است و باید در فرایند انتقال منحصربه‌فرد باقی بماند و اسناد الکترونیکی به‌آسانی کپی می‌شوند، نمی‌توان انحصاری بودنشان را در فرایند انتقال تضمین کرد و این امر، انتقال آن‌ها را با مشکلاتی روبه‌رو می‌کند و اگر قرار باشد که بارنامه الکترونیکی از طریق رایانامه منتقل شود، دارنده می‌تواند نسخه‌های متعددی از این نسخه تهیه کند که از اصل آن قابل تشخیص نیست. البته برای حل این مشکل باید سامانه‌هایی تعریف شود تا انتقال در داخل آن‌ها انجام شود تا فرایند انتقال منحصربه‌فرد باقی بماند (السان و امینی، ۱۳۹۳: ۴۵-۴۸).

گفتنی است که سازمان ملل متحد در سال ۲۰۰۸، پروتکل الحاقی به کنوانسیون قرارداد حمل‌ونقل بین‌المللی کالا از طریق جاده راجع به سند حمل الکترونیکی را تدوین و برای امضا مفتوح نمود. براساس ماده ۸ پروتکل الحاقی در نوزدهمین روز پس از آنکه پنج دولت موضوع بند ۳ ماده ۷ پروتکل، اسناد تصویب یا الحاق خود را تودیع کرده باشند، لازم‌الاجرا می‌گردد که این امر در ۵ ژوئن ۲۰۱۱ انجام شد. در تاریخ ۱۶

اکتبر ۲۰۲۰، کشور ازبکستان این پروتکل را امضا کرد و تعداد امضاکنندگان این پروتکل تاکنون به ۲۹ دولت رسیده است.

در ایران نیز مصوبه ۱۳۹۴/۴/۲۴ مجلس شورای اسلامی برای الحاق به این پروتکل در جلسه مورخ ۱۳۹۴/۵/۷ شورای نگهبان مورد بحث و بررسی قرار گرفت که مغایر با موازین شرع و قانون اساسی شناخته نشد و قانون الحاق جمهوری اسلامی ایران به پروتکل الحاقی به کنوانسیون قرارداد حمل و نقل بین‌المللی کالا از طریق جاده راجع به سند حمل الکترونیکی، برای اجرا نیز ابلاغ شد. البته گفتنی است که ایران با دو حق شرط به کنوانسیون پیوسته است؛ یکی اینکه در اجرای ماده ۱۲ پروتکل، ایران خود را ملتزم به رعایت ترتیبات موضوع ماده ۱۱ آن در مورد ارجاع اختلاف به دیوان بین‌المللی دادگستری نمی‌داند. ارجاع اختلاف به مرجع اخیر صرفاً در صورت رضایت کلیه طرف‌های اختلاف و با رعایت قوانین و مقررات مربوط و اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران ممکن می‌باشد. دیگری اینکه تمامی اصلاحیه‌های آتی موضوع ماده ۱۳ پروتکل باید طبق اصول ۷۷ و ۱۲۵ قانون اساسی ایران تصویب گردد (داراب‌پور، ۱۳۹۹: ۲۱۹ و ۲۲۱).

۵-۲-۶. اطلاعات مندرج در بارنامه

مندرجات و محتویات بارنامه با توجه به تأثیری که در ایجاد حقوق و تکالیف طرفین قرارداد حمل دارد، حائز اهمیت است.

در ماده ۱۳۴ بیان شده که بارنامه علاوه بر امضا یا مهر و امضای متصدی حمل و نقل باید حاوی اطلاعاتی باشد که در ۱۱ بند بیان شده، که در خصوص عبارت ابتدایی این ماده می‌توان گفت: امضا عبارت است از نوشتن نام و نام خانوادگی یا هر دو یا رسم علامت به‌عنوان بیان هویت صاحب علامت در ذیل اوراق و اسناد برای تأیید متن سند که نوشته شده و یا بعد از امضا نوشته خواهد شد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۶۳۶/۱). بنابراین امضا مبین اراده است و به سند اعتبار می‌بخشد و طبق این ماده، مهر به‌تنهایی کفایت نمی‌کند. قانونگذار در تبصره ۱ این ماده به بارنامه الکترونیک اشاره نموده، ولی از امضای الکترونیک سخنی به میان نیاورده و بیان نموده است که نسخه چاپی بارنامه

الکترونیک به صورت دستی امضا گردد. اطلاعات مذکور در ماده ۱۳۴ عبارت است از:
 ۱- عنوان بارنامه؛ بارنامه‌ها به صورت فرم متحدالشکلی توسط دولت چاپ می‌گردد و عنوان بارنامه و شماره سریال آن نیز ذکر می‌شود.

۲- مکان و تاریخ صدور سند؛ ماده ۱۴۳ در مورد تاریخ صدور بارنامه بیان می‌دارد: «تاریخ صدور بارنامه به عنوان تاریخ حمل تلقی می‌شود، مگر اینکه بارنامه شامل یادداشت بارگیری با درج تاریخ حمل باشد که در این صورت تاریخ درج شده در یادداشت بارگیری به عنوان تاریخ حمل تلقی می‌شود. در صورتی که صادرکننده بارنامه هنگام تنظیم بارنامه، تاریخ آن را مقدم بر تاریخ صدور بگذارد، در مقابل تحویل گیرنده کالا مسئول کلیه خسارات وارده به علت این تغییر تاریخ می‌باشد».

بنابراین تاریخ صدور بارنامه، تاریخ حمل تلقی می‌گردد؛ مگر اینکه صادرکننده بارنامه تاریخ حمل را در یادداشت بارگیری درج نموده باشد که در این صورت تاریخ مندرج، تاریخ حمل خواهد بود. همچنین قانونگذار ضمانت اجرای درج تاریخ مقدم بر تاریخ صدور را با این عبارت که صادرکننده مسئول کلیه خسارات وارده به علت تغییر تاریخ می‌باشد، مشخص نموده است.

۳- هویت فرستنده؛

۴- هویت متصدی حمل و نقل؛

۵- هویت گیرنده کالا اگر بارنامه به نفع حامل نباشد؛ با توجه به ماده ۱۳۶ این لایحه، بارنامه می‌تواند به نام یا به حواله کرد شخص معین و به نفع حامل صادر گردد. بنابراین اگر گیرنده، شخص معین یا به حواله کرد شخص معین باشد، باید هویتش در بارنامه قید گردد. بارنامه به نفع حامل نیز که هویت گیرنده در آن مشخص نیست، با خطر سرقت یا مفقود شدن مواجه است و بهتر است کمتر صادر گردد.

۶- مبدأ و مقصد کالا؛ مشاهدات حاکی از این است که گاه شرکت‌های حمل و نقل، بارنامه‌هایی با مقاصد غیرواقعی صادر می‌کنند تا بتوانند از سهمیه سوخت بیشتری استفاده نمایند. لذا سازمان راهداری و حمل و نقل جاده‌ای در بخشنامه شماره ۱/۷۴/۱۱۵۹۹۷ مورخ ۱۰/۰۸/۱۴۰۰ اعلام نمود در صورت عدم درج مقصد واقعی و مبلغ کرایه، به مؤسسات حمل و نقل تذکر داده شود و در صورت عدم رعایت، موضوع

در کمیسیون ماده ۱۲ رسیدگی به تخلفات شرکت‌های حمل و نقل طرح و تصمیم مقتضی اتخاذ گردد.

۷- اطلاعات ویژه‌ای که کالای موضوع قرارداد را مشخص می‌کند؛ مانند وزن و... و هر اطلاع دیگری که برای تعیین ماهیت کالا و قیمت آن لازم است.

در توضیح بند ۷ ماده ۱۳۴ نیز می‌توان گفت: به موجب ماده ۱۳۹ این لایحه: «فرستنده در برابر متصدی حمل و نقل، مسئول اظهاراتی است که برای درج در بازنامه در مورد مشخصات کالا مانند جنس، وزن و تعداد آن ارائه کرده است. در هر صورت متصدی حمل و نقل نمی‌تواند در برابر شخص ثالث ناآگاه به خلاف واقع بودن اظهارات فرستنده استناد نماید».

در ماده ۱۴۰ نیز بیان شده است:

«در صورتی که متصدی حمل و نقل یا نماینده او، ظن قوی و موجه در خصوص عدم صحت اظهارات مذکور در بند ۷ ماده ۱۳۴ این قانون از سوی فرستنده داشته باشد و به دلیل مواردی از قبیل بارگیری شدن یا نحوه بسته‌بندی کالا، امکان شناسایی یا تعیین وزن و سایر خصوصیات آن وجود نداشته باشد، متصدی حمل و نقل یا نماینده او باید مواردی را که ظن به عدم صحت آن دارد، به همراه دلایل خود در بازنامه قید نماید. در این صورت متصدی حمل و نقل در برابر فرستنده و شخص ثالث، مسئول خسارات ادعایی در خصوص موارد قید شده نیست. صدور بازنامه بدون هیچ قیدی، دلالت بر این دارد که کالا به نحو مذکور در بازنامه تحویل گرفته شده است».

بنابر مواد مذکور، فرستنده مسئول صحت اطلاعاتی است که در بند ۷ ماده ۱۳۴ بیان شده است و در صورتی که به واسطه اطلاعات خلاف واقع فرستنده، خسارتی به بار بیاید، خودش مسئول است نه متصدی حمل.

همچنین در ماده ۱۴۰ این لایحه بیان شده در مواردی که متصدی به عدم صحت اظهارات فرستنده مظنون است و محموله بارگیری شده یا بسته‌بندی آن به گونه‌ای است که متصدی امکان بررسی همه‌جانبه آن را ندارد، متصدی باید آن موارد را با ذکر دلیل در بازنامه قید کند تا از مسئولیت ناشی از عدم صحت اظهارات فرستنده مبرا گردد؛ در غیر این صورت وی مسئول خواهد بود.

۸- تاریخ تحویل کالا یا مدتی که کالا در آن مدت تسلیم شود و تاریخ‌بارگیری؛
 ۹- اجرت حمل‌ونقل و هزینه‌های دیگر با بیان اینکه بر عهده فرستنده است یا گیرنده؛ با توجه به تبصره ۲ ماده ۱۳۴ باید در بارنامه مشخص شود که هزینه‌ها و اجرت حمل‌ونقل را چه کسی پرداخت نماید و اگر بیان نشود، پرداخت هزینه‌ها و اجرت حمل با فرستنده است و متصدی نمی‌تواند با استناد به این امر که در بارنامه تکلیف پرداخت مشخص نشده است، آن را از شخص ثالث ناآگاهی که بارنامه به او منتقل می‌گردد، مطالبه نماید.

۱۰- شرایطی که در قرارداد حمل‌ونقل بیان شده است از قبیل شرایط ویژه بارگیری یا تخلیه، نوع وسیله انتخابی، مسیر تعیین شده، حدود مسئولیت‌ها و اعلام صریح خطرناک بودن کالا در موارد مقتضی؛ بدیهی است که موارد مذکور در این بند، در کیفیت بارگیری، تخلیه و حمل نقش مهمی دارد و در صورتی که به‌درستی مشخص و اعمال نشود، خساراتی به بار خواهد آمد. همچنین در صورت خطرناک بودن محموله، شرایط حمل با محموله غیرخطرناک متفاوت است و حمل محموله باید براساس قوانین و کنوانسیون‌های مربوط به حمل کالاهای خطرناک انجام گیرد.

۱۱- وضعیت ظاهری کالا؛ منظور وضع خارجی کالا یعنی سالم یا شکسته بودن، تمیز یا کثیف بودن کالا و... است و ناظر به ماهیت کالا و محتوای داخلی بسته‌ها نیست (براری‌چناری و جهانیان، ۱۳۹۵: ۲۷). این بند شاید حیاتی‌ترین بخش بارنامه باشد؛ زیرا گیرنده کالا به‌طور معمول فرصتی برای بررسی صحت اظهارات در مورد وضعیت ظاهری کالا ندارد و براساس همین توصیفات اقدام می‌کند.

۵-۲-۷. تعارض بین شرایط بارنامه و شرایط قرارداد حمل

بارنامه باید براساس موارد مندرج در ماده ۱۳۴ صادر گردد و چنانچه فرستنده، بارنامه را بدون اعتراض نسبت به مندرجات آن دریافت نماید، به معنای پذیرش موارد مندرج در بارنامه است و در صورتی که شرایط بارنامه با شرایط قرارداد حمل مغایر باشد، به حکم ماده ۱۴۱ لایحه تجارت ۱۳۹۸، شرایط مندرج در بارنامه ملاک عمل است.

نتیجه گیری

بسیاری از صاحبان کالا تمایلی به انعقاد قرارداد حمل و نقل جداگانه با متصدی ندارند و ترجیح می دهند که فقط سند بارنامه یا راهنامه صادر گردد و حمل و نقل براساس آن انجام گیرد. بنابراین ضرورت دارد که قوانین داخلی و کنوانسیون‌ها به خوبی مقررات مربوطه را تبیین نمایند.

در قانون مدنی ما، صحبتی از بارنامه یا راهنامه به میان نیامده است؛ زیرا قانونگذار برای تدوین این قانون به فقه نظر داشته است و در فقه به دلیل اقتضائات زمانه، قرارداد حمل و نقل را صنفی از اصناف عقد اجاره می دانستند و هیچ بحثی از اسناد حمل و نقل از جمله بارنامه و راهنامه نشده است و این اسناد ریشه در فقه ندارند. بنابراین حفظ قرارداد حمل و نقل در قالب سنتی آن و عدم توجه به اسناد مهمی چون بارنامه و راهنامه، علاوه بر اینکه جوابگوی مسائل امروزی حمل و نقل نیست، مشکلاتی را نیز به وجود می آورد. در نتیجه، قانونگذار در قانون تجارت، این قالب و ماهیت را تغییر داد و با نام بردن از بارنامه در ماده ۳۸۳، مشخص شد که این سند حمل را به رسمیت می شناسد و ضرورت آن را حس می کند؛ ولی دیگر به تعریف و ذکر مشخصات، ویژگی‌ها و مندرجات آن نپرداخته است.

اما در سال ۱۳۹۸، قانونگذار در لایحه تجارت، با اختصاص ۱۱ ماده (۱۳۳-۱۴۳) به بارنامه پرداخته و سعی نموده خلأهای موجود را پر نماید و حتی برخلاف تدوین کنندگان کنوانسیون‌های «سی ام آر» و «کوتیف»، در ماده ۱۳۳ به تعریف بارنامه پرداخته است.

بنابراین با توجه به آنچه در خصوص تعریف بارنامه و راهنامه و مباحث پیرامون آن بیان شد، مشخص می گردد که بارنامه و راهنامه ویژگی‌هایی دارند که سبب تمایز آن‌ها از یکدیگر می گردد. بارنامه سندی قابل انتقال و مبین مالکیت کالا است؛ ولی راهنامه غیرقابل انتقال است و امکان پشت‌نویسی و صدور به حواله کرد را ندارد.

با بررسی این ویژگی‌ها مشخص می گردد آن سندی که در کنوانسیون «سی ام آر» و «کوتیف» از آن نام برده شده و مشخصات آن ذکر گردیده است، در واقع از حیث

ماهیت و ویژگی‌ها، همان «راهنامه» یا «بارنامه جاده‌ای یا ریلی» است و فقط در ترجمه رسمی از لفظ «بارنامه» استفاده شده است.

همچنین در لایحه تجارت ۱۳۹۸، قانونگذار برای بیان اطلاعات مندرج در بارنامه به کنوانسیون‌های «سی ام آر» و «کوتیف» نظر داشته است؛ اما در اقدامی مثبت در بیان ویژگی‌های بارنامه، مطالبی را بیان نموده که به اختلاف نظرهای حقوق دانان در خصوص بارنامه پایان داده است.

یکی از اختلاف نظرها این بود که برخی حقوق دانان معتقد بودند آنچه در حمل و نقل جاده‌ای و ریلی صادر می‌گردد، فقط راهنامه است (یعنی ماهیت و ویژگی‌های راهنامه را دارد) نه بارنامه؛ اما با تعریفی که از بارنامه در لایحه تجارت ۱۳۹۸ بیان گردید، مشخص شد که در حمل جاده‌ای و ریلی هم می‌توان سندی صادر نمود که ویژگی و ماهیت بارنامه را دارا باشد.

همچنین حقوق دانان معتقد بودند که در حمل و نقل جاده‌ای و ریلی، سند حملی که صادر می‌گردد، غیرقابل انتقال است و دلیل بر مالکیت نیست و فقط رسید دریافت کالا است، که البته این عقیده آن‌ها عیناً برگرفته از آن چیزی است که در کنوانسیون‌های «سی ام آر» و «کوتیف» بیان شده است. اما قانونگذار در لایحه تجارت ۱۳۹۸ به صراحت به این امر اشاره نموده است که بارنامه بر مالکیت کالا برای دارنده آن دلالت می‌کند و می‌تواند قابل انتقال یا غیرقابل انتقال صادر شود. بنابراین بارنامه قابلیت انتقال دارد، مگر اینکه به صراحت در بارنامه بیان شده باشد که غیرقابل انتقال است. بارنامه چه قابل انتقال و چه غیرقابل انتقال باشد، دلالت بر مالکیت دارنده آن دارد.

پس قانونگذار در لایحه تجارت ۱۳۹۸ ضمن تعریف بارنامه، به خوبی ویژگی‌های آن را نیز بیان نموده است تا به اختلاف نظرهایی که عمدتاً برگرفته از بیانات کنوانسیون‌های «سی ام آر» و «کوتیف» است، پایان دهد.

البته با توجه به خلأهای موجود در زمینه مقررات حمل و نقل به‌ویژه در مبحث «بارنامه»، بهتر است مجلس، اجرای آزمایشی این قسمت از لایحه را درخواست نماید تا به اختلاف نظرهای موجود خاتمه دهد و سپس وزارت راه و شهرسازی نیز براساس تبصره ۳ ماده ۱۳۴ این لایحه، سامانه متمرکز صدور بارنامه الکترونیک را طراحی و

راه اندازی نماید.

همچنین موارد زیر پیشنهاد می گردد:

- ۱- در صدر ماده ۱۳۴ امضای الکترونیک نیز گنجانده شود.
- ۲- در بند ۱ به عنوان بارنامه، شماره سریال نیز اضافه گردد.
- ۳- در خصوص مقاصد غیرواقعی، تبصره‌ای به ماده ۱۳۴ اضافه گردد: «صدور بارنامه به مقاصد غیرواقعی به هر دلیلی از جمله فرار مالیاتی، تخلف است و صادرکننده بارنامه مسئول بروز خسارات و مشکلات ناشی از این اقدام می باشد و مشمول جرایم نقدی خواهد شد. در صورتی که برای فرار از پرداخت مالیات، اقدام به صدور بارنامه با مقصد غیرواقعی نموده باشد، جریمه دریافت شده صرف بازسازی و ایمنی جاده‌ها خواهد شد».
- ۴- به ماده ۱۳۴، تبصره‌ای دیگر بدین نحو اضافه شود: «در پشت برگه بارنامه چایی، کلیه حقوق و تعهدات طرفین قرارداد حمل با جزئیات و با حروف کاملاً ریز ذکر شود. در بارنامه الکترونیک صفحه‌ای با قلم ریز به این موضوع اختصاص یابد».
- ۵- از آنجایی که حمل بار بدون بارنامه از سوی پلیس راهنمایی و رانندگی جریمه اندکی دارد، برای جلوگیری از این تخلف پیشنهاد می شود علاوه بر چند برابر کردن میزان جریمه و اخذ آن، ماده‌ای نیز بدین صورت اضافه گردد: «حمل بار بدون صدور بارنامه تخلف محسوب می گردد و متخلف به پرداخت ۳ برابر جریمه اخذ شده توسط پلیس راه، در حق اداره راه و حمل و نقل جاده‌ای محکوم می شود. ضمناً متخلف پس از دریافت بارنامه، حق ادامه مسیر را دارد». البته صدور بارنامه در مسیر، مستلزم استقرار نمایندگان شرکت‌های حمل و نقل در مجاورت پلیس راه‌های سراسر کشور می باشد.



فهرست منابع

۱. السان، مصطفی، و وحید امینی، «مطالعه تطبیقی جایگزینی بارنامه کاغذی با بارنامه الکترونیکی دریایی»، *فصلنامه پژوهشنامه بازرگانی*، سال نوزدهم، شماره ۷۱، تابستان ۱۳۹۳ش.
۲. براری چناری، یوسف، و مجتبی جهانیان، «صدور و مندرجات بارنامه دریایی در قوانین ایران و اسناد بین‌المللی»، *مجله حقوقی دادگستری*، سال هشتادم، شماره ۹۳، بهار ۱۳۹۵ش.
۳. تقی‌زاده، ابراهیم، *حقوق حمل‌ونقل دریایی*، تهران، مجد، ۱۳۸۹ش.
۴. همو، *حقوق حمل‌ونقل ریلی*، تهران، مجد، ۱۳۹۵ش.
۵. جباری قره‌باغ، منصور، *حقوق حمل‌ونقل بین‌المللی جاده‌ای (بررسی کنوانسیون‌های سی‌ام‌آر‌وتیر)*، تهران، دانشگاه علامه طباطبایی، ۱۳۹۵ش.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۶ش.
۷. حبیبی، سعید، و هادی شعبانی کندسری، «بازپژوهشی نقش قبض در وضعیت رهن: مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام، ایران و فرانسه»، *دوفصلنامه آموزه‌های فقه مدنی*، دانشگاه علوم اسلامی رضوی مشهد، سال هشتم، شماره ۱۴، پاییز و زمستان ۱۳۹۵ش.
۸. خواجه‌زاده، امیر، *تأثیر قراردادهای خصوصی بر مسئولیت متصدی حمل‌ونقل جاده‌ای کالا در حقوق تجارت ایران و کنوانسیون C.M.R.*، تهران، مجد، ۱۳۹۵ش.
۹. داراب‌پور، مه‌راب، *اصول و مبانی حقوق تجارت بین‌الملل (کتاب دوم: حقوق بیع و حمل‌ونقل بین‌المللی و اینکوترمز ۲۰۲۰)*، با همکاری محمد سلطانی، رضا خشنودی، ماشاء‌الله بنیادنیاسری و میثم یاری، چاپ سوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۹ش.
۱۰. زمانی قدیمی، حمید، «مفهوم‌شناسی بارنامه در حمل‌ونقل داخلی و اسناد بین‌المللی»، اولین همایش ملی علوم اجتماعی، علوم تربیتی، روان‌شناسی و امنیت اجتماعی، تهران، ۱۳۹۶ش. دسترس‌پذیر در وبگاه سیویلیکا به نشانی <https://civilica.com/doc/672503>.
۱۱. ستوده تهرانی، حسن، *حقوق تجارت*، چاپ دوم، تهران، دادگستر، ۱۳۷۵ش.
۱۲. شهریاری، سیروس، *حقوق و مسئولیت صاحب کالا و متصدی حمل‌ونقل بین‌المللی جاده‌ای*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شیراز، ۱۳۷۸ش.
۱۳. عالی‌دایی، مسعود، *مسئولیت مدنی متصدی حمل‌ونقل جاده‌ای در مقابل مسافر*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی واحد شهر قدس، ۱۳۹۵ش.
۱۴. عرفانی، توفیق، *مسئولیت مدنی متصدیان حمل‌ونقل زمینی؛ جاده-ریل (راه‌آهن)*، چاپ سوم، تهران، جنگل، جاودانه، ۱۳۹۴ش.
۱۵. عرفانی، محمود، *حقوق تجارت (جلد سوم: اسناد تجاری)*، تهران، میزان، ۱۳۸۵ش.
۱۶. عمید، حسن، *فرهنگ عمید*، چاپ ششم، تهران، امیرکبیر، ۱۳۶۴ش.
۱۷. محسنی، سعید، و حسین صفوی شاملو، «راهنما در کنوانسیون CMR»، *دوفصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی*، سال چهارم، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۲ش.
۱۸. معین، محمد، *فرهنگ فارسی معین*، تهران، بهزاد، ۱۳۸۲ش.

International Carriage of Goods by Road” (CMR) and Convention concerning International Carriage by Rail (COTIF) noted but in expressing the characteristics of the bill of lading, pointed to cases that are not in line with the above conventions. Contrary to the viewpoint that in land transportation only a roadmap that is a non-transferable document can be issued has accepted the issuance of bill of lading in this type of transportation and ended the disputes in this regard.

Keywords: *Bill of lading, Roadmap, CMR Convention, COTIF Convention.*



compensate for the depreciation of the currency (whether in the case of low or high inflation).

Keywords: *Depreciation, Fungible, Non-fungible (Priceable), Money, Borrowing.*

Bill of Lading in the 2019 Trade Bill with Regard to the Bills of CMR and COTIF

- *Mahsa Nazari (PhD student in Private Law, Dept. of Law, Kermanshah Branch, Islamic Azad University, Kermanshah, Iran)*
- *Saeid Kheradmandi (Assistant professor, Dept. of Law, Kermanshah Branch, Islamic Azad University, Kermanshah, Iran)*

The bill of lading is a document that is the reason for the existence of a transport contract and is issued by the operator or his agent at the request of the sender and the ownership of the goods for its owner, the receipt of the goods by the operator and his obligation to surrender the goods. There is no record of the bill of lading in our jurisprudence and Civil Code and the word bill of lading only in Article 383 of the Commercial Law has been used, but has entered into our domestic laws for the reason of practical necessity in trade and consequently in the transportation of this document with a look at international trade law. In the 2019 Trade Bill which has not yet received the approval of the Council of Guardians, contrary to the Commercial Law of 1932 that the bill of lading is defined and the characteristics and information contained in it are stated. Our legislator in expressing the necessary information contained in the bill of lading to the conventions of Convention on the “Contract for the

The Validity of Compensation for Currency Depreciation in Case of Debt Contract's Stipulation of an Option

□ *Sayyid Hossein Mousavi Rad (Assistant professor, Dept. of Islamic Studies, Sabzevar Branch, Islamic Azad University, Sabzevar, Iran)*

□ *Sayyid Jaber Mousavi Rad (Assistant professor, Faculty of Theology & Islamic Studies, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran)*

There is no doubt that the existence of inflation will cause a depreciation of the currency. The question arises here: if one person lends another a certain amount, should the debtor in agreed time only return the same amount (nominal value) or if he or she is also the guarantor of the depreciation of the money. In this regard, some have considered the necessity of the guarantee of depreciation of the currency and some do not accept the guarantee of currency depreciation and some have differentiated between the case of high inflation and low inflation and others have detailed between usurpation and non-usurpation. It has been concluded in this article, while analyzing the nature of money and emphasizing the credibility of the value of money that if a person lends an amount to another and during the contract stipulates that the debtor must calculate and pay the depreciation of the money in addition to the nominal value according to inflation, complying with this condition is required and paying the amount equivalent to the amount of depreciation of the money is not considered augmentation in debt contract and it is not usury, but if the condition for the reduction of the value of the currency has not been fulfilled in the debt contract, it is not necessary to

How to extinct option is one of the most important topics in options. The role of possession in the unstable contract by option of meeting place is the main question in this research which has been answered by descriptive-analytical method. According to the findings of this research: Firstly, the criterion for realization of the examples of possession is custom; secondly, possession is accepted as an extinguishing of the right of option of meeting place and thirdly, there is no need to obtain consent to the sale (Bay') and waiving options for the realization of possession. In other words, the possession has subjectivity, not instrumentality (indicative characteristic); fourthly, up to the certainty of this ruling is the extinction of the option of meeting place by customer's possession in the object of sale. However, there are different jurisprudential views regarding the generalization of its decree to seller's possession (Article 450 of the Civil Code) in the consideration and customer's possession in the object of sale, and buyer's possession in the consideration (Article 451 of the Civil Code) and other options. This is despite the fact that Civil Code accepts possession's extinguishing of all options in articles 450 and 451 of the Civil Code. The generalization of this law to all options in the mentioned articles seems to be criticized.

Keywords: *Possession, Option of meeting place, Unstable contract, Binding power of contract, Termination of contract.*

property.” Law wants to obtain objects on the basis of “theory of commitment” and jurisprudence wants obtain property based on “theory of delivery.” The present method of performance at the law in order to achieve the right is the “fulfilment of obligation” according to these theories and the present method in jurisprudence in order to obtain property is the “delivery of property” according to these mentioned theories. Including that the law will solve the problems based on “violation and breach of commitment” and “subrogation in death” and jurisprudence will solve the problems based on “violation and breach of property” and the “existence of obligation” and each of which have different effects and verdicts. Therefore, the hierarch of Civil Code of the Islamic Republic of Iran, which is inspired by two sources of jurisprudence Fiqh (Arabic: *فقه*) and Roman law is like one person with two different personalities, because it has adopted Roman law in the case of “contracts and obligations in general,” and the basis is commitment and the basis is adoption in the case of “specific contract and the obligatory suretyship” that has been adapted from Ja’fari jurisprudence.

Keywords: *Obligation, Possession, Subrogation, Obligation, Violation of commitment, Violation of property.*

The Role of “Possession” in Unstable Contract by Option of Meeting Place (A Critique on Articles 450 and 451 of the Civil Code)

- *Mahdi Moazzami Goodarzi (Assistant professor, Dept. of Law, Faculty of Humanities, Ayatollah Boroujerdi University, Borujerd, Iran)*
- *Ahmad Deylami (Associate professor, Dept. of Private Law, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran)*

competencies of property as one of the following conditions of contracting parties in the financial contracts intended by Holy legislator, and marriage occurs in a non-financial nature. The ways of recognizing of maturity in marriage in any sense are also different and connected to legal and social issues in this regard. Many attempts to amend the civil code related to the age of marriage and still remain without any results are rooted in the juridical ambiguities of the issue. This article, which uses the sources of ḥadīth (Arabic: حديث) and jurisprudence using an analytical method, proves the hypothesis that maturity in marriage for most of the late jurists means the necessary intellectual maturity in choosing a spouse and starting a family, not the possession of preservation and competency of property. Clarity in presenting the desired concept of marriage as a condition for maturity in marriage ends many social problems that lead to the establishment of civil laws without adequate enforcement guarantees, and sometimes incompatible with Ja'farī jurisprudence.

Keywords: *Maturity, Condition of maturity, Extravagant, Marriage (Arabic: نكاح; nikāh).*

Method of Performance: “Fulfilment” in Law or “Delivering Property” in Jurisprudence

□ *Mostafa Karbalaee Aqazadeh (PhD in Private Law, Faculty of Law, Mofid University)*

□ *Jalil Qanavaty (Associate professor, Faculty of Law, Farabi College, University of Tehran)*

The issues of obtaining objects in law are under the method of “fulfilment” of the obligation and the issues of obtaining of property in jurisprudence are under the method of the “delivery of

the inference of the verdict in the next step. In the meantime, the approach to the subject through the ways of the text has not been overlooked by some. The result of the research is that the kind of views of the jurists and the way they deal with textual documents on the one hand and the unregulated effort in discovering the common position in interpreting transactional issues on the other hand has led to inevitable problems in the field of thematology and in this way identifying the areas of disagreement and its origin of disagreement and increasing delay in the thematology criteria helps to reduce the volume of differences and achieve common results.

Keywords: *Thematology of jurisprudential issues, Customary issues, Disagreement in identification of customary topics, Dissolution of transactions, Discrimination in prices, Separation of subjects.*

Analyzing the Role of Ambiguities of the Jurisprudential Concept of Maturity in the Unsuccessful Competencies of the Legal Age of Marriage for Girls

- *Zahra Farzanegan (PhD in Islamic Theology, University of Qom; Level 3 of Qom Sisters seminary- Jamiat al-Zahra)*
- *Mohsen Malek Afzali (Professor at Al-Mustafa International University)*

Although the famous Ja'farī jurists supposedly agree on the lack of independence of safīh (Arabic: سفیه, imbecile) in marriage, their interpretation of maturity and being extravagant is not the same. A key question arises about the relationship between “maturity” and “marriage” since “maturity” means the possession of preservation and



even non-initiative instances. It is possible to consider advocacy due to this recognition as having a single meaning that has many examples. The conflict between the articles of the Civil Code concerning advocacy will be resolved in this way and various instances of advocacy can be identified in law.

Keywords: *Advocacy, Article 681 of the Civil Code, Juridical act, Juridical fact, Legal advocacy.*

Analysis of Jurisprudential Thematology Approaches through a Case Study of Liquidity of Transactional Issues

- *Morteza Fakhar Shakeri (PhD student in Jurisprudence & Fundamentals of Islamic Law, Ferdowsi University of Mashhad, Iran)*
- *Muhammad Taqi Fakhlai (Professor, Ferdowsi University of Mashhad, Iran)*
- *Sayyid Muhammad Taqi Qabooli Dorafshan (Associate professor, Ferdowsi University of Mashhad, Iran)*

Jurisprudential thematology is one of the most wide-ranging areas of jurisprudential disagreement. This discrepancy has emerged in various ways and in various situations, including the problem of dissolution of transactional issues. This article, based on the descriptive-analytical and exploratory method, presents a picture of the widening disagreement and also explores the causes of the disagreement. Despite the fact that the customary nature of the matter is a maximum agreed subject, but the views in identifying how to arbitrate the custom have been varied and this difference has led to the failure of precise definition of the issue and this difference has led to

but other components are either not documented or have no strong documentation. Therefore, active Kufr is (denial and falsification) against beliefs, not just non-reaction.

Keywords: *Kufr* (Arabic: كفر, Denial or rejection of Islam), *Infidel* (Arabic: كافر, Romanized: Kāfir), *Components of Kufr*.

The Role of the Nature of Advocacy in Recognition of Its Distinct Examples in Civil Code

- *Muhammad Mahdi Azizollahi* (Assistant professor of Private Law, Faculty of Law, University of Qom)
- *Sayyid Mahdi Dadmarzi* (Associate professor of Private Law, Faculty of Law, University of Qom)
- *Ali Javadieh* (PhD student in Private Law, Faculty of Law, University of Qom)

Although Articles 656 and 657 of the Civil Code of the Islamic Republic of Iran have ruled that advocacy is a contract, the provisions of Article 680 and Article 681 can be considered contradictory to advocacy as contract. The cause of conflict in these articles can be found in the absence of explaining the nature of the legal institution. It can be concluded by examining the existing opinions, that all possible legal natures have been attributed to the advocacy institution. Some have considered it to be a contract, some have called it unilateral legal act, some have considered it to be something between a contract and unilateral legal act, and some have considered it to be a compound unilateral legal act. It was concluded in the present paper that each of the owners of the above opinions has looked at advocacy and considered that case as the nature of the advocacy, while it seems that advocacy has a comprehensive value (up to the comprehensive) that can hold contractual, unilateral legal act and

**The Analysis of the Concept of “Kufr”
(Arabic: کُفر, Denial or Rejection of Islam) in Fiqh
(Arabic: فقه, Jurisprudence) and Kalām
(Arabic: کلام, Philosophical Study of Islamic
Theology) and Its Jurisprudential Consequences**

- *Muhammad Ebrahim Roushan Zamir (Associate professor, Dept. of Quran & Hadith Sciences, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran)*
- *Mostafa Mahdavi Arjmand (PhD student in Quran & Hadith Sciences, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran)*

The widespread use of the word “Kufr” (Arabic: کُفر, Denial or Rejection of Islam) in religious texts, having a wide range of religious and jurisprudential dimensions, and the topics related to it as one of the most important challenges of Islamic societies in the present era, requires careful examination of the meaning of this term and its components. This article, which is organized in descriptive-analytic manner, seeks to analyze the definition of this term and its features in the expression of jurists and theologians and examine their validity narrative documentation. The jurists and theologians have considered things such as: denial and falsification, ignorance, doubt about the existence of God and the Prophet’s prophecy, lack of faith, disrupting foundations such as oneness (Arabic: توحيد, Romanized: Tawhīd, assertion of the unity of God) and ‘Adal (Arabic: عدل, justice), and belief in the causes for leaving Islam as components of Kufr. The findings of this research indicate that among the mentioned features, only rejection and denial have strong validity narrative documentation,

□ Hadi Aliabad Shuri (MA of Jurisprudence & Fundamentals of Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran)

The Infallible act (Fi'l al-Ma'sūm) of Imam 'Alayhi al-salām (Arabic: عليه السلام, literally: peace be upon him) can be used as a means of expressing religion and conveying the message. Two Ḥadīths (narrations) of “Ghiyāth” (Arabic: غياث) which indicate “Infallible act (Fi'l al-Ma'sūm)” and Ḥadīth of “Sakūnī” (Arabic: سكوني) which is a mixture of “speech and act” about “dealing with a debtor after proving insolvency” are contradictory at first sight and most jurists have sought to gather the two Ḥadīths. The present research has been concluded by a library method and descriptive-analytical method that the jurists, assuming a conflict between the two Ḥadīths, have placed different factors to the superiority of Ghiyāth's Ḥadīth over Sakūnī, but the fact that jurists attribute the difference of opinion about an insolvent debtor to the difference and conflict in aḥādīth does not seem to be so true and therefore there is no conflict between Ghiyāth's Ḥadīth and Sakūnī's Ḥadīth in order to need to be prefer one over the other and as a result, there is no contradiction between “obligation to give a respite for an insolvent person” and “obligation to teach” on his behalf and Sakūnī's Ḥadīth does not imply the incapacity of acts, but rather “the obligation of acquisition to fulfill the debt.”

Keywords: Debtor, Insolvency, Ghiyāth's Ḥadīth, Sakūnī's Ḥadīth, Infallible act.

An undetermined (undecided or pending) Mahr (Arabic: مهر) or Ṣidāq (Arabic: صداق, bride price) is a type of bride price that is not accurately known in the contract but the mechanism of its calculation has been determined. The parties in this presumption shall leave the bride price open to be determined the arbitrator by the customary date or the opinion of either the party or the third party. Now the question arises whether a marriage contract which seal is indeterminate through time is correct or not? Accordingly, the authors have analyzed the various viewpoints and examined the mentioned discussion from the perspective of Ja'farī jurisprudence and Iranian Legal Code. The research method of this study is descriptive. The research information is also collected as a library method. The findings of the research show that brief knowledge (Arabic: العلم الإجمالي, general knowledge) is enough to clear the ambiguity of bride price and there is no need for detailed knowledge (Arabic: العلم التفصيلي). Therefore, it is not necessary for the bride price to be specified at the time of the conclusion of the marriage contract, but it is sufficient to be able to determine it in the future.

Keywords: *Mahr (Arabic: مهر, Bride price), Undetermined (Undecided or pending), Aleatory, Nikāḥ al-mut'ah (Temporary marriage), Brief knowledge (Arabic: العلم الإجمالي, General knowledge).*

The “Method of Dealing with a Debtor after Proving Insolvency” with an Emphasis on the Infallible Act in Two Ḥadīth of Ghiyāth and Sakūnī

□ Sayyid Abu al-Qasim Hosseini Zaydi (Associate professor, Dept. of Jurisprudence & Fundamentals

cited in the jurisprudent's theology that the verse "But those of [blood] relationship are more entitled [to inheritance]" (Arabic: وَأَوْلُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ, Transliteration: waoloo alarhami baAAaduhum awla bibaAAadin) can be accepted as a general rule in response to the above question, and in the assumption of the anesthesia of the patient who has been removed from under the authority can also be referred to his relatives to obtain clearance. The legal and jurisprudential studies such as diligent search in cases of application and citation of the mentioned verse by the Ja'farī jurists by generalizing the verse or rectifying or isolating the effective cause as well as the rule of prohibition of detriment (Arabic: لَا ضَرَرَ, principle of harm) and think carefully about the practice governing the medical condition of the country at the present time, reinforces the hypothesis that the meaning of the guardian in this note is not a natural guardian (compulsory guardian) but is the satisfaction of one of the patient's first-degree relatives (customary guardian) which is jurisprudentially and legally is correct and will exempt the physician from liability.

Keywords: *Guardian of patient, Religious guardian, Customary guardian, Natural guardian (Compulsory guardian), Those of [blood] relationship (Arabic: وَأَوْلُو الْأَرْحَامِ, Transliteration: oloo alarhami).*

Undetermined Šidāq in the Mirror of Ja'farī Jurisprudence and Iranian Legal Code

- *Ebrahim Javanmard Farkhani (Assistant professor, Dept. of Theology, Gonbad Kavous University)*
- *Hamid Miri (Assistant professor, Gonbad Kavous University)*
- *Sayyid Muhammad Razavi (Assistant professor, Dept. of Law, University of Birjand)*

Australia and the United States and it is also tried to investigate the rules of Australian and American mining law on ownership of minerals by individuals after the issuance of multiple licenses and views on ownership of mines in Ja'farī jurisprudence. The results of the research show that an interpretation should be presented about the ownership of mines that does not interfere with private property to allow for proper exploitation of mineral deposits and amending the laws.

Keywords: *Possession, Property or rights belonging to no particular person (Arabic: مباحات), Public property (Arabic: أنفال, 'Anfāl), Mining, Mining law.*

The Conceptual Scope of Guardian of Patient in Note 2 of Article 495 of the Islamic Penal Code 2013

- *Hojjat Pooladin Toroqi (PhD student in Private Law, Razavi Univ. of Islamic Sciences, Mashhad, Iran)*
- *Sayyid Hassan Vahdati Shubairi (Associate professor, University of Qom, Qom, Iran)*
- *Sayyid Hamid Hosseini Alarzi (PhD student in Criminal Law & Criminology, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran)*
- *Hosseini Ebrahimzadeh (PhD student in Criminal Law & Criminology, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran)*

The legislator in Note 2 of Article 495 of the Islamic Penal Code, introduces the guardian of unconscious patient in order to consent to treatment or discharge (action regarding quittance) of certain damages as the father and the public guardian and authority (the Supreme Leader). This Note is derived from jurisprudential texts, and there is a question regarding the mentioned Note, who is meant by specific guardian? Do the patient's relatives have the entitlement to sign the medical clearance? The present research which is written in an analytical-descriptive method, concludes by examining the cases

Abstracts

The Jurisprudential-Legal Review of Ownership of Mines with a Look at Australian and American Law

□ *Mahdi Adami (PhD student in Private Law, Payam-e Noor University, Tehran, Iran)*

□ *Jalal Soltan Ahmadi (Assistant professor, Dept. of Law, Payam-e Noor University, Tehran, Iran)*

The failure of rectification of theoretical foundations has led to a plurality of conflicting laws in the field of mining. Civil Code of the Islamic Republic of Iran under the influence of Ja'farī jurisprudence on mine ownership considers these resources to be private ownership, while in 1998 in order to preserve the sovereignty of the state over mineral deposits, the new mining law was ratified and established state ownership of mines. In contrast, the two legal systems of Australia and the United States are the leading systems with a coherent basis in the field of mining. It is tried in this article to investigate the methods of mining ownership in the Islamic Republic of Iran,

Table of contents

The Jurisprudential-Legal Review of Ownership of Mines with a Look at Australian and American Law/ Mahdi Adami & Jalal Soltan Ahmadi	3
The Conceptual Scope of Guardian of Patient in Note 2 of Article 495 of the Islamic Penal Code 2013/ Hojjat Pooladin Toroqi, Sayyid Hassan Vahdati Shubairi, Sayyid Hamid Hosseini Alarzi & Hossein Ebrahimzadeh	35
Undetermined Şidāq in the Mirror of Ja‘farī Jurisprudence and Iranian Legal Code Ebrahim Javanmard Farkhani, Hamid Miri & Sayyid Muhammad Razavi	61
The “Method of Dealing with a Debtor after Proving Insolvency” with an Emphasis on the Infallible Act in Two Ḥadīth of Ghīyāth and Sakūnī Sayyid Abu al-Qasim Hosseini Zaydi & Hadi Aliabad Shuri	83
The Analysis of the Concept of “Kufr” (Arabic: كُفْر, Denial or Rejection of Islam) in Fiqh (Arabic: فقه, Jurisprudence) and Kalām (Arabic: كلام, Philosophical Study of Islamic Theology) and Its Jurisprudential Consequences Muhammad Ebrahim Roushan Zamir & Mostafa Mahdavi Arjmand	101
The Role of the Nature of Advocacy in Recognition of Its Distinct Examples in Civil Code Muhammad Mahdi Azizollahi, Sayyid Mahdi Dadmarzi & Ali Javadieh	121
Analysis of Jurisprudential Thematology Approaches through a Case Study of Liquidity of Transactional Issues/ Morteza Fakhar Shakeri, Muhammad Taqi Fakhlaei & Sayyid Muhammad Taqi Qabooli Dorafshan	147
Analyzing the Role of Ambiguities of the Jurisprudential Concept of Maturity in the Unsuccessful Competencies of the Legal Age of Marriage for Girls Zahra Farzanegan & Mohsen Malek Afzali	169
Method of Performance: “Fulfilment” in Law or “Delivering Property” in Jurisprudence Mostafa Karbalaei Aqazadeh & Jalil Qanavaty	197
The Role of “Possession” in Unstable Contract by Option of Meeting Place (A Critique on Articles 450 and 451 of the Civil Code) Mahdi Moazzami Goodarzi & Ahmad Deylami	227
The Validity of Compensation for Currency Depreciation in Case of Debt Contract’s Stipulation of an Option/ Sayyid Hossein Mousavi Rad & Sayyid Jaber Mousavi Rad	253
Bill of Lading in the 2019 Trade Bill with Regard to the Bills of CMR and COTIF Mahsa Nazari & Saeid Kheradmandi	275
English Abstracts/ Muhammad Hussein Golyari	320

صاحب امتیاز: **مجله علمی پژوهشی**

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 بی‌بی‌رحیمه ابراهیمی / دکتر امین امیرحسینی / حجة الاسلام دکتر جواد ایروانی /

دکتر مصطفی بختیاروند / دکتر علیرضا پوراسماعیلی / حجة الاسلام دکتر مصطفی

حسینی / حجة الاسلام دکتر سید ابوالقاسم حسینی زیدی / دکتر موسی حکیمی صدر /

حجة الاسلام دکتر مصطفی رجائی پور / دکتر محمد علی سعیدی / دکتر عباس علی

سلطانی / دکتر محمد صالح شاهنوش / دکتر مهران عبدلی / حجة الاسلام دکتر

ابوالفضل علیشاهی قلعه‌جوئی / حجة الاسلام دکتر حسین فرزانه / 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 و www.noormags.ir و www.magiran.com/razavi

و www.civilica.com و 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

بهار - تابستان ۱۴۰۳، شماره ۲۹



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

*The Scientific Research Journal of
Razavi University of Islamic Sciences*

Civil Jurisprudence Doctrines

No. 29

Spring & Summer 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