

# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## فهرست مطالب

مسئولیت مدنی اجیر اول در فرض واگذاری تعهد در فقه امامیه و حقوق ایران / سید وحید صادقی، محمد مهدی الشریف .....	۵
ارزیابی انتقادی ماده ۲۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی / یاسر تک‌فلاح، ابوالقاسم مرشدی .....	۳۳
نقش «اعتباری» دانستن حقوق خصوصی در حل چالش‌های آن / رضا دریائی .....	۶۱
مسئولیت مدنی بانک در مورد صندوق امانات مطالعه موردی: سرقت از بانک ملی شعبه دانشگاه شهر تهران / جعفر زنگنه شهرکی، سید مصطفی میلانی .....	۸۹
بازپژوهی فقهی - حقوقی اسقاط حق شفعه قبل از بیع توسط شفیع / محمدعلی سعیدی، مهدی میری، فرزانه کرمی، حجت پولادین طرقي .....	۱۱۳
امکان‌سنجی رجوع در هبه زوجین بر پایه آموزه‌های فقهی (نقدی بر ماده ۸۰۳ قانون مدنی با پیشنهاد اصلاح) / امین سلیمان کلوانق .....	۱۳۷
ادله اشتراط نقد بودن قراردادهای پایاپای تفاضلی در صورت مکیل یا موزون و ناهم‌جنس بودن عوضین / سید علی صداقت، غلامعلی معصومی نیا .....	۱۶۱
مبانی حجیتی «جمع بین حقیقین» و کاربردهای آن در فقه امامیه / ابوالفضل علیشاهی قلعه‌جوقی، فریبا طائی، شیما ناصری، ابوالحسن بختیاری .....	۱۸۳
امکان‌سنجی حقوق مالکانه صاحب زنوم در قراردادهای ژن‌پژوهی انسان‌محور / زهرا خسروجردی، محمدرضا غلام‌پور، سید محسن حسینی پویا .....	۲۰۵
تحلیل فقهی حقوقی جایگاه بیماری پاندمیک کرونا در حقوق قراردادها با نگاهی انتقادی به رویه قضایی / سید حسین تهامی، سید محمد مهدی قبولی درافشان، سعید محسنی، اعظم انصاری .....	۲۳۵
نقد دیدگاه شیخ انصاری در مورد غرر شخصی و نوعی در باب شرط بودن علم به عوضین در بیع / رحمت‌الله کریم‌زاده .....	۲۶۳
بررسی اشتراط اجتهاد در سِمَت داوری / حسین هوشمند فیروزآبادی، محمدجواد قاسمی‌زادگان، احسان یآوری .....	۲۸۷

## راهنمای تدوین مقالات

- مقاله باید حاصل نوآوری و پژوهش در زمینه تخصصی نشریه یا مطالعات بینارشته‌ای مرتبط باشد. در صورت ارسال همزمان چند مقاله، فقط مقاله اول داوری می‌شود.
- اطلاعات نویسنده مسئول و همکاران، این گونه تنظیم می‌شود: «رتبه دانشگاهی، نام گروه، نام دانشکده، نام دانشگاه، نام شهر، نام کشور، (نویسنده مسئول). رایانامه دانشگاهی».
- ارسال مقالات فقط از طریق سامانه نشریات علمی به نشانی <https://journals.razavi.ac.ir> انجام می‌گیرد.
- در تایپ مقاله فارسی، از قلم Irzar اندازه ۱۳، برای عبارات عربی از قلم Traditnal Arabic اندازه ۱۲ و برای کلمات انگلیسی از قلم Times New Roman اندازه ۱۲ استفاده می‌شود.
- پانویس‌های فارسی و عربی با قلم بالا و اندازه ۱۰ و پانویس انگلیسی با قلم بالا و اندازه ۹ باشد.
- در پانویس، در پایان اسامی یا اصطلاحات، نقطه گذاشته نمی‌شود.
- تعداد کلمات مقاله، بدون کلمات چکیده و کلیدواژه‌ها، نباید از ۸۰۰۰ کلمه بیشتر شود.
- مقاله باید شامل عنوان، چکیده، مقدمه، بحث، نتیجه‌گیری، سپاسگزاری و فهرست منابع باشد.
- چکیده مقاله در یک پاراگراف و بین ۱۵۰ تا ۲۵۰ کلمه و مایل (Italic) باشد.
- رعایت اصول چکیده‌نویسی ضروری است و در چکیده باید چهار قسمت درآمد (Introduction)، روش (Methods)، یافته‌ها (Results) و نتیجه‌گیری (Conclusion) وجود داشته باشد.
- کلیدواژه‌های مقاله (چهار تا هفت واژه) به دنبال هر چکیده بیاید. لطفاً از واژه «کلیدواژه‌ها» استفاده شود.
- کلیدواژه‌های فارسی و انگلیسی مطابق هم باشند.
- در مقدمه به «تعریف مسئله»، «پیشینه تحقیق»، «اهمیت، ضرورت و نوآوری پژوهش»، «سؤال یا سؤالات پژوهش» و «فرضیه یا فرضیه‌های تحقیق» پرداخته می‌شود.
- در مقدمه، ذکر «پیشینه پژوهش» الزامی است.
- تیتراژ «چکیده»، «مقدمه»، «نتیجه‌گیری و پیشنهادها» و «فهرست منابع» شماره‌گذاری نمی‌شود.
- تیتراژها با شماره ۱، ۲ و... و زیرمجموعه آنها از راست به چپ (۱-۱، ۱-۲) تنظیم می‌شود.
- رعایت دستور خط زبان فارسی فرهنگستان الزامی است.
- نقل قول مستقیم در صورت بیش از ۴۰ کلمه، در پاراگراف مایل (Italic) تنظیم می‌شود.
- ترجمه آیه و روایت، به دنبال متن عربی و پس از نقطه‌ویرگول (:): داخل گیومه قرار می‌گیرد.
- در عبارات عربی روایات و غیره یا رونوشت آنها از نرم‌افزارها، به اعراب‌های ضروری بسنده شود و از ناهماهنگی در اعراب‌گذاری پرهیزید.

- ارجاعات به شیوه APA (American Psychological Association) است.  
- نام کتاب و نشریه در متن و فهرست منابع، مایل (Italic) و عنوان مقالات در متن، داخل گیومه باشد.

- ارجاع به کتاب چنین است:

در متن: (نام خانوادگی، سال انتشار، ص / ج، ص).

مثال: (جوادی آملی، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۱۲).

در فهرست منابع: نام خانوادگی نویسنده، نام. (سال نشر). عنوان کتاب. محل نشر: نام ناشر.

مثال: جوادی آملی، عبدالله. (۱۳۸۶ش). رحیق مختوم. قم: اسراء.

- ارجاع به مقاله چنین است:

در متن: (نام خانوادگی نویسنده، سال نشر). مثال: (ایروانی؛ حق‌پناه، ۱۴۰۲).

در فهرست منابع: نام خانوادگی نویسنده، نام. (سال نشر). عنوان مقاله. عنوان نشریه، دوره

(شماره)، صفحه آغاز - پایان مقاله. DOI یا DOR مقاله.

مثال: ایروانی، جوادی؛ حق‌پناه، رضا. (۱۴۰۲ش). پاسخ به شبهه اسارت زن در دست مرد (بررسی

موردی: تجویز رابطه زناشویی با کنیز شوهردار در قرآن). آموزه‌های قرآنی، ۲۰(۳۸)، ۳-۲۵.

<https://doi.org/10.30513/qd.2023.5167.2133>

- درج شناسه DOI یا DOR در انتهای هر مقاله در فهرست منابع ضروری است.

- در فهرست منابع، نام مؤلف چند اثر، باید تکرار شود.

- نشریه در ویرایش مقالات آزاد است و آرای نویسندگان لزوماً دیدگاه نشریه نیست.

## اصول اخلاقی مجله

- فهرست نام نویسندگان نشان‌دهنده همکاری آنها در تدوین مقاله است. لذا تعیین نام نویسنده

مسئول و ترتیب نویسندگان ضروری است.

- نویسنده مسئول فردی است که در تهیه، آماده‌سازی و... مقاله، سهم عمده را دارد و مسئولیت

هر ایراد قانونی و رعایت ضوابط بر عهده اوست.

## حقوق نویسندگان و داوران

- اطلاعات شخصی نویسندگان برای کارشناسان و عوامل اجرایی و اعضای تحریریه مجله

محرمانه است و از آن محافظت می‌شود.

- داوری نشریه دوسویه ناشناس و نام داوران محرمانه است.

## قانون کپی‌رایت

- مقالات ارسالی نباید کپی‌برداری از آثار چاپ‌شده یا ترجمه آثار باشد و قبلاً در نشریه دیگری

چاپ شده یا برای نشریه دیگر همزمان ارسال شده باشد.

- در صورت تخلف نویسندگان، مطابق با ماده ۳ از فصل دوم قانون حمایت از حقوق پدیدآورنده (تأییدشده در وزارت علوم، تحقیقات و فناوری) رفتار خواهد شد.
- همپوشانی مقالات چاپ شده نویسنده یا نویسندگان تا ۱۰ درصد پذیرفتنی است و بیشتر از آن شامل قانون کپی رایت می گردد.



## Civil Liability of the Primary Contractor in the Event of Delegating Obligations in Imamiyyah Jurisprudence and Iranian Law

Sayyid Vaḥīd Šādiqī<sup>1✉</sup>, Muḥammad Mahdī al-Sharīf<sup>2</sup>

1. PhD Graduate in Private Law, Department of Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran. Email: [sv86sadeghi@ase.ui.ac.ir](mailto:sv86sadeghi@ase.ui.ac.ir)
2. Corresponding Author, Associate Professor, Department of Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran. Email: [m.alsharif@ase.ui.ac.ir](mailto:m.alsharif@ase.ui.ac.ir)

### Article Info

**Article type:**

Research Article

**Article history:**

Received 5 January 2023

Received in revised form 25 March 2023

Accepted 6 August 2023

Available online 19 August 2023

**Keywords:**

Lease, Hiring, Obligation, Civil liability, Contractual liability, Contractual liability arising from the act of another.

### ABSTRACT

In many hiring of persons contracts, the hiring delegates the performance of the obligation to a third party. For instance, a contractor who has undertaken a large-scale project may subcontract different sections to specialized subcontractors. Similarly, a surgeon might assemble a team to perform an operation under his/her supervision. The question that arises here is: In cases of delegated obligations, what responsibility does the first hiring bear if the third party causes damage? As a general rule, damage caused by a third party does not create liability for the hiring unless such liability has been explicitly or implicitly stipulated for the hiring. Unlike the laws of other countries, contractual liability arising from the act of a third party cannot be considered a principle in Iranian law. Similar approaches for the liability of the primary hiring in cases of damage caused by a third party can be considered through implied contract terms and governmental decrees.



**Cite this article:** Šādiqī, S., V.; al-Sharīf, M., M. (2024). Civil Liability of the Primary Contractor in the Event of Delegating Obligations in Imamiyyah Jurisprudence and Iranian Law. *Civil Jurisprudence Doctrines*, 16 (30), 5-32. <https://doi.org/10.30513/cjd.2023.4929.1836>



© The Author(s).

Publisher: Razavi University of Islamic Sciences.



## مسئولیت مدنی اجیر اول در فرض واگذاری تعهد در فقه امامیه و حقوق ایران

سید وحید صادقی<sup>۱</sup> | محمدمهدی الشریف<sup>۲</sup> ✉

۱. دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران. رایانامه: [sv86sadeghi@ase.ui.ac.ir](mailto:sv86sadeghi@ase.ui.ac.ir)

۲. نویسنده مسئول، دانشیار، گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران. رایانامه: [m.alsharif@ase.ui.ac.ir](mailto:m.alsharif@ase.ui.ac.ir)

### چکیده

### اطلاعات مقاله

امروزه در بسیاری از قراردادهای اجاره اشخاص، اجیر، انجام تعهد را به شخص ثالث واگذار می‌نماید، مانند پیمانکاری که یک پروژه عظیم را بر عهده گرفته و هر بخش را به یک پیمانکار فرعی واگذار می‌کند یا پزشکی که برای عمل جراحی، تیمی را به سرپرستی خود تشکیل می‌دهد. سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود آن است که در فرض واگذاری تعهد، ایراد خسارت توسط شخص ثالث چه مسئولیتی را برای اجیر اول رقم می‌زند؟ به‌عنوان قاعده اولیه، ایراد خسارت از سوی ثالث، مسئولیتی برای اجیر ایجاد نخواهد کرد، مگر این که این مسئولیت صراحتاً یا ضمناً بر اجیر شرط شده باشد. برخلاف حقوق کشورهای دیگر، مسئولیت قراردادی ناشی از فعل غیر را نمی‌توان در حقوق ایران به‌عنوان یک اصل مطرح نمود. راهکارهای مشابه برای مسئولیت اجیر اول در صورت ورود خسارت از سوی ثالث وجود دارد که در قالب شرط ضمن عقد و حکم حکومتی قابل طرح است.

نوع مقاله: علمی پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۰/۱۵

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۱/۰۵

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۵/۱۵

تاریخ انتشار آنلاین: ۱۴۰۲/۰۵/۲۸

کلیدواژه‌ها:

اجاره، اجیر، تعهد، مسئولیت مدنی، مسئولیت قراردادی، مسئولیت قراردادی ناشی از فعل غیر.



**استناد:** صادقی، سید وحید؛ الشریف، محمدمهدی. (۱۴۰۳). مسئولیت مدنی اجیر اول در فرض واگذاری تعهد در فقه امامیه و حقوق ایران. آموزه‌های فقهی مدنی، ۱۶ (۳۰)، ۵-۳۲. <https://doi.org/10.30513/cjd.2023.4929.1836>



© نویسندگان.

ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

## مقدمه

در فرض وجود عقد اجاره و ورود خسارت به مستأجر بر اثر نقض قرارداد، دو فرض قابل تفکیک است. صورت ساده آن، فرضی است که اجیر شخصاً متعهد به انجام قرارداد بوده و با تأخیر یا عدم انجام تعهد از سوی وی، خسارتی به طرف قرارداد وارد شده است. در این فرض، کسی در مسئولیت مدنی متخلف تردیدی ندارد، هرچند چنان که اشاره خواهد شد، در مبنای این مسئولیت و این که این مسئولیت از سنخ مسئولیت‌های قهری است یا ناشی از خود قرارداد است تردیدهایی وجود دارد. اما در برابر این صورت ساده، صورتی وجود دارد که اجیر، طی قرارداد دومی تمام یا بخشی از کار را به دیگری واگذار کرده و عمل این اشخاص که رابطه قراردادی مستقیم با متعهدله ندارند، منشأ نقض قرارداد و زیان متعهدله گردیده است. پرسش اساسی این مقاله پیرامون فرض اخیر است و این که آیا اجیر اول، نسبت به خساراتی که به واسطه عمل یا تقصیر ایادی بعدی به بار آمده مسئولیت مدنی دارد یا خیر؟ به عنوان مثال، در فرضی که تعمیرکار اتومبیل، تعمیر را به یکی از همکاران خود سپرده و او موجب آسیب به اتومبیل شده و یا پیمانکاری بخشی از پروژه را به پیمانکار فرعی سپرده و شخص اخیر به واسطه تعلل یا تقصیر خود باعث نقض قرارداد و ورود خسارت به متعهدله اصلی گردیده، آیا تعمیرکار یا پیمانکار اصلی، مسئولیت مدنی ناشی از عمل تعمیرکار یا پیمانکار منتخب خود را دارد یا خیر؟ ممکن است تصور شود این مسئله، مسئله واضحی است و اجیر نسبت به عمل افرادی که از سوی وی برای اجرای قرارداد به کار گرفته شده‌اند، مسئولیت مدنی داشته و این مسئولیت همان است که امروزه به نام «مسئولیت قراردادی ناشی از عمل غیر» شناخته می‌شود (یزدانیان، ۱۳۹۵، ج ۳، ص ۲۱۴). مرحوم استاد کاتوزیان در این باره می‌نویسد: «مسئولیت انجام تعهد به وسیله کارگزاران با طرف قرارداد است. احتمال دارد که شخص او در این زمینه هیچ تقصیری نداشته باشد، ولی در هر حال، مسئول افعال دیگران است و نمی‌تواند بدین بهانه خود را عهدشکن (شمارد)» (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۱۶۱). ایشان در توجیه این مسئله به ماده ۳۸۸ قانون تجارت در باب مسئولیت متصدی حمل و نقل نسبت به عمل مأمورین خود استناد کرده و آن را ویژه حمل و نقل نشمرده و لذا در باب وکیل و تعمیرکار و پیمانکار فرعی و

مسئولیت اشخاص حقوقی نسبت به عمل کارکنان نیز، مسئولیت وکیل دوم یا شاگرد تعمیرکار یا پیمانکار اول یا شخص حقوقی را مطابق قاعده می‌شمارد. از نظر ایشان، ملاک مسئولیت ناشی از عمل غیر که در مسئولیت غیر قراردادی مطرح است در اینجا نیز وجود دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۱۶۱). واقعیت این است که برخلاف این پیشینه و تصور که ظاهراً ذهنیت رایج در بین حقوق‌دانان و قضات ایران است، پذیرش مسئولیت مدنی متعهد اصلی در قبال عمل غیر به‌عنوان یک قاعده عام با ابهامات و اشکالات متعددی روبه‌روست و در انتساب این دیدگاه به قانون‌گذار ایران دشواری‌های جدی وجود دارد. این امر خود بیانگر ضرورت انجام این تحقیق است. در این راستا ابتدا به بررسی امکان واگذاری عقد اجاره در فقه و حقوق ایران خواهیم پرداخت. سپس به امکان‌سنجی پذیرش مسئولیت اجیر اول در فرض واگذاری اجاره اشاره خواهد شد.

## ۱. امکان واگذاری تعهد به دیگری

### ۱-۱. امکان واگذاری از منظر فقهی

بین فقها اختلافی نیست که اجیر، شخص دیگری را برای انجام عملی که بر عهده گرفته اجیر کند، مشروط بر این که شرط مباشرت بر اجیر نشده باشد و یا منصرف به مباشرت نباشد. منتها در جواز تسلیم عین مستأجره به عامل دوم بدون اذن مالک دچار اختلاف شدند. علی‌رغم آنچه بیان شد، در خصوص اجاره فرعی در میان فقها اختلاف نظر وجود دارد و آن این که آیا تسلیم عین مستأجره به اجیر ثانی بعد از انعقاد عقد اجاره ثانی، نیاز به اذن مالک دارد یا خیر؟ در این خصوص اقوال میان فقها مختلف است که در ذیل به آن اشاره می‌شود.

### ۱-۱-۱. قائلین به نیاز اذن مالک

مشهور قدما (طوسی، ۱۴۰۰، ص ۴۴۶؛ ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۴۶۷؛ حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۱۴۳) اذن را شرط دانسته و در صورت تسلیم بدون اذن، شخص را ضامن می‌دانند. از منظر این فقها بین جایز بودن واگذاری عمل و شرط اذن مالک در تسلیم به دیگری ملازمه وجود ندارد، زیرا امکان این هست که عامل دوم در عین مستأجره عمل کند، ولی عین مستأجره در ید اجیر اول باشد (نجفی، بی‌تا، ج ۲۷، ص ۳۲۰). در میان فقهای معاصر نیز



برخی به صراحت اذن مالک را شرط دانسته‌اند (سیستانی، ۱۴۱۵، ج ۲، ص ۱۲۴) و برخی به احتیاط (خمینی، ۱۳۹۲، ج ۱، ص ۶۱۶).

### ۱-۲. قائلین به عدم اذن مالک

مشهور فقهای متأخر (حلی، ۱۳۷۴، ج ۶، ص ۱۱۵؛ صیمری، ۱۴۲۰، ج ۲، ص ۳۳۰؛ مقدس اردبیلی، بی تا، ج ۱۰، ص ۳۸؛ بحرانی، ۱۳۶۳، ج ۲۱، ص ۶۳۲)، در صورتی که اجاره مطلق باشد و مالک منع نکرده باشد، قائل به جواز تسلیم عین مستأجره به اجیر دوم شدند. از منظر این فقها اگر اجاره مطلق باشد و مقید به مباشرت نبوده و مطلق باشد و از سوی دیگر، عمل از مقوله‌ای باشد که نیاز به تسلیم عین مستأجره است نیاز به اذن مالک نیست، زیرا عرفاً اذن ضمنی مالک به اقتضای عقد وجود دارد (خویی، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۲۷۲). همچنین روایت معتبر صفار (حر عاملی، ۱۴۱۶، ج ۱۹، ص ۱۴۶) دلالت بر جواز تسلیم بدون اذن مالک دارد، زیرا امام نفی ضمان نموده از شوینده لباسی که لباس را به دیگری داده و او آن را خراب کرده است.<sup>۱</sup> همچنین با پذیرش عدم ضمان در اجاره اعیان، به طریق اولی باید در اجاره اشخاص پذیرفت که تسلیم عین مستأجره نیاز به اذن مالک ندارد، زیرا در اجاره اعیان، ضمان با تسلیم عین برای استیفا منفعت بوده است و در آنجا ضمان را ساقط کردیم، حال در اجاره اشخاص، به طریق اولی باید قائل به سقوط ضمان بود، زیرا اسقاط ضمان همراه با تحصیل منفعت برای مالک است.

### ۱-۳. قائلین به تفصیل

قول دیگر تفصیل بین تسلیم به امین و غیر امین است، به صورتی که اگر اجیر دوم امین باشد جایز است که بدون اذن مالک به او تسلیم شود و در غیر این صورت باید اذن مالک وجود داشته باشد. محقق حلی در مختلف این قول را به ابن جنید منسوب دانسته است (حلی، ۱۳۷۴، ج ۶، ص ۱۱۵). برخی بزرگان معاصر مانند آیت الله حکیم و خویی نیز این نظر را پذیرفته و بیان داشته‌اند که جایز نیست تسلیم عین به اجیر مگر آن که مستأجر ثانی امین باشد (حکیم، ۱۴۳۳، ج ۲، ص ۱۵۸؛ خویی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۹۳؛ وحید، ۱۳۸۶، ج ۳، ص ۱۰۱)، زیرا ید

۱. همچنین روایت صحیح علی بن جعفر از امام کاظم (ع) که دلالت بر عدم ضمان مستأجر در فرض تسلیم حیوان مورد اجاره به غیر دارد (حرعاملی، ۱۴۱۶، ج ۱۹، ص ۱۱۸).

اجبر ید امانی است و مقتضای آن حفظ عین و قرار ندادن آن در معرض خطر است (خویی، ۱۴۱۸، ج ۳۰، ص ۲۷۲). لذا در صورت تسلیم عین به غیر امین، ید او به ید ضمانی تبدیل می‌شود، چنان‌که در صحیح صفار مدلول قول امام (ع) است که: «او ضامن است مگر این که شخص امین باشد» (حکیم، ۱۳۷۴، ج ۱۲، ص ۸۹).

## ۲-۱. امکان واگذاری از منظر حقوقی

مطابق ماده ۴۷۳ قانون مدنی ایران «لازم نیست که موجر مالک عین مستأجره باشد، ولی باید مالک منافع آن باشد». ماده ۴۷۴ نیز در ادامه بیان می‌دارد: «مستأجر می‌تواند عین مستأجره را اجاره بدهد». قانون مدنی ایران در خصوص این که آیا تسلیم عین مستأجره به مستأجر دوم منوط به اذن مالک است یا خیر، سکوت کرده است. برخی از حقوق‌دانان نظر مشهور فقها را پذیرفته و اذن مالک را در تسلیم عین مستأجره شرط نمی‌دانند (امامی، بی‌تا، ج ۲، ص ۷؛ محقق داماد، ۱۳۸۴، ص ۲۳۸؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۳۷۶؛ شهیدی، ۱۳۸۸، ص ۹۱؛ قاسم‌زاده، ره‌پیک، و کیایی، ۱۳۹۰، ص ۱۷۷). به اعتقاد این اساتید، اذن در شیء اذن در لوازم آن است و وقتی اجاره از سوی مستأجر صحیح است، لوازم آن مانند تسلیم عین مستأجره نیز مشروع است. در این میان، دکتر کاتوزیان بعد از پذیرش عدم ضرورت اذن برای تسلیم، بیان می‌دارند: «در مواردی که انتفاع از عین ملازمه با قبض آن ندارد (مانند اجاره اتومبیل و حیوان برای حمل بار که ممکن است به وسیله موجر هدایت شود)، تسلیم آن به مستأجر جدید نیاز به اذن مالک دارد و اقدام به آن ضمان‌آور است، زیرا تسلیم عین را ملازمه آن با اجاره مباح می‌کند و تا حدی است که انتفاع اقتضا دارد. در فرض ما حمل بار تسلیم منفعت است و نیازی به تسلیم اضافی حیوان با اتومبیل احساس نمی‌شود» (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۳۷۶). در مقابل، برخی حقوق‌دانان اذن مالک را شرط می‌دانند (باریکلو، ۱۳۹۴، ص ۳۰۱).

مطابق اصل ۱۶۷ قانون اساسی، قاضی مکلف است با استفاده از منابع معتبر فقهی و فتاوای معتبر حکم صادر نماید. در فقه نیز این امر محل اختلاف است، ولی مشهور فقها در تسلیم عین مستأجره به مستأجر دوم اذن مالک را نیاز نمی‌دانند و قاضی می‌تواند با توجه به این نظر مشهور فصل خصومت نماید. البته به نظر می‌رسد نویسندگان قانون مدنی

نیز در این خصوص از نظر مشهور تبعیت ننموده‌اند، زیرا مطابق ماده ۵۴۱ قانون مدنی، «عامل می‌تواند برای زراعت اجیر بگیرد یا با دیگری شریک شود، ولی برای انتقال معامله یا تسلیم زمین به دیگری رضای مزارع لازم است». قائلین به عدم لزوم اذن مالک در تسلیم عین مستأجره، قائل به عدم لزوم اذن مزارع در تسلیم زمین به عامل دوم هستند و برعکس، قائلین به لزوم اذن مالک در تسلیم عین مستأجره به مستأجر ثانی، قائل به لزوم رضای مزارع در تسلیم زمین به عامل دوم هستند. بنابراین، می‌توان نتیجه گرفت که با توجه به لزوم رضای مزارع در تسلیم زمین به عامل دوم، قانون مدنی در خصوص اجاره نیز به لزوم اذن مالک در تسلیم عین مستأجره نظر دارد.

## ۲. بررسی مسئولیت اجیر اول در فرض واگذاری تعهد

در خصوص مبنای مسئولیت متعهد اختلاف وجود دارد. چنان‌که اشاره شد، بسیاری از حقوق‌دانان، اجیر اول را از باب «مسئولیت قراردادی ناشی از فعل غیر» مسئول می‌دانند. به نظر می‌رسد که پذیرش مسئولیت قراردادی ناشی از فعل غیر در حقوق ایران امکان‌پذیر نیست. در ذیل، ابتدا به نقد این نهاد می‌پردازیم و سپس مطابق مبانی پذیرفته‌شده در فقه و حقوق ایران پاسخ مسئله را خواهیم داد.

### ۲-۱. موانع پذیرش مسئولیت قراردادی ناشی از فعل غیر در حقوق ایران

#### ۲-۱-۱. تغییر مواد قانون مدنی فرانسه در خصوص مسئولیت قراردادی ناشی از

#### فعل غیر، در قانون مدنی ایران

در حقوق ایران برخلاف مسئولیت تقصیری یا قهری ناشی از عمل غیر که به صورت قاعده کلی در ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی آمده، در خصوص مسئولیت قراردادی ناشی از عمل دیگری نه تنها همچون حقوق فرانسه هیچ متن عامی که دلالت بر پذیرش چنین مسئولیتی نماید وجود ندارد (یزدانیان، ۱۳۹۵، ج ۳، ص ۲۱۵)، بلکه از قضا، برخی از مواد قانون مدنی فرانسه که در موارد خاص دلالت بر چنین مسئولیتی داشته و حقوق‌دانان فرانسوی برای اثبات قاعده کلی از آن‌ها استفاده کرده‌اند، در قانون مدنی ایران تغییر یافته و پذیرش قاعده از سوی قانون‌گذار ایران را با تردید بیشتر روبه‌رو ساخته است. برای مثال، ماده ۱۹۹۴ قانون مدنی فرانسه وکیل اول را در فرضی که حق توکیل نداشته مسئول اعمال وکیل

دوم دانسته، درحالی که ماده ۶۷۳ قانون مدنی ایران که از همین ماده اقتباس شده است، عبارت «وکیل پاسخگوی وکیلی است که جانشین خود کرده» که صراحتاً بر پذیرش مسئولیت در خصوص وکالت بدون حق توکیل دلالت دارد را حذف و به جای آن از مسئولیت هر وکیل نسبت به آنچه هر یک مسبب بوده سخن گفته است. به موجب ماده ۶۷۳، «اگر وکیل که وکالت در توکیل نداشته انجام امری را که در آن وکالت دارد به شخص ثالثی واگذار کند، هر یک از وکیل و شخص ثالث در مقابل موکل نسبت به خساراتی که مسبب محسوب می‌شود مسئول خواهد بود». چنان که از ظاهر ماده برمی‌آید، نویسندگان قانون مدنی ایران به جای پاسخگو شمردن وکیل اول، هر کدام را مسئول خساراتی دانسته‌اند که سبب شده‌اند. برداشت مسئولیت تضامنی یا مسئولیت وکیل اول نسبت به خساراتی که وکیل دوم مسبب آن بوده، از ظاهر این ماده بسیار دور است، هرچند برخی از نویسندگان حقوق ایران، ماده ایرانی را مشابه معادل فرانسوی قلمداد کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ج ۴، ص ۱۶۸؛ یزدانیا، ۱۳۹۵، ج ۳، ص ۲۲۷). به هر حال، قانون‌گذار ما در این فرض که به دلیل عدم حق توکیل، مسلماً وکیل اول در تفویض کار به وکیل دوم مقصر بوده، از تصریح به مسئولیت ناشی از فعل غیر اجتناب کرده و این موضع‌گیری با ادعای پذیرش مطلق مسئولیت قراردادی ناشی از فعل غیر از سوی مقنن ایران یا دست‌کم در قانون مدنی به‌دشواری قابل جمع است. مورد دیگری که نشان از مخالفت یا حداقل تردید نویسندگان قانون مدنی در پذیرش این قاعده، حتی در موارد استثنائی مورد تصریح قانون‌گذار فرانسوی دارد، تغییراتی است که قانون‌گذار مدنی ایران برای تدوین ماده ۲۷۸ خود در ماده ۱۲۴۵ سابق قانون مدنی فرانسه (که با تغییراتی در ماده ۵-۱۳۴۲ جدید منعکس گردیده) داده است. ماده مزبور مقرر می‌داشت: «بدهکار یک مال معین و معلوم با تسلیم آن در وضعی که حین تسلیم دارد از تعهد آزاد می‌گردد، به شرط این که نقص و خرابی حاصله در مال، ناشی از عمل یا تقصیر خود وی یا عمل و تقصیر کسانی که وی مسئول عمل آنان است نباشد». عبارت «عمل و تقصیر کسانی که وی مسئول عمل آنان است» به‌خوبی بیانگر مسئولیت ناشی از فعل غیر است. چنان که اشاره شد، این ماده منشأ اقتباس ماده ۲۷۸ قانون مدنی ایران است که مقرر می‌دارد: «اگر موضوع تعهد عین معینی باشد، تسلیم آن به صاحبش در وضعیتی که حین تسلیم دارد

موجب برائت متعهد می‌شود، اگرچه کسر و نقصان داشته باشد، مشروط بر این که کسر و نقصان از تعدی و تفریط متعهد ناشی نشده باشد، مگر در مواردی که در این قانون تصریح شده است. ولی اگر متعهد با انقضای اجل و مطالبه، تأخیر در تسلیم نموده باشد، مسئول هر کسر و نقصان خواهد بود، اگرچه کسر و نقصان، مربوط به تقصیر شخص متعهد نباشد. در این ماده، نویسنده قانون مدنی عبارت «عمل و تقصیر کسانی که وی مسئول عمل آنان است» را حذف نموده است. برخی نویسندگان بر آن‌اند که مقنن در مقام نفی مسئولیت قراردادی ناشی از فعل غیر نموده است (یزدانیان، ۱۳۹۵، ج ۳، ص ۲۳۱) و فرضی را که مال به وسیله کسانی تلف می‌شود که امین مسئول اقدام آن‌هاست (مانند کارگران هنگام کار) باید به موارد ضمان امین افزوده شود، زیرا احتمال دارد امین مقصر نباشد، ولی مسئول فعل دیگران قرار گیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۴۰). با وجود این، تغییرات صورت گرفته در قانون مدنی ایران حداقل این احتمال را تقویت می‌کند که نویسندگان فقیه قانون مدنی در پذیرش مسئولیت قراردادی ناشی از عمل دیگری با مشکلاتی روبه‌رو بوده‌اند و چنان که خواهیم دید، به احتمال قوی، مبانی فقهی مورد قبول نویسندگان قانون مدنی اجازه پذیرش چنین مسئولیتی را نمی‌داده است. خلاصه سخن این که قانون مدنی ایران نه تنها به نحو عام از وجود چنین مسئولیتی سخن نگفته، بلکه موارد استثنایی که در قانون مدنی فرانسه به‌عنوان مصادیقی از این مسئولیت شناخته شده را نیز چنان تغییر داده که نتوان از آن‌ها حتی به صورت استثنایی نیز مسئولیت قراردادی ناشی از فعل غیر را برداشت نمود. با وجود سکوت یا تردید قانون مدنی در پذیرش این مسئولیت به نحو عام یا خاص، قانون‌گذار ایران در یکی یا دو مورد، به مصادیقی از این مسئولیت اشاره کرده و لذا در واقع، بحث حول این نکته متمرکز می‌شود که آیا از این دو متن می‌توان استخراج قاعده عمومی نمود یا خیر؟ به‌عنوان مثال، در ماده ۳۸۸ قانون تجارت، متصدی حمل و نقل، مسئول حوادث و تقصیراتی که در مدت حمل واقع گردیده، دانسته شده است، «اعم از این که خود مباشرت به حمل و نقل نموده باشد یا حمل و نقل‌کننده دیگری را مأمور کرده باشد». مرحوم استاد کاتوزیان بدون هیچ توجیه روشنی حکم این ماده را قابل تعمیم به تمامی موارد دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۴۰) و در تأیید وجود این قاعده در حقوق ایران به ماده ۶۷۳ قانون مدنی نیز در باب وکالت توکیلی استناد

کرده‌اند که همان‌گونه که گذشت، این ماده نه تنها بر چنین مسئولیتی دلالت نداشت، بلکه با توجه به تغییراتی که نویسنده قانون مدنی ایران در نسخه فرانسوی داده بود، از شواهد عدم پذیرش این قاعده از سوی قانون‌گذار مدنی به حساب می‌آید. از سوی دیگر، به نظر می‌رسد مسئولیت مقرر در ماده ۳۸۸ قانون تجارت با مبانی حقوقی و فقهی سازگار نباشد. حکم مقرر در ماده ۳۸۸ قانون تجارت خلاف قاعده است. قانون مدنی مسئولیت متصدی حمل و نقل را در قالب عقد اجاره و بر مبنای فقه تبیین نموده است. مطابق مبانی قانون مدنی، متصدی حمل و نقل امین محسوب می‌شود. در فرضی که متصدی حمل و نقل اذن در واگذاری تعهد داشته باشد یا اطلاق قرارداد این اجازه را به او داده باشد، در صورتی که مرتکب تعدی و تفریط نشود و شخص مناسبی را برای این کار بگمارد و شخص ثالث مرتکب اتلاف مال گردد، مسئول دانستن متصدی حمل و نقل اول با مبانی سازگار نیست. نظریات شورای نگهبان در خصوص عدم مسئولیت شرکت در صورتی که تقصیر صرفاً منتسب به راننده باشد، نشان از آن دارد که حکم مقرر در ماده ۳۸۸ قانون تجارت موافق مبانی شرعی نیست (نظریات شماره ۸۴/۳۰/۱۱۴۲۶ مورخ ۱۳۸۴/۱/۲۵ و شماره ۹۹/۱۰۲/۱۶۸۱۳ مورخ ۹۹/۲/۲۱).<sup>۱</sup>

تنها مورد دیگری که برای اثبات وجود چنین قاعده‌ای در حقوق ایران مورد استناد قرار گرفته (یزدانیان، ۱۳۹۵، ج ۳، ص ۲۲۳)، بند «ب» ماده ۲۴ پیمان است که مقرر می‌دارد: «... پیمانکار مسئول تمام عملیاتی است که توسط پیمانکاران جزء یا کارکنان آن‌ها انجام می‌شود...»، از مستندات مسئولیت قراردادی ناشی از عمل غیر قلمداد شده است. به نظر می‌رسد تمسک به این مقرر برای پذیرش این مسئولیت به‌عنوان یک قاعده، صحیح نباشد، زیرا اولاً این مقرر به‌عنوان قانون نبوده و تنها یک دستورالعمل از ناحیه سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی است. ثانیاً این مقرر به‌عنوان یک دستورالعمل، دارای مقررات آمره نبوده و تنها قراردادهای پیمان مبتنی بر آن شکل می‌گیرد. در این راستا شورای نگهبان در خصوص بند «ط» ماده ۱۷ این دستورالعمل این‌گونه مقرر داشته است: «مورد شکایت خلاف شرع دانسته نشد. توضیح این که پیمانکار بر اساس این پیمان، از جمله بند

۱. می‌توان حکم قانون مبتنی بر مسئولیت متصدی حمل و نقل اول ناشی از عمل متصدیان فرعی را بر مبنای شرط ضمنی ضمان توجیه نمود که در قسمت راهکارها به آن اشاره می‌گردد.

«ط» مورد شکایت، قرارداد خود را با کارفرما منعقد نموده است و قرارداد مبنیاً بر این پیمان و شرایط منعقد شده است و با توجه به این که اصل مفاد بند «ط» خلاف شرع نیست الزامات موجود در آن نیز خلاف شرع نمی باشد» (نظریه شماره ۱۵۷۲/۱۰۰/۹۶ مورخ ۹۶/۳/۳۱). بنابراین، چون قراردادهای پیمانکار و کارفرما مبتنی بر این دستورالعمل است، نوعی شرط ضمن عقد بوده که طرفین ملزم به آن محسوب می شوند.

به طور خلاصه می توان گفت قانون گذار ایران تنها در این دو مورد به چنین مسئولیتی اشاره کرده و برای اثبات وجود قاعده باید ثابت گردد که این دو مورد، استثنا نبوده و با مبانی کلی حاکم بر حقوق ایران سازگار است.

## ۲-۱-۲. اختلاف اساتید حقوق ایران در پذیرش مسئولیت قراردادی ناشی از فعل

### غیر

اختلاف بین اساتید حقوق در پذیرش این قاعده در حقوق ایران جای تردید در پذیرش این قاعده را به وجود می آورد. مرحوم استاد کاتوزیان مجموعاً دو یا سه صفحه به این موضوع اختصاص داده اند و چنان که گذشت، به استناد ماده ۳۸۸ قانون تجارت و ماده ۶۷۳ قانون مدنی و بدون توجیه روشنی، حکم به وجود قاعده مسئولیت مدنی قراردادی ناشی از عمل غیر داده اند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۱۶۲). استاد جعفری لنگرودی در کتاب ترمینولوژی حقوق بدون ذکر مبانی و به اختصار تمام، از دو قسم مسئولیت قراردادی ناشی از عمل غیر یعنی مسئولیت ناشی از عمل متعهد دوم که به موجب قرارداد، مکلف به اجرای قرارداد شده، و مسئولیت محجور در قبال نقض عهد نماینده قانونی خود، سخن گفته اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۹، ص ۶۷۲)، که کاملاً مشابه با دیدگاهی است که در حقوق آلمان و سوئیس و مصر پذیرفته شده و برخی حقوق دانان فرانسوی، آن را پذیرفته اند، و به ویژه ذکر قسم دوم که در حقوق ما کاملاً نامأنوس است حکایت از تقلید از حقوق بیگانه دارد.

اساتید دیگری نیز در این خصوص قائل به مسئولیت متعهد اول هستند، هرچند برخی آن را در قالب مسئولیت قهری ناشی از فعل غیر (حکمت‌نیا، ۱۳۸۹، ص ۲۷۴) و برخی آن را در چهارچوب مسئولیت قراردادی تحلیل نموده اند (بابایی، ۱۳۹۴، ص ۱۵۰؛ وحدتی شبیری، ۱۳۸۵، ص ۱۸۷). مرحوم استاد شهیدی برخلاف اساتید یادشده، اولاً مسئولیت قراردادی را نسبت

به متعهد نمی‌پذیرد، زیرا به حسب فرض، فرد ثالث سبب نقض قرارداد شده نه متعهد اصلی، و عمل او در حکم قوه قاهره برای متعهد اصلی بوده است. ثانیاً مسئولیت قراردادی نسبت به ثالث را نیز به دلیل عدم وجود قرارداد بین متعهد اصلی و ثالث منتفی می‌دانند و بالاخره مسئولیت قهری و از باب تسبیب را نیز صرفاً متوجه متعهد فرعی یا همان ثالث می‌دانند (شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۲۱۶-۲۱۹). هرچند در خصوص مسئولیت مدنی قراردادی ناشی از عمل غیر سخن چندان در حقوق ما یافت نمی‌شود، اما تعداد اندکی از اساتید حقوق مسئولیت مدنی ایران به نحو مستوفای به این موضوع پرداخته و در نهایت، جانب وجود چنین قاعده عامی را ترجیح داده‌اند (یزدانیان، ۱۳۹۵، ج ۳، ص ۲۴۹).

### ۲-۱-۳. ایرادات این نظر در عقد اجاره

ایرادات جدی در تطبیق این قاعده با مبانی حقوق ایران وجود دارد. حتی حقوق دانان باورمند به وجود قاعده در حقوق ایران نیز به تفاوت‌های حقوق ایران و فرانسه توجه داشته‌اند و حکم ماده ۱۷۳۵ قانون مدنی فرانسه که مستأجر اول را مسئول زیان و خرابی ناشی از مستأجر دوم دانسته و به نوعی می‌توان آن را از مصادیق مسئولیت قراردادی ناشی از فعل غیر در حقوق فرانسه دانست، مغایر با مبانی قانون مدنی ایران دانسته و معتقدند در حقوق ایران، اگر مستأجر حق اجاره به دیگری را داشته باشد، مسئولیتی در قبال خسارات مستأجر دوم ندارد (یزدانیان، ۱۳۹۵، ج ۳، ص ۲۴۹). به نظر می‌رسد تفاوت‌های حقوق ایران و فرانسه در این موضوع به این حد محدود نبوده و در موارد بسیار دیگری نیز باید از پذیرش این مسئولیت چشم پوشید. یک نمونه آن، موارد خسارت جسمانی است که به دلیل حکومت بلامنازع قانون مجازات اسلامی، دیه یا ارش بر کسی مستقر می‌گردد که مسبب ورود آسیب بوده و مثلاً جراح طرف قرارداد که نقشی در ورود آسیب به بیمار نداشته، در قبال اعمال زیان‌بار سایر اعضای تیم جراحی، مثلاً متخصص بیهوشی، به صرف این که طرف اصلی قرارداد بوده، به دیه یا ارش محکوم نخواهد شد.

فرضی که قائلین به مسئولیت قراردادی ناشی از فعل غیر در خصوص اجاره تصور نمودند زمانی است که موجر یا مستأجر تعهدات قراردادی خود را به دیگری واگذار نماید و شخص اخیر از اجرای تعهدات طفره رود و به طرف عقد اجاره خسارتی وارد آید. در



این صورت می‌توان سخن از مسئولیت مدنی قراردادی ناشی از عمل غیر نمود. برای مثال، در اجاره یک دستگاه خودرو طبق عقد اجاره، موجر متعهد به تسلیم آن به مستأجر است. در این فرض اگر موجر آن را به گماشته خود تحویل دهد تا آن را به مستأجر تسلیم نماید و گماشته آن را در زمان مقرر در عقد تحویل ندهد و به مستأجر خسارتی وارد شود، موجر در مقابل مستأجر مسئولیت مدنی قراردادی ناشی از عمل غیر خواهد داشت. همچنین مستأجر متعهد است تا اجاره بها را در مواعد مقرر بین طرفین به موجر بپردازد. در این فرض اگر مستأجر مبلغ مزبور را به خادم خود بدهد تا آن را به موجر بپردازد و وی از این امر اجتناب ورزد و خسارتی به موجر وارد آید، مستأجر در مقابل موجر مسئولیت قراردادی ناشی از عمل غیر خواهد داشت (یزدانیان، ۱۳۹۵، ج ۳، ص ۲۲۶).

به نظر می‌رسد در این فرض نیز مسئولیت فوق محقق نمی‌شود. ماده ۴۷۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «موجر باید عین مستأجره را تسلیم مستأجر کند و در صورت امتناع موجر اجبار می‌شود و در صورت تعذر اجبار مستأجر خیار فسخ دارد». ماده ۴۸۸ نیز بیان می‌دارد: «اگر شخص ثالثی بدون ادعا حقی در عین مستأجره یا منافع آن مزاحم مستأجر گردد، در صورتی که قبل از قبض باشد مستأجر حق فسخ دارد و اگر فسخ نمود می‌تواند برای رفع مزاحمت و مطالبه اجرت‌المثل به خود مزاحم رجوع کند؛ و اگر مزاحمت بعد از قبض واقع شود، حق فسخ ندارد و فقط می‌تواند به مزاحم رجوع کند». بنابراین، در فرض عدم تحویل، مستأجر حق فسخ خواهد داشت. اگر فسخ نمود می‌تواند اجرت‌المثل منافع خود را از ثالث که سبب تلف منفعت او شده مطالبه نماید (حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۱۴۷؛ یزدی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۴۶؛ خویی، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۱۸۶؛ سیستانی، ۱۴۱۵، ج ۲، ص ۱۱۷؛ وحید، ۱۳۸۶، ج ۳، ص ۹۶). برخی احتمال دادند که بتوان اجرت‌المثل را از موجر دریافت نمود، زیرا تا زمانی که قبض صورت نپذیرد عین مضمونه خواهد بود (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۷، ص ۱۴۵؛ عاملی، ۱۴۱۳، ج ۵، ص ۲۱۸). این احتمال مردود دانسته شد، زیرا ضمان موجر ضمان معاوضی است، به این معنا که با فسخ یا انفساخ به اجرت‌المسمی رجوع می‌شود (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۵، ص ۲۱۸؛ حکیم، ۱۳۷۴، ج ۱۲، ص ۵۶). به عبارتی، خلط بین ضمان معاوضی و ضمان قهری صورت پذیرفته است (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۱۹، ص ۷۵). برخی نیز این احتمال را دادند که حق فسخ در این مورد نبوده و تنها امکان رجوع به ثالث وجود دارد (یزدی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۴۶).

برخی بزرگان تفصیل دادند بین جایی که منع ظالم متوجه مستأجر است در انتفاعش و جایی که متوجه موجر است در تسلیمش و تنها در مورد اول احتمال سقوط حق فسخ وجود دارد (خویی، ۱۴۱۸، ج ۳۰، ص ۱۸۶). برای مثال، ثالث چون با مستأجر مشکل دارد مانع قبض عین مستأجره می‌شود. در این صورت، در نظر گرفتن حق فسخ برای مستأجر، با وجود آماده بودن موجر صحیح نیست.

در این راستا و مطابق نظر فقها، ماده ۴۸۸ در فرضی که ثالث قبل از قبض مزاحم شده، تنها حق رجوع به ثالث را برای مستأجر پذیرفته است و این خود گویای این مطلب است که موجر در این فرض، مسئولیتی در مقابل مستأجر ندارد، چون تلف منفعت مستند به او نیست. در فرض مطرح شده نیز گماشته بر مال ید داشته و اتلاف منفعت به او مستند است، مگر این که این گماشته در راستای دستور موجر و بدون آگاهی این اقدام را انجام داده باشد که در این صورت، موجر از باب سبب اقوا از مباشر مسئول است. ماده ۲۲۱ قانون مدنی نیز مطلقاً تخلف از عقد را سبب خسارت ندانسته، بلکه آن را منوط به شرط ضمن عقد نموده است. در این راستا اگر در قرارداد شرط شده باشد که در صورت تأخیر در تحویل روزانه مبلغ معینی به عنوان خسارت و وجه التزام به مستأجر پرداخت گردد، در این صورت نیز مستأجر از باب مسئولیت شخصی و شرط ضمن عقد مسئول پرداخت وجه التزام مقرر است.

در خصوص فرضی که خادم اجاره‌بها را به موجر ندهد نیز دو فرض قابل تصور است. اگر اجاره‌بها از نوع دین و وجه رایج باشد مستأجر مطابق ماده ۴۹۰ قانون مدنی باید مال الاجاره را در مواعیدی که بین طرفین مقرر است تأدیه کند و در صورت عدم تعیین موعد نقداً باید بپردازد. عدم پرداخت اجاره‌بها ممکن است با تحقق شرایط ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی منجر به محکومیت مستأجر به پرداخت خسارت تأخیر تأدیه شود. در این فرض، مستأجر دینی که بر ذمه داشته است را نپرداخته و از باب عدم تأدیه دین محکوم به پرداخت شده است. این عدم تأدیه دین نیز منتسب به مستأجر است. پرداخت پول به خادم سبب بریء‌الذمه شدن مستأجر نیست. بریء شدن مستأجر منوط به تسلیم اجاره‌بها به موجر است که هنوز محقق نشده است. اگر اجاره‌بها عین معین باشد، همان مطالب قبل در باب تسلیم عین مستأجره حکمفرما خواهد بود، به این معنا که موجر

در صورت تعذر تسلیم، حق فسخ خواهد داشت و در صورت عدم فسخ می‌تواند اجرت‌المثل مال را از غاصب مطالبه نماید.

## ۲-۲. امکان‌سنجی پذیرش مسئولیت متعهد اصلی در حقوق ایران

به نظر می‌رسد با توجه به سکوت قانون‌گذار ایران و وجود صرفاً یک یا دو متن قانونی یعنی ماده ۳۸۸ قانون تجارت و بند «ب» ماده ۲۴ قرارداد پیمان که در موارد خاص خود، دلالت بر مسئولیت قراردادی ناشی از فعل غیر دارد و نیز با توجه به اختلاف نظر اساتید حقوق مدنی ایران در وجود چنین قاعده‌ای در حقوق ایران، مسئله محوری در این موضوع که باید بر آن متمرکز گردید روشن کردن این مطلب است که آیا می‌توان برای مسئولیت اجیر اول در فرض نقض قرارداد توسط اجیر دوم مبنایی در حقوق ایران جست‌وجو نمود یا خیر؟ بدیهی است اگر بتوان مبنایی برای این نوع مسئولیت پیدا کرد، می‌توان مسئولیت را در غیر از موارد منصوص نیز پذیرفت و برعکس، اگر مبنایی مسئولیت موجود در حقوق ایران از توجیه چنین مسئولیتی ناتوان باشد، باید حکم مواد یادشده را استثنایی و محدود به موارد خاص خود نمود.

## ۲-۲-۱. مبنای مسئولیت متعهد اصلی، مسئولیت قراردادی یا قهری؟

مبنای مسئولیت اجیر اول در فرض وجود، یا از نوع مسئولیت قراردادی است یا از نوع مسئولیت قهری. پس پرسش نخست این است که آیا بر اساس مبنای مسئولیت قراردادی می‌توان متعهد قرارداد اولیه را به دلیل تخلف ایادی بعدی وی مسئول شمرد؟ یکی از مشکلات اساسی پذیرش مسئولیت قراردادی در چنین فرضی را باید در ابهام در اصل مسئولیت قراردادی در حقوق ایران دانست. هرچند در حقوق فرانسه و اغلب نظام‌های حقوقی مسئولیت قراردادی ناشی از نقض قرارداد امری شناخته‌شده است، اما به نظر می‌رسد آنچه قانون مدنی ایران به‌عنوان مسئولیت قراردادی در مواد ۲۲۱ به‌بعد مورد پذیرش قرار داده، با مفهوم فرانسوی آن تفاوت اساسی دارد. نگاهی به فقه نشان می‌دهد که فقها قواعد اتلاف و تسبیب را قواعدی مطلق دانسته و محدود به فرض عدم وجود قرارداد نمی‌دانند. به بیان روشن‌تر، از منظر فقهی اگر کسی سبب تلف یا مباشر تلف مال دیگری قرار گیرد، مشمول قواعد اتلاف و تسبیب می‌گردد و وجود قرارداد مانع از شمول قواعد

ضمان قهری نمی‌گردد. نمونه‌های فراوانی را در میان آرای فقها می‌توان در تأیید این نظر یافت. برای مثال، اگر زارع بعد از عقد مزارعه و بدون هیچ عذری زراعت را ترک نماید و مدت عقد منقضی گردد، مشهور فقها و قانون مدنی قائل به ضمان اجرت‌المثل شده‌اند (نک: عاملی، ۱۴۱۹، ج ۲۰، ص ۵۸؛ حکیم، ۱۳۷۴، ج ۱۳، ص ۸۱). بنابراین، از منظر مشهور و قانون مدنی مسئولیت زارع بر مبنای قواعد ضمان ید و اتلاف است (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص ۱۹۸). مثال روشن دیگر در این مورد را می‌توان مسئله اتلاف از سوی صانع و اجیر برشمرد که فقها آن را بر مبنای قواعد اتلاف و تسبیب حل می‌کنند (خویی، ۱۴۱۸، ج ۳۰، ص ۲۴۲؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۱۹، ص ۱۰۴) و حتی در روابط پزشک و بیمار نیز آنچه بر مسئله حکومت می‌کند قواعد اتلاف و تسبیب است (یزدی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۶۸). در حقوق ایران به تبع فقه امامیه مسئولیت طبیب از متفرعات بحث اتلاف و تسبیب و ذیل ضمان قهری جای می‌گیرد و از همین رو، بین صورتی که پزشک با بیمار قرارداد داشته با فرضی که پزشک به دلیل شرایط اضطراری و به تجویز قانون‌گذار اقدام به درمان یا جراحی کرده، تفاوتی از حیث مسئولیت وجود ندارد. همچنان که اگر قرارداد پزشک و بیمار به دلایلی همچون نامعلوم بودن اجرت باطل باشد، در مسئله تفاوتی ایجاد نمی‌کند. تأثیر قرارداد عمدتاً در میزان استحقاق پزشک و جواز معالجه و تصرف در بدن بیمار است نه در نوع مسئولیت طبیب. آری، در برخی موارد، قرارداد مصحح رابطه سببیت می‌گردد، مثلاً باغبانی که تخلف کرده و باغ را آبیاری نکرده، عرفاً مسبب تلف درختان به حساب می‌آید و از باب تسبیب ضامن است. منتها قرارداد مبنای ضمان باغبان نیست، بلکه سببیت وی برای خشک شدن درختان مبنای مسئولیت اوست. برخی از مؤلفان این احتمال را کاملاً قوی دانسته‌اند که در حقوق ایران آنچه تحت عنوان مسئولیت قراردادی مطرح است دقیقاً ناشی از قرارداد و به عبارت دیگر، برگرفته از شرط ضمن عقد و تراضی طرفین است و تغییرات صورت گرفته در ماده ۲۲۱ قانون مدنی و افزودن شروط سه‌گانه‌ای به انتهای ماده و تأکید بر ضرورت آن‌ها در مواد ۲۲۲ و ۲۲۸ را از دلایل این ادعا می‌شمارند (الشریف، ۱۳۹۲، ص ۶۴۹). به گفته این مؤلفان، ماده ۲۲۱ قانون مدنی معادل ماده ۱۱۴۲ سابق قانون مدنی فرانسه است، اما نویسنده قانون مدنی ایران نه تنها آن را واژگون ساخته، بلکه سه شرط برای آن مقرر داشته است. بر اساس ماده ۱۱۴۲ قانون مدنی فرانسه «هر تعهد به انجام کار یا

ترک کار، در صورت تخلف متعهد به جبران خسارت بدل می‌شود)). بر اساس این ماده، مسئولیت به جبران خسارت، همان تعهد اولیه است که در فرض تخلف مبدل به جبران خسارت شده است. نویسنده قانون مدنی ایران این قاعده را واژگون نموده و مقرر داشته که در صورت تخلف، متعهد مسئول خسارت نیست مگر صراحتاً یا ضمناً شرط شده یا قانون چنین حکمی را مقرر داشته باشد (الشریف، ۱۳۹۲، ص ۶۴۹). اغلب اساتید حقوق مدنی ایران سه شرط ذیل ماده ۲۲۱ را زاید و غیر قابل توجیه دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۲۶۹) و یا دست کم مقصود واقعی نویسندگان قانون مدنی از افزودن این شروط را نامعلوم دانسته‌اند. تردیدی نیست که نویسنده قانون مدنی در پذیرش اصل مذکور در ماده ۱۱۴۲ قانون مدنی فرانسه با مشکلی روبه‌رو بوده است و از منظر نویسنده قانون مدنی، ماده فرانسوی با شکل موجود با فقه ناسازگار بوده است. ظاهراً علت ناسازگاری این بوده که از یک سو، صرف تخلف از قرارداد به‌خودی‌خود نمی‌تواند ضمان آور باشد و در فقه به‌عنوان موجب ضمان شناخته نمی‌شود و از سوی دیگر، اگر نقض قرارداد موجب خسارت مالی شده باشد، در این صورت نیز قواعد ضمان قهری همچون اتلاف و تسبیب بر مسئله حکومت داشته و مبنای مسئولیت، اتلاف و تسبیب است نه نقض قرارداد. در نگاه فقهی، ضمانت اجرای تخلف از قرارداد اصولاً اموری همچون فسخ یا انفساخ یا امکان الزام قضایی است و تنها در صورتی می‌توان برای صرف نقض قرارداد مسئولیتی بر دوش متخلف از قرارداد بار نمود که صراحتاً یا ضمناً چنین شرطی بین آن‌ها شده باشد، مانند شرط وجه التزام یا قانون چنین شرطی را به قرارداد آن‌ها تحمیل نماید (الشریف، ۱۳۹۲، ص ۶۴۹). بنابر این دیدگاه، در فرضی که خود متعهد اصلی از قرارداد تخلف می‌کند، در فرض ورود خسارت، مبنای مسئولیت وی تحقق یکی از اسباب ضمان قهری است و اگر خسارتی به بار نیامده باشد، تنها در صورت اشتراط می‌توان از نقض‌کننده مبالغی را به‌عنوان وجه التزام یا شرط کیفری مطالبه نمود. حال در فرض ما که نقض تعهد از سوی کسی جز متعهد قراردادی (اجیر ثانی) صورت گرفته، اشکال مسئولیت قراردادی شدیدتر است و اگر نقض قرارداد به آسیبی بر اموال مستأجر بینجامد یا خسارتی مالی برای وی داشته باشد، مسلماً مسبب این خسارات از باب ضمان قهری مسئولیت دارد و اطلاق قواعد اتلاف و تسبیب چنین فرضی را نیز در بر می‌گیرد. اما مسئولیت اجیر اول تنها در

فرضی ممکن است که مستأجر، با شرط صریح یا ضمنی یا به حکم قانون، جبران خسارات ناشی از فعل دیگری را به عهده گرفته باشد. بنابراین اگر اجیری مجاز در واگذاری کار به دیگری بوده و فرد ثالث به اموال متعهدله آسیب رسانده یا به دلیل تقصیر و تخلف خود، متعهدله را از منافع مسلمی محروم کرده باشد، مطابق قواعد ضمان قهری، ثالث از باب اتلاف و تسبیب مسئول تلف یا نقص اموال و احیاناً عدم‌المنفع مسلم متعهدله است و اجیر اول حداقل در فرضی که هیچ تقصیری در انتخاب و واگذاری کار به دیگری مرتکب نشده باشد، مسئولیتی در قبال اعمال او ندارد، مگر این‌که به موجب شرط صریح یا ضمنی و ارتكازی، پاسخ‌گویی در قبال زیان‌های وارده از ناحیه ثالث را نیز بر عهده گرفته باشد. خلاصه این‌که اگر همچون سایر نظام‌های حقوقی نفس عدم انجام تعهد را تقصیر به شمار آوریم و متعهد را از باب مسئولیت قراردادی، مسئول زیان وارده به حساب آوریم، می‌توان در فرض واگذاری تعهد به دیگری نیز از مسئولیت قراردادی ناشی از واگذاری تعهد به دیگری سخن گفت، منوط به این‌که عمل ثالث را به‌عنوان قوه قاهره برای متعهد به حساب نیاوریم. اما اگر ادعای بالا مبنی بر این‌که در حقوق ایران در جایی که از نقض قرارداد، خسارت مالی به بار آمده، مبنای مسئولیت ضمان قهری است نه مسئولیت قراردادی و تنها در جایی می‌توان از مسئولیت قراردادی سخن گفت که مبنای مسئولیت متعهد، ریشه در قرارداد و تراضی داشته باشد که مصداق آن دریافت وجه التزام قراردادی و نظایر آن است، مسئولیت اجیر تنها می‌تواند بر مبنای تضمین خسارات کارگزاران فرعی توجیه گردد که چنین تضمینی نیز یا باید در قرارداد ذکر شده باشد یا عرف در آن مورد آن‌چنان روشن و قوی باشد که در حکم تصریح و اشتراط باشد و یا قانون‌گذار بنابه مصالحی در آن حوزه خاص چنین شرطی را به قرارداد تحمیل کند.

برخی آشنایان با فقه نیز بعد از ذکر این موضوع که از منظر فقها مسئولیت متعهد در واگذاری تعهد به ثالث مبتنی بر اتلاف است، این دیدگاه را برخلاف ظاهر روایات دانسته‌اند، زیرا لازمه این تحلیل آن است که اگر متعهد کار را به شاگردان خود واگذار کند نسبت به خسارت وارد ضامن نباشد، چراکه اتلاف دیگر مستند به وی نیست و زبردست وی بالغ و عاقل است و صرفاً به دستور کارفرما عمل می‌کند، درحالی‌که این روایات به طور مطلق می‌گویند: «اگر مالی که برای تعمیر به عامل بسپاری تا اصلاح کند،

ولی او مال را خراب تحویل دهد ضامن است» (حر عاملی، ۱۴۱۶، ج ۱۹، ص ۱۴۷). از اطلاق این حدیث و مانند آن در زمینه پزشکی و بیطار برمی آید که متعهد ضامن است، خواه بر عمل او اتلاف صادق باشد یا نباشد. در روایات، واژه «افساد» آمده و گفته اند: «کلّ أجیر أعطیته أجراً لیصلح فیفسد»<sup>۱</sup> و ممکن است گفته شود که افساد در صورتی صادق است که متصدی تعمیرگاه، خود در تعمیر مباشرت داشته باشد. ولی به نظر می رسد همین که متصدی تعمیر که متعهد قراردادی است اتومبیل را خراب تحویل دهد، افساد به وی نسبت داده می شود، زیرا شاگردان، تحت نظارت و مدیریت وی عمل می کنند (وحدتی شبیری، ۱۳۸۵، ص ۱۸۷). وحدتی شبیری معتقد است حتی در مورد پزشک جراح، اگر مبنای مسئولیت را قاعده اتلاف و تسبیب بدانیم، در جایی که پزشک جراح عمل جراحی را به صورت مباشری به زبردست خود واگذار می کند نمی توان گفت پزشک اقوا از مباشر است، زیرا مباشر خود عاقل و بالغ است، هرچند زیر نظر استاد خویش عمل نماید. از منظر این حقوق دان اسلامی، طیب با زبردست که مباشر بوده، مسئولیت تضامنی دارد. مسئولیت طیب به دلیل مسئولیت خاصی که روایات برقرار کرده و مسئولیت مباشر به دلیل اتلاف مباشری است و این دو با هم قابل جمع اند (وحدتی شبیری، ۱۳۸۵، ص ۱۸۸).

در پایان متذکر می شوند که فقهای امامیه در ابواب گوناگون معاملات به ضمانت اجرای تخلف از تعهد پرداخته اند، ولی بسیاری از آن ها مبنای مسئولیت قراردادی را همان مبنای مسئولیت قهری می دانند و مسئولیت متعهد قراردادی را مصداقی از اتلاف و تسبیب و علی الید دانسته اند، درحالی که به نظر می رسد مستفاد از روایات معتبر آن است که مسئولیت متعهد قراردادی فراتر از اتلاف و تسبیب و علی الید است، به این معنا که وقتی شخص اجرای کار معینی را بر عهده می گیرد ضامن خسارات ناشی از عمل خویش است، هرچند خود مباشر در کار نباشد و آن را تحت نظارت و مدیریت خود به دیگران بسپارد و این نه از باب سبب اقوا از مباشر بودن است، بلکه به دلیل مسئولیت قراردادی است که در برابر متعهدله به دوش می کشد (وحدتی شبیری، ۱۳۸۵، ص ۱۹۵).

این استاد حقوق بر این عقیده است که از منظر فقه و قانون مبنای مسئولیت اجیر اول

---

۱. هر کسی که به وی مزد پرداخت می شود تا کاری را به سامان برساند، ولی آن را تباہ می سازد، ضامن است.

از باب ضمان قهری قابل بررسی است، هرچند با استناد به روایت معتقد است که مسئولیت متعهد اول فراتر از قواعد ضمان قهری است. استناد ایشان به این روایات و برداشت مسئولیت قراردادی از آن با ظهور روایات سازگار نیست. اگر استدلال پذیرش مسئولیت قراردادی به این صورت باشد که در صورت واگذاری تعهد و افساد متعهد دوم، این افساد منتسب به متعهد اول است این استدلال صحیح نیست، زیرا عرف در جایی که اجیر اول انجام تعهد را به اجیر ثانی یا شاگرد خود واگذار می‌کند و از عمل اجیر ثانی یا شاگرد خسارت وارد می‌شود، فساد را منتسب به اجیر اول نمی‌داند. به‌علاوه، روایت ظهور در آن دارد که شخص اجیر زمانی ضامن است که شخصاً موجب افساد و اتلاف گردد، درحالی‌که در فرض ما، افساد و اتلاف توسط ثالث صورت گرفته است. البته چنان‌که در بخش راهکار اشاره می‌شود، از برخی روایات می‌توان قائل به مسئولیت اجیر اول از باب شرط ضمنی ضمان گردید.

### ۲-۲-۲. بررسی مسئله طبق مبانی مسئولیت قهری

بنابر آنچه گفته شد، مسئله را باید بر اساس مبانی مسئولیت قهری بررسی کرد و چنانچه بر اساس این قواعد بتوان مسئولیتی برای متعهد در نظر گرفت، وی مسئولیت دارد و الا خیر. در این قسمت با توجه به مبانی پیش‌گفته سعی در پاسخ به این پرسش داریم که وقتی متعهد در عقد اجاره اقدام به انعقاد اجاره فرعی با ثالث می‌نماید و یا اجرای تعهد را به زیردستان خود می‌سپارد، مسئولیت هر یک از اجیر اول و ثالث چیست؟ برای پاسخ به این سؤال حالات مختلف را از هم تفکیک می‌کنیم.

#### ۲-۲-۲-۱. اتلاف مال

مطابق با مبانی آن دسته از فقها که اذن مالک را در تسلیم متعلق اجاره شرط می‌دانند، اگر اجیر بدون اجازه مالک مال را در اختیار دیگری اعم از شاگرد، دستیار، اجیر ثانی قرار دهد، ید همه افرادی که بر مال مستولی شدند ضمانتی خواهد بود و مسئول هر گونه نقص و عیب و تلف‌اند. در این شرایط در صورت اتلاف مال از سوی شاگرد یا اجیر ثانی، اجیر اول نیز از باب ضمان ید مسئول خواهد بود.

اما مطابق مبانی فقهایی که قائل به عدم نیاز اذن مالک در تسلیم متعلق اجاره هستند و



همچنین طبق نظر قائلین به لزوم اذن مالک در فرضی که مالک نیز اذن داده است، ید اجیر دوم و یا شاگرد و دستیار، ید امانی تلقی می‌شود. در این صورت، آن‌ها ضامن تلف مال نخواهند بود. در فرض اتلاف از سوی شاگرد یا اجیر ثانی نیز به استناد قاعده اتلاف، شاگرد یا اجیر ثانی در مقابل مستأجر مسئول تلقی می‌شود، اما موجبی برای مسئولیت اجیر اول وجود ندارد. اگر معتقد به سببیت اجیر اول باشیم، باید پاسخ داد که اذن در تسلیم از سوی شارع یا مالک به او داده شده است، لذا کار اجیر اول قانونی بوده و صدق سبب عرفی نمی‌کند و عرف تلف را منتسب به او نمی‌داند.

ممکن است بین شاگرد و اجیر ثانی قائل به تفکیک شد. در صورتی که اجیر مال را به شاگرد خود داده و شاگرد تحت نظارت او اقدام به انجام عمل کند و مال عرفاً از ید اجیر خارج نشده است، اجیر مسئول اتلاف شاگرد خواهد بود. در صورت صحت این ادعا باید پذیرفت اتلاف منتسب به اجیر است و در نتیجه، شاگرد و کارگر مسئولیت نخواهد داشت. این نظر با این ایراد مواجه است که اتلاف از سوی فاعل مختار صورت گرفته است و این انتساب عرفی به شخص کارگر خواهد بود و نه اجیر. به علاوه، میرا دانستن شاگرد و کارگر خلاف ارتکاز عقلایی است. البته در فرضی که شاگرد صرفاً به دستورات استادکار عمل می‌کند و اطلاعی از این موضوع ندارد که عملی که به آن امر شده سبب اتلاف می‌شود، استادکار از باب سبب اقوا از مباشر مسئول است.

## ۲-۲-۲. اتلاف جسم

اما قسم دیگر از تعهدات در اجاره که لزوم تفکیک آن به دلایل شرایط خاص آن لازم به نظر می‌رسد، خسارات وارد بر جسم است. برای مثال، پزشکی که با تیم جراحی در حال عمل جراحی است و یا متصدی حمل و نقلی که عمل حمل انسان را به متصدی دیگر یا راننده می‌سپارد، در این فروض مطابق قواعد پیش گفته، شخصی که سبب اتلاف شده است ضامن خواهد بود. تفاوت این صورت با قسم اول در آن است که در اینجا با مال در ارتباط نیستیم، لذا بحث لزوم یا عدم لزوم اذن مالک مطرح نمی‌شود، زیرا بدن انسان مطابق مبنا مال نیست تا موضوع ضمان ید قرار گیرد. در فرضی که پزشک یا متصدی حمل و نقل کار را به متصدی دیگر یا پزشک دیگر واگذار می‌کند، ید هیچ یک ضمانتی

نخواهد بود. به همین دلیل مطابق مبانی، ضمان بر کسی بار است که موجب اتلاف شده است.

### ۲-۲-۳. موضوع تعهد انجام یک فعل است

در برخی موارد، متعهد انجام یک فعل را بر عهده گرفته است، مانند آبیاری یک باغ. در این صورت، در فرض ترک این فعل و آسیب به درختان از باب تفریط و ترک فعل به عنوان یکی از اسباب ضمان، مسئول خواهد بود.

### ۲-۲-۴. تأخیر در انجام تعهد

فرض بعدی در جایی است که مالی از سوی اجیر تلف نشود و صرفاً تأخیر در انجام تعهد خود داشته باشد. فقها این نوع خسارت را در دسته خسارت عدم النفع قرار می‌دهند. از منظر فقها اتلاف و تسبیب یعنی تلف مال موجود، درحالی که در ادعای شخص مبنی بر خسارت ناشی از تأخیر تسلیم مال، مالی تلف نشده است، بلکه شخص از منفعت مالی محروم شده است. این دسته از خسارات از منظر فقها تنها در صورت شرط ضمن عقد قابل مطالبه‌اند. در هر صورت، اگر تأخیر انجام تعهد را در زمره خسارات قابل مطالبه بدانیم، در این فرض نیز تأخیر انجام تعهد نوعی تفریط برای اجیر اول محسوب می‌شود. به عبارتی، هرچند اجیر دوم و یا شاگرد در انجام تکالیف قراردادی کوتاهی نمود، ولی این کوتاهی مانع انتساب خسارت به اجیر اول نیست و او می‌توانست از این تأخیر جلوگیری کند و با انجام عمل، به تعهدش عمل نماید.

لازم به توضیح است که در برخی از فروض، تأخیر در انجام تعهد عرفاً سبب تلف مال می‌شود. برای مثال، مالک باغ اجیری را استخدام نموده تا باغ را در موعد معین آبیاری نماید. اجیر آبیاری باغ را به تأخیر انداخته و به همین علت درختان خشک می‌شوند. در این موارد، اجیر اول از باب ترک فعل و تفریط ضامن خواهد بود. اگر اجیر اجرای این تعهد را به ثالث واگذار نموده باشد و ثالث نیز در موعد مقرر اقدام به آبیاری ننماید، اجیر اول کماکان در مقابل موجد مسئول است. مسئولیت این اجیر نه از باب مسئولیت قراردادی ناشی از عمل غیر، بلکه به جهت ضمان ید است. در این فرض، اگر اجیر دوم مالی را به تصرف خود در آورده باشد، مطابق قاعده، ید او امانی خواهد بود و به علت

تفریط و ترک فعل، او نیز مشمول ضمان ید خواهد شد و در مقابل مالک ضامن است.

### ۲-۲-۵. فرض انتساب عرفی به متعهد اول

در برخی فروض می‌توان متعهد اول را مسئول ناشی از اعمال ناشی از فعل غیر تلقی نمود. زمانی که زیردستان متعهد اول و یا شخصی که انجام تعهد به او واگذار شده است از یک طرف، صرفاً دستورات متعهد را اعمال نماید و در حدود اذن و دستور، اقدام به عمل نموده باشد و از طرف دیگر، علم به این موضوع نداشته باشد که دستور اشتباه است و موجب صدمه و تلف می‌شود، در این صورت می‌توان متعهد اول را از باب اقوایت سبب از مباشر مسئول دانست. البته در این فرض، مسئولیت ناشی از فعل شخص است و نه ناشی از فعل غیر، چنان‌که در ماده ۴۹۶ قانون مجازات اسلامی آمده است: «پزشک در معالجاتی که دستور انجام آن را به مریض یا پرستار و مانند آن صادر می‌نماید، در صورت تلف یا صدمهٔ بدنی ضامن است، مگر آن‌که مطابق ماده ۴۹۵ این قانون عمل نماید. تبصرهٔ ۱: در موارد مزبور، هر گاه مریض یا پرستار بدانند که دستور اشتباه است و موجب صدمه و تلف می‌شود و با وجود این، به دستور عمل کند، پزشک ضامن نیست، بلکه صدمه و خسارت مستند به خود مریض یا پرستار است».

### ۳. راهکار ضمان متعهد اصلی

مسئلهٔ دیگری که باید به آن پرداخته شود این است که اگر مسئولیت قراردادی ناشی از فعل غیر در حقوق ایران به‌عنوان یک قاعده قابل پذیرش نباشد، چه راهکار یا راهکارهایی وجود دارد که بتوان بر اساس آن در فروضی که قانون‌گذار برای رعایت مصلحت جامعه در برخی حرفه‌ها و برای اشخاص حرفه‌ای مسئولیت نسبت به فعل کارگزاران خود را لازم بداند، برای متعهد اولیه مسئولیت مدنی قائل شود. هرچند راقمان این سطور در نوشتار دیگری به بررسی راهکارهای مورد اشاره پرداختند، ولی مختصراً در ذیل به آن اشاره می‌شود.

یکی از راهکارهایی که قانون‌گذار پس از انقلاب برای رعایت مصالح روز، در عین رعایت قواعد اولیهٔ شرعی استفاده نموده است، استفاده از مکانیسم الزام افراد به درج شرط در قراردادهاست. به‌عنوان مثال، می‌توان به بهره‌گیری قانون‌گذار از این روش در

قانون تجارت الکترونیکی و در خصوص حق انصراف مصرف‌کننده اشاره کرد. از یک سو، با توجه به اصل لزوم و استثنایی بودن خیار، جعل خیار جدید با عنوان حق انصراف حداقل ۷ روزه با ضوابط شرعی سازگار نیست. از سوی دیگر، اقتضائات معاملات از راه دور وجود مهلتی برای مصرف‌کننده را برای تصمیم‌گیری ایجاب می‌کند. قانون‌گذار ایران برای حل این مسئله، تهیه‌کننده را ملزم به پیش‌بینی حق فسخ حداقل ۷ روزه به نفع مصرف‌کننده در قرارداد نموده و از آنجاکه نمی‌توانسته مستقیماً به جعل خیار اقدام کند، در فرض عدم انجام این تکلیف، تهیه‌کننده را به جریمه محکوم نموده است (الشریف و اسعدی، ۱۳۹۳، ص ۱۳۳). همچنین در راهکاری مشابه می‌توان اعطای مجوز کسب به این افراد را منوط به پذیرش شرط تضمین توسط آن‌ها نمود.<sup>۱</sup>

یکی دیگر از راهکارها استناد به شرط ضمنی عرفی در خصوص برخی حرفه‌هاست. مثلاً در جایی که خیاطی که مباشرت او شرط نشده، عمل را به خیاط امین و صالحی واگذار کرده و بر اثر عمل اجیر دوم خسارت وارد شده، وجود چنین شرط عرفی محل تردید است، اما در مورد یک شرکت معتبر و تخصصی تعمیر کامپیوتر، می‌توان شرط ضمنی تضمین خسارات ناشی از کارگزاران را شرطی ارتكازی قلمداد کرده و از باب وجود شرط ضمنی، در دعوای مطالبه خسارت علیه شرکت، حکم به محکومیت وی داد. در این راستا می‌توان به یک روایت صحیح در باب اجاره عبد استناد نمود و از ملاک آن در خصوص موضوع استفاده کرد. مطابق روایت امام صادق (ع): «امیر مؤمنان (ع) در مورد مردی که غلامی داشت و یک نفر زرگر یا شخص دیگری او را از آن شخص اجاره کردند، فرمود: اگر چیزی را خراب کرد یا از دست آن‌ها فرار کرد، صاحبان غلام ضامن خسارت‌اند» (حر عاملی، ۱۴۱۶، ج ۱۹، ص ۱۱۴).<sup>۲</sup> برخی فقها بیان داشتند که اگر مستأجر، عبد را از مولا اجاره کرده باشد مولا ضامن است و در غیر این صورت، مولا ضامن نیست، اما خسارت باید از کسب عبد پرداخت شود. این امر مطابق قاعده نیز به نظر می‌رسد، زیرا

۱. نظریه شماره ۲۱۹۵/۱۰۲/۹۵ مورخ ۱۶/۶/۱۳۹۵ شورای نگهبان در خصوص مسئولیت تضامنی اعضای شرکت مدنی به این راهکار اشاره نموده است.

۲. عَلِي بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنِ ابْنِ مُسْكَانَ عَنْ رُزَاةَ وَ أَبِي بَصِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: قَضَى أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ صَلَوَاتُ اللَّهِ عَلَيْهِ فِي رَجُلٍ كَانَ لَهُ غُلَامٌ فَاسْتَأْجَرَهُ مِنْهُ صَائِعٌ أَوْ غَيْرَهُ. قَالَ: إِنْ كَانَ ضَيْعٌ شَيْئاً أَوْ أَبَقَ مِنْهُ فَمَوَالِيهِ ضَامِنُونَ.

وقتی عبد را از مولا اجاره می‌کنند و مولا او را اجیر می‌کند، در حقیقت، مولا خسارات ناشی از عمل اجیر را ضمانت می‌کند (شاهرودی، ۱۴۲۹، ج ۲، ص ۸۲)، مانند این که در عرف اگر شخصی کارگری را از شرکتی اجیر کند شرکت را ضامن می‌دانند، اما جایی که فرد را مستقل اجاره می‌کند خود اجیر ضامن است.

با این جمع روایت و استفاده از ملاک آن می‌توان در خصوص موضوع مقاله نیز قائل به این مهم شد که در صورتی که شخص متعهد اقدام به واگذاری تعهد به شخص دیگری می‌نماید، در واقع، متعهد اول خسارات ناشی از متعهد دوم را ضمانت می‌کند. در این صورت، مبنای مسئولیت متعهد اول شرط ضمنی خواهد بود. به عبارتی، همان‌طور که اتلاف از سوی عبد سبب مسئولیت مولا از باب شرط تضمین خسارت شده است، عمل متعهد دوم نیز سبب مسئولیت متعهد اول از باب شرط ضمنی ضمان خواهد شد. خصوصیتی در عبد نیست تا روایت را منحصر به عبد بدانیم. عبد مانند اجیر ثانی، شخص مختاری است که باید مطابق قاعده، ضمان بر او مستقر شود، ولی به علت رابطه عقدی که بین مولا و مستأجر وجود دارد، مولا ضامن جبران خسارت شده است. به عبارتی، رابطه مالکیت مولا نسبت به عبد سبب حکم به ضمان مولا نیست، بلکه رابطه عقدی مولا با مستأجر علت ضمان است و این ملاک در خصوص مسئولیت اجیر اول نیز وجود دارد.

### نتیجه‌گیری

قانون در خصوص حکم اجیری که تعهد خود را به شخص ثالث واگذار می‌نماید و شخص اخیر موجب ورود خسارت به مستأجر می‌گردد ساکت است. مشهور حقوق‌دانان به مسئولیت اجیر اول حکم نموده و سعی کردند تا حکم مقرر در ماده ۳۸۶ قانون تجارت را به سایر موارد تعمیم دهند. به نظر می‌رسد قانون مدنی ایران برخلاف برخی از کشورها اقدام به وضع قاعده عام در خصوص پذیرش مسئولیت قراردادی ناشی از فعل غیر ننموده است. قانون مدنی نه تنها به مصداقی از این مسئولیت، در قانون مدنی اشاره نکرده است، بلکه برخی مواد قانونی که در قانون مدنی فرانسه به‌عنوان مصادیقی از مسئولیت قراردادی قابل استناد بوده را تغییر داده است. سکوت قانون و اختلاف اساتید حقوق دو مانع اصلی در قبول مسئولیت قراردادی ناشی از فعل غیر در حقوق ماست. حال در فرض سکوت

قانون باید به سراغ مبانی قانون مدنی در خصوص مسئولیت اجیر رفت. مسئولیت اجیر بر یکی از دو نوع مسئولیت قراردادی یا قهری قابل پذیرش است. مسئولیت قراردادی برخلاف مفهوم فرانسوی آن دقیقاً ناشی از قرارداد و به عبارت دقیق‌تر، برگرفته از شرط ضمن عقد و تراضی طرفین است. به عبارت دیگر، مسئولیت قراردادی به این معنا که صرف عدم انجام تعهد تقصیر تلقی شود و موجب جبران خسارت باشد، مورد پذیرش قانون مدنی نیست. در مقابل، از منظر فقه و حقوق ایران، اگر کسی سبب تلف یا مباشر تلف مال دیگری قرار گیرد، مشمول قواعد اتلاف و تسبیب می‌گردد و وجود قرارداد مانع از شمول قواعد ضمان قهری نمی‌گردد. بنابراین بررسی مسئله ذیل مسئولیت قهری این پاسخ را به ما خواهد داد که در فرضی که مالی موضوع عقد است و آن مال به متعهد تحویل داده می‌شود و متعهد، دیگری را بر آن مستولی می‌کند (مانند اجیری که تعهد به دوختن پارچه می‌کند و جهت انجام تعهد آن را به شاگرد یا خیاط دیگری واگذار می‌کند)، اگر اذن در واگذاری نداشته باشد از باب ضمان ید هر دو ضامن هستند و اگر اذن در واگذاری داشته باشد که در این صورت، اگر مرتکب تعدی و تفریط نشده باشد و شخصی که صلاحیت لازم را داشته به این کار گمارده است ید امانی او به ید ضمانی تبدیل نشده، لذا در صورت تلف یا نقص مال توسط ثالث، مسئولیتی متوجه او نیست. به طور کلی، ایراد خسارت از سوی ثالث مسئولیتی برای متعهد ایجاد نخواهد کرد، مگر این که این مسئولیت صراحتاً یا ضمناً بر شخص متعهد شرط شده باشد.

### فهرست منابع

۱. الشریف، محمد مهدی؛ اسعدی، سید حسین. (۱۳۹۳ش). تأملی بر ماهیت حق انصراف در قراردادهای الکترونیکی. مطالعات حقوق تطبیقی، ۵(۱)، ص ۱۳۳-۱۵۳.  
<https://doi.org/10.22059/jcl.2014.51531>
۲. الشریف، محمد مهدی. (۱۳۹۲ش). منطق حقوق. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۳. امامی، حسن. (بی تا). حقوق مدنی. تهران: نشر کتابفروشی اسلامی.
۴. بابایی، ایرج. (۱۳۹۴ش). حقوق مسئولیت مدنی و الزامات خارج از قرارداد. تهران: میزان.
۵. باریکلو، علیرضا. (۱۳۹۴ش). حقوق قراردادها عقود معین ۱. تهران: میزان.
۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۹۹ش). ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.
۷. حکمت‌نیا، محمد. (۱۳۸۹ش). مسئولیت مدنی در فقه امامیه. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.

۸. شهیدی، مهدی. (۱۳۸۶ش). آثار قراردادها و تعهدات. تهران: مجد.
۹. شهیدی، مهدی. (۱۳۸۸ش). حقوق مدنی ۶. تهران: مجد.
۱۰. قاسم‌زاده، سید مرتضی؛ ره‌پیک، حسن؛ و کیایی، عبدالله. (۱۳۹۰ش). تفسیر قانون مدنی. تهران: سمت.
۱۱. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۷ش). دوره حقوق مدنی، معاملات معوض - عقود تملیکی، (جلد ۱). تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۲. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۸ش). حقوق مدنی مشارکت‌ها صلح. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۳. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۷ش). قواعد عمومی قراردادها (جلد ۴، چاپ ۵). تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۴. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۲ش). عقود معین (جلد ۴، چاپ ۷). تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۵. محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۸۴ش). قواعد فقه، بخش مدنی. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۱۶. وحدتی شبیری، سید حسن. (۱۳۸۵ش). مبانی مسئولیت مدنی قراردادی؛ مطالعه تطبیقی در حقوق و فقه. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۱۷. یزدانیان، علیرضا. (۱۳۹۵ش). قواعد عمومی مسئولیت مدنی. تهران: میزان.
۱۸. ابن‌ادریس حلی، محمد بن منصور. (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۱۹. بحرانی، یوسف بن احمد. (۱۳۶۳ش). الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۲۰. حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۱۶ق). تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه. قم: مؤسسه آل‌البت (ع) لإحياء التراث.
۲۱. حکیم، محسن. (۱۴۳۳ق). منهاج الصالحین. قم: دار الهلال.
۲۲. حکیم، محسن. (۱۳۷۴ش). مستمسک العروة الوثقی. قم: دار التفسیر.
۲۳. خمینی، سید روح‌الله. (۱۳۹۲ش). تحریر الوسیله. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۲۴. خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۸ق). موسوعة الإمام الخوئی. قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی (ره).
۲۵. خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۰ق). منهاج الصالحین. قم: مدينة العلم.
۲۶. سبزواری، سید عبدالاعلی. (۱۴۱۳ق). مهذب الأحكام. قم: مؤسسه المنار.
۲۷. سیستانی، سید علی. (۱۴۱۵ق). منهاج الصالحین. قم: مکتب آیت‌الله العظمی السید السیستانی.
۲۸. شاهرودی، سید محمود. (۱۴۲۹ق). کتاب الإجاره. قم: مؤسسه دائرة المعارف الفقه الإسلامی.
۲۹. عاملی، زین‌الدین بن علی. (شہید ثانی). (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام إلى تنقیح شرایع الإسلام. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیہ.
۳۰. صیمری، مفلح بن حسن. (۱۴۲۰ق). غایة المرام فی شرح شرایع الإسلام. بیروت: دار الہادی.

٣١. طوسی، محمد بن حسن. (١٤٠٠ق). النهایه فی مجرد الفقه والفتاوی. بیروت: دار الکتب العربی.
٣٢. عاملی، سید جواد. (١٤١٩ق). مفتاح الکرامه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
٣٣. حلی، حسن بن یوسف، (علامه). (١٣٧٤ش). مختلف الشیعه فی أحكام الشریعه. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
٣٤. حلی (محقق)، جعفر بن حسن. (١٤٠٨ق). شرایع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام. قم: اسماعیلیان.
٣٥. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد. (بی تا). مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
٣٦. نجفی، محمد حسن. (بی تا). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
٣٧. وحید خراسانی، حسین. (١٣٨٦ش). منهاج الصالحین. قم: مدرسه الإمام باقر العلوم (ع).
٣٨. یزدی، محمد کاظم. (١٤٢١ق). العروة الوثقی. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.





## Critical Evaluation of Article 24 of the Law on the Enforcement of Financial Sentences

Yāsir Tak-Fallāh<sup>1✉</sup>, Abū al-Qāsim Morshidī<sup>2</sup>

1. Corresponding Author, Assistant Professor, Department of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran. Email: [y.takfallah@atu.aac.ir](mailto:y.takfallah@atu.aac.ir)
2. Master's Student in Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran. Email: [gh.morshedi@yahoo.com](mailto:gh.morshedi@yahoo.com)

### Article Info

**Article type:**

Research Article

**Article history:**

Received 1 January 2023

Received in revised form 28 August 2023

Accepted 24 June 2024

Available online 21 July 2024

**Keywords:**

Debt, Debt exclusions, Insolvency, Judgment debt, Court costs.



### ABSTRACT

Article 24 of the Law on the Enforcement of Financial Sentences specifies seven examples of debt exclusions; properties not liable to be distraint for debt, which the legislator has declared as non-seizable (seizure) and not subject to sale. The definition of properties not liable to be distraint for debt based on specific instances, due to the lack of a clear expurgated criterion, will give rise to numerous instances of ambiguity regarding applicability. The ambiguity regarding the criteria for exemptions (exception) in this article has resulted in judges and litigants being unable to interpret its provisions accurately and correctly. This research employs a descriptive-analytical method with a problem-solving approach to critique and examine the shortcomings of this legal article. The research explores potential criteria for the exceptions mentioned by investigating narrative sources and jurisprudential and legal texts. It aims to provide a comprehensive definition to assist judicial authorities in better identifying excluded cases of debt and proposes an innovative approach to identify the customary status of insolvent individuals in terms of their inability to pay judgments using quantitative variables. The research has been investigated by proving the substantive difference and the necessity of distinguishing between the issue of insolvency regarding judicial costs and the common jurisprudential insolvency, the non-application of religious effects that arise for those insolvents from paying judgments to those unable to pay court fees, categorizing these claims as non-judicial. It also evaluates some legal implications, such as resolving the prolongation (proceeding and claim) problem of court cases related to insolvency from court costs and reducing the judicial burden of these claims.

**Cite this article:** Tak-Fallāh, Y.; Morshidī, A. (2024). Critical Evaluation of Article 24 of the Law on the Enforcement of Financial Sentences. *Civil Jurisprudence Doctrines*, 16 (30), 33-60. <https://doi.org/10.30513/cjd.2024.4942.1841>





## ارزیابی انتقادی ماده ۲۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی

یاسر تک‌فلاح<sup>۱</sup>، ابوالقاسم مرشدی<sup>۲</sup>

۱. نویسنده مسئول، استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات، دانشگاه علامه طباطبائی (ره)، تهران، ایران. رایانامه: [y.takfallah@atu.aac.ir](mailto:y.takfallah@atu.aac.ir)

۲. دانشجوی کارشناسی ارشد رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات، دانشگاه علامه طباطبائی (ره)، تهران، ایران. رایانامه: [gh.morshedi@yahoo.com](mailto:gh.morshedi@yahoo.com)

### چکیده

### اطلاعات مقاله

در ماده ۲۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی به ۷ مورد از مصادیق مستثنیات دین تصریح شده و قانون‌گذار آن‌ها را غیرقابل توقیف و فروش برشمرده است. تعریف مستثنیات دین به مصادیق آن به جهت نبود ملاک منقح، شبهات مصادیقی زیادی پدید خواهد آورد. ابهام در ناحیه ملاک استثنا در این ماده، موجب شده تا قضاات، اصحاب دعاوی قادر به تفسیر دقیق و صحیح مقررات آن نباشند. این پژوهش به روش توصیفی - تحلیلی، با رویکرد حل مسئله، به نقد و آسیب‌شناسی این ماده قانونی پرداخته و با فحص در منابع روایی و متون فقهی و حقوقی، ملاک‌ها و مناطات احتمالی استثنای موارد مذکور را بررسی و با تبیین آن‌ها، سعی در ارائه تعریفی جامع برای تشخیص بهتر موارد مستثنیات دین توسط مقام صالح قضایی نموده و به ارائه راهکاری نوین جهت شناسایی شأن عرفی معسرین از پرداخت محکوم‌به توسط متغیرهای کمی پرداخته است و با اثبات تفاوت ماهوی و لزوم تفکیک میان موضوع اعسار از هزینه دادرسی و اعسار مصطلح فقهی، عدم ترتب آثار شرعی مترتب بر معسرین از پرداخت محکوم‌به بر معسرین از تأدیة اجرت محاکم قضایی و غیرقضایی بودن این دسته از دعاوی مورد تحقیق قرار گرفته است و برخی آثار تصویب قانونی آن، همچون حل مسئله اطالة دادرسی پرونده‌های مرتبط با اعسار از هزینه دادرسی در محاکم قضایی و قضاذایی از حجم بالای این دعاوی ارزیابی شده است.

نوع مقاله: علمی پژوهشی

تاریخ دریافت:

۱۴۰۱/۱۰/۱۱

تاریخ بازنگری:

۱۴۰۲/۰۶/۰۶

تاریخ پذیرش:

۱۴۰۳/۰۴/۰۴

تاریخ انتشار آنلاین:

۱۴۰۳/۰۴/۳۱

کلیدواژه‌ها:

دین، مستثنیات دین، اعسار، محکوم‌به، هزینه دادرسی.



استناد: تک‌فلاح، یاسر؛ مرشدی، ابوالقاسم. (۱۴۰۳). ارزیابی انتقادی ماده ۲۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۶ (۳۰)، ۳۳-۶۰. <https://doi.org/10.30513/cjd.2024.4942.1841>

ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

نویسندگان ©



## مقدمه

یکی از احکام امتنانی شارع مقدس در موضوع دین، مستثنیات آن است که بر اساس آن در صورت اعسار مدیون از پرداخت بدهی مجموعه‌ای از اموال و دارایی‌های ضروری برای معیشت وی و افراد تحت تکفلش با لحاظ شأن عرفی آن‌ها در این حالت، معاف گردیده است. این موارد استثناسده از دین حال مدیون که از آن با اصطلاح مستثنیات دین در قوانین مختلف یاد می‌شود، در قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴، قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶، قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ و آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا مصوب ۱۳۸۷، توسط قانون‌گذار به صورت تفصیلی پیش‌بینی و تبیین شده است، اما گویا عبارت قانون‌گذار به تبع بسیاری از تعابیر موجود در متون فقهی، تعریفی نارساست که علی‌رغم کوشش بسیار قانون‌گذار در تبیین هر چه بهتر مستثنیات در قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی و اصلاح قانون پیشین، همچنان موجد ابهام و ایهام در تفسیر موارد استثناسده، برای دستگاه قضایی و اصحاب دعوی و وکلای دادگستری می‌باشد. در این پژوهش با بررسی موشکافانه در منابع روایی و متون فقهی، تعریفی دقیق و قابل سنجش از مستثنیات دین ارائه خواهیم داد و برای ارزیابی شأن عرفی مدیون معسر، راهکار استفاده از سنجه‌های دارای متغیرهای کمی را بررسی می‌نماییم.

پیش از این، سید مهدی میرداداشی در دوفصلنامه فقه و اجتهاد (دوره ۱، شماره ۱، ۱۳۹۳) در پژوهشی با عنوان «تأملی در مستثنیات دین» به موضوع پراکندگی مقررات در قلمرو مستثنیات دین و عدم اتخاذ رویه واحد در احصای مصادیق آن پرداخته و مقررات واحدی را به مراجع تقنینی پیشنهاد کرده است. مهدی ابراهیم‌زاده در فصلنامه پژوهش‌های حقوقی قانون‌یار (دوره ۲، شماره ۷، ۱۳۹۸) با عنوان «بررسی فقهی و حقوقی مستثنیات دین» و همایون مافی و سید کمال حسینی در پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی (تابستان ۱۳۹۰، شماره ۲۴) در مقاله «مبانی فقهی مستثنیات دین»، به بررسی فقهی و حقوقی مستثنیات دین و قلمرو آن در مسائل حقوقی و ابواب فقهی پرداخته‌اند. سید امیرعلی تاج در سومین کنفرانس ملی هزاره سوم و علوم انسانی (۱۳۹۶)، در مقاله‌ای با عنوان «مسکن و ودیعه مسکن به‌عنوان

مستثنیات دین در نظام حقوقی ایران»، احکام فقهی موارد اختلافی در مصادیق مستثنیات دین، نظیر ودیعه مسکن را بررسی کرده است.

چنان‌که مشاهده گردید، پژوهش‌های موجود در خصوص موضوع مستثنیات دین، به طور کلی حول محور مبانی، کلیات و یا صرفاً تدقیق ملاکات استشنا صورت گرفته است و در این میان، فقط حسن محسنی در فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی (سال ۴، شماره ۱۵، ۱۳۹۵) در مقاله «نوآوری‌های قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی»، با رویکرد اصلاحی به ارزیابی انتقادی ماده ۲۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی پرداخته و به این نتیجه دست یافته است که این قانون در مجموع، نسبت به قوانین گذشته توانسته است معیارهای بیشتری را برای تحقق اجرای مؤثر رأی قضات فراهم کند. اما با وجود این، نارسایی‌هایی هم در آن وجود دارد، مانند مستثنیات دین، حقوق انتقالی، شمول مقررات بر آرای داوری، نحوه درخواست ورشکستگی و عدم پذیرش دادخواست اعسار از اشخاص حقوقی که می‌بایست اصلاح گردند.

هدف نخست این پژوهش با عنایت به ابهامات موجود در ماده ۲۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی در تبیین موارد مستثنیات دین، ارائه تعریفی متناسب با مقتضیات زمانی و مکانی هر عصر و دوره‌ای است که در اثر آن، بسیاری از اختلافات و ابهامات در دعاوی حقوقی مرتبط با موضوع این ماده مرتفع خواهد شد. در سایه تحقق این هدف و بهره‌مندی از یک تعریف جامع دستورالعمل‌هایی نوین و مبتنی بر متغیرهای کمی و کیفی جهت احراز معسرین واقعی از ادای دین پیشنهاد می‌گردد و از سوی دیگر، با تفکیک ماهوی میان اعسار از ادای دین و اعسار از پرداخت هزینه دادرسی، راهکارهایی جهت قضازدایی از حجم بالای پرونده‌های مرتبط با ادعای اعسار از هزینه دادرسی معرفی خواهد شد. بر این اساس، سؤال اصلی پژوهش پیش‌رو عبارت است از این‌که چه اشکالات فقهی و حقوقی در ماده ۲۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی وجود دارد و پیشنهادهای اصلاحی آن چیست؟ و سؤالات فرعی نیز عبارت‌اند از این‌که ملاک و ضابطه دقیق استشنا در مستثنیات دین در فقه و حقوق چیست و آیا می‌توان با استناد به منابع فقهی و حقوقی به تعریفی دقیق‌تر و قابل سنجش دست یافت؟ با توجه به ابهامات موجود در تعریف شأن عرفی و چالش‌های احراز معسرین واقعی از ادای دین، آیا لحاظ متغیرهای

کمی برای تشخیص مستثنیات دین ممکن است؟ همچنین پاسخ این پرسش داده خواهد شد که آیا میان اعسار از محکوم به و اعسار از هزینه دادرسی، تفاوت ماهوی و قابلیت تفکیک وجود دارد و در صورت اثبات، آثار فقهی و حقوقی این تفکیک چگونه به حل یکی از مهم‌ترین مسائل و چالش‌های معاونت راهبردی قوه قضائیه که عبارت است از کثرت پرونده‌های مرتبط با دعاوی اعسار از هزینه دادرسی کمک خواهد کرد؟

در نتیجه، در این مقاله پس از مفهوم‌شناسی مستثنیات دین، با بررسی ادله روایی، منابع فقهی و متون حقوقی به دنبال پاسخ دقیق به پرسش‌هایی هستیم که پاسخ صحیح و دقیق به آن‌ها می‌تواند علاوه بر آسیب‌شناسی برخی از عبارات ماده ۲۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، پیشنهادهایی ایجابی برای حل مسائل دستگاه قضا ارائه و از تفاسیر غلط در رویه‌های قضایی جلوگیری به عمل آورد.

## ۱. مفهوم‌شناسی مستثنیات دین

### ۱-۱. تعریف لغوی

«دین» مفرد دیون است که در معنای قرض و یا وام استعمال شده است: «أَقْرَضَ إِلَى أَجَلٍ: دَيَّنَ صَدِيقَهُ مَالاً» (معلوف، ۱۳۸۶، ص ۵۰۲). همچنین «دارایی غیرحاضر» یکی دیگر از معانی است که در کلمات اهل لغت از آن یاد شده است: «وَكُلُّ مَا لَيْسَ بِحَاضِرٍ فَهُوَ دَيَّنٌ» (ابن‌عباد، ۱۴۱۴، ج ۹، ص ۳۵۹). «مستثنیات» نیز اسم مفعول از مصدر «استثناء» به معنای خارج نمودن و بیرون کردن یک یا چند شیء از یک حکم کلی و عام و یا حکم ماقبل خود است (بستانی، ۱۳۵۷، ص ۵۳) و مفرد آن (مستثنا) به معنای «بیرون‌شده» می‌باشد (دهخدا، ۱۳۹۰، ج ۲، ص ۲۶۹۷).

### ۱-۲. تعریف اصطلاحی

در این بخش باید به این سؤال پاسخ دهیم که آیا تعریف مشخصی از مستثنیات دین در فقه و حقوق و قوانین موضوعه ایران وجود دارد یا خیر و در صورت پاسخ منفی، آیا می‌توان تعریف مطلوبی از این مستثنیات ارائه نمود؟ بنابراین در ادامه در بخش‌های مختلف به بررسی تعاریف موجود خواهیم پرداخت.

### ۳-۱. تعاریف فقهی

در منابع فقهی و حقوقی، مستثنیات دین عموماً یا به صورت توضیح مصداق و یا به روش تبیین آثار تعریف شده‌اند. برخی مستثنیات دین را به قسمتی از اموال مدیون (مانند خانه، مرکب، لباس و غیره) تعریف کرده‌اند که جهت پرداخت دیون او فروش آن‌ها جایز نیست (مروج، ۱۳۷۹، ص ۴۸۶). با بررسی متون فقهی می‌توان به این نتیجه رسید که فقها نیز تعریف کاملی از مستثنیات دین ارائه ننموده، بلکه بیشتر به مصادیق آن اشاراتی داشته‌اند، لذا برای تبیین موضوع به ذکر چند نمونه از آن اکتفا می‌کنیم. شیخ طوسی (ره) در تعریف مستثنیات دین، مفلس، دار و خادم را مطابق با نصوص روایی ذکر می‌کند و می‌فرماید: «ولا يجب أن يباع على المفلس ولا يلزمه دار التي يسكنها ولا خادمه الذي يخدمه في ديون الغرماء لإجماع الفرقة على ذلك» (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۲۷۶). شیخ مفید (ره) نیز با اضافه کردن مرکب و لباس به موارد قبل، چهار مورد را به‌عنوان مستثنیات ذکر می‌کند: «ولا تُباع دارُ سكناه، ولا عبدٌ خدمته، ولا فرسٌ رُكوبه إذا كانَ من أهلها، ولا ثيابٌ تجملُها» (جمعی از محققان، ۱۴۳۰، ج ۲، ص ۱۴۸). مرحوم صاحب جواهر با تعدی از موارد منصوص مذکور در احادیث باب و کلمات فقها و نیز الغاء خصوصیت، مقصود از روایات را تمام اقسام مورد احتیاج ضروری مدیون برمی‌شمارد و پس از ارائه دو ملاک کلی در استثناء اموال مدیون، برای این اموال و دارایی مصادیقی را بیان می‌فرماید. ملاک اول ایشان احتیاج به دارایی است که با تملک آن عرفاً از حد فقر خارج نمی‌شود و ملاک دوم حدود احتیاج، به تناسب عزت و شرافت اجتماعی مدیون است: «كُلُّ ما يَحْتَاجُهُ حَتَّى كُنْتُ الْعِلْمِ وَنَحْوِهَا مِمَّا تَمَسُّ الْحَاجَةَ إِلَيْهِ وَلَا يَخْرُجُ بِمِلْكِهَا عَن حَدِّ الْفَقْرِ إِلَى الْغِنَى عُرْفًا، بَلِ الظَّاهِرُ أَنَّ مِنْهَا ما يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لِعِزَّةٍ وَشَرَفِهِ» (نجفی، ۱۹۸۱، ج ۱۵، ص ۳۱۹). همچنین در میان بعضی از فقهای معاصر نیز از الغاء خصوصیت فوق تعبیر ذیل در تعریف مستثنیات دین مطرح شده است: «[هی] حَوَائِجِهِ الَّتِي يَحْتَاجُ إِلَيْهَا [المدیون] فِي مَعِيشَتِهِ» (بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۷، ص ۱۹۹).

در میان تعاریف موجود شاید بتوان گفت تعبیر صاحب جواهر (ره) با ذکر ملاکات استثنا دقیق‌ترین تعریف موجود باشد، اما علی‌رغم تلاش ایشان در ارائه تعریف بهتری از مستثنیات دین، اما گویا چنان‌که مشاهده می‌شود، هیچ عبارت جامعی در تمام تعاریف فقها که مانع اغیار باشد ذکر نگردیده است.

#### ۴-۱. تعاریف حقوقی

در میان حقوق دانان نیز همچون تعاریف فقهی تعبیر دقیقی وجود ندارد. به جهت اختصار در بررسی موارد آن، فقط به ذکر چند نمونه از این تعاریف اکتفا می‌کنیم. جعفری لنگرودی در تعریف این مستثنیات می‌نویسد: «اموالی که برابر قانون در هنگام اجرای حکم و قرار یا سند رسمی مشمول مقررات اجرا نبوده، توقیف نمی‌شود و به ضرر مالک مدیون به فروش نمی‌رسد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۲، ص ۶۴۷). وی در برخی کتب دیگر خود (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۲، ص ۶۱۵) نیز تعاریف مشابهی ارائه می‌دهد که در تمام آن‌ها تعریف به آثار حقوقی استثنا صورت گرفته است و از ذکر مستثنیات و دلیل استثنا غفلت شده است.

در تعریف دیگری از ماهیت مستثنیات دین این‌گونه تعبیر شده است: «موقعی که حکم رسمی لازم‌الاجرا یا قرار لازم‌الاجرا علیه متعهد مدیون از جانب محکمه صادر و برای اجرا به دایره اجرا ابلاغ می‌شود یا متعهدله سند رسمی لازم‌الاجرا در اختیار داشته باشد، قانون‌گذار پاره‌ای از اموال مدیون را از شمول مقررات اجرا خارج کرده و در اصطلاح قانونی این‌گونه اموال را مستثنیات دین نامیده است، یعنی آن دسته و قسمت از اموال مدیون که به جهت دین بدهکار در مقام اجرای حکم یا قرار یا سند رسمی داشتن به وی واگذار نمی‌شود» (قنبری، ۱۳۶۳، ص ۸۷). هرچند در نظر بدوی، این تعریف از تعاریف سابق کامل‌تر به نظر می‌رسد، اما با دقت می‌توان دریافت این پیشرفت صرفاً در همان حوزه لوازم و آثار استثنا و نیز تعیین مرجع صدور رأی به استثنا می‌باشد و در این تعریف نیز همانند موارد قبل، میزان در استثناء اموال مشاهده نمی‌شود.

#### ۵-۱. مواد قانونی

در ماده ۵۲۴ قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب، قانون‌گذار تلاش نموده است تا به واسطه ملاکات معهود در متون روایی و فقهی، به ذکر مصادیقی مشخص از مستثنیات دین، فراتر از مصادیقی که در نصوص روایی و فتاوی فقها موجود است اکتفا نماید. در این ماده آمده است: مستثنیات دین عبارت است از:

الف. مسکن مورد نیاز محکوم‌علیه و افراد تحت تکفل وی با رعایت شئون عرفی.

- ب. وسیله نقلیه مورد نیاز و متناسب با شأن محکوم‌علیه.
- ج. اثاثیه مورد نیاز زندگی که برای رفع حوائج ضروری محکوم‌علیه، خانواده و افراد تحت تکفل وی لازم است.
- د. آذوقه موجود به قدر احتیاج محکوم‌علیه و افراد تحت تکفل وی برای مدتی که عرفاً آذوقه ذخیره می‌شود.
- ه. کتب و ابزار علمی و تحقیقاتی برای اهل علم و تحقیق متناسب با شأن آنان.
- و. وسایل و ابزار کار کسبه، پیشه‌وران، کشاورزان و سایر اشخاصی که وسیله امرار معاش محکوم‌علیه و افراد تحت تکفل وی می‌باشد.
- علاوه بر این ماده، ماده ۶۵ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶ و ماده ۶۹ آیین‌نامه اجرایی مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجراء مصوب ۱۳۵۵ اصلاحی ۱۳۷۰ نیز به موارد و مصادیق مستثنیات دین اشاره نموده‌اند. همان‌طور که ملاحظه می‌گردد، در این ماده قانونی ملاک مشخصی برای ذکر این مصادیق وجود ندارد و مرجع قضایی در تطبیق این ماده با افراد مدیونی که به حسب شرایط مالی و شئون اجتماعی دارای وضعیت متفاوتی‌اند، دچار ابهام خواهند شد.
- قانون‌گذار پس از نسخ ماده قانونی فوق و تصویب قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، در ماده ۲۴ این قانون<sup>۱</sup>، با حذف «وسیله نقلیه» و اضافه نمودن «تلفن همراه مورد نیاز مدیون و اجاره‌بهای منزل مسکونی وی»، با اندکی تغییر عیناً به ذکر همان مصادیق پرداخته است و همچون ماده ۵۲۴ منسوخ در قانون آئین دادرسی مدنی، مصادیق

---

۱. مستثنیات دین صرفاً شامل موارد زیر است:

- الف. منزل مسکونی که عرفاً در شأن محکوم‌علیه در حالت اعسار او باشد.
- ب. اثاثیه مورد نیاز زندگی که برای رفع حوائج ضروری محکوم‌علیه و افراد تحت تکفل وی لازم است.
- ج. آذوقه موجود به قدر احتیاج محکوم‌علیه و افراد تحت تکفل وی برای مدتی که عرفاً آذوقه ذخیره می‌شود.
- د. کتب و ابزار علمی و تحقیقاتی برای اهل علم و تحقیق متناسب با شأن آنها.
- ه. وسایل و ابزار کار کسبه، پیشه‌وران، کشاورزان و سایر اشخاص که برای امرار معاش ضروری آنها و افراد تحت تکفلشان لازم است.
- و. تلفن مورد نیاز مدیون.
- ز. مبلغی که در ضمن عقد اجاره به موجر پرداخت می‌شود، مشروط بر این‌که پرداخت اجاره‌بها بدون آن موجب عسر و حرج گردد و عین مستأجره مورد نیاز مدیون بوده و بالاتر از شأن او نباشد.



مستثنیات دین را تبیین نموده است، اما ملاک و ضابطه مشخصی در ذکر مصادیق این مستثنیات به دست نمی‌دهد. با بررسی نظرات مختلف در مسئله به‌سادگی می‌توان پی برد که تعاریف موجود عمدتاً یا تعریف به آثار حقوقی و یا تعریف به مصادیق می‌باشند که در هر یک از انواع این تعاریف به جهت نبود ملاک منقح، شبهات مصداقیه زیادی وجود خواهد داشت که با عنایت به ادله روایی موجود، به طور قطع غرض شارع مقدس و به تبع، قانون‌گذار تأمین نخواهد شد.

بنابراین جهت تأمین اهداف این پژوهش لازم است به دنبال یافتن تعریفی دقیق‌تر بود که در این راستا ابتدا به فحص موشکافانه نصوص روایی و سپس به بررسی جزئی‌تر متون فقهی متأخر و معاصر خواهیم پرداخت.

## ۲. مستثنیات دین در نصوص روایی

بر این اساس برای تنقیح تعریفی مشخص از موضوع مزبور، به ذکر روایات موجود در این خصوص در منابع روایی خواهیم پرداخت. تمام این روایات از امام صادق(ع) و اغلب آنان در کتاب گران‌سنگ کافی و با سند صحیح نقل شده‌اند که در ادامه به ذکر آنها می‌پردازیم.

**الف. روایت زراره:** زراره می‌گوید که به امام جعفر بن محمد(ع) عرض کردم فردی به من مدیون است و وی قصد دارد خانه خود را برای ادای دینش به فروش بگذارد. امام صادق(ع) فرمود: به خداوند پناه ببر از این که او را از سرپناه و منزل مسکونی‌اش بیرون کنی. امام(ع) این جمله را سه مرتبه تکرار فرمود (طوسی، ۱۳۶۵، ج ۶، ص ۱۸۷). لازم به ذکر است که این روایت با سند مذکور از عثمان بن زیاد در کتاب کافی نیز نقل شده است (کلینی، ۱۴۲۲، ج ۴، ص ۹۷).

**ب. روایت ابن ابی‌عمیر:** در این روایت امام صادق(ع) می‌فرماید: نمی‌توان شخص مدیون را به دلیل ناتوانایی در پرداخت دیونش، از محل سکونتش بیرون نمود (کلینی، ۱۴۲۲، ص ۹۸).

**ج. صحیح حلبی:** حلبی از امام صادق(ع) نقل می‌کند که درباره مستثنیات دین فرمود: منزل مسکونی مدیون برای ادای دین او به فروش نمی‌رود، زیرا خانه از موارد

ضروری برای معیشت هر فرد محسوب می‌گردد (طوسی، ۱۳۶۵، ج ۶، ص ۱۸۶؛ کلینی، ۱۴۲۲، ج ۵، ص ۹۶).

**د. روایت مسعد بن صدقه:** بنابراین روایت، از امام صادق(ع) پرسیده شد که فرد مدیونی، مالک سهمی از منزل مسکونی است، به طوری که اگر سهم خود را از آن منزل بفروشد بی‌خانه می‌شود. در این شرایط تکلیف چیست؟ امام صادق(ع) فرمود: اگر دارایی او آنقدر زیاد نیست که با فروش خانه و ادای دیون، مال کافی برای امرار معاش خود و افراد تحت تکلفش باقی نماند، فروختن منزل برای او جایز نیست (طوسی، ۱۳۶۵، ج ۶، ص ۱۹۸).

**ه. روایت موثقه عبدالعزیز:** این روایت در کتاب زکات در باب افرادی که دریافت زکات برای ایشان حلال است ذکر شده است. در این روایت، فرد مدیون دارای منزلی است که چهار هزار درهم ارزش دارد و همچنین عیال و غلام و شتری دارد که جزء معیشت وی محسوب می‌شوند. امام صادق(ع) از امر به فروش این اموال به جهت احتیاج مدیون به آن‌ها منع می‌کند و دریافت زکات برای او را حلال می‌داند (کلینی، ۱۴۲۲، ج ۳، ص ۵۶۲).

ملاحظه در روایات فوق که به لحاظ سند و دلالت نیز اشکالی در آن‌ها دیده نمی‌شود، نشان می‌دهد هیچ‌گونه تعریف مشخصی از مستثنیات دین وجود ندارد و امام صادق(ع) در هر کدام از این روایات صرفاً به ذکر مثال‌ها و مصادیقی از مستثنیات دین تصریح دارد و ضمن آن به ملاکاتی نظیر کفایت معیشت و احتیاج مدیون متناسب با شأن و شرافت وی اشاره می‌فرماید.

### ۳. محدوده مستثنیات دین در متون فقهی

چنان‌که گفته شد، در کلمات فقها عمدتاً به ذکر مصادیق اکتفا شده است و حتی برخی از محققین با مرور منابع فقهی به فقدان هر گونه تعریف از معیار مستثنیات دین در فقه تصریح نموده‌اند. اما با دقت و تأمل در کلمات ایشان می‌توان ملاک و ضابطه مشخصی را از لابه‌لای متون فقهی اصطیاد نمود.

مرحوم محدث بحرانی قول به جواز تعدی از موارد منصوص را به مشهور نسبت داده

است و ملاک در استثنا را چنین بیان می‌فرماید: «ولعلّ المستند فيه هو الضرورة والحاجة». وی در ادامه، پس از ذکر شواهد و مؤیدات روایی بر وجود ملاک، اکتفا به موارد منصوص و مفتی به نظیر دار و خادم و اسب، درحالی‌که قوت بیش از یک شبانه‌روز نیازی ضروری تر می‌باشد را امری بعید می‌شمارد (بحرانی، ۱۳۶۳، ج ۲۰، ص ۱۹۸). پس از ایشان نیز فقهای دیگری گرایش به این نظر پیدا نمودند و لحاظ ملاک و معیار در استثنا به تدریج تبدیل به رویکردی غالب در میان فقها گردید (میرداداشی، ۱۳۹۳، ص ۱۷۱). به طور مثال، سید مجاهد، مصارف لازم و ضروری را در حکم مستثنیات دین دانسته و قیمت دارو و مداوا، اجرت حمام و موارد ضروری مورد مصرف در پذیرایی از مهمانان را نیز به آن افزوده است<sup>۱</sup> (طباطبایی، بی‌تا، ص ۳۵). علاوه بر آنچه از متون فقهی در تعریف مستثنیات دین ذکر شد، تعاریف دیگری از متأخرین و معاصرین وجود دارد که به جهت اختصار، به مرور اجمالی آن‌ها خواهیم پرداخت. شیخ انصاری در مسئله وجوب تکفین زوجه، مستثنیات دین را مقدم بر تمام حقوق دیگر می‌داند و از این موارد با تعبیر «امور ضروری برای امرار معاش فرد» تعبیر می‌کند که هیچ دین و حقی بر آن مقدم نمی‌شود<sup>۲</sup> (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۴، ص ۳۷۶). مرحوم سید ابوالحسن اصفهانی همچون صاحب جواهر (ره) ملاک در استثنا را حاجت ضروری فرد مدیون دانسته و در مسئله ۱۰ کتاب الدین و القرض، در ذکر موارد استثنا فرموده است:

«يستثنى من ذلك بيع دار سكناه، وثياب المحتاج إليها ولو للتجمل ودابة ركوبه وخادمه إذا كان من أهلها واحتاج إليهما، بل وضروريات بيته، من فراشه وغطائه وظروفه وإنائه لأكله وشربه وطبخه ولو لأضيافه، مراعيًا في ذلك كله مقدار الحاجة بحسب حاله وشرفه، وأنه بحيث لو كلف ببيعها لوقع في عسر وشدة وحزاة ومنقصة» (اصفهانی، ۱۳۹۲، ج ۲، ص ۷۷).

امام خمینی در تحریر الوسیله (خمینی، ۱۳۹۲، ج ۱، ص ۶۹۱)، مرحوم خوبی در منهاج الصالحین

۱. «والتحقیق عندی فی الاستثناء أن یقال أن ما یملکهُ المدیونُ علی قسمین: أحدهما ما یحتاجُ إليه حاجةً شديدةً بحيثُ یترتبُ علی فقده ضررٌ عظیمٌ ومشقةٌ شديدةٌ وهلاكٌ لنفسه أو نفسِ عیالیه أو نقصِ عضوٍ منه أو من عیالیه... فإن كانَ الأولُ فیحتملُ قویاً أن لا یجبُ صرفه فی وفاءِ الدین». ۲. «أنَّ ضروریاتِ معاشِ الرجل لا یزاحمها شیء».

(خوبی، ۱۳۹۹، ج ۲، ص ۱۷۱) و نیز بسیاری از فقهای معاصر دیگر (گلپایگانی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۶۸؛ سیستانی، ۱۴۱۵، ج ۲، ص ۲۸۰؛ وحید خراسانی، ۱۳۸۶، ج ۳، ص ۱۹۲؛ بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۷، ص ۲۰۱؛ تبریزی، ۱۴۲۶، ج ۲، ص ۲۱۴؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۱، ص ۲۶؛ روحانی، ۱۴۳۵، ج ۲، ص ۳۲۱؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۲، ج ۲، ص ۲۴۰) با پیروی از استدلال صاحب جواهر (ره) و این عبارت سید ابوالحسن اصفهانی، ضابطه استثنای «حاجت شدید فرد به یک کالا» معرفی می‌کنند، به گونه‌ای که اگر ملزم به فروش آن کالا شود و یا هزینه ضروری معیشت را به دائن بپردازد، در عسر و حرج و یا به عبارت دیگر، در حزازت و منقصت شدید قرار می‌گیرد. آنان میزان در این حاجت شدید را برای افراد مختلف امری نسبی برمی‌شمارند که متناسب با موقعیت اجتماعی مدیون و بنابر احوال و شرایط هر فرد متغیر است.

در نقطه مقابل، برخی نظیر شیخ جعفر کاشف‌الغطاء (ره) دیدگاه مخالفی دارند و با استناد به امارات موجود و مصادیق مذکور در آن‌ها، به اطلاق موجود در این امارات تمسک نموده‌اند و تعدی از نصوص را به ملاک احتیاج جایز نمی‌دانند. ایشان در موضوع وجوب قربانی در حج تمتع، تمکن مالی مازاد بر مستثنیات دین را شرط می‌دانند و می‌فرماید: «أنه لا یجب بیع ثیاب التجمل فی الهدی للنص والفتوی والظاهر أن مثلها جمیع مستثنیات الدین لأن الله أولى بالعدر سبحانه وتعالی ولا یتفاوت الحال بین الاحتیاج إلیها وعدمه لإطلاق النص...» (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲، ج ۵، ص ۱۶۸).

بنابر این دیدگاه مرحوم کاشف‌الغطاء، هرچند مدیون به برخی از مصادیق مذکور در امارات مستثنیات دین نیاز نداشته باشد، اما به جهت اطلاقات موجود در نصوص و فتاوا ایشان همچنان معتقد به استثنایند. به طور مثال، چنانچه مدیون ساکن یک منزل موقوف باشد، منزل ملکی وی همچنان از اموال مستثنا محسوب می‌شود و نمی‌توان برای ادای دین، او را مجبور به فروش آن ملک نمود.

در پاسخ به این سخن اولاً لازم است به ملاکات منقح در امارات نظیر «الابدیت در احتیاج» و «کفایت معیشت» اشاره نمود که مانع از انعقاد اطلاق خواهند بود. ثانیاً به اختلاف مصادیق در برخی از روایات به حسب مدیونین مورد سؤال و همچنین اختلاف مصادیق در میان فتاوا و منابع فقهی که حاکی از اناطه حکم بر مدار ملاکات مذکور می‌باشند، باید استدلال نمود. نکته مهم و حائز اهمیت در عبارت پیش‌گفته از صاحب

جواهر(ره) اناطه استثناء مال به عدم خروج از حد عرفی فقر است، به صورتی که اگر تملک یک مال با توجه به موقعیت اجتماعی شخص، وی را عرفاً از حدود فقر خارج نماید، هرچند آن مال مورد احتیاج فرد باشد، دو اثر بر شخص دارنده مال مترتب می‌گردد: الف. مشمول زکات نخواهد بود؛ ب. اگر مدیون باشد، اصل مال و یا آن میزانی از مال که وی را از حدود عرفی فقر خارج می‌نماید، مستثنا نمی‌باشد. به جهت وجود همین تلازم میان معنای معسر و فقیر، برخی این دو را مترادف و مشترک معنوی دانسته‌اند، زیرا هر دو مازاد بر مستثنیات دین مالی ندارند. اما سؤال مهمی که در این خصوص ممکن است مطرح گردد پرسش از حد فقر است، زیرا مشخص نیست که در چه صورتی فرد دارای یک کالای مورد نیاز، از حد عرفی فقر خارج می‌شود. به عبارت بهتر، فقر یک معنای شرعی دارد که همان عدم دارایی مازاد بر مستثنیات دین است و شرط استثناء اموال وی عدم خروج مدیون از دایره فقر عرفی به واسطه تملک آن مال و دارایی است. برای مثال، داشتن یک منزل مسکونی مشخص چنانچه مدیون را از حدود فقر عرفی خارج نسازد مستثنا خواهد بود، اما ملاک در تشخیص حدود عرفی فقر برای افراد مختلف با توجه به متغیرهای تأثیرگذاری نظیر شغل، موقعیت اجتماعی، تحصیلات، درآمد، میزان تمکن مالی خانوادگی و تعداد افراد تحت تکفل وی چه امری خواهد بود؟ روشن است که مراد از فقر عرفی در مسئله امری کاملاً نسبی و به حسب افراد و متغیرهای ذکرشده برای آن‌ها می‌باشد که تشخیص آن نیز به عهده قاضی است و می‌تواند در صورت صعوبت تشخیص، به نظر کارشناسان برای تعیین حدود فقر و غنای مدیون مراجعه نماید. همچنین در صورت شک در استثناء یک مال، به اصل موجود در مسئله یعنی اصالت عدم استثنا و بقای تحت عموم ادله وجوب وفا به دین تمسک نموده و حکم به فروش مال و تأدیة دین از محل فروش آن مال یا اموال می‌نماید.

#### ۴. تعریف مطلوب و ملاکات استثنا در مستثنیات دین

بنابراین با بررسی ادله روایی و نیز کلمات فقها به دو معیار کلی دست خواهیم یافت: یک. هر نیازی که فقدان آن موجب اختلال شدید در زندگی فرد و خانواده وی گردد؛ دو. این اختلال شدید می‌بایست متناسب با شأن عرفی و موقعیت اجتماعی مدیون در

حالت اعسار و بر اساس متغیرهای تأثیرگذار در اختلاف شأن وی لحاظ شود. بر این اساس، می‌توان در تعریف مستثنیات دین این‌گونه تعبیر کرد: «مستثنیات دین حوائج ضروری و سبب نیازهای اساسی برای معیشت شخص و افراد تحت تکفل وی می‌باشد، به گونه‌ای که فقدان آن با رعایت موقعیت اجتماعی شخص در حالت اعسار، معیشتش را مختل نموده و اصطلاحاً زندگانی وی را دچار حزازت و منقصت می‌گرداند و تشخیص این امر به عهده مقام صالح قضایی می‌باشد». از امتیازات این تعریف، مناطات موجود در آن می‌باشد که کاملاً مستفاد از تعبیر «الابدیت» و ناچاری موجود در تعلیل ذیل صحیحۃ حلبی و تعبیر به «کفایت معیشت خود و خانواده» در تعلیل ذیل روایت مسعد بن صدقه و همچنین رعایت شئون اجتماعی مدیون است که در روایات و تعبیر فقها به آن اشاره شده است. از آنچه گفته شد روشن می‌شود آنچه به غیر از موارد منصوص در روایات در منابع فقهی و حقوقی به‌عنوان مصادیقی از مستثنیات دین ذکر گردیده است، به جهت وجود ضابطه «حاجت شدید و ضروری برای فرد و عائله وی» بوده که ممکن است برای هر فرد به حسب احوال و شرایط او تغییر نماید.

بدین جهت، در خصوص یک مدیون نمی‌توان گفت اموال معینی در هر وضعیتی جزء مستثنیات دین است، چراکه با توجه به شأن، حیثیت، موقعیت شغلی و شخصیت اجتماعی و شرایط زندگی محکوم‌علیه، ممکن است برخی از اموال وی جزء مستثنیات دین باشد و برخی دیگر از شمول مستثنیات دین خارج باشد. همچنین با وجود چنین ملاکاتی، عناصر زمان و مکان نقش پررنگی در استثناء یک کالا و یا خدمت ایفا خواهند نمود. به طور مثال، در عصر معصومین(ع) نیاز به خادم یک خدمت ضروری قلمداد می‌شده است که فقدان آن مشقت نوعیه غیر قابل تحمل را در پی داشته است. بنابراین در عمده فتاوا و نیز متن ماده ۲۴، در زمره مستثنیات ذکر نگردیده است.

اگرچه تعریف مذکور با ذکر ملاکات استثنا، حتی‌الامکان از هر گونه ابهام در تشخیص مستثنیات دین کاسته است، اما با وجود این، ممکن است گفته شود در صورت عدم ذکر مصادیق مستثنیات (چنان‌که در قانون کنونی ذکر شده است)، حکم مراجع قضایی بسته به سلايق فردی مختلف قضات دادگستری‌ها خطاپذیر خواهد بود.

در پاسخ به این اشکال باید گفت: اولاً: حتی در قوانین و مقررات کنونی نیز ایراد

مذکور وجود دارد و قانون‌گذار با عنایت به اصل صلاحیت دادگاه صادرکننده اجرائیه در رسیدگی به رفع مشکلات - که در مرحله اجرا، در خصوص نحوه و اجرای حکم پدید می‌آید - (مواد ۲۵ و ۲۶ قانون اجرای احکام مدنی) دادگاه صادرکننده اجرائیه را جهت رفع اختلاف طرفین راجع به تعیین میزان مستثنیات دین متناسب با شأن و نیاز محکوم‌علیه، صالح دانسته است. رویه قضایی کنونی نیز بر همین منوال است و اداره حقوقی هم مرجع اجراکننده حکم را جهت تطبیق و تشخیص دارایی‌های مستثنای مدیون، صالح تشخیص داده است: «اموالی که برای اجرای حکم توقیف نمی‌شود در ماده ۵۶ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶ پیش‌بینی شده است. تشخیص مورد و انطباق آن با مقررات مذکور، با عنایت به شأن و موقعیت اجتماعی محکوم‌علیه و عرف محل، به عهده مرجع اجراکننده حکم است». (نظریه شماره ۷/۵۲۲-۷/۲/۵)

ثانیاً: در بخش امکان لحاظ متغیرهای کمی و کیفی برای تشخیص مستثنیات دین، مشابه روش‌های متداول در بسیاری از کشورهای دنیا، به راهکاری جامع جهت تشخیص دقیق مستثنیات دین از طریق لحاظ متغیرهای کمی و کیفی مؤثر در موقعیت اجتماعی و شأن عرفی مدیون خواهیم پرداخت که در صورت ایجاد الزام قانونی برای کاربست آن در محاکم حقوقی، میزان احتمال خطا در مراجع قضایی کاهش چشمگیری خواهد یافت.

#### ۵. تمایز ماهوی مفهوم اعسار از هزینه دادرسی و اعسار مصطلح فقهی

قانون‌گذار در ماده یک قانون اعسار مصوب ۲۰ آذر ماه ۱۳۱۳ شمسی می‌گوید: «معسر کسی است که به واسطه عدم کفایت دارایی یا عدم دسترسی به مال خود، قادر به تأدیه مخارج محاکمه یا دیون خود نباشد»، و با تفکیک مخارج محاکمه از دیون، عملاً اعسار را به دو نوع اعسار از هزینه دادرسی و اعسار از محکوم‌به تقسیم نموده و با این بیان، مفهوم اعسار را به معنایی جامع تعمیم داده است که شامل اصطلاح فقهی و معنای لغوی آن می‌باشد، زیرا مفهوم اصطلاحی اعسار متقوم به وجود دین است (مبلغی و دیگران، ۱۳۹۹، ص ۱۳) و صرفاً در صورت وجود دین و عدم تمکن مدیون از تأدیه آن با رعایت مستثنیات دین، مفهوم اصطلاحی اعسار محقق می‌شود که با معنای اعسار از محکوم‌به در ماده قانونی فوق سازگار است و نه اعسار از تأدیه مخارج محاکمه، چراکه این هزینه به

توضیحی که در ادامه خواهد آمد، دین بر ذمه خواهان نمی‌باشد (حسینی بویا، ۱۳۹۰، ص ۹۰). طرح دعای حقوقی نیازمند پرداخت هزینه دادرسی است که این هزینه به صورت ابطال تمبر دادرسی در دادخواست صورت می‌گیرد. به عبارت دیگر، خواهان با مراجعه به هر یک از شعب دادگستری، جهت نیل به خواسته اقدام به طرح دعوی علیه خوانده می‌نماید و دادگاه نیز برای پیگیری دعوی خواهان از وی درصدی مشخص از خواسته را مطالبه می‌نماید. مطابق با قواعد فقه معاملات، در صورتی که دادگاه برای انجام این عمل از خواهان مطالبه وجهی نماید و طرفین بر روی مبلغ مشخصی توافق نمایند - هرچند این تفاهم به صورت شفاهی شکل بگیرد - نوعی جعاله خواهد بود و در صورتی که مطالبه وجه و قصد تبرع، هر دو از سوی عامل یعنی دادگاه رسیدگی کننده به پرونده، منتفی باشد، محکوم‌له پس از انجام عمل، موظف به پرداخت اجرت‌المثل از باب استیفای منفعت توسط عامل می‌باشد. چنان‌که مشخص است، در این بین، تا قبل از رسیدگی دادگاه هیچ گونه دینی بر ذمه خواهان مستقر نگردیده است و اطلاق اعسار مصطلح نسبت به اقامه کننده دعوی بدون وجه می‌باشد و تنها پس از انجام عمل و استیفای منافع محکوم‌له در صورت عدم تمکن در پرداخت هزینه دادرسی از سوی وی به جهت نداشتن مالی مازاد بر مستثنیات دین، به او معسر اطلاق خواهد شد که این فرض هم به جهت نیل محکوم‌له به محکوم‌به فرضی نادر است، زیرا چنین فرضی فقط هنگامی صحیح خواهد بود که محکوم‌به از مستثنیات دین محکوم‌له باشد (سلامی، ۱۳۹۵، ص ۲۹).

براین اساس، به نظر می‌رسد تعبیر ماده ۶ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی که معسر را با تعبیر ذیل منحصر در اعسار از پرداخت محکوم‌به نموده است، تعریف دقیق‌تری باشد. قانون‌گذار در این ماده می‌گوید: «معسر کسی است که به دلیل نداشتن مالی به جز مستثنیات دین، قادر به تأدیه دیون خود نباشد»، چراکه در این بیان، اعسار صرفاً شامل اعسار مصطلح می‌شود و اعسار از پرداخت هزینه دادرسی را در تعریف نمی‌گنجانند، زیرا این نوع از اعسار به جهت عدم تحقق موضوع دین، اعسار مصطلح نبوده و حمل بر معنای لغوی عدم تمکن مالی خواهد گردید.

از این بیان می‌توان نتیجه گرفت که احکام اعسار مصطلح فقهی بر این دسته از معسرین جاری نخواهد بود. اولاً: موضوع ملاحظه مستثنیات دین در صورت مطالبه



پیشینی حق‌العمل منتفی خواهد بود، زیرا هنوز دینی صورت پذیرفته است. ثانیاً: به نظر می‌رسد با توجه به قوانین موضوعه در خصوص صلاحیت‌های قضایی، ضرورت دارد مرجع رسمی رسیدگی‌کننده به اعسار از هزینه دادرسی، همان قاضی باشد. البته استفاده از نظرات کارشناسان ذی‌صلاح در این زمینه می‌تواند به‌عنوان مشاوره در فرایند رسیدگی قضایی مفید واقع شود. با این حال، تصمیم‌گیری نهایی در این خصوص در چارچوب قوانین موضوعه بر عهده قاضی است. ثالثاً: حجیت ادله ابراز دعوی نظیر شهادت شهود، و قسم جهت رد و یا اثبات اعسار از هزینه دادرسی مخدوش خواهد بود، زیرا کارشناسی دقیق برای احراز تمکن و یا عدم تمکن مدعی اعسار برای کارشناسان علم‌آور خواهد بود، حال آن‌که موضوع اعتبار ادله مذکور شک در ادعای یکی از طرفین دعوی در محکمه می‌باشد، درحالی‌که این دعوی چنان‌که گفته شد، اولاً در محکمه رسیدگی نمی‌شود و ثانیاً با طرق احراز و علم حاصل توسط کارشناسان، نوبت به ادله فوق نخواهد رسید.

بنابراین با توجه به قوانین و مقررات ناظر بر نظام قضایی جمهوری اسلامی ایران، در خصوص اعسار از هزینه دادرسی، باید گفت که مرجع رسمی رسیدگی‌کننده به این موضوع قاضی است. البته قانون‌گذار امکان استفاده از نظرات کارشناسان ذی‌صلاح را به‌عنوان مشاوره در فرایند رسیدگی پیش‌بینی کرده است. با این حال، تصمیم‌گیری نهایی در این خصوص در چارچوب صلاحیت‌های قانونی، بر عهده شخص قاضی است و از سوی دیگر، استفاده از ظرفیت‌های علمی و کارشناسی در فرایند رسیدگی می‌تواند منجر به تصمیم‌گیری عادلانه‌تر و دقیق‌تر شود (افشار، ۱۳۹۷، ص ۴۶).

## ۶. نقد ماده ۲۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی

بر اساس آنچه گفته شد به نظر می‌رسد در ماده ۲۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، مصادیق مستثنیات دین به صورت عام آمده است و هرچند این مصادیق عام شامل انواع مختلف نیازهای ضروری و اساسی، از جمله نیازهای دارویی و درمانی نیز می‌شود، اما بیان ملاک و ضابطه مشخص برای استثناء مستثنیات دین، می‌تواند در تسهیل فرایند شناسایی این موارد توسط مراجع قضایی مفید باشد. بنابراین پیشنهاد می‌شود با افزودن تبصره‌ای به این ماده، علاوه بر تأکید بر لزوم در نظر گرفتن نیازهای ضروری دوره‌های

مختلف، به بیان ملاک و ضابطه نیز پرداخته شود.

همچنین بنابر این که ملاک در استثنا نیاز ضروری و اساسی باشد، ملکیت مسکن برای تمام افراد معسر لازم نیست و سکونت در منزل غیرملکی همچون مسکن استیجاری، موهوب و یا موقوف نیز بسیاری از ایشان را از نیاز به مسکن مستغنی می‌نماید، چراکه تملک مسکن از ضروریات اساسی معیشت شخص مدیون نمی‌باشد، بلکه چنانچه از تعبیری نظیر «لابد له من ظل یسکنه» و «دار سکناه» موجود در روایات باب استفاده می‌شود، سکونت در منزلی مسکونی مطابق با شأن مدیون کفایت می‌کند.

در نتیجه می‌توان گفت برای فردی که منزل استیجاری در شأن اوست، «ودیعۀ مسکن» از مستثنیات دینش خواهد بود و نه منزل ملکی. همچنین اگر مدیون مسکن نداشته باشد، ولی مبلغی وجه داشته باشد که آن را به‌عنوان ودیعه یا قرض‌الحسنه در اختیار دیگری قرار داده و وی منزل مسکونی خود را جهت استفاده در اختیار محکوم‌علیه و یا مدیون قرار داده باشد، حال آیا طلبکار می‌تواند این وجه را در نزد متصرف توقیف و از آن طلب خویش را وصول نماید؟ پیش از تصویب قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی در سال ۱۳۹۴، برخی به سؤال فوق جواب منفی داده‌اند. قضات دادگاه‌های عمومی تهران در نظریه مورخ ۲۷ اسفند ۱۳۷۶ گفته‌اند: «مسکن که جزء مستثنیات دین است، تعریف خاص دارد و مستثنیات دین محدود به نص است، چون ادای دین از ضروریات است. بنابراین، افزون بر دامنه مستثنیات، خارج از آن، چیزی که در قانون تصریح شده جایز نیست، لذا ودیعۀ مسکن جزء مستثنیات دین محسوب نمی‌شود» (دفتر مطالعات و تحقیقات کمیسیون امور حقوقی و قضا، ۱۳۷۸، ص ۱۴۱؛ میرداداشی، ۱۳۹۳، ص ۱۸۳). هرچند در بند (ز) ماده ۲۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، مبلغ اجاره‌بها در ضمن شرایطی، استثنا گردیده است، اما بسیاری از موارد، نظیر خدمات و نیازهای دارویی و درمانی و برخی اقلام ضروری دیگر که تابع دوره‌های زمانی مختلف و موقعیت‌های فرهنگی و... می‌باشد، متأسفانه همچنان در مجموعه مستثنیات دین قرار ندارند.

## ۷. اصل عدم استثناء دارایی در دین

ممکن است سؤالی در اینجا مطرح گردد مبنی بر این که آیا اصلی در مسئله وجود دارد که در موارد شبهات مصداقیه به آن تمسک شود؟ به عبارت دیگر، در موارد تردید در وجود یک مصداق از دارایی مدیون در دایره مستثنیات و یا خارج آن‌ها، چگونه باید عمل شود؟ به طور مثال، چنانچه شدت ضرورت نیاز به وسیله نقلیه برای فرد معسر مشکوک باشد و یا شأنت مسکنی با خصوصیات مشخص برای وی محل تردید باشد، فرایند رسیدگی قضایی صحیح مبتنی بر فقه امامیه چگونه خواهد بود؟ همان‌طور که پیش‌تر نیز گفته شد، اصل وجود ادای دین است که عموم آن شامل تمام اموال و دارایی فرد می‌گردد، مگر قدر متیقن از مستثنیات دین که شامل موارد مشکوک نمی‌شود، در نتیجه، در مسئله اصلی وجود دارد که در موارد شبهات مصداقیه به آن تمسک می‌شود (ابراهیم‌زاده، ۱۳۹۸، ص ۱۱۱). بنابراین هر جا که شدت ضرورت و شأنت یک نیاز برای مدیون معسر مشکوک باشد، به قدر متیقن اخذ می‌گردد.

در همین رابطه، اداره کل حقوقی قوه قضائیه در نظریه خود این‌گونه اصل عدم استثناء را تبیین نموده است: «نظر به این که مستثنیات دین، استثناء بر اصل و رعایت آن گاهی موجب محروم ماندن محکوم‌له از نیل به حق خود در مدت معقول می‌شود، باید بسیار مضیق و نزدیک به متن تفسیر و به نص اکتفا شود و لذا باید گفت نظر مقنن از «مسکن» محل سکونت است که محکوم‌علیه با شرایط مذکور در قانون در تصرف مالکانه دارد نه توان یا قدرت تهیه مسکن متناسب با رفع نیاز او و افراد تحت تکفل وی. به بیان دیگر، اگر محکوم‌علیه فقط مالک یک قطعه زمین به منظور احداث مسکن در آینده باشد، آن را نمی‌توان در زمره مستثنیات دین تلقی کرد و در قانون هم در ردیف مستثنیات دین احصا نشده است» (نظریه شماره ۶۰۷۵ / ۷ مورخ ۲۰ / ۸ / ۱۳۸۰). البته این نظر هرچند از جهت بیان اصل کلی در موارد مشکوک دارای قوت است، اما از جهت حصر مستثنیات به مصادیق معهود و عدم جواز تعدی از این موارد، ضعف دارد، زیرا چنان‌که ذکر شد، استثناء در موارد مذکور منصوص‌العله و یا دست‌کم منقح‌المناطق و دارای ملاک است و با وجود وضوح نکته استثناء در روایات و فتاوا، عدم جواز تعدی از موارد معهود وجهی نخواهد داشت.

## ۸. امکان لحاظ متغیرهای کمی و کیفی برای تشخیص مستثنیات دین

یکی دیگر از مشکلات احراز معسر واقعی از ادای دین، ابهام موجود در مفهوم شأن عرفی و موقعیت اجتماعی وی است. به عبارت دیگر، بسیاری از قضات برای تشخیص و تطبیق دقیق این مفهوم بر افراد معسر دچار ابهام در تفسیر و تطبیق معنای بسیط شأن عرفی بر افراد معسر می‌باشند که با توجه به احتمال خطای انسانی در فرایند دادرسی، امکان ظلم به داین در صورت رأی به استثناء مالی که واقعاً مستثنا نیست و نیز ظلم به مدیون در صورت رأی به عدم استثناء مالی که واقعاً مستثناست وجود دارد. به این منظور، یکی از راهکارهای پیشنهادی جهت وحدت رویه قضات در تشخیص و تطبیق شأن عرفی و تدقیق آن برای تطبیق بر معسرین از ادای دین، طراحی و تنظیم جدولی از متغیرهای مؤثر در تغییر شأن عرفی می‌باشد که خروجی آن پس از درج داده‌های کمی تعیین وضعیت، موقعیت و منزلت اجتماعی مدیون جهت تعیین کیفیت و کمیت بهره‌مندی از سبدهای کالا و یا خدمات ضروری در معیشت مدیون و افراد تحت تکفل وی می‌باشد. بر این اساس، پرسش دیگری که لازم است در این پژوهش به آن پاسخ داده شود عبارت است از این که آیا ممکن است متغیرهایی کمی و کیفی برای تشخیص مستثنیات دین فرد معسر قرار داد؟ برای پاسخ به این پرسش، با دو رویکرد مغایرت و موافقت تعیین متغیر مذکور برای تشخیص مستثنیات دین، موضوع را از جانب دو دیدگاه مخالف و موافق بررسی و سپس نتیجه‌گیری می‌کنیم.

### ۸-۱. دیدگاه مغایرت

تعیین متغیرهای کمی و کیفی جهت دستیابی به وضعیت شأن عرفی مدیون، نه در شریعت مقدس و متون فقهی و نه در منابع حقوقی و مواد قانونی ذکر نگردیده است و تشخیص آن به عهده شخص قاضی می‌باشد (محسنی، ۱۳۹۵، ص ۱۰۱) که با بررسی شرایط مالی، موقعیت اجتماعی و احوالات شخصی مدیون، به استثنا و عدم استثناء اموال وی و نیز وجود یا عدم وجود مالی مازاد بر مستثنیات دین در مجموعه دارایی‌های او و در نتیجه، اعسار و ملائت فرد مدیون رأی می‌دهد و در صورت شک در استثنا و یا عدم استثنا به اصل موجود در مسئله یعنی وجوب ادای دین و عدم استثنا حکم می‌شود (تاج، ۱۳۹۶،

ص ۸). بنابراین ایجاد وحدت رویه توسط ابزارهای شناسایی وضعیت توسط متغیرهای کمی علاوه بر غیرمشروع بودن آن، امری غیرلازم نیز می‌باشد. ضمن این که عوامل متعدد زیادی در تعیین وضعیت و شأن و منزلت عرفی مدیون مؤثر می‌باشند که موجبات عدم امکان و یا حداقل صعوبت زیاد در تحصیل خروجی مطلوب را رقم می‌زنند که این امر با غرض از استفاده از متغیرهای مذکور یعنی تسهیل در امر احراز واقعی معسر در تناقض است.

## ۸-۲. دیدگاه موافقت

از مطالب پیشین مشخص گردید که احراز مستثنیات دین به معنای حوائج ضروری مدیون برای معیشت خود و افراد تحت تکفلش، امری عرفی و عقلایی است که شریعت مقدس برخی از روشن‌ترین مصادیق آن را به صورت امر ارشادی مشخص نموده است و مدلول التزامی احاله تشخیص به عرف از سوی شارع مقدس، وجود فهم و امکان تشخیص از سوی عرف و عقلا می‌باشد. با توجه به این مقدمه، برای احراز فهم عرفی مأموزبه در کلام شارع می‌بایست به رویه‌های موجود در دنیا برای تشخیص اعسار و محدوده مستثنیات دین به معنای مذکور مراجعه نمود و با مراجعه به مراجع تصمیم‌گیر در خصوص تعیین وضعیت اعسار معسرین در دنیا، درمی‌یابیم که آن‌ها نیز جهت تشخیص این موضوع، با اندکی تفاوت در ملاکات استثنا به همین متغیرهای کمی مراجعه می‌نمایند (مؤمنی، ۱۳۸۵، ص ۷۸).

حتی با وجود مولوی بودن امر استثنا در مستثنیات دین و اعتقاد به وجود حقیقت شرعیه برای این قبیل حقوق، باز هم استفاده از چنین متغیرهایی برای تسهیل و تشخیص دقیق وضعیت شئون عرفی معسرین توجیه‌پذیر است که استدلال بر آن نیازمند ذکر دو مقدمه می‌باشد: اولاً با عنایت به عدم تخصص کافی و یا حتی لازم بسیاری از قضات برای احراز دقیق شئون عرفی مدیونین مختلف از طیف‌های گسترده در طبقات مختلف اجتماعی، فرهنگی و اقتصادی جامعه، شناسایی محدوده مستثنیات دین افراد گوناگون در این جامعه امری بسیار مشکل خواهد بود که نتیجه تسامح در تشخیص این قضات، فراهم‌سازی امکان ظلم به طرفین دعوا می‌باشد. مضاف بر این که صحت و سلامت رأی

قضات در چنین پرونده‌های مالی احتمال درصد خطا را در این فرایند انسانی بالا می‌برد. ثانیاً با توجه به این نکته که فرصت قضات دادگستری‌ها برای رسیدگی به این قبیل پرونده‌ها بسیار محدود می‌باشد، شناسایی شأن عرفی مدیون که تابع متغیرهای بسیاری است عملاً برای ایشان ممکن نخواهد بود (حسینی، ۱۳۹۸، ص ۹).

بنابراین، با وجود احتمال امکان ایجاد ظلم فاحش در حق داینین و مدیونین در صورت عدم استفاده از چنین متغیرهای کمی و کیفی، و نیز احتمال عقلایی معتابه در تضييع حقوق الناس، می‌توان علاوه بر جواز و مشروعیت استفاده از مسیر سنجش متغیرهای کمی، لزوم بهره‌گیری از آن را نتیجه‌گیری نمود.

همچنین در پاسخ به اشکال عدم امکان و یا صعوبت زیاد در تحصیل خروجی مطلوب، با توجه به کثرت متغیرهای تأثیرگذار در تعیین وضعیت شأن عرفی مدیون، ضمن تأیید کلیت این مشکل می‌توان نمونه‌هایی جهانی که با تعیین برخی از متغیرهای کلان تا حدود زیادی در تعیین محدوده مستثنیات افراد مختلف موفق عمل کرده‌اند را ذکر نمود و به امکان تعیین محدوده مستثنیات و به دنبال آن، اعسار و یا ملائت افراد مدیون توسط چنین متغیرهایی که نقش عمده‌ای در تعیین وضعیت وی را ایفا می‌نمایند و همچنین تسهیل‌گری استفاده از چنین متغیرهایی برای جلوگیری از بروز عناوین محرمه فوق در مقابل شیوه متعارف تشخیص قضات، استدلال نمود. به عبارت دیگر، هرچند تشخیص دقیق وضعیت اجتماعی و شأن عرفی مدیون و به اصطلاح نقطه‌زنی در این خصوص امری صعب و دشوار است، اما با تعیین برخی از متغیرهای کلان که بخش عمده‌ای از وضعیت مدیون متأثر از آن‌ها می‌باشد، امکان تقریب به میزان و حدود مستثنیات مدیون و به دنبال آن، تشخیص محدوده واقعی اعسار وی که کمک شایانی به تسریع در فرایند دادرسی و همچنین کاهش خطای انسانی می‌نماید، فراهم می‌گردد که همان هدف مطلوب در مسئله می‌باشد.

از سوی دیگر، با توجه به این که در سال‌های گذشته توانایی ربات‌ها و نرم‌افزارهای مبتنی بر هوش مصنوعی از نظر قدرت پردازش اطلاعات و ذخیره اطلاعات چندین برابر شده است، توانایی تحلیل و تصمیم‌گیری آن‌ها نیز به شکل خیره‌کننده‌ای افزایش پیدا کرده است. هوش مصنوعی (AI) ابزار قدرتمندی است که در حال حاضر به طور

گسترده در خدمات مالی نیز به کار گرفته شده است. این ابزار هم‌اکنون در بانک‌های زیادی در دنیا برای تحلیل اعتبار مشتریان و تعیین شرایط وام‌دهی به آن‌ها استفاده می‌شود. تحلیلی که هوش مصنوعی در مورد هر مشتری انجام می‌دهد با در نظر گرفتن ده‌ها و بلکه صدها فاکتور انجام می‌شود. بنابراین هم بانک و هم مشتری با اطمینان بیشتری نسبت به سیستم اعتباردهی می‌توانند از این خدمات استفاده کنند.

از طرفی، چنان‌که ذکر شد، بررسی اموال یک محکوم مالی، بسیار دشوار و زمان‌بر است و به همین علت در بسیاری از کشورها اکنون دستیار هوشمند قاضی برای بررسی اموال محکومان به کار گرفته می‌شود، و در این میان، ایران نیز از فناوری‌های نوین برای این موضوع بهره برده است. در این راستا، ابزار دستیار هوشمند قاضی برای بررسی ادعای اعسار در اختیار قضات قرار گرفته تا بتوانند اموال افراد مدعی اعسار را خودکار و الکترونیکی مورد بررسی و کاوش قرار دهند. با توجه به اعلام قوه قضائیه، این ابزار از سال ۱۴۰۱ در اختیار قضات قرار گرفته و منجر به تسریع فرایند رسیدگی و کاهش اشتباهات انسانی شده است. پیش از این، بررسی ادعای اعسار به صورت دستی و سنتی انجام می‌شد که گاهی فرایند طولانی و پرچالشی داشت، اما اکنون با بهره‌گیری از این ابزار هوشمند، قاضی می‌تواند به سرعت اموال مدعی اعسار از قبیل حساب‌های بانکی، دارایی‌های بورسی، خودرو و سایر اموال او را بررسی کند.

اما با وجود مزایای یادشده، باید توجه داشت که ابزارهای مبتنی بر هوش مصنوعی نمی‌توانند به طور کامل جایگزین تشخیص و درایت انسانی قاضی شوند، زیرا مسائل حقوقی و قضایی، ماهیتی پیچیده داشته و نیازمند تفسیر، تعمق و تصمیم‌گیری حساس و ظریف‌اند. بنابراین لازم است نقش اصلی قاضی در تصمیم‌گیری نهایی با اتکا به تخصص حقوقی، و آگاهی از شرایط اجتماعی حفظ شود و ابزارهای مبتنی بر هوش مصنوعی صرفاً به‌عنوان ابزارهایی مکمل و مشورتی مورد استفاده قرار گیرند تا بتوانند ضمن حفظ جایگاه قاضی، فرایند دادرسی را تسهیل کنند.

در نتیجه، با توجه به ضعف دلایل مغایرت در پاسخ‌های دیدگاه موافق و همچنین قوت استدلال این دیدگاه در بیان اهمیت و لزوم استفاده از متغیرهای کمی و کیفی برای تشخیص محدوده مستثنیات دین‌مدیون و اعسار و یا ملائت وی، می‌توان دیدگاه موافق را

پذیرفت و جهت تنظیم و تهیه دستورالعملی جامع مطابق با متغیرهای کلان دارای آثار عمده در تعیین محدوده فوق با بهره‌گیری از فناوری هوش مصنوعی تلاش نمود.

### ۹. اشکال در ماده ۲۴، منشأ اشتباه در ماده ۲۵

گویا نگاه ارفاقی موجود در برخی از بندهای ماده ۲۴ که بدون ضابطه قید شده‌اند، موجب خطای قانون‌گذار در ماده ۲۵ نیز گردیده است. قانون‌گذار به موجب این ماده، خرید هر گونه از مستثنیات دین به واسطه مال دریافت شده از دائن به قصد فرار از دین را ممنوع و دارای جریمه برشمرده است که در این صورت، آن دارایی به‌عنوان جریمه اخذ و محکوم به از محل فروش آن استیفا می‌گردد.<sup>۱</sup> پر واضح است که این نگاه ناشی از رویکرد ارفاقی شدید و بدون ضابطه در برخی از بندهای ماده ۲۴ است که منشأ اشتباه در تنظیم ماده بعدی نیز گردیده است. به‌عنوان مثال، همان‌طور که در بند «الف» از مستثنیات ذکر شده است، منزل مسکونی از جمله این موارد است و چنانچه مدیون به قصد فرار از دین اقدام به خرید ملک مسکونی با خصوصیات مذکور نماید، این ملک به‌عنوان جریمه از وی مصادره و میزان بدهی مدیون از محل فروش آن استیفا می‌گردد، حال آن‌که تملک منزل مسکونی از مستثنیات نیست و طبق ادله پیش‌گفته صرف وجود یک منزل جهت سکونت مدیون و خانواده‌اش از دارایی‌های وی جهت تأدیه دیون استثنا گردیده است. بنابراین اگر مدیون به هر طریقی غیر از تملک، دارای محل و منزلی مناسب برای سکونت باشد، نمی‌تواند به قصد فرار از دین منزل دیگری خریداری نماید و در این صورت، موضوع ماده ۲۵ تخصصاً از فرض حکم مزبور در آن خارج می‌گردد، زیرا با وجود قصد تهیه یک کالا یا خدمت ضروری که فقدان آن موجب اختلال اساسی در معیشت مدیون می‌گردد، قصد فرار از تأدیه دین فاقد تصویر عقلایی خواهد بود و یا حداقل احراز چنین قصدی با وجود قصد تخلص از اختلال اساسی در معیشت بسیار مشکل خواهد بود و در صورت شک در وجود چنین قصدی نیز اصل بر عدم آن

۱. ماده ۲۵: چنانچه منشأ دین، قرض یا در اختیار گرفتن اموالی از دیگران به موجب هر قرارداد دیگری باشد و محکوم علیه از بدو امر قصد عدم تأدیه دین یا تبدیل آن به یکی از مستثنیات دین به منظور فرار از تأدیه را داشته باشد، هر مالی که در عوض اموال مذکور خریداری کرده یا به موجب سایر عقود به ملکیت خود درآورد، به‌عنوان جریمه اخذ و محکوم به از محل آن استیفا و مابقی به وی مسترد خواهد شد.



می‌باشد. علاوه بر وجه فوق برای خدشه در ماده ۲۵ قانون مذکور، برخی از مستثنیات دین نظیر خدمات درمانی و دارویی مطابق با این ماده قابل استیفا نمی‌باشند. به‌طور مثال، چنانچه با فرض امکان تمشی قصد مذکور از مدیون در چنین حالتی، وی اقدام به عمل و جراحی ضروری قلب نماید، چگونه می‌توان به استناد ماده ۲۵ وجه هزینه‌شده برای عمل مذکور را استیفا نمود؟

بنابراین، موضوع ماده ۲۵ یا به جهت فقدان تصویر عقلایی تمشی قصد فرار از دین از سوی مدیون نیازمند به مستثنیات دین و یا به جهت عدم امکان و یا مشکل تشخیص و احراز چنین قصدی، با وجود حاجت شدید مدیون به تهیه مستثنیات دین، نمی‌تواند محمول حکم جریمه مذکور در این ماده باشد.

### نتیجه‌گیری

موارد مستثنیات دین در نصوص روایی و فتاوا همراه با معیار نوعی برای تمام موارد ذکر شده‌اند که ظهور در جامعیت مبنای حکم در میان تمام افراد در همه زمان‌ها و مکان‌ها و نیز در هر شرایطی می‌باشد. این معیار نوعی، حفظ معیشت اساسی است، زیرا مدیون برای ادامه حیات خود و افراد تحت تکفلش نیازمند نیازهای اولیه است که در میان آحاد بشر مشترک‌اند و از آنجاکه مبنای تشریح حکم مستثنیات دین، یک مصلحت امتنانی و شخصی می‌باشد، تعیین مواردی مشخص به‌عنوان مستثنیات دین برای جمیع افراد یک جامعه بر اساس این حکم صحیح نیست، زیرا ممکن است یکی از این موارد برای فردی از نیازهای اساسی باشد که فقدان آن موجب اختلال در اساس معیشت وی باشد، حال آن‌که برای دیگری این‌گونه نباشد، همان‌طور که نیاز به خادم در عصر معصومین(ع) از جمله این موارد قلمداد می‌گردید، اما در عصر حاضر برای نوع مردم این مورد در سبب نیازهای اساسی خانوار گنجانده نمی‌شود. این نکته خود قرینه‌ای مهم برای تعلق اراده جدی شارع مقدس به ملاک و معیار کلی در مسئله می‌باشد و نه صرفاً اکتفا به چند مورد.

در نتیجه دو معیار کلی در استثناء اموال مدیون وجود دارد: یک. هر نیازی که فقدان آن موجب اختلال شدید در زندگی فرد و خانواده وی گردد. دو. این اختلال شدید

می‌بایست متناسب با شأن عرفی و موقعیت اجتماعی مدیون و بر اساس متغیرهای تأثیرگذار در اختلاف شأن وی در حالت اعسار لحاظ شود.

بر این اساس، می‌توان در تعریف مستثنیات دین، این گونه تعبیر کرد: «مستثنیات دین حوائج ضروری و سبب نیازهای اساسی برای معیشت شخص و افراد تحت تکفل وی می‌باشد، به گونه‌ای که فقدان آن با رعایت موقعیت اجتماعی شخص در حالت اعسار، معیشتش را مختل و اصطلاحاً زندگانی وی را دچار حزازت و منقصت می‌گرداند و تشخیص این امر در موارد اعسار از محکوم‌به، به عهده مقام صالح قضایی می‌باشد».

همچنین یکی از راهکارهای مهم جهت ایجاد وحدت رویه قضات در تشخیص شأن عرفی معسرین از ادای دین، طراحی و تنظیم جدولی از متغیرهای کلان مؤثر در تغییر شأن عرفی می‌باشد که خروجی آن پس از درج داده‌های کمی تعیین وضعیت، موقعیت و منزلت اجتماعی مدیون جهت تعیین کیفیت و کمیت بهره‌مندی از سبدهای کالا و یا خدمات ضروری در معیشت مدیون و افراد تحت تکفل وی می‌باشد که با وجود احتمال عقلایی ایجاد ظلم فاحش در حق داینین و مدیونین در صورت عدم استفاده از چنین متغیرهای کمی و همچنین تضییع حقوق الناس، اعتقاد به لزوم شرعی استفاده از این مسیر، بدون اشکال و قابل پذیرش می‌باشد.

### فهرست منابع

۱. ابراهیم‌زاده، مهدی. (۱۳۹۸ش). بررسی فقهی و حقوقی مستثنیات دین. پژوهش‌های حقوقی قانون‌یار، ۷(۷)، ۹۱-۱۲۰.
۲. ابن‌عباد، اسماعیل بن‌عباد. (۱۴۱۴ق). المحيط فی اللغة، (تحقیق محمد حسن آل یاسین). بیروت: عالم‌الکتب.
۳. اصفهانی، ابوالحسن. (۱۳۹۲ش). وسیلة النجاة (با تعلیقات امام خمینی (ره)). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار الإمام‌الخمينی (ره).
۴. افشار، رضا. (۱۳۹۷ش). فرق آثار اعسار و ورشکستگی از لحاظ هزینه‌دادرسی، (استاد راهنما: حمید سلیمیان). پایان‌نامه کارشناسی ارشد. دانشگاه آزاد اسلامی، واحد نراق.
۵. انصاری، مرتضی بن محمد امین. (۱۴۱۵ق). المکاسب. قم: مجمع الفکر الإسلامی.
۶. بجنوردی، حسن. (۱۳۷۷ش). القواعد الفقهية. قم: نشر الهادی.
۷. بحرانی، یوسف بن احمد. (۱۳۶۳ش). الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، (تحقیق محمدتقی

- ایروانی و عبدالرزاق مقرر). قم: مؤسسه النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسين.
۸. بستانی، فواد افرام. (۱۳۷۵ش). فرهنگ ابجدی الفبایی، (ترجمه رضا مهیار). تهران: اسلامی.
۹. تاج، سید امیرعلی. (۱۳۹۶ش). مسکن و ودیعه مسکن به‌عنوان مستثنیات دین در نظام حقوقی ایران. در: سومین کنفرانس ملی هزاره سوم و علوم انسانی، (نمایه‌شده در سیویلیکا، ۲۶ مرداد ۱۳۹۷).  
[/https://civilica.com/doc/758104](https://civilica.com/doc/758104)
۱۰. تبریزی، جواد. (۱۴۲۶ق). منهاج الصالحین. قم: مدین.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۶۲ش). دائرة المعارف علوم اسلامی (قضایی). تهران: گنج دانش.
۱۲. حسینی پویا، سید محسن. (۱۳۹۰ش). بایسته‌های تفسیر مقررات مرتبط با هزینه دادرسی. وکیل مدافع، (۲)، ۸۰-۹۴.
۱۳. حسینی، محمد. (۱۳۹۸ش). بررسی تطبیقی مستثنیات دین در حقوق ایران و برخی کشورهای آسیایی. در: سومین کنفرانس بین‌المللی پژوهش‌های دینی، علوم اسلامی فقه و حقوق در ایران و جهان اسلام (نمایه‌شده در سیویلیکا، ۲۸ دی ۱۳۹۸).  
[/https://civilica.com/doc/979222](https://civilica.com/doc/979222)
۱۴. خمینی، سید روح‌الله. (۱۳۹۲ش). تحریر الوسیله. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره).
۱۵. دهخدا، علی‌اکبر. (۱۳۷۲ش). لغت‌نامه دهخدا. تهران: دانشگاه تهران.
۱۶. روحانی، محمدصادق. (۱۴۳۵ق). منهاج الصالحین. بیروت: دار بلال.
۱۷. سلامی، حسین. (۱۳۹۵ش). تحلیل آراء و رویه قضایی در خصوص اعسار، (استاد راهنما: قاسم شفیعی). پایان‌نامه کارشناسی ارشد. دانشگاه آزاد اسلامی. واحد نراق.
۱۸. سیستانی، علی. (۱۴۱۵ق). منهاج الصالحین. قم: مکتب آیه الله العظمی السید السیستانی.
۱۹. طباطبایی، سید محمد بن علی. (بی‌تا). قم: مؤسسه آل‌البتیة لإحياء التراث.
۲۰. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۶۵ش). تهذیب الأحکام. تهران: دار الکتب الإسلامیه.
۲۱. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الإمامیه، (تحقیق محمدباقر بهبودی). تهران: المکتبة المرتضویه.
۲۲. عاملی، محمد بن مکی. (۱۴۳۰ق). موسوعة الشهيد الأول. قم: مکتب الإعلام الإسلامی.
۲۳. قنبری، محمدرضا. (۱۳۶۳ش). مستثنیات دین در حقوق و فقه امامیه، (مجموعه مقالات حقوقی). تهران: گنج دانش.
۲۴. کاشف‌الغطاء، حسن. (۱۴۲۲ق). أنوار الفقاهة. نجف: مؤسسه کاشف‌الغطاء العامة.
۲۵. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۲۲ق). الکافی. تهران: دار الکتب الإسلامیه.
۲۶. مبلغی، احمد؛ واتقی، محسن، و مهیار، محمد. (۱۳۹۹ش). شناسایی مفهوم اعسار و افلاس و تأثیر آن در تفسیر قانون. جستارهای فقهی و اصولی، ۶(۱۸)، ۱۵۱-۱۷۹.  
<https://doi.org/10.22034/jrj.2019.53325.1632>
۲۷. محسنی، حسن. (۱۳۹۵ش). نوآوری‌های قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی. پژوهش حقوق

خصوصی، ۴(۱۵)، ۸۵-۱۰۷. <https://doi.org/10.22054/jplr.2016.4458>

۲۸. مروج، حسین. (۱۳۷۹ش). اصطلاحات فقهی. قم: بخشایش.
۲۹. معلوف، لویس. (۱۳۸۶ش). المنجد فی اللغة العربية المعاصرة. بیروت: دار المشرق.
۳۰. موسوی سبزواری، عبدالاعلی. (۱۴۱۳ق). مهذب الأحكام فی بیان الحلال والحرام. قم: السيد عبد الاعلی السبزواری.
۳۱. مؤمنی، رضا. (۱۳۸۵ش). مستثنیات دین (مطالعه تطبیقی در فقه، حقوق ایران و آمریکا). تهران: رضا مؤمنی (ناشر).
۳۲. میرداداشی، سید مهدی. (۱۳۹۳ش). تأملی در مستثنیات دین. فقه و اجتهاد، ش ۱، ۱۵۱-۱۹۴.
۳۳. نجفی، محمدحسن. (۱۹۸۱م). جواهر الکلام فی شرح شرایع الإسلام. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۳۴. وحیدخراسانی، حسین. (۱۳۸۶ش). منهاج الصالحین. قم: مدرسة الإمام باقر العلوم (ع).



## The Role of Considering Private Law as “Constructive” in Solving Its Challenges

Rezā Daryā'ī<sup>1</sup> 

1. Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Literature and Humanities, University of Guilan, Guilan, Iran. Email: [reza.daryaie@guilan.ac.ir](mailto:reza.daryaie@guilan.ac.ir)

### Article Info

**Article type:**

Research Article

**Article history:**

Received 10 June 2023

Received in revised form 11  
November 2023

Accepted 24 June 2024

Available online 21 July 2024

**Keywords:**

Constructive affairs, Real affairs, Logical and consistent usages, Private law, Mu'tabir" (someone who grants validity and creates).



### ABSTRACT

The notion that law is a realm of constructive case is considered one of the most fundamental aspects in understanding and addressing legal issues. Despite the high use of this proposition in the legal literature, its dimensions and effects are often ignored. The present article, employing a descriptive and analytical method, seeks to answer the question: What are the effects of the constructive nature of private law, and how can it help address some of the challenges ahead? Constructive and conventional matters, such as those encountered in private law, are assumptions that are constructed and validated to address the needs arising from social life. Ownership, marriage, tortious liability, agency, legal guardianship, etc. are all among these matters. Constructive matters are subject to the will of the “mu'tabir” (someone who grants validity and creates); in other words, their formation, persistence, and survival depend on it. These matters are revocable and change according to societies and perspectives. Accordingly, if the needs that give rise to the formation of validity change and a new interest arises, constructive matters are subject to change. The author's hypothesis is that many challenges have arisen in private law due to the neglect of the characteristics of constructive matters. This important issue has several reasons; among them are the inappropriate application of certain rules of real matters to constructive matters, disregarding the revocability characteristic of constructive matters, and failing to acknowledge the role of logical and consistent usages as “mu'tabir” (someone who grants validity and creates) in this domain. Research indicates that this approach has the potential to fundamentally resolve many challenges we face in private law without conflicting with Islamic law.

**Cite this article:** Daryā'ī, R. (2024). The Role of Considering Private Law as “Constructive” in Solving Its Challenges. *Civil Jurisprudence Doctrines*, 16 (30), 61-88.  
<https://doi.org/10.30513/cjd.2024.5299.1885>



© The Author(s).

Publisher: Razavi University of Islamic Sciences.



## نقش «اعتباری» دانستن حقوق خصوصی در حل چالش‌های آن

رضا دریائی<sup>۱</sup> 

۱. استادیار، گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه گیلان، گیلان، ایران. رایانامه: reza.daryaie@guilan.ac.ir

### چکیده

### اطلاعات مقاله

این گزاره که «حقوق عالم اعتبار است» از بنیادی‌ترین مطالب در فهم و حل موضوعات حقوقی به شمار می‌آید. با وجود استعمال بالای این گزاره در ادبیات حقوقی، غالباً به ابعاد و آثار آن بی‌توجهی می‌شود. نوشتار حاضر با ابتنا بر روش توصیفی - تحلیلی در پی پاسخ به این پرسش است که اعتباری بودن حقوق خصوصی چه آثاری دارد و چگونه می‌تواند در حل برخی از چالش‌های پیش‌رو کمک کند؟ امور اعتباری نظیر آنچه در حقوق خصوصی با آن مواجهیم، فرض‌هایی است که برای حل نیازهایی که در نتیجه حیات اجتماعی ظهور می‌کند، ساخته و اعتبار می‌شوند. مالکیت، زوجیت، ضمان قهری، وکالت، ولایت و غیره جملگی از این موارد است. امور اعتباری تابع خواست مُعْتَبَر است، به بیان دیگر، شکل‌گیری، دوام و بقای آن وابسته به آن است. این امور، لغوپذیرند و حسب جوامع و انظار دستخوش تغییر می‌شوند. بر همین اساس، اگر نیازهای منشأ تشکیل اعتبار دستخوش تغییر گردد و مصلحت دیگری ایجاد شود، امور اعتباری قابلیت تغییر را دارند. فرضیه نگارنده این است که چالش‌های زیادی به واسطه نادیده گرفتن خصایص امور اعتباری دامن‌گیر حقوق خصوصی شده است. این مهم دلایل متعددی دارد، از آن جمله می‌توان به تسری بی‌مورد برخی از قواعد امور حقیقی به امور اعتباری، نادیده‌انگاشتن خصیصه لغوپذیری امور اعتباری و همچنین عدم توجه به نقش بنائات عقلایی به‌عنوان مُعْتَبَر در این حوزه اشاره داشت. تحقیق نشان می‌دهد این رویکرد توان حل مبنایی بسیاری از چالش‌هایی که در حقوق خصوصی با آن مواجهیم را دارد، بدون این که در تنافی با حقوق اسلامی باشد.

نوع مقاله:

علمی پژوهشی

تاریخ دریافت:

۱۴۰۲/۰۳/۲۰

تاریخ بازنگری:

۱۴۰۲/۰۸/۲۰

تاریخ پذیرش:

۱۴۰۳/۰۴/۰۴

تاریخ انتشار:

۱۴۰۳/۰۴/۳۱

کلیدواژه‌ها:

امور اعتباری، امور حقیقی، بنائات عقلایی، حقوق خصوصی، مُعْتَبَر.



استناد: دریائی، رضا. (۱۴۰۳). نقش «اعتباری» دانستن حقوق خصوصی در حل چالش‌های آن. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۶ (۳۰)، ۶۱-۸۸. <https://doi.org/10.30513/cjd.2024.5299.1885>



© نویسندگان.

ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

## مقدمه

بسیار گفته و شنیده شده است که حقوق عالم «اعتبار» است. با وجود این، غالباً به صورت عمیق ابعاد این گزاره درک و تبیین نشده است؛ گزاره‌ای که می‌تواند در برطرف کردن مبنایی بسیاری از چالش‌های حقوقی و فقهی یاری‌رسان باشد، بدون این که در تنافی با حقوق اسلامی قرار گیرد. بسیاری از چالش‌هایی که از سالیان دور فقیهان و حقوق‌دانان با آن مواجه بوده‌اند، ریشه در بی‌توجهی به همین مهم دارد، به نحوی که موضوعاتی ساده و قابل حل را بدل به موضوعاتی غامض و غیر قابل حل نموده است. نکته جالب توجه این است که با وجود اذعان بسیاری به اعتباری بودن حقوق، پیامدهای این نگاه در مواجهه با مصادیق مورد غفلت قرار می‌گیرد. به بیان دیگر، بسیاری از اساتید و محققانی که بر اعتباری بودن حقوق صحه می‌نهند، در مواجهه با مصادیق، از یاد می‌برند که برای حل چالش پیش‌رو از منطق حاکم بر اعتباریات بهره‌مند شوند و اعتباری بودن حقوق را از مرحله نظر به مرحله عمل درآورند و کاربست آن را در مصادیق نمایان کنند.

مرحوم علامه طباطبایی در مقاله ارزشمند خود با نام «ادراکات اعتباری» که در جلد دوم کتاب اصول فلسفه و روش رئالیسم آمده است، با تأسی از برخی گذشتگان نظیر مرحوم محقق اصفهانی (فروغی، ۱۳۹۹، ص ۳۴)، تلاش شایسته‌ی تحسینی در معرفی ادراکات اعتباری در مقابل ادراکات حقیقی به عمل آورده‌اند که حواشی مرحوم شهید مطهری بر غنای آن افزوده است. بسیاری از محققین رشته‌های مختلف در زمینه‌های علوم انسانی به این مقاله و نظریه ایشان بذل توجه نموده و بر پایه آن به نگارش تألیفاتی مبادرت ورزیده‌اند که برای نمونه می‌توان به مقاله «جایگاه ادراکات اعتباری در علم اصول فقه نزد علامه طباطبایی» به قلم سیف‌الله صرامی (۱۳۸۵) یا مقاله «دلالت‌های نظریه اعتباریات برای تحول در علوم انسانی» نوشته حمید پارسانیا و دیگران (۱۳۹۳) اشاره داشت.

به باور نگارنده، بسیاری از چالش‌هایی که در زمینه حقوق خصوصی با آن مواجه هستیم از طریق توجه به اعتباری بودن آن قابل پاسخگویی است. برای نمونه، چالش‌های زیادی در خصوص معامله اموال غیرمنقول دارای سابقه ثبتی با سند عادی وجود دارد.

گروه زیادی از جمله شورای نگهبان بر این باورند که عدم توجه به سند عادی، غیرشرعی محسوب می‌شود؛ نتیجه‌ای که توالی فاسد آن بر اهل فن پوشیده نیست. این در حالی است که به راحتی به مدد اعتباریات می‌توان این مشکل را برطرف نمود. همچنین ناتوانی تلقی مرسوم در ضمان قهری در مواجهه با جبران خسارت در پاره‌ای از موارد و غیره، جملگی بر بنیاد همین موضوع، قابل حل است.

نوشتار حاضر با این ایده به رشته تحریر در آمده است که غفلت از «اعتباری» دانستن حقوق خصوصی، نتایج زیان‌باری به همراه دارد؛ نتایجی که ناشی از عدم درک صحیح موضوع و عدم تلاش برای ارائه طرحی نو بر پایه منطقی روشن و هماهنگ با حقوق اسلامی است. این نوشتار به صورت مشخص به دنبال معرفی امور اعتباری، خصایص آن و منطقی حاکم بر آن است و می‌خواهد به این پرسش پاسخ دهد که چه مرجعی صلاحیت اعتبار کردن در حقوق خصوصی را دارد و به بیان دیگر، معتبر در حقوق خصوصی کیست؟ قانون‌گذار بر بنیاد چه منبعی در این زمینه باید دست به وضع قاعده زند؟ همچنین چگونه بر بنیاد اعتباریات می‌توان پاره‌ای از مشکلات مرسوم و بااهمیت در حوزه حقوق خصوصی را برطرف نمود؟ فرضیه نگارنده این است که نقش بنائات عقلایی به‌عنوان معتبر در حقوق خصوصی انکارنشدنی است و به‌روشنی می‌توان بر پایه خصایص امور اعتباری مانند لغوپذیری و دایرمدار مصلحت بودن این امور، طرحی نو و مناسب با مقتضیات زمان ارائه کرد.

در ادامه پس از معرفی امور اعتباری، خصایص آن و شناسایی معتبر در حقوق خصوصی، شاهد کاربست این مهم در مصادیق و توانایی آن در حل برخی از معضلات خواهیم بود.

### ۱. مفهوم امور اعتباری و مقایسه آن با مفاهیم مرتبط

برخلاف «امور حقیقی» که دارای مابه‌ازاء در عالم تکوین هستند<sup>۱</sup> و به بیان دیگر، مطابق خارجی دارند، مانند درخت، ماشین و غیره، «امور اعتباری» این‌گونه نیست و ظرف استقرار آن ذهن انسان است و مابه‌ازائی در عالم تکوین و خارج ندارند. این امور برای

۱. اعم از مجردات و غیر مجردات (نائینی، ۱۴۰۶، ج ۴، ص ۳۸۱).



این که به نیازهای انسان در زندگی اجتماعی پاسخ دهند بر پایه مصالحی پدید می‌آیند و به صورت مشخص می‌توان امور اعتباری مدنظر در نوشتار حاضر را فرض‌هایی دانست که در پاسخ به نیازهای اجتماعی ساخته می‌شوند (طباطبایی، ۱۳۹۳، ج ۲، ص ۱۴۳-۱۴۴؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۸، ج ۱، ص ۳۴؛ شهیدی، ۱۳۸۲ الف، ص ۳۲ و ۶۷). در جملگی موارد، وجود یک نیاز در حیات اجتماعی است که ضرورت اعتبار نمودن را ایجاد می‌نماید و بر همین پایه است که می‌توان گفت امور اعتباری، نیاز پرورده هستند. برای مثال، می‌توان به مالکیت، زوجیت، وکالت، ولایت، ضمان قهری اشاره داشت (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۱۴). در همین مثال زوجیت، علی‌رغم این که زوج و زوجه در عالم خارج وجود دارد، اما آنچه میان آن‌ها به واسطه وقوع عقد نکاح پیوند برقرار می‌کند، یک امر اعتباری به نام رابطه زوجیت است. این رابطه یک رابطه اعتباری است نه رابطه حقیقی. این گونه نیست که وصف ذاتی یک شخص این باشد که زوج یا زوجه دیگری به شمار آید. این رابطه اعتباری، برای تنظیم روابط این دو و مورد احترام قرار گرفتن این رابطه در برابر اشخاص ثالث طراحی و اعتبار شده است. یا در مثال مربوط به مالکیت، نباید از نظر دور داشت که با وجود این که ممکن است مالک و مملوک در عالم خارج وجود واقعی داشته باشند، اما مالکیت که بسان نخ فرضی میان مالک و مملوک پیوند برقرار می‌نماید، امری اعتباری است و در پاسخ به این نیاز پدیدار شد که از مالک در استفاده از مملوک و همچنین در برابر اشخاص ثالث حمایت به عمل آورد. همین‌طور است رابطه اعتباری وکالت و ضمان قهری که به ترتیب برای نمونه از جمله در پاسخ به وجود نیاز در اعطای نیابت و تدارک خسارت وارده به زیان‌دیده طراحی شده‌اند.

همان‌طور که بیان شد، برخلاف موجودات حقیقی که رابطه میان آن‌ها حقیقی است، در امور اعتباری این گونه نیست. امور اعتباری برای برطرف کردن نیازهای ناشی از حیات اجتماعی و بر پایه مصالحی شکل می‌گیرند. این مهم موجب می‌شود برخلاف رابطه میان موجودات حقیقی که در عالم خارج وجود دارد و قابل راستی‌آزمایی از حیث صدق و کذب است، رابطه اعتباری این گونه نباشد (اصفهانی، ۱۴۰۹، ص ۴-۵؛ الشریف، ۱۳۹۷، ص ۱۱۲؛ فروغی، ۱۳۹۹، ص ۴۳-۴۴). برای مثال، درنده بودن پلنگ، امری حقیقی است و می‌توان رابطه میان پلنگ و درندگی را در عالم خارج مورد راستی‌آزمایی قرار داد. علت این

امکان، همان وجود مطابق خارجی برای این قسم از امور است. این در حالی است که این امکان برای امور اعتباری فراهم نیست. به بیان دیگر، چون امور اعتباری فاقد مطابق خارجی در عالم تکوین‌اند، قابل صدق و کذب نیستند. سنجۀ این امور، همان توجه به نیازها و مصالحی است که در پاسخ به آن شکل گرفته است (فروغی، ۱۳۹۹، ص ۴۳-۴۴). از این رو، در ابتدای امر باید دقت کرد اعتبار مدنظر برای پاسخ به چه نیاز و مصلحتی شکل گرفته است و سپس در پی آن بود که آیا آن اعتبار با کیفیت موجود توان پاسخ به آن نیاز و مصلحت را دارد؟ آیا می‌توان اعتبار دیگری طراحی نمود که به آن نیاز مدنظر پاسخ مناسب‌تری دهد؟

همین امر باعث می‌شود برخلاف روابط حقیقی، روابط اعتباری با تغییر نیازها و مصالح دستخوش تغییر گردد (طباطبایی، ۱۳۹۳، ج ۲، ص ۱۴۳ و ۱۶۷). این مهم مطلب بااهمیتی است که نباید در رابطه با امور اعتباری از آن غفلت شود. به بیان دیگر، برخلاف امور حقیقی که دایرمدار خواست و نظر ما نمی‌باشند، امور اعتباری این‌گونه‌اند و حسب خواست و نظر اعتبارکننده و بر پایه نیازها و مصالح زیربنایی آن، امکان تغییر و تحول دارند. صرف نظر از این که این تغییر و تبدل ممکن است در طول زمان، در قلمرو جغرافیایی واحد و مشخص پدید آید، روشن بودن این ویژگی را می‌توان در تأثیر اختلاف انظار و جوامع در رابطه با امور اعتباری در زمان واحد و در قلمرو جغرافیایی متفاوت هم مشاهده نمود (اصفهانی، ۱۴۱۹، ج ۱، ص ۲۶؛ طباطبایی، ۱۳۹۳، ج ۲، ص ۱۸۴-۱۸۵؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۸، ج ۱، ص ۳۴؛ جعفری‌تبار، ۱۳۸۳، ص ۳۹). همچنین است رابطه زوجیت، ولایت و غیره. تغییر و تحولات اجتماعی و سیاسی هم بر امور اعتباری تأثیر می‌گذارند؛ امری که دقیقاً ریشه در همین قابل تغییر بودن اعتبار یا لغوپذیری آن و تابع نیاز و مصالح بودنش دارد. کمالین که بسیاری از قوانین تحت تأثیر انقلاب اسلامی در حقوق ایران دستخوش تغییر گشت. بر همین پایه است که می‌توان شکل‌گیری، دوام و بقای امر اعتباری را موکول به خواست اعتبارکننده یا مُعْتَبَر دانست (خمینی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۱۱۶؛ خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۱۴). بدیهی است در این میان، شناسایی مرجع صالح جهت اعتبار، واجد اهمیت می‌شود که در مباحث آتی به آن خواهیم پرداخت.

با این توضیحات، آشکار است که از میان ادراکات حقیقی و ادراکات اعتباری،

حقوق و مشخصاً مصداق مورد مطالعه نوشتار حاضر یعنی حقوق خصوصی، در قلمرو ادراکات اعتباری قرار دارد، زیرا صرف نظر از این که حقوق مشتمل بر قضایای تکلیفی فراوانی است که متضمن بایدونبایدها است، غالب مفاهیم مورد مطالعه آن مانند مالکیت، صحت، بطلان و غیره، ساخته ذهن انسان است (الشریف، ۱۳۹۷، ص ۱۱۲). به بیان دیگر، اصولاً احکامی که در قلمرو حقوق خصوصی با آن مواجه هستیم (اعم از تکلیفی و وضعی)، در معنای عام چیزی به غیر از اعتبار محسوب نمی‌شوند (نورمفیدی، ۱۳۹۴، ج ۱، ص ۲۰۸-۲۱۸؛ شاکری، ۱۳۹۶، ص ۱۷۹-۲۲۹). بر همین بنیاد است که برخی گفته‌اند انسان حیوانی اعتبارساز است و حقوق از اعتبارهای مهم اوست که در حیات اجتماعی به آن نیاز شده است تا زندگی خود را سامان دهد (جعفری‌تبار، ۱۳۸۳، ص ۳۹).<sup>۱</sup>

در ادامه لازم است یادآور شویم با وجود این که ممکن است در معنای عام، «امور انتزاعی» معادل امور اعتباری در نظر گرفته شود، اما از نظر اصولی، میان آن‌ها تمایز وجود دارد. امور انتزاعی اموری است که از چیز دیگری گرفته می‌شود. برای مثال، بالای سر ما سقف قرار دارد و از این که سقف، فوق ما هست عنوان فوقیت را انتزاع می‌کنیم. در رابطه با این دسته از امور، ما با یک منشأ یا پایگاهی برای انتزاع مواجه هستیم که آن امر انتزاعی تماماً وابسته به آن منشأ یا پایگاه است؛ منشأ یا پایگاهی که خودش ممکن است از امور حقیقی یا اعتباری باشد.<sup>۲</sup> بر این اساس، در رابطه با امور انتزاعی هر آنچه هست برای منشأ انتزاع است و خود امور انتزاعی نه مانند امور حقیقی در عالم تکوین و نه مانند امور اعتباری در عالم اعتبار، هیچ تقرر و ثبوتی ندارند (نائینی، ۱۴۰۶، ج ۴، ص ۳۸۱). مواردی نظیر مالیت، مالکیت یا زوجیت، در عالم اعتبار وجود دارند و شکل‌گیری و حیاتشان تابع اعتبار است و نمی‌توان آن‌ها را در ردیف امور انتزاعی که خودشان فارغ از منشأ انتزاع هیچ تقرر و ثبوتی ندارند، قرار داد.

## ۲. عدم امکان تسری قواعد امور حقیقی به امور اعتباری

به واسطه تأثیر فلسفه بر فقه (سیستانی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۶۱) و حقوق، بسیاری از فقیهان و

۱. برای ملاحظه نظری دیگر، نک: صادقی نشاط، ۱۳۹۶، ص ۳۷-۴۸.

۲. منشأ امر انتزاعی ممکن است؛ مانند همان مثال فوقیت یک امر حقیقی باشد و همچنین ممکن است امر اعتباری باشد؛ مانند شرطیت یا مانعیت.

حقوق دانان در استدلال‌های خود قواعدی که بر امور حقیقی حاکم است را در رابطه با امور اعتباری هم به کار می‌برند و بر بنیاد آن تلاش در اثبات دیدگاه مدنظر دارند. قواعدی نظیر محال بودن تقدم مسبب بر سبب، محال بودن اعراض بدون موضوع و یا محال بودن اسقاط ما لم یجب. برای نمونه، یکی از عمیق‌ترین و بااهمیت‌ترین مباحث اصولی، نحوه جعل احکام وضعی است. مرحوم آخوند خراسانی در کتاب پراچ کفایه، احکام وضعی را به سه قسم تفکیک می‌نماید. قسم اول ناظر به آن دسته از احکامی است که قابلیت جعل تشریحی را اعم از استقلالی و تبعی ندارند، نظیر شرطیت و سببیت در «تکلیف». قسم دوم ناظر به احکامی است که قابلیت جعل تشریحی استقلالی را ندارند، اما امکان جعل تشریحی به تبع یک حکم تکلیفی را دارند، نظیر شرطیت و مانعیت در «مکلف‌به». قسم سوم هم ناظر به آن دسته از احکام وضعی است که هم قابل جعل استقلالی است و هم قابل جعل تبعی، مانند ملکیت و زوجیت. بررسی این موارد، از موضوع نوشتار حاضر خارج است، اما نکته قابل توجه در عبارات مرحوم آخوند، استدلال‌هایی است که ایشان در قسم اول و دوم تقسیم‌بندی خود در رابطه با عدم امکان جعل تشریحی اعم از استقلالی و تبعی مطرح می‌کنند. جملگی دلایل مخالف ایشان بر این مبنا استوار است که قواعد امور حقیقی را بر امور اعتباری تسری می‌دهند. برای نمونه، به واسطه اعمال قواعد حاکم بر سببیت تکوینی در رابطه با سببیت تشریحی و اعتباری، با جعل تبعی و استقلالی حکم وضعی در قسم اول و جعل استقلالی حکم وضعی در قسم دوم مخالفت می‌نمایند (خراسانی، ۱۴۳۱، ج ۲، ص ۲۲۳-۲۲۵). به بیان دیگر، از استدلال‌های ایشان نمایان است که قائل به تسری قواعد امور حقیقی در امور اعتباری هستند؛ امری که مورد انتقاد جدی بسیاری از فقهای پس از ایشان قرار گرفته است (طباطبایی، ۱۳۹۳، ج ۲، ص ۱۷۳-۱۷۴؛ خمینی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۱۱۵-۱۱۸). تسری قواعد امور حقیقی به امور اعتباری در عبارات حقوق دانان نیز قابل مشاهده است (نک: شهیدی، ۱۳۸۳، ص ۸۰).<sup>۱</sup>

۱. این تسری به کرات در نوشته‌های فقهی و حقوقی قابل مشاهده است. برای نمونه می‌توان به استدلال به بی‌اعتباری «اسقاط ما لم یجب» در مباحث مختلف حقوقی یا دلایل ابرازی از سوی مخالفین پذیرش امکان تعلیق در انشاء و منشأ (محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۱۴۸-۱۵۳) و همچنین دلیل عدم پذیرش کاشف بودن اجازه مالک در عقد فضولی اشاره داشت (محقق داماد و دیگران، ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۳۵۹-۳۶۹). اشکال بنیادی این نحوه استدلال همان‌طور که بیان خواهد شد، تسری قواعد امور حقیقی به امور اعتباری است. مختصر این که در عالم اعتبار

با وجود این و علی‌رغم مخالفت برخی از محققین (لاریجانی، ۱۳۸۴، ص ۴-۳۰)، نمی‌توان با این تسری دست‌کم در جمیع موارد و به‌عنوان قاعده موافقت نمود. دلیل اصلی این امر همان‌طور که سابقاً بیان شد، خصایص و ویژگی‌های متفاوتی است که میان امور حقیقی و اعتباری وجود دارد. برخلاف امور حقیقی که در عالم خارج وجود دارند، امور اعتباری ساخته ذهن‌اند و یک فرض و قرارداد به شمار می‌آیند. بر همین مبنا امکان تغییر در آن وجود دارد و اصطلاحاً لغوپذیر است. از نظر منطقی اساساً پذیرفتنی نیست که بتوان از یک امر لغوناشدنی یعنی ادراکات حقیقی، یک امر لغوشدنی یعنی ادراکات اعتباری را به دست آورد و بالعکس (طباطبایی، ۱۳۹۳، ج ۲، ص ۶۷-۶۸، ۱۶۸ و ۱۷۲). افزون بر آن، نحوه استدلال و سیر فکری میان این دو، جریان متفاوتی را دنبال می‌کند. در ادراکات حقیقی سیر فکری این‌گونه است که در پی یافتن رابطه واقعی میان مفاهیم می‌رویم و با استمداد یک مفهوم واسطه، رابطه واقعی و نفس الامری میان مفاهیم مدنظر را کشف می‌کنیم. این در حالی است که همان‌طور که مرحوم شهید مطهری و علامه طباطبایی بیان می‌دارند، این شیوه سیر و سلوک در ادراکات اعتباری که فرضی و ساختگی برای رفع نیاز است، موضوعیت ندارد. یگانه مقیاسی که در اعتباریات مورد استفاده قرار می‌گیرد، مفید بودن یا مفید نبودن اعتبار صورت گرفته است (طباطبایی، ۱۳۹۳، ج ۲، ص ۱۷۴؛ طباطبایی، بی‌تا، ج ۲، ص ۱۸۶).<sup>۱</sup>

یادآور می‌شویم از این منظر آنچه در فقه و حتی اصول با آن موجه هستیم اصولاً در ردیف امور اعتباری قرار دارد (طباطبایی، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۴-۱۵؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۸، ج ۱، ص ۳۴-۳۵). برای نمونه، در رابطه با موضوعات اصول که بعضی از محققین در تلاش جهت معرفی آن به‌عنوان امور حقیقی‌اند (واعظی، ۱۳۹۹، ص ۱۵۵ به بعد) باید گفت محور اصلی مباحث اصولی، بر «حجیت» استوار است که امری اعتباری به شمار می‌آید (صرامی، ۱۳۸۵، ص ۲۴۹). همچنین نباید از نظر دور داشت که در اصول به دنبال استنباط احکام هستیم. در جای خود ثابت شده است که علی‌رغم اختلاف نظرها، حقیقت حکم

جملگی این موارد امکان‌پذیر است، لذا پذیرش یا عدم پذیرش این موارد را باید بر مبنای دیگری استوار نمود نه بر پایه تسری قواعد امور حقیقی.

۱. برای مطالعه بیشتر در این خصوص نک: صرامی، ۱۳۸۵، ص ۲۵۵-۲۶۳.

شرعی اعم از تکلیفی و وضعی چیزی به غیر از اعتبار نیست (نورمفیدی، ۱۳۹۴، ج ۱، ص ۲۰۸-۲۱۸؛ شاکری، ۱۳۹۶، ص ۱۷۹-۲۲۹)، بر همین اساس، چون احکام شرعی، اعتباری است، راه رسیدن به آن، که همان اصول فقه هست نیز در ردیف امور اعتباری قرار دارد.

### ۳. شناسایی مُعْتَبَر در حقوق خصوصی

پیرو شناسایی امور اعتباری و خصایص آن، باید به این پرسش بنیادی پاسخ داد که اعتبار صورت گرفته از سوی چه شخصی قابل پذیرش است؟ به بیان دیگر، مُعْتَبَر چه شخصی است؟ حسب آموزه‌های فقه امامیه، این شارع است که صلاحیت اعتبار نمودن دارد و بر اساس اصل ۴ قانون اساسی، قانون‌گذار هم باید در جمیع موارد بر اساس موازین اسلامی اقدام نماید. برای فهم اراده شارع که مبنای احکام می‌باشد، باید به منابع اربعه مراجعه نمود. در این میان، کتاب و سنت دارای ارزش مستقل است و به تعبیری، منابع ماهوی به شمار می‌آیند و اجماع و عقل منابع تفسیری قلمداد می‌گردند؛ اولی به واسطه این که کاشف از قول معصوم است دارای ارزش به شمار می‌آید و دومی نیز بیان‌کننده اراده شارع بر تنفیذ آنچه حکم می‌کند است (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ج ۲، ص ۴۱۸). به بیان دیگر، دو منبع اخیر برگشت به همان دو منبع اصلی دارند و از این طریق می‌توان به مبنای احکام که همان اراده شارع است، دست یافت.

با این همه، نباید از یاد برد که ما در اسلام با احکام متفاوتی مواجهیم که نمی‌توان برخورد یکسانی با جملگی آن‌ها داشت. به صورت مشخص اصول دین، احکام عبادی و احکام اخلاقی اسلام را نمی‌توان دارای وضعیتی یکسان با احکام عرفی دانست. سه قسم نخست متضمن احکامی‌اند که قابلیت تغییر در طول زمان را ندارند و این که بیان می‌شود حلال محمد(ص) و حرام ایشان تا ابد قابل تغییر نیست، ناظر به همین سه قسم است. این در حالی است که احکام قسم چهارم یعنی احکام عرفی، دارای طبیعتی متفاوت است. این دسته از احکام که اصولاً در حقوق خصوصی با همین قسم از احکام مواجهیم،<sup>۱</sup> ناشی از حیات اجتماعی انسان است و حتی پیش از اسلام نیز در رابطه با موضوعات مدنظرشان

۱. به‌ویژه در حوزه قراردادهای ضمانات قهری اصل و قاعده به همین نحو است. تبیین چالش‌های گستره نقش عرف در حقوق خصوصی نیازمند نوشتار مستقلی است. به صورت مختصر یادآور می‌شویم در رابطه با گستره آن نزد صاحب‌نظران اختلاف نظر وجود دارد. برای نمونه، نک: علیدوست، ۱۳۹۰، ص ۱۹۵-۲۴۵.

وجود داشت. اگر پس از اسلام هم مداخلاتی در این خصوص به عمل آمده است، بر پایه عرف و بنائات عقلایی زمان صورت گرفته است. به بیان دیگر، با اعتبارات غیرعقلایی مخالفت شده است (فیض، ۱۳۸۷، ص ۶۳-۶۶). با تحولات اجتماعی و گذر زمان، عرف و بنای عقلایی که ریشه در زندگی اجتماعی دارد نیز دستخوش تغییر می‌شود و این مهم، بازنگری در احکام سابق را گریزناپذیر می‌سازد (فیض، ۱۳۸۲، ص ۲۸۹-۲۹۰؛ اصغری، ۱۳۸۴، ص ۲؛ کاتوزیان، ۱۳۹۰، ج ۲، ص ۴۲۷؛ مهرپور، ۱۳۷۸، ص ۶۰). اساساً ضرورت توجه به مقتضیات «زمان» و «مکان» در اجتهاد که از سوی برخی از فقهای معاصر مورد توجه قرار گرفته است، ریشه در همین حقیقت دارد.<sup>۱</sup>

نکته بااهمیت توجه به این مهم است که برخلاف حقوق مدرن که برای بنائات عقلایی، حجیت و ارزش ذاتی و مستقلی قائل است و بر اساس آن می‌توان دست به وضع قاعده و قانون‌گذاری زد، غالب فقهای امامیه چنین حجیتی را برای بنائات عقلایی مورد شناسایی قرار نداده‌اند، و به بیان دیگر، اعتبار آن را موکول به احراز تأیید شارع می‌دانند. علت ضرورت وجود این شرط آن است که برخلاف علم و قطع که دارای حجیت ذاتی و قطعی است، بنائات عقلایی دارای حجیت قطعی نمی‌باشند و این امکان در رابطه با آن‌ها قابل تصور است که مورد تخطئه شارع قرار گرفته باشند (حکیم، ۱۹۷۹، ص ۱۹۸؛ مظفر، ۱۴۳۰، ج ۳، ص ۱۷۷). بر همین اساس، در غالب موارد، شرط حجیت بنائات عقلایی، ضرورت تأیید معصوم عنوان شده است (نائینی، ۱۴۰۶، ج ۳، ص ۱۹۲-۱۹۳؛ عراقی، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۱۳۸؛ صدر، ۱۴۱۲، ج ۲، ص ۱۳۱). چالش جدی در این مسیر، چگونگی احراز تأیید نسبت به بنائات عقلایی جاری در زمان حاضر است. اگر این بنائات در زمان معصوم جاری بود، حل و فصل موضوع از دشواری چندانی برخوردار نبود. دشواری، زمانی بروز می‌یابد که ما با بنائاتی مواجه هستیم که در عصر حاضر شکل گرفته یا شکل جدیدی به خود گرفته است و به تعبیری مستحدث است. آیا امکان این مهم وجود دارد که بگوییم این بنائات مورد تأیید معصوم است و لذا دارای حجیت است و بر همین بنیاد می‌تواند منشأ اعتبار

۱. ضرورت این مهم در شرایط انتخاب فقهای شورای نگهبان نیز دیده می‌شود. در بند ۱ اصل ۹۱ قانون اساسی می‌خوانیم: «شش نفر از فقهای عادل و آگاه به مقتضیات زمان و مسائل روز. انتخاب این عده با مقام رهبری است.»

جدید قرار گیرد؟ آیا اساساً معاصرت بنای عقلایی با زمان معصوم ضرورت دارد؟ مطالعه نشان می‌دهد برای گریز از این اشکالات، فقیهان دو روش در پیش گرفته‌اند. وجه مشترک هر دو روش این است که برای بناات عقلایی حجیت ذاتی قائل نیستند، با این تفاوت که در روش اول، پیوند میان بناات عقلی و عقل که آن هم در ردیف منابع استنباط احکام قرار دارد، برقرار می‌گردد. به بیان دیگر، حجیت بناات عقلایی بر پایه حکم عقل مورد توجه قرار می‌گیرد نه بر پایه سنت. از این منظر، بنای عقلا مبین حکم عقل و روشی برای نیل به آن است (آشتیانی، ۱۴۰۳، ج ۱، ص ۱۷۱؛ کلاتری، ۱۴۰۴، ص ۱۵۱؛ طباطبایی، ۱۳۹۰، ج ۱۹، ص ۳۵۳؛ طباطبایی، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۱۲)<sup>۱</sup> و حجیت بناات عقلایی هماهنگ با فطرت انسانی و لازمه نظم اجتماعی به شمار می‌آید (طباطبایی، بی‌تا، ج ۲، ص ۲۰۵-۲۰۶؛ طباطبایی، ۱۳۹۰، ج ۱۳، ص ۹۴). اما روش دوم با ارائه تحلیل‌هایی در پی برقراری پیوند میان بناات عقلایی با سنت است و بر پایه حجیت سنت، به بناات عقلایی ارزش می‌دهد. در روش اخیر، ضرورت تأیید معصوم نسبت به بناات عقلایی به چالش کشیده می‌شود. با وجود تأکید غالب فقیهان بر ضرورت احراز تأیید شارع و لذا ضرورت معاصرت بنای عقلایی با معصوم، محقق اصفهانی دیدگاه قابل توجه و بااهمیتی در این خصوص دارد که می‌تواند منشأ تحول و کارآمدی فقه گردد. از نظر ایشان برای بی‌اعتباری بناات عقلایی باید مخالفت معصوم احراز شود نه این که احراز موافقت آن‌ها برای اعتبار این بناات لازم باشد. بر این اساس، احراز تأیید یا احراز عدم مخالفت معصوم لازم نیست، بلکه عدم احراز مخالفت کفایت می‌کند، زیرا روش شارع به‌عنوان رئیس‌العقلاء همان روش عقلایی است، مگر این که در مواردی حسب دلایلی، روشی دیگر اختیار نموده باشد (اصفهانی، ۱۳۷۴، ج ۳، ص ۳۰-۳۱). از این رو، این مخالفت است که نیازمند احراز است. در غیر این صورت، بنا را بر هماهنگی بنای عقلا با نظر شارع می‌نهیم. یادآور می‌شویم بعضی از فقهای معاصر نیز با وجود این که در برخی از عبارات خود قائل به حجیت ذاتی برای بناات عقلانی نیستند و ضرورت احراز امضا یا عدم ردع شارع را مطرح می‌نمایند (خمینی، ۱۳۷۲، ج ۱، ص ۲۵۱)، معتقدند قلمرو دید معصوم، برخلاف

۱. در این مسیر از یک سو، بنای عقلا با حکم عقل پیوند می‌خورد و از سوی دیگر، با ابتنا بر قاعده ملازمه با این تقریر که حکم عقل مورد تأیید شرع هم هست؛ بنای عقلا به تأیید شرع نیز می‌رسد.



سایر اشخاص، محدود به زمان خود نیست و افق دیدشان عصر حاضر را نیز در بر می‌گیرد، همچنان‌که توصیه‌های آخرالزمانی بسیاری از سوی ایشان صادر شده است. بر این بنیاد، اگر مخالفتی با بنائات عقلایی عصر حاضر داشتند، باید سابقاً به آن اشاره می‌کردند. بر این اساس، چون مخالفتی در خصوص بنائات عقلایی عصر حاضر به دست ما نرسیده است، بنا را بر آن می‌نهیم که این بنائات عقلایی خالی از اشکال است (خمینی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۱۲۹-۱۳۰).

نتیجه هر دو روش، کنار رفتن شرط ضرورت معاصرت بنائات عقلایی با معصوم است. شایان ذکر است تحلیل‌های فوق که به پذیرش بنائات عقلایی مستحدث می‌انجامد، در عمل بسیار نزدیک به دیدگاهی است که برای بنائات عقلایی حجیت ذاتی قائل است. به‌هررو، پذیرش هر نتیجه‌ای غیر از آنچه بیان شد منجر به آن می‌شود که جملگی عرف‌ها و بنائات عقلایی عصر حاضر ارزش و اعتبار خود را از دست دهند و به تعبیری، به اختلال نظام اجتماعی منجر می‌شود؛ نتیجه‌ای که قطعاً عدم پاسخگویی فقه امامیه در برابر نیازهای زندگی اجتماعی عصر حاضر را به دنبال خواهد داشت (فیض، ۱۳۸۷، ص ۱۴۲؛ اصغری، ۱۳۸۴، ص ۱۹ و ۲۶).<sup>۱</sup>

قابل انکار نیست که چه برای بنائات عقلایی حجیت ذاتی قائل شویم و چه آن را بر پایه تحلیل‌هایی نظیر آنچه آمد حجت بدانیم، این بنائات اصولاً نقش بسیار پررنگی به‌عنوان مُعْتَبَر در موضوعات مورد بحث در حقوق خصوصی ایفا می‌کنند. در این قلمرو که قلمروی متمایز از عبادات است، نقش تحولات اجتماعی و نیازهای ناشی از آن انکارنشدنی است.<sup>۲</sup> وضعیت اجتماعی، اقتصادی، سیاسی، اخلاقی، مذهبی و غیره،

---

۱. بر پایه آنچه بیان شد، دور از واقعیت نیست اگر بگوییم به‌کارگیری بخشی از قواعد اصول فقه مربوط به حوزه عبادات در رابطه با حوزه معاملات و مشخصاً حقوق قراردادها و ضمانات قهری، همراه با اشکال جدی است. به بیان دیگر، این دو حوزه نیازمند دو شیوه متفاوت در استنباط احکام است. نمونه‌ای از آن را در بحث بنای عقلا به‌عنوان منبع استنباط احکام نشان دادیم. این بحث ابعاد دیگری هم دارد، نظیر امکان پذیرش قیاس در عرصه معاملات برخلاف عبادات و ...

۲. یکی از فقهای معاصر نیز مطلب دقیقی ابراز داشته است که به بحث حاضر مرتبط است. ایشان این پرسش را مطرح می‌کند که اگر جایی شارع اعتبار «حکم» نموده باشد، در آن معنا که وضع و رفع آن در ید خودش باشد، آیا ما می‌توانیم اعتبار «حق» در آن خصوص نماییم و برای اشخاص سلطنت قائل شویم؟ در پاسخ بیان می‌دارند اگر حکم مربوط به امور عبادی باشد، مانند وجوب نماز یا روزه، جعل حکم به صورت کامل با شارع است و

سنگ زیرین در شکل‌گیری بنائات عقلایی به شمار می‌آیند و از این رهگذر، ضمن تنظیم روابط خصوصی میان اشخاص، قانون‌گذاری بر پایه آن را اجتناب‌ناپذیر می‌نماید. بر همین اساس است که برخی از اساتید بیان می‌دارند «درست است که در ظاهر، دولت قانون وضع می‌کند، ولی دولت در اینجا در واقع، آلت و ابزار است، یعنی خودش مضطر بین این نیروهاست و این نیروها با هم در حال مبارزه هستند و آن نیرویی که غالب می‌شود، قانون را همراه خود می‌کند» (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص ۲۲۲). تأکید می‌داریم این که در هر جا مُعْتَبَر بر بنیاد چه موارد و به چه نحوی مبادرت به اعتبار می‌نماید، از موضوع نوشتار حاضر خارج است و در تحقیق مستقلی به آن پرداخته خواهد شد. آنچه مهم است ضرورت ترسیم مسیری هموار برای ورود ملاحظات کارآمد در شکل‌گیری اعتبار است؛ مسیری که بدون تردید یکی از مدخل‌های آن همین توجه به بنائات عقلایی است. قلمرو، خصایص و شرایط این بنائات، نحوه شکل‌گیری آن و نحوه شکل‌دهی اعتبار را به تحقیقی مستقل وامی‌گذاریم.<sup>۱</sup>

ممکن است این پرسش مطرح شود که آیا می‌توان اشخاص را مُعْتَبَر دانست؟ برای نمونه، آیا طرفین عقد بیع که ایجاب و قبول را بیان می‌دارند و امر اعتباری مالکیت به دنبال آن محقق می‌شود را می‌توان مُعْتَبَر دانست؟ پاسخ به این پرسش منفی است، زیرا اعتبار امری شخصی نیست و این بنائات عقلایی است که ایجاب و قبول را سبب تحقق مالکیت دانسته است. نقش اشخاص در شکل‌دهی ایجاب و قبول تنها این است که برای این اعتبار عقلایی، موضوع فراهم می‌کنند (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۱۴). به بیان دیگر، این عقلا هستند که انشاء ایجاب و قبول که خودش امری اعتباری است را سبب تحقق امر اعتباری مالکیت قرار داده‌اند. شایان ذکر است افزون بر امر اعتباری انشاء، این امکان هم

جایی برای مداخله عقلا نمی‌ماند. اما در غیر از آن صورت، این امکان وجود دارد. (نک: فاضل لنکرانی، ۱۳۹۴، شرایط عوضین، جلسه ۱۳ و ۱۴).

۱. یادآور می‌شویم بسیاری از احکامی که در فقه و به تبع آن در حقوق خصوصی با آن مواجهیم، ریشه در خبر واحد دارد. در رابطه با حجیت خبر واحد گفت‌وگو بسیار است و بررسی آن از حوصله نوشتار حاضر خارج است. در این میان، تذکر این نکته ضروری است که ازجمله قائلین اصلی و پیشگام در حجیت خبر واحد، شیخ طوسی است و نظر ایشان مورد متابعت بسیاری از فقیهان قرار گرفته است. با وجود این، او برای حجیت خبر واحد شرایطی را اعلام می‌دارد که از نظر بسیاری از فقیهان دور مانده است، از جمله هماهنگی خبر واحد با دلیل عقلی و مقتضای آن (طوسی، ۱۳۶۳، ج ۱، ص ۳-۴).

وجود دارد که سبب تحقق مالکیت به‌عنوان یک اعتبار عقلایی، امر حقیقی اعم از غیر اختیاری نظیر فوت یا اختیاری نظیر حیات باشد. در همین مثال فوت، اموال متوفی در مالکیت وراثت مستقر می‌شود. فوت به‌خودی‌خود، یک امر حقیقی و تکوینی است و سببیتی برای این مهم ندارد، بلکه این اعتبار صورت گرفته از سوی مُعْتَبَر است که فوت را موجب ارث و تحقق مالکیت وراثت قرار می‌دهد و آن‌ها را دارای استحقاق بیشتر نسبت به دیگران در تحقق مالکیت به‌شمار می‌آورد (نورمفیدی، ۱۳۹۴، ج ۱، ص ۱۴۹-۱۵۲).

#### **۴. کاربرد اعتباری بودن حقوق خصوصی در مصادیق**

از مطالب بیان‌شده آشکار گشت که امور اعتباری چه خصایصی دارد. این خصایص مانع از آن می‌شود که به‌راحتی و بدون دلیل بتوان قواعد امور حقیقی را بدان تسری داد یا جلوی پاسخگویی امور اعتباری به نیازها را گرفت. پس از تبیین مبانی نظری نوشتار حاضر، در ادامه، کاربرد اعتباری آن را در مصادیق دنبال خواهیم کرد. تلاش داریم تا با بیان چند مصداق پرکاربرد نشان دهیم توجه به اعتباری بودن این امور، می‌تواند چالش‌هایی را که پیرامون آن‌ها در نتیجه غفلت از این مهم ایجاد شده است، برطرف سازد.

#### **۱.۴. حل چالش‌های قلمرو مالکیت**

مالکیت از بنیادی‌ترین مفاهیم حقوق خصوصی است و روابط حقوقی بسیاری حول این مفهوم شکل می‌گیرد. با این حال، از جمله چالش‌های جدی پیرامون آن، عدم توجه به اعتباری بودن این مفهوم و تسری قواعد امور حقیقی به آن است. این بی‌توجهی در کنار تسری قابل انتقاد تقسیم حق عینی و شخصی در نظام حقوقی رومی ژرمنی به تألیفات حقوق داخلی، دو دلیل اصلی برای ایجاد برخی سوءبرداشت‌ها در حقوق داخلی است. به صورت مشخص این پرسش قابل طرح است که چه چیزی می‌تواند موضوع مالکیت قرار گیرد؟ آیا موضوع مالکیت محدود به عین معین است؟ بدیهی است مثبت بودن پاسخ به پرسش اخیر موجب آن می‌شود که در مواردی که موضوع قرارداد مال کلی یا منفعت است (اعم از منفعت اموال و انسان)، عقد تملیکی محسوب نشود و در ردیف عقود عهدی قرار گیرد. زیربنای عهدی دانستن عقد بیع در جایی که موضوع قرارداد، مال کلی است و یا حتی عهدی دانستن عقد اجاره در نزد برخی از فقیهان و نویسندگان حقوقی،

همین عدم پذیرش شمول مالکیت نسبت به اموال کلی و منفعت است. نکته قابل توجه در این میان تمایز دلایل فقیهان و نویسندگان حقوقی در عدم پذیرش مالکیت نسبت به غیر از عین معین است. با وجود این که غالب فقهای امامیه مالکیت را امر اعتباری دانسته و آن را شامل موضوعات اعتباری نظیر مال کلی نیز می‌دانند (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۰، ج ۱، ص ۵۳-۵۴؛ اصفهانی، ۱۴۰۹، ص ۴-۵؛ نائینی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۸۵)، اما برخی نظیر مرحوم نراقی با این دیدگاه مخالف‌اند و امکان تحقق مالکیت نسبت به مال کلی را نمی‌پذیرند. بنیان این مخالفت بر این استوار است که مالکیتی که در فقه و حقوق با آن مواجه هستیم را با ملک مقولی که در فلسفه و منطق در ردیف اعراض و جزء ادراکات حقیقی قرار دارد و به «جَدَه» تعبیر می‌شود، خلط می‌نمایند. اعراض ماهیتی است که برای موجود بودن نیازمند موضوع است و موضوع باید موجود باشد. بر این اساس، چون مال کلی، موجود نیست، نمی‌تواند موضوع مالکیت قرار گیرد، در غیر این صورت، مالکیت بر معدوم رخ می‌دهد که قابل پذیرش نیست. این نظر از حیث مبنایی با اشکال مهمی مواجه است. این دیدگاه میان امور اعتباری و امور حقیقی خلط نموده (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۰، ج ۱، ص ۵۳-۵۴؛ اصفهانی، ۱۴۱۹، ج ۱، ص ۲۵-۲۶، ۳۱-۳۳؛ خمینی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۱۱۹؛ سیستانی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۶۲؛ الشریف، ۱۳۹۳، ص ۳۶) و ملک مقولی در فلسفه و منطق که در ردیف امور حقیقی است را با ملک مدنظر در فقه و حقوق که در ردیف امور اعتباری است، همسان در نظر گرفته است. مالکیت مدنظر در فقه و حقوق دارای خصایص امور اعتباری است، از جمله مطابق خارجی ندارد و قابل نشان دادن نیست و واجد ویژگی لغوپذیری نیز هست. این مالکیت یک رابطه فرضی است که موجب تعلق مال به شخص می‌گردد. با توجه به اعتباری بودن این مفهوم، موضوع آن می‌تواند امری اعتباری یعنی مالی کلی یا دین باشد. این گونه نیست که مال کلی معدوم باشد، این مال در عالم اعتبار وجود دارد و بر همین اساس می‌تواند موضوع قرارداد قرار گیرد. شایان ذکر است فقیهان برای به تصویر کشیدن مالکیت نسبت به اموال کلی، اساساً ظرفی به نام «ذمه» را طراحی نموده‌اند (صدر، ۱۳۹۴، ص ۲۲۲-۲۲۳؛ حائری، ۱۴۳۱، ج ۱، ص ۵۲-۵۱). از همین روست که از مال کلی با نام «کلی فی الذمه» یاد می‌شود.

در میان نویسندگان حقوقی نیز مخالفان جدی با تملیکی بودن عقد یا دست کم امکان

تملیک فوری همزمان با انعقاد عقد در جایی که موضوع قرارداد مال کلی است، وجود دارد (امامی، ۱۳۶۸، ج ۱، ص ۴۵۰-۴۵۱؛ کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۳۳-۳۴؛ شهیدی، ۱۳۸۲، ب، ص ۱۴ و ۳۳)؛ مخالفتی که بخش قابل توجه آن تحت تأثیر تقسیم‌بندی حق عینی و حق شخصی است. صرف‌نظر از انتقادات وارد بر این تقسیم‌بندی در خاستگاه خود، ناسازگاری آن با حقوق بومی نیز مورد تأکید محققین قرار گرفته است (حائری، ۱۴۳۱، ج ۱، ص ۱۴۴-۱۵۸؛ نعمت‌الهی، ۱۳۸۹، ص ۱۰۹-۱۳۲؛ الشریف، ۱۳۹۳، ص ۳۴-۳۸؛ جعفری خسروآبادی، ۱۳۹۶، ص ۱-۲۴). در این تلقی، به واسطه سنت‌های تاریخی، چون مالکیت در ردیف حقوق عینی قرار می‌گیرد و این حق هم محدود به عین خارجی است، هر آنچه غیر از آن باشد از شمول حق عینی و از جمله مالکیت خارج و در ردیف حق شخصی که رابطه میان دو شخص است نه رابطه شخص با مال، تحلیل می‌گردد. بر همین اساس، در جایی که موضوع قرارداد مال کلی است، تمایل به عهدی بودن قرارداد که مفید حق شخصی برای طلبکار است ظهور و بروز نمود و از طریق مطالعه تطبیقی به تألیفات داخلی هم راه یافت. شایان ذکر است که در ساختار حقوق رومی ژرمنی نظر به عدم وجود منفعت در خارج، حتی قرارداد اجاره هم عقدی عهدی و موضوع آن انجام عملی مادی (نه انتقال مال) یعنی مسلط نمودن مستأجر بر عین مستأجره از سوی موجر است (الشریف، ۱۳۹۳، ص ۴۹-۵۰). این در حالی است که ملک مدنظر در فقه امامیه که مورد متابعت قانون مدنی قرار گرفته است، محدود به عین معین نیست و در مورد مال کلی و منفعت هم رابطه حقوقی همچنان میان شخص با مال برقرار است نه میان شخص با شخص.

مختصر این که مالکیت یک اعتبار عقلایی و رابطه‌ای فرضی میان شخص و مال است و این مهم ایجاب می‌کند موضوع آن نیز محدود به اموالی که در عالم خارج وجود مشخص دارند، نگردد. این مهم به‌روشنی از موادی مانند مواد ۳۰۰ و ۴۶۶ قانون مدنی هم قابل فهم است.

## ۲.۴. حل چالش‌های معامله اموال غیرمنقول دارای سابقه ثبتی

یکی از بحث‌انگیزترین موضوعات در حقوق ایران، وضعیت حقوقی معاملات اموال غیرمنقول دارای سابقه ثبتی است؛ موضوعی که نه تنها در بین نویسندگان حقوقی، بلکه در

رویه قضایی نیز آرای متفاوتی در خصوص آن وجود دارد. به صورت مشخص نقش سند عادی در تنظیم قرارداد نسبت به این اموال و میزان اعتبار آن در برابر اشخاص ثالث به پررسی دشوار بدل شده است و ابهامات موجود در این زمینه موجب بر هم خوردن نظم معاملاتی بسیاری گردیده است. برای نمونه، در پاسخ به این پرسش که اگر مالک ابتدا با سند عادی مال را به شخصی و سپس همان مال را با سند رسمی به شخص دیگر منتقل کند، از کدام یک از خریداران باید حمایت کرد؟ تردیدهای جدی وجود دارد. خریدار اول، وجه اولویت خود را تقدم زمانی در خرید مال می‌داند و خریدار دوم، اعتماد به سند رسمی و تنظیم سند رسمی انتقال را وجه اولویتش می‌پندارد. همین‌طور است در جایی که برای نمونه، بانک، مالی را با تنظیم سند رسمی به‌عنوان عین مرهونه می‌پذیرد و متعاقباً آشکار می‌شود مقدم بر آن، همان مال با سند عادی به شخص دیگر واگذار شده بود. علت ابهام نظام حقوقی در مواجهه با این موضوع، تحولات تقنینی است. قانون مدنی بر پایه فقه امامیه و تمرکز بر حاکمیت اراده، اولویت را به قراردادی که از نظر زمانی مقدم است، می‌دهد و قانون ثبت که پس از آن به تصویب رسید، با تمرکز بر نظم و امنیت معاملاتی، از قراردادی که با سند رسمی تنظیم شده است، حمایت به عمل می‌آورد. نویسندگان حقوقی و آرای قضایی نیز حسب تحلیل مواد مربوطه در این قوانین، به یکی از دیدگاه‌ها تمایل یافته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۹۲-۹۴ و ۲۵۶-۲۵۷؛ شهیدی، ۱۳۷۸، ص ۵۳-۷۲). نکته قابل توجه در این میان، مخالفت شورای نگهبان با اولویت قائل شدن برای سند رسمی است. این شورا در نظریه شماره ۲۶۶۴ / ۱۰۲ / ۹۵ خود به تاریخ ۱۳۹۵/۸/۴، اطلاق ماده ۲۲ قانون ثبت را مغایر شرع می‌داند.

پرسش بنیادی در این میان آن است که آیا امکان طراحی قاعده جدید در رابطه با معاملات اموال غیرمنقول وجود دارد؟ آیا اگر لازمه توجه به واقعیت‌های اجتماعی، اولویت قائل شدن برای سند رسمی باشد، این امر غیرشرعی محسوب می‌شود و لذا هر تغییری غیرممکن است؟ از چه راهی برای حل مبنایی مشکل می‌توان اقدام نمود که مخالف شرع هم نباشد؟ به نظر می‌رسد راه حل، توجه به اعتباری بودن حکم بیان شده در فقه و به تبع آن، قانون مدنی است. این که عقد بیع با ایجاب و قبول واقع می‌شود و اثر تملیکی خود را بر جای می‌نهد، چیزی به غیر از یک اعتبار نیست؛ اعتباری که در پاسخ

به نیازی واقع شده است، اعتباری که حتی پیش از اسلام هم وجود داشته و احکام فقهی پیرامون آن، در ردیف احکام امضائی است. اعتباری بودن این حکم که ایجاب و قبول برای انتقال مالکیت کافی است، ایجاب می‌کند اگر زمانی این اعتبار پاسخگوی نیاز نباشد و مصلحت مد نظر را تأمین نکند، لغو گردد و اعتبار جدیدی طراحی شود. تأکید می‌شود نگارنده در مقام بیان و شناسایی ضمانت اجرای مناسب برای معاملات مورد بحث نیست و باید آن را در تحقیقات دیگر جست‌وجو نمود (نک: امینی، ۱۳۸۸، ص ۲۱۱-۲۳۸). هدف صرفاً تذکر این مهم است که می‌توان مسیر جدید را گشود و از بن‌بست خارج گشت. امکان طراحی قواعد جدید هیچ‌گونه مغایرتی با شرع ندارد، زیرا پذیرش امکان تغییر، در هماهنگی با قواعد امور اعتباری است. همان‌طور که بیان شد، سنجۀ پذیرش اعتبار صورت‌گرفته از سوی قانون‌گذار، قابلیت آن اعتبار در برطرف کردن نیاز و تأمین مصلحت مد نظر است.

خوشبختانه در زمان نگارش این مقاله، تلاش‌های جدی‌تری برای وضع قانون جدید آغاز شده است و این خود نشان‌دهنده این است که در طول این سال‌ها بی‌جهت با آن مخالفت شده است؛ مخالفتی که حتی نمی‌توان برای آن وجاهت شرعی شناسایی نمود. ناگزیر، حرکت به سمت توجه به سند رسمی است. این حرکت ممکن است به‌نحوی باشد که به صورت کامل نقش سند عادی در این معاملات را از بین ببرد و به تعبیری، معامله با سند عادی را به طور کلی، حتی میان متعاقدين بی‌اثر سازد و همچنین ممکن است به‌نحوی باشد که صرفاً اثرگذاری معامله با سند عادی را در برابر شخص ثالث با چالش مواجه سازد. هر دو رویکرد به واسطه شناسایی اولویت برای سند رسمی، منشأ فواید زیادی است. قانون‌گذار باید با لحاظ جنبه‌های مثبت و منفی، یکی را انتخاب و نظم معاملاتی جدید را حاکم سازد. نکته بااهمیت در این میان و مرتبط با نوشتار حاضر، پذیرش امکان تغییر در این خصوص است.<sup>۱</sup>

۱. به باور نگارنده، در مصداق مورد بحث باید قواعد را به‌نحوی طراحی کرد تا ضمن احترام به اصل حاکمیت اراده، حتی‌الامکان حقوق اشخاص ثالث و امنیت معاملاتی نیز تأمین و از انجام معاملات معارض جلوگیری گردد. برای این منظور می‌توان اصولاً از یک سو، قرارداد با سند عادی را میان تنظیم‌کنندگان آن معتبر دانست و از سوی دیگر، از تأثیر این قرارداد نسبت به اشخاص ثالث که بر پایه اعتماد به سند رسمی و با مداخله مأمور رسمی دارای حقی شده‌اند، خودداری نمود. به بیان دیگر، باید قرارداد با سند عادی را در برابر شخصی که همان ملک را با سند

در آخرین تحول تقنینی، بر اساس ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور، اگر سند عادی به تشخیص دادگاه دارای «اعتبار شرعی» باشد، در برابر اشخاص ثالث هم قابل استناد است و تاب معارضه دارد؛ نتیجه‌ای که توالی فاسد آن پوشیده نیست. به باور نگارنده، صرف‌نظر از اشکال بنیادی و مبنایی این ماده، ساده و منطقی‌ترین راه برای کاهش توالی فاسد آن، تمرکز بر عبارت «اعتبار شرعی» است. بر اساس این ماده، اگر سند عادی دارای «اعتبار شرعی» باشد بر سند رسمی مؤخر، مقدم است. مراد از «اعتبار شرعی» چیست؟ می‌توان «اعتبار شرعی» را در معنای «اعتبار عقلایی» در نظر گرفت، زیرا اعتبار عقلایی مورد تأیید شرع قرار دارد و از این رو «اعتبار عقلایی» دارای «اعتبار شرعی» است. بر این اساس، سؤال را می‌توان این گونه تحریر نمود که در چه زمانی قرارداد با سند عادی دارای «اعتبار عقلایی» است و بر سند رسمی مؤخر، مقدم است؟ در همه موارد این تقدم قابل تأیید نیست و باید به اعتماد متعارف اشخاص در جامعه احترام گذاشت. طراحی قاعده باید به نحوی باشد که به نیازها و مصالح مدنظر در این خصوص پاسخ دهد. شخصی که با تنظیم سند رسمی و به پشتوانه مالکیت رسمی فروشنده حاضر به خریداری مال می‌شود و مالیات دولت را هم می‌پردازد، اعتماد متعارفی به عمل آورده و شایسته حمایت است. این حمایت تنها در مواردی نظیر اثبات آگاهی او از وجود قرارداد عادی مقدم، از میان می‌رود. این تحلیل می‌تواند تا زمان تحقق و اعمال تحولات تقنینی آتی، بخشی از مشکلات موجود را کاهش داد.

#### ۳.۴. حل چالش‌های قواعد ضمان قهری

آنچه در حقوق مدرن تحت عنوان «مسئولیت مدنی» مورد مطالعه قرار می‌گیرد، در حقوق اسلامی ذیل عنوان «ضمان قهری» و تحت موجبات مشخصی نظیر اتلاف و تسبیب بررسی می‌شود و خارج از آن، تابع اصل برائت قرار دارد. این مهم مورد متابعت قانون مدنی و قانون مجازات اسلامی قرار گرفته است و بر همین اساس، به ترتیب مواد ۳۰۷ تا

---

رسمی خریداری نموده است، غیر قابل استناد دانست. البته در طراحی اعتبار جدید باید توجه داشت در پاره‌ای از موارد نظیر اطلاع خریدار با سند رسمی از وجود قرارداد مقدم با سند عادی (امینی، ۱۳۸۸، ص ۲۲۶؛ خدابخشی، ۱۳۸۹، ص ۲۵)، خریدار با سند رسمی شایستگی حمایت را از دست می‌دهد و قرارداد عادی در برابر او قابل استناد است.



۳۳۷ قانون مدنی، تحت عنوان «در ضمان قهری» و مواد ۴۹۲ تا ۵۳۷ قانون مجازات اسلامی، تحت عنوان «موجبات ضمان» به تصویب رسیده است. فارغ از نسبت میان قانون مسئولیت مدنی با موجبات ضمان قهری در حقوق ایران (نک: دریائی، کربلایی آقازاده، ۱۳۹۹، ص ۹۳-۱۲۵)، تلقی مرسوم فقیهان نسبت به قواعد ضمان قهری، خلأهای بسیاری ایجاد نموده است. برای مثال، در رابطه با قلمرو خسارت قابل جبران، ساختار ضمان قهری با چالش‌های فراوانی مواجه است. در ادامه، فقط دو نمونه از آن بیان می‌شود. در رابطه با این چالش‌ها که ناشی از تلقی سنتی حاکم بر ضمان قهری است، این پرسش قابل طرح است که آیا امکان تغییر قواعد ضمان قهری و انطباق آن با نیازها وجود دارد؟ آیا اگر تغییری در این خصوص بر پایه مصالح و نیازها داده شود، باید آن را غیرشرعی قلمداد کرد و مانع آن شد؟

نمونه اول مربوط به هدف جبران خسارت است. در ضمان قهری، عمده تمرکز بر جنبه جبرانی پرداخت خسارت بوده و هدف صرفاً جبران خسارت وارد به زیان‌دیده است (نعمت‌الهی، ۱۳۹۸، ص ۱۹۳-۱۹۷). این مهم از جمله با توجه به ماده ۳۲۸ قانون مدنی هم به‌روشنی قابل فهم است. به بیان دیگر، جنبه ترمیمی جبران خسارت مورد توجه قرار دارد. در این رویکرد سایر اهداف قابل تصور مانند بازدارندگی زیان‌زننده، تشفی خاطر زیان‌دیده و غیره اصولاً مورد توجه قرار نمی‌گیرد. نتیجه این نگاه، نادیده گرفتن متغیرهای مهمی نظیر وضعیت روانی زیان‌زننده در ارزیابی میزان خسارت است. این در حالی است که نمی‌توان نقش عنصر روانی را نادیده گرفت. به طور مشخص در جایی که زیان‌زننده به صورت عمدی یا با تقصیر سنگین به شخصی آسیب وارد می‌آورد، اهدافی مانند بازدارندگی و تشفی خاطر ایجاب می‌کند قلمرو خسارت قابل جبران توسعه یابد و حتی مواردی که به صورت معمول قابل جبران نیست را هم شامل شود (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۲۹۸؛ بادینی، ۱۳۹۰، ص ۷۴؛ بابائی، ۱۴۰۲، ص ۱۱۷؛ امینی؛ دریائی، ۱۳۹۸، ص ۱۸۶). افزون بر آن، همین منطق حتی در پاره‌ای از موارد ایجاب می‌کند از باب تنبیه، مسئولیتی ورای خسارت وارد به زیان‌دیده متوجه زیان‌زننده گردد. از این مهم در ادبیات حقوقی با نام «خسارت تنبیهی» یاد می‌شود. آیا ساختار ضمان قهری توان پاسخگویی به نیازهایی از این دست را دارد؟ به چه نحو می‌توان به این نیازها پاسخ داد بدون این که در تنافی با شرع باشد؟

نمونه دوم ناظر به قلمرو خسارت قابل جبران است. بسیاری از مصادیقی که از نظر عرف عقلایی قابل جبران است، در ساختار ضمان قهری جبران آن با موانع جدی مواجه می‌باشد. این موانع در رابطه با خسارت بدنی و پیامدهای آن، خسارات مالی و خسارات معنوی به‌روشنی نمایان است. برای نمونه، اگر بنا باشد در قلمرو خسارت بدنی، قانون‌گذار به سمت پذیرش جبران خسارت از کارافتادگی حرکت کند یا خسارت عدم‌النفع را بر پایه منطقی روشن در مواردی قابل جبران بداند، آیا اشکال شرعی متوجه آن است؟ آیا امکان وضع قاعده جدید وجود ندارد؟ یادآور می‌شویم با وجود این که در ادله اصلی ضمان قهری در فقه نظیر «من اضرّ بشيء من طریق المسلمین»، واژه «ضرر» به کار رفته است، اما عموم فقیهان در قواعد موجبات ضمان مانند اتلاف، به جای به‌کارگیری واژه «ضرر» از کلمه «مال» استفاده نمودند، به این صورت که نزد آنان صرف تحقق «ضرر» برای ایجاد ضمان قهری کافی نیست، بلکه ملاک قابلیت تبدیل «ضرر» به «مال» است (امیری قائم‌مقامی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۱۳۳؛ حکمت‌نیا، ۱۳۸۶، ص ۲۹۶؛ وحدتی‌شیری، ۱۳۸۸، ص ۱۸۹). همین نتیجه در ماده ۳۲۸ قانون مدنی هم مورد متابعت قرار گرفته است (امیری قائم‌مقامی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۱۳۳-۱۸۸؛ بابائی، ۱۳۹۴، ص ۴۹). با این تفسیر محدود، مواردی مانند خسارت عدم‌النفع یا خسارت معنوی که از نظر عرف عقلایی در پاره‌ای از موارد مصداق «ضرر» به شمار می‌آید، از آنجا که مطابق نظر سنتی حاکم در ضمان قهری، مصداق «مال» محسوب نمی‌شود، موضوع ضمان قرار نمی‌گیرد (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۱، ص ۳۷) و بر همین اساس، قانون مدنی به آن‌ها اشاره‌ای ننموده است.

با این که قانون‌گذار با وضع قانون مسئولیت مدنی تلاش داشت بر پایه ساختاری متفاوت، برخی از این چالش‌ها مانند آنچه در خصوص خسارت معنوی بیان شد را برطرف سازد، اما اشکالات زیادی همچنان به قوت خود باقی است و حتی در پاره‌ای از موارد مانند خسارات بدنی، با تصویب قوانین مجازات اسلامی بعد از انقلاب و پیش‌بینی دیه، تشدید شده است. ضمان قهری به‌عنوان یک حکم وضعی، چیزی به غیر از اعتبار نیست و برای پاسخ به نیازهایی ایجاد شده است، لذا باید امکان پاسخگویی به نیازهای منشأ پیدایش آن را دارا باشد. اگر این مهم به‌درستی فهم شود و به لوازم آن نظیر لغوپذیری و قابل تغییر بودن اعتباریات عنایت گردد، مشکلاتی از این دست بدون این که در تنافی با

فقه امامیه باشد، قابل حل است. می‌توان بر پایه این حقیقت که ضمان قهری، اعتباری عقلایی است، چتر شمول حمایت قواعد ضمان قهری را به نحوی کارآمد و منطبق با نیازهای اجتماعی طراحی نمود. اعمال این نگاه می‌تواند به حل مبنایی چالش‌های جبران خسارت بدنی، مالی و معنوی کمک نماید. برای نمونه، مخالفت برخی با جبران خسارت معنوی از طریق پرداخت پول، بر بنیاد همین اعتباری بودن جبران خسارت قابل پاسخ است. به صورت مشخص اگر بر پرداخت پول در ازای خسارت معنوی مصلحتی مترتب باشد و نیاز زیان‌دیده به تشفی خاطر را برطرف نماید، چه اشکالی بر شناسایی این اعتبار مترتب است؟ همچنین این منطق می‌تواند منجر به پذیرش خسارت عدم‌النفع و خسارت صرفاً اقتصادی در مواردی گردد که جبران آن ضرورت دارد و به این ترتیب مبنای اصلاح تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی که به نحو مطلق، حکم بر غیر قابل جبران بودن خسارت عدم‌النفع داده است را فراهم آورد. یادآور می‌شویم در حقوق تطبیقی برای نمونه، تردیدی در جبران‌پذیری خسارت عدم‌النفع و خسارت صرفاً اقتصادی در مسئولیت مدنی قراردادی یا جایی که زیان‌زننده عمداً تحمیل خسارت می‌نماید، نیست.

مختصر این که نباید پنداشت آنچه تلقی مرسوم از قواعد ضمان قهری نزد فقیهان است، امر ابدی و غیر قابل تغییر به شمار می‌آید. توجه به این حقیقت که ضمان قهری یک اعتبار عقلایی محسوب می‌گردد، مطلب بااهمیتی است که به‌روشنی امکان به‌روزرسانی این نهاد بومی را فراهم می‌آورد، بدون این که در تنافی با حقوق اسلامی باشد.

### نتیجه‌گیری

۱. در این نوشتار تلاش شد برخی از ابعاد بااهمیت پیرامون اعتباری بودن حقوق خصوصی نمایان شود. از یک سو، با بیان ویژگی‌های امور اعتباری نظیر نیاز پرورده بودن این امور و لغوپذیری آن، به مقایسه آن با امور حقیقی پرداختیم و نشان دادیم اصولاً تسری قواعد امور حقیقی که مناسب عالم تکوین است، سنخیتی با عالم اعتبار ندارد. در رابطه با امور اعتباری باید بررسی نمود که آیا اعتبار صورت گرفته، پاسخگوی نیاز منشأ ایجاد آن اعتبار است یا خیر؟ از سوی دیگر، به این موضوع بنیادی ورود نمودیم که در قلمرو حقوق خصوصی چه کسی صلاحیت اعتبار نمودن دارد و به بیان دیگر مُعْتَبَر کیست؟ نقش بنای

عقلا را در این خصوص تبیین نمودیم و نشان دادیم با وجود این که اصولاً فقیهان با حجیت ذاتی بنائات عقلایی به عنوان منبعی برای قاعده‌گذاری مخالف‌اند، اما بسیاری از فقهای معاصر دریافته‌اند که پاسخگویی فقه برای نیازهای عصر جدید، در گرو توسل به این موتور محرک است. بر همین بنیاد برخی با ابتناء بنای عقلا بر عقل و برخی با به چالش کشیدن ضرورت معاصرت بنای عقلا و معصوم، تلاش نمودند که در مسیر حجیت این بنائات گام بردارند.

۲. به باور نگارنده در قلمرو حقوق خصوصی به‌ویژه مباحث حقوق قراردادها و ضمانات قهری که اصولاً متمایز از حوزه عبادات است، توجه به امکان تغییر اعتبارات صورت گرفته یعنی خصیصه لغوپذیری امور اعتباری و همچنین ابتناء این اعتبارات بر بنائات عقلایی می‌تواند راهگشای بسیاری از چالش‌ها باشد و پیوند وثیق میان این دو، مسیر قاعده‌گذاری جدید بر پایه نیازهای روز را فراهم می‌سازد. شکل‌گیری و بقای امور اعتباری تماماً دایرمدار خواست و نحوه طراحی معتبر است. معتبر می‌تواند حسب نیازهای اجتماعی، اقتصادی، سیاسی، فرهنگی، مذهبی و غیره، دست به وضع قاعده مطلوب زند و هدف از اعتبار که پاسخگویی به نیازی است را محقق سازد. این ترتیب منافاتی با شرع ندارد و تصور مخالفت شارع با ترتیبات عقلایی، صرف‌نظر از نادرست بودن، هم به حقوق مردم و هم به جایگاه شارع آسیب‌های جدی وارد می‌سازد. جدا از مرحله وضع قاعده، این مهم در مقام تفسیر نیز باید مدنظر مفسر در مراجعه به متن قانون جهت فهم صحیح آن قرار گیرد. بدیهی است غیر قابل تغییر بودن احکام اسلامی شامل قسم مورد بحث نمی‌شود.

۳. نمونه‌هایی از ثمرات اعمال دیدگاه مدنظر در نوشتار حاضر به تصویر کشیده شد. برای مثال چالش‌های ناظر به معامله اموال غیرمنقول دارای سابقه ثبتی و یا کاستی‌های قواعد ضمان قهری به‌راحتی بر پایه آنچه آمد قابل حل است، بدون این که با اشکال شرعی مواجه باشد. همچنین چالش‌های موجود در مسیر توسعه عقودی مانند ضمان و رهن و بسیاری از موضوعات نوظهور در خصوص عقود جدید، پول و رمزارزها و غیره، بر اساس اعتباری بودن این امور قابل پاسخگویی است. یادآور می‌شویم به صورت پراکنده مصادیق مختلفی در قوانین قابل مشاهده است که حکایت از تغییر رویکرد قانون‌گذار نسبت به

تلقی سنتی فقهی دارد. برای نمونه، می‌توان به ماده ۷ و تبصره آن در قانون تأمین مالی و تولید زیرساخت‌ها مصوب ۱۴۰۳/۲/۲۲ اشاره داشت. همچنین است تلاش قانون‌گذار در طراحی قواعدی جدید در عرصه معاملات اموال غیرمنقول. به هر رو شایسته است قانون‌گذار با در پیش گرفتن یک مبنای مناسب، نسبت به رفع کاستی‌ها در این حوزه اقدام نماید.

### فهرست منابع

۱. آشتیانی، محمدحسن. (۱۴۰۳ق). بحر الفوائد فی شرح الفرائد. قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی.
۲. الشریف، محمد مهدی. (۱۳۹۳ش). تعهد یا تملیک: تأملی بر تأثیر حقوق فرانسه در تحلیل ماهیت اجاره در حقوق ایران. فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، (۲)، ۲۹-۵۸. <https://doi.org/10.22091/csiw.2015.563>
۳. الشریف، محمد مهدی. (۱۳۹۷ش). منطلق حقوق. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۴. اصغری، سید محمد. (۱۳۸۴ش). بناء عقلا. فصلنامه حقوق، ۷۰(۸۴۵)، ۴۲-۱.
۵. اصفهانی، محمدحسین. (۱۳۷۴ش). نه‌ایة الدرایه فی شرح الکفایه. قم: دفتر انتشارات سیدالشهداء.
۶. اصفهانی، محمدحسین. (۱۴۰۹ق). الإجاره. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۷. اصفهانی، محمدحسین. (۱۴۱۹ق). حاشیة کتاب المکاسب. قم: دار المصطفی (ص).
۸. امامی، سید حسن. (۱۳۶۸ش). حقوق مدنی. تهران: کتابفروشی اسلامیة.
۹. امیری قائم مقامی، عبدالحمید. (۱۳۸۵ش). حقوق تعهدات. تهران: میزان.
۱۰. امینی، منصور. (۱۳۸۸ش). نقش ثبت سند در بیع مال غیرمنقول در حقوق فرانسه و بررسی قابلیت پذیرش آن در حقوق ایران. تحقیقات حقوقی، ۱۲(۴۹)، ۲۱۱-۲۳۸.
۱۱. امینی، منصور؛ دریائی، رضا. (۱۳۹۸ش). تحلیل اقتصادی خسارت صرفاً اقتصادی. تحقیقات حقوقی، ۲۲(۸۶)، ۱۹۲-۱۶۹. <https://doi.org/10.29252/lawresearch.22.86.169>
۱۲. بابائی، ایرج. (۱۳۹۴ش). حقوق مسئولیت مدنی و الزامات خارج از قرارداد. تهران: میزان.
۱۳. بابائی، ایرج. (۱۴۰۲ش). مسئولیت مدنی؛ منطق واحد یا متکثر. پژوهش حقوق خصوصی، ۱۲(۴۴)، ۱۳۰-۹۷. <https://doi.org/10.22054/jplr.2023.50777.2372>
۱۴. بادینی، حسن. (۱۳۹۰ش). بررسی تطبیقی قابلیت جبران «ضرر اقتصادی» در مسؤولیت مدنی. مطالعات حقوق خصوصی، ۴۱(۱)، ۷۸-۵۹. <https://dor.isc.ac/dor/20.1001.1.25885618.1390.41.1.4.2>
۱۵. پارسائیان، حمید؛ دانایی فرد، حسن؛ حسینی، سید ابوالحسن. (۱۳۹۳ش). دلالت‌های نظریه اعتباریات برای تحول در علوم انسانی. اسلام و مطالعات اجتماعی، ۲(۵)، ۴۸-۲۳.
۱۶. جعفری تبار، حسن. (۱۳۸۳ش). مبانی فلسفی تفسیر حقوقی. تهران: شرکت سهامی انتشار.

۱۷. جعفری خسروآبادی، نصرالله. (۱۳۹۶ش). جایگاه ستون فقرات نظام حقوقی رومی ژرمنی در تحلیل فقهی و حقوقی تقسیم‌بندی حقوق عینی و دینی. پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، ۴(۴)، ۱-۲۴. <https://doi.org/10.22091/csiw.2018.1466.1110>
۱۸. حائری، سید کاظم. (۱۴۳۱ق). فقه العقود. قم: مجمع الفکر الإسلامی.
۱۹. حکمت‌نیا، محمود. (۱۳۸۶ش). مسئولیت مدنی در فقه امامیه. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۲۰. حکیم، محمدتقی. (۱۹۷۹م). الأصول العامة للفقہ المقارن. نجف: مؤسسة آل البيت (ع).
۲۱. خدابخشی، عبدالله. (۱۳۸۹ش). تحلیلی دیگر از ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک. مجله حقوقی، ۷۴(۷۱)، ۳۹-۹. <https://doi.org/10.22106/rlj.2010.11163>
۲۲. خراسانی، محمدکاظم. (۱۴۳۱ق). کفایة الأصول. قم: مجمع الفکر الإسلامی.
۲۳. خمینی، سید روح‌الله. (۱۳۷۲ش). أنوار الهدایه. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۲۴. خمینی، سید روح‌الله. (۱۴۱۰ق). رسائل. قم: اسماعیلیان.
۲۵. خمینی، سید روح‌الله. (۱۴۲۱ق). کتاب البیع. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۲۶. دریائی، رضا؛ کربلانی آقازاده، مصطفی. (۱۳۹۹ش). تأملی بر رابطه قانون مسئولیت مدنی با موجبات ضمان قهری در حقوق ایران. مطالعات حقوقی شیراز، ۱۲(۳)، ۹۳-۱۲۵. <https://doi.org/10.22099/jls.2020.32934.3353>
۲۷. سیستانی، سید علی. (۱۴۱۴ق). الرافد فی علم الأصول. قم: مکتب آیت‌الله العظمی السید السیستانی.
۲۸. شاکری، بلال. (۱۳۹۶ش). حقیقت حکم شرعی در اصول فقه. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۲۹. شهیدی، مهدی. (۱۳۷۸ش). مجموعه مقالات حقوقی. تهران: نشر حقوقدان.
۳۰. شهیدی، مهدی. (۱۳۸۲ش) (الف). تشکیل قراردادهای و تعهدات. تهران: مجد.
۳۱. شهیدی، مهدی. (۱۳۸۲ش) (ب). حقوق مدنی ۶. تهران: مجد.
۳۲. شهیدی، مهدی. (۱۳۸۳ش). اصول قراردادهای و تعهدات. تهران: مجد.
۳۳. صدر، سید محمدباقر. (۱۳۹۴ش). گفتارهای بنیادین (شش درس گفتار). (ترجمه سید ابوالقاسم حسینی ژرفا). قم: دار الصدر.
۳۴. صادقی نشاط، امیر. (۱۳۹۶). حقوق؛ واقعیت یا اعتبار (ماهیت حقوق). مطالعات حقوق خصوصی، ۴۷(۱)، ۳۷-۴۸.
۳۵. صدر، سید محمدباقر. (۱۴۱۲ق). دروس فی علم الأصول. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
۳۶. صرامی، سیف‌الله. (۱۳۸۵ش). جایگاه ادراکات اعتباری در علم اصول فقه نزد علامه طباطبایی. پژوهش و حوزه، ۲۷-۲۸، ۲۳۶-۲۸۷.
۳۷. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم. (۱۳۷۰ش). حاشیه المکاسب. قم: اسماعیلیان.

۳۸. طباطبائی، سید محمدحسین. (۱۳۹۰ش). المیزان فی التفسیر القرآن. بیروت: مؤسسه الأعلمی.
۳۹. طباطبائی، سید محمدحسین. (۱۳۹۳ش). اصول فلسفه و روش رئالیسم. قم: صدرا.
۴۰. طباطبائی، سید محمدحسین. (بی‌تا). حاشیه کفایة الأصول. قم: بنیاد علمی و فکری علامه طباطبائی.
۴۱. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۶۳ش). الاستبصار. تهران: دار الکتب الإسلامیه.
۴۲. عراقی، ضیاء‌الدین. (۱۴۱۷ق). نهاية الأفكار. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۳. علیدوست، ابوالقاسم. (۱۳۹۰). فقه و مصلحت. تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۴۴. فاضل لنکرانی، محمدجواد. (۱۳۹۴). شرایط عوضین. جلسه‌های ۱۳ و ۱۴، <https://fazellankarani.com/persian/lessons/8722>
۴۵. فروغی، روح‌الله. (۱۳۹۹ش). احکام اعتباریات از دیدگاه محقق اصفهانی. پژوهش‌های اصولی، ۶(۲۵)، ۳۳-۴۶.
۴۶. فیض، علیرضا. (۱۳۸۲ش). ویژگی‌های اجتهاد و فقه پویا. تهران: پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی.
۴۷. فیض، علیرضا. (۱۳۸۷ش). عرف و اجتهاد. تهران: مجلد.
۴۸. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۵). الزام‌های خارج از قرارداد. ج ۱، تهران: دانشگاه تهران.
۴۹. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۸ش). حقوق مدنی (دوره عقود معین). تهران: شرکت سهامی انتشار.
۵۰. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۰ش). فلسفه حقوق. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۵۱. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۱ش). مقایسه منابع و روش‌های فقه و حقوق، (به کوشش سیف‌الله صرامی). قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۵۲. کلاتری، ابوالقاسم. (۱۴۰۴ق). مطرح الأنظار. قم: مؤسسه آل‌البتیت (ع).
۵۳. لاریجانی، صادق. (۱۳۸۴ش). استدلال در اعتباریات. پژوهش‌های فلسفی و کلامی، ۶(۲۴)، ۳۰-۴. <https://doi.org/10.22091/pfk.2005.319>
۵۴. محقق داماد، سید مصطفی و دیگران. (۱۳۷۹ش). حقوق قراردادها در فقه امامیه. تهران: سمت.
۵۵. محقق داماد، سید مصطفی و دیگران. (۱۳۸۹ش). حقوق قراردادها در فقه امامیه. قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۵۶. مظفر، محمدرضا. (۱۴۳۰ق). أصول الفقه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۵۷. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۸ق). أنوار الأصول. قم: مدرسة الإمام علی بن ابی طالب (ع).
۵۸. مهرپور، حسین. (۱۳۷۸). بررسی تفاوت دین زن و مرد در قانون مجازات اسلامی و مبانی فقهی آن. پژوهشنامه متین، ۱(۲)، ۳۵-۶۴.
۵۹. نائینی، محمدحسین. (۱۴۰۶ق). فوائد الأصول. ج ۳ و ۴، قم: مؤسسه انتشارات اسلامی.
۶۰. نائینی، محمدحسین. (۱۴۱۳ق). المكاسب والبیع. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۶۱. نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار إحياء التراث العربی.

۶۲. نعمت‌الهی، اسماعیل. (۱۳۸۹ش). تحلیل فقهی حق عینی و دینی و مفاهیم مرتبط. مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۲(۳)، ۱۰۹-۱۳۲. <https://doi.org/10.22075/feqh.2017.1871>
۶۳. نعمت‌الهی، اسماعیل. (۱۳۹۸ش). اصل جبرانی بودن خسارت و کارکردهای آن در کامن‌لا و حقوق ایران. پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۲۳(۴)، ۱۷۵-۲۰۲. <http://dori.net/dor/20.1001.1.22516751.1398.23.4.3.0>
۶۴. نورمفیدی، سید محبتی. (۱۳۹۴ش). حکم. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار(ع).
۶۵. واعظی، احمد. (۱۳۹۹ش). زبان فقه و حقوق. قم: بوستان کتاب.
۶۶. وحدتی شبیری، سید حسن. (۱۳۸۸ش). مبنای مسئولیت مدنی یا ضمان ناشی از تخلف از اجرای تعهد. فقه و اصول، ۴۱(۸۲)، ۱۶۹-۲۰۴. <https://doi.org/10.22067/fiqh.v0i0.3152>





## Civil Liability of the Bank Regarding Safe Deposit Boxes: A Case Study of the Robbery at the National Bank Dānīshgāh Branch

Ja'far Zanganī Shahrakī<sup>1</sup> , Sayyid Muṣṭafā Mīlānī<sup>2</sup> 

1. Assistant Professor, Department of Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran. Email: [dr.zanganeh@razavi.ac.ir](mailto:dr.zanganeh@razavi.ac.ir)
2. Corresponding Author, PhD Student in Private Law, Faculty of Law and Political Science, Tehran University, Tehran, Iran. Email: [seyedmilani12@gmail.com](mailto:seyedmilani12@gmail.com)

### Article Info

#### Article type:

Research Article

#### Article history:

Received 16 October 2022  
Received in revised form 19 December 2022  
Accepted 1 August 2023  
Available online 14 August 2023

#### Keywords:

Civil Liability of Bank,  
Trust Fund, Non-Liability  
Clause, Gross failure.



### ABSTRACT

The provision of safe deposit boxes is one of the services that banks offer to their customers. The bank's civil liability for any damage to customers' assets stored in these safes, along with the extent of this liability, has gained significant attention following the robbery incident at the Melli Bank safe deposit box facility on May 24, 2022, in Tehran. This liability can be examined from various perspectives. Firstly, Article 35 of the Banking and Monetary Law of the Country generally holds banks liable for damages arising from banking operations. Secondly, the legal nature of these funds (deposits) is a subject of dispute, and the acceptance of any viewpoint affects the extent of liability. Thirdly, the condition of non-liability (Article 7 of the National Bank's Leasing Funds Regulations) is the basis on which the contract has been signed by the customers. This article employs a descriptive-analytical approach to assess Bank Melli's responsibility towards the victims of the robbery incident. The findings reveal that Bank Melli bears legal responsibility for this event, and the non-liability clause outlined in the Fund's bylaws (regulation or provision) cannot be invoked due to the bank's gross failure.

Cite this article: Zanganī Shahrakī, J.; Mīlānī, S., M. (2024). Civil Liability of the Bank Regarding Safe Deposit Boxes: A Case Study of the Robbery at the National Bank Dānīshgāh Branch. *Civil Jurisprudence Doctrines*, 16 (30), 89-111.  
<https://doi.org/10.30513/cjd.2023.4827.1812>



© The Author(s).

Publisher: Razavi University of Islamic Sciences.



## مسئولیت مدنی بانک در مورد صندوق امانات

### مطالعه موردی: سرقت از بانک ملی شعبه دانشگاه شهر تهران

جعفر زنگنه شهرکی<sup>۱</sup> | سید مصطفی میلانی<sup>۲</sup>

۱. استادیار، گروه حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران. رایانامه: [dr.zanganeh@razavi.ac.ir](mailto:dr.zanganeh@razavi.ac.ir)
۲. نویسنده مسئول، دانشجوی دکتری، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران. رایانامه: [seyedmilani12@gmail.com](mailto:seyedmilani12@gmail.com)

#### چکیده

#### اطلاعات مقاله

از خدمات بانک‌ها به مشتریان ارائه صندوق امانات است. مسئولیت مدنی بانک در قبال ورود خسارت به دارایی مشتریان در این صندوق‌ها و حدود این مسئولیت، از مسائل جالب توجهی است که بعد از حادثه سرقت از صندوق امانات بانک ملی شعبه دانشگاه در ۱۳ خرداد ۱۴۰۱ در تهران، پژوهش درباره آن اهمیت بیشتری یافته است. این مسئولیت از جهات مختلف قابل تحلیل است. اولاً ماده ۳۵ قانون پولی و بانکی اصولاً بانک‌ها را در قبال زیان‌های ناشی از عملیات بانکی مسئول می‌داند. ثانیاً ماهیت حقوقی این صندوق‌ها محل اختلاف بوده که پذیرش هر دیدگاهی در حدود مسئولیت اثرگذار است. ثالثاً شرط عدم مسئولیت (ماده ۷ آیین‌نامه صندوق‌های اجاره‌ای بانک ملی) که قرارداد بر اساس آن به امضای مشتریان رسیده است. جستار حاضر با روش توصیفی-تحلیلی و با تأکید بر حادثه سرقت بانک ملی، سعی داشته تا مسئولیت بانک در قبال مال‌باختگان را از جنبه‌های مزبور ارزیابی کند. نتایج پژوهش حکایت دارد که بانک ملی از لحاظ حقوقی نسبت به حادثه یادشده، مسئول بوده و شرط عدم مسئولیت مقررشده در آیین‌نامه صندوق، به واسطه تقصیر سنگین بانک قابل استناد نیست.

نوع مقاله: علمی پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۷/۲۴

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۰۹/۲۸

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۵/۱۰

تاریخ انتشار آنلاین:

۱۴۰۲/۰۵/۲۳

کلیدواژه‌ها:

مسئولیت مدنی بانک، صندوق امانات، شرط عدم مسئولیت، تقصیر سنگین.



استناد: زنگنه شهرکی، جعفر؛ میلانی، سید مصطفی. (۱۴۰۳). مسئولیت مدنی بانک در مورد صندوق امانات، مطالعه موردی: سرقت از بانک ملی شعبه دانشگاه شهر تهران. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۶ (۳۰)، ۸۹-۱۱۱. <https://doi.org/10.30513/cjd.2023.4827.1812>



© نویسندگان.

ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

## مقدمه

به دنبال حادثه سرقت از صندوق امانات شعبه ۸۷ بانک ملی تهران در خرداد ۱۴۰۱ چالش‌های حقوقی مختلفی در این خصوص مطرح شده است. این سرقت در وضعیتی روی داد که فاصله شعبه مورد سرقت با کلاتری ۱۴۸ انقلاب، کمتر از ۲۰۰ متر بود و بانک نیز به سیستم امنیتی و هشداردهنده به رئیس شعبه، مجهز بوده است. با وجود این، سارقان توانسته‌اند به بانک وارد و محتویات ۱۶۹ صندوق امانت را برابند.

### ۱. ضرورت و اهمیت بحث

از مسائل مهم واقعه سرقت از صندوق بانک ملی، مسئولیت یا عدم مسئولیت بانک در قبال مال‌باختگان است. البته مسئولین بانک ملی برای حفظ حیثیت خود و اعتماد مردم اعلام کردند که خسارت مشتریان جبران خواهد شد، اما آنچه نیازمند پژوهش است بررسی موضوع از منظر فقهی و حقوقی است و بایسته است این مسئله پیگیری شود که آیا بانک مسئول جبران خسارت وارده به مشتریان می‌باشد و در فرضی که جواب مثبت باشد، مبنای جبران خسارت چیست. البته حل این مسئله چندان آسان نبوده و موضوع از جنبه‌های مختلف قابل بررسی است. اولاً در بند «ج» ماده ۳۵ قانون پولی و بانکی کشور آمده که «هر بانک در مقابل خساراتی که در اثر عملیات آن متوجه مشتریان می‌شود، مسئول و متعهد جبران خواهد بود». بر این اساس، اگر از نظر کارشناسی ثابت شود که ورود زیان به مشتری ناشی از عملیات بانکی بوده، بانک قطعاً در برابر مشتری زیان‌دیده مسئولیت دارد. حال باید دید که آیا سرقت از صندوق امانت مشمول مقررۀ مزبور می‌شود؟ ثانیاً با قطع نظر از ماده یادشده، مسئولیت حقوقی زمانی ایجاد می‌شود که تعهدی نقض شود، خواه آن تعهد، قراردادی باشد یا قانونی. بنابراین برای اظهار نظر در باب مسئولیت بانک باید ماهیت قرارداد صندوق و همچنین قواعد حقوقی حاکم بر آن بررسی شود. پذیرش هر رویکرد در تحقق یا عدم ثبوت مسئولیت بانک نقش دارد. از سوی دیگر، اگر فرضاً مسئولیت بانک ثابت شود، ولی بانک‌ها در خصوص صندوق امانات، قراردادهای یک‌طرفه‌ای به مشتریان خویش ارائه می‌کنند. در این وضعیت مشتریان بدون آن که بتوانند تغییری در مفاد قرارداد ایجاد کنند، برای بهره‌مندی از خدمت یادشده،

چاره‌ای جز امضای آن را ندارند. یکی از بندهای قرارداد یا آیین‌نامه صندوق امانت، شرط عدم مسئولیت در قبال خسارت‌های وارده به محتویات صندوق است. به‌عنوان نمونه، ماده ۹ آیین‌نامه اجاره صندوق‌های بانک ملی، به‌صراحت اعلام کرده که «بانک هیچ‌گونه مسئولیتی بابت رد محتویات صندوق مشتری و زیان‌های احتمالی وارده به آن ندارد»<sup>۱</sup> بر این اساس، بانک در میان شرایط ازپیش‌تعیین‌شده، هر نوع مسئولیت زیان‌های وارده به محتویات صندوق را از خود سلب کرده است. مشتریان نیز با امضای قرارداد، در واقع، مفاد این شرط را قبول کرده‌اند. لذا اعتبار و صحت چنین شرطی باید بررسی شود. پژوهش حاضر با روش توصیفی-تحلیلی به تحلیل موضوع از سه منظر فوق پرداخته تا مسئولیت بانک ملی نیز در حادثه خردادماه ۱۴۰۱ از لحاظ حقوقی روشن شود.

## ۲. پیشینه بحث

از نظر پیشینه، مقالاتی در ارتباط با موضوع نوشته شده که بیشتر ناظر به ماهیت حقوقی صندوق امانت است.<sup>۲</sup> ولی مسئولیت بانک راجع به خسارات وارده به مشتریان نه تنها خلأ قانونی دارد، بلکه در نوشته‌های حقوقی نیز تحلیل جامعی درباره آن دیده نمی‌شود. لذا ضرورت چنین تحلیلی به‌ویژه با بررسی موردی حادثه سرقت بانک ملی در سال ۱۴۰۱، حس می‌گردد.

در این پژوهش با لحاظ حادثه سرقت بانک ملی، مسئولیت بانک در قرارداد صندوق امانت با توجه به ماده ۳۵ قانون پولی و بانکی و با توجه به نظریات مختلف در مورد ماهیت حقوقی صندوق امانت، بحث شده و اعتبار شرط عدم مسئولیت در قراردادهای صندوق امانت بررسی گردیده است.

### ۱. مسئولیت بانک در قرارداد صندوق امانات با توجه به ماده ۳۵ قانون پولی و بانکی

1. [https://bmi.ir/fa/uploadedfiles/archivefiles/2024\\_02\\_27/317d5dda5f\\_1c6a873919.pdf](https://bmi.ir/fa/uploadedfiles/archivefiles/2024_02_27/317d5dda5f_1c6a873919.pdf)  
 ۲. در این خصوص می‌توان به مقاله «ماهیت حقوقی صندوق امانت» اشاره کرد که در همایش ملی علوم اسلامی حقوق و مدیریت در سال ۱۳۹۵ در ۵ صفحه ارائه شد و بیشتر به بیان نظریات پرداخته است. همچنین مقاله دیگری با عنوان «تحلیل عقد حفاظت در نظام حقوقی ایران با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه» (شماره ۳۷ نشریه پژوهش‌نامه حقوق اسلامی ۱۳۹۲) منتشر شده که در عین ارزشمند بودن، نسبت به خسارات وارده به محتویات صندوق و مسئولیت بانک تحلیلی ارائه نکرده است، به‌ویژه این که بانک‌ها در ضمن قرارداد، شرط عدم مسئولیت را به نفع خود و به ضرر مشتریان قید می‌کنند.

قاعده کلی مسئولیت بانک‌ها در بند «ج» ماده ۳۵ قانون پولی و بانکی کشور آمده که طبق آن «هر بانک در مقابل خساراتی که در اثر عملیات آن متوجه مشتریان می‌شود، مسئول و متعهد جبران خواهد بود». بر این اساس، اگر ثابت شود که ورود خسارت به مشتری ناشی از عملیات بانکی بوده، بانک قانوناً متعهد به جبران خسارت خواهد بود. این بند بدون هیچ قید و شرطی بانک را مسئول جبران خسارات دانسته و برخلاف قواعد عام مسئولیت مدنی هیچ سخنی از بی احتیاطی و عمد به میان نیاورده است. ماده یادشده مسئولیت بانک را مبتنی بر مسئولیت بدون تقصیر (محض) بیان کرده است (محقق داماد و مرادی، ۱۳۹۷، ص ۱۱۱). از این رو مشتری بانک با ثابت شدن سببیت عرفی بین زیان پدیدآمده و عملیات بانکی، مستحق دریافت خسارت خواهد بود. این ماده قانونی به نحو اطلاق، بانک را مسئول قرار داده و سخنی از دخالت کارمند یا شخص ثالث در ورود ضرر نیاورده، لذا استناد بانک به بی تقصیری خود یا حتی مقصر بودن کارمندش، او را از مسئولیت بری نمی‌کند (محقق داماد و مرادی، ۱۳۹۷، ص ۱۱۳). در این وضعیت، بانک ابتدا جبران خسارت نموده و بعد در صورت اثبات انتساب ضرر به کارمند یا شخص ثالث، علیه او طرح دعوا می‌نماید. در نتیجه، بانک در قبال مشتریان نسبت به زیان‌های ناشی از عملیات بانکی مسئول است.

بر اساس بند «ب» ماده ۳۰ همان قانون، تشخیص عملیات بانکی با شورای پول و اعتبار است. این شورا نیز مقررات ناظر به عملیات بانکی را در جلسه ۱۳۹۰/۱۰/۲۷ به تصویب رسانده که بر اساس بند ۷ ماده ۳ قبول و نگهداری امانات طلا و نقره و اشیای گران‌بها در صندوق امانات، در زمره عملیات بانکی محسوب شده است.<sup>۱</sup> به علاوه، بند ۱۴ ماده ۲ قانون عملیات بانکی بدون ربا نیز این را در زمره وظایف نظام بانکی تشریح کرده است.<sup>۲</sup> لذا اجاره صندوق امانات به مشتریان از مصادیق عملیات بانکی بوده و بانک‌ها به استناد بند «ج» ماده ۳۵ در قبال ورود هر گونه زیان به محتویات صندوق

---

۱. ماده ۳ مقرر می‌دارد که «چنانچه هر یک از فعالیت‌های زیر در چارچوب قوانین و مقررات مربوطه توسط بانک انجام شود، عملیات بانکی محسوب می‌گردد (۷-۳: قبول و نگهداری اشیای گران‌بها، اسناد و اوراق بهادار و اجاره صندوق امانات به مشتریان)».

۲. ماده ۲ قانون عملیات بانکی: «وظایف نظام بانکی عبارتند از ... ۱۴. قبول و نگهداری امانات طلا و نقره و اشیای گران‌بها و اوراق بهادار و اسناد رسمی از اشخاص حقیقی و حقوقی و اجاره صندوق امانات».

امانات، مسئول‌اند. در نتیجه، بانک ملی نیز نسبت به خسارت مال‌باختگان، مسئول تلقی شده و قانوناً مکلف به جبران است. با این حال، ماده یادشده در رویه قضایی فراموش شده است و در ادبیات حقوقی، کمتر از آن بهره برده می‌شود (میرشکاری، ۱۳۹۲، ص ۶۸). به نظر می‌رسد با لحاظ این که در خصوص مسئولیت بانک، قانون پولی و بانکی و نیز قوانین خاص دیگری<sup>۱</sup> وجود دارد که بر مسئولیت محض بانک دلالت دارند، استناد به قواعد عمومی مسئولیت مدنی (تئوری تقصیر) در موضوع بحث، موجه نمی‌باشد.

### ۳. مسئولیت مدنی بانک با توجه به ماهیت حقوقی صندوق امانت

از منظر قراردادی، بانک‌ها رابطه حقوقی خود با مشتری را عقد اجاره قلمداد می‌کنند و در قرارداد به صراحت تأکید می‌کنند که بانک هیچ گونه مسئولیتی راجع به محتویات صندوق و زیان‌های وارده به آن ندارد. بانک ملی در مقررات عمومی مربوط به این صندوق مقرر می‌دارد که «بانک ملی ایران صندوق اجاره‌ای با خصوصیات و شرایط مذکور در آیین‌نامه به مشتریان خود به‌اجاره واگذار می‌کند و هر شخص حقیقی یا حقوقی که مطابق قانون، اهلیت معامله داشته باشد، می‌تواند با رعایت مقررات مربوطه مبادرت به اجاره صندوق نماید». استدلال بانک ملی در تبصره ماده ۹ آیین‌نامه صندوق‌های اجاره‌ای این است که بانک و شرکت بیمه از محتویات صندوق که توسط مشتری اجاره‌کننده، در صندوق قرار داده شده، بی‌اطلاع می‌باشد. مضافاً به این که مراجعات مکرر مشتری به صندوق امکان‌پذیر است، لذا بیمه محتویات صندوق متعذر می‌باشد.<sup>۲</sup> بانک در این خدمت صرفاً محلی را به مشتری اجاره داده است و محتویات

۱. در این خصوص می‌توان به قانون حمایت از مصرف‌کننده مصوب ۱۳۸۸، اشاره کرد که در ماده ۱۶ آن تصریح شده است: «مسئولیت جبران خسارات وارده به مصرف‌کننده با تشخیص مرجع رسیدگی‌کننده به عهده شخص حقیقی یا حقوقی اعم از خصوصی و دولتی می‌باشد که موجب ورود خسارت و اضرار به مصرف‌کننده شده است». همچنین در ماده ۱۸ این قانون مقرر شده است: «چنانچه کالا یا خدمات عرضه‌شده توسط عرضه‌کنندگان کالا یا خدمات، معیوب باشد و به واسطه آن عیب، خساراتی به مصرف‌کننده وارد گردد، متخلف علاوه بر جبران خسارات، به پرداخت جزای نقدی حداکثر تا معادل چهار برابر خسارت محکوم خواهد شد». طبق این دو ماده، برای تحقق مسئولیت مدنی، صرف استناد خسارت به ارائه‌کننده خدمات و کالاها (از جمله بانک‌ها) و یا ناشی شدن خسارت از عیب موجود در خدمات و کالاها، کافی است و نیاز به اثبات تقصیر وجود ندارد.

۲. دلایلی که در آیین‌نامه بانک ملی در خصوص صندوق امانات، برای عدم امکان بیمه این صندوق‌ها مطرح شده،

صندوق، امانت محسوب نگردیده و مسئولیتی بابت رد امانت وجود نخواهد داشت.<sup>۱</sup> با این حال، از لحاظ حقوقی، توصیف رابطه قراردادی، با مقام قضایی است و توصیف طرفین قاطع محسوب نمی‌شود. دادگاه بر حسب مفاد تراضی طرفین و قواعد حقوقی، عنوان مناسب را تشخیص خواهد داد (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ج ۱، ص ۴). به طور کلی ۴ نظر در این باره قابل طرح است:

**دیدگاه اول:** قرارداد در قالب اجاره توصیف می‌شود. این دیدگاه معتقد است که قرارداد را نمی‌توان ودیعه عنوان کرد، زیرا عنصر اصلی ودیعه آن است که مالی به امین سپرده شده تا عهده‌دار نگهداری آن باشد، حال آن‌که محتوای صندوق امانت در اختیار مشتری بوده و به بانک سپرده نمی‌شود. مشتری قادر است اشیا را به میل خود، بدون این‌که بانک مطلع شود، کم و زیاد کند. بنابراین نمی‌توان بانک را متعهد به رد مالی دانست که در اختیار نداشته و از چند و چون آن بی‌اطلاع بوده است. لذا عقد واقع شده را باید اجاره فرض کرد و قواعد آن را حاکم بر روابط دو طرف دانست (Mazeaud, 1995, Vol. 3, N. 1507 به نقل از: کاتوزیان، ۱۳۹۲، ج ۴، ص ۳۰). بر اساس این دیدگاه، اصولاً

---

با توجه به رویه اخیر که بیمه مرکزی ایران مبنی بر امکان بیمه صندوق امانات بانک‌ها داشته، مخدوش شده است. بهروز بستگانی، معاون مدیر کل دفتر برنامه‌ریزی و امور فنی بیمه مرکزی، بعد از حادثه سرقت از بانک ملی، در گفت‌وگو با خبرگزاری ایسنا (شکری، ۲۴ مرداد ۱۴۰۱) اعلام نموده است که قبل از سرقت از بانک ملی، بیمه مرکزی نسبت به طراحی پوشش بیمه‌ای صندوق‌های امانت اجاره‌ای بانک‌ها اقدام کرده بوده است و لذا در سال ۱۳۹۸ برای اولین بار به شرکت بیمه خصوصی (بیمه «ما») و بعد در سال ۱۳۹۹ به شرکت بیمه پارسیان مجوز عرضه این پوشش بیمه‌ای ارائه شده است. مجوز این بیمه به بانک ملی نیز قبل از حادثه سرقت ارائه شده بوده، اما این بانک به دلایلی، از جمله نبود الزامات فنی مربوط، امکان صدور بیمه‌نامه نداشته است. نامبرده تصریح نموده در حال حاضر و بعد از حادثه سرقت از بانک ملی، بیمه مرکزی آمادگی دارد این امکان را برای تمام شرکت‌های بیمه متقاضی عرضه این پوشش بیمه‌ای فراهم آورد. در این بیمه‌نامه‌ها اصل محرمانگی رعایت می‌شود و متقاضیان خرید این پوشش بیمه‌ای بنابه مقررات بانک‌ها، اجباری به اعلام محتویات این صندوق‌ها در فرم پیشنهاد بیمه ندارند. شخص حقیقی اجاره‌کننده صندوق امانات اجاره‌ای می‌تواند این بیمه‌نامه را با تعهدات مدنظر خود برای مثال ۱۰۰، ۲۰۰، ۵۰۰ میلیون تومان و یا ارقام بالاتر از شرکت بیمه مربوط خریداری کند. هر سقفی که به‌عنوان سرمایه بیمه‌نامه، بیمه‌شده باشد، در زمان خسارت و وقوع خطرات تعیین شده و یا سرقت (با رعایت شرایط عمومی بیمه‌نامه) و ارزیابی صورت گرفته، مبنای پرداخت خسارت به اجاره‌کننده صندوق خواهد بود. مثلاً ممکن است بیمه‌نامه‌ای با سقف تعهد ۲۰۰ میلیون تومانی خریداری شده باشد که آنگاه شرکت بیمه هنگام وقوع خسارت، بعد از ارزیابی که انجام می‌دهد، در صورت محرز شدن وقوع خطرات تحت پوشش، بدون توجه به محتویات داخل صندوق، حداکثر تا میزان فوق به اجاره‌کننده صندوق پرداخت خواهد کرد.

1. [https://bmi.ir/fa/uploadedfiles/archivefiles/2024\\_02\\_27/317d5dda5f\\_1c6a873919.pdf](https://bmi.ir/fa/uploadedfiles/archivefiles/2024_02_27/317d5dda5f_1c6a873919.pdf)

مسئولیتی بر عهده بانک نیست، زیرا اموال مستأجر (محتویات صندوق) نزد موجر (بانک) امانت بوده و بر اساس قاعده فقهی «الْأَمِينُ لَا يَضْمَنُ إِلَّا مَعَ تَعَدُّی أَوْ تَفْرِیطِ» نمی‌توان در فرض عدم تقصیر، آن را مسئول دانست<sup>۱</sup> (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۹۱). طبق این مبنا حادثه خردادماه نیز این گونه تحلیل می‌شود که بانک ملی امین اموال مشتریان بوده است و بدون اثبات تعدی یا تفریط، مسئولیتی متوجه بانک ملی ایران نیست. این دیدگاه اشکال دارد، زیرا مشتریان بانک به دلیل اطمینان خاطری که نسبت به این صندوق‌ها دارند، اموال خود را به بانک‌ها می‌سپارند و گرنه مشتریان هرگز حاضر نمی‌شوند اموال خود را با تنظیم قراردادی که اصلاً حرفه‌ای نیست و بانک حفاظت از آن را به عهده نمی‌گیرد، تسلیم بانک نمایند (سنه‌وری، بی‌تا، ص ۳۶، به نقل از: سعادت مصطفوی و تاتاری، ۱۳۹۲، ص ۱۰۷).

**دیدگاه دوم:** قرارداد مزبور جزء عقد ودیعه بوده، ولی با ودیعه مرسوم تفاوت دارد (سنه‌وری، ۱۹۵۸، ج ۶، ص ۱۶). طبق این دیدگاه، هدف اصلی از عقد ودیعه سپردن مالی به دیگری به منظور نگهداری بوده و در قرارداد مزبور نیز مهم‌ترین هدف از قرارداد، حفاظت از اموال مشتری بوده و بایستی پذیرفت که آنچه واقع شده به ودیعه شباهت نزدیک‌تری دارد؛ البته ودیعه‌ای خاص که در آن، مال مورد امانت به طور کامل در اختیار امین قرار نمی‌گیرد و در عین حال که مالک در آن تصرف می‌کند، امین نیز مأمور نگهداری است. به دلیل همین ویژگی‌ها برخی از نویسندگان فرانسوی، آن را در زمره قرارداد ویژه‌ای به نام «عقد حفاظت» قرار می‌دهند (به نقل از: کاتوزیان، ۱۳۹۲، ج ۴، ص ۲۹). طبق این دیدگاه، مسئولیت بانک نیز منوط به احراز تقصیر در وظیفه نگهداری و مراقبت است. بانک به عنوان امین مردم، تعهد به حفاظت از محتویات صندوق نموده و در ارتباط با حوادث خارج از اراده خویش، مسئولیتی ندارد. در حادثه خرداد، اگر ثابت شود که

۱. از حدیث «لیس علی الیمین إلا الیمین» استفاده می‌شود وقتی ابادی بر مال غیر مستقر می‌گردد، چنانچه بر حسب موازین، امین محسوب گردند، علی‌رغم اصل ضمان ید، ضامن محسوب نمی‌شوند و ذو الید در قبال مالک در فرض تلف مال مورد تصرف، البته تحت شرایطی، ضامن خسارت نیست و چنانچه صاحب مال در دادگاه علیه او طرح دعوا کند، فقط در صورتی می‌تواند حکم به نفع خود بگیرد که تعدی و تفریط شخص را ثابت کند. به تعبیر دیگر، بار اثبات تعدی و تفریط، به عهده مدعی یعنی صاحب مال است و اگر نتواند ادعای خود را ثابت کند، با سوگند متصرف مبنی بر عدم تعدی و تفریط، حکم به برائت ذمه او صادر خواهد شد (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۹۲).



بانک ملی در انجام وظیفه خود مبنی بر مراقبت و نگهداری کوتاهی کرده و تدابیر امنیتی لازم را اعمال نکرده است، بی‌تردید در قبال مال‌باختگان مسئولیت خواهد داشت.

دیدگاه سوم: قرارداد از عقود مختلط است، یعنی قرارداد مزبور مخلوطی از دو عقد اجاره و ودیعه بوده که در یک عملیات اقتصادی و بانکی ادغام شده است. به بیان دیگر، هر دو عقد ودیعه و اجاره در این عمل حقوقی نقش دارند. در حقیقت اجاره صندوق، مقدمه امانت گذاشتن آن است و هدف اساسی استفاده از تعهد ایمنی بانک در حفاظت از صندوق و اموال داخل آن است (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ج ۱، ص ۳۵۵). بر این اساس، ابتدا طرفین نسبت به واگذاری منفعت صندوق، توافق می‌نمایند، به نحوی که بانک منفعت صندوق را تماماً به مستأجر تملیک می‌کند و در مقابل آن، از مشتری اجرت دریافت می‌کند. پس از آن، مستأجر صندوق (مشتری)، آن را نزد موجر صندوق (بانک) به امانت می‌گذارد. اشکالی ممکن است به دیدگاه فوق وارد آید که عدم آگاهی بانک از محتوای صندوق مانع از تحقق و اجرای قواعد امانت است. لذا قرارداد مذکور مخلوطی از ودیعه با اجاره نیست. در جواب این اشکال گفته شده که مستأجر محتوای صندوق را با قطع نظر از چند وجوه اشیا درون آن و به‌عنوان یک مجموعه و کل به ودیعه می‌سپارد، مانند ودیعه‌ای که در ماده ۶۱۸ قانون مدنی<sup>۱</sup> به آن اشاره شده است<sup>۲</sup> (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ج ۴، ص ۳۰). به عقیده بعضی از صاحب‌نظران، تحلیل یادشده با مبانی حقوق ایران سازگارتر است، زیرا نه اجاره صندوق را می‌توان نادیده گرفت، نه تعهد اضافی که بانک در حفاظت از آن بر عهده می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ج ۴، ص ۳۰). وفق این دیدگاه، برای تعیین قواعد حاکم بر چنین عقدی باید بررسی کرد که این عقد به کدام جنبه (ودیعه بودن یا اجاره) نزدیکی بیشتری می‌یابد و هدف طرفین با مقتضای کدام عقد ارتباط بیشتری دارد.<sup>۳</sup>

۱. به موجب این ماده، «اگر مال ودیعه در جعبه سر بسته یا پاکت مختم به امین سپرده شده باشد حق ندارد آن را باز کند و الا ضامن است».

۲. ممکن است ایراد شود که وفق ماده ۶۰۹، ودیعه‌گذار باید مالک مال مورد ودیعه باشد، حال آن‌که در عقد ودیعه مشتری مالک صندوق نیست تا بتواند آن را نزد بانک به امانت بگذارد. در جواب گفته شده است که درست است که به طور معمول، مالک برای نگهداری مال خویش آن را به دیگری می‌سپارد، ولی هیچ منعی وجود ندارد که شخص غیر مالک نیز در مواردی چنین اقدامی را بنماید، از جمله این‌که امین برای حفاظت بیشتر از مالی که به او سپرده شده است، آن را به امانت دیگری بسپارد (مصطفوی و تاتاری، ۱۳۹۲، ص ۱۱۷).

۳. به عقیده دکتر کاتوزیان، جنبه ودیعه بودن غالب است (نک: کاتوزیان، ۱۳۹۸، ج ۱، ص ۳۵۵).

بر این اساس، در صورت اعمال قواعد ودیعه، مسئولیت بانک همانند دیدگاه دوم خواهد بود، یعنی چنانچه بانک در حفاظت از اشیای داخل صندوق تقصیر نماید، مسئول شناخته می‌شود.

دیدگاه چهارم: قرارداد مزبور عقدی نامعین و از توافقات خصوصی مذکور در ماده ۱۰ قانون مدنی است. در واقع، بانک خدمت خاصی به مشتری ارائه می‌دهد و مشتری نیز از این بابت مبلغی به بانک می‌پردازد. به عبارت دیگر، بانک در ازای مبلغی که مشتری طبق قرارداد پرداخت می‌کند، موظف به محافظت از محتویات صندوق خواهد بود (مهرعلی‌زاده و مقدم، ۱۳۹۵، ص ۵). قرارداد مزبور نظر به اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی (ماده ۱۰ قانون مدنی) معتبر و تابع قواعد عمومی قراردادها خواهد بود (مصطفوی و تاتاری، ۱۳۹۲، ص ۱۱۷). طبق این دیدگاه، چنانچه بانک در تعهدش مبنی بر حفاظت کوتاهی ورزیده و تدابیر حفاظتی لازم را به منظور پیشگیری از حوادث زیان‌بار، پیش‌بینی ننموده باشد و از این رهگذر خساراتی به صندوق و اموال داخل آن وارد آید، بی‌تردید مسئول است و به جبران خسارت محکوم خواهد شد.

دیدگاه چهارم صحیح‌تر به نظر می‌رسد، زیرا اولاً اجاره خواندن این قرارداد، خلاف مقصود و مقتضای اساسی عقد است، چون هدف از انشای قرارداد، نگهداری از اموال و اشیای مشتری است. ثانیاً قرارداد، یک ودیعه معمولی نیست، بلکه برخلاف ودیعه مرسوم، مال مورد امانت به طور کامل در اختیار امین قرار نمی‌گیرد و بانک در عین تصرفات مشتری، مأمور به نگهداری است. ثالثاً اگر هم مخلوطی از اجاره و ودیعه فرض شود، در مواردی نمی‌توان به طور قطع مشخص کرد که قواعد کدام عقد اعمال شود. در نتیجه، اشکالی وجود ندارد که این قرارداد به‌عنوان مصداقی از قراردادهای خصوصی ماده ۱۰ ق.م.تلقی شود. در واقع، بانک خدمت ویژه‌ای را در اختیار مشتریانش قرار می‌دهد که در آن بانک به‌عنوان مکانی امن فرض شده تا در قبال دریافت مبلغی (حق‌الحفاظه) از محتویات صندوق‌های مزبور حفاظت نماید. این خدمت بانک به مشتریان، تأسیس جدیدی است که با توجه به ماده ۱۰ ق.م. صحیح و معتبر تلقی می‌شود. خلاصه آن‌که بانک نسبت به حفاظت از اموال موجود در صندوق مسئولیت دارد و چنانچه در این زمینه کوتاهی و تفریط نماید، مسئول است و باید خسارات وارده را جبران نماید. به‌علاوه، بند

«ج» ماده ۳۵ قانون پولی و بانکی نیز، بار مسئولیت بانک را سنگین تر کرده و اثبات عدم تقصیر بانک را نیز برای معافیت از مسئولیت کافی ندانسته است. بر این اساس، بانک در مقابل تمام خساراتی که بر اثر عملیات آن متوجه مشتریان می شود، مسئول تلقی می شود، مگر این که ثابت شود که ورود خسارت، به طور کلی مستند به عاملی خارجی (قوة قاهره) است.<sup>۱</sup>

اگر این اشکال مطرح گردد که وقتی قرارداد بین بانک و مشتری در خصوص صندوق امانات به عنوان اجاره بسته می شود، این که عقدی غیر از اجاره را مراد طرفین بدانیم، خلاف قاعده «العقود تابعة للقصد» رفتار کرده ایم؛ پاسخ این است که در فقه اسلامی و حقوق ایران بنیان عقد، فقط اراده باطنی است. اگر اراده باطنی طرفین با یکدیگر موافق باشد، ولی طرفین در انتقال مقصود خود تعبیر اشتباهی را به کار برده باشند، عقد محکوم به صحت است. در مقام تفسیر قرارداد نیز دادگاه باید به قصد واقعی دو طرف بیش از معانی ادبی و عرفی عباراتی که به کار برده اند، توجه کند (در این باره نک. کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۲۲۷).

### ۳-۱. شرط عدم مسئولیت و تأثیر آن در مسئولیت بانک

قراردادهای بانکی، الحاقی محسوب می شوند.<sup>۲</sup> به بیان دیگر، قراردادی است که بانک تمام مفاد آن را از پیش تعیین کرده و اختیار مشتری، محدود به امضا یا عدم امضای آن است. غالباً متعاملین سعی می کنند تا میزان مسئولیت خود را به حداقل رسانده و خود را از آثار عدم اجرای قرارداد برهانند. این خواسته با درج شرط مسئولیت در قرارداد محقق می شود (نکوبی، ۱۳۸۹، ص ۵۲). از این رو در اغلب بانکها یکی از مفاد اجاره صندوقها شرط عدم مسئولیت بانک<sup>۳</sup> در قبال خسارت های وارده به محتویات داخل صندوق است.

---

۱. طبق بند «ج» ماده ۳۵ قانون پولی و بانکی، مسئولیت بانک مبتنی بر نظریه خطر است. بنابراین اثبات عدم تقصیر نیز رافع مسئولیت بانک نیست.

۲. ماده ۲۳ قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار مصوب ۱۳۹۰، همه دستگاه های اجرایی را ملزم کرده تا قراردادهای خود را عادلانه کنند و تبصره این ماده، بانک مرکزی را مشمول این حکم قرار داد و مقرر شد تا بانک مرکزی به منظور عادلانه شدن معاملات بانکی، مبادرت به تهیه قراردادهای الحاقی نماید (حمیدی؛ سلطانی، ۱۳۹۹، ص ۲۰۲).

۳. شرط عدم مسئولیت، در واقع، قراردادی است که میان مسئول و زیان دیده احتمالی آینده منعقد می شود و به موجب آن، مسئول از پرداختن تمام خسارت معاف می گردد (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ص ۷۱۸). در جایی که شخص به

مثلاً ماده ۹ آیین‌نامه اجاره صندوق‌های بانک ملی به صراحت اعلام کرده است که «بانک هیچ گونه مسئولیتی راجع به محتویات صندوق و زیان‌های وارده به آن ندارد»<sup>۱</sup>. نمونه دیگر از شرط عدم مسئولیت در قرارداد صندوق امانت این است که «بانک در قبال هر گونه سوءاستفاده ناشی از فقدان کلید یا کارت استفاده از صندوق امانات مسئولیتی ندارد»<sup>۲</sup>.

شرط عدم مسئولیت اختصاص به بانک‌های دولتی ندارد. در بانک‌های خصوصی هم آیین‌نامه‌های مشابهی وجود دارد. از جمله در ماده ۵ آیین‌نامه ایجاد و واگذاری صندوق امانات بانک ایران‌زمین، تصریح شده است که «بانک هیچ گونه مسئولیتی راجع به محتویات صندوق و زیان‌های وارده به آن ندارد»<sup>۳</sup>.

به هر حال، اگرچه بانک‌ها بر اساس ماده ۳۵ قانون پولی و بانکی با تخلف از تعهد به حفاظت، مسئول تلقی می‌شوند، لکن به استناد شرط عدم مسئولیت از جبران زیان‌های وارده معاف خواهند شد. بر این اساس، می‌توان مدعی شد که بانک ملی در حادثه خردادماه به استناد ماده ۷ آیین‌نامه اجاره صندوق بانک ملی، هیچ گونه مسئولیتی نداشته و از لحاظ حقوقی موظف به جبران خسارت نبوده است. ولی اعتبار شرط یادشده مورد خدشه و اشکال واقع شده است. در ادامه، به تفکیک، صحت و بطلان شرط عدم مسئولیت را واکاوی می‌نماییم.

### ۲-۲. اعتبار شرط عدم مسئولیت

در فقه اسلامی، عناوینی مانند «شرط عدم ضمان» (مقدس اردبیلی، ۱۴۱۲، ص ۳۷۴)، «شرط براءت از ضمان» (حکیم، بی‌تا، ج ۱۲، ص ۲۲۱) و... به کار رفته که بیانگر معنای شرط عدم

---

طور قانونی مسئول جبران خسارت است، به وسیله شرط عدم مسئولیت، تمام مسئولیت ناشی از عدم اجرای قرارداد یا سوء اجرای آن پیش از بروز تخلف از بین می‌رود. توافق مزبور ممکن است به صورت شرط در ضمن عقد اصلی انجام گیرد یا این که چنین توافقی به صورت مستقل بعد از انعقاد قرارداد صورت پذیرد (روستا سکه‌روانی و همکاران، ۱۳۹۸، ص ۷۱).

1. [https://bmi.ir/fa/uploadedfiles/archivefiles/2024\\_02\\_27/317d5dda5f\\_1c6a873919.pdf](https://bmi.ir/fa/uploadedfiles/archivefiles/2024_02_27/317d5dda5f_1c6a873919.pdf)
2. <http://bor91.blogfa.com/?p=3>
3. <https://eghtesadepooya.ir/?p=28988>

مسئولیت است. از ادله‌ای مانند اصل اباحه<sup>۱</sup> و قاعده شروط<sup>۲</sup>، صحت<sup>۳</sup> و اقدام<sup>۴</sup> می‌توان بر صحت چنین شرط و همچنین عقد حاوی چنین شرطی استدلال کرد (واهی و موسویان، ۱۳۹۹، ص ۱۶). به علاوه، اصل آزادی قراردادی که در ماده ۱۰ ق.م مورد اشاره قرار گرفته، به صحت چنین شرطی دلالت دارد. قواعد راجع به مسئولیت، از قوانین تکمیلی بوده و امری نیستند، لذا توافق برخلاف آن‌ها صحیح است (صفایی، ۱۳۵۱، ج ۲، ص ۵۶۱). بر این اساس، متعاقدین می‌توانند در ارتباط با خسارات، توافقات خصوصی نموده و با درج شرط عدم مسئولیت در قرارداد، از متعهد یا مشروط‌علیه بابت خسارت‌های احتمالی رفع مسئولیت کنند. چنین توافقی مخالفی بانظم عمومی نیز ندارد، زیرا در مواردی که هدف قانون فقط حفظ منافع شخصی افراد باشد، آن قاعده تکمیلی محسوب می‌شود و می‌توان برخلاف آن توافق کرد.

### ۳-۳. ایرادات شرط عدم مسئولیت بانک و پاسخ به آن‌ها

اعتبار شرط عدم مسئولیت به طور کلی و همچنین به نحو خاص، در ارتباط با قرارداد صندوق، با ایراداتی مواجه است. در ذیل، برخی از ایرادات و پاسخ به آن‌ها را بررسی می‌کنیم.

#### ۳-۳-۱. ایراد اول: خلاف مقتضای قرارداد بودن شرط عدم مسئولیت

اگر شرط عدم مسئولیت در قرارداد مندرج شود، تعهد قراردادی جوهر خودش را از دست داده و به صورت امری اختیاری در خواهد آمد و در نتیجه، مفاد شرط، خلاف مقتضای

---

۱. بر اساس این اصل، در صورت نبود الزام صریح بر منع، اصل بر مباح بودن هر نوع تصرف است، مگر این که شارع به روشنی در مورد خاصی، استفاده از چیزی را منع کرده باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۷، ج ۱، ص ۱۹۷).

۲. به موجب قاعده «المؤمنون عند شروطهم»، مؤمنان موظف و مکلف شده‌اند که به قراردادهای و شروطشان وفا کنند. در این راستا برخی فقها در اثبات صحت شرط عدم مسئولیت، به قاعده شروط استناد کرده‌اند. مثلاً مقدس اردبیلی می‌فرماید که شرط عدم ضمان در عاریه مضمونه موجب سقوط ضمان می‌شود به جهت عمل به شرط (مقدس اردبیلی، ۱۴۱۲، ص ۳۷۴).

۳. زمانی که در صحت قرارداد یا شروط مندرج در آن شک حاصل شود، اصل صحت، حکم به درست بودن آن می‌کند. بنابراین، اگر در صحت شرط عدم مسئولیت شک حاصل شود، بنابر اصل مذکور، محکوم به صحت است (واهی و موسویان، ۱۳۹۹، ص ۱۷).

۴. معنای قاعده آن است که هر کس با علم و قصد و رضایت ضرری را بپذیرد، خودش باید آن ضرر را تحمل کند. بنابه قاعده اقدام، وقتی متعهدله با اراده و رضایت خویش متعهد را از مسئولیت معاف می‌کند، در اینجا چنین شرطی به لحاظ اقدام او مشروع و موجه است.

عقد می‌شود. شرط خلاف مقتضای عقد نه تنها باطل است، بلکه بطلان قرارداد را نیز به دنبال خواهد داشت (به نقل از کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۳۱۹). بر این اساس، شرط عدم مسئولیت در قراردادهای صندوق امانت سبب اختیاری شدن تعهد به حفاظت از سوی بانک‌ها خواهد شد. چنین شرطی با التزام بانک به نگهداری و مراقبت در تضاد است و منجر به بطلان قرارداد صندوق امانت خواهد شد. طبق این دیدگاه، در حادثه خرداد، بانک ملی به استناد شرط عدم مسئولیت (ماده ۷ آیین‌نامه صندوق اجاره‌ای)، از مسئولیت معاف نبوده است، زیرا اساساً ماده ۷ آیین‌نامه متضمن یک شرط باطل است که قرارداد را نیز منتفی می‌کند. لذا می‌توان در مقام دفاع از مشتریان مال‌باخته مدعی شد که اساساً قرارداد منعقد شده میان بانک ملی و مشتریان باطل بوده است.<sup>۱</sup> در چنین حالتی، قرارداد مصداق مقبوض به عقد فاسد است و ید بانک ضمانتی می‌شود، و در نتیجه، نسبت به تمام خسارات وارده به مشتریان، ضامن خواهد بود.

اشکال فوق وارد نیست، زیرا شرط یادشده خلاف مقتضای قرارداد محسوب نمی‌شود. جوهر اصلی قرارداد آن است که بانک از اموال مشتریان حفاظت کند. تحقق همین انگیزه است که هر گاه از قرارداد گرفته شود، مقتضای این رابطه حقوقی را دگرگون می‌سازد (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ج ۴، ص ۶۳). پس نمی‌توان ادعا کرد که چنین شرطی با مقتضای قرارداد صندوق امانت منافات دارد، زیرا در واقع، بانک تعهد به حفاظت دارد، ولی شرط کرده که نسبت به حوادث خارجی یا خطاهای سبک و کم اهمیت و ... مسئولیتی نداشته باشد. در ادامه اشاره خواهد شد که شرط مزبور در جایی مانع مسئولیت است که متعهد در ورود خسارت، تعمد یا سهل‌انگاری فاحش (تقصیر سنگین) نداشته باشد. بنابراین، اگر حادثه خارجی یا احیاناً خطا یا مورد مشتبهی رخ دهد و منتهی به ورود خسارت شود، بانک می‌تواند به شرط عدم مسئولیت استناد کند.

### ۳-۳-۲. ایراد دوم: مصداق «إبراء ما لم یجب» بودن شرط عدم مسئولیت

به عقیده برخی از حقوق‌دانان، اثر چنین شرطی به منزله مبرا ساختن از دینی است که هنوز

۱. البته چنین شرطی از دیدگاه بانک‌ها که چنین قراردادی را اجاره توصیف می‌کنند، صحیح تلقی می‌شود، چون در این صورت، مقتضای قرارداد، حفاظت و مراقبت نخواهد بود. لکن سابقاً بیان شد که اجاره فرض کردن قرارداد، مخالف با قصد متعاقدين است و از سوی دیگر، توصیف طرفین از قرارداد همیشه قاطع نیست.

محقق نشده است. لذا «إبراء ما لم یجب» است و ضمان ساقط نمی‌شود (امامی، ۱۳۸۴، ص ۱۷۲). بر اساس این مبنا، همان‌گونه که ابراء نسبت به تعهد احتمالی آینده معقول نیست، شرط سلب مسئولیت نیز به دلیل موجود نبودن دین در هنگام ابراء، قابل اسقاط نیست.

به عقیده برخی از اساتید، اشکال فوق صحیح نیست و شرط عدم مسئولیت، ابراء محسوب نمی‌شود. از دیدگاه آن‌ها «شرط عدم ضمان اقدامی برای تغییر علت است نه از بین بردن معلول» (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ج ۴، ص ۶۳). در واقع، قاعده فوق در جایی اعمال می‌شود که سبب دین هم به وجود نیامده باشد؛ ولی اسقاط دینی که سبب آن ایجاد شده صحیح است، هرچند هنوز آن دین به مرحله فعلیت نرسیده باشد (شهیدی، ۱۳۷۷، ص ۴۳). در شرط عدم مسئولیت هرچند هنوز دینی ایجاد نشده، ولی سبب دین که همان قرارداد است محقق شده و همین مقدار در جهت توافق بر اسقاط دین کافی است.

### ۳-۳-۳. ایراد سوم: تحمیلی بودن شرط عدم مسئولیت

به طور معمول، در امور حرفه‌ای، شخص متعهد معمولاً طرف قوی است و اماره تخلف، موجب مسئولیت مدنی اوست مگر آن‌که بتواند فورس‌ماژور را به اثبات برساند (حاجی‌نوری، ۱۳۹۷، ص ۵۰). ایراد شرط عدم مسئولیت به نفع بانک، به این جهت است که مشتری طرف ضعیف قرارداد واقع می‌شود. توضیح آن‌که عملیات صندوق امانات از قراردادهای الحاقی است، لذا مشتری برای این‌که بتواند از این خدمت بانک بهره‌مند شود باید به تمامی شروطی که بانک در قرارداد تعیین کرده، تن دهد. در اینجا قانون‌گذار موظف است تا نقش حمایتی خود را در حمایت از مشتریان بانک اعمال نموده و به این ترتیب، شروط تحمیلی بانک‌ها را محدود و مضیق نماید. در این راستا در قراردادهای صندوق امانت، قانون‌گذار باید با هدف حمایت از مشتریان بانک، شرط عدم مسئولیت را باطل تلقی کند (واهبی و موسویان، ۱۳۹۹، ص ۱۶).

به نظر می‌رسد این ایراد قابل اعتنا نیست، زیرا این شرط اساساً بر اساس توافق طرفین و تراضی آن‌ها صورت گرفته و تحمیلی تلقی کردن آن بی‌معناست. نتیجه آن‌که درج شرط عدم مسئولیت به نفع بانک، معتبر و قابل استناد است. هرچند بانک تعهد به حفاظت

اشیای داخل در صندوق را بر عهده گرفته است، ولی شرط عدم مسئولیت باعث خواهد شد که اگر محتویات صندوق به عللی مانند آتش‌سوزی و سرقت آسیب بینند یا از بین بروند بانک مسئولیت نداشته باشد.

### ۳-۴. استثنائات شرط عدم مسئولیت

با توجه به مطالب فوق، شرط عدم مسئولیت، از لحاظ حقوقی معتبر است. با این حال، سوءاستفاده‌های احتمالی یک طرف قرارداد از شرط عدم مسئولیت به ضرر طرف مقابل، باعث شده است که قانون‌گذار و دادگاه‌ها تلاش‌هایی را در راستای نفی یا محدود کردن آثار آن به عمل آورند (نکوبی، ۱۳۹۳، ص ۲۷۲). به این منظور استثنائاتی برای آن در نظر گرفته شده که جنبه امری داشته و توافق برخلاف آن‌ها به جهت بازگشت به نظم عمومی جامعه، باطل است. لذا استناد بانک به شرط عدم مسئولیت، مطلق نیست و در موارد ذیل، منجر به معافیت بانک نخواهد شد:

### ۳-۴-۱. مستثنا شدن تقصیر عمدی بانک

تقصیر از لحاظ وجود سوءنیت به دو دسته عمدی و غیرعمدی تقسیم می‌شود. در صورتی که تقصیر به قصد اضرار<sup>۱</sup> و تحقق نتیجه نامشروع (سوءنیت) رخ داده باشد، عمدی محسوب می‌شود (دیانی و عشق‌پور، ۱۳۹۵، ص ۸۰). با تکیه بر موازین حقوقی، هیچ کس نمی‌تواند با نقض عمدی و رفتار آگاهانه و ارادی و به قصد حصول نتیجه (ورود خسارت)، به دیگری ضرر و زیان مالی یا غیرمالی وارد کند و با استناد به شرط عدم مسئولیت در قراردادها از زیر بار جبران ضرر و زیان وارده شانه خالی کند (نکوبی، ۱۳۹۳، ص ۲۵۷). بنابراین در صورت عمدی بودن خسارت، شرط عدم مسئولیت، باطل است. مبنای این حکم اولاً مغایرت با قانون و نظم عمومی است، زیرا نوع شرط، زمینه را آماده می‌کند که شخص به راحتی و به طور عمد با ریشه و اصل قانون جامعه مخالفت ورزد و از این جهت، اعتماد در معاملات متزلزل شود (دیانی و عشق‌پور، ۱۳۹۵، ص ۸۸). ثانیاً هر گاه

---

۱. البته در مواردی که متعهد با اراده از اجرای تعهد سر باز می‌زند و می‌داند از رفتار او به متعهدله زیان خواهد رسید، هرچند که ایراد زیان را نخواسته، ولی باز هم تقصیر عمدی صادق است. بنابراین صرف آگاهی متعهد به زیان وارده به متعهدله در تحقق سوءنیت کافی است (صفایی، ۱۳۶۴، ص ۱۸۳).



متعهد مسئول تقصیر عمدی خود نباشد، در واقع، اجرای قرارداد بستگی به میل و تصمیم یک‌جانبه او خواهد داشت و به تعبیر دیگر، او آزاد خواهد بود قرارداد را اجرا کند یا نکند و این گونه شرط با طبیعت قرارداد ناسازگار است (صفایی، ۱۳۶۴، ص ۱۶۸). به بیان دیگر، طرفین قرارداد همه شروط را بر این مبنا می‌پذیرند که در رفتار خود با یکدیگر حسن نیت را رعایت کنند و از حيله و تقلب پرهیزند. این بنای ضمنی، قید تراضی درباره شرط عدم مسئولیت نیز به شمار می‌آید و تجاوز به عمد را از شمول آن خارج می‌کند (نکویی، ۱۳۹۳، ص ۲۵۷). تشخیص تقصیر عمدی، به صورت شخصی صورت می‌گیرد، به این معنا که در هر مورد باید وضعیت درونی و روانی هر شخص بدون این که با یک فرد نوعی مقایسه شود، به طور مجزا بررسی گردد (صفایی، ۱۳۶۴، ص ۱۷۲). در قرارداد صندوق امانت، اگر بانک عمداً اقدامات حفاظتی لازم را اعمال نکند و از این رهگذر، اموال و اسناد مشتریان مورد سرقت یا آتش‌سوزی و... واقع شود، بانک مکلف به جبران خسارت است. در اینجا بانک نمی‌تواند با استناد به شرط عدم مسئولیت از بار مسئولیت شانه خالی کند، چون تعهد به مراقبت را عمداً نقض کرده است.

### ۳-۴-۲. مستثنا شدن تقصیر سنگین بانک

تقصیر سنگین<sup>۱</sup> برخلاف عمدی، ارادی نبوده و فاقد سوءنیت است. تقصیر سنگین اشتباه و غفلت فاحش و نابخشودنی است. به بیان دیگر، این نوع تقصیر مظهر عدم مهارت یا غفلت شدید در حد شگفت می‌باشد؛ نه قصد اضرار هست و نه خباثت، ولی آن‌چنان بی‌مبالاتی وجود دارد که گویی کاری عمداً انجام گرفته است (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۵، ص ۱۵۸). در تقصیر سنگین، بررسی و تشخیص، جنبه نوعی داشته و رفتار متخلف با رفتار انسان متوسط مقایسه می‌شود (صفایی، ۱۳۶۴، ص ۱۷۲). درباره علت الحاق حکم تقصیر سنگین به تقصیر عمدی چنین استدلال شده است: اگر تقصیر سنگین در حکم عمدی

---

۱. در حقوق قدیم فرانسه در زمینه قراردادها، تقصیر غیرعمدی را به سه گونه تقسیم می‌کردند: «تقصیر سنگین»، «تقصیر سبک» و «تقصیر بسیار سبک». تقصیر سبک: در آن شخص با احتیاط متوسط مرتکب آن نمی‌شود. تقصیر بسیار سبک: شخص بسیار محتاط و آگاه مرتکب آن نمی‌شود. البته این تقسیم‌بندی در قرن هجدهم مورد انتقاد شدید واقع شد و در واقع، تفاوت میان تقصیر «سبک» با «خیلی سبک» از میان رفت، ولی فرق میان تقصیر «سنگین» و «سبک» باقی ماند (نک: صفایی و رحیمی، ۱۳۹۵، ص ۱۵۹).

نباشد، ممکن است متعهد عمداً قرارداد را نقض کند و چون اثبات عمد به جهت درونی بودن، امری دشوار است، لذا از مسئولیت معاف می‌گردد. الحاق تقصیر سنگین به عمدی مانع از آن است که شخص دارای سوءنیت خود را به نادانی بزند و در پناه شرط عدم مسئولیت، از جبران خسارت معاف بماند (صفایی، ۱۳۶۴، ص ۱۶۸). این مبنا در حقوق فرانسه و آرای دادگاه‌های آن منعکس گردیده است.<sup>۱</sup> در حقوق ایران، چنین رویکردی به عنوان قاعده عام مطرح نشده است، ولی قوانین موضوعه و آرای قضایی دلالت بر تفکیک تقصیر سنگین از سبک و الحاق آن به تقصیر عمدی دارد. برای نمونه، ماده ۳۹۱ قانون تجارت<sup>۲</sup> به «تقصیر عمده» اشاره کرده که به عقیده حقوق دانان، از آن به تقصیر سنگین یاد شده است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۲۰۵؛ صفایی، ۱۳۹۲، ص ۲۲). در ماده ۲۹۰ ق.م.ا نیز انجام کاری که نوعاً موجب جنایت باشد، در حکم عمد به شمار آمده، هرچند قصد ارتکاب آن جنایت هم وجود نداشته باشد و به این ترتیب، تقصیر سنگین در حکم عمد محسوب شده است (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۵، ص ۱۵۹). در رویه قضایی نیز در رأی شعبه ۱۸۲ دادگاه عمومی تهران (۱۳۹۱) در ارتباط با اجاره انبار جهت حفاظت یک سری کالا چنین آمده است: «... در متن قرارداد فی مابین اصحاب پرونده همان طوری که وکلای خوانده نیز به آن اشاره نموده، شرطی با مفهوم عدم مسئولیت برای موجر علی‌الخصوص در مواقع حریق و آتش‌سوزی قید شده است، ولی به نظر این دادگاه، استناد خوانده به این شرط در قبال ادعای خسارت خواهان نمی‌تواند موجه و مؤثر در مقام باشد، زیرا شرط عدم مسئولیت زمانی است که تقصیر عمدی یا در حکم عمدی مرتکب در قضیه دخیل نباشد، درحالی که به دلالت نظرات کارشناسی... خوانده به جهت سهل‌انگاری و عدم رعایت مقررات ایمنی و پیشگیری از حریق به وجود آمده، به میزان پنجاه درصد در وقوع حادثه مقصر بوده...»<sup>۳</sup>. طبق رأی مزبور، انبارداری کاری تخصصی است که تدابیر ایمنی خاصی را ایجاب می‌نماید و فقدان این تدابیر نوعی تقصیر سنگین یا

۱ مثلاً تحویل کالا از سوی متصدی حمل و نقل به شخص ثالثی که سمت لازم جهت دریافت آن را ندارد، تقصیر سنگین محسوب شده است (صفایی، ۱۳۶۴، ۱۸۷).

۲. ماده ۳۹۱ ق.ت.م.ا دارد: «اگر مال‌التجاره بدون هیچ قیدی قبول و کرایه آن تأدیه شود، دیگر بر علیه متصدی حمل و نقل دعوی پذیرفته نخواهد شد، مگر در مورد تالیس یا تقصیر عمده».

3. <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Attribute/187>

به تعبیر دادگاه، در حکم عمدی به شمار می‌آید. لذا دادگاه استدلال وکلای خواننده به شرط عدم مسئولیت را به استناد این که در پرونده تقصیر عمدی یا در حکم عمدی (سنگین) اتفاق افتاده، پذیرفته است.

بنابر مراتب فوق، در قرارداد صندوق امانت، بانک تعهد به حفاظت از محتویات صندوق‌ها داشته و باید تدابیر ایمنی لازم را پیش‌بینی کند، وگرنه مرتکب تقصیر سنگین شده و شرط عدم مسئولیت شامل آن نمی‌شود. توضیح آن که تعهد بانک به حفاظت، اقتضا دارد که تدابیر مراقبتی لازم را اعمال کند، لذا نمی‌توان غفلت و کوتاهی از آن را تقصیر سبک تلقی کرد. در واقع، این نوع کوتاهی با توجه به ماهیت تعهد، عرفاً تقصیری سنگین و نابخشودنی تلقی می‌شود. در نتیجه، شرط عدم مسئولیت شامل آن نمی‌شود و بانک نمی‌تواند با اتکای به آن از جبران خسارت مال‌باختگان شانه خالی کند. در جریان سرقت از صندوق‌های بانک ملی تهران (شعبه دانشگاه) حسب اظهارات پلیس امنیت، ساختمان بانک به اندازه کافی ایمن نبوده و قفل‌هایی ساده در حد ساختمانی ساده در ورودی به کار گرفته شده بوده است (بینام، ۲۱ خرداد ۱۴۰۱؛ خبرگزاری مهر، ۲۱ خرداد ۱۴۰۱). همچنین ارتباط سامانه امنیتی بانک با پلیس برقرار نبوده است (روزنامه اعتماد، ۱۴۰۱، ص ۱۱؛ خبرگزاری صداوسیما، ۲۱ خرداد ۱۴۰۱؛ بینام، ۲۱ خرداد ۱۴۰۱). بنابه اظهارات پلیس، اگر سامانه امنیتی یادشده وصل بود، حداکثر ۵ تا ۱۰ دقیقه طول می‌کشید تا پلیس به محل برسد، اما این سامانه به پلیس وصل نبوده و سارقین ۱۳ ساعت داخل بانک بودند (خبرگزاری مهر، ۲۱ خرداد ۱۴۰۱). گزارش‌ها حاکی است که ابتدایی‌ترین امکانات ایمنی نیز برای بانک به کار گرفته نشده و پلیس از یک ماه قبل به بانک ملی درباره ضعف‌های امنیتی شعبه دانشگاه اخطار داده، ولی متأسفانه هیچ کدام رعایت نشده است (درویشی، ۲۰ خرداد ۱۴۰۱). بی‌تردید سهل‌انگاری‌های مزبور نه تنها تقصیر بوده، بلکه نمی‌توان آن را سبک یا قابل اغماض تلقی کرد. شایان ذکر است که سیستم امنیتی بانک به رئیس شعبه پیام هشدار ارسال کرده، ولی رئیس شعبه به بهانه این که پیش‌تر این هشدارها به شکل اشتباه و با خطا برای او ارسال شده بود، فکر کرده که این بار هم اشتباهی رخ داده و این هشدارها را نادیده گرفته است (خبرگزاری تابناک، ۱۶ خرداد ۱۴۰۱؛ پایگاه خبرآنلاین، ۱۷ خرداد ۱۴۰۱). این گونه مسامحه و بی‌مبالاتی بانک به عنوان یک نهاد مورد اعتماد مردم، تقصیر سنگین و غیر قابل اغماض به

نظر می‌آید. در نتیجه، از لحاظ حقوقی نمی‌توان بانک ملی را به استناد شرط عدم مسئولیت (مذکور در ماده ۷ آیین‌نامه صندوق) معاف از مسئولیت مدنی دانست.

### نتیجه‌گیری و پیشنهاد

۱. هرچند بانک ملی در پی حادثه سرقت صندوق امانات در خرداد ۱۴۰۱، برای حفظ اعتماد مشتریانانش اعلام کرد که خسارات مال‌باختگان جبران خواهد شد، لکن مسئولیت مدنی بانک ملی در این حادثه از لحاظ حقوقی نیز قابل اثبات می‌باشد.

۲. بند «ج» ماده ۳۵ قانون پولی و بانکی، بانک‌ها را نسبت به خسارات ناشی از عملیات بانکی مسئول شناخته است. شورای پول و اعتبار نیز به‌عنوان مرجع تعیین‌کننده عملیات بانکی، صندوق‌های امانت را مصداقی از عملیات بانکی تلقی کرده و نتیجتاً بانک‌ها در صورت ورود خسارت به محتویات صندوق، مسئولیت مدنی دارند. بانک ملی نیز بر اساس ماده یادشده در حادثه خردادماه مسئول تلقی می‌شود. لکن ماده مذکور به‌عنوان مبنای مسئولیت محض بانک‌ها در رویه قضایی کشور مورد غفلت واقع شده است.

۳. با قطع نظر از ماده یادشده، مسئولیت بانک به ماهیت قرارداد صندوق امانت گره خورده است. در این راستا دیدگاه‌های مختلفی (اجاره، ودیعه، مختلط، توافق خصوصی) در این باره مطرح شده، ولی به نظر می‌رسد که دیدگاه چهارم مبنی بر توافقی خصوصی (ماده ۱۰ ق.م) فاقد اشکال است و بر سایر دیدگاه‌ها برتری دارد.

۴. طبق دیدگاه برگزیده (توافق خصوصی مبتنی بر ماده ۱۰ ق.م)، بانک تعهد به حفاظت از صندوق‌ها را داشته و مشتری نیز مبلغ معینی بابت این خدمت به بانک می‌دهد. لذا مسئولیت بانک چنین تحلیل می‌شود که هر گونه غفلت در حفاظت اموال صندوق، نقض تعهد محسوب شده و در فرض ورود ضرر، بانک مسئولیت خواهد داشت. البته بانک‌ها به منظور رهایی از مسئولیت‌های احتمالی، شرط عدم مسئولیت را در مفاد قرارداد صندوق قید می‌کنند. با این حال، ثابت شد که وجود شرط یادشده رافع مسئولیت بانک در صورت تقصیر عمدی و سنگین نمی‌شود.

۵. گزارش‌ها از حادثه سرقت صندوق امانات بانک ملی حکایت دارد که بانک ملی

مراقبت‌های ایمنی لازم را اعمال نکرده و تقصیر سنگین و غیر قابل اغماضی را مرتکب شده و ماده ۷ آیین‌نامه صندوق‌های اجاره بانک ملی نیز به جهت تقصیر سنگین بانک در جریان سرقت، قابل استناد نبوده و بانک بر مبنای قاعده عمومی در بند «ج» ماده ۳۵ قانون پولی و بانکی یا به جهت نقض تعهد به حفاظت (ماده ۱۰ ق.م.)، از لحاظ حقوقی مسئول فرض می‌شود.

۶. پیشنهاد می‌گردد در جهت برطرف کردن نقایص موجود در مقررات صندوق امانات بانک‌ها در خصوص خسارات وارد بر مشتریان، ناشی از حوادثی مثل سرقت و ...، بانک مرکزی در آیین‌نامه‌ای خطاب به بانک‌ها، بر مسئولیت مدنی بانک‌ها در فرض تقصیر در نگهداری از صندوق امانت تأکید کند و همه بانک‌ها را ملزم نماید تا امکان بیمه صندوق امانات را برای همه مشتریان فراهم آورد.

### فهرست منابع

۱. آیین‌نامه صندوق‌های اجاره‌ای بانک ملی. دسترسی پذیر در: [https://bmi.ir/fa/uploadedfiles/archivefiles/2024\\_02\\_27/317d5dda5f1c6a873919.pdf](https://bmi.ir/fa/uploadedfiles/archivefiles/2024_02_27/317d5dda5f1c6a873919.pdf)
۲. بینام، امیرطاهما (خبرنگار). (۲۱ خرداد ۱۴۰۱). جزئیات جدید از سرقت صندوق امانات بانک ملی / انتقاد از وضعیت امنیت شعبه بانک. خبرگزاری ایسنا. [isna.ir/xdLNLJ](https://isna.ir/xdLNLJ)
۳. پایگاه اطلاع‌رسانی تابناک. (۱۶ خرداد ۱۴۰۱). جزئیات سرقت از صندوق امانات شعبه بانک ملی. <https://www.tabnak.ir/004i7A>
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۵۷ش). دائرةالمعارف حقوق مدنی تجارت. تهران: چاپخانه مشعل آزادی.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۸ش). الفارق: دائرةالمعارف عمومی حقوق. ج ۲، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۶. حاجی نوری، غلامرضا. (۱۳۹۷ش). معیارهای تشخیص انتساب زیان به مهندسان ذی‌ربط ساختمان: با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه. فقه و حقوق اسلامی، ۹(۱۷)، ص ۳۳-۵۵. <https://doi.org/10.22034/law.2018.8994>
۷. حکیم، سید محسن. (بی‌تا). مستمسک العروة الوثقی. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۸. حمدی، حسین؛ و سلطانی، میلاد. (۱۳۹۹ش). سنجش قراردادهای الحاقی عملیات بانکی با قاعده عدالت و ممنوعیت ربا. اقتصاد و بانکداری اسلامی، ۹(۳۰)، ۲۱۸-۲۰۱.
۹. خبرگزاری صداوسیما (۲۱ خرداد ۱۴۰۱). ضعف سیستم ایمنی بانک پلیس را دیر از سرقت بانک ملی مطلع کرد. خبرگزاری صداوسیما. <https://www.iribnews.ir/00EZFx>

۱۰. خبرگزاری مهر (۲۱ خرداد ۱۴۰۱). سردار قنبری تشریح کرد: ناگفته‌های سرقت بانک ملی / عدم رعایت ابتدایی‌ترین نکات ایمنی. خبرگزاری مهر. [mehrnews.com/xXRmT](http://mehrnews.com/xXRmT)
۱۱. خبرگزاری خبرآنلاین (۱۷ خرداد ۱۴۰۱). اطلاعیه بانک ملی در خصوص جبران اموال مسروقه. خبرآنلاین. [khabaronline.ir/xhWzZ](http://khabaronline.ir/xhWzZ)
۱۲. دادگاه عمومی تهران (۱۳۹۱ش). عنوان: «تقصیر سنگین شرط عدم مسئولیت». (رای شعبه ۱۸۲، به شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۷۰۱۰۰۷۳۱ مورخ ۱۳۹۱/۶/۲۰). [/https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/187](https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/187)
۱۳. درویشی، یوسف (خبرنگار). (۲۰ خرداد ۱۴۰۱). رئیس پلیس پایتخت: بخش اعظم اموال مسروقه مردم از بانک ملی کشف شد. خبرگزاری جمهوری اسلامی (ایرنا). [www.irna.ir/xjJFKy](http://www.irna.ir/xjJFKy)
۱۴. دیانی، عبدالرسول؛ و عشق‌پور، منصور. (۱۳۹۵ش). مراتب تقصیر در حقوق مسئولیت مدنی ایران و آثار مترتب بر آن. کانون وکلای دادگستری اردبیل، ش ۲، ۷۹-۹۸.
۱۵. روزنامه اعتماد (۲۱ خرداد ۱۴۰۱). سارقان صندوق امانات بانک ملی ۴۸ ساعته دستگیر شدند؛ بخش اعظمی از اموال مردم تاکنون کشف شده است. روزنامه اعتماد، (ص ۱۱). <https://B2n.ir/m29652>
۱۶. روستا سکه‌روانی، محمدجواد؛ طبایی، مهشیدسادات؛ امینی، منصور؛ جمالی، جعفر. (۱۳۹۸ش). بررسی شرط عدم مسئولیت بیمه‌گر در قراردادهای بیمه مسئولیت پزشکان و پیراپزشکان. حقوق پزشکی، ۱۳(۴۹)، ۶۵-۸۵.
۱۷. سعادت مصطفوی، سید مصطفی؛ و ناتاری، محمد مهدی. (۱۳۹۲ش). تحلیل عقد حفاظت در نظام حقوقی ایران با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه. پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، ۱۴(۳۷)، ۱۰۱-۱۲۸. <https://doi.org/10.30497/law.2013.1490>
۱۸. سنهوری، عبدالرزاق احمد. (۱۹۵۸م). عقد الایجار. بیروت: انتشارات محمد الدایه.
۱۹. شکر، زهرا، (خبرنگار). (۲۴ مرداد ۱۴۰۱ش). شرایط بیمه صندوق امانات اجاره‌ای بانک‌ها اعلام شد. خبرگزاری ایسنا. بازایی شده از: [isna.ir/xdMcPy](http://isna.ir/xdMcPy)
۲۰. شهیدی، مهدی. (۱۳۷۷ش). سقوط تعهدات. تهران: نشر حقوق‌دان.
۲۱. عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی). (۱۳۷۵ش). الروضة البهیه فی شرح اللعنة الدمشقیه. قم: اسماعیلیان.
۲۲. صفایی، سید حسین؛ و رحیمی، حبیب‌الله. (۱۳۹۵ش). مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد). تهران: سمت.
۲۳. صفایی، سید حسین. (۱۳۹۲ش). تأثیر تقصیر عمدی یا سنگین در شرط عدم مسئولیت. فصلنامه رأی، ۲(۳)، ۷-۲۴. <https://doi.org/10.22106/jcr.2013.21517>
۲۴. صفایی، سید حسین. (۱۳۶۴ش). مفهوم تقصیر سنگین در ارتباط با شرایط عدم مسئولیت. مجله حقوقی بین‌المللی، ۴(۴)، ۱۷۵-۲۱۹. <https://doi.org/10.22066/cilamag.1985.18451>
۲۵. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۲ش). الزام‌های خارج از قرارداد ضمان قهری. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

۲۶. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۸ش). عقود معین، (جلد ۱). تهران: گنج دانش.
۲۷. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۲ش). عقود معین، (جلد ۴). تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۸. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۰ش). قواعد عمومی قراردادها، (جلد ۱). تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۹. محقق داماد، سید مصطفی؛ و مرادی، یاسر. (۱۳۹۷ش). تحلیل مسئولیت بانکها در قبال مشتریان؛ موانع و راهکارها. اقتصاد اسلامی، ۱۸(۷۲)، ۹۵-۱۲۰.
۳۰. محقق داماد، سید مصطفی. (۱۴۰۶ق). قواعد فقه. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۱. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۱۲ق). مجمع الفائده و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۳۲. مهرعلی زاده، محمدفاضل؛ و مقدم، عیسی. (۱۳۹۵ش). ماهیت حقوقی صندوق امانت. در: نخستین همایش ملی علوم اسلامی حقوق و مدیریت. قم. دسترس پذیر در: <https://civilica.com/doc/534353>
۳۳. میرشکاری، عباس. (۱۳۹۲ش). مسئولیت مدنی بانکها. فصلنامه رأی، ۲(۲)، ۵۹-۷۰. <https://doi.org/10.22106/jcr.2013.21510>
۳۴. نجفی، محمدحسن. (۱۳۶۲ق). جواهر الکلام، (جلد ۳۹). بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۳۵. نکویی، محمد. (۱۳۸۹ش). ماهیت شرط عدم مسئولیت در حقوق ایران و انگلیس. تحقیقات حقوقی، ۱۳(۲)، ۵۱-۷۶.
۳۶. نکویی، محمد. (۱۳۹۳ش). مصادیق بطلان شرط عدم مسئولیت (مطالعه تطبیقی). مطالعات حقوق خصوصی، ۴۴(۲)، ۲۵۳-۲۷۳. <https://doi.org/10.22059/jlq.2014.51867>
۳۷. واهبی، اسماعیل؛ و ربانی موسویان، سید علی. (۱۳۹۹ش). شرط عدم مسئولیت قراردادی مهندس ناظر از دیدگاه فقه و حقوق موضوعه. حقوق اسلامی، ۱۷(۶۶)، ۱۵۳-۱۸۱.
38. Mazeaud, H., Mazeaud, L., & Mazeaud, J. (1995). *Leçons de Droit Civil* (7th ed., Vol. 3). Paris: Editions Montchrestien.







## A Jurisprudential and Legal Reassessment of Waiving the Right of Pre-emption Before Sale by the Person Exercising the Right

Muḥammad ‘Alī Sa‘īdī<sup>1</sup>✉<sup>ID</sup>, Mahdī Mīrī<sup>2</sup><sup>ID</sup>, Farzānih Karamī<sup>3</sup><sup>ID</sup>,  
Ḥujjat Pūlādīn Ṭarqī<sup>4</sup>

1. Corresponding Author, Assistant Professor, Department of Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran. Email: [saeedi.ma@razavi.ac.ir](mailto:saeedi.ma@razavi.ac.ir)
2. PhD Graduate in Private Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran. Email: [mirimahdi276@gmail.com](mailto:mirimahdi276@gmail.com)
3. PhD Graduate in Private Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran. Email: [F\\_karami91@yahoo.com](mailto:F_karami91@yahoo.com)
4. PhD Student in Private Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran. Email: [hojjatpooladin1371@gmail.com](mailto:hojjatpooladin1371@gmail.com)

### Article Info

#### Article type:

Research Article

#### Article history:

Received 14 August 2022

Received in revised form  
31 January 2023

Accepted 15 February  
2023

Available online 19  
August 2023

#### Keywords:

Right of pre-emption,  
Waiver, Person  
exercising the right,  
Abandonment.



### ABSTRACT

In Imāmiyya jurisprudence, there are three different views regarding the possibility of waiving the right of pre-emption before the sale (Arabic: إسقاط حق الشفعة قبل البيع, Romanized: 'Isqāt ḥaqq al-shuf'ah qabl al-bay'). The majority of jurists do not accept waiving the right of pre-emption before the sale; however, some jurists accept it, and others offer a detailed view. The Civil Code remains silent on this issue. Despite disagreements, legal doctrine generally accepts the waiving of the right of pre-emption before the sale by relying on the broad interpretation of Article 822 of the Civil Code and deriving the legal principle from Article 448. Judicial practice also confirms this matter. In this study, the various perspectives in Imāmiyya jurisprudence and statutory law are evaluated using a descriptive-analytical method. The conclusion reached is that, from a jurisprudential and legal standpoint, if the person exercising the right of pre-emption (Arabic: شفيع, Romanized: shfi') offers to sell to their partner or offers a third party the option to buy the partner's share on the condition that they waive their right, their right is considered waived, as their declaration indicates an abandonment of the right of pre-emption. However, if the person rejects the offer to buy the partner's share, the mere rejection does not indicate an abandonment of the right of pre-emption. Instead, it may be a strategic consideration of the advantages and disadvantages of employing the right in the future, given the market conditions.

Cite this article: Sa'īdī, M., A.; Mīrī, M.; Karamī, F.; Pūlādīn Ṭarqī, H. (2024). A Jurisprudential and Legal Reassessment of Waiving the Right of Pre-emption Before Sale by the Person Exercising the Right. *Civil Jurisprudence Doctrines*, 16 (30), 113-135.

<https://doi.org/10.30513/cjd.2023.4704.1792>





## بازپژوهی فقهی - حقوقی اسقاط حق شفعه قبل از بیع توسط شفیع

محمدعلی سعیدی<sup>1</sup> | مهدی میری<sup>2</sup> | فرزانه کریمی<sup>3</sup> | حجت پولادین طرقی<sup>4</sup>

1. نویسنده مسئول، استادیار، گروه حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران، رایانامه: saeedi.ma@razavi.ac.ir
2. دانش‌آموخته دکتری، گروه حقوق خصوصی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران. رایانامه: mirimahdi276@gmail.com
3. دانش‌آموخته دکتری، گروه حقوق خصوصی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران. رایانامه: F\_karami91@yahoo.com
4. دانشجوی دکتری، گروه حقوق خصوصی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران. رایانامه: hojjatpooladin1371@gmail.com

### چکیده

### اطلاعات مقاله

در فقه امامیه نسبت به امکان اسقاط حق شفعه قبل از بیع سه دیدگاه مختلف وجود دارد: مشهور فقها اسقاط حق شفعه قبل از بیع را نپذیرفته‌اند، برخی از فقها آن را پذیرفته و برخی هم قائل به تفصیل شده‌اند. قانون مدنی نسبت به این مسئله سکوت اختیار کرده است. دکترین حقوقی علی‌رغم اختلاف، عمدتاً سقوط حق شفعه قبل از بیع را با تکیه بر اطلاق ماده ۸۲۲ قانون مدنی و اخذ وحدت ملاک از ماده ۴۴۸ پذیرفته است. رویه قضائی نیز این مسئله را تأیید می‌کند. در این پژوهش دیدگاه‌های مختلف در فقه امامیه و حقوق موضوعه با روش توصیفی - تحلیلی ارزیابی شده و این نتیجه به دست آمده است که به لحاظ فقهی - حقوقی، در جایی که شفیع به شریک خود پیشنهاد فروش بدهد یا به شخص ثالث پیشنهاد خرید سهم شریک را بدهد با این قید که از اعمال حق شفعه خود صرف‌نظر نماید، حق او ساقط می‌گردد، چراکه اعلام او دلالت بر اعراض از حق شفعه دارد. اما در جایی که شفیع پیشنهاد خرید سهم شریک را رد نماید، صرف رد پیشنهاد، دلالت بر اعراض شفیع از حق شفعه ندارد، بلکه احتمال دارد با توجه به اوضاع حاکم بر بازار، ابزاری برای در نظر گرفتن سود و زیان استفاده یا عدم استفاده از حق شفعه در آینده باشد.

نوع مقاله: علمی پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۵/۲۳

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۱۱/۱۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۲۶

تاریخ انتشار آنلاین:

۱۴۰۲/۰۵/۲۸

کلیدواژه‌ها:

حق شفعه، اسقاط، شفیع، اعراض.



**استناد:** سعیدی، محمدعلی؛ میری، مهدی؛ کریمی، فرزانه؛ پولادین طرقی، حجت. (۱۴۰۳). بازپژوهی فقهی - حقوقی اسقاط

حق شفعه قبل از بیع توسط شفیع. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۶ (۳۰)، ۱۱۳-۱۳۵.

<https://doi.org/10.30513/cjd.2023.4704.1792>

ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.



© نویسندگان.

## مقدمه

حق شفعه حقی مالی است. در خصوص امکان اسقاط این حق، ماده ۸۲۲ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «حق شفعه قابل اسقاط است، اسقاط به هر چیزی که دلالت بر صرف نظر کردن از حق مزبور نماید واقع می‌شود». بنابراین شفیع می‌تواند حق خود را ساقط نماید. برای اسقاط این حق سه طریق متصور است: اسقاط به نحو صریح، اسقاط به نحو ضمنی، اسقاط قبل از بیع.

موضوع این پژوهش ناظر به طریق سوم یعنی اسقاط حق قبل از بیع است. سؤال محوری این است که اگر یکی از شرکا تصمیم خود را مبنی بر انصراف از حق شفعه، به شریک خود قبل از بیع اطلاع دهد یا صرف نظر کردن از حق خود را به مشتری قبل از خرید اعلام کند یا در صورتی که شریک پیشنهاد خرید به او داده، آن را رد نماید، آیا در این موارد، پس از بیع سهم مشاع، حق شفعه ساقط می‌شود یا خیر؟

با توجه به تغییر و تحولات جامعه کنونی و اهمیت و نقش تعیین‌کننده آن در مسائل فقهی و حقوقی، این مسئله نیازمند بازنگری است و شایسته است به‌طور منسجم و نظام‌مند بررسی گردد.

در میان آثار پژوهشی موجود، گرچه منابعی یافت می‌شود، اما غالباً به‌صورت مختصر، آن‌هم به ابعاد خاصی از موضوع اشاره کرده‌اند، از جمله، در پایان‌نامه «حق شفعه و شرایط آن در حقوق مدنی ایران و فقه امامیه» (معلم، ۱۳۷۷)، پس از بیان کلیات و شرایط ایجاد حق شفعه، به‌اجمال برخی از مصادیق زوال حق شفعه بررسی شده است. همچنین در دو پایان‌نامه «زوال حق شفعه از منظر فقه امامیه و قانون مدنی» (عباس‌پور، ۱۳۹۷) و «زوال شفعه در فقه امامیه و حقوق ایران» (پورکریمی دارنجانی، ۱۳۹۷)، زوال حق شفعه به دو صورت اختیاری و قهری مطلقاً (چه قبل از بیع و چه بعد از بیع) بررسی گردیده است.

اما مقاله حاضر در مقام یافتن پاسخ جامع، ابتدا به احصاء ادله و مبانی فقهی مسئله مطروحه، به شکل استدلالی و تحلیلی پرداخته است. سپس در این مسئله موضع قانون مدنی و دکتین حقوقی تحلیل و بررسی شده تا ضمن استفاده قضات و محاکم از تحلیل ارائه‌شده، بتواند راه‌گشای قانون‌گذار در وضع مقرراتی جامع و یکپارچه گردد و

چالش‌های حقوقی مطرح در این زمینه را پاسخ گو باشد.

### ۱. دیدگاه‌ها و مبانی موجود در فقه امامیه

نسبت به امکان یا عدم امکان اسقاط حق شفعه قبل از بیع، در میان فقها چند دیدگاه وجود دارد. در ذیل، دیدگاه‌های مطرح در این باره تبیین و تحلیل می‌شود.

#### ۱-۱. دیدگاه عدم سقوط حق شفعه

بسیاری از فقها معتقدند امکان اسقاط حق شفعه قبل از بیع به واسطه صرف نظر کردن شفیع از حق خود یا رد پیشنهاد شریک، منتفی است، لذا فتوا به عدم سقوط حق شفعه می‌دهند (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۱۴۰؛ حلبی، ۱۴۱۷، ص ۲۳۲؛ ابن‌ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۳۹۳؛ حلبی (علامه)، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۲۵۸؛ حلبی (علامه) «الف»، ۱۴۱۳، ج ۵، ص ۳۵۰؛ حلبی (علامه)، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۲۵۷؛ ۱۴۲۰، ج ۴، ص ۵۹۱؛ ۱۴۱۱، ص ۱۰۴؛ ۱۴۱۴، ج ۱۲، ص ۳۲۶-۳۲۷؛ حلبی (مقداد)، ۱۴۰۴، ج ۴، ص ۹۳-۹۴؛ عاملی (محقق ثانی)، ۱۴۱۴، ج ۶، ص ۴۴۰؛ عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۳، ج ۱۲، ص ۳۶۱-۳۶۲؛ سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۵۴۹؛ فیض کاشانی، بی‌تا، ج ۳، ص ۸۰؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۰، ص ۳۳۱؛ سبزواری، بی‌تا، ص ۳۰۰). برخی عدم سقوط حق شفعه قبل از بیع را به واقع نزدیک‌تر دانسته‌اند (حلبی (فخرالمحققین)، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۲۱۸). عده‌ای عدم سقوط حق شفعه قبل از بیع را در جایی که قرینه بر اسقاط حق شفیع بعد از آن وجود داشته باشد، ثابت دانسته‌اند (خویی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۷۸؛ تبریزی، ۱۴۲۶، ج ۲، ص ۸۵؛ وحید خراسانی، ۱۴۲۸، ج ۳، ص ۹۱).

#### ۱-۱-۱. تبیین دلایل

این دسته از فقها برای اثبات دیدگاه خود به دلایلی تمسک کرده‌اند، از جمله:

##### ۱-۱-۱-۱. اجماع

برخی معتقدند امامیه اجماع دارند حق شفعه از مسائل مخصوص امامیه است که ساقط نمی‌شود، مگر در صورتی که شفیع نسبت به سقوط حق شفعه خود، تصریح نماید (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸، ج ۱۴، ص ۹۶؛ سید مرتضی، ۱۴۱۵، ص ۴۵۴ و ۴۵۶).

#### ۱-۱-۱-۲. عدم تحقق شفعه قبل از بیع (اسقاط ما لم یجب)

دلیل دیگری که به آن تمسک شده این است که قبل از بیع، حق شفعه به وجود نمی‌آید تا

قابلیت اسقاط را داشته باشد. حق شفعه با بیع به وجود می‌آید، بنابراین در صورتی که شفیع قبل از بیع، از حق خود گذشت کند، نسبت به چیزی گذشت صورت گرفته است که مالک و مستحق نبوده است، مانند اجازه وارث نسبت به وصیت مازاد بر ثلث قبل از فوت موصی، یا ابراء طلب، زمانی که هنوز در ذمه شخص ایجاد نگردیده است، یا اسقاط مهریه قبل از ازدواج. در همه این صور، عمل حقوقی مزبور تأثیری ندارد. بنابراین با فروخته شدن سهم شریک، حق شفعه ایجاد می‌شود (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۱۴۰؛ ابن‌ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۳۹۳؛ حلی (محقق)، ۱۴۰۸، ج ۳، ص ۲۱۱؛ حلی (علامه) «الف»، ۱۴۱۳، ج ۵، ص ۳۵۰؛ حلی (فخرالمحققین)، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۲۱۸؛ عاملی (محقق ثانی)، ۱۴۱۴، ج ۶، ص ۴۴۰؛ عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۳، ج ۱۲، ص ۳۶۱؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۰، ص ۳۳۱؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲، ج ۱۸، ص ۳۶۵).

### ۱-۱-۳. تمسک به عمومات شفعه

مطابق عمومات شفعه،<sup>۱</sup> ایجاد حق شفعه، پس از بیع سهم یکی از شرکاست و قبل از بیع حقی برای شفیع ایجاد نگردیده است تا بخواهد از آن صرف نظر کند یا به نحوی آن را اسقاط نماید (عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۳، ج ۱۲، ص ۳۶۱؛ عاملی (محقق ثانی)، ۱۴۱۴، ج ۶، ص ۴۴۰؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۰، ص ۳۳۱؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸، ج ۱۴، ص ۹۶).

### ۱-۱-۲. تحلیل و بررسی دلایل

دلایل مذکور دلالت بر عدم سقوط حق شفعه قبل از بیع ندارند. عنوان اجماع در دلیل اول، به جهت بیان جواز تأخیر در اخذ به شفعه است، در مقابل دیدگاهی که اخذ به شفعه توسط شفیع را فوری می‌داند، به این بیان که حق اخذ به شفعه تا زمان عفو توسط شفیع، امکان‌پذیر است. شاهد بر این ادعا قسمتی از کلام سید مرتضی است که سقوط حق شفعه را صرفاً با تصریح به اسقاط توسط شفیع می‌پذیرد (سید مرتضی، ۱۴۱۵، ص ۴۵۴؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۷، ص ۴۳۲). بر فرض، اگر ارتباط اجماع مزبور با مسئله مورد نزاع پذیرفته شود، با نظر بسیاری از فقها اعم از متقدمان و متأخران و معاصران که قائل به

۱. یونس عن بعض رجاله عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن الشفعة لمن هي وفي أي شيء هي ولمن تَصْلُحُ وَهَلْ تَكُونُ فِي الْحَيَوَانِ شَفْعَةً وَكَيْفَ هِيَ؟ فَقَالَ: الشُّفْعَةُ جَائِزَةٌ فِي كُلِّ شَيْءٍ مِنْ حَيَوَانٍ أَوْ أَرْضٍ أَوْ مَتَاعٍ إِذَا كَانَ الشَّيْءُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ لَا غَيْرَهُمَا فَتَبَاعَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ فَشَرِيكُهُ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ وَإِنْ زَادَ عَلَى الْاِثْنَيْنِ فَلَا شَفْعَةَ لِأَحَدٍ مِنْهُمُ» (كليني، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۲۸۱).

امکان اسقاط حق شفعه قبل از بیع‌اند، در تنافی است.

در دلیل دوم، اگر مقصود از عدم تحقق حق شفعه، انشا و ایجاد حق شفعه قبل از تحقق متعلق آن (بیع) باشد، بی تردید حق شفعه ساقط نمی‌گردد و تصور تأثیر انشا قبل از تحقق متعلق، در فرض نبود دلیل شرعی، امری باطل است. اما اگر مقصود از عدم تحقق حق شفعه، اذن شفیع به شریک (بایع) باشد که قابلیت دوام و استمرار از جهت فعلی و حکمی را تا زمان اتمام عقد دارد (تا زمانی که عمل منافی با اذن انجام نداده باشد)، ظهور در استمرار اذن دارد و حکم به صحت بیع می‌شود و در این صورت، اسقاط امری صحیح است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۷، ص ۴۳۰-۴۳۲).

در توجیه صحت اسقاط می‌توان افزود: مقتضی حق شفعه که شراکت دو شریک قبل از بیع است، وجود دارد، لذا شریک می‌تواند حق شفعه را اسقاط نماید، چراکه در جایی که مقتضی تحقق حقی وجود داشته باشد، ولی به جهتی، به مرحله فعلیت خارجی نرسد، اطلاق اسقاط مقتضا (حق شفعه) صحیح می‌باشد و از لحاظ عرفی، امکان اسقاط حق شفعه قبل از بیع وجود دارد (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۱۸، ص ۱۵۶).

به‌علاوه، در اسقاط حق شفعه قبل از بیع، شفیع حق خود را به صورت معلق بر بیع اسقاط می‌نماید و این تعلیق، مضر و مانع در نفوذ اسقاط نیست، زیرا مانعیت نفوذ در تعلیقی است که مفهوم انشاء بر آن معلق شود، یعنی ایجاد ماهیت حقوقی، معلق بر آن گردد، درحالی که اسقاط حق شفعه قبل از بیع و امثال آن مانند ابراء چیزی که احتمال اشتغال ذمه شخص به آن را می‌دهد یا طلاق که زوجیت در آن مشکوک باشد، تعلیق در انشا نیستند، بلکه در این موارد، تعلیق در منشأ صورت گرفته است، لذا اظهر صحت سقوط حق شفعه قبل از بیع است (حسینی روحانی، ۱۴۱۲، ج ۱۸، ص ۳۶۵-۳۶۶).

در دلیل سوم، اولاً عمومات شفعه، نسبت به امکان اسقاط حق شفعه و عدم امکان آن قبل از بیع و به طور کلی، مُسقطات حق شفعه، دلالتی ندارند، بلکه در مقام بیان چستی و چگونگی ثبوت حق شفعه برای شریک‌اند. ثانیاً عمومات شفعه با عمومات «الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۲۲؛ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۸، ص ۱۶) و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مانده ۱/۱) و دیگر عموماتی که دلالت بر وجوب وفای به عهد دارند، متعارض است و نمی‌توان حکم به تقدم عمومات شفعه بر عمومات دال بر وجوب وفای به عهد نمود،

بلکه حکم به تقدم عموماًت اخير از باب حکومت، توسعه داده می‌شود، با این بیان که عموماًت اخير در موضوع ادله حق شفعه تصرف می‌کند و آن را توسعه می‌دهد، به این نحو که سقوط حق شفعه قبل از بیع به عنوان موارد سقوط حق شفعه پذیرفته می‌شود و شخص باید به آن ملتزم باشد.

## ۲-۱. دیدگاه سقوط حق شفعه

در مقابل دیدگاه اول، بسیاری از فقهای امامیه به طور مطلق معتقد به سقوط حق شفعه شده‌اند (حلی (علامه)، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۳۸۷؛ عاملی (شهید اول)، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۳۶۸-۳۶۹؛ ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۱۶۶-۱۶۷؛ اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۹، ص ۴۴-۴۵؛ اصفهانی، ۱۴۲۲، ص ۳۸۵؛ خمینی، بی تا، ج ۱، ص ۵۵۹)، اعم از این که سقوط حق شفعه ناشی از موارد ذیل باشد:

- صرف نظر کردن شفیع از اخذ به شفعه؛
  - رد کردن پیشنهاد شریک؛
  - دادن پیشنهاد خرید سهم شریک به مشتری؛
  - پیشنهاد فروش به بایع، با این قید که حق شفعه خود را اسقاط کند و امکان مطالبه حق پس از بیع را نداشته باشد.
- برخی دیگر، فقط در صورت صرف نظر کردن شفیع از اخذ به شفعه، معتقد به سقوط حق شفیع شده و در صورت‌های دیگر تردید کرده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۷، ص ۴۳۲-۴۳۳).

## ۲-۱-۱. تبیین دلایل

قائلین به سقوط حق شفعه برای اثبات دیدگاه خود به دلایلی تمسک کرده‌اند، از جمله:

### ۲-۱-۱-۱. منتفی شدن مبنای حق شفعه

مبنای تشریح حق شفعه از سوی شارع دفع ضرر شریک است. در صورتی که شریک قبل از بیع، از حق شفعه خود صرف نظر کند، دلالت بر انتفای ضرر دارد. لذا حق شفعه او ساقط می‌گردد، چراکه سبب آن یعنی ضرر منتفی گردیده است (حلی، ۱۴۰۷، ج ۴، ص ۲۷۶؛ طاهری، ۱۴۱۸، ج ۵، ص ۵۳).

توضیح این که، اعمال حق شفعه و گرفتن ملک توسط شفیع از مشتری، با رضایت همراه نیست و به نوعی مشتری مجبور به معاوضه با شفیع است، به جهت این که مشتری

همراه با بایع وارد قراردادی شده که موجب ورود ضرر به شفیع شده است. علت ورود ضرر نسبت به شریک (شفیع)، عدم عَرْضَةُ سهم بایع به او بوده است. لذا در صورتی که بایع سهم خود را به شریک پیشنهاد کرده باشد و شریک این پیشنهاد را رد کند، دال بر این است که این بیع موجب زیان بر او نمی‌شود و در فرض ورود ضرر هم اقدام به ضرر علیه خود کرده است، همان‌طور که اگر پس از اطلاع از بیع مال شریک، اخذ به شفعه خود را به تأخیر بیندازد و موجب ایراد ضرر گردد (حلی، ۱۴۱۳، ج ۵، ص ۳۵۰).

علاوه بر این، می‌توان افزود که هنگام شک در این که قبل از بیع، حق شفعه وجود دارد تا ساقط گردد یا خیر، اصل بر عدم تحقق شفعه است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۷، ص ۴۲۹).

### ۲-۱-۲-۱. نفوذ اسقاط حق

شفیع دارای حقی است که پس از اسقاط آن، چه قبل از بیع و چه بعد از آن، قابل برگشت نیست. این اسقاط حق، دلالت بر رضایت شفیع به بیع است. نفوذ این اسقاط حق، نوعی وفای به عهد است و مشمول ادله «الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۲۲؛ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۸، ص ۱۶) و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده/۱) و دیگر عموماًتی است که دلالت بر وجوب وفای عهد دارند (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۹، ص ۴۴).

### ۳-۱-۲-۱. تمسک به اطلاق روایات

اطلاق برخی روایات دلالت بر ثبوت حقی اقتضائی (شراکت) برای شفیع دارد، یعنی شفیع قبل از بیع توانایی اسقاط حق شفعه را دارد. از جمله، روایت نبوی که دلالت دارد حق شفعه در هر امر مشترکی وجود دارد و شریک (بایع) نمی‌تواند سهم خود را بفروشد مگر این که آن را بر شریک عرضه نموده باشد.<sup>۱</sup> روایت دیگری با همین مضمون دلالت دارد که شریک (بایع) نمی‌تواند سهم خود را بفروشد مگر این که از شریک خود اذن داشته باشد، یعنی اگر بدون اذن شریک یا عرضه کردن بر او سهم خود را فروخت، شریک (شفیع) نسبت به خرید سهم استحقاق بیشتری دارد.<sup>۲</sup>

۱. «الشفعة في كل شرك في أرض أو ريع أو حائط لا يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه فيأخذ أو يدع» (متقی هندی، ۱۴۰۵، ج ۷، کتاب الشفعة، حدیث ۱).

۲. «لا يحل أن يبيع حتى يستأذن شريكه، فإن باع ولم يأذن فهو أحق به» (احسانی، ۱۴۰۵، ج ۳، ص ۴۷۹، نوری، ۱۴۰۸، ج ۱۷، ص ۱۰۸؛ ابوداود، ۱۴۲۰، ج ۳، ص ۱۵۲۲).



در روایات مذکور استحقاق شریک (شفیع) معلق بر این شده است که سهم خود را به شریک عرضه نکرده باشد یا اذن در بیع نداشته باشد. به عبارتی، مطابق روایت، وقتی بایع اذن در بیع داشته باشد حق شفعه ثابت نیست و حق شفعه با اذن جمع نمی‌گردد و الا تعلیق حق شفعه بر اذن نداشتن بایع از شفیع، معنایی نداشت. لذا وقتی قبل از بیع، شریک (شفیع) از حق شفعه خود صرف نظر کند، این صرف نظر کردن رساتر از اذن به بیع است (حلی، ۱۴۰۴، ج ۴، ص ۹۳؛ حلی، ۱۴۰۷، ج ۴، ص ۲۷۶؛ عاملی، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۱۶۷). در صورتی که بایع اذن در بیع از جانب شریک داشته باشد، دیگر حقی نخواهد داشت (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۷، ص ۴۲۹).

## ۱-۲-۲. تحلیل و بررسی دلایل

ادعای انتفای ضرر شفیع با رد پیشنهاد شریک (بایع) در دلیل اول، قابل مناقشه است، زیرا:

اولاً رد پیشنهاد شریک توسط شفیع دلالت بر عدم تضرر او ندارد، بلکه اعم از ضرر و عدم ضرر است. احتمال دارد رد پیشنهاد شریک به این دلیل باشد که بتواند در آینده اخذ به شفعه کند. به تعبیر دیگر، ممکن است رد پیشنهاد شریک ابزاری برای برخورداری از اخذ به شفعه در آینده باشد. مثلاً چه بسا قیمت ملک مورد معامله در آینده افزایش یا کاهش یابد. با توجه به چنین مسائلی، شفیع از پذیرش پیشنهاد شریک (بایع) امتناع می‌کند تا با مشخص شدن وضعیت، متناسب با آن تصمیم‌گیری نماید.

ثانیاً بر فرض که رد پیشنهاد شریک (بایع) توسط شفیع دلالت بر عدم تضرر کند، این در صورتی است که دلیلی بر این که ضرر سبب و مبنای ثبوت حق شفعه است، وجود داشته باشد، درحالی که حجت و دلیلی که شخص را بر این موضوع مطمئن کند وجود ندارد (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸، ج ۱۴، ص ۹۷).

چه بسا گفته شود رد پیشنهاد شریک و عدم اسقاط حق شفعه، باعث تضرر بایع گردد، چه بایع برای جلوگیری از متحمل شدن هزینه‌های فروش، پیشنهاد خرید به شریک (شفیع) داده است، درحالی که این سخن مردود است، زیرا اصل بر عدم تعهد شفیع نسبت به پذیرش پیشنهاد بایع است و هر کسی در پذیرش یا نپذیرفتن پیشنهاد مختار است.

در دلیل دوم (روایاتی که از آن‌ها استفاده بر ثبوت حقی اقتضائی، برای شفیع شد)، در نگاه برخی از فقها سند آن‌ها ضعیف است، چراکه در سند روایت آمده است: «وَرُوِيَ عَنْهُ (ص) أَنَّهُ قَالَ: لَا يَجِلُّ أَنْ يَبِيعَ...». سلسله سند روایت معلوم نیست و صرفاً به صورت مستقیم از پیامبر (ص) نقل گردیده است. به علاوه، این روایات را اهل سنت نقل کرده‌اند و در کتب روایی شیعه یافت نشده‌اند (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸، ج ۱۴، ص ۹۷؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۰، ص ۳۳۳).

### ۱-۳-۱. دیدگاه تفصیل دهندگان

برخی از فقها بین دو حالت تفصیل داده‌اند: حالت اول در جایی است که یکی از شرکا به شریک، سهم خود را به قیمتی مشخص برای فروش پیشنهاد نماید، ولی شریک که همان شفیع است رد نماید و پس از رد شفیع، بایع سهم خود را به مثل همان قیمتی که به شریک یا بیشتر از آن عرضه نموده است بفروشد. در این حالت، حق شفعه شفیع ساقط می‌گردد. ولی حالت دوم در جایی است که بایع به ثمن کمتر یا به جنسی غیر از ثمنی که به شریک پیشنهاد داده است بفروشد، و شفیع حق مطالبه شفعه را پس از بیع خواهد داشت (مفید، ۱۴۱۳، ص ۶۱۹؛ طوسی، ۱۴۰۰، ص ۴۲۵؛ طوسی (ابن حمزه)، ۱۴۰۸، ص ۲۵۸-۲۵۹؛ حلی، ۱۴۰۵، ص ۲۷۸).

### ۱-۳-۱. تبیین دلیل

این دسته از فقها برای اثبات نظرشان گفته‌اند که وقتی پیشنهاد خرید به شفیع شود و او رد کند و بایع (شریک) سهم خود را با همان مبلغ یا بیشتر به دیگری بفروشد، حق شفعه شفیع ساقط است. در این حالت، شفیع با امتناع خود اعلام می‌کند که از این مسئله ضرر نمی‌کند و نیازی به حق شفعه ندارد (عاملی، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۳۶۹). مفهوم روایت جابر از پیامبر (ص) که فرمود: «فَلَا يَجِلُّ لَهُ أَنْ يَبِيعَهُ حَتَّى يَعْْرِضَهُ عَلَى شَرِيكِهِ»، شاهد این ادعاست (نوری، ۱۴۰۸، ج ۱۷، ص ۹۷؛ عاملی، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۳۶۹). وقتی به شفیع پیشنهاد خرید شود و او از خرید خودداری کند، این امتناع دلالت دارد بر این که بایع اجازه دارد سهم خود را بفروشد و شفیع حق شفعه ندارد، زیرا خرید سهم به او پیشنهاد شده و او با اختیار خود پیشنهاد را رد نموده و از خود نفی ضرر کرده است، لذا حق شفعه‌اش ساقط می‌گردد.

### ۱-۳-۲. تحلیل و بررسی دلیل

نسبت به دلیل مطرح شده باید گفت که از جانب شرع دلیلی بر آن اقامه نشده است و تفکیک بین دو حالت و حکم به سقوط حق شفعه در یک حالت، ادعایی بی‌جهت است، چراکه نفی ضرر در حالت اولیه موجب نمی‌شود که در حالت دوم، هرچند با امتناع شفیع، هنوز ضررِ شخص پابرجا باشد.

روایت نیز علاوه بر ضعف سندی، به دلیل نقل آن در منابع اهل سنت، از لحاظ دلالتی تمام نیست. مفهوم روایت نمی‌تواند وجود این تفکیک را ثابت کند، زیرا در روایت، تفکیکی بین حالات فروش از جهت کم و زیادی نشده است که در یک حالت شفعه باقی باشد و در حالتی دیگر ساقط گردد، بلکه به صورت مطلق آمده است که شفعه برای شریک ثابت است. حتی می‌توان افزود که این روایت در مقام بیان مدعای تفصیل‌دهندگان نیست، بلکه در مقام بیان استحقاق شفیع نسبت به حق شفعه است. در صورتی او مستحق حق شفعه است که قبل از بیع به شریک، نظرش را اعلام نکرده باشد، و در صورت فروش بدون اذن و عرضه به او مستحق حق شفعه می‌شود.

### ۲. بررسی دیدگاه‌های حقوقی

در ذیل، امکان اسقاط حق شفعه قبل از بیع توسط شفیع، در قانون مدنی بیان و دیدگاه‌های حقوق دانان درباره این موضوع بررسی می‌شود:

#### ۱-۲. موضع قانون مدنی

نسبت به امکان‌پذیری اسقاط حق شفعه پیش از بیع از طریق انصراف شفیع یا رد پیشنهاد شریک، قانون مدنی سکوت اختیار کرده است. صرفاً در ماده ۸۲۲ قانون مدنی حق شفعه را قابل اسقاط دانسته و تحقق آن را به هر چیزی دانسته است که دلالت بر صرف نظر کردن از حق مزبور نماید. اما با اخذ وحدت ملاک از ماده ۴۴۸ قانون مدنی<sup>۱</sup> می‌توان اعتقاد داشت که اسقاط حق شفعه قبل از بیع مانند اسقاط خیار تأخیر ثمن و تخلف از شرط ضمن عقد است که مطابق مقررۀ مزبور جایز شمرده شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۳۸).

۱. ماده ۴۴۸ قانون مدنی: «سقوط تمام یا بعضی از خیارات را می‌توان در ضمن عقد شرط نمود».

## ۲-۲. دیدگاه حقوق دانان

تتبع در متون حقوقی، اختلاف دیدگاه‌های حقوق دانان در این باره را نشان می‌دهد: برخی معتقدند در صورت انصراف شفیع، نسبت به حق شفعه قبل از بیع یا رد پیشنهاد شریک نسبت به خرید سهم او، حق شفیع اسقاط نمی‌گردد. حق شفعه صرفاً با فروش سهم مشاع برای شفیع به وجود می‌آید و رد پیشنهاد شریک، مسقط حق شفعه‌ای که بعداً حاصل می‌شود نخواهد بود. به علاوه، انصراف شفیع موجب اسقاط حق شفعه نیست، زیرا قبل از بیع، حق شفعه به وجود نیامده است تا بتوان آن را اسقاط نمود (امامی، بی تا، ج ۳، ص ۳۶-۳۷).

در مقابل، برخی دیگر معتقد به سقوط حق شفعه شده و بیان داشته‌اند که در صورت استیذان و اذن در فروش؛ حقی به وجود نمی‌آید تا بخواهند آن را اسقاط نمایند، یعنی با داشتن اذن در فروش جلوی اثبات حق گرفته می‌شود، نه این که حق ثابت نشده‌ای را بخواهند اسقاط نمایند (طاهری، ۱۴۱۸، ج ۵، ص ۵۴).

همگام با این عقیده، بعضی دیگر از حقوق دانان پس از ذکر دلایل و مستندات فقها و حقوق دانان، قول به سقوط را برگزیده و چنین نتیجه گرفته‌اند که قبل از وقوع بیع شریک توانایی اسقاط حق شفعه را داشته و عمل حقوقی او نافذ است (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۳۸ و ۴۰).

در تقویت دیدگاه «عدم امکان اسقاط حق شفعه قبل از بیع» اظهار داشته‌اند که اراده شخص امکان تعلق به امری تحقق نیافته را ندارد. به علاوه، سقوط حقی که هنوز در خارج وجود پیدا نکرده است عاقلانه نیست. در تبیین ملاک به ماده ۷۶۶ قانون مدنی<sup>۱</sup> استشهد می‌نمایند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۳۸ و ۴۰).

اما در تقویت دیدگاه «اسقاط حق شفعه قبل از بیع» اظهار داشته‌اند مانند اسقاط خیار تأخیر ثمن و تخلف از شرط ضمن عقد می‌باشد که ماده ۴۴۸ قانون مدنی آن را اجازه داده است. رضای به بیع آینده به معنای اسقاط مقتضی و زمینه ایجاد حق است. در تشریح نحوه سقوط حق شفعه، به سراغ منشأ حق شفعه رفته‌اند. منشأ آن را ضرر ناشی از

---

۱. در این ماده می‌خوانیم: «حق مرور زمان را پس از استقرار آن به واسطه گذشتن مدت مرور زمان می‌توان اسقاط نمود و قبل از انقضاء مدت قابل اسقاط نیست.»

تحمل شریک به نحو ناخواسته دانسته‌اند و اذن شریک را موجب از بین رفتن این مبنا محسوب می‌نمایند. رضایت به بیع، مستمر بوده و بر فرض که قبل از بیع نافذ نباشد، پس از بیع حتماً مؤثر بوده و موجب سقوط حق شفعه می‌گردد. رضایت به بیع با سقوط حق شفعه ملازمه عرفی دارد، لذا سقوط حق شفعه، در این فرض، چه در نتیجه اسقاط مقتضی ایجاد حق باشد یا مستمر بودن رضایت به بیع، منافی با قاعده «عدم امکان اسقاط حق ناموجود» نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۳۸-۳۹).

برخی با تکیه بر این مسئله که حق شفعه با بیع سهم مشاع یکی از شرکا برای شریک دیگر، ایجاد می‌گردد، اعتقاد به عدم وجود حق شفعه، قبل از فروش سهم مشترک دارند. لذا اسقاط قبل از بیع را از مصادیق اسقاط ما لم یجب دانسته و باطل شمرده‌اند. اما اسقاط حق به شرط تحقق آن در آینده را بی‌اشکال دانسته و این مسئله را با فساد و بطلان «اسقاط حق ناموجود» متفاوت می‌شمارند. اینان در تأیید، به مواردی از قانون مدنی تمسک جسته‌اند که در آن‌ها حقوق آینده شخص اسقاط گردیده است، مانند اسقاط خیار تأخیر ثمن و تفلیس به هنگام انعقاد عقد بیع و غیره. البته احراز قصد شفیع نسبت به اسقاط حق شفعه را ضروری دانسته و در صورت تردید در اسقاط، حکم به استصحاب وجود حق شفعه می‌دهند. اما نسبت به اسقاط حق شفعه در صورت رد پیشنهاد شریک، به صورت مطلق نظری نداده‌اند. از نظر آنان، اسقاط در هر مورد را باید با استفاده از دیگر قراین احراز نمود. البته اعتبار اسقاط حق شفعه محتاج به دلایل دیگر نیز می‌باشد (قاسم‌زاده، ۱۳۹۱، ص ۴۰-۴۲). برخی هم با تکیه بر ادله‌ای که از فقها نقل شده است، با توجه به این که حق شفعه برخلاف اصل تسلیط و انحصاری بودن مالکیت و قاعده احترام مال مسلم است و در موارد خلاف اصل باید به قدر متیقن اکتفا کرد، از این رو، انصراف شفیع قبل از بیع، از جمله مصادیق سقوط حق شفعه به شمار می‌رود (محقق داماد، ۱۴۲۶، ص ۱۳۸). نویسندگان حقوقی دیگر نیز معتقد به سقوط حق شفعه قبل از بیع بوده و آن را صحیح می‌دانند. در تعلیل افزوده‌اند برخلاف امور تکوینی، در امور اعتباری می‌توان امری را پیش از ایجاد اسقاط نمود. سقوط حق شفعه قبل از بیع، از باب اسقاط حق قبل از ایجاد و به عبارت دیگر، اسقاط ما لم یجب نمی‌باشد، بلکه دلالت بر رضایت شفیع به عدم تحقق حق شفعه پس از بیع دارد (صفایی و همکاران، ۱۳۹۷، ص ۳۵۹).

## ۲-۳. رویه قضایی

با عنایت به این که اخذ به شفعه امری خلاف اصل می‌باشد، اصل بر عدم ولایت و تصرف یک شخص بر مال دیگری است، مگر این که در این مسئله اذن وجود داشته باشد. در رأی شعبه ۱۸ دادگاه حقوقی یک تهران، ضمن دادنامه شماره ۶۹/۳/۵-۱۰۱ مرقوم شده است:

«اصولاً با توجه به این که شفعه حقی است برخلاف اصل که به موجب آن شفیع جبراً بر ملک خریدار مسلط می‌شود، نظر محکمه این است که امتناع شریک قبل از وقوع معامله از خرید سهم شریک دیگر، در واقع سدی در مقابل ایجاد حق مذکور به وجود می‌آورد. به عبارت دیگر، در آن صورت اصولاً حق شفعه به وجود نخواهد آمد تا بحث اسقاط آن قبل یا بعد از انجام معامله متبادر به ذهن گردد».

این رأی در مقام تجدیدنظرخواهی در دادنامه شماره ۱۱۰۴-۱۱/۲۸-۶۹/۱۱ شعبه ۱۴ دیوان عالی کشور مورد تجدیدنظرخواهی قرار گرفته و دیوان عالی رأی را تأیید کرده است. برخی در تحلیل این رأی معتقدند که خلاف اصل بودن شفعه و تملک قهری مال دیگری، جز در مواردی که قانون اجازه دهد قاعده‌ای درست است. در هنگام تردید در امکان شفعه، باید اعتقاد به تفسیری داشت که منتج به نفی حق مزبور گردد. البته این مسئله صرفاً درباره وجود حق منطقی است نه سقوط حق، زیرا هر جا حقی به وجود آید اصل بر بقای آن است و وجودش یقینی است مگر این که یقیناً زایل گردد (کاتوزیان، ۱۳۷۰، ص ۳۴۲-۳۴۳). در نهایت آنچه در هنگام تردید با اصل عدم روبه‌روست شک در مقتضی ایجاد حق است، درحالی که محل بحث، شک در مانعیت امتناع شریک از ایجاد حقی است که مقتضی آن وجود دارد.

در رأی مزبور، دادگاه امتناع شریک را به معنای انصراف از شفعه و اذن فروش تفسیر می‌نماید. اما آیا حقیقتاً صرف امتناع از خرید، اماره بر انصراف از حق شفعه است یا شریک با این امتناع، در انتظار این است که وضعیت بازار را تحلیل کرده و متناسب با آن در آینده نسبت به اخذ به شفعه و عدم آن تصمیم‌گیری کند؟

برخی حقوق دانان با رد دلالت قطعی این امتناع بر گذشت و انصراف از حق معتقدند

که باید اوضاع و احوال را مدنظر قرار داد و این امتناع را اماره قانونی ندانست، چراکه احتمال دارد هدف شریک سودجویی و فراهم کردن زمینه استفاده از حق و احتراز از پرداخت هزینه گزافی باشد که به او پیشنهاد گردیده است (کاتوزیان، ۱۳۷۰، ص ۳۴۲-۳۴۳).

### ۳. دیدگاه برگزیده

پس از تحلیل و بررسی دیدگاه‌های مطرح می‌توان «اسقاط حق شفعه قبل از بیع» را امکان‌پذیر دانست. تفصیل مسئله در دو فرض بررسی می‌شود:

#### ۳-۱. فرض اول: تصریح شفیع به انصراف از حق شفعه

در جایی که شفیع قبل از بیع به شریک بگوید: «اگر سهم خود از مال مشاع را بفروشید از اعمال حق شفعه خود صرف‌نظر می‌کنم» یا به شخص ثالث پیشنهاد خرید سهم شریک را بدهد منوط به این که از اعمال حق شفعه خود صرف‌نظر نماید، باید قائل به سقوط حق شفعه بود.

#### ۳-۱-۱. توجیهات فرض اول

قبل از بیان دلایل، توجیهاتی که ممکن است در این فرض تصور شود مطرح می‌گردد:

##### ۳-۱-۱-۱. تعهد به اسقاط

پیشنهاد شفیع به شریک یا شخص ثالث را می‌توان در قالب ماده ۱۸۳ قانون مدنی<sup>۱</sup> و اصل لزوم قراردادها موضوع ماده ۲۱۹ قانون مدنی<sup>۲</sup> نوعی تعهد به اسقاط در زمان ایجاد دانست که امری مشروع و الزام‌آور است (محمودی، ۱۳۹۱، ص ۷۸).

نسبت به این توجیه باید دو حالت را از یکدیگر تفکیک نمود:

**حالت اول:** تعهد به اسقاط در زمان ایجاد که در این فرض، اگر شخص علی‌رغم تعهد به عدم اعمال شفعه، نقض تعهد کند و اخذ به شفعه نماید، اخذ به شفعه او صحیح

۱. ماده ۱۸۳ قانون مدنی: «عقد عبارت است از این که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آن‌ها باشد.»

۲. ماده ۲۱۹ قانون مدنی: «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم‌مقام آن‌ها لازم‌الاتباع است مگر این که به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود.»

خواهد بود. این تعهد مشمول ماده ۹۵۹ قانون مدنی<sup>۱</sup> بوده و شخص علی‌رغم تعهد بر اسقاط حق شفعه می‌تواند آن را اعمال نماید.

**حالت دوم:** تعهد به اسقاط بعد از زمان ایجاد که در این فرض، در صورت سرپیچی می‌توان او را با استناد به ماده ۲۳۸ و ۲۳۹ قانون مدنی<sup>۲</sup> توسط حاکم الزام به اسقاط حق شفعه نمود (محمودی، ۱۳۹۱، ص ۷۹-۸۰).

این توجیه یعنی «تعهد به اسقاط» از محل بحث خارج است. فرض بحث در جایی است که چنین تعهدی وجود ندارد، بلکه شخص بدون دادن چنین تعهدی حق شفعه خود را قبل از بیع اسقاط می‌نماید، و الا واضح است که می‌توان با دادن «تعهد به اسقاط»، حقی را که به وجود نیامده در آینده اسقاط نمود.

### ۳-۱-۱-۲. اسقاط ضمنی

در جایی که شفیع پس از اطلاع از بیع شریک، سکوت اختیار کند یا در جایی که خرید سهم مشاع به او عرضه گردد از خرید آن خودداری نماید، این سکوت یا رد پیشنهاد، نوعی «اسقاط ضمنی» محسوب می‌شود، و از اصل، برای او حق شفعه قائل نمی‌شویم (خمینی، بی تا، ج ۱، ص ۵۵۹).

این توجیه نیز نمی‌تواند راهکار اسقاط حق شفعه قبل از بیع را حل کند و از محل بحث خارج است، زیرا از اساس، حق شفعه برای شفیع ایجاد نگردیده تا بخواهد آن را اسقاط نماید. به‌عنوان مؤید می‌توان بیان داشت که وقتی شخص از زمان اطلاع، نسبت به بیع رضایت داشته باشد یا پس از پیشنهاد خرید آن را رد کند، گویا حکمت تحقق حق شفعه یعنی دفع ضرر را با اقدام و رضایت خود دفع کرده است.

۱. ماده ۹۵۹ قانون مدنی: «هیچ کس نمی‌تواند به طور کلی، حق تمتع و یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند.»

۲. ماده ۲۳۸ قانون مدنی: «هر گاه فعلی در ضمن عقد، شرط شود و اجبار ملتزم به انجام آن غیرمقدور ولی انجام آن به وسیله شخص دیگری مقدور باشد، حاکم می‌تواند به خرج ملتزم موجبات انجام آن فعل را فراهم کند.»  
ماده ۲۳۹ قانون مدنی: «هر گاه اجبار مشروط‌علیه برای انجام فعل مشروط ممکن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد، طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت.»



### ۳-۱-۱-۳. اسقاط معلق به وجود موضوع

اگر شفیع قادر باشد به موجب یک عمل اسقاطی معلق به وجود موضوع اسقاط - که همان حق شفعه باشد - یا تحت عنوان یک عمل اسقاطی منجز که حق معلق در آینده طی یک اذن مستمر، به وجود آید، حق خود را اسقاط نماید، در این صورت، انصراف حق قبل از وجودش را می‌توان تصور نمود (محمودی، ۱۳۹۱، ص ۸۰).

پذیرش این توجیه در کلام برخی از فقها و حقوق‌دانان مشاهده می‌شود. به عنوان مثال، صاحب جواهر عمل اسقاط حق شفعه قبل از بیع را نوعی استمرار اذن و رضا می‌داند، مبنی بر این که شفیع با اسقاط حق قبل از بیع، اذن به این داده است که پس از بیع حق شفعه نداشته باشد، مانند این که یکی از متبایعین یا هر دو رضایت دارند به این که در عقد بیع خیار مجلس نداشته باشند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۷، ص ۴۳۰). برخی حقوق‌دانان نیز در توجیه امکان‌پذیری اسقاط حق شفعه قبل از بیع بیان می‌دارند: «حقوق، علم مصالح و اعتبارات است و قصد و رضای عاقد در زمینه اعتبارات حقوقی به گذشته و آینده نیز می‌تواند تعلق بگیرد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۳۷۰).

### ۳-۱-۲. دلایل اسقاط حق شفعه قبل از بیع

پس از انتخاب توجیه سوم، در تبیین دلیل بر امکان اسقاط حق شفعه قبل از بیع باید اظهار داشت:

الف. این عمل اذن را می‌توان مشمول عموماًت وفای به شرط مانند «الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۲۲) و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مانده ۱/ دانست و لازم‌الوفاء شمرد، چنان که مطابق ماده ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی،<sup>۱</sup> در صورتی که شخص نقض شرط ترک فعل حقوقی نماید، ضمانت اجرای آن بطلان عمل مزبور است).

ب. با اخذ وحدت ملاک از ماده ۴۴۸ قانون مدنی می‌توان بیان داشت همان گونه که

---

۱. ماده ۴۵۴ قانون مدنی: «هر گاه مشتری را اجاره داده باشد و بیع فسخ شود اجاره باطل نمیشود مگر اینکه عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت بر مشتری صریحاً یا ضمناً شرط شده که در این صورت اجاره باطل است». ماده ۴۵۵ قانون مدنی: «اگر پس از عقد بیع مشتری تمام یا قسمتی از بیع را متعلق حق غیر قرار دهد مثل اینکه نزد کسی رهن گذارد فسخ معامله موجب زوال حق شخص مزبور نخواهد شد مگر اینکه شرط خلاف شده باشد.»

اسقاط برخی خيارات مانند خيار تأخير ثمن و تخلف از شرط قبل از بيع صحيح است، اسقاط حق شفعه قبل از بيع نیز صحيح به نظر می‌رسد.

ج. اطلاق ماده ۸۲۲ قانون مدنی<sup>۱</sup> اقتضا می‌کند که اسقاط حق شفعه قبل از بيع نیز صحيح باشد، چرا که مطابق نص ماده، اسقاط حق شفعه به هر چیزی است که دلالت بر صرف نظر کردن از حق مزبور نماید و ماده تقییدی در خصوص قبل یا بعد از بيع بودن اسقاط ندارد. لذا قانون‌گذار اسقاط حق شفعه قبل از بيع را صحيح می‌داند.

د. وقتی شخص صراحتاً به شریک اعلام می‌کند که «اگر سهم خود از مال مشاع را بفروشید از اعمال حق شفعه خود صرف نظر می‌کنم» یا به شخص ثالث پیشنهاد خرید سهم شریک را بدهد منوط به این که از اعمال حق شفعه خود صرف نظر نماید، این اعلام و پیشنهاد، دلالت قطعی بر اعراض شخص از حق خود دارد، چرا که شخص با اعلام این مسئله، تصمیم قطعی و بازگشت‌ناپذیر خود را اعلام نموده است.

هـ. اخذ وحدت ملاک از رأی شعبه ۱۸ دادگاه حقوقی یک تهران، ضمن دادنامه شماره ۱۰۱-۶۹/۳/۵ بیانگر آن است که وقتی صرف امتناع شریک، سدی در مقابل ایجاد حق شفعه است، به طریق اولی اعلام انصراف و صرف نظر کردن شخص از حق خود مانع ایجاد مقتضی ایجاد حق شفعه بوده و مانع از تحقق حق شفعه می‌شود.

و. با تکیه بر موارد فوق، می‌توان سیره عقلا را مؤید محسوب کرد، چرا که در میان عقلا وقتی شخص صراحتاً اعلام می‌کند که حق خود را نمی‌خواهد، این اعلام قابل اعتناست و مبتنی بر این سخن، شریک سهم خود را مورد معامله قرار می‌دهد. اگر بنا باشد شخص صراحتاً انصراف خود را از حقی اعلام نماید و مبتنی بر آن معامله‌ای صورت گیرد و سپس بدون هیچ ضمانت اجرایی از انصراف خود بازگردد، استحکام روابط تجاری بین عقلا سست می‌شود و اعتماد متقابل بین شرکا از بین می‌رود.

### ۲-۳. فرض دوم: رد پیشنهاد شریک توسط شفیع

به موجب این فرض، شریک به شفیع پیشنهاد خرید سهم خود را می‌دهد و او این پیشنهاد

۱. ماده ۸۲۲ قانون مدنی: «حق شفعه قابل اسقاط است اسقاط به هر چیزی که دلالت بر صرف نظر کردن از حق مزبور نماید واقع می‌شود.»

را رد می‌نماید. تحلیل و بررسی این فرض در دو جهت بیان می‌شود:

### ۳-۲-۱. عدم دلالت رد پیشنهاد بر انصراف از حق شفعه

صرف رد پیشنهاد شریک دلالت بر انصراف شفیع از حق شفعه ندارد، چرا که رد اعم از اسقاط حق و عدم آن است. ممکن است رد پیشنهاد شریک، به این جهت باشد که شریک بتواند با بررسی «اوضاع و احوال حاکم بر بازار» و با حفظ حق شفعه، به منافع مطلوب خود دست یابد و از خود دفع ضرر نماید. لذا صرف رد پیشنهاد شریک نمی‌تواند دلالت بر انصراف شفیع از حق خود داشته باشد. علاوه بر این، تحمیل سقوط حق شفعه در این فرض موجب ایراد ضرر بر شفیع است و موجب می‌شود شفیع از حق مسلم خود که در آینده می‌توانسته از آن بهره‌مند گردد محروم شود، در حالی که توجیه شرعی و عقلی برای آن متصور نیست. در نتیجه، در این فرض باید واکنش شفیع بعد از بیع سهم شریک (بایع) نسبت به حق شفعه‌ای که برای وی ایجاد شده است را ملاحظه نمود.

### ۳-۲-۲. دلالت رد پیشنهاد بر انصراف از حق شفعه

وقتی شفیع پیشنهاد شریک خود را رد می‌کند، گویا اعلام می‌کند که رضایت ضمنی به عدم ایجاد حق شفعه و انصراف از حق شفعه دارد، در حالی که با این رضایت ظرفیت‌های تحقق شفعه مانند حکمت تحقق اخذ به شفعه - دفع ضرر شریک - با مانع روبه‌رو شده و حق شفعه از اساس به وجود نخواهد آمد تا بخواهد آن را اسقاط نماید. علاوه بر این که دلیلی از جانب شارع وجود ندارد که مبنا و سبب شفعه دفع ضرر است، بنابراین، جهت اول دارای قوت می‌باشد.

## نتیجه‌گیری

با تحلیل و بررسی انجام شده، چنین به دست آمد که اگر شریک (شفیع) تصمیم خود را مبنی بر انصراف از حق شفعه قبل از بیع به بایع اطلاع دهد یا صرف نظر کردن از حق خود را قبل از خرید به مشتری اعلام کند، چنین اقدامی دلالت بر اعراض از حق شفعه می‌کند، زیرا اولاً عمل او مشمول عموماً وفای به تعهد قرار می‌گیرد و از طرفی، زمانی که شفیع صراحتاً اعلام می‌کند که از اعمال حق شفعه خود صرف نظر کرده، تصمیم

قطعی و بازگشت‌ناپذیر خود را اعلام نموده است. سیره عقلا به این اعلام اعتنا می‌کند، چه در غیر این صورت، استحکام روابط تجاری بدون هیچ ضمانت اجرایی از بین می‌رود. قانون‌گذار نیز طبق ماده ۴۴۸ قانون مدنی اسقاط حق شفعه قبل از بیع را صحیح دانسته است.

در صورتی که شفیع پیشنهاد خرید سهم شریک را رد نماید، صرف رد پیشنهاد دلالت بر اعراض از حق شفعه نمی‌کند، بلکه احتمال دارد رد پیشنهاد به این جهت باشد که بتواند با بررسی «اوضاع و احوال حاکم بر بازار»، با حفظ حق شفعه به منافع دلخواه خود دست یابد و از خود دفع ضرر نماید.

بنابراین شایسته است قانون‌گذار در ماده ۸۲۲ قانون مدنی «امکان اسقاط حق شفعه قبل از بیع» را ملحوظ داشته، چنین مقرر نماید: «حق شفعه ولو قبل از بیع، در صورتی قابل اسقاط است که صراحت بر اعراض شفیع از حق مزبور نماید و صرف امتناع شفیع از اعمال حق شفعه، حتی بعد از بیع، صراحتی در اسقاط حق شفعه ندارد».

### فهرست منابع

۱. قرآن کریم
۲. ابن‌ادریس حلی، محمد بن منصور. (۱۴۱۰). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳. ابوداود، سلیمان بن اشعث. (۱۴۲۰). سنن أبی داوود. قاهره: دار الحدیث.
۴. احسائی، ابن‌ابی‌جمهور محمد بن علی. (۱۴۰۵). عوالی اللئالی العزیزیه. قم: دار سیدالشهداء للنشر.
۵. اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳). مجمع الفائده والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۶. اصفهانی، سید ابوالحسن. (۱۴۲۲). وسیلة النجاه. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره).
۷. امامی، سید حسن. (بی‌تا). حقوق مدنی. تهران: انتشارات اسلامی.
۸. بحرانی، یوسف بن احمد. (۱۴۰۵). الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۹. پورکریمی دارنجانی، مسلم. (۱۳۹۷). زوال شفعه در فقه امامیه و حقوق ایران. (استاد راهنما: مجید سربازیان). پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شیراز، دانشکده حقوق و علوم سیاسی. گروه حقوق خصوصی.

۱۰. تبریزی، جواد بن علی. (۱۴۲۶). منهاج الصالحین. قم: مجمع الإمام المهدی (عج).
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۸). مبسوط در ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.
۱۲. حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹). تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه. قم: مؤسسه آل البيت(ع).
۱۳. حسینی روحانی، سید محمدصادق. (۱۴۱۲). فقه الصادق(ع). قم: دار الکتب - مدرسه امام صادق(ع).
۱۴. حلبی، ابن زهره، حمزة بن علی. (۱۴۱۷). غنیة النزوع إلى علمی الأصول والفروع. قم: مؤسسه امام صادق(ع).
۱۵. حلبی (علامه)، حسن بن یوسف «الف». (۱۴۱۳). مختلف الشیعه فی أحكام الشریعه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۶. حلبی (علامه)، حسن بن یوسف. (۱۴۱۰). إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۷. حلبی (علامه)، حسن بن یوسف. (۱۴۱۱). تبصرة المتعلمین فی أحكام الدین. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۱۸. حلبی (علامه)، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳). قواعد الأحكام فی معرفة الحلال والحرام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۹. حلبی (علامه)، حسن بن یوسف. (۱۴۱۴). تذكرة الفقهاء، (چاپ جدید). قم: مؤسسه آل البيت(ع).
۲۰. حلبی (علامه)، حسن بن یوسف. (۱۴۲۰). تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامیه، (چاپ جدید). قم: مؤسسه امام صادق(ع).
۲۱. حلبی (فخرالمحققین)، محمد بن حسن. (۱۳۸۷). إيضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۲. حلبی (محقق)، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۳. حلبی (محقق)، جعفر بن حسن. (۱۴۱۸). المختصر النافع فی فقه الإمامیه. قم: مؤسسه المطبوعات الدینیة.
۲۴. حلبی، جمال الدین احمد بن محمد. (۱۴۰۷). المهذب البارع فی شرح المختصر النافع. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۵. حلبی، مقداد بن عبدالله. (۱۴۰۴). التفتیح الرائع لمختصر الشرائع. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
۲۶. حلبی، یحیی بن سعید. (۱۴۰۵). الجامع للشرائع. قم: مؤسسه سید الشهداء العلمیه.
۲۷. خمینی، سید روح الله. (بی تا). تحرير الوسيله. قم: دار العلم.

۲۸. خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۰). منهاج الصالحین. قم: نشر مدینه العلم.
۲۹. سبزواری، سید عبدالاعلی. (۱۴۱۳). مهذب الأحكام فی بیان الحلال والحرام. قم: مؤسسة المنار.
۳۰. سبزواری، سید عبدالاعلی. (بی تا). جامع الأحكام الشرعیه. قم: مؤسسة المنار.
۳۱. سبزواری، محمدباقر. (۱۴۲۳). کفایة الأحكام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۲. سید مرتضی، علی بن حسین. (۱۴۱۵). الانتصار فی انفرادات الإمامیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۳. صفایی، سیدحسین و شعبانی کندسری، هادی. (۱۳۹۷). حقوق مدنی (وصیت، ارث، شفعه). تهران: شرکت سهامی انتشار.
۳۴. طاهری، حبیب‌الله. (۱۴۱۸). حقوق مدنی. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۵. طباطبایی حائری، علی بن محمد. (۱۴۱۸). ریاض المسائل فی تحقیق الأحكام بالدلائل، (چاپ جدید). قم: مؤسسة آل البيت (ع).
۳۶. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷). الميسوط فی فقه الإمامیه. تهران: المكتبة المرتضویه.
۳۷. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۰). النهایة فی مجرد الفقه والفتاوی. بیروت: دار الكتاب العربی.
۳۸. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷). تهذیب الأحكام. تهران: دار الکتب الإسلامیه.
۳۹. طوسی، محمد بن علی. (۱۴۰۸). الوسيلة إلى نیل الفضيله. قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی.
۴۰. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی. (۱۴۱۴). غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۴۱. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی. (۱۴۱۷). الدروس الشرعیه فی فقه الإمامیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۲. عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۳). مسالک الأفهام إلى تنقیح شرایع الإسلام. قم: مؤسسة المعارف الإسلامیه.
۴۳. عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین. (۱۴۱۴). جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: مؤسسة آل البيت (ع).
۴۴. عباسپور، تقی. (۱۳۹۷). زوال حق شفعه از منظر فقه امامیه و قانون مدنی. (استاد راهنما: اسلام محمدزاده). پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی واحد ماکو. گروه حقوق خصوصی.
۴۵. فیض کاشانی، محمد محسن بن شاه مرتضی. (بی تا). مفاتیح الشرائع. قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی.
۴۶. قاسم‌زاده، سید مرتضی. (۱۳۹۱). حقوق مدنی (حق شفعه، وصیت و ارث). تهران: انتشارات دادگستر.
۴۷. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۰). ایقاع نظریة عمومی - ایقاع معین. تهران: یلدا.
۴۸. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۷). دوره مقدماتی حقوق مدنی (شفعه، وصیت، ارث). تهران: میزان.
۴۹. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷). الکافی، تهران: دار الکتب الإسلامیه.

۵۰. متقی هندی، علی بن حسام‌الدین. (۱۴۰۵). کنز العمال فی سنن الأقوال والأفعال. بیروت: مؤسسة الرسالة.
۵۱. محقق داماد، سید مصطفی. (۱۴۲۶). ایقاع، اخذ به شفعه. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۵۲. محمودی، احسان. (۱۳۹۲). بررسی امکان اسقاط حقوق احتمالی. (استاد راهنما: محمود امامی نمینی). پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه علامه محدث نوری، دانشکده اقتصاد و علوم اداری. گروه حقوق خصوصی.
۵۳. معلم، محمد. (۱۳۷۷). حق شفعه و شرایط آن در حقوق مدنی ایران و فقه امامیه. (استاد راهنما: ابوالحسن محمدی). پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران. مجتمع آموزش عالی قم. گروه حقوق خصوصی.
۵۴. مفید، محمد بن محمد عکبری. (۱۴۱۳). المقنعه. قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
۵۵. نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴). جواهر الکلام فی شرح شرایع الإسلام. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۵۶. نوری، میرزا حسین. (۱۴۰۸). مستدرک الوسائل ومستنبط المسائل. بیروت: مؤسسة آل البيت (ع).
۵۷. وحید خراسانی، حسین. (۱۴۲۸). منهاج الصالحین. قم: مدرسه امام باقر(ع).







## Feasibility of Revocation in Spousal Donations Based on Jurisprudential Teachings (A Critique of Article 803 of the Civil Code with Proposed Amendments)

Amīn Soleyman Kolvānaq<sup>1</sup> 

1. Assistant Professor, Department of Fiqh and Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Sciences, University of Tabriz, Tabriz, Iran. Email: [a.soleyman@tabrizu.ac.ir](mailto:a.soleyman@tabrizu.ac.ir)

### Article Info

### ABSTRACT

**Article type:**

Research Article

**Article history:**

Received 7 May 2023

Received in revised form 16 June 2023

Accepted 28 August 2023

Available online 18 October 2023

**Keywords:**

Spouses, Gift, Authentic narration (Ṣaḥīḥ) of Zurārah ibn A'yan, (Arabic: *الزهرية*, Romanized: al-Hiba), Partial and distinguishing validity, Kinship.



The Civil Code considers in Article 803, the presumption principle in the contract of gift (Arabic: *الهبة*, Romanized: al-Hiba) to be permissible, and it states the exceptions where it becomes obligatory (presumed to be binding). By interpreting this in the context of exclusivity, the gift between spouses is included under the permissibility of revocation. However, Article 1037 adopts an approach that is conflicting with Article 803. This is while the issue of spousal gifts is a matter of dispute among jurists. Some, based on the authentic narration of Muḥammad ibn Muslim (Ṣaḥīḥ Muḥammad ibn Muslim) and consensus (Arabic: *إجماع*, Romanized: 'Ijmā'), argue for permissibility, while others, citing the kinship (persons related to the legator in the female line) between spouses, the Qur'ānic verse "pacta sunt servanda or honor your contracts," and the authentic narration of Zurārah ibn A'yan from Imām Ṣādiq (peace be upon him), believe in the obligation and binding of gifts. Considering that the source of the disagreement lies in the interpretation of the evidence, the author, in this study, evaluates the arguments of proponents of both views by referencing library sources and employing a descriptive-analytical approach. Regarding the reasoning of those who advocate for permissibility, it has been concluded that the subject of the authentic narration of Muḥammad ibn Muslim (Ṣaḥīḥ Muḥammad ibn Muslim) pertains to the return of Ṣadaqa (alms) rather than a gift. Since the condition for the realization of Ṣadaqa is the intention of seeking nearness to God, the basis for the permissibility of returning is the non-fulfillment of Ṣadaqa. Additionally, the reported consensus (al-Manqūl) also encounters both minor and major obstacles. However, in examining the reasoning of those who support the obligation, it becomes clear that the first two arguments they present do not sufficiently substantiate their claim. This is because the notion of kinship between spouses demands evidence, which is lacking in this context. Moreover, the cited verse pertains only to situations where there is uncertainty regarding the obligation of the contract. In contrast, numerous authentic narrations affirm the established principle that gifts are permissible. In relation to the authentic narration of Zurārah, despite various objections, it has been shown that there is no conflict with the narration of Muḥammad ibn Muslim and that it is not rejected. The fact that jurists have not acted upon one part of the narration does not invalidate the other part—specifically, the obligation of gifting between spouses—especially since this particular part has been upheld by many. Thus, by distinguishing between the parts of the narration, the latter part remains valid and continues to be acted upon. Thus, it is suggested to the esteemed legislator to include the gift between spouses as an exemption (exclusions) in the future amendments of the Civil Code.

**Cite this article:** Soleyman Kolvānaq, A. (2024). Feasibility of Revocation in Spousal Donations Based on Jurisprudential Teachings (A Critique of Article 803 of the Civil Code with Proposed Amendments). *Civil Jurisprudence Doctrines*, 16 (30), 137-159.  
<https://doi.org/10.30513/cjd.2023.5212.1879>





## امکان سنجی رجوع در هبه زوجین بر پایه آموزه‌های فقهی (نقدی بر ماده ۸۰۳ قانون مدنی با پیشنهاد اصلاح)

امین سلیمان کلوانق<sup>۱</sup>

۱. استادیار، گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و علوم اسلامی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران. رایانامه: a.soleyman@tabrizu.ac.ir

اطلاعات مقاله	چکیده
<p>نوع مقاله: علمی پژوهشی</p> <p>تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۲/۱۷</p> <p>تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۳/۲۶</p> <p>تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۶/۰۶</p> <p>تاریخ انتشار آنلاین: ۱۴۰۲/۰۷/۲۶</p> <p>کلیدواژه‌ها: زوجین، هبه، لزوم، صحیحه زراه، تبعیض حجیت، ارحام.</p> 	<p>قانون مدنی در ماده ۸۰۳، اصل را در عقد هبه بر جواز گذاشته و موارد لزوم را تحت استثنائات بیان می‌کند. با تفسیر مبتنی بر مفهوم حصر، هبه زوجین مشمول جواز رجوع می‌گردد. اما در ماده ۱۰۳۷ رویکرد متعارض با ماده ۸۰۳ را اتخاذ نموده است. این در حالی است که مسئله هبه زوجین نزد فقیهان اختلافی است. گروهی مستند به صحیحه محمد بن مسلم و اجماع، قائل به جوازند و گروهی هم به استناد ارحام بودن زوجین، آیه «أوفوا بالعقود» و صحیحه زراه از امام صادق (ع) نظر به لزوم هبه دارند. با توجه به این که منشأ اختلاف نظر در برداشت از ادله است، لذا نگارنده در این جستار با مراجعه به منابع کتابخانه‌ای و رویکرد توصیفی-تحلیلی به ارزیابی استدلال قائلین به هر دو نظر پرداخت. در خصوص استدلال قائلین به جواز، این نتیجه به دست آمد که موضوع صحیحه محمد بن مسلم، رجوع از صدقه است نه هبه و چون شرط تحقق صدقه، قصد قربت است، لذا وجه جواز رجوع، عدم تحقق صدقه است. اجماع منقول هم با موانع صغری و کبری مواجه است. اما در خصوص استدلال قائلین به لزوم هم نتیجه شد که دو دلیل اول قائلین به لزوم، توانایی اثبات مدعا را ندارد، زیرا ارحام محسوب شدن زوجین نیاز به دلیل دارد که در مقام، مفقود است و آیه مورد استناد در جایی مجرا دارد که تردیدی در لزوم عقد باشد، درحالی که مستند به روایات صحیح‌السند کثیری که در مسئله هست، اصل جواز هبه، امری اتفاقی است. در خصوص صحیحه زراه، با وجود طرح اشکالات مختلف، ضمن اثبات عدم تعارض با روایت محمد بن مسلم و مطرود بودن آن، روشن شد این که فقها به بخشی از روایت عمل نکرده‌اند، بخش دیگر روایت (لزوم هبه زوجین) از حجیت ساقط نمی‌شود، مخصوصاً که مشهور به آن عمل کرده‌اند، لذا با تبعیض در اجزای صحیحه، بخش دیگر آن مورد عمل قرار می‌گیرد. ازاین‌رو به قانون‌گذار پیشنهاد می‌گردد تا در اصلاحات آتی قانون مدنی، هبه زوجین را نیز جزو مستثنیات ماده قرار دهد.</p>

استناد: سلیمان کلوانق، امین. (۱۴۰۳). امکان‌سنجی رجوع در هبه زوجین بر پایه آموزه‌های فقهی (نقدی بر ماده ۸۰۳ قانون مدنی با پیشنهاد اصلاح). آموزه‌های فقه مدنی، ۱۶ (۳۰)، ۱۳۷-۱۵۹. <https://doi.org/10.30513/cjd.2023.5212.1879>



© نویسندگان.

ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

## مقدمه

هبه عقدی است که ثمره‌اش تملیک عین است؛ تملیکی منجز و رایگان و مجرد از قصد قربت (عاملی (شهید اول)، ۱۴۱۲، ج ۲، ص ۲۸۵). گاهی نیز به‌جای قید «رایگان»، عبارت «بدون عوض» یا «تبرعی» به کار برده‌اند (حلی (محقق)، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۱۵۹). البته باید دقت داشت که مجرد بودن هبه از قصد قربت و نیز بدون عوض بودنش، به معنای شرط نبودن این دو می‌باشد نه این‌که اصلاً نباید قصد قربت یا عوضی در کار باشد، زیرا اگر چنین بود، هبه معوضه و همچنین هبه با قصد قربت از مفهوم هبه خارج می‌شد، درحالی‌که اجماعاً هبه می‌باشند (طباطبایی، ۱۴۱۲، ج ۹، ص ۳۷۵). تعریف فقها در ماده ۷۹۵ قانون مدنی انعکاس یافته است، به نحوی که ماده مزبور مقرر می‌دارد: «هبه عقدی است که به موجب آن یک نفر مالی را مجاناً به کسی دیگر تملیک کند». قانون مدنی در ماده ۸۰۳، اصل را در صورت بقای عین موهوبه، بر جواز هبه گذاشته و مواردی را که هبه لازم می‌گردد، احصا می‌نماید که عبارت‌اند از: «۱. در صورتی که متهب پدر یا مادر یا اولاد واهب باشد. ۲. در صورتی که هبه معوض بوده و عوض هم داده شده باشد. ۳. در صورتی که عین موهوبه از ملکیت متهب خارج شده یا متعلق حق غیر واقع شود، خواه قهراً مثل این‌که عین موهوبه به رهن داده شود. ۴. در صورتی که در عین موهوبه تغییری حاصل شود». یکی از موارد مبتلابه در جامعه که عملاً منتهی به تشکیل پرونده‌های حقوقی در دادگاه‌ها می‌گردد این است که در خصوص هبه میان زوجین آیا رجوع امکان دارد؟ مدلول منطوقی ماده از این حیث ساکت است، ولی با توجه به این‌که در ماده حصر وجود دارد و مفهوم حصر حجت است، باید قول بر جواز رجوع، منطقی باشد. اما با رجوع به مبانی فقهی ماده روشن می‌شود که مسئله میان فقها محل اختلاف نظر است، گروهی قائل به عدم جواز رجوع در هبه منعقد میان زوجین‌اند و گروهی نیز قائل به جواز رجوع از آن هستند. استدلال‌های مختلف و متنوعی از سوی هر دو گروه ارائه شده است. در این جستار، نگارنده بر آن است تا بعد از بیان نظرات و استدلال قائلین بر هر دو نظریه، به نقل و تحلیل مستندات ناظر به مسئله بپردازد تا نیل به نظری متقن، میسر گردد. از آنجاکه حجیت مفهوم حصر در اصول، امری اتفاقی است، در صورت پذیرش عدم

جواز رجوع در هبه زوجین، اصلاح ماده ۸۰۳ به نحوی که در تفسیر مبتنی بر حجیت مفهوم حصر، هبه زوجین نیز مشمول استثنائات ماده گردد، پیشنهاد خواهد شد.

### ۱. پیشینه تحقیق

در خصوص مسئله اصلی پژوهش حاضر، تاکنون پژوهش مستقلی انجام نشده است، اما درباره آن تحقیقاتی صورت گرفته که به تفاوت و نوآوری مقاله حاضر نسبت به آن‌ها اشاره می‌شود.

جلیلیان (۱۳۹۹) در مقاله همایشی «بررسی فقهی رجوع زوجه از هبه مهریه به زوج»، فقط به مسئله رجوع از هبه مهر به زوج پرداخته شده است، که آن‌هم در حد یک صفحه است و تتبع کاملی در اقوال و مستندات نداشته و به اقتضای همایشی بودن مقاله، به تحلیل و نقد آن‌ها نپرداخته است. درحالی که مسئله مورد پژوهش اعم از مهر و غیر آن است و خصوصیتی برای مهر نمی‌بیند و تمامی اقوال و مستندات را مورد نقد و بررسی قرار می‌دهد. باقری و همکاران (۱۳۹۸) نیز در مقاله «بازپژوهی رجوع زوجه از هبه مهریه و ابراء آن هنگام طلاق» مشخصاً فقط مسئله رجوع از هبه مهر به زوج را بحث کرده‌اند، آن‌هم از این حیث که تعیین نوع عمل حقوقی واقع شده (هبه یا ابراء) منوط به نوع مهر (عین یا دین) شده است، محل بحث می‌باشد، درحالی که مقاله حاضر نه از این حیث بلکه از زاویه دیگری مسئله را مورد کنکاش قرار داده است و آن این که آیا هبه منعقدده میان زوجین (اعم از این که واهب، زوج باشد یا زوجه؛ موهوبه، مهر باشد یا غیر آن) قابل رجوع است یا نه؟. واسطی (۱۴۰۲) در مقاله «روش‌شناسی کشف مذاق شارع (مطالعه موردی: حکم رجوع در هبه زوج به زوجه)» مشخصاً محور بحث را روش‌شناسی مذاق شارع قرار داده است و با توجه به این که این مقاله هنوز چاپ نشده است، از جزئیات نتایج آن اطلاعاتی در دست نیست، و فقط با توجه به چکیده، مشخص است که در بخش پایانی مقاله، صرفاً بحث کشف مذاق شارع در خصوص حکم رجوع از هبه زوج به زوجه تطبیق داده شده است، بدون این که تحلیل محتوایی نسبت به اقوال و نظرات و مستندات پیرامون آن انجام گرفته باشد. حتی در این بخش نیز، بحث، ناظر بر هبه منعقدده میان زوجین نبوده و فقط هبه زوج به زوجه مدنظر محقق بوده است. در مقاله (تأملی

پیرامون شرط ضمنی دوام زوجیت در هبه بین زوجین و ماهیت آن» اثر سیفی زیناب و همکاران (۱۳۹۸)، بنابر تصریح نگارندگان، مسئله رجوع و عدم جواز رجوع در هبه زوجین، صرف نظر از دیدگاه‌های موجود در خصوص مسئله، از این حیث که آیا هبه میان زوجین، مقید به شرط ضمنی دوام زوجیت است یا مطلق؟ مورد بررسی قرار گرفته است. به عبارتی دیگر، حکم به جواز رجوع باشد یا نباشد، تأثیری در حکم مسئله ندارد. در خصوص لزوم و جواز رجوع از هبه، در خصوص نوادگان و سایر خویشاوندان نیز پژوهش‌هایی انجام گرفته است، مانند مقاله «امکان رجوع و اهب از هبه به نوادگان» اثر سید محمد طباطبایی و همکاران (۱۳۹۵) و مقاله «حکم ممنوعیت رجوع از هبه به خویشاوندان در فقه امامیه» اثر سید احمد میرخلیلی و همکاران (۱۳۹۴). نزدیک‌ترین مقاله به پژوهش حاضر تحت عنوان «تأملات فقهی و حقوقی هبه زوجین» اثر محمدرضا آقایی بجستان و همکاران (۱۴۰۱) است که در آن، دو حالت از هبه میان زوجین مورد بررسی قرار گرفته است: هبه در صورت خویشاوند نبودن زوجین (در حد سه‌ونیم صفحه) و هبه میان زوجین خویشاوند. همچنین نظر جواز رجوع، به عنوان نظر مشهور تلقی شده است و در پایان مهر تأییدی بر نظر مزبور زده است، درحالی که مبتنی بر تحقیق پیش‌رو، نه تنها روشن شده است که نظر مشهور، عدم جواز رجوع است، بلکه نگارنده، خلاف نظر تأییدشده در مقاله چاپ‌شده را اثبات نموده است. علاوه بر این که نظر برگزیده در مقاله پیش‌رو مخالف با مقاله چاپ‌شده است، نوآوری پژوهش حاضر نسبت به قبلی در این است که نگارنده با تمرکز در مسئله اول، با استقصا در منابع فقهی، استدلال‌های هر دو نظر را که در استناد به مبانی ناظر بر مسئله طرح شده است، با پاسخ‌های متنوعی مورد نقد قرار داده است و با کاربرست راهکار فقهی جدیدی، نظر عدم جواز رجوع را اثبات نموده و اصلاح ماده ۸۰۳ قانون مدنی را به قانون‌گذار محترم پیشنهاد داده است.

## ۲. نقل اقوال و استدلال فقها در خصوص رجوع از هبه منعده میان زوجین

در خصوص امکان رجوع در هبه میان زوجین اختلاف نظر هست. برخی قائل به جواز آن و برخی قائل به عدم جواز آن هستند که در ادامه به تبیین این دو نظر و استدلال قائلین آن‌ها پرداخته می‌شود.

## ۱-۲. قائلین به عدم جواز رجوع

از دید گروهی از فقها، در هبه منعقدہ میان زوجین، رجوع جایز نیست (عاملی (شہید ثانی)، ۱۴۱۲، ج ۱، ص ۲۶۸؛ صیمری، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۲۲۷؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۲، ص ۳۳؛ فیض کاشانی، بی تا، ج ۳، ص ۲۰۴؛ حلی، ۱۴۰۷، ج ۳، ص ۷۲؛ طبرسی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۶۸۴؛ تبریزی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۲۹۵؛ موسوی گلپایگانی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۱۳۴؛ منتظری، ۱۳۷۳، ص ۲۸۳؛ کلینی، ۱۴۲۹، ج ۳، ص ۳۹۶؛ مجلسی، ۱۴۰۴، ج ۲۳، ص ۵۰؛ جمعی از پژوهشگران، ۱۴۱۷، ج ۶، ص ۲۳۱؛ عمید، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۱۶۰؛ حلی، ۱۴۱۰، ص ۲۱۲؛ فقہانی، بی تا، ص ۲۴۶؛ حائری طباطبائی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۲۵۹؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۱۶۳؛ کاشف الغطاء، بی تا، ص ۱۵۶). عمده مستند اینان روایت زراره از امام صادق (ع) است که حضرت در آن فرمود: «صدقہ اصطلاح جدیدی است، چراکہ متداول در زمان رسول خدا (ص) ہبہ و نحلہ بود و بہ طور کلی، کسی کہ چیزی را بہ خاطر خداوند اعطا می کند رجوع در آن روا نیست، اما در آنچه برای خدا و در راه خدا ندهد می تواند رجوع کند، خواه نحلہ باشد و خواه ہبہ، خواه قبض شدہ باشد و خواه نہ. مرد در آنچه کہ برای ہمسرش ہبہ می کند نمی تواند رجوع نماید و زن نیز در خصوص چیزی کہ بہ شوہرش ہبہ می دہد نمی تواند رجوع کند، چہ قبض شدہ باشد چہ قبض شدہ باشد. مگر نہ این است کہ خداوند تبارک و تعالی می فرماید: «برای شما حلال نیست کہ چیزی را از آنچه بہ ہمسراتان دادہ اید باز پس بگیرید» و نیز فرمودہ است: «اگر خودشان با طیب نفس، چیزی را از مهر بہ شما بدهند در چنین صورتی گوارا تناول کنید»، کہ این حکم شامل مهر و ہبہ می گردد<sup>۱</sup>. همچنین برخی از قائلین چنین استدلال کردہ اند کہ زوجین از ارحام بودہ و مشمول حکم آن می شوند (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۱۷، ج ۶، ص ۲۳۱؛ طبرسی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۶۸۴). نیز استدلال شدہ است کہ عمو مات ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ شامل این مورد نیز می شود (حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۲۲، ص ۲۰۵).

۱. «عَدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زَيْدٍ وَأَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ رَبَاطٍ عَنْ زُرَّارَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: إِذَا الصَّدَقَةُ مُخَدَّتَةً إِذَا كَانَ النَّاسُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ (ص) يَنْحَلُونَ وَيَهْبُونَ وَلَا يَتَّبِعِي لِمَنْ أَعْطَى لِلَّهِ عَزَّ وَجَلَّ شَيْئًا أَنْ يَرْجِعَ فِيهِ. قَالَ: وَمَا لَمْ يَعْطِ لِلَّهِ وَفِي اللَّهِ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ فِيهِ نِخْلَةً كَانَتْ أَوْ هَبَةً جِزْرًا أَوْ لَمْ تُخَزَّ وَلَا يَرْجِعُ الرَّجُلُ فِيهَا يَهْبُ لِامْرَأَتِهِ وَلَا الْمَرْأَةُ فِيهَا تَهْبُ لِزَوْجِهَا جِزْرًا أَوْ لَمْ يَخْزُ أَلَيْسَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى يَقُولُ: "وَلَا تَأْخُذُوا بِمَا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا" وَقَالَ: "فَإِنْ طَبَنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا" وَهَذَا يَدْخُلُ فِي الصَّدَاقِ وَالْهَبَةِ (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۳۰).

## ۲-۲. قائلین به جواز رجوع

در مقابل، دسته‌ای قائل به جواز رجوع از هبه زوجین هستند (موسوی (سید مرتضی)، ۱۴۱۵، ص ۴۶۰؛ میرزای قمی، ۱۴۱۸، ج ۴، ص ۱۶۲؛ عاملی (محقق کرکی)، ۱۴۱۴، ج ۹، ص ۱۶۱؛ ابن‌ادریس، ۱۴۲۵، ص ۸۲۱؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۸۱۴). برخی از فقهای معاصر در پاسخ به سؤالی که از ایشان شده است، چنین بیان داشته‌اند: «زن و شوهر اگر چیزی به یکدیگر هبه کنند، در صورت بقای عین در ملکیت خودشان، حق رجوع دارند» (استفتا از دفتر آیت‌الله جوادی آملی و آیت‌الله مکارم شیرازی). مشابه همین نظر، برخی قائل‌اند که زوج و زوجه اگر از ارحام و خویشان نباشند، هر کدام می‌توانند به دیگری رجوع کنند (استفتا از دفتر آیت‌الله عباس مدرسی یزدی). مطابق با نظر اخیر، آنچه مانع از امکان رجوع در هبه زوجین خواهد بود، صدق عنوان هبه به ارحام خواهد بود و اگر رابطه خویشاوندی بینشان وجود نداشته باشد، رجوع امکان‌پذیر است. دسته‌ای از معاصرین نیز اشاره داشته‌اند که با وجود اشکال در الحاق زوجین به ارحام، اقرب، عدم الحاق زوجین به ارحام است (موسوی خویی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۲۰۵؛ وحید خراسانی، ۱۴۲۸، ج ۳، ص ۲۳۵؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲، ص ۳۶۶؛ کابلی، بی‌تا، ج ۲، ص ۴۰۷؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۴۰۹). برخی از فقها هم مثل آیت‌الله گلپایگانی توقف کرده و فرموده‌اند: مسئله محل اشکال است (موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۱۷۳).

دسته‌ای نیز رجوع از هبه را جایز، اما قائل به کراهت‌اند (حلی (علامه)، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۴۰۸؛ حلی (محقق)، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۲۳۰؛ بهجت، ۱۴۲۶، ج ۳، ص ۴۱۱؛ طوسی، ۱۴۰۸، ص ۳۷۹؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۴۱۶؛ کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲، ص ۱۷۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۱۷۲؛ حلی، ۱۴۰۵، ص ۳۶۶؛ فاضل آبی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۵۶). دلیل دسته اخیر، صحیحته محمد بن مسلم از امام باقر(ع) است که در آن از حضرت سؤال شد: «شخصی کنیزی داشت، و چون زنش به خاطر آن کنیز، مرد را آزرده می‌کرد، به زنش گفت: «هی علیک صدقه» (این کنیز را بر تو صدقه نمودم) حکمش چیست؟ امام(ع) در پاسخ فرمود: چنانچه صدقه مذکور را به خاطر خدا گفته، باید آن را اجرا کند، اما اگر چنین نبوده، حق دارد که اگر

بخواهد رجوع کند»<sup>۱</sup>. دلیل دیگری که در این خصوص مورد استناد قرار گرفته است، اجماع منقول است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۸، ص ۱۹۲).

### ۳. ارزیابی مستندات

در این بخش از جستار، مستندات فقها در مسئله، اعم از اجماع، آیات و روایات ناظر به مسئله، مورد نقد و ارزیابی قرار می‌گیرد.

#### ۳-۱. اجماع

اجماع به عنوان یکی از منابع استنباط احکام است، اما حجیت آن در فقه شیعه منوط به این است که دلیل دیگری در مسئله وجود نداشته باشد. اجماع، در صورتی که مستند مُجمَعین به طور صریح دلیل دیگری در مقام باشد، اجماع مدرکی خواهد بود (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۵، ص ۹۰؛ منصوری، ۱۴۲۷، ج ۲، ص ۳۵۶)، که حجیت ندارد (فاضل لنکرانی، ۱۴۳۰، ج ۳، ص ۲۰۸). در محل بحث نیز فقها به طور صریح مستند خویش را بیان می‌کنند. علاوه بر این، اجماع با مانع صغروی نیز مواجه است، زیرا نظر واحدی در مسئله وجود ندارد.

#### ۳-۲. قرآن

گفته شده است که قائلین به عدم جواز رجوع، به عمومات قرآنی، از جمله آیه ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ استناد می‌کنند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۲۲، ص ۲۰۵). اما این استدلال محل اشکال است، زیرا مجرای اصل لزوم جایی است که لازم‌الوفاء بودن عقدی محل شک باشد، درحالی که فقها مستند به روایات معصومین (ع) (بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۲، ص ۳۰۰-۳۰۶)، اصل را در عقد هبه بر جواز گذاشته‌اند (ابن براج، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۹۵؛ ایروانی، ۱۴۲۷، ج ۲، ص ۲۵۹). به عبارتی دیگر، هبه را از تحت عموم اصالة‌اللزوم خارج کرده‌اند. لذا در فرض مسئله نمی‌توان به اصالة‌اللزوم تمسک جست و اگر دلیل بر عدم جواز رجوع از هبه زوجین وجود داشته باشد، طبق آن حکم می‌شود، اما در صورتی که دلیلی از منابع استنباط یافت نشد حکم به جواز هبه زوجین مطابق با موازین فقهی خواهد بود. همچنین باید دقت

۱. «مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ صَفْوَانَ عَنِ الْعَلَاءِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَحَدِهِمَا (ع): أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ كَانَتْ لَهُ جَارِيَةٌ فَأَذَّنَهُ امْرَأَتُهُ فِيهَا. فَقَالَ: هِيَ عَلَيْكَ صَدَقَةٌ. فَقَالَ: إِنْ كَانَ قَالَ ذَلِكَ يَلِيهِ عَزْرٌ وَجَلَّ قَلْبُهَا وَإِنْ كَانَ لَمْ يَقُلْ فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ إِنْ شَاءَ فِيهَا» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۳۲؛ طوسی، ۱۳۹۰، ج ۴، ص ۴۵).



داشت که آیه شریفه ارتباطی به اصل لزوم ندارد. مفاد آیه اثبات اصلی دیگری به نام اصل لزوم وفای به مفاد قرارداد است. قرارداد چه لازم باشد و چه جایز، باید به مفاد هر کدام به همان شکل وفا کرد و امکان تغییر یا تعدیل قرارداد وجود ندارد (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج ۱، ص ۳۸۵؛ خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۳، ص ۴۸۳؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۱۳۱؛ مامقانی، ۱۳۱۶، ج ۳، ص ۳۵۳)؛ همان امری که در ماده ۲۱۹ قانون مدنی<sup>۱</sup> نیز آمده است.

آیات شریفه دیگری که در روایات نیز مورد استناد قرار گرفته است، یکی آیه ۲۲۹ سوره مبارکه بقره و دیگری آیه ۴ سوره مبارکه نساء است. مطابق با آیه اول، لازم به ذکر است که اگرچه برخی از مفسرین این آیه را در خصوص مهر می‌دانند (فیض کاشانی، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۲۵۸؛ طباطبایی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۲۳۴؛ طبرسی، ۱۳۷۲، ج ۲، ص ۵۷۸؛ مکارم شیرازی، ۱۳۷۴، ج ۲، ص ۱۶۸)، اما آیه شریفه مطلق بوده و با تفسیر مبتنی بر روایت محمد بن مسلم (مجلسی، ۱۴۰۶، ج ۱۴، ص ۴۴۷) و اطلاق کلام خداوند سبحان می‌توان گفت که شامل هر بخششی غیر از مهر هم می‌شود، همان‌گونه که برخی از مفسرین شیعی نیز به این مطلب اذعان کرده‌اند (طیب، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۴۶۰؛ قمی، ۱۳۶۸، ج ۲، ص ۳۴۶؛ صادقی تهرانی، ۱۳۶۵، ج ۴، ص ۵۵). تنها مانعی که در این آیه می‌تواند مطرح شود این است که فقط حکم به عدم جواز رجوع در هبه زوج به زوجه را وجیه می‌نماید. اما مطابق با آیه ۴ سوره مبارکه نساء، علاوه بر این که مطلق بخشش را، اعم از این که در مهر باشد یا غیر آن، شامل می‌شود، همچنین با هم‌افزایی این دو آیه شریفه و روایت محمد بن مسلم از امام صادق (ع) که در ادامه خواهد آمد، این حکم در مطلق هبه منعقدہ میان زوجین، اعم از این که واهب، زوج باشد یا زوجه، جاری است.

### ۳-۳. روایات

به لحاظ فقهی، آنچه که در نیل به نتیجه منطقی و مطابق با ادله یاری می‌کند این است که موارد لزوم هبه چیست؟ آیا روایتی که به‌عنوان مستند لزوم هبه زوجین نقل شده است، به لحاظ سندی معتبر بوده و به لحاظ مضمونی دلالتی دارد یا دلیل معارض داشته و قاصر از

۱. «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم‌مقام آن‌ها لازم‌الاتباع است، مگر این که به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود».

دلالت بر لزوم هبه است؟ همچنین آیا استدلال آن دسته از فقهای که زوجین را مشمول هبه به ارحام می‌دانند و حکم به لزوم هبه می‌دهند صحیح است؟  
در خصوص موارد امکان رجوع و عدم امکان آن، بیست‌وشش روایت در منابع روایی آمده است (بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۲، ص ۳۰۰-۳۰۵). در این بخش، جهت احتراز از اطناب، از آوردن تمام روایات خودداری می‌گردد و صرفاً روایات مرتبط با بحث آورده می‌شود و مضمون و مفاد آن مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱. صحیحۀ زرارۀ از امام صادق(ع): به موجب این روایت، حضرت می‌فرماید: «صدقه اصطلاح جدیدی است، چراکه متداول در زمان رسول خدا(ص) هبه و نحلۀ بود و به طور کلی، کسی که چیزی را به خاطر خداوند اعطا می‌کند رجوع در آن روا نیست، اما در آنچه برای خدا و در راه خدا ندهد می‌تواند رجوع کند، خواه نحلۀ باشد و خواه هبه، خواه قبض شده باشد و خواه نه، و مرد در آنچه که برای همسرش هبه می‌کند نمی‌تواند رجوع نماید و زن نیز در خصوص چیزی که به شوهرش هبه می‌دهد نمی‌تواند رجوع کند، چه قبض شده باشد چه قبض نشده باشد. مگر نه این است که خداوند تبارک و تعالی می‌فرماید: «برای شما حلال نیست که چیزی را از آنچه به همسرانتان داده‌اید باز پس بگیرید» و نیز فرموده است: «اگر خودشان با طیب نفس، چیزی را از مهر به شما بدهند، در چنین صورتی گوارا تناول کنید»، که این حکم شامل مهر و هبه می‌گردد» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۳۰).

۲. روایت محمد بن مسلم: از امام باقر(ع) سؤال شد: شخصی کنیزی داشت و چون زنش به خاطر آن کنیز، مرد را آزرده می‌کرد، به زنش گفت: «هی علیک صدقه» (این کنیز را بر تو صدقه نمودم). حکمش چیست؟ امام(ع) در پاسخ فرمود: «إن کان قال ذلک لله عزّ وجلّ فلیمضیها، وإن کان لم یقلّ فله أن یرجع إن شاء فیها» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۳۲؛ طوسی، ۱۳۹۰، ج ۴، ص ۴۵).

۳. روایت محمد بن مسلم: محمد بن مسلم از امام باقر(ع) نقل می‌کند که ایشان فرمود: «در هبه و نحلۀ اگر بخواهد می‌تواند رجوع کند، به قبض رسیده باشد یا نه، به جز

در هبه به ارحام که در آن نمی‌تواند رجوع کند»<sup>۱</sup> (طوسی، ۱۳۹۰، ج ۴، ص ۱۰۱).

۴. صحیحۀ بصری و عبدالله بن سنان: در این صحیحۀ از امام صادق (ع) پرسیده شد که شخصی هبه‌ای می‌دهد، آیا می‌تواند رجوع کند؟ حضرت فرمود: هبه به صاحب قرابت، لازم می‌گردد و همچنین اگر واهب در مقابل هبه‌اش عوض دریافت کند. در غیر این موارد، اگر بخواهد می‌تواند رجوع کند (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۹، ص ۱۵۵؛ حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۹، ص ۲۳۷).<sup>۲</sup>

در روایات مزبور در دو مورد به صراحت حکم به لزوم هبه شده است: یکی حکم خاصی که در خصوص هبه میان زوجین وارد شده است و دیگری لزوم عقد در هبه به ارحام.

### ۳-۳-۱. مستثنا شدن صریح زوجین

در روایت زراره از امام صادق (ع)، زوجین از اصل جواز هبه مستثنا شده‌اند. این روایت از نظر سندی صحیح می‌باشد (مجلسی، ۱۴۰۶، ج ۱۲، ص ۴۶۳؛ قطفی، ۱۴۱۹، ص ۴۳؛ بحرانی، بی‌تا، ج ۱۳، ص ۲۵۵؛ حلی (علامه)، ۱۳۸۸، ص ۴۱۸) و به صراحت دلالت بر عدم جواز رجوع در هبه زوجین دارد. اما اشکالاتی در این خصوص وارد شده است که به نقل و ارزیابی آن پرداخته می‌شود. با توجه به این که روایت محمد بن مسلم نیز به لحاظ سندی صحیح دانسته شده است (مجلسی، ۱۴۰۶، ج ۱۴، ص ۴۵۰؛ ترحینی عاملی، ۱۴۲۷، ج ۴، ص ۲۶۳؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۸، ص ۱۹۲) و خدشه‌ای نسبت به سند دو روایت مزبور وارد نشده است، اولین اشکالی که در این زمینه مطرح می‌کنند این است که این روایت با روایت محمد بن مسلم تعارض دارد (طباطبایی، ۱۴۱۲، ج ۱۰، ص ۲۲۳)، به این نحو که روایت محمد بن مسلم (روایت دوم)، با این که هبه به زوجه صورت گرفته است، ولی آن را در صورتی که در راه خدا

۱. «أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنِ الْعَلَاءِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ (ع) أَنَّهُ قَالَ: فِي الرَّجُلِ يَتَصَدَّقُ عَلَى وُلْدِهِ لَهُ وَقَدْ أَدْرَكُوا إِذَا لَمْ يَقْبِضُوا حَتَّى يَمُوتَ فَهُوَ مِيرَاثٌ وَإِنْ تَصَدَّقَ عَلَى مَنْ لَمْ يَدْرِكْ مِنْ وُلْدِهِ فَهُوَ جَائِزٌ لِأَنَّ وَالِدَهُ هُوَ الَّذِي يَلِي أَمْرَهُ وَقَالَ لَا يَرْجِعُ فِي الصَّدَقَةِ إِذَا ابْتَعَى بِهَا وَجْهَ اللَّهِ تَعَالَى وَقَالَ الْهَيْبَةُ وَالنَّخْلَةُ يَرْجِعُ فِيهَا إِنْ شَاءَ حَبْرٌ أَوْ لَمْ تُحْزِ إِلَّا لِذِي رَجْمٍ فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ فِيهِ».

۲. «مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ يَأْسَدَاهُ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ قُضَالَةَ بْنِ أَيُّوبَ عَنْ أَتَابَانَ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ سُلَيْمَانَ قَالَا: سَأَلْنَا أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) عَنِ الرَّجُلِ يَهَبُ الْهَيْبَةَ أَمْ يَرْجِعُ فِيهَا إِنْ شَاءَ أَمْ لَا؟ فَقَالَ: تَجُورُ الْهَيْبَةُ لِذَوِي الْقَرَابَةِ وَالَّذِي يَثَابُ مِنْ هَيْبَتِهِ، وَيَرْجِعُ فِي غَيْرِ ذَلِكَ إِنْ شَاءَ».

نداده باشد، جائز الرجوع می‌داند. اما در پاسخ می‌توان گفت که احتمال دارد مراد حضرت این بوده که چون مفروض در مسئله، صدقه می‌باشد، پس اگر قصد قربت کرده، صحیح بوده و الا صحیح نیست، زیرا در صدقه، قصد قربت شرط است. بر این اساس، در صورتی که قصد صدقه داشته باشد و نگوید که به خاطر خدا صدقه می‌کند، جواز رجوع از این جهت است که صدقه محقق نشده، زیرا صدقه مشروط به قصد قربت است (خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۴، ص ۴۸؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۱۷۱). بنابراین روایت ربطی به هبه نخواهد داشت. مؤید این احتمال، حرف «علی» می‌باشد. در روایت آمده است: «هی علیک صدقه» و نکته: «هی لک صدقه»، درحالی که معمولاً هبه با حرف «علی» متعدی نمی‌شود، بلکه با حرف «لام» متعدی می‌شود (زمخشری، ۱۹۷۹، ص ۶۹۰؛ سعدی، ۱۴۰۸، ص ۳۹۰؛ مطرزی، ۱۹۷۹، ج ۲، ص ۳۷۳؛ حمیری، ۱۴۲۰، ج ۱۱، ص ۷۳۱۲). بر این اساس، روایت تعارضی با صحیح زراره ندارد، و در نتیجه، حمل بر کراهت نیز صحیح نخواهد بود (بحرانی، بی تا، ج ۱۳، ص ۲۵۶).

اشکال دیگری که به لحاظ مضمونی مطرح می‌کنند آن است که در روایت زراره، هبه زوجین حتی در صورت قبض نکردن هم لازم شمرده شده است، درحالی که همه گفته‌اند: هبه پیش از قبض، قابل رجوع است (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۱، ص ۲۶؛ طباطبایی، ۱۴۱۲، ج ۱۰، ص ۲۲۲). پاسخ‌های متنوعی در رفع اشکال می‌توان بیان داشت. اول این که هیچ استبعادی ندارد که این یک حکم مخصوص در مورد هبه زوجین باشد (بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۲، ص ۳۳۳). همان گونه که مشابه همین در روایت محمد بن مسلم (روایت سوم) وجود دارد، به این نحو که در خصوص هبه به ارحام، تعبیر مزبور (حیزت أم لم تحز) استعمال شده است (بحرانی، بی تا، ج ۱۳، ص ۲۵۶). پاسخ دوم این است که مقصود از نفی قبض در روایت که فرمود: حتی اگر قبض نشده باشد، رجوع جایز نیست، قبض جدید غیر از قبض اول است، یعنی وقتی قبلاً قبض شده، دیگر قبض مجدد نیاز نیست. کلام فقها نیز همین مطلب را تأیید می‌نماید (عاملی (محقق کرکی)، ۱۴۰۸، ج ۹، ص ۱۵۷؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۲، ص ۳۳۳-۳۳۴؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲، ج ۲۰، ص ۲۸۹)، به ویژه این که امام (ع) به آیه‌ای استناد می‌کند که این آیه مطلق بوده و موهوبه مقبوض و غیرمقبوض را شامل می‌شود (بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۲، ص ۳۳۴).

گذشته از این‌ها، می‌توان گفت عدم عمل به قسمتی از یک روایت معتبر، موجب نمی‌شود که بقیه مدلولش نیز از حجیت ساقط شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳، ج ۶، ص ۲۵۹)، لذا اشکالی ندارد که به بخش دیگر روایت عمل شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۱۷۱). بر این اساس در خبر واحد مزبور تفکیک صورت می‌گیرد و بخشی از آن مورد عمل قرار می‌گیرد و بخشی از آن کنار گذاشته می‌شود (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۱، ص ۲۶۸). لذا می‌توان از تبعیض در حجیت روایت بهره جست. این نوع از تعارض که در مسئله پیش آمده است، مطلب جدیدی نیست و نظیر آن در فقه وجود دارد و فقها راهکار آن را در اجتناب از عمل به بخش مطرود روایت می‌دانند. حتی برخی از فقها اشاره داشته‌اند که تبعیض در اجزای خبر، از این جهت که به قسمتی از آن عمل شود و قسمت دیگر آن ترک شود، میان فقها متداول است (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۲۴۸؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۶، ص ۲۰۱؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۶، ص ۶۰؛ حکیم، ۱۴۱۶، ج ۹، ص ۳۸۹). لذا در چنین مواردی، آن بخش از روایت که با قول مشهور و بلکه نزدیک به اجماع، تعارض دارد از حجیت می‌افتد، ولی مابقی روایت در حجیت خود باقی است. حتی می‌توان این‌گونه عمل کرد که بر فرض وجود تعارض، صحیحه مزبور ترجیح داده شود، چراکه موافق با کتاب است، زیرا مراد از «آیتموهن» در آیه ۲۲۹ سوره مبارکه بقره، اعم از صدقه و هبه می‌باشد (خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۴، ص ۴۸؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۱۷۳).

قوت مبنای فقهی لزوم هبه زوجین در کلام فقها شواهد هم دارد. برخی از فقها با این‌که در هبه میان خویشاوندان غیر از والدین و فرزندان، قائل بر جواز رجوع هستند و مخالف اجماع سخن گفته‌اند، اما در خصوص هبه زوجین، مستند به روایت مزبور، رأی به لزوم هبه می‌دهند (محقق سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۲، ص ۳۲).

### ۳-۳-۲. ذی‌رحم محسوب شدن زوجین

مطابق روایت سوم و چهارم (روایت محمد بن مسلم و صحیح بصری) هبه به رحم موجبی برای لزوم هبه شمرده شده است و فقها نیز مطابق با آن رأی داده‌اند. اما این‌که «رَحِم»، شامل زوجین نیز باشد باید دید که مفهوم ذی‌رحم و مصادیق آن چه کسانی است؟ در خصوص معنای موضوعات احکام باید دید که آیا لغت، شرع و عرف با

همدیگر متفق‌القول هستند یا نه؟ اگر متفق بودند که نتیجه مشخص است. در غیر این صورت، با توجه به این‌که نص شارع باید بر اساس مقصود شارع تفسیر شود، لذا اگر احراز شود که معنای عرفی یا لغوی، مراد شارع بوده است، طبق آن حکم می‌شود. در غیر این صورت، بیان شارع بر معنای شرعی حمل می‌شود (عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۵۳۰). در خصوص مراد از رحم گفته شده است که شامل هر کسی می‌شود که عرفاً ذی‌رحم محسوب می‌گردد (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۱، ص ۲۶۷). برخی نیز مسئله را به بحث صله رحم ارتباط داده و فرموده‌اند که مراد از رحم افرادی است که صله آن واجب و قطع آن حرام است و مطلق افرادی را که از لحاظ نسبی قرابت دارند، شامل می‌شود، اگرچه که نکاح با ایشان جایز باشد (حائری طباطبایی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۲۵۹). نیز برخی بیان داشته‌اند که مقصود از رحم در تمام ابواب فقهی (صله رحم و غیر آن) عبارت است از کسی که عرفاً خویشاوندی و نسبت شناخته‌شده‌ای با انسان داشته باشد، چه دور باشد و چه نزدیک و حتی اگرچه نکاح با وی جایز باشد، به نحوی که گفته شده این مطلب موضع نص و وفاق می‌باشد (عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۳، ج ۶، ص ۳۱).

در خصوص مفهوم ذی‌رحم نه تحدید شرعی هست و نه عرف قطعی دقیقی درباره آن وجود دارد. آنچه هم که به عرف نسبت داده شده است مفهوم خویشاوند است نه ذی‌رحم. علاوه بر این، در خصوص مفهوم آن اختلاف هست، به این نحو که برخی از فقهای معاصر قائل‌اند که ارحام فقط ارحام نسبی را شامل می‌شود (بهجت، ۱۴۲۸، ج ۳، ص ۳۷۷)، آن‌هم خویشاوندان نزدیک و نه خویشاوندان خیلی دور (www.makarem.ir). لازم به ذکر است که اطلاق عنوان ارحام بر خویشاوندان سببی هم صحیح نیست، زیرا «رحم» یا «رحم» در اصل، عبارت است از رحم زن که از اعضای داخلی اوست و محل پرورش جنین (موسی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۳۰۲؛ ابن‌منظور، ۱۴۱۴، ج ۱۲، ص ۲۳۲؛ زبیدی، ۱۴۱۴، ج ۱۶، ص ۲۷۶). سپس این کلمه، با علاقه ظرف و مظروف، استعاره برای قرابت شده، به جهت این‌که همگی از یک رحم به دنیا آمده‌اند (طباطبایی، بی‌تا، ج ۴، ص ۱۳۴)، لذا مقصود از آن خویشاوندان نسبی خواهد بود.

با وجود نظرات مختلف می‌توان این‌گونه جمع‌بندی نمود که علاوه بر قطعی نبودن شمول ذی‌رحم به زوجین، با توجه به این‌که از میان قائلین به لزوم هبه در هبه زوجین،

گروهی از فقها نظر به عدم شمول رحم به زوجین دارند (صیمری، ۱۴۲۰، ج ۲، ص ۴۰۱؛ حلی، ۱۴۰۷، ج ۳، ص ۷۳)، لذا می‌شود گفت که بر فرض این که هبه زوجین تحت شمول هبه ارحام هم نباشد، صحیحه زراره از امام صادق (ع) با قوت سندی و دلالتی، کافی به اثبات لزوم هبه در زوجین می‌باشد، مخصوصاً که برخی از فقها با وجود قائل بودن به لزوم هبه میان فرزند و پدر - درحالی که اکثر فقها خلاف آن را فتوا داده‌اند -، در خصوص هبه زوجین قائل به لزوم هستند (محقق سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۲، ص ۳۲).

#### ۴. بررسی مسئله از موضع حقوق مدنی و رویه قضایی

قانون مدنی در دو بخش به مسئله امکان و عدم امکان رجوع در هبه میان زوجین پرداخته است. یکی در ماده ۸۰۳ و دیگری در مواد ۱۰۳۷ و ۱۰۳۸. در ماده ۸۰۳، با این که اصل را در عقد هبه بر جواز گذاشته، استثنائاتی را بر این اصل وارد می‌کند و موارد لزوم هبه را بیان می‌نماید، ولی هبه زوجین را جزو استثنائات قرار نمی‌دهد. بر این اساس، مدلول منطوقی ماده در خصوص هبه میان زوجین ساکت است. اما با توجه به این که قانون‌گذار مدنی لزوم هبه را منحصر به موارد مصرح کرده، لذا از باب مفهوم حصر، که یکی از اقسام مفهوم مخالف است، مدلول مفهومی ماده مذکور، نظر جواز رجوع در هبه میان زوجین را تحکیم می‌نماید. بنابراین می‌توان با استفاده از مفهوم حصر در ماده فوق‌الذکر، هبه منعقد میان زوجین را محکوم به جواز دانست. این از نظر برخی حقوق‌دانان، منطقی‌تر و مقرون به عدالت است، چه در فقه ما، طلاق حقی است اصولاً در اختیار مرد و هر وقت بخواهد می‌تواند زن خود را طلاق بدهد. بنابراین ممکن است زن در اثر احساسات یا در نتیجه تهدید به طلاق، دارایی خویش را به شوهرش ببخشد و در

۱. «بعد از قبض نیز واهب می‌تواند به ابقاء عین موهوبه از هبه رجوع کند، مگر در موارد ذیل: ۱. در صورتی که متهب پدر یا مادر یا اولاد واهب باشد. ۲. در صورتی که هبه معوض بوده و عوض هم داده شده باشد. ۳. در صورتی که عین موهوبه از ملکیت متهب خارج شده یا متعلق حق غیر واقع شود خواه قهراً مثل این که عین موهوبه به رهن داده شود. ۴. در صورتی که در عین موهوبه تغییری حاصل شود».

۲. «هر یک از نامزدها می‌تواند در صورت به هم خوردن وصلت منظور هدایایی را که به طرف دیگر یا ابوی او برای وصلت منظور داده‌است مطالبه کند. اگر عین هدایا موجود نباشد، مستحق قیمت هدایایی خواهد بود که عادتاً نگاه داشته می‌شود، مگر این که آن هدایا بدون تقصیر طرف دیگر تلف شده باشد».

۳. «مفاد ماده قبل از حیث رجوع به قیمت در موردی که وصلت منظور در اثر فوت یکی از نامزدها به هم بخورد مجری نخواهد بود».

این حالت، اگر مرد او را طلاق بدهد، هم محروم از حمایت شوهر می‌باشد و هم بی‌بهره از دارایی خود می‌شود (عمید، ۱۳۸۷، ص ۷۸). اما این نظر بیشتر استحسانی است، زیرا عدم ترتب اثر بر اعمال حقوقی افراد به بهانه تهدید و احساسی بودن عمل، وجیه نیست، مگر این که اراده در آن عمل حقوقی منتفی باشد. اما قانون‌گذار در خصوص هبه میان نامزدهایی که بعداً ازدواج می‌کنند، در مواد ۱۰۳۷ و ۱۰۳۸، رویکرد متعارض با ماده ۸۰۳ را اتخاذ نموده است. مطابق با مفهوم مخالف ماده ۱۰۳۷، هیچ یک از نامزدها نمی‌تواند در صورتی که نامزدی به هم نخورد، هدایایی را که به طرف دیگر یا ابوبین او برای وصلت منظور داده است، مطالبه کند. بر این اساس، در عقد هبه میان افرادی که در نامزدی هستند و قرار است ازدواج کنند، در صورت منتهی شدن امر به ازدواج، هبه سابق آن‌ها لازم خواهد بود. با این اوصاف، می‌توان گفت که قانون‌گذار نه تنها رویکرد واحدی ندارد، بلکه هبه‌ای را که بین مرد و زنی منعقد شده، درحالی که میانشان عقد نکاحی وجود ندارد، به اعتبار این که در آینده مزدوج خواهند شد، لازم محسوب نموده است. در عین حال، هبه میان زوجین را جزو استثنائات اصل جواز هبه ذکر نکرده است. شاید در این میان، این گونه احتمال داده شود که با توجه به استفاده از لفظ هدیه در مواد ۱۰۳۷ و ۱۰۳۸، عمل حقوقی خاصی مدنظر قانون‌گذار بوده است و این دو ماده متفاوت از هم می‌باشند. اما باید دقت داشت که متبادر از هدیه، همان هبه است و تفسیر به غیر از هبه نیاز به دلیل دارد که مفقود است.

مسئله محل بحث در رویه قضایی هم بیشتر در مسئله هبه مهر موضوع دادرسی قرار گرفته است. در برخی از آرای قضایی مستند به ماده ۸۰۶ قانون مدنی،<sup>۱</sup> چنین استدلال شده است که مهر زوجه چون دین است، بر ذمه زوج استقرار یافته و با هبه آن، امکان رجوع برای زوجه وجود ندارد (رای مورخ ۹۲/۹/۵ شعبه ۲۸۰ دادگاه عمومی حقوقی تهران؛ رای شعبه ۱۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به تاریخ ۱۳۹۲/۱۰/۲۸؛ رای دادگاه عمومی حقوقی ساری به تاریخ ۱۳۹۱/۲/۲۸) (ara.jri.ac.ir). اما در برخی از آرای قضایی، با این که سکه به عنوان دین بر ذمه زوج استقرار پیدا کرده است، در هبه سکه، این گونه استدلال می‌کنند که سکه

۱. «هرگاه داین طلب خود را به مدیون ببخشد، حق رجوع ندارد».



عین معین است و جزو استثنائات ماده ۸۰۳ قانون مدنی نشده است (رأی تاریخ ۹۱/۰۸/۲۱ شعبه ۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران؛ دادنامه تاریخ ۱۳۹۲/۱۲/۱۲ شعبه ۱۲ دیوان عالی کشور). (ara. jri. ac. ir). اما روشن است که در این موارد، مسئله از این حیث که هبه زوجین قابل رجوع است یا نه، محل بحث قرار نگرفته است، بلکه بیشتر از این جهت محل بحث بوده است که آیا جزو مستثنیات ماده ۸۰۳ قرار می‌گیرد یا نه.

ممکن است این سؤال به ذهن برسد که در فرض اختلاف میان زوجین در هبه یا صدقه بودن آن، تکلیف چیست؟ برای حل مسئله دو حالت متصور است. اول این که قرینه بر تحقق یکی از این دو عمل حقوقی وجود داشته باشد؛ در این حالت، احکام و آثار آن عمل حقوقی بر آن مترتب خواهد شد. حالت دوم این است که قرینه بر هیچ یک از این دو عمل حقوقی قائم نشود؛ با توجه به این که از سویی ترتب آثار، متوقف بر تحقق عنوان است و از سویی دیگر، این دو عمل حقوقی مراتب تشکیکی از عمل واحد نیستند تا بتوان قدر متیقن را مفروض دانست و در مقام شک، مطابق با آن عمل کرد. از این رو در هر جایی که اختلاف میان دو عمل حقوقی مختلف وجود داشته باشد، اگر دلیلی بر تحقق یکی از اعمال اقامه شود، مطابق با آن عمل می‌گردد، در غیر این صورت، عمل واقع شده، تحت ماده ۱۰ قانون مدنی تفسیر می‌شود.

### نتیجه‌گیری و پیشنهاد

یکی از مسائل مهم و مبتلابه در هبه میان زوجین، مسئله امکان و عدم امکان رجوع از آن است. قانون مدنی در ماده ۸۰۳، اصل را در هبه بر جواز گذاشته و موارد مستثنا از اصل مزبور را بیان نموده است. در مستثنیات اصل مزبور، به هبه زوجین تصریح نشده است. لذا با توجه به حجیت مفهوم حصر، هبه زوجین محکوم به جواز است. این مسئله در میان فقیهان امامی محل اختلاف است. برخی قائل بر این هستند که هبه زوجین جایز می‌باشد. استدلالشان این است که روایت محمد بن مسلم دال بر جواز رجوع است و زوجین ارحام محسوب نمی‌شوند تا مشمول روایاتی شوند که در آنها به لزوم هبه ارحام تصریح شده است. برخی هم به اجماع استناد کرده‌اند. اشکال استدلال‌های مزبور این بود که روایت مزبور در خصوص صدقه است و نه هبه، و با توجه به این که قصد قربت در صدقه شرط

است، لذا وجه جواز رجوع، این است که در واقع، صدقه تحقق نیافته است. در خصوص اجماع هم گفته شد که علاوه بر این که ثابت نیست، بر فرض ثبوت هم، مدرکی است، زیرا مستند قائلین روشن است. در مقابل، برخی قائل به لزوم هبه زوجین هستند. قائلین دیدگاه مزبور چنین استدلال می‌کنند که آیه ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ و روایت زراره از امام صادق (ع) دلالت بر لزوم هبه زوجین دارد و نیز این که زوجین ارحام محسوب می‌شوند. ارزیابی این سه استدلال نشان داد که مجرای آیه شریفه در جایی است که در خصوص لزوم و جواز عقدی تردید وجود داشته باشد، درحالی که در محل بحث مستند به روایات صحیح‌السند کثیری، همه فقها اصل بر جواز هبه داده‌اند. ارحام محسوب شدن زوجین نیز با اشکال مواجه است و دلیل متقنی بر آن وجود ندارد، زیرا مذکور در روایت، «ذی-رحم» است و همان گونه که فقها نیز فرموده‌اند نهایتاً می‌تواند شامل بستگان نسبی شود و نه سببی، چون رَحِم یا رَحِم در اصل، عبارت است از رَحِم زن که از اعضای داخلی اوست و محل پرورش جنین و سپس این کلمه، با علاقه ظرف و مظروف، استعاره برای قرابت شده، به جهت این که همگی از یک رَحِم به دنیا آمده‌اند. اما در خصوص صحیحۀ زراره نتیجه شد که روایت معارضی ندارد، زیرا موضوع روایت محمد بن مسلم، صدقه است و نه هبه. اما این که گفته شده در روایت زراره، هبه زوجین حتی در صورت قبض نکردن هم لازم شمرده شده است، درحالی که هیچ فقیهی مطابق آن فتوا نداده است، این سخن محل اشکال است، زیرا اولاً هیچ استبعادی ندارد که این یک حکم مخصوص در مورد هبه زوجین باشد، همان گونه که مشابه همین در روایت محمد بن مسلم (روایت سوم) وجود دارد، به این نحو که در خصوص هبه به ارحام، تعبیر مزبور (حیزت أم لم تحز) استعمال شده است. ثانیاً چه بسا که مقصود از نفی قبض در روایت که فرموده: حتی اگر قبض نشده باشد، رجوع جایز نیست، قبض جدید غیر از قبض اول است، یعنی وقتی قبلاً قبض شده، دیگر قبض مجدد نیاز نیست. فارغ از این‌ها می‌شود گفت عدم عمل به قسمتی از یک روایت معتبر، موجب نمی‌شود که بقیه مدلولش نیز از حجیت ساقط شود، لذا همان گونه که متداول میان فقهاست، در اجزای خبر واحد مزبور تفکیک صورت می‌گیرد و با تبعیض در حجیت، بخشی از روایت که با قول مشهور و بلکه نزدیک به اجماع تعارض دارد، از حجیت می‌افتد، ولی مابقی روایت در حجیت خود

باقی است. از این رو پیشنهاد می‌شود تا قانون‌گذار محترم در اصلاحات آتی قانون مدنی، ماده ۸۰۳ را به نحوی که در تفسیر مبتنی بر حجیت مفهوم حصر، هبه زوجین را نیز مشمول استثنائات ماده قرار دهد، اصلاح نماید.

## فهرست منابع

۱. آقایی بجستان، محمدرضا. (۱۴۰۱). تأملات فقهی و حقوقی هبه زوجین. فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی بناب، ۱۵(۱)، ۲۷-۴۰. <https://doi.org/10.3495/jiil.2022.694009>
۲. ابن‌ادریس، محمد بن منصور حلی. (۱۴۲۵ق). أجوبة مسائل ورسائل فی مختلف فنون المعرفة. قم: دلیل ما.
۳. ابن‌براج، عبدالعزیز. (۱۴۰۶ق). المذهب. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴. ابن‌منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ق). لسان العرب. بیروت: دار صادر.
۵. استفتا از دفتر آیت‌الله جوادی آملی و آیت‌الله مکارم شیرازی.
۶. استفتا از دفتر آیت‌الله عباس مدرسی یزدی.
۷. ایروانی، باقر. (۱۴۲۷ق). دروس تمهیدیه فی الفقه الاستدلالی علی المذهب الجعفری. قم: بی‌نا.
۸. باقری، پرویز و منصور مهدی شعبان-نیا و عبدالجبار زرگوش‌نسب. (۱۳۹۸). بازپژوهی رجوع زوجه از هبه مهریه و ابراء آن هنگام طلاق. مطالعات راهبردی زنان، ۲۲(۸۶)، ۱۵۳-۱۷۲. <https://doi.org/10.22095/jwss.2020.221591.2286>
۹. بحرانی، آل‌عصفور، حسین بن محمد. (بی‌تا). الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع. قم: مجمع البحوث العلمیه.
۱۰. بحرانی، یوسف بن احمد. (۱۴۰۵ق). الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۱. بهجت، محمد تقی. (۱۴۲۶ق). جامع المسائل. قم: دفتر معظم‌له.
۱۲. بهجت، محمد تقی. (۱۴۲۸ق). استفتاءات. قم: دفتر حضرت آیه‌الله بهجت.
۱۳. تبریزی، جواد بن علی. (۱۳۸۵ش). استفتاءات جدید. قم: نشر سرور.
۱۴. ترحینی عاملی، سید محمدحسین. (۱۴۲۷ق). الزبدة الفقهیه فی شرح الروضة البهیة. قم: دار الفقه.
۱۵. جلیلیان، محمد. (۱۳۹۹). بررسی فقهی رجوع زوجه از هبه مهریه به زوج. کنفرانس بین‌المللی فقه، حقوق، روانشناسی و علوم تربیتی در ایران و جهان اسلام. ۲۴۱-۲۵۰.
۱۶. جمعی از پژوهشگران، زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی. (۱۴۱۷ق). معجم فقه الجواهر. بیروت: الغدیر للطباعة والنشر والتوزیع.
۱۷. حائری طباطبایی، سید علی. (۱۴۰۹). الشرح الصغیر فی شرح مختصر النافع - حدیقة المؤمنین. قم:

- انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی قدس سره.
۱۸. حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعه. قم: مؤسسه آل البيت (ع).
  ۱۹. حسینی روحانی، سید صادق. (۱۴۱۲ق). فقه الصادق علیه السلام. قم: دار الکتاب - مدرسه امام صادق (ع).
  ۲۰. حسینی سیستانی، سید علی. (۱۴۱۷ق). منهاج الصالحین. قم: دفتر حضرت آیه الله سیستانی.
  ۲۱. حسینی عاملی، سید جواد بن محمد. (۱۴۱۹). مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، (چاپ جدید). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
  ۲۲. حسینی مراغی، سید میر عبد الفتاح. (۱۴۱۷). العناوین الفقهیه، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
  ۲۳. حکیم، سید محسن. (۱۴۱۶ق). مستمسک العروة الوثقی. قم: مؤسسه دار التفسیر.
  ۲۴. حلی (علامه)، حسن بن یوسف. (۱۳۸۸ق). تذکره الفقهاء. قم: مؤسسه آل البيت (ع).
  ۲۵. حلی (علامه)، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳ق). قواعد الأحکام فی معرفة الحلال والحرام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
  ۲۶. حلی (محقق)، جعفر بن حسن. (۱۴۱۸ق). المختصر النافع. تهران: مؤسسه البعته.
  ۲۷. حلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۷ق). المهذب البارع فی شرح المختصر النافع. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
  ۲۸. حلی (محقق)، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
  ۲۹. حلی، جمال الدین. (۱۴۱۰ق). المقتصر من شرح المختصر. مشهد: مجمع البحوث الإسلامیه.
  ۳۰. حلی، یحیی بن سعید. (۱۴۰۵). الجامع للشرائع، قم: مؤسسه سید الشهداء العلمیه.
  ۳۱. حمیری، نشوان بن سعید. (۱۴۲۰ق). شمس العلوم. دمشق: دار الفکر.
  ۳۲. خوانساری، سید احمد بن یوسف. (۱۴۰۵ق). جامع المدارک فی شرح مختصر النافع. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
  ۳۳. زبیدی، محمد مرتضی بن محمد حسینی. (۱۴۱۴ق). تاج العروس. بیروت: دار الفکر.
  ۳۴. زمخشری، محمود بن عمر. (۱۹۷۹م). أساس البلاغه. بیروت: بی نا.
  ۳۵. سبزواری، سید عبدالاعلی. (۱۴۱۳ق). مهذب الأحکام. قم: مؤسسه المنار.
  ۳۶. سعدی، ابوجیب. (۱۴۰۸ق). القاموس الفقهی لغه واصطلاحاً. دمشق: دار صادر.
  ۳۷. سیفی زیناب، غلامعلی و محمد احمدنژاد بهنمیری و محمدرضا درگاهی. (۱۳۹۸). تأملی پیرامون شرط ضمنی دوام زوجیت در هبه بین زوجین و ماهیت آن. پژوهش حقوق خصوصی، ۸(۲۹)، ۱۳۵-۱۳۵.
- <https://doi.org/10.22054/jplr.2019.38396.2080>. ۱۵۸
۳۸. صادقی تهرانی، محمد. (۱۳۶۵ش). الفرقان فی تفسیر القرآن بالقرآن. قم: انتشارات فرهنگ اسلامی.

۳۹. صیمری، مفلح بن حسن. (۱۴۰۸ق). تلخیص الخلاف و خلاصة الاختلاف - منتخب الخلاف. قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی (ره).
۴۰. صیمری، مفلح بن حسن. (۱۴۲۰ق). غایة المرام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار الهادی.
۴۱. طباطبایی، سید علی. (۱۴۱۲ق). ریاض المسائل. قم: مؤسسة النشر الإسلامی.
۴۲. طباطبایی، سید محمدحسین. (بی تا). المیزان فی تفسیر القرآن قم: منشورات جماعة المدرّسين فی الحوزة العلمیه.
۴۳. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم. (۱۴۲۳ق). العروة الوثقی. قم: مؤسسة النشر الإسلامی.
۴۴. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم. (۱۴۱۴ق). تکملة العروة الوثقی. قم: کتابفروشی داوری.
۴۵. طباطبایی، سید محمدحسین. (۱۴۱۷ق). المیزان فی تفسیر القرآن. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۶. طباطبایی، سید محمدصادق و داریوش کیوانی هفشجانی. (۱۳۹۵). امکان رجوع واهب از هبة به نوداگان. حقوق خصوصی، ۲(۱۳)، ۲۳۳-۲۵۲. <https://doi.org/10.22059/jolt.2016.60949>
۴۷. طبرسی، فضل بن حسن. (۱۴۱۰ق). المؤتلف من المختلف بین أئمة السلف. مشهد: مجمع البحوث الاسلامیه.
۴۸. طبرسی، فضل بن حسن. (۱۳۷۲ش). مجمع البیان فی تفسیر القرآن. تهران: ناصرخسرو.
۴۹. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۹۰ق). الاستبصار فیما اختلف من الأخبار. تهران: دار الکتب الإسلامیه.
۵۰. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). تهذیب الأحکام. تهران: دار الکتب الإسلامیه.
۵۱. طوسی، محمد بن علی. (۱۴۰۸ق). الوسيلة إلى نيل الفضيلة. قم: کتابخانه آية الله مرعشی نجفی (ره).
۵۲. طب، سید عبدالحسین. (۱۳۸۷ش). أطیب البیان فی تفسیر القرآن. تهران: انتشارات اسلام.
۵۳. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی. (۱۴۱۲ق). الدروس الشرعية. قم: مؤسسة النشر الإسلامی.
۵۴. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی. (۱۴۱۰ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، (با حواشی سید محمد کلاتر). قم: کتابفروشی داوری.
۵۵. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی. (۱۴۱۲ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، (با حواشی سلطان العلماء). قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
۵۶. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسة المعارف الإسلامیه.
۵۷. عاملی (محقق کرکی)، علی بن حسین. (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: مؤسسة آل البيت (ع) لإحياء التراث.
۵۸. عمید، موسی. (۱۳۸۷ش). حقوق مدنی (هبة). تهران: انتشارات نگاه بینه.
۵۹. فاضل آبی، حسن بن ابی طالب. (۱۴۱۷ق). كشف الرموز فی شرح مختصر النافع. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۶۰. فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۲۳ق). جامع المسائل. قم: انتشارات امیر قلم.
۶۱. فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۲۲ق). الأحكام الواضحة. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار(ع).
۶۲. فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۲۵ق). ثلاث رسائل. قم: بی‌نا.
۶۳. فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۲۶ق). تفصیل الشریعة - الصوم والاعتکاف. قم: مرکز فقه ائمه اطهار(ع).
۶۴. فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۳۰ق). دراسات فی الأصول. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار(ع).
۶۵. فخرالمحققین، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد. قم: اسماعیلیان.
۶۶. فقعانی، علی بن علی بن محمد بن طی. (بی‌تا). مسائل ابن طی - المسائل الفقهیة. بی‌جا: بی‌نا.
۶۷. فیض کاشانی، محمد محسن. (بی‌تا). مفاتیح الشرائع. قم: کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی(ره).
۶۸. فیض کاشانی، محمد محسن. (۱۴۱۵ق). تفسیر الصافی. تهران: انتشارات صدر.
۶۹. قطیفی، علی بن ابراهیم. (۱۴۱۹ق). شرح ترددات المختصر النافع. قم: دار المصطفی لإحياء التراث.
۷۰. قمی، محمد. (۱۳۶۸ش). تفسیر کنز الدقائق وبحر الغرائب. تهران: سازمان چاپ و انتشارات وزارت ارشاد اسلامی.
۷۱. کاشف الغطاء، حسن بن جعفر. (۱۴۲۲ق). أنوار الفقاهة - کتاب الهبة. نجف اشرف: مؤسسة کاشف الغطاء.
۷۲. کابلی، محمد اسحاق فیاض. (بی‌تا). منهاج الصالحین. بی‌جا: بی‌نا.
۷۳. کاشف الغطاء، محمد حسین. (بی‌تا). سؤال و جواب. بی‌جا: مؤسسة کاشف الغطاء.
۷۴. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). الکافی. تهران: دار الکتب الإسلامية.
۷۵. مامقانی، محمد حسن. (۱۳۱۶ق). غایة الآمال فی شرح کتاب المکاسب. قم: مجمع الذخائر الإسلامية.
۷۶. مجلسی، محمدباقر بن محمد تقی. (۱۴۰۴ق). مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول. قم: دار الکتب الإسلامية.
۷۷. مجلسی، محمدباقر بن محمد تقی. (۱۴۰۶ق). ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار. قم: انتشارات کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی(ره).
۷۸. محقق سیزواری، محمدباقر. (۱۴۲۳ق). کفایة الأحكام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۷۹. مطرزی، ناصر بن عبدالسید. (۱۹۷۹م). المغرب. حلب: مکتب اسامة بن زید.
۸۰. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۷۴ش). تفسیر نمونه. تهران: دار الکتب الإسلامية.
۸۱. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۶ق). أنوار الفقاهة - کتاب التجارة. قم: انتشارات مدرسة الإمام علی بن أبی طالب(ع).
۸۲. منتظری، حسین علی. (۱۳۷۳ش). رساله استفتائات. تهران: نشر تفکر.
۸۳. منصوری، ایاد. (۱۴۲۷ق). البیان المفید فی شرح الحلقة الثالثة من حلقات علم الأصول. قم: بی‌نا.

۸۴. موسوی (سید مرتضی)، علی بن حسین. (۱۴۱۵ق). الانتصار فی انفرادات الامامیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۸۵. موسوی خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۰ق). منهاج الصالحین. قم: نشر مدینه العلم.
۸۶. موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا. (۱۴۰۹ق). مجمع المسائل. قم: دار القرآن الکریم.
۸۷. موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا. (۱۴۱۳ق). هدایة العباد. قم: دار القرآن الکریم.
۸۸. موسی، حسین یوسف. (۱۴۱۰ق). الإفصاح. قم: مکتب الإعلام الإسلامی.
۸۹. میرزای قمی، ابوالقاسم. (۱۴۱۸ق). جامع الشتات فی أجوبة السؤالات. تهران: مؤسسه کیهان.
۹۰. میرخلیلی، سید احمد و حجت عزیزالهی و معین فرزانه و شاره. (۱۳۹۴). حکم ممنوعیت رجوع از هبه به خویشاوندان در فقه امامیه. حقوق اسلامی، ۱۲(۴۶)، ۱۱۱-۱۳۷.
۹۱. نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۹۲. واسطی، عبدالحمید. (۱۴۰۲). روش‌شناسی کشف مذاق شارع (مطالعه موردی: حکم رجوع در هبه زوج به زوجه). فقه و اصول، ۵۵(۱۳۵)، ۲۳۷-۲۶۳. <https://doi.org/10.22067/jfiiqh.2022.78916.1451>
۹۳. وحید خراسانی، حسین. (۱۴۲۸ق). منهاج الصالحین. قم: مدرسه امام باقر(ع).
۹۴. هاشمی شاهرودی، سید محمود. (بی تا). استفتاءات. بی جا: بی نا.
۹۵. رأی شماره ۱۵۹۴ مورخ ۹۲/۹/۵ شعبه ۲۸۰ دادگاه عمومی حقوقی تهران؛ رأی شماره ۱۸۰۷-۲۲۱۱۰۲۲۱۰۹۹۷۰۹۲۰ شعبه ۱۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به تاریخ ۱۳۹۲/۱۰/۲۸؛ رأی شماره ۹-۲۳۰ دادگاه عمومی حقوقی ساری به تاریخ ۱۳۹۱/۲/۲۸؛ رأی شماره ۱۲۵۷-۲۲۰۴۰۹۹۷۰۹۱۰۹۹۷۰۹۲۰ تاریخ ۹۱/۰۸/۲۱ شعبه ۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران؛ دادنامه شماره ۱۳۰۸-۷۲۰۹۹۷۰۹۲۰ تاریخ ۱۳۹۲/۱۲/۱۲ شعبه ۱۲ دیوان عالی کشور (<https://ara.jri.ac.ir>)
۹۶. <https://makarem.ir>







## The Arguments for the Requirement of Contracts Being Settled in Cash in Differential Barter Transactions When the Exchanged Items are Measured or Weighed and are of Different Kinds Considerations

Sayyid 'Alī Šidāqat<sup>1✉</sup> , Gholām 'Alī Ma 'šūmī-Nīyā<sup>2</sup>

1. Corresponding Author, Graduate of Level (Saṭḥ) Four from the Ḥawza al-'Ilmīyya (Islamic Seminary) and Lecturer of Advanced Levels at the Qom Seminary & PhD student in Islamic Economics, Research Institute of Hawzah and University, Qom, Iran. Email: [alisedaghat@rihu.ac.ir](mailto:alisedaghat@rihu.ac.ir)
2. Associate Professor, Department of Economics and Islamic Banking, Faculty of Economics, Kharazmi University, Tehran, Iran. Email: [masuminia\\_ali@yahoo.com](mailto:masuminia_ali@yahoo.com)

---

### Article Info

### ABSTRACT

**Article type:**

Research Article

**Article history:**

Received 14 December 2022

Received in revised form 4

September 2023

Accepted 18 October 2023

Available online 13 December

2023

**Keywords:**

Barter contract, Deferred or on credit, Cash or immediate, Considerations (Exchanged items), Measured by volume or weight, of different kinds.



In many barter contracts, the disparity in the value of exchanged goods results in the quantity of the exchanged items (considerations) not being equivalent. All Shī'a jurists agree that if the exchanged items in such a contract are "measured or weighed and are of the same kind," the contract is considered "usurious (Arabic: الربوة الربا، ربا، lit.: usury, Romanized: ribā or al-ribā)" and therefore invalid. However, in addition, some jurists have also stipulated that a contract involving items exchanged that are measured by volume or weight, but are of different kinds, is valid only if the exchange is immediate (i.e., on the realization). This study, which utilized a narrative-revelatory method for analytical-critical data processing, concluded that the aforementioned transaction, when conducted on credit, is invalid and lacks legal effect under Islamic law. However, adhering to this condition in contracts with non-Muslims is not necessary. If the contract party is a Muslim, this transaction can be conducted in the form of two separate transactions: goods in exchange for money. Instead of a physical exchange of money, set-off (Arabic: هاتر) can be utilized.

---

**Cite this article:** Šidāqat, S., A.; Ma 'šūmī-Nīyā, GH., A. (2024). The Arguments for the Requirement of Contracts Being Settled in Cash in Differential Barter Transactions When the Exchanged Items are Measured or Weighed and are of Different Kinds Considerations. *Civil Jurisprudence Doctrines*, 16 (30), 161-181. <https://doi.org/10.30513/cjd.2023.4914.1834>





## ادله اشراط نقد بودن قراردادهای پایاپای تفاضلی در صورت مکیل یا موزون و ناهم جنس بودن عوضین

سید علی صداقت<sup>۱</sup> | غلامعلی معصومی نیا<sup>۲</sup>

۱. نویسنده مسئول، دانش آموخته سطح چهار حوزه قم و مدرس سطوح عالی حوزه علمیه قم، دانشجوی دکتری اقتصاد اسلامی پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، قم، ایران. رایانامه: [alisedaghat@rihu.ac.ir](mailto:alisedaghat@rihu.ac.ir)  
۲. دانشیار، گروه اقتصاد و بانکداری اسلامی، دانشکده اقتصاد، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران. رایانامه: [masuminia\\_ali@yahoo.com](mailto:masuminia_ali@yahoo.com)

اطلاعات مقاله	چکیده
<p>نوع مقاله: علمی پژوهشی</p> <p>تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۹/۲۳</p> <p>تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۶/۱۳</p> <p>تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۷/۲۶</p> <p>تاریخ انتشار آنلاین: ۱۴۰۲/۰۹/۲۲</p> <p>کلیدواژه‌ها:</p> <p>قرارداد پایاپای، مدت دار، نقدی، عوضین، مکیل یا موزون، ناهمجنس.</p> 	<p>در بسیاری از قراردادهای پایاپای، ناهمسانی ارزش کالاهای مورد مبادله، سبب می‌شود که مقدار عوضین قرارداد با یکدیگر همسان نباشند و همه فقیهان شیعی معتقدند در صورتی که عوضین این قرارداد، مکیل یا موزون بوده و همجنس با یکدیگر باشند، این قرارداد ربا و باطل است. اما علاوه بر این، برخی از فقیهان درباره قراردادی که عوضین آن، مکیل یا موزون بوده، اما با یکدیگر ناهمجنس باشند نیز این ضابطه را مطرح نموده‌اند که صحت آن مشروط به نقد بودن است. این پژوهش که با روش نقلی - وحيانی به داده‌پردازی تحلیلی - انتقادی اطلاعات پرداخته، به این نتیجه دست یافته که معامله مزبور به صورت مدت دار، باطل و فاقد اثر شرعی است، اما رعایت این شرط در قرارداد با نامسلمانان لازم نیست. در صورتی هم که طرف قرارداد مسلمان باشد، می‌توان این معامله را در قالب دو معامله کالا در مقابل پول انجام داد و به جای تبادل خارجی پول، از تهاتر بهره برد.</p>
<p><b>استناد:</b> صداقت، سید علی؛ معصومی نیا، غلامعلی. (۱۴۰۳). ادله اشراط نقد بودن قراردادهای پایاپای تفاضلی در صورت مکیل یا موزون و ناهم جنس بودن عوضین. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۶ (۳۰)، ۱۶۱-۱۸۱. <a href="https://doi.org/10.30513/cjd.2023.4914.1834">https://doi.org/10.30513/cjd.2023.4914.1834</a></p> <p>ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.</p>	<p>© نویسندگان.</p>



## مقدمه

امروزه یکی از اصلی‌ترین راه‌حل‌های پیش روی کشورهای که در شرایط تحریم قرار گرفته‌اند، بهره‌مندی از قراردادهای تبادل کالا در مقابل کالا (پایاپای، تهارتری) است. همچنین در عرصه سیاست‌های اقتصاد داخلی کشورها نیز مزایای بسیاری برای این دسته از معاملات بیان شده که «جلوگیری از رشد نقدینگی و در نتیجه، تورم برآمده از آن»، از آن جمله است (سیحان‌اللهی و کوهگرد، ۱۳۹۵، ص ۲۰۷-۲۱۲).

روشن است که قریب به اتفاق قراردادهای پایاپای قراردادهایی‌اند که به دلیل ناهمسانی ارزش عوضین نسبت به یکدیگر، مقدار عوض با معوض همسان نیست. از این دسته قراردادهایی که مقدار عوضین آن‌ها با یکدیگر ناهمسان است، به‌اختصار با عنوان «قراردادهای تفاضلی» یاد می‌کنیم.

همچنین قابل انکار نیست که یکی از رایج‌ترین گونه‌های قراردادهای تفاضلی، قراردادهایی هستند که اگرچه عوضین از یک جنس نیستند، اما معیار سنجش آن‌ها، پیمانانه - مثلاً بشکه در نفت - (کالاهای مکیل) یا وزن (کالاهای موزون) است، همچون قراردادی که طبق آن، پنجاه میلیون بشکه نفت در مقابل هزار تن گندم، هزار تن شکر، هزار تن برنج و هزار تن ذرت مبادله می‌شود.

این در حالی است که شماری از فقیهان شیعه، این قراردادها را صرفاً در صورتی صحیح می‌دانند که به صورت نقدی منعقد گردند و انعقاد آن‌ها به صورت مدت‌دار (سلم و نسیه) را باطل می‌شمارند. توضیح بیش‌تر آن‌که، طبق نقل شیخ طوسی، ضابطه مورد اتفاق فقیهان شیعه درباره قراردادهای تفاضلی آن است که قراردادی که طبق آن، دو کالای مکیل یا موزون که با یکدیگر همجنس‌اند، در مقابل یکدیگر مبادله شوند، «ربا» و «باطل» است (طوسی، ۱۴۰۷ «الف»، ج ۳، ص ۴۳-۴۴)، حتی اگر قیمت عوضین با یکدیگر همسان باشد. لذا مثلاً نمی‌توان یک گرم طلای نو را در مقابل دو گرم طلای مستعمل مبادله نمود.

اما علاوه بر این ضابطه، شماری از فقیهان بر آن‌اند که آن دسته از قراردادهای تفاضلی که عوضین آن‌ها مکیل یا موزون بوده، اما از دو جنس متفاوت باشند هم صرفاً در صورت

نقد بودن می‌توانند صحیح باشند و اگر به صورت مدت‌دار منعقد گردند، باطل اند. بنابراین، پرسش اصلی این مقاله آن است که آیا دلیل کافی بر تقیید اطلاقات صحت قراردادها به لزوم نقدی بودن این گونه از قراردادهای پایاپای تفاضلی وجود دارد یا طبق نظری که نظر مشهور فقهای امامیه دانسته شده (یزدی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۲۴؛ سیستانی، ۱۴۴۰، ص ۴۱)، باید حکم به صحت قراردادهای مدت‌دار در این فرض نمود؟ پرسش دیگر این مقاله آن است که در صورت پذیرش حکم به بطلان معاملات مدت‌دار، با توجه به نیاز بازارهای خرد و کلان به این گونه از قراردادها، چگونه می‌توان نیاز بازار به این دست قراردادها را پاسخ گفت و آیا جایگزینی برای آن‌ها وجود دارد یا خیر؟

شایان ذکر است که با وجود جست‌وجوی گسترده در مقالات منتشرشده در این زمینه، هیچ پژوهشی را در این زمینه نیافتیم. اما در میان فقیهان، شیخ مفید نخستین فقیهی است که عبارت او در این زمینه به ما رسیده است:

«هر کالای موزون یا مکیل در صورتی که نوعش موافق باشد (با طرف دیگر عقد)، فروختن یک واحد در مقابل بیشتر از یک واحد جایز نیست و اگر نوعش مخالف باشد، فروختن یک واحد در مقابل دو واحد و بیشتر به صورت نقدی جایز است، اما به صورت نسیه جایز نیست» (مفید، ۱۴۱۳، ص ۶۰۳).

البته بنا بر نقل علامه حلی، پیش از ایشان ابن جنید و ابن ابی‌عقیل نیز به همین نظر باور داشته (علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۵، ص ۸۶)، و پس از ایشان نیز بزرگانی به این نظر اعتقاد یافته (سلار، ۱۴۰۴، ص ۱۷۹؛ ابن‌براج، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۳۶۴؛ سیستانی، ۱۴۴۰، ص ۴۶) یا متمایل (خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۳، ص ۲۵۴) گشته‌اند.

در سوی مقابل، شیخ طوسی<sup>۱</sup> (طوسی، ۱۴۰۰، ص ۳۷۷)، ابن‌ادریس (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۲۵۶)، ابن‌حمزه (ابن‌حمزه، ۱۴۰۸، ص ۲۵۴)، علامه حلی (علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۵، ص ۸۷)، فخرالمحققین (فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۴۷۵) و صاحب ریاض (طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۸، ص ۴۱۶)، از بزرگانی‌اند که در این صورت، به صحت قرارداد تفاضلی مدت‌دار معتقدند.

۱. ایشان در همه کتیشان چنین نظری ندارند. مثلاً در کتاب استبصار مرددند (طوسی، ۱۳۹۰، ج ۳، ص ۷۹).

روشن است که در صورت صحیح بودن ادله بطلان معامله مدت‌دار، تمسک به ماده ۱۰ قانون مدنی برای صحت این معامله قابل پذیرش نیست، زیرا به تصریح اصل چهارم قانون اساسی، «اطلاق و عموم قوانین مخالف موازین فقهی، معتبر نمی‌باشد».

### ۱. ادله اشتراط نقد بودن معامله

الف. «مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنِ الْعَلَاءِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ (ع) قَالَ: ... إِذَا اخْتَلَفَ الشَّيْئَانِ فَلَا بَأْسَ مِثْلَيْنِ يَمْتَلِئُ يَدًا بِيَدٍ؛ محمد بن مسلم از امام باقر(ع) نقل کرده که فرمود: اگر دو شیء با یکدیگر ناهمجنس باشند، معاوضه‌شان به صورت دو به یک و نقدی اشکالی ندارد» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۱۸۹).

ب. «عَنْهُ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) ... سُئِلَ عَنِ الرَّيِّتِ بِالسَّمَنِ اثْنَيْنِ بِوَاحِدٍ قَالَ: يَدًا يَبِيدُ لَا بَأْسَ بِهِ؛ حلبی نقل می‌کند که از امام صادق(ع) درباره معاوضه روغن زیتون در مقابل روغن حیوانی به صورت دو به یک پرسیده شد. ایشان فرمود: نقدی اشکالی ندارد» (طوسی، ۱۴۰۷ «ب»، ج ۷، ص ۹۴).

ج. «وَعَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ وَأَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ جَمِيعاً عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ أَبِي أَيُّوبَ عَنْ سَمَاعَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: الْمُخْتَلِفُ مِثْلَانِ يَمْتَلِئُ يَدًا بِيَدٍ لَا بَأْسَ؛ امام صادق(ع) فرمود: تبادل دو کالای ناهمجنس به صورت دو به یک و نقدی اشکالی ندارد» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۸، ص ۱۴۷).

**بررسی سند روایت الف، ب و ج:** صحت سند روایت الف و ب روشن است، علاوه بر آن که شیخ طوسی روایت الف را با سند صحیح دیگری نیز نقل کرده است (طوسی، ۱۴۰۷ «ب»، ج ۷، ص ۹۵). اما در سند روایت ج، سماعه حضور دارد که نجاشی او را ثقه دانسته (نجاشی، ۱۴۰۷، ص ۱۹۳) و شیخ طوسی او را واقفی خوانده است (طوسی، ۱۴۲۷، ص ۳۳۷). لذا این روایت موثقه می‌باشد.

**بررسی دلالت روایت الف، ب و ج:** در نگاه اول، دلالت این روایات بر بطلان معامله مورد بحث، متوقف بر دو نکته به نظر می‌رسد:

---

۱. از اسناد قبلی روشن است که مرجع ضمیر، محمد بن ابی‌عمیر است و باز این سند معلق بر سند قبل می‌باشد که حسین بن سعید اهوازی، ناقل از ابن‌ابی‌عمیر می‌باشد.

نخست آن که مطابق فرمایش برخی بزرگان (ایروانی، ۱۴۲۲، ج ۱، ص ۱۵۶-۱۵۷؛ بروجردی، ۱۴۱۵، ص ۲۹۴؛ اراکی، ۱۳۷۵، ص ۳۲۲؛ خوئی، ۱۴۱۸ «الف»، ج ۴، ص ۲۷۱) وصف، مفهوم جزئی و فی‌الجمله داشته، «یداً بید» دال بر آن باشد که ذات این معامله (فارغ از تقید به نقد بودن)، خالی از «بأس» نیست، و چون میان سایر افراد معامله کالابه کالا (معامله نسیه و سلف)، احتمال فرق نیست، در همه معاملات مدت‌دار، «بأس» وجود دارد. اما بنا بر انکار کلی مفهوم وصف که برخی دیگر از بزرگان به آن معتقدند (حائری یزدی، ۱۴۱۸، ص ۲۰۱؛ خمینی، ۱۴۲۱، ج ۳، ص ۴۳؛ تبریزی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۳۶۰)، استدلال به این روایت درست نخواهد بود.

دیگر آن که «وجود بأس (برداشت شده از مفهوم لا بأس)»، ظهور در خصوص حکم حرمت (تکلیفی یا وضعی، به تناسب مورد) داشته باشد و با کراهت قابل جمع نباشد. این نکته را هم شماری از بزرگان منکر شده‌اند (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱، ص ۳۱۳؛ مجلسی دوم، ۱۴۰۳، ج ۶۲، ص ۳۷؛ میرزای قمی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۳۴۲؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۳، ص ۳۶۱؛ کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲، ص ۱۱۹؛ همدانی، ۱۴۱۶، ج ۱، ص ۳۵۶؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰۶، ص ۲۸۱؛ خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۱، ص ۳۴۱؛ خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۶۰۴).

اما با دقت بیشتر به نظر می‌رسد که دلالت روایت متوقف بر نکته نخست نیست، زیرا بزرگان منکر مفهوم وصف نیز مکرر در فقه، از مفهوم وصف در صورتی که گوینده درصدد تحدید و تبیین دقیق ضابطه باشد، بهره برده و تصریح کرده‌اند که حتی بنا بر عدم پذیرش مفهوم وصف، اخذ وصف در این عبارات قانونی، قرینه بر وجود مفهوم است.

حال نظر به آن که این قسمت از عبارت، در پاسخ به پرسش راوی بیان نشده است تا اخذ قید «نقدی بودن»، به خاطر طرح این قید در سؤال راوی باشد و معامله مدت‌دار هم نادر نیست تا «یداً بید» به‌عنوان قید غالبی بیان شده باشد و عبارت نیز در قالبی کلی، قانونی و ضابطه‌گونه بیان شده است، هیچ وجه عرفی برای اخذ این وصف جز برای بیان «وجود بأس در غیر معامله نقدی» به نظر نمی‌رسد.

اثبات نکته دوم نیز نظر به آن است که همان‌طور که محقق نراقی فرموده‌اند (نراقی، ۱۴۱۷، ص ۶۷-۶۸)، «بأس» در لغت به «جنگ» (خلیل بن احمد، ۱۴۱۰، ج ۷، ص ۳۱۶)، «شدت» (جوهری، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۹۰۶؛ ابن فارس، ۱۴۰۴، ج ۱، ص ۳۲۸؛ راغب اصفهانی، ۱۴۱۲،

ص ۱۵۳) و «عذاب» (حمیری، ۱۴۲۰، ج ۱، ص ۶۹۳) تفسیر شده است و در قرآن کریم نیز در «جنگ» (بقره/۱۷۷؛ احزاب/۱۸) و «عذاب» (غافر/۸۴؛ انبیاء/۱۲) به کار رفته است و این معانی و مصادیق با «کراهت اصطلاحی» تناسبی ندارد. لذا بسیاری از بزرگان، مفهوم «لا بأس» را ظاهر در حکم تکلیفی الزامی یا حکم وضعی بطلان (به تناسب مورد) دانسته‌اند (عاملی، ۱۴۱۱، ج ۷، ص ۲۷۵؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۴، ص ۶؛ انصاری، ۱۴۱۵ «الف»، ج ۱، ص ۳۱۳؛ انصاری، ۱۴۱۵ «ب»، ج ۶، ص ۲۸۸؛ حائری یزدی، ۱۴۰۴، ص ۱۵۶؛ خوئی، ۱۴۱۸ «ب»، ج ۱۲، ص ۴۳۴-۴۳۵؛ سیستانی، ۱۴۴۰، ص ۴۲).

د. «رَوَى أَبَانُ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ الْحَلْبِيِّ وَحَمَادِ بْنِ عُثْمَانَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَلِيٍّ الْحَلْبِيِّ قَالَ سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) يَقُولُ: مَا كَانَ مِنْ طَعَامٍ مُخْتَلِفٍ أَوْ مَتَاعٍ أَوْ شَيْءٍ مِنَ الْأَشْيَاءِ يَتَفَاضَلُ فَلَا بَأْسَ بِبَيْعِهِ مِثْلَيْنِ بِمِثْلِ يَدًا بِيَدٍ فَأَمَّا نَظْرَةٌ فَلَا تَصْلُحُ؛ عبيدالله بن علي حلبی گوید: از امام صادق(ع) شنیدم که می‌فرمود: چیزی از طعام که متفاوت (با سوی دیگر معاوضه) باشد یا کالا یا هر چیزی که تفاضلی (بیشتر از سوی دیگر مبادله) باشد، اشکالی ندارد که به صورت دو به یک و نقدی فروخته شود. اما در صورتی که مدت دار باشد، (این معامله) صلاحیت ندارد» (صدوق، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۲۷۹؛ و با اسناد مرسل: کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۱۹۱).

**بررسی سند روایت:** وثاقت راویان مذکور در سند روشن است. طریق شیخ صدوق به «ابان بن عثمان احمر» (صدوق، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۴۸۴) و «حماد بن عثمان» (صدوق، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۴۵۳) نیز صحیح می‌باشد. علاوه بر این، شیخ طوسی این روایت را با سه سند صحیح نقل می‌کند (طوسی، ۱۴۰۷ «ب»، ج ۷، ص ۹۳-۹۴) که می‌تواند به‌ضمیمه نقل کلینی و صدوق، سبب اطمینان به صدور شود.

ه. «الْحَسَنُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ ابْنِ سِنَانٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) عَنْ رَجُلٍ أَسْلَفَ رَجُلًا زَيْنًا عَلَى أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ سَهْمًا قَالَ لَا يَصْلُحُ؛ ابن‌سنان گوید: از امام صادق(ع) درباره مردی پرسیدم که با مردی دیگری قرارداد سلفی منعقد کرده میان روغن زیتون و روغن حیوانی. ایشان فرمود: (این معامله) صلاحیت ندارد» (طوسی، ۱۴۰۷ «ب»، ج ۷، ص ۴۳).

**بررسی سند روایت:** مقصود از ابن‌سنان، «عبدالله بن سنان» است که در وثاقت او تردیدی نیست (نجاشی، ۱۴۰۷، ص ۲۱۴؛ طوسی، بی‌تا، ص ۱۰۱) نه «محمد بن سنان» که برخی

او را ضعیف خوانده‌اند (نجاشی، ۱۴۰۷، ص ۳۲۸؛ طوسی، ۱۴۲۷، ص ۳۶۴)، زیرا ناقل از ابن سنان در این روایت، حسن بن محبوب است و او در کتب اربعه، ۳۰۰ نقل از عبدالله بن سنان دارد. حال آن‌که در کتب اربعه، ابن محبوب از محمد بن سنان فقط یک نقل دارد که آن‌هم احتمالاً خطای نسخه بوده و «محمد بن سنان» عطف بر «حسن بن محبوب» می‌باشد و نه مروی عنه از او.

شیخ طوسی نیز در مشیخه تهذیب، چندین سند به کتاب «حسن بن محبوب» ذکر فرموده که صحت برخی از آن‌ها قابل انکار نیست (طوسی، ۱۴۰۷ «ب»، ج ۱، ص ۵۲-۶۲).

**بررسی دلالت روایت:** اگرچه در این روایت و روایت بعدی، تفاضل مقدار عوضین به صراحت بیان نشده، اما همان‌طور که شیخ طوسی (طوسی، ۱۳۹۰، ج ۳، ص ۷۹) و علامه حلی (علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۵، ص ۱۰۰) برداشت فرموده‌اند، ظاهراً حضرت ناظر به همین فرض تفاضل مقدار عوضین بوده‌اند، زیرا اولاً از روایت «ب» برمی‌آید که چون ارزش این دو کالا (روغن حیوانی و روغن زیتون)، همسان نبوده، معاوضه آن‌ها به صورت تفاضلی انجام می‌شده و ثانیاً اگر مقدار عوضین یکسان بوده باشد، شبهه‌ای در جواز معاوضه نیست و نیاز به پرسش درباره آن، آن‌هم توسط شخصیت جلیل‌القدری در سطح عبدالله بن سنان، نبوده است.

و. «الْوَشَاءُ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ قَالَ سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) يَقُولُ: لَا يَبْنِي لِلرَّجُلِ إِسْلَافُ السَّمْنِ بِالرَّيْتِ وَلَا الرَّيْتِ بِالسَّمْنِ؛ عبدالله بن سنان گوید: از امام صادق (ع) شنیدم که می‌فرمود: بایسته نیست که مرد میان روغن حیوانی و روغن زیتون یا بالعکس، عقد سلف منعقد نماید» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۱۹۰؛ صدوق، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۲۶۳؛ طوسی، ۱۴۰۷ «ب»، ج ۷، ص ۴۳).

**بررسی سند روایت:** سند کلینی به این حدیث ضعیف به نظر می‌رسد، زیرا ناقل از وشاء در سند ایشان، «معلی بن محمد» است که نه تنها توثیق نشده، بلکه نجاشی (نجاشی، ۱۴۰۷، ص ۴۱۸) و علامه حلی (علامه حلی، ۱۳۸۱، ص ۲۵۹) او را «مضطرب الحدیث و المذهب» خوانده‌اند. اما شیخ صدوق که همین روایت را از وشاء نقل می‌کند، در مشیخه فقیه دو سند صحیح به وشاء دارد (صدوق، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۴۸۴) و وثاقت وشاء (نجاشی، ۱۴۰۷، ص ۳۹) و عبدالله بن سنان (نجاشی، ۱۴۰۷، ص ۲۱۴؛ طوسی، بی‌تا، ص ۱۰۱) هم که روشن است.



ادله اشتراط نقد بودن قراردادهای پایاپای تفاضلی در صورت مکیل /... / سید علی صدقات، غلامعلی معصومی‌نیا ..... ۱۶۹

همچنین شیخ طوسی (طوسی، ۱۴۰۷ «ب»، ج ۷، ص ۴۳) این روایت را از احمد بن محمد از وشاء نقل می‌کند و این سند نیز صحیح می‌باشد.

## ۲. ادله مخالفان اشتراط نقد بودن و نقد و بررسی آنها

اینک باید به بررسی ادله بزرگانی بپردازیم که اشتراط نقد بودن قرارداد مورد بحث را نپذیرفته‌اند.

### ۱-۲. اجماع

ابن‌ادریس ادعای عجیب «اجماع بر صحت این قرارداد» را مطرح نموده و روایات یادشده را دال بر کراهت دانسته است (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۲۵۶).

### ۱-۱-۲. نقد و بررسی

اما نظر به التزام بزرگان یادشده از قداما بر بطلان معامله مورد بحث، روشن است که نمی‌توان به تحقق این اجماع معتقد شده، بر اساس آن، از ظهور روایات در بطلان دست برداشت.

### ۲-۲. جمع عرفی میان ادله

فخرالمحققین (فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۴۷۵) و برخی دیگر از بزرگان (طبق نقل شهید اول، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۱۱۸)، مقتضای جمع میان روایات یادشده و اطلاق روایاتی که ربا را در صورت اختلاف جنس نفی می‌کنند - خصوصاً روایت «إذا اختلف الجنسان فبیعوا کیف شئتم» - را کراهت این معامله دانسته‌اند.

### ۱-۲-۲. نقد و بررسی

این مطلب به دو دلیل قابل پذیرش نیست:

**اولاً** به روشنی روش رایج میان بزرگان آن است که در دوران امر میان جمع موضوعی (تخصیص) و جمع حکمی (حمل بر کراهت)، جمع موضوعی را جمع عرفی می‌انگارند (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۵، ص ۲۱؛ بهبهانی، ۱۴۱۹، ص ۲۶۰؛ نراقی، بی‌تا، ص ۱۳۶؛ بحرالعلوم، ۱۴۲۷، ج ۱، ص ۱۱۰؛ طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۶، ص ۲۷۶؛ مجاهد طباطبایی، بی‌تا، ص ۵۳۹؛ نراقی، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۱۱۷؛ شاهرودی، ۱۴۰۲، ج ۳، ص ۱۷۴)، زیرا اظهاریت خاص از عام به اندازه‌ای است که قرینه بر

صرف آن از ظهور ابتدایی‌اش می‌گردد و لذا باید به واسطه روایات یادشده که خصوص معامله مدت‌دار را باطل می‌شمارند، اطلاق روایات کفایت اختلاف جنس برای صحت معامله - همچون روایت سماعه (طوسی، ۱۴۰۷ «ب»، ج ۷، ص ۹۵) و حلبی (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۱۸۹) - را تخصیص زد.

**ثانیاً** روایت «إذا اختلف الجنسان فبیعوا کیف شئتم» در هیچ یک از کتب اصیل روایی امامیه نقل نشده و تنها برخی از عامه (ابن‌عبدالبر، ۱۳۸۷، ج ۱۹، ص ۱۸۲؛ عینی، بی‌تا، ج ۱۲، ص ۲۷۷؛ ابن‌فداه، ۱۳۸۸، ج ۴، ص ۱۸ (و برخی از کتب فقهی خاصه (طوسی، ۱۴۰۷ «الف»، ج ۳، ص ۷۲؛ آبی، ۱۴۱۷، ج ۱، ص ۴۸۸؛ علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۰، ص ۱۴۵) آن را به صورت مرسل نقل کرده‌اند و لذا فاقد اعتبار سندی می‌باشد.

همچنین این حدیث در بسیاری از کتب معتبرتر عامه به صورت «إذا اختلف الجنسان فبیعوا کیف شئتم إذا كان یداً بید» گزارش شده است (مسلم، ۱۴۱۲، ج ۳، ص ۱۲۱۱؛ احمد بن حنبل، ۱۴۱۶، ج ۳۷، ص ۳۹۷؛ ابی‌داوود، ۱۴۲۰، ج ۳، ص ۱۴۵۶؛ بیضاوی، ۱۴۳۳، ج ۲، ص ۲۲۶؛ فاکهانی، ۱۴۳۱، ج ۴، ص ۴۰۸؛ ابن‌عربی، ۱۴۲۸، ج ۶، ص ۱۰۶)، که باز در راستای اشتراط نقد بودن قرار می‌گیرد.

### ۲-۳. عدم ظهور الفاظ به‌کاررفته در روایات در بطلان

بسیاری از بزرگان دلیلشان برای حمل این روایات بر کراهت قرارداد مورد بحث را این نکته دانسته‌اند که در سه حدیث پایانی، حکم با لفظ «لا یصلح» یا «لا ینبغی» بیان شده و هیچ یک از این دو لفظ، ظهور در بیان حکم بطلان ندارد (فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۴۷۵؛ جمال‌الدین حلی، ۱۴۰۷، ج ۲، ص ۴۲۲؛ بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۵، ص ۱۰۳؛ یزدی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۲۴).

### ۲-۳-۱. نقد و بررسی

اما این نظر درست نیست، زیرا در بسیاری از کتب لغت، «صلاح» به «نقیض فساد» (ابن‌فارس، ۱۴۰۴، ج ۳، ص ۳۰۳؛ راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ص ۴۸۹؛ ابن‌منظور، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۵۱۶؛ فیومی، بی‌تا، ج ۲، ص ۳۴۵؛ سید علی‌خان، ۱۳۸۴، ج ۴، ص ۴۰۸؛ زبیدی، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۱۲۵؛ مصطفوی، بی‌تا، ج ۶، ص ۲۶۵) و «فساد» به «نقیض صلاح» (خلیل بن احمد، ۱۴۱۰، ج ۷،

ص ۲۳۱؛ ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۳، ص ۳۳۵؛ مصطفوی، بی تا، ج ۹، ص ۸۴) معنا شده و نتیجه این دو آن است که «لا یصلح» به معنای «یفسد» می باشد که صریح در «بطلان» است.

همچنین نظر به استعمال بسیار زیاد لفظ «لا یصلح» در معنای بطلان در روایات (از آن جمله نک: کلینی، ۱۴۰۷، ج ۳، ص ۳۹۶؛ ج ۴، ص ۳۶۷ و ج ۵، ص ۱۳۵، ۲۲۸، ۴۲۰ و ۱۷۸ و ۴۴۵)، تردیدی باقی نمی ماند در این که در مواردی که این کلمه در عبارات بیان کننده حکم وضعی به کار رود، حتماً دلالت بر «نفی صلاحیت و قابلیت» دارد و جز حکم وضعی «بطلان» از آن بر نمی آید.

گویا از همین جهت، بسیاری از فقها از روایاتی که از این لفظ در مقام بیان حکم وضعی استفاده شده است، «بطلان» را برداشت کرده اند (محقق حلی، ۱۴۰۷، ج ۱، ص ۱۳۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۲، ج ۱، ص ۲۷۹؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۱، ص ۲۱۲؛ بحرالعلوم، ۱۴۲۷، ج ۱، ص ۴۰۴). حتی طبق یک روایت، راوی عصر معصومین (ع) هم پس از به کار رفتن این لفظ توسط امام (ع)، معنای «بطلان» را برداشت می کند و از چرایی حکم به بطلان می پرسد.

همچنین درباره تعبیر «لا ینبغی»، آیت الله خوئی معتقدند که چون در کتب لغت به «لا یتیسر» معنا شده، ظهور در خصوص حرمت دارد (خوئی، ۱۴۱۸ «الف»، ج ۶، ص ۲۲۴-۲۲۵؛ خوئی، ۱۴۱۸ «ب»، ج ۱۵، ص ۲۸۳ و ج ۲۸، ص ۵۰۵).

مؤید فرمایش ایشان آن است که طبق یک روایت، زراره نیز پس از شنیدن این لفظ از امام باقر (ع) در مقام بیان یک حکم، از ایشان می پرسد، «این حکم تحریمی در کجای قرآن بیان شده است؟» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۳۵۸).

اما اگر باز هم ظهور این لفظ در خصوص تحریم وضعی یا تکلیفی احراز نشود، نظر به استعمالات زیادی که این لفظ در معنای حرمت دارد (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۴، ص ۱۴۸ و ۱۷۸ و ۱۲۲ و ۳۶۲)، لا اقل ظاهر در خصوص «کراهت مصطلح» نیست و همان طور که شماری از بزرگان فرموده اند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۹، ص ۴۰۵؛ محقق داماد، ۱۴۰۱، ج ۳، ص ۷۵۸؛ خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۴، ص ۲۹۴)، می تواند معنایی اعم از بطلان و کراهت داشته باشد و لذا استفاده از آن در آخرین روایت (ه)، نمی تواند قرینه بر حمل سایر روایات که ظاهر در بیان حکم

بطلان بودند، بر حکم کراهت باشد.

## ۲-۴. حمل بر تقیه

علامه حلی نقل فرموده که ابوحنیفه، و احمد بن حنبل (بنابر یکی از دو گزارشی که از او رسیده)، به بطلان این بیع معتقد بوده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۴ «ب»، ج ۱۰، ص ۱۴۴). گویا از همین جهت، مجلسی اول (مجلسی اول، ۱۴۰۶، ج ۷، ص ۲۸۲) و دوم (مجلسی دوم، ۱۴۰۶، ج ۱۱، ص ۹۵) و صاحب مفتاح الکرامه (عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۴، ص ۲۳)، سخن از حمل روایات مانعه بر تقیه مطرح فرموده‌اند.

## ۲-۴-۱. نقد و بررسی

حمل بر تقیه کردن روایت موافق عامه و ترجیح روایت مخالف عامه، صرفاً در صورتی امکان‌پذیر است که دست ما از جمع عرفی میان روایات متعارض کوتاه باشد، اما در مسئله مورد بحث که نسبت میان روایات، اطلاق و تقیید است، باید با «تقیید»، میان دو دسته از روایات جمع عرفی کنیم و هیچ یک از آن‌ها را طرح ننماییم.

## ۳. راه حل

اینک که بطلان مبادله مدت دار دو کالای ناهمجنس مکمل یا موزون در صورتی که یکی از دیگری بیشتر باشد، به اثبات رسید، باید بررسی نمود که آیا نیاز بازارهای کلان به این گونه از معاملات را چگونه می‌توان پاسخ داد؟ آیا در شرایط تحریمی که معامله بر اساس دلار برای کشورهای تحریم شده، دشوار است و معاملات تهاتری به عنوان یکی از اصلی‌ترین راه‌حل‌ها مورد استفاده قرار می‌گیرد، کشور مسلمان چگونه می‌تواند با فروش نفت، بنزین، زعفران و دیگر کالاهای موزون، نیازهای خود به کالاهای موزون دیگری از قبیل گندم و برنج و ذرت را برآورد؟

پیش از بیان راه حل، بیان دو مقدمه، ضروری به نظر می‌رسد:

**الف.** نظر به آن که در هیچ یک از روایات استدلال شده بر بطلان معامله مورد بحث، این معامله «ریا» دانسته نشده، دلیلی بر حرمت تکلیفی این قرارداد وجود ندارد و صرف شباهت آن با ربای معاوضی (معاملی)، نمی‌تواند دلیل بر حرمت آن باشد. در کلام هیچ یک از گذشتگانی که به بطلان آن ملتزم شده‌اند نیز سخنی از «ریا» یا «حرام تکلیفی»

بودن آن دیده نمی شود.

البته آیت الله سیستانی آن را «ربا» (سیستانی، ۱۴۴۰، ص ۴۶) و همه اقسام ربا را «حرام تکلیفی» (سیستانی، ۱۴۴۰، ص ۱۱) دانسته اند، ولی دلیلی برای ربا بودن آن اقامه نکرده و هیچ یک از ادله ای را که مطرح فرموده اند، بیش از بطلان معامله مورد بحث را اثبات نمی کند.<sup>۱</sup> لذا در صورت شک در حکم تکلیفی آن، باید طبق اصل برائت، حکم به جواز تکلیفی آن شود.

ب. در دانش اصول بیان شده که اگرچه طبق نظر عدلیه، احکام شرعی همواره دائرمدار مصالح و مفاسدند، اما لازم نیست که مصالح در تعلقات احکام باشند، بلکه وجود مصلحت در خود حکم کافی است، ولو این مصلحت، ناشی از مصلحت در متعلق آن نباشد (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ص ۳۰۹). به عنوان نمونه، در امر حضرت ابراهیم (ع) به ذبح جناب اسماعیل (ع)، به نظر نمی رسد که خود ذبح (متعلق حکم)، مصلحت داشته باشد، چون حضرت اسماعیل (ع)، انسانی شایسته مقام نبوت بوده است، اما نفس حکم به ذبح ایشان از آن جهت که سبب بروز میزان عبودیت حضرت ابراهیم (ع) می شده، مصلحت داشته است. همچنین طبق یک روایت صحیح، دلیل حکم به وضو نیز همین روشن شدن میزان عبودیت و اطاعت بندگان است و نه نیاز مؤمن به تطهیر (طوسی، ۱۴۰۷ «ب»، ج ۱، ص ۱۳۸).

حال به نظر می رسد همان طور که شماری از بزرگان درباره ربا معاوضی فرموده اند (فاضل قطفی، ۱۴۱۶، ص ۲۵؛ خوانساری، بی تا، ص ۲۰؛ خمینی، ۱۴۲۱، ج ۲، ص ۵۴۲؛ سند، ۱۴۲۸، ص ۱۲۲)، حکم بطلان معامله مورد بحث نیز در زمره همین احکام «کاملاً تبعدی» باشد که رعایت آن برای ابراز میزان عبودیت لازم است، زیرا محتمل نیست که مبادله تفاضلی و مدت دار دو کالای مکیل و موزون، مفسده ای واقعی داشته باشد. اما وقتی همین نتیجه از طریق دو مبادله کالا در مقابل پول حاصل شود (به این صورت که هر یک از عوضینی که

---

۱. جالب آن که خود ایشان در معامله ای شبیه معامله مورد بحث (معامله تفاضلی دو کالای همجنس و غیرمکیل و موزون با یکدیگر) که آن را نیز فقط به صورت نقدی صحیح می دانند (سیستانی، ۱۴۴۰، ص ۴۶)، احتمال داده اند که اشتراط نقدی بودن به ملاک ربا نباشد، بلکه حکمی شبیه حکمی باشد که در بیع صرف مطرح شده است (سیستانی، ۱۴۴۰، ص ۳۵).

موزون یا مکیل هستند، در یک مبادله مستقل، در مقابل پول به دیگری منتقل شود)، دیگر چنین مفسده‌ای وجود نداشته باشد، حال آن‌که می‌دانیم انجام مبادله مدت‌دار کالا در مقابل پول، به نظر همه فقها صحیح است (علامه حلی، ۱۴۱۳ «ب»، ج ۸، ص ۸۶).

به همین دلیل، دستیابی به نتیجه مبادله مورد بحث از طریقی غیر از خود همین مبادله که شرع مقدس آن را باطل دانسته، اشکالی ندارد، چنان‌که بسیاری از فقیهان، حکم به بطلان عقدی که در آن مقدار عوضین معلوم نباشد و یا عقد صرفی که در آن قبض محقق نشود را به قرارداد «بیع» اختصاص داده و دست یافتن به نتیجه آن از طریق قرارداد صلح را بدون اشکال دانسته‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۶، ص ۱۷؛ اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۹، ص ۳۴۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۲۶۹) و امام خمینی (ره) که حیلۀ ربای قرضی را حرام می‌دانند، حیلۀ ربای معاوضی را جایز می‌دانند (خمینی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۵۳۸).

با این دو مقدمه، به بیان راه حل می‌پردازیم:

التزام به شرط نقد بودن معامله صرفاً در صورت مسلمان بودن طرف قرارداد لازم است و در غیر این صورت، عقد قرارداد نسبه اشکالی ندارد، زیرا از لحاظ تکلیفی، نفس قرارداد بستن با ایشان، طبق مقدمۀ «الف»، اشکالی ندارد و به لحاظ وضعی هم تملک اموال آن‌ها بر اساس این قراردادی که از نگاه اسلام باطل است، مشکلی ندارد، زیرا از یک سو، اموال ایشان طبق حکم اولی، حرمت ندارد<sup>۱</sup> (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۷، ص ۲۷؛ علامه حلی، ۱۳۸۸، ص ۳۷۹، ۴۶۴؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۱۵۳؛ شهید اول، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۱۱۳؛ ج ۲، ص ۱۹۵؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۷، ص ۳۰۸؛ اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۱، ص ۲۷۳؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۱، ص ۸۱؛ ج ۲۳، ص ۳۸۳؛ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۳۸). از سوی دیگر، به لحاظ حکم ثانوی نیز مانعی از تملک اموال ایشان با قراردادی که خود صحیح می‌دانند و با طیب نفس به آن پایبند شده‌اند، وجود ندارد، چراکه رعایت مصالح امروز جامعه مسلمان، صرفاً مقتضی آن است که به آن‌ها ظلم عرفی نشود و به روشنی تملک اموال ایشان بر اساس قراردادی که خود

۱. البته حرمت داشتن اموال کفار ذمی قابل انکار نیست، اما چون در تعریف «کفار ذمی»، التزام به شروط ذمه، از جمله پرداخت جزیه مطرح شده است (علامه حلی، ۱۴۱۱، ص ۸۸۱؛ تبریزی و خوئی، بی تا، ج ۱، ص ۴۴۸)، در زمانۀ کنونی مصداقی برای آن یافت نمی‌شود.

صحیح می‌دانند و با اختیار، به آن ملتزم شده‌اند، ظلم عرفی نیست.

همچنین معاهد یا مستأمن بودن برخی از کفار حربی طرف قرارداد نیز نمی‌تواند مانع از امکان تملک اموال ایشان بر اساس بیع باطل شرعی باشد، چراکه تعاهد یا تأمینی که نسبت به ایشان صورت گرفته، بیشتر از رعایت حرمت عرفی جان و مال آن‌ها اقتضایی ندارد، زیرا شرط تحرز طرف مسلمان از تملک اموال ایشان از طریق قراردادهایی که از دیدگاه اسلام نامعتبر است ولی در نگاه آن‌ها صحیح می‌باشد، مطرح نشده است.

اما در صورتی که طرف قرارداد، مسلمانان باشند که اموالشان حرمت دارد، می‌توان محتوای این قرارداد را در قالب دو قرارداد ریخت، به این صورت که هر یک از دو کالایی که بنا بر تبادل آن‌هاست، در یک قرارداد مستقل در مقابل پول به طرف مقابل فروخته شود و پس از آن که طی این دو قرارداد، هر طرف از دیگری به مقداری یکسان طلبکار شد، این طلب خود را با یکدیگر تهاتر می‌کنند و این راه، اگرچه نتیجه همان قرارداد واحدی را دارد که در این مقاله، بطلان آن اثبات شد، اما طبق مقدمه «ب» اشکالی ندارد.

شایان ذکر است که دوری کردن از قرارداد واحد به خاطر مفسدهٔ تبعیدی تصرف در مال محترم غیر بدون ملکیت شرعی آن، نه تنها برای شیعیان متدین بلکه برای بسیاری از اهل تسنن متدین نیز قابل درک است، زیرا پیش‌تر از علامه حلی نقل شد که دو امام بزرگ فقهی ایشان، ابوحنیفه و احمد بن حنبل (بنابر یکی از دو گزارشی که از او رسیده)، به بطلان این بیع معتقد بوده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۰، ص ۱۴۴).

### نتیجه‌گیری

مبادلهٔ دو کالای ناهمجنس مکیل یا موزون که مقدار یکی بیشتر از دیگری است، طبق اطلاق برخی از روایات، چه به صورت نقد و چه به صورت مدت‌دار صحیح است، اما لازم است این روایات با روایات معتبر دیگری که این معامله را صرفاً در صورت نقدی بودن صحیح می‌دانند، تقیید بزینم و حکم به بطلان معاملهٔ مدت‌دار نماییم. اما نظر به آن که اولاً این معامله حرام تکلیفی نیست و ثانیاً حکم بطلان آن، تبعیدی به نظر می‌رسد،

می‌توان به نیاز بازارهای گوناگون به این مبادله از این طریق پاسخ داد که: اگر طرف قرارداد، نامسلمان باشد، از طریق همین قراردادی که از نگاه ما باطل است، می‌توان کالای مکمل یا موزون طرف مقابل را تملک نمود و در صورتی که طرف قرارداد، مسلمان باشد، می‌توان این معامله را در قالب دو معامله کالا در مقابل پول انجام داد و پس از آن، میان دین طرفین تهاتر نمود.

### فهرست منابع

۱. قرآن کریم.
۲. آبی، حسن بن ابی‌طالب. (۱۴۱۷ق). کشف الرموز فی شرح مختصر النافع، (تحقیق علی‌پناه اشتهدری و حسین یزدی. چاپ سوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین. (۱۴۰۶ق). حاشیه المکاسب، (تحقیق سید مهدی شمس‌الدین). تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۴. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین. (۱۴۰۹ق). کفایة الأصول. قم: مؤسسه آل‌البتیت(ع).
۵. ابن‌براج، عبدالعزیز بن تحریر. (۱۴۰۶ق). المذهب. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۶. ابن‌حمزه، محمد بن علی. (۱۴۰۸ق). الوسيله إلى نیل الفضیله، (تحقیق محمد حسون). قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی.
۷. ابن‌حنبل، احمد. (۱۴۱۶ق). المسند، (تحقیق عامر غضبان، ابراهیم زبیب، محمد برکات و دیگران). بیروت: الرساله.
۸. ابن‌عبدالبر، یوسف بن عبدالله. (۱۳۸۷ق). التمهید لما فی الموطأ من المعانی والأسانید، (تحقیق مصطفی بن احمد العلوی و محمد عبدالکبیر البکری). مغرب: وزارت عموم اوقاف و امور اسلامی.
۹. ابن‌عربی، محمد بن عبدالله. (۱۴۲۸ق). المسالک فی شرح موطأ مالک، (تحقیق: محمد بن حسین السلیمانی و عایشه بنت حسین السلیمانی). بیروت: دار الغرب الإسلامی.
۱۰. ابن‌فارس، احمد. (۱۴۰۴ق). معجم مقاییس اللغة، (تحقیق عبدالسلام محمد هارون). قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۱۱. ابن‌قدامه، عبدالله بن احمد. (۱۳۸۸ق). المغنی. قاهره: مکتبه القاهره.
۱۲. ابن‌منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ق). لسان العرب، (تحقیق احمد فارس صاحب الجوائب). بیروت: دار الفکر.
۱۳. ابی‌داوود، سلیمان بن اشعث. (۱۴۲۰ق). السنن، (تحقیق سید ابراهیم). قاهره: دار الحدیث.
۱۴. اراکی، محمدعلی. (۱۳۷۵ش). اصول الفقه. قم: مؤسسه در راه حق.



۱۵. اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، (تحقیق مجتبی عراقی، علی پناه اشتهاردی، حسین یزدی اصفهانی). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۶. انصاری، مرتضی بن محمد امین. «الف». (۱۴۱۵ق). الزکاة، (تحقیق گروه پژوهش در کنگره). قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۱۷. انصاری، مرتضی بن محمد امین. «ب». (۱۴۱۵ق). الصلاة، (تحقیق گروه پژوهش در کنگره). قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۱۸. انصاری، مرتضی بن محمد امین. «ج». (۱۴۱۵ق). النکاح، (تحقیق: گروه پژوهش در کنگره). قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۱۹. انصاری، مرتضی بن محمد امین. «د». (۱۴۱۵ق). المکاسب، (تحقیق گروه پژوهش در کنگره). قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۲۰. ایروانی، علی. (۱۴۲۲ق). الأصول فی علم الأصول. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۲۱. بجنوردی، سید حسن. (۱۴۱۹ق). القواعد الفقهیه، (تحقیق مهدی مهریزی و محمدحسن درایتی). قم: الهادی(ع).
۲۲. بحر العلوم، سید مهدی. (۱۴۲۷ق). مصابیح الأحکام. قم: منشورات میثم التمار.
۲۳. بروجردی، سید حسین. (۱۴۱۵ق). نهاية الأصول، (مقرر: حسینعلی منتظری). تهران: نشر تفکر.
۲۴. بیضاوی، عبد الله بن عمر. (۱۴۳۳ق). تحفة الأبرار شرح مصابیح السنه، (تحقیق کمیته ای تخصصی، با اشراف نورالدین طالب). کویت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامیه.
۲۵. تبریزی، جواد. (۱۳۸۷ش). دروس فی مسائل علم الأصول. قم: دار الصدیقه الشهیده(س).
۲۶. جمال الدین حلی، احمد بن محمد اسدی. (۱۴۰۷ق). المهذب البارع فی شرح المختصر النافع، (تحقیق مجتبی عراقی). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۷. جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۱۰ق). تاج اللغة و صحاح العربیه، (تحقیق احمد عبدالغفور عطار). بیروت: دار العلم للملایین.
۲۸. حائری یزدی، عبدالکریم. (۱۴۰۴ق). الصلاة. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۲۹. حائری یزدی، عبدالکریم. (۱۴۱۸ق). درر الفوائد. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۳۰. حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، (تحقیق گروه پژوهش مؤسسه آل البیت(ع)). قم: مؤسسه آل البیت(ع).
۳۱. حلی، ابن ادريس. (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۲. حمیری، نشوان بن سعید. (۱۴۲۰ق). شمس العلوم ودواء کلام العرب من الکلوم، (تحقیق حسین بن عبدالله العمری، مطهر بن علی الاریانی، یوسف محمد عبدالله). بیروت: دار الفکر المعاصر.
۳۳. خمینی، سید روح الله. (۱۳۷۹ش). تحریر الوسیله. قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم.

۳۴. خمینی، سید روح‌الله. (۱۴۲۱ق). البیع. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۳۵. خوانساری، سید احمد. (۱۴۰۵ق). جامع المدارك فی شرح مختصر النافع، (تحقیق علی اکبر غفاری). قم: اسماعیلیان.
۳۶. خوانساری، محمد. (بی تا). الحاشیة الأولى علی مکاسب. بی جا: بی نا.
۳۷. خوئی، سید ابوالقاسم. «الف». (۱۴۱۸ق). فقه الشیعه (کتاب الطهاره)، (مقرر: سید محمد مهدی موسوی خلخالی). قم: مؤسسه آفاق.
۳۸. خوئی، سید ابوالقاسم. (بی تا). مصباح الفقاهه، (مقرر: محمد علی توحیدی). بی جا: بی نا.
۳۹. خوئی، سید ابوالقاسم. «ب». (۱۴۱۸ق). موسوعة الإمام الخوئی. قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی.
۴۰. خوئی، سید ابوالقاسم؛ تبریزی، جواد. (بی تا). صراط النجاه مع تعالیک الشیخ جواد التبریزی. قم: مکتب نشر المنتخب.
۴۱. راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۴۱۲ق). مفردات ألفاظ القرآن، (تحقیق صفوان عدنان داودی). بیروت - دمشق: دار العلم.
۴۲. رشتی، میرزا حبیب‌الله. (۱۴۰۱ق). القضاء، (تحقیق سید احمد حسینی). قم: دار القرآن الکریم.
۴۳. زبیدی، مرتضی، سید محمد بن محمد. (۱۴۱۴ق). تاج العروس من جواهر القاموس، (تحقیق علی شیری). بیروت: دار الفکر.
۴۴. سبحان‌اللهی، محمد علی؛ و کوهگرد، امین. (۱۳۹۵ش). روش بهره‌ور برای رشد اقتصادی بدون رشد تقدینگی. تحقیقات مدل‌سازی اقتصادی، ۷(۲۴)، ۲۰۱-۲۲۵. <http://doi.org/10.18869/acadpub.jemr.6.24.201>
۴۵. سلار، حمزه بن عبدالعزیز. (۱۴۰۴ق). المراسم العلویه والأحكام النبویه. قم: منشورات الحرمین.
۴۶. سند، محمد. (۱۴۲۸ق). فقه المصارف والنقود، (مقرر: مصطفی اسکندری). قم: مکتبه فدک.
۴۷. سید علی خان، ابن معصوم مدنی کبیر. (۱۳۸۴ش). الطراز الأول والکناز لما علیه من لغة العرب المعول، (تحقیق مؤسسه آل البيت لإحياء التراث). مشهد: مؤسسه آل البيت (ع) لإحياء التراث.
۴۸. سیستانی، سید علی. (۱۴۴۰ق). الربا، (مقرر: سید هاشم هاشمی). قم: اسماعیلیان.
۴۹. شاه‌رودی، سید محمود. (۱۴۰۲ق). الحج. قم: انصاریان.
۵۰. شهید اول، محمد بن مکی عاملی. (۱۴۱۴ق). غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد، (تحقیق: رضا مختاری). قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۵۱. شهید اول، محمد بن مکی عاملی. (۱۴۱۷ق). الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۵۲. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی عاملی. (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.
۵۳. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی عاملی. (۱۴۱۰ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة. قم: کتابفروشی داوری.

۵۴. شیرازی، محمدتقی. (۱۴۱۲ق). حاشیه المکاسب، (تحقیق علی یزدی). قم: الشریف الرضی.
۵۵. صدوق، محمد بن علی بن بابویه. (۱۴۱۳ق). من لا یحضره الفقیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۵۶. طباطبایی، سید علی بن محمد. (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل، (تحقیق محمد بهره مند، محسن قدیری، کریم انصاری، و علی مروارید). قم: مؤسسه آل البيت(ع).
۵۷. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). الميسوط فی فقه الإمامیه. تهران: المكتبة المرصويه.
۵۸. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۹۰ق). الاستبصار فيما اختلف من الأخبار. تهران: دار الکتب الإسلامیه.
۵۹. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۰ق). النهاية فی مجرد الفقه والفتاوی. بیروت: دار الکتب العربی.
۶۰. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۲۷ق). الأبواب (رجال الشيخ الطوسی)، (تحقیق جواد قیومی اصفهانی). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۶۱. طوسی، محمد بن حسن. (بی تا). الفهرست، (تحقیق سید محمدصادق آل بحر العلوم). نجف: المكتبة الرضويه.
۶۲. طوسی، محمد بن حسن. «الف». (۱۴۰۷ق). الخلاف. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۶۳. طوسی، محمد بن حسن. «ب». (۱۴۰۷ق). تهذیب الأحکام. تهران: دار الکتب الإسلامیه.
۶۴. عاملی، سید جواد. (۱۴۱۹ق). مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، (تحقیق محمدباقر خالصی). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۶۵. عاملی، محمد بن علی. (۱۴۱۱ق). مدارک الأحکام فی شرح عبادات شرائع الإسلام، (تحقیق گروه پژوهش مؤسسه آل البيت(ع)). بیروت: مؤسسه آل البيت(ع).
۶۶. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۳۸۸ق). تذکره الفقهاء، (چاپ قدیم). قم: مؤسسه آل البيت(ع).
۶۷. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۱ق). تبصرة المتعلمین فی أحكام الدین. تهران: مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۶۸. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۳۸۱ق). خلاصة الأقوال فی معرفة أحوال الرجال (رجال العلامة الحلی). نجف: منشورات المطبعة الحیدریه.
۶۹. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۲ق). منتهی المطلب فی تحقیق المذهب. مشهد: مجمع البحوث الإسلامیه.
۷۰. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳ق). مختلف الشیعه فی أحكام الشریعه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۷۱. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۴ق). تذکره الفقهاء. قم: مؤسسه آل البيت(ع).
۷۲. عینی، محمود بن احمد. (بی تا). عمدة القاری فی شرح صحیح البخاری. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۷۳. فاضل اصفهانی. محمد بن حسن. (۱۴۱۶ق). كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحکام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۷۴. فاضل قطیفی، ابراهیم بن سلیمان. (۱۴۱۳ق). السراج الوهاج لدفع عجاج فاطمة اللجاج، (تحقیق گروه پژوهش دفتر انتشارات اسلامی). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۷۵. فاکهانی، عمر بن علی. (۱۴۳۱ق). ریاض الأفهام فی شرح عمدة الأحكام، (تحقیق نورالدین طالب). سوریه: دار النوادر.
۷۶. فخرالمحققین، محمد بن حسن بن یوسف. (۱۳۸۷ق). ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، (تحقیق سید حسین موسوی کرمانی، علی پناه اشتهااردی، و عبدالرحیم بروجردی). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۷۷. فراهیدی، خلیل ابن احمد. (۱۴۱۰ق). العین، (تحقیق مهدی مخزومی و ابراهیم سامرائی). قم: نشر هجرت.
۷۸. فیومی، احمد بن محمد. (بی تا). المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی. قم: دار الرضی.
۷۹. کاشف الغطاء، حسن بن جعفر. (۱۴۲۲ق). أنوار الفقاهه (کتاب البیع). نجف: مؤسسه کاشف الغطاء.
۸۰. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). الکافی، (تحقیق علی اکبر غفاری). تهران: دار الکتب الإسلامیه.
۸۱. مجاهد، سید محمد بن علی. (بی تا). المناهل. قم: مؤسسه آل البيت (ع).
۸۲. مجلسی اول، محمدتقی بن مقصود علی. (۱۴۰۶ق). روضة المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه، (تحقیق سید حسین موسوی کرمانی، علی پناه اشتهااردی، و سید فضل الله طباطبائی). قم: مؤسسه فرهنگي اسلامی کوشانپور.
۸۳. مجلسی دوم، محمدباقر بن محمدتقی. (۱۴۰۳ق). بحار الأنوار. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۸۴. مجلسی دوم، محمدباقر بن محمدتقی. (۱۴۰۶ق). ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار، (تحقیق سید مهدی رجائی). قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی.
۸۵. محقق حلّی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۷ق). المعبر فی شرح المختصر، (تحقیق محمد علی حیدری، سید مهدی شمس الدین، سید ابو محمد مرتضوی، و سید علی موسوی). قم: مؤسسه سید الشهداء (ع).
۸۶. محقق داماد، سید محمد. (۱۴۰۱ق). الحج، (مقرر: عبدالله جوادی آملی). قم: چاپخانه مهر.
۸۷. مسلم بن حجاج. (۱۴۱۲ق). الصحيح. قاهره: دار الحدیث.
۸۸. مصطفوی، سید حسن. (۱۴۰۲ق). التحقیق فی کلمات القرآن الکریم. تهران: مرکز الکتاب لترجمه والنشر.
۸۹. مفید، محمد بن محمد بن نعمان. (۱۴۱۳ق). المقنعه. قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
۹۰. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن. (۱۴۱۳ق). جامع الشتات فی أجوبة السؤالات، (تحقیق مرتضی رضوی). تهران: مؤسسه کیهان.
۹۱. نائینی، محمدحسین. (۱۳۷۳ق). منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، (مقرر: موسی بن محمد نجفی خوانساری). تهران: المكتبة المحمدیه.

ادله اشتراط نقد بودن قراردادهای پایاپای تفاضلی در صورت مکيل ... / سيد على صداقت، غلامعلي معصومي نيا ..... ۱۸۱

۹۲. نائینی، محمدحسین. (۱۴۱۳ق). المكاسب والبيع، (مقرر: میرزا محمدتقی آملی). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۹۳. نجاشی، احمد بن علی. (۱۴۰۷ق). فهرست أسماء مصنفي الشيعة (رجال النجاشی)، (تحقیق سید موسی شیرینی زنجانی). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۹۴. نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، (تحقیق عباس قوجانی و علی آخوندی). بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۹۵. نراقی، مهدی بن ابی ذر. (بی تا). لوامع الأحكام فی فقه شریعة الإسلام. قم: بی نا.
۹۶. نراقی، احمد بن محمد مهدی. (۱۴۱۵ق). مستند الشيعة فی أحكام الشریعة. قم: مؤسسه آل البيت (ع).
۹۷. نراقی، احمد بن محمد مهدی. (۱۴۱۷ق). عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحكام ومهمات مسائل الحلال والحرام. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۹۸. وحید بهبهانی، محمدباقر بن محمد اکمل. (۱۴۱۹ق). الرسائل الفقهيہ. قم: مؤسسه علامه وحید بهبهانی.
۹۹. همدانی، رضا. (۱۴۱۶ق). مصباح الفقیه، (تحقیق محمد باقری، نورعلی نوری، محمد میرزائی، و سید نورالدین جعفریان). قم: مؤسسه الجعفریہ لإحياء التراث و مؤسسه النشر الإسلامی.
۱۰۰. یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۱۴ق). تکملة العروة الوثقی، (تحقیق سید محمدحسین طباطبائی). قم: کتابفروشی داوری.





## Foundations of the Validity of “Balancing Two Rights” and Its Applications in Imāmiyya Jurisprudence

Abū al-Faḍl ‘Alīshāhī Qal‘ih Jūqī<sup>1</sup>✉, Farībā Ṭā‘ī,<sup>2</sup> Shīmā Nāshīrī<sup>3</sup>,  
Abū al-Hasan Bakhtiāri<sup>4</sup>

1. Corresponding Author, Associate Professor, Department of Theology Education, Farhangian University, Tehran, Iran. Email: [a.alishahi@cfu.ac.ir](mailto:a.alishahi@cfu.ac.ir)
2. PhD Student, Department of Jurisprudence and Law, University of Mazandaran, Mazandaran, Iran. Email: [faribataei1994@gmail.com](mailto:faribataei1994@gmail.com)
3. Master’s Graduate in Private Law, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran. Email: [shimanaseri@um.ac.ir](mailto:shimanaseri@um.ac.ir)
4. Assistant Professor, Department of Islamic Theology Education, Farhangian University, Tehran, Iran. Email: [abakhtiari41@gmail.com](mailto:abakhtiari41@gmail.com)

### Article Info

### ABSTRACT

#### Article type:

Research Article

#### Article history:

Received 14 September 2022

Received in revised form 24 July 2023

Accepted 27 September 2023

Available online 18 October 2023

#### Keywords:

Reconciling two rights,  
The rule of non-harm,  
Justice and equity,  
Prevention of harm.



The rule of “prohibition of detriment or no harm and no harassment” (Arabic: لا ضرر ولا ضرار, Romanized: Lā Darar wa Lā Ḍirār) is one of the widely used topics under the discussion of “balancing two rights” or “reconciling two rights.” In fact, balancing two rights is a civil jurisprudential rule invoked to prevent harm, although jurists have not presented it as an independent jurisprudential rule. The reconciliation of two rights is proposed as a solution to prevent harm, which is the reason for the supremacy of the rule “no harm” over other jurisprudential rules, as reason also dictates this. Additionally, it finds application in various chapters of jurisprudence and law, such as in contracts of sale (Arabic: البَيْع, Romanized: al-bay‘), insolvency, Mahr (Arabic: مهر) or Sidāq (Arabic: صدق), liability (Arabic: ضمان, Romanized: damān), pre-emption (Arabic: الشفعة, Romanized: al-shuf‘ah), and so forth. In this article, the researchers aim to examine the most important reasons for reconciling two rights using a descriptive-analytical method, accompanied by references to the sources of legal scholars and the opinions of Imāmiyya jurists. Based on these reasons, the discussion addresses various aspects of the rule of reconciling two rights, along with its functions and examples in civil and criminal matters. This is particularly relevant in situations where a conflict arises between the rights of two individuals, and there is no possibility of prioritizing one over the other; in such cases, the rights of both parties are reconciled due to the principle of non-harm, as harm is negated in Islam.

Cite this article: ‘Alīshāhī Qal‘ih Jūqī, A.; Ṭā‘ī, F.; Nāshīrī, SH.; Bakhtiāri, A. (2024). Foundations of the Validity of “Balancing Two Rights” and Its Applications in Imāmiyya Jurisprudence. *Civil Jurisprudence Doctrines*, 16 (30), 183-204. <https://doi.org/10.30513/cjd.2023.4805.1810>





## مبانی حجیتی «جمع بین حقین» و کاربردهای آن در فقه امامیه

ابوالفضل علیشاهی قلعه‌جوقی<sup>✉</sup> | فریبا طائی<sup>۲</sup> | شیما ناصری<sup>۳</sup> | ابوالحسن بختیاری<sup>۴</sup>

۱. نویسنده مسئول، دانشیار، گروه آموزش الهیات، دانشگاه فرهنگیان، تهران، ایران. [a.alishahi@cfu.ac.ir](mailto:a.alishahi@cfu.ac.ir)

۲. دانشجوی دکتری، گروه فقه و حقوق، دانشگاه مازندران، مازندران، ایران. [faribataei1994@gmail.com](mailto:faribataei1994@gmail.com)

۳. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد، گروه حقوق خصوصی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران. [shimanaseri@um.ac.ir](mailto:shimanaseri@um.ac.ir)

۴. استادیار، گروه آموزش معارف اسلامی، دانشگاه فرهنگیان، تهران، ایران. [abakhtiyari41@gmail.com](mailto:abakhtiyari41@gmail.com)

### چکیده

### اطلاعات مقاله

یکی از مباحث پرکاربرد در ذیل قاعده لاضرر و لاضرار مبحث جمع بین حقین می‌باشد. در واقع، جمع بین حقین یک قاعده فقه مدنی است که برای دفع ضرر به آن استناد می‌شود، هرچند فقیهان آن را به‌عنوان یک قاعده فقهی مستقل مطرح نکرده‌اند. جمع بین حقین به منظور ایجاد راهکاری برای جلوگیری از ضرر ارائه می‌شود و این، دلیل حاکمیت قاعده لاضرر بر سایر قواعد فقهی می‌باشد که عقل نیز به آن حکم می‌کند. همچنین در ابواب متعدد فقهی و حقوقی مانند عقد بیع، افلاس، مهریه، ضمان، شفعه و غیره کاربرد دارد. پژوهشگران در این مقاله با روش توصیفی - تحلیلی همراه با مراجعه به منابع حقوق دانان و اقوال فقهای امامیه درصدد بررسی مهم‌ترین دلایل جمع بین حقین می‌باشند که با توجه به این دلایل، به جنبه‌های مختلف قاعده جمع بین حقین و کارکرد و مصادیق آن در امور مدنی و امور کیفری پرداخته می‌شود. زمانی که بین حق دو نفر تراحم به وجود بیاید و امکان ترجیح یکی بر دیگری وجود نداشته باشد، به دلیل عدم ضرر دیدن و ضرر رساندن، بین حق طرفین جمع می‌گردد، چراکه ضرر در اسلام نفی شده است.

نوع مقاله: علمی پژوهشی

تاریخ دریافت:

۱۴۰۱/۰۶/۲۳

تاریخ بازنگری:

۱۴۰۲/۰۵/۰۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۷/۰۵

تاریخ انتشار آنلاین:

۱۴۰۲/۰۷/۲۶

کلیدواژه‌ها:

جمع حقین، قاعده لاضرر، عدل و انصاف، دفع ضرر.



استناد: علیشاهی قلعه‌جوقی، ابوالفضل؛ طائی، فریبا؛ ناصری، شیما؛ بختیاری، ابوالحسن. (۱۴۰۳). مبانی حجیتی «جمع بین

حقین» و کاربردهای آن در فقه امامیه. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۶ (۳۰)، ۱۸۳-۲۰۴.

<https://doi.org/10.30513/cjd.2023.4805.1810>

ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.



© نویسندگان



## مقدمه

بسیاری از قواعد در فقه مورد استناد فقها قرار می‌گیرند، ولی در کتب قواعد یا اصول فقه بحث مستقلی درباره آن مشاهده نمی‌شود. یکی از این قواعد، جمع بین حقین است و فقهای بسیاری مسئله جمع بین حقین را مستند فتوهای خود قرار داده‌اند (حسینی عاملی، ۱۳۸۶، ج ۱۸، ص ۶۳۲). برای نمونه، شهید در لمعه اظهار می‌کند: خیار غبن با تصرف ساقط نمی‌شود مگر این که مغبون، مشتری باشد که در این صورت، دیگر حق فسخ ندارد. سپس شهید به این نظر اشکال می‌کند و بیان می‌دارد که می‌توان برای او حق فسخ قائل شد و وی را ملزم به رد مثل یا قیمت کرد. شهید ثانی علت این حکم را جمع بین حقین معرفی کرده است (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۴۵۹). بنابراین، علت اصلی جمع بین حقین، تحقق عدالت و جلوگیری از ضرر رسیدن به افراد می‌باشد، چراکه اساس دین اسلام بر پایه عدالت و انصاف تحقق یافته و رسول اکرم (ص) از هر گونه ضرر دیدن و ضرر رساندن در اسلام نهی فرموده است. اگر قرار باشد راهی برای جمع بین حقوق وجود نداشته باشد، این خود مستلزم ضرر بزرگ و جبران‌نشدنی برای اشخاص و اجتماع است که با مبانی دین اسلام ناسازگاری دارد.

### ۱. پیشینه پژوهش

قاعده جمع بین حقین تاکنون به صورت خاص مورد مطالعه قرار نگرفته و مقاله‌ای هم تحت این عنوان وجود ندارد. ولی جمع بین حقین در کتب فقهی و روایی با عناوین متفاوتی به کار رفته است. برای نمونه، شیخ صدوق، در قرن چهارم در من لا یحضره الفقیه عبارت «جمع بین الحقین» را به کار می‌برد (ابن بابویه، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۹۵). همچنین در جوامع روایی مانند الکافی جمع بین حقین با عبارت‌های متفاوتی مانند «تساوی الحقین و مشترک فی الحقین و کل واحد من الحقین» وارد شده است (کلینی، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۱۴۳). در قرن پنجم در کتاب المبسوط جمع بین حقین با عبارت‌های «یفصل بین الحقین، اتفاق الحقین فی الجنس و ...» دیده می‌شود (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۳۱۳). در قرن ششم در کتاب اصباح الشیعه جمع بین حقین با عبارت «اتفاق الحقین فی الجنس و النوع» استفاده شده است (بیهقی کیدری، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۳۱۳). همچنین در فقه القرآن و

کتاب الوسيله در مورد جمع بين حقين عبارت «اتفاق الحقين» آماده است (راوندى، ۱۴۰۵، ج ۱، ص ۳۸۸). در قرن هفتم و هشتم عبارت‌هاى «الجمع بين الحقين، جمعاً بين الحقين» را به صراحت مى‌بينيم (فاضل صيمرى، ۱۴۲۰، ج ۴، ص ۷۶؛ حلى، ۱۴۲۵، ج ۲، ص ۱۱۶). در قرن نهم در كتاب عوالى الثالى عبارت جمع بين حقين آمده است (احسانى، ۱۴۰۳، ج ۲، ص ۲۴۹). از قرن دهم تا چهاردهم عبارت «الجمع بين الحقين» در كتب فقهى بيشتر از گذشته مورد استعمال فقها قرار مى‌گيرد (عاملى، ۱۴۱۳، ج ۷، ص ۱۸۰؛ طباطبايى، بى تا، ج ۱، ص ۲۵۵؛ نجفى، ۱۳۹۳، ج ۲، ص ۳۰۸). از قرن چهاردهم هجرى تاکنون اصطلاح «جمع بين حقين» به وفور در كتب استفاده شده است و فقها به آن استناد نموده‌اند (سبحانى تبريزى، ۱۳۹۱، ج ۱، ص ۴۸۶؛ سبزوارى، ۱۳۸۸، ج ۱۷، ص ۲۰۶).

## ۲. هدف پژوهش

هدف از اين پژوهش با توجه به مبنا و دلايل قاعده جمع (قاعده لاضرر، قاعده عدل و انصاف) سعى بر روشن نمودن جمع بين حقين و کارکرد آن در فقه است تا در صورتى که بين حق دو نفر تراحم به وجود آمد و امکان ترجيح يکى بر ديگرى نباشد، در اين صورت با توجه به دلايل جمع بين حقين، حق هر دو طرف را جمع نمايد تا به اين وسيله از ضرر طرفين جلوگیری نماید، يعنى با جمع کردن حق طرفين، ضرر را از طرفين دفع کند.

## ۳. سؤالات پژوهش

نگارندگان در اين پژوهش به دنبال پاسخ به اين دو پرسش‌اند: ماهيت جمع بين حقين چيست و ادله پشتوانه حجيتى آن کدام است؟ چگونه مى‌توان آن را به عنوان يک قاعده مستقل فقهى بيان نمود؟

بنابر آنچه گذشت، تنها کاربرد اين اصطلاح در کتاب‌هاى فقهى ديده مى‌شود و کسى به مباني حجيتى، گستره حجيت و مباحث مربوط به آن نپرداخته است. در نتيجه، اين پژوهش در نوع خود بديع مى‌باشد.

## ۴. «جمع بين حقين» در لغت

«جمع بين حقين» عبارت ترکیبى است. در علم لغت برای این عبارت تعريف خاصی همچون کلمات مفرد، ذکر نشده و از طريق معنای واژه به واژه مى‌توان این عبارت را به

لحاظ لغوی تعریف نمود. کلمه «جمع»، ضمیمه کردن شیء با نزدیک کردن به یکدیگر تعریف شده است، یا شیء واحدی که متعدد شود جمع است، مانند جبل که واحد است و جمع آن جبال است (زبیدی، ۱۴۱۴، ج ۶، ص ۱۵۰). کلمه «بین» به معنای آنچه که میان دو شیء و وسط آن‌ها وضع شده است، می‌باشد (راغب اصفهانی، ۱۴۱۶، ص ۲۰۱). واژه «حق» از نظر لغوی، امر ثابت مطابق با واقع است (مصطفوی، ۱۳۶۸، ج ۲، ص ۲۶۲). بنابراین، عبارت «جمع بین حقین» از لحاظ لغوی عبارت از ضمیمه کردن و الصاق میان دو امر ثابت مطابق با واقع است.

## ۵. «جمع بین حقین» در اصطلاح

حق در اصطلاح دارای معانی متفاوتی است:

الف. حق موضوع التزام است، یعنی آنچه انسان در برابر خداوند یا انسان‌ها به آن ملتزم می‌شود (عبدالرحمن، ۱۴۱۹، ج ۱، ص ۵۷۹).

ب. حق عبارت است از حکم مطابق با واقع که بر اقوال، عقاید، ادیان و مذاهب به اعتبار شمول این موارد بر واقع اطلاق می‌شود (عبدالرحمن، ۱۴۱۹، ج ۱، ص ۵۷۹). به دیگر سخن، حق توانایی خاصی است که برای فرد یا کسانی نسبت به شخص یا چیزی اعتبار شده و به مقتضای این توانایی، صاحب حق می‌تواند در متعلق آن تصرف کند یا از آن بهره‌برگیرد. بر اساس تعریفی که برای حق بیان شده است، حق مرتبه ضعیفی از سلطنت است که از طرف عقلا و شارع، برای انسان یا فرد معینی، بر چیزی قرار داده شده است. بنابراین هر گاه دو یا چند حق به این معنا، قابلیت اجتماع با یکدیگر را داشته باشند، اصطلاحاً جمع بین حقین شکل گرفته است (جمعی از پژوهشگران، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۳۱۸). صیغه حقین تثنیه حق است که در فارسی به آن «دو حق» گفته می‌شود. اگرچه عین کلمه حقین در عبارات فارسی استفاده می‌شود، ولی در عبارات عربی حسب اصول نحو زبان عربی گاهی صیغه «حقین» و گاهی «حقان» استفاده می‌شود که هر دو صیغه تثنیه‌اند و در فارسی همان «دو حق» می‌شود. جمع بین دو حق یا به عبارت دیگر، اجتماع حقین معانی متعددی را بیان می‌کند. ممکن است اجتماع حقین عبارت از جمع دو حق برای یک فرد باشد و ممکن است دو حق متضاد دو فرد باشد که در یک‌جا جمع

شده‌اند. مثلاً در مسئله‌ای دو نظریه متفاوت باشد؛ یکی از دیدگاه‌های فقهی به گونه‌ای است که در عمل به آن، حق دو نفر طرفین معامله ادا می‌گردد و عمل به آن نظریه جمع بین الحاقین نامیده می‌شود (مروج، ۱۳۷۹، ص ۵۸۴). در واقع، می‌توان بیان نمود که جمع بین حاقین شامل اقسام حق، حق‌الله و حق‌الناس می‌شود، حتی جمع بین حاقین در تراحم دو حق‌الله یا دو حق‌الناس و یا تراحم حق‌الله و حق‌الناس وجود دارد. همچنین در تراحم چندین حق امکان جمع بین حاقین وجود دارد که در ادامه پژوهش توضیح داده خواهد شد.

### ۶. ادله حجیت جمع بین حاقین

برای صحت و درستی جمع بین حاقین به ادله و دلایلی می‌توان تمسک جست که در ذیل به این دلایل پرداخته می‌شود:

#### ۱-۶. حدیث سکونی

امام صادق(ع) در مورد ودیعه، از پدرشان نقل می‌کند که مردی نزد کسی دو دینار و دیگری نزد همان شخص یک دینار ودیعه قرار می‌دهد، سپس یکی از این دینارها ناپدید می‌شود. امام صادق(ع) می‌فرماید: به صاحب دو دینار یک دینار بدهید و دینار باقی‌مانده بین آن دو به دو نیم تقسیم می‌شود (ابن‌بابویه، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۷۳).<sup>۱</sup> این حدیث یکی از مبانی و ادله جمع بین حاقین می‌تواند باشد. این که امام صادق(ع) فرمود: به صاحب دو دینار یک دینار بدهید و دینار باقی‌مانده بین آن دو به نصف تقسیم شود، در واقع، برای جمع بین حاقین است تا هر دو طرف به میزان مساوی ضرر کرده باشند و هیچ کدام به تنهایی متحمل ضرر نشود.

#### ۲-۶. استدلال عقلی (عقل نظری)

فقهای شیعه عقل را به‌عنوان یکی از ادله چهارگانه فقه آورده‌اند، ولی کاربرد آن را منحصرأ در مواردی می‌دانند که نصی از قرآن و سنت وجود نداشته باشد. به عقیده اکثر فقهای شیعه، شرع با زبان عقل با انسان سخن گفته و عقل و وحی، دو چراغ پرفروغ، فرا راه

۱. «فی روایة السُّکُونِی عن الصَّادِقِ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عن أَبِيهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: فی رَجُلٍ اسْتَوْدَعَ رَجُلًا دِينَارَيْنِ وَاسْتَوْدَعَهُ آخَرَ دِينَارًا فَصَاعَ دِينَارٍ مِنْهُمَا فَقَالَ: يُعْطَى صَاحِبُ الدُّيْنَارَيْنِ دِينَارًا وَيُقْتَسَمَانِ الدُّيْنَارَ الْبَاقِي بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ».

زندگی انسان قرار داده شده است. شرع آنچه را عقل درک می‌کند تأیید نموده و به آن ارشاد کرده است (زنجانی، ۱۳۷۷، ج ۳، ص ۱۰۸). جمع بین حقین پشتوانه عقلی دارد، زیرا که روایت خاصی مربوط به این امر وارد نشده است. همچنین در قواعد فقهی صراحتاً قاعده‌ای مشخص به نام جمع بین حقین وجود ندارد. در مواردی که تراحم بین حق دو نفر به وجود بیاید و امکان ترجیح یکی بر دیگری به دلیل وجود ضرر، وجود نداشته باشد، عقل نظری بر اساس حسن و قبح عمل، به صورت قاطع حکم می‌کند که اگر امکان جمع بین حقین وجود دارد، باید بین آن دو جمع نمود تا هیچ کدام از دو طرف، متضمن ضرر نشود، زیرا ضرر در اسلام نهی شده است. این گونه جمع نمودن بین حقین بر اساس عقل نظری، حسن و به عدالت نزدیک‌تر است، زیرا هیچ کدام از طرفین متضمن ضرر نمی‌شود، مانند این که اگر کسی درختانش را به مشتری بفروشد و ثمره را برای خود نگاه دارد، هر یک از آن‌ها حق آبیاری دارند. اما اگر در این حق، ضرر و منفعت یکی با دیگری تعارض کند و موجب ضرر بر دیگری شود، به گونه‌ای که یکی از آب دادن ضرر کند و دیگری از آب ندادن، مصلحت مشتری مقدم است، چون بایع کسی است که به دلیل فروش درختان ضرر را بر خودش وارد ساخته و مشتری را مسلط نموده است. لکن اگر ضرر اصل بر قیمت ثمره و زیادت آن تأثیر بگذارد، در این صورت مقدم داشتن مصلحت مشتری همراه با ضمانت وی نسبت به قیمت ثمره خواهد بود تا جمع بین حق مشتری و بایع صورت بگیرد. این گونه جمع نیز حکم قطعی عقل نظری می‌باشد، چراکه صحیح و مورد تأیید عقل است (ترجینی، ۱۳۸۵، ج ۴، ص ۶۶۵).

### ۶-۳. قاعده «عدل و انصاف»

«قاعده عدل و انصاف» از قواعد عقلایی است که در مواردی شارع آن را امضا کرده است و در دعوا و اختلاف حقوقی میان افراد به کار می‌رود. اگر تشخیص این که حق به جانب کدام یک از طرفین دعواست، مشکل گردد، بر اساس این قاعده، عدل و انصاف حکم می‌کند دعوا به گونه‌ای رسیدگی شود و پایان یابد که در حق هیچ یک ظلم نشود. در تقسیم اموال یا حقوق میان فقیهان از قاعده فقهی با نام «قاعده عدل و انصاف» نام برده شده است. به استناد این قاعده، فقها می‌گویند هر گاه مال یا حقی میان

دو شخص یا بیشتر مردد بوده و هیچ یک از طرفین بینه‌ای نداشته باشد یا آن که بینه‌ها با هم معارض باشند و اماره‌ای بر اختصاص مال یا حق به شخص خاصی در میان نباشد، بر اساس قاعده مذکور، حکم به تقسیم بالسویة اموال یا حقوق بین اشخاص می‌شود (حلی، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۱۰۰۵)، در نتیجه، قاعده عدل و انصاف می‌تواند به‌عنوان پشتوانه‌ای برای قاعده جمع بین حقین قرار گیرد.

#### ۴-۶. قاعده لاضرر

یکی از قواعد فقهی مهم که مبنای بسیاری از احکام فقهی دیگر در فقه قرار می‌گیرد، قاعده لاضرر است. این قاعده از جمله قواعدی است که در تعدیل یا تکمیل نصوص شرعی کاربرد مؤثر دارد و احکام فرعی فراوانی از آن متفرع شده است. با آن که نصوص شرعی متعددی به‌عنوان مدرک قاعده مزبور مورد استناد فقها واقع شده است، ولی بی‌تردید، قبح ضرر، و حُسنِ جلوگیری از آن و در نتیجه نهی از اضرار، از احکامی است که عقل، صرف‌نظر از متون شرعی یا ادله نقلی، به آن حکم می‌کند و از مستندات عقلیه است. برخی از فقها بر این استناد که مقتضی لاضرر و لاضرار و قاعده جمع بین حقین ترجیح ضرر کمتر آن‌ها بر دیگری است و با فرض مساوات، به قرعه یا انتخاب حاکم، بازگشت داده می‌شود، چنانچه در تراحم بین حقین نیز تکلیف، قرعه یا انتخاب حاکم است. برای نمونه، فقیهان گفته‌اند که اگر حیوانی سر خود را در ظرف فردی فرو برد و بیرون آوردنش بدون شکستن آن میسر نباشد، کمترین ضرر رعایت می‌شود. در نهایت، هدف از قاعده جمع بین حقین قطع تنازع و دعواست و با قاعده لاضرر و لاضرار موافق می‌باشد (نجفی، ۱۳۹۳، ج ۳۴، ص ۳۱۳).

مفاد لاضرر شامل نهی حکومتی، حرمت، نفی حکم ضرری به لسان، نفی موضوع ضرری و نفی حکم ضرری است. قاعده لاضرر قاعده‌ای امتنانی است. مفاد قاعده لاضرر این است که حکمی که منشأ ضرر است برداشته شود یا موضوعی که منشأ ضرر است حکمش برداشته شود. لسان لاضرر همین دو چیز است: یکی این که در فضای امتنان جاری است، و در جایی که برخلاف منت باشد جاری نیست. دوم، حکمی که منشأ ضرر باشد یا موضوعی که منشأ ضرر است، آن حکم یا موضوع را شارع بر می‌دارد،

چون آنچه که وضعش به دست شارع است، رفعش نیز به دست او می‌باشد (حلی، ۱۴۲۵، ص ۴۱۵).

## ۷. دیدگاه فقیهان درباره جمع بین حقیین

اکثر فقیهان در کتب فقهی خود به جمع بین حقیین استناد جسته‌اند، یعنی در صورت تراحم دو حق و عدم ترجیح یکی بر دیگری، سعی بر جمع بین حقیین نموده‌اند تا به حتی هیچ یک ظلم نشود (جزایری، ۱۴۱۶، ج ۳، ص ۹۲؛ خوبی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۲۴۶). بعضی از فقیهان در برخی از مسائل فقهی از قاعده طرح ادله و تساقط آن‌ها استفاده نموده‌اند و مخالف جمع بین حقیین هستند (اعتمادی، ۱۲۷۴، ج ۴، ص ۲۷). در ذیل به مصادیقی از جمع بین حقیین اشاره می‌شود:

حسینی عاملی (۱۳۸۶، ج ۶، ص ۶۲) در ارتباط با جمع بین حقیین در عقد عاریه می‌نویسد: عاریه عقد جایز است، یعنی معیر هر زمان بخواهد می‌تواند از عاریه رجوع کند، مگر این که مورد عاریه زمین باشد و مستعیر در آن زمین، دفن میت نموده است، که در این جا معیر نمی‌تواند از عاریه رجوع کند، به دلیل این که معیر برای رجوع از عاریه باید نبش قبر نماید و نبش قبر در اسلام حرام است. بنابراین هر چند عاریه عقدی جایز است، ولی اگر در زمین عاریه شده مستعیر دفن میت نماید، معیر نمی‌تواند از عاریه رجوع کند و مستعیر از باب جمع حقیین و به دلیل این که به معیر ظلم نشود و ضرر نکند، باید غرامت زمین را به معیر بپردازد و این گونه جمع بین حقیین نماید.

همچنین محمدجعفر جزایری در مورد جمع بین حقیین در تعذر مثلیات می‌فرماید: اگر عین مال کسی، نزد دیگری تلف شود، اگر آن عین، مثلی باشد باید مثل عین را تماماً به مالک بپردازد، زیرا منع مالک از مثل، ظلم به مالک است. ولی اگر تهیه مثل متعذر گردد، یعنی امکان تهیه مثل وجود نداشته باشد یا این که با مشقت زیاد فراهم شود، در اینجا از باب جمع بین حقیین، قیمت مال را به مالک به عنوان غرامت می‌پردازد و مثل مال از عهده اش ساقط می‌شود (جزایری، ۱۴۱۶، ج ۳، ص ۹۲). همچنین می‌فرماید: در صورت امکان جمع بین حقیین، ضرری بر طرفین نیست (جزایری، ۱۴۱۶، ج ۱۱، ص ۸۱).

موسوی سبزواری نیز می‌نویسد: در جایی که صاحب محصول در زمان مناسب،

محصول را از زمین قلع نمی‌کند و حفظ محصول در زمین، ضرر به صاحب زمین است و قلع محصول ضرر به صاحب محصول است، در این جا صاحب زمین می‌تواند محصول را از زمین بکند و از باب جمع بین حقیقین، باید خسارت محصول را به صاحب محصول پردازد تا هیچ کدام متحمل ضرر نشوند. جمع بین حقیقین در واقع، اعمال عدل و انصاف می‌باشد و مانع ضرر به طرفین می‌گردد، زیرا که قاعده جمع بین حقیقین برای دفع ضرر پیش‌بینی شده است (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۱۷، ص ۱۶۰-۱۶۲). همچنین حسینی روحانی (۱۴۲۹، ج ۳، ص ۳۶۸) جمع بین حقیقین را در ردیف قاعده لاضرر آورده و آن را شامل این قاعده دانسته است.

نکته حائز اهمیت این است که در مواردی از فقه کیفری نیز جمع بین حقیقین کاربرد دارد: اگر کسی دو قصاص (یکی طرف و یکی نفس) بر گردنش باشد، مثلاً دست فردی را عمداً قطع کرده که مجازاتش قصاص دست است و شخصی دیگر را به قتل برساند که مجازاتش قصاص است، در این جا یکی از این قصاص‌ها موضوع دیگری را از بین می‌برد. مشهور فقیهان از باب جمع بین حقیقین می‌فرمایند: ابتدا باید قصاص طرف انجام شود بعد قصاص نفس انجام گردد و دیه دست قصاص شده به ولی مقتول داده می‌شود. رعایت ترتیب و تقدیم قصاص طرف، جمع بین حقیقین است، یعنی اگر اول دست بریده شود و بعد قتل نفس، هر دو قصاص استیفا شده است، هم قصاص شخصی که دستش قطع شده به حقتش رسیده و هم ولی مقتول به حقتش می‌رسد (خویی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۲۴۶).

## ۸. کاربردهای مصداقی جمع بین حقیقین در ابواب فقهی

جمع بین حقیقین در ابواب متعدد فقهی کاربرد دارد و فقهای امامیه به آن استناد نموده‌اند. برای نمونه به برخی از ابواب فقهی اشاره می‌شود:

### ۸-۱. در باب عقد بیع

بیع مهم‌ترین و رایج‌ترین عقد از عقود معین است و از این رو آن را «ام العقود» نامیده‌اند (سبزواری، ۱۳۸۸، ج ۲۲، ص ۷). در تعریف عقد بیع شیخ انصاری بیان نموده است: انشاء تملیک عین در مقابل مال است (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۱۱). مثال‌هایی که در جمع بین حقیقین در خصوص بیع آمده است به شرح ذیل است:



الف. در جایی که فروشنده کنیز مسروقه را با علم به مسروقه بودن فروخته باشد، باید کنیز را به مالک واقعی رد کند، زیرا فروشنده یا خود، سارق کنیز بوده و یا از سارق گرفته و به این وسیله یدش مترتب و متفرع بر ید سارق گردیده است. سپس در چگونگی جمع حقین صاحب کنیز و مشتری در روایت بیان شده که کنیز موظف بر کار شده است تا ثمن مشتری را بپردازد و با این شیوه بین حق مشتری و حق صاحب کنیز جمع شود، یعنی از طرفی، حکم شده به این که کنیز را به صاحبش رد کنند تا حق صاحب وی به این وسیله احقاق شده باشد و از طرف دیگر، کنیز را موظف نموده‌اند که با کار و زحمت ثمن مشتری را تهیه نموده و به وی بدهد تا حق او نیز ضایع و تلف نشود (انصاری، ۱۴۱۰، ج ۱۷، ص ۲۹۷).

ب. در روایتی در مورد عقد فضولی، به نقل از امام باقر(ع) آمده: مولایی کنیزی داشت که پسرش او را در غیاب پدر فروخت. خریدار نیز از آن کنیز صاحب فرزند شد. مولای کنیز از سفر آمد و با مولای دوم کنیز (خریدار) به دعوا برخاست و گفت: پسر، کنیزم را بدون اجازه من فروخته است. حضرت امیرالمؤمنین(ع) قضاوت کرد و به او (مولای اول) فرمود: حکم آن است که کنیز و فرزندش را (از مولای دوم) پس بگیری. خریدار اعتراض کرد و حضرت را سوگند داد که چاره‌ای برای او بیندیشد. حضرت به او فرمود: تو نیز پسر این مرد (مولای اول) که کنیز را به تو فروخته بگیر و حبس کن تا پدرش بیع تو را تنفیذ کند. پدر آن پسر وقتی گرفتاری پسرش را دید، به خریدار گفت: فرزندم را رها کن. خریدار گفت: نه به خدا سوگند، تا تو فرزندم را رها نکنی، فرزندت را رها نمی‌کنم و وقتی مالک کنیز (مولای اول) امر را چنین دید، بیع فرزندش را اجازه کرد (انصاری، ۱۳۹۹، ج ۵، ص ۱۵۱). به نظر می‌رسد این رفتار که امام(ع) به مولای دوم آموزش داده است که فرزند مولای اول را به گروگان بگیرد تا وی راضی به معامله گردد و معامله کنیز را اجازه کند و کنیز و کودکش به مولای دوم برگردد نیز از باب جمع بین حقین بوده است که انجام گرفته است.

## ۸-۲. در باب نکاح (مهریه)

از جمله حقوق مالی، حق مهریه زن است که مرد مکلف به پرداخت آن است. مهریه

مالی است که به وسیله عقد ازدواج در مقابل حق تمتع مرد، به طور متزلزل به ملکیت زن در می‌آید و البته ملکیت آن از سوی زن با شروط خاصی امکان‌پذیر است. در طلاق خلع و مبارات، زوجه باید نصف مهریه را به شوهر بپردازد. اگر در زمان پرداخت نصف مهریه، عین فقط زیادی خالص پیدا کرده باشد، شهید ثانی نقل نموده است که زوجه مخیر است میان این که نصف قیمت بدون زیاده را بپردازد یا این که نصف عین با زیاده را، اما اگر در زمان پرداخت به دو اعتبار عین زیاده و نقیصه پیدا کرده است، در این صورت، بین حق زوجه و زوج تراحم به وجود می‌آید. اگر زوجه نصف عین را بپردازد ممکن است زوجه جنبه زیاده را در نظر دارد و تمایل ندارد که زیادتر را بپردازد. در این صورت، لازم نیست عین را بپردازد. از جهت دیگر، ممکن است زوجه جنبه نقص را در نظر بگیرد و تمایل نداشته باشد که نقیصه را قبض کند. بنابراین جمع بین حقیق (حق زوج و زوجه) اقتضا می‌کند قیمت بدون زیاده و نقیصه پرداخت شود تا حق هیچ یک تباہ نشود و جمع بین هر دو حق شود. همچنین بر اساس قاعده عدل، انصاف و قاعده لاضرر در اینجا الزاماً باید بین دو حق (زوج و زوجه) جمع نمود تا هیچ کدام متضرر نشوند (شیرازی، ۱۳۸۵، ج ۲۳، ص ۷۲۷۶).

مثالی دیگر درباره جمع بین حقیق در باب نکاح چنین است: اگر مرد و زنی مبتلا به عیوبی مانند جذام، برص، عنن و جنون باشند، اگر هر یک بخواهد عیب را تحمل کند متحمل ضرر می‌شود. در این صورت، هر یک از زوجین که متحمل ضرر می‌شود حق فسخ نکاح را دارد و به این وسیله بین حقیق جمع می‌شود. این حق فسخ نکاح فوری است، چون دو ضرر با فوریت اعمال خیار دفع می‌شود و هر یک به حق خود می‌رسند. ولی اگر تراخی باشد یکی ضررش مندفع می‌شود، ولی دیگری ضرر می‌کند، درست مثل این که کسی پنجره‌ای به ملک دیگری باز می‌کند، برای جلوگیری از ضرر طرفین، پنجره را بالاتر از زمین می‌گذارند تا اشرافی به خانه همسایه نباشد که این جمع بین حقیق است. مانحن فیه هم از این قبیل است (مکارم شیرازی، ۱۳۸۲، ج ۵، ص ۲۶۶).

### ۸-۳. در باب شفعه

حق شفعه از حقوقی است که فوریت دارد، یعنی به محض اطلاع شریک از معامله باید

فوراً اخذ به شفعه کند. اگر یکی از دو شریک حصه خودش را به شخص بیگانه بفروشد، شریک دیگر با جمع بودن شرایطی که می‌آید، حق دارد آن را تملک کرده و آن را از مشتری به همان ثمنی که داده، بگیرد.

در صورتی که مشتری در مبیع که زمین باشد بنایی بسازد یا کشت و زرع کند و نخواهد آن را از بین ببرد، شفیع بین سه امر مخیر است: قلع غرس و بنا و پرداخت ارش؛ اخذ بنا و غرس در مقابل پرداخت قیمت آن بر مشتری؛ اعمال نکردن شفعه. در صورت عدم رضایت مشتری به قیمت، آیا شفیع مالک اخذ بنا و غرس در مقابل قیمت می‌شود و قبول این امر بر مشتری واجب است؟ در پاسخ گفته شده است: پرداخت قیمت بنا و غرس از جانب شفیع به مصلحت هر یک از شفیع و مشتری است و اقرب به واقع است، زیرا در این صورت، جمع بین حقیقین صورت گرفته است و از ضرر بزرگ جلوگیری می‌شود (حسینی عاملی، ۱۳۸۶، ج ۱۸، ص ۶۳۲).

مثال دیگری که می‌توان در خصوص باب شفعه بیان کرد: حق شفعه برای غایب ثابت است. پس بعد از اطلاع یافتن از بیع هرچند بعد از زمانی طولانی باشد، می‌تواند اخذ به شفعه نماید و اگر او وکیل مطلق یا وکیل در اخذ به شفعه داشته باشد و وکیلش بر بیع اطلاع پیدا کند - نه موکل او - حق دارد برای موکل خود اخذ به شفعه نماید. اما اگر غایب، وکیل نداشته باشد و یا وکیلش اطلاع بر اخذ به شفعه پیدا نکند و غیبت شخص غایب طولانی شود، به گونه‌ای که شریک و مشتری هر دو متضمن ضرر شوند، در این صورت، از باب قاعده جمع بین حقیقین، برای جلوگیری از ضرر، حق اخذ به شفعه شریک (غایب) ساقط می‌شود (خمینی، ۱۴۰۹، ج ۱، ص ۶۳۱).

#### ۸-۴. در باب تصرفات مالکانه

اگر شخصی آبی را در ملک خود جاری سازد یا آتشی را در آن بیفروزد، سپس آب یا آتش به ملک دیگری سرایت کند و آن را فاسد نماید، در صورتی که آب و آتش مزبور بیش از اندازه نیاز کننده کار نبوده و در فرض روشن کردن آتش باد در حال وزش نباشد، ضمانتی بر فاعل نیست. مقصود از وزیدن باد آن است که وزش چنان نباشد که علم یا ظن به تعدی به ملک غیر پیدا کند، به نحوی که موجب ضرر باشد. دلیل بر عدم ضمانت،

قاعده تسلیط است: «التَّاسُّ مَسْلُطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ». صاحبان ملک عقلاً و شرعاً حق دارند هر گونه انتفاعی را از ملکشان ببرند، حال، اگر به ضمان فاعل حکم گردد، این خود منجر به تحدید تصرفات مالک در اموالشان شده و باعث آن می‌شود که غیر مستقیم وی از تصرف باز داشته شود. البته اگر ارسال آب و افروختن آتش از مقدار حاجتش بیشتر باشد شرط است که مقدار زائد موجب اضرار به غیر نباشد، و لو به حسب ظن، چه مناط در امثال این امور که باب علم به آن منسَد است، ظن می‌باشد.

حاصل کلام این که اگر ظن داشته باشد به این که مقدار زائد بر حاجتش مضر به حال غیر است و همچنان به این امر اقدام نمود و اتفاقاً به غیر ضرر رسانید، ضامن است و در غیر این صورت، ضمانی بر او نمی‌باشد، و دلیل آن، جمع بین حقیین است، یعنی بین حق مالک و حق همسایه جمع می‌شود. اگر مالک حق استفاده در ملکش را نداشته و نتواند شرعاً هر قدر آبی که می‌خواهد در آن انداخته و هر مقداری که دلخواه اوست نتواند آتش روشن کند، بسا موجب ضرر بر وی باشد. از آن طرف، اگر وی حتی با ظن ضرر به همسایه بتواند بیش از حاجتش آب در ملکش انداخته و آتش در آن روشن کند، لازم می‌آید فعل وی مضر به حال همسایه باشد. از این رو، حدیث نفی ضرر دافع آن می‌باشد و در صورت ضرر، ضامن می‌باشد (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۷، ص ۳۳).

مثال دیگری که می‌توان بیان نمود، در قانون مدنی بیان شده است. صاحب‌خانه می‌تواند از دیوار مختص خود روزنه یا شبکه‌ای باز کند و همسایه نیز حق منع او را ندارد، ولی همسایه برای این که متضمن ضرر نشود می‌تواند از باب جمع بین حقیین، جلوی روزنه و شبکه دیوار بکشد یا پرده بیاویزد که مانع رؤیت شود و این گونه از ضرر جلوگیری نماید (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ص ۱۲۳).

#### ۸-۵. در باب غصب

در صورتی که غاصب مالی را غصب کند، ضامن است عین مال را در صورتی که موجود است به صاحبش باز گرداند. حال، اگر زیادی در مالی که غصب شده به وجود آمده است، غاصب حق مطالبه زیادی را ندارد، زیرا این زیادی در عین مال دیگری به وجود آمده است. مگر این که زیادی مزبور عینی از اموال غاصب باشد، مانند این که جامه‌ای را

غصب کرده و سپس آن را رنگ نماید و به واسطه رنگ، قیمت پارچه افزوده شود. حال، اگر پارچه را غاصب به صاحبش رد کند می‌تواند رنگ را از آن جدا نماید، زیرا رنگ عینی از اعیان مال غاصب می‌باشد که حق دارد آن را در صورت قابلیت انفصال، جدا نماید، و لو این امور موجب نقصان قیمت جامه گردد. دلیل بر آن، جمع بین حقیین است، یعنی حق صاحب ثوب و حق غاصب. این در صورتی بود که عین، باقی بماند. اما اگر عین تلف گردد یا به چیز دیگری تبدیل شده باشد، در این صورت نیز قاعده جمع بین حقیین حکم می‌کند که غاصب، مکلف به آن چیزی که در رد آن تعذر وجود دارد، نشود، بلکه مثل یا قیمت عین را بپردازد. به عبارت دیگر، غاصب مکلف است که بدل آن را به مالک برگرداند (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۷، ص ۵۱).

مثال دیگری که می‌توان در خصوص جمع بین حقیین در باب غاصب بیان کرد، چنین است: اگر غاصبی مال شخص دیگر را غصب نماید و سپس آن مال را بفروشد و ثمن معامله را تحویل بگیرد، این معامله فضولی است و منوط به اجازه و رضایت مالک اصلی مال است. اگر مالک، معامله فضولی را تنفیذ نماید، این معامله صحیح و ثمن معامله نیز متعلق به مالک مال می‌شود. ولی در صورتی که مالک اصلی معامله را تنفیذ ننماید و رد کند، در اینجا خریدار مال، یعنی همان مشتری متضمن ضرر می‌شود. در این صورت، برای این که مشتری متضمن ضرر نشود از باب جمع بین حقیین، در صورتی که مشتری آگاه به معامله فضولی نباشد می‌تواند به بایع فضولی (غاصب) مراجعه نماید و ثمن پرداختی را مطالبه نماید (انصاری، ۱۳۹۹، ج ۵، ص ۲۱۰).

## ۸-۶. در باب خمس زمین

خمس چیزی است که خداوند متعال آن را برای پیامبر(ص) و ذریه‌اش به منظور احترام به آنان قرار داده است؛ در عوض زکاتی که از آلودگی‌های دارایی‌های مردم است و برای فقیران قرار داده است (خمنی، ۱۳۹۲، ص ۳۶۷).

اگر شخص ذمی، زمین مغروسه و یا مشغول به بناء را خریده باشد، حق دارد که اغراس و بنا را نگه دارد و از آنجا که زمین مغروسه یا مشغول به بنا مشمول خمس می‌باشد و خمس زمین برای صاحبش است، بنابراین، ذمی نمی‌تواند مالکیت بقا در آنجا را به



اگر از جهت نوع یا کیفیت، تعدی کند غاصب است و از باب قاعده جمع بین حقیقین به دلیل این که معیر متضمن ضرر نشود، مستعیر ضامن است و باید جبران خسارت نماید. همچنین اگر در نوع استفاده بردن، تعدی کرده باشد بر او واجب است اجرت منفعتی را که استفاده کرده است بپردازد، اما اگر در کیفیت استفاده، تعدی کند، بعید نیست که بر او اجرت استفاده زیادی واجب باشد و این گونه جمع بین هر دو حق شود (خمنی، ۱۴۰۹، ج ۱، ص ۶۷۴).

### ۸-۹. در باب رهن

اگر مال مرهونه از قبیل چیزهایی باشد که قبل از اتمام مهلت دین، فاسد می‌شود و امکان اصلاح آن وجود نداشته باشد، اگر فروش آن و قرار دادن ثمن آن به‌عنوان مال مرهون در عقد، شرط شده باشد، رهن صحیح است، چون قصد از رهن حاصل می‌شود و بعد از رهن، اگر راهن آن را بفروشد و ثمنش را به‌عنوان رهن قرار دهد، صحیح است. در غیر این صورت، حاکم او را مجبور به فروش می‌کند و اگر دسترسی به حاکم امکان‌پذیر نبود، مرتهن آن را به فروش رسانده و ثمنش را مورد رهن قرار می‌دهد و این امر، موجب جمع بین حق راهن و مرتهن می‌شود. علت این حکم هم روشن است، چون در صورت عدم فروش مرهونه سریع‌الفساد، مرهونه از بین می‌رود و موجب ضرر راهن و مرتهن می‌گردد. بنابراین با فروش آن و قرار دادن ثمن به‌عنوان جایگزین مرهونه، از ضرر قابل توجه جلوگیری می‌شود و علاوه بر آن، جمع بین حقیقین صورت می‌گیرد (ترجیحی عاملی، ۱۴۲۷، ج ۵، ص ۷۵).

همچنین می‌توان به‌عنوان مثال بیان نمود: تصرف مرتهن در رهن بدون اذن راهن جایز نیست. اگر با اذن مالک، سوار بر حیوان شود یا با سکونت و مانند این‌ها در آن تصرف نماید، این تصرف جایز است و ضامن نمی‌باشد، اما در صورتی که بدون اذن راهن در مال مرهونه تصرف نماید و همچنین در دست او تلف شود، به دلیل این که راهن متضمن ضرر نشود، از باب قاعده جمع بین حقیقین، راهن ضامن عین آن می‌باشد. زیرا تعدی کرده است و به جهت استفاده از منفعت آن، اجرت‌المثل بر او لازم می‌شود و اگر تصرف در آن با بیع و مانند آن یا با اجاره و مثل آن باشد، فضولی می‌باشد. اگر راهن آن را اجازه

کند صحیح است و از باب قاعده جمع بین حقیقین، ثمن و اجرت قرارداد شده، مال راهن می‌باشد و ثمن در بیع، رهن می‌شود و برای هیچ کدام آن‌ها بدون اذن دیگری تصرف در آن جایز نیست. در اجاره، عین به طور رهنی باقی می‌ماند و اگر راهن آن را اجازه ندهد باطل است (خمینی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۱۱).

### ۸-۱۰. در باب قصاص

یکی از فروعی که ممکن است پیش آید و نوعاً فقها در باب قصاص مطرح کرده‌اند این است که اگر برخی از ورثه‌های قصاص حاضرند و بعضی غایب، یا بعضی بالغ‌اند و بعضی صغیر، ورثه‌ای که حاضر و بالغ‌اند می‌توانند درخواست قصاص قاتل را نمایند و او را قصاص کنند. ولی اگر غایب، حاضر شود و صغیر، بالغ شود، چنانچه قصاص بخواهد، مقصود او قبلاً عملی شده، چون قاتل قصاص شده است. اما اگر مخالف قصاص‌اند و خواستار دیه، در این صورت، از باب قاعده جمع بین حقیقین بر افراد حاضر و بالغ واجب است سهم دیه صغیر و غایب را بپردازند (سبحانی تبریزی، ۱۳۹۰، ص ۲۷۴).

### ۹. جمع بین حقیقین در تمام اقسام حق

در متون فقهی، حق بر دو قسم کلی حق‌الله و حق‌الناس تقسیم می‌شود و در تراحم بین این حقوق، در صورت وجود مرجح، طرف ارجح مقدم می‌گردد و در صورت عدم ترجیح و امکان جمع در صورت تعارض، بین حق‌ها جمع می‌گردد. تراحم گونه‌هایی دارد که از این قرارند:

الف. تراحم چند حق‌الله با یکدیگر، مثل ادای نماز اول وقت و ازاله نجاست از مسجد.

ب. تراحم حق‌الله و حق‌الناس، مثل ادای دین و ادای نماز اول وقت.

ج. تراحم چند حق‌الناس با یکدیگر، مثل نصب پنجره توسط همسایه در خانه خودش که باعث ایجاد مزاحمت برای همسایه دیگر می‌شود.

### ۹-۱. تراحم دو حق‌الله

اگر نمازگزار مقدار کمی آب در اختیار داشته باشد و مکلف به دو فعل ازاله نجاست از بدن یا لباس و همچنین طهارت مائیه (وضو یا غسل) باشد، به گونه‌ای که مقدار آب فقط



یکی از این مورد را رفع کرده و اضافه‌ای نخواهد داشت، بنابر نظر مشهور فقها، در این حالت از تزاحم، ازاله نجاست از بدن یا لباس مقدم است و به جای وضو تیمم باید کرد، چراکه با این حکم، جمع بین حقین صورت می‌گیرد (حسینی روحانی، ۱۳۹۲، ج ۳، ص ۸۷).

## ۹-۲. تزاحم حق الله و حق الناس

هر گاه ادای دین بر قطع نماز متوقف باشد و نماز در وسعت وقت قرار داشته باشد، ظاهر از وجوب قطع نماز در وسعت وقت است نه در تنگنا. اما در حالت ضیق وقت نماز نیز احتمال دارد در صورتی که بتواند باید در حالی که مشغول به نماز است به پرداخت دین اقدام کند و این حکم به دلیل جمع بین حقین (حق الله و حق الناس) است. بنابراین جمع بین حقین شامل حق الله و حق الناس و حتی شامل چندین حق می‌شود.

## ۱۰. جایگاه جمع بین حقین در استنباط احکام

جمع بین حقین نقش بزرگ و پراهمیتی در طریق استنباط احکام داشته و در ابواب مختلف فقهی مورد توجه فقها بوده است. افزون بر این، ارتباط جمع بین حقین با سایر قواعد فقهی نیز می‌تواند بیانگر اهمیت جمع بین حقین و نقش اساسی آن در منابع فقه و قواعد فقه باشد، چه این قاعده در ارتباط با سایر قواعد فقهی، هم جنبه اثرپذیری داشته و از طرفی، در برخی از قواعد اساسی دیگر هم جنبه اثرگذاری دارد و این خود دلیل جایگاه مهم جمع بین حقین در قواعد فقهی و منابع علمی است. جنبه اثرپذیری جمع بین حقین در ارتباط با قاعده لاضرر است و اصولاً این قاعده به دلیل حاکمیتی که دارد، بر همه قواعد فقهی اثرگذار است و جمع بین حقین نیز از این امر مستثنا نیست. همچنین با توجه به روایت امام صادق (ع) در مورد عقد ودیعه که بیان شد: «(فِي رِوَايَةِ السَّكُونِيِّ عَنِ الصَّادِقِ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِيهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: فِي رَجُلٍ اسْتَوْدَعَ رَجُلًا دِينَارَيْنِ وَاسْتَوْدَعَهُ آخَرَ دِينَارًا فَصَاعَ دِينَارًا مِنْهُمَا فَقَالَ: يُعْطَى صَاحِبُ الدَّيْنَيْنِ دِينَارًا وَتَقْتَسِمَانِ الدَّيْنَارَ الْبَاقِيَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ)» (ابن بابویه، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۷۳)، می‌توان بیان نمود که هر چند فقها جمع بین حقین را به عنوان قاعده مستقل بیان ننموده‌اند، ولی در واقع، بر اساس روایت بیان شده و حکم قطعی عقل و همچنین قاعده لاضرر، می‌توان جمع بین حقین را به عنوان قاعده‌ای مستقل مطرح کرد که سرچشمه استنباط احکام شرعی گردد.

## نتیجه‌گیری

قوانینی که در مکتب اسلام وضع شده است مانند سایر مکتب‌های اجتماعی و حقوق ملت‌ها شامل یک سلسله حقوق سودمند به حال اشخاص است، از قبیل استفاده مطلق مالک از مال مشروع خود. این حقوق ممکن است در تراحم حقوق دیگران قرار گیرد. در این حالت، اگر حقوق متزاحم به لحاظ اهمیت دارای درجه یکسان نباشد و میان آن‌ها اهم و مهم باشد، طبیعتاً آنچه اهم است مقدم خواهد شد. اما در غیر این صورت و زمانی که هیچ مرجعی وجود نداشته باشد، باید جمع بین حقیقین نمود که مهم‌ترین دلیل آن قاعده لاضرر است. به دیگر سخن، جمع بین حقیقین به دلیل عدم ضرر دیدن و ضرر رساندن صورت می‌گیرد، چراکه ضرر در اسلام نفی شده است. جمع بین حقیقین به منظور ایجاد راهکاری برای جلوگیری از ضرر ارائه می‌شود و این دلیل حاکمیت قاعده لاضرر بر سایر قواعد فقهی می‌باشد که عقل نیز به آن حکم می‌کند. این قاعده در ابواب متعدد فقهی، حقوقی و امور مدنی و امور کیفری کاربرد دارد، مانند بیع، غصب، قصاص و شفعه. بنابراین جمع بین حقیقین از جمله قواعدی است که در تمام ابواب فقه مورد استفاده قرار می‌گیرد، حتی در صورت تراحم چندین حق یا تراحم حق الله با حق الناس یا تراحم دو حق الله و یا تراحم دو حق الناس. از این رو بایسته است که به جمع بین حقیقین، به مثابه قاعده مستقلی نگریسته شود، نه این که در ذیل قاعده لاضرر جهت تأمین عدالت و قطع تنازع به کار برده شود. ادله پشتوانه این قاعده، روایت امام صادق (ع)، حکم قطعی عقل، قاعده لاضرر و قاعده عدل و انصاف است. جمع بین حقیقین از بروز ضرر بر طرفین نزاع جلوگیری می‌کند و عمل به آن نیز از حسن عقلی برخوردار است. بنابراین در حالت تراحم حقوق و در صورت وجود شرایط، همواره جمع بین حقیقین در اولویت قرار دارد و این اولویت هم بنابر حکم قطعی عقل می‌باشد که می‌توان از آن به عنوان قاعده‌ای مستقل بهره برد.

## فهرست منابع

۱. قرآن کریم.
۲. ابن منظور، محمد بن مكرم. (۱۴۱۴ق). لسان العرب. بیروت: دار صادر.

۳. ابن بابویه (صدوق)، محمد بن علی. (۱۴۱۳ق). من لا یحضره الفقیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴. احسانی، ابن ابی‌جمهور. (۱۴۰۳ق). عوالی الثالی العزیزیه فی الأحادیث الدینیة. قم: مؤسسه سیدالشهداء(ع).
۵. انصاری، مرتضی بن محمدامین. (۱۴۱۰ق). المکاسب. قم: دار الکتب.
۶. ایروانی، علی. (۱۳۷۹ق). حاشیه المکاسب. قم: کتبی نجفی.
۷. بحرانی، یوسف بن احمد. (۱۳۶۳ش). الحدائق الناضره فی أحكام العترة الطاهره. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
۸. بیهقی کیدری، قطب‌الدین. (۱۳۷۴ش). إصباح الشیعة بمصباح الشریعة. قم: مؤسسه الإمام الصادق(ع).
۹. ترحینی عاملی، سید محمدحسین. (۱۳۹۶ش). الزبده الفقهیة فی شرح الروضة البهیة. قم: ذوی‌القربی.
۱۰. جزایری، محمدجعفر. (۱۴۱۶ق). هدی الطالب فی شرح المکاسب. قم: طبعه النور.
۱۱. جمعی از پژوهشگران. (۱۳۸۷ش). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل‌بیت(ع). (زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی). قم: مؤسسه فقه اسلامی.
۱۲. حسینی روحانی، محمدصادق. (۱۳۹۲ش). فقه الصادق(ع). قم: دار الکتب.
۱۳. حسینی روحانی، محمدصادق. (۱۴۲۹ق). منهاج الفقاهه. قم: انوار الهدی.
۱۴. حسینی عاملی، سید جواد بن محمد. (۱۳۸۶ش). مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۵. حلی (علامه)، حسن بن یوسف. (۱۴۲۵ق). نهاية الوصول إلى علم الأصول. قم: مؤسسه الإمام الصادق(ع).
۱۶. حلی (محقق)، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرایع الإسلام. تهران: اعلمی.
۱۷. خمینی، سید روح‌الله. (۱۴۰۹ق). تحریر الوسیله. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره).
۱۸. خویی، سید ابوالقاسم. (۱۳۷۱ش). مبانی تکملة المنهاج. قم: العلمیه.
۱۹. راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۴۱۶ق). مفردات ألفاظ القرآن. دمشق: دار القلم.
۲۰. راوندی، سعید بن هبة‌الله. (۱۴۰۵ق). فقه القرآن. قم: کتابخانه عمومی آیت‌الله مرعشی نجفی(ره).
۲۱. رشتی، حبیب‌الله محمد بن علی. (۱۴۰۷ق). فقه الإمامیه. تهران: مکتبه الداوری.
۲۲. زبیدی، محمد بن محمد. (۱۴۱۴ق). تاج العروس من جواهر القاموس. بیروت: دار الفکر.
۲۳. سبحانی تبریزی، جعفر. (۱۳۹۱ش). أحكام القصاص فی الشریعة الإسلامیة الغراء. تهران: مؤسسه امام صادق(ع).
۲۴. سبحانی تبریزی، جعفر. (۱۳۹۶ش). آرشیو درس خارج فقه. اصفهان: مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه.
۲۵. سبحانی تبریزی، جعفر. (۱۴۲۰ق). الخمس فی الشریعة الإسلامیة الغراء. قم: مؤسسه امام صادق(ع).
۲۶. سبزواری، سید عبدالعلی. (۱۳۸۸ش). مهذب الأحكام فی بیان حلال والحرام. قم: دار التفسیر.

۲۷. شبیری زنجانی، موسی. (۱۳۸۵ش). کتاب نکاح. قم: مؤسسه پژوهشی رأی پرداز.
۲۸. طاهری، حبیب‌الله. (۱۳۹۱ش). حقوق مدنی. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۹. طباطبائی، محمد بن علی، (بی تا). المناهل. قم: مؤسسه آل‌البيت (ع).
۳۰. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۷۸ق). المبسوط فی فقه الامامیه. نجف: مکتبه المرتضویه.
۳۱. عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی. (۱۳۸۹ش). الروضة البهیة فی الشرح للمعة الدمشقیة. تهران: مجمع الفکر الإسلامی.
۳۲. عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.
۳۳. عاملی (محقق کرکی)، علی بن عبدالعالی. (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: مؤسسه آل‌البيت (ع).
۳۴. عبدالرحمن، محمود. (۱۴۱۹ق). معجم المصطلحات والألفاظ الفقهیه. قاهره: دار الفضیله.
۳۵. عمید زنجانی، عباسعلی. (۱۳۸۲ش). آیات الأحکام. تهران: دفتر مطالعات و تحقیقات علوم اسلامی.
۳۶. فاضل صیمری، مفلح بن حسن. (۱۴۲۰ق). غایة المرام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار الهمادى.
۳۷. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۳۸۷ش). الکافی. قم: مؤسسه علمی فرهنگی دارالحدیث.
۳۸. محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۸۱ش). قواعد فقه، بخش مدنی ۲. تهران: سمت.
۳۹. مروج، حسین. (۱۳۷۹ش). اصطلاحات فقهی. قم: بخشایش.
۴۰. مصطفوی، سید حسن. (۱۳۶۸ش). التحقیق فی کلمات القرآن الکریم. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۴۱. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۸۲ش). کتاب النکاح. تهران: امام علی بن ابیطالب (ع).
۴۲. نجفی، محمدحسن. (۱۳۹۳ش). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. تهران: دار الکتب الإسلامیه.



## The Feasibility of Property Rights for Genome Owners in Human-Centered Genetic Research Contracts

Zahrā Khosrojerdi<sup>1</sup> , Muḥammad-Riḍā Ghulāmpūr<sup>2</sup> , Sayyed Muḥsin Ḥusaynī Pūyā<sup>3</sup> 

1. PhD Student in Private Law, Department of Law, Islamic Azad University, Neyshabour Branch, Neyshabour, Iran. Email: [zkhosrojerdi@pnu.ac.ir](mailto:zkhosrojerdi@pnu.ac.ir)
2. Corresponding Author, Assistant Professor, Department of Law, Higher Education Institute, Shandiz Branch, Shandiz, Iran. Email: [notary39mashhad@gmail.com](mailto:notary39mashhad@gmail.com)
3. Assistant Professor, Department of Law, Islamic Azad University, Neyshabour Branch, Neyshabour, Iran. Email: [m.hoseini.p@mshdiau.ac.ir](mailto:m.hoseini.p@mshdiau.ac.ir)

### Article Info

#### Article type:

Research Article

#### Article history:

Received 19 August 2024

Received in revised form 23 December 2024

Accepted 31 December 2024

Available online 4 January 2024

#### Keywords:

genomic property,  
genome ownership,  
genetic research, gene  
transferability, human  
subjects (donors).



### ABSTRACT

Based on findings from a comparative study of Islamic law and other legal systems, the views of religious scholars, similar to the approaches of various countries, regarding the recognition of ownership rights for patients or participants in human genome research projects have been inconsistent and variable. These inconsistencies stem not only from the connection of these contracts to human rights issues, such as the right to health and equitable access to gene therapy and genetic medicine, but also from their association with the commercial utilization of discoveries derived from human genetic resources. The gap between the rapid advancement of genetic science and the absence of a unified legal framework addressing ownership rights between researchers and donors has impacted individuals' claims and rights to the economic benefits derived from human biological materials. This gap has also created barriers to research and the development of the genomics industry. Evidently, the recognition of ownership rights in such research, like other legal rights, is not absolute, and legislators must limit these rights to ensure public order. Therefore, by examining the approaches taken toward the extent of human biological control and the implications of these approaches on research contracts and human genome transfer, this study aims to clarify an acceptable theory under Iranian law.

**Cite this article:** Zahrā Khosrojerdi, Z.; Ghulāmpūr, M., R.; Ḥusaynī Pūyā, S., M. (2024). The Feasibility of Property Rights for Genome Owners in Human-Centered Genetic Research Contracts. *Civil Jurisprudence Doctrines*, 16 (30), 205-234. <https://doi.org/10.30513/cjd.2025.6271.1987>





## امکان سنجی حقوق مالکانهٔ صاحب ژنوم در قراردادهای ژن‌پژوهی انسان محور

زهرا خسروجردی<sup>۱</sup> | محمد رضا غلام‌پور<sup>۲</sup> | سید محسن حسینی پویا<sup>۳</sup>

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد نیشابور، نیشابور، ایران. رایانامه: [zkhosrojerdi@pnu.ac.ir](mailto:zkhosrojerdi@pnu.ac.ir)

۲. نویسنده مسئول، استادیار گروه حقوق، مؤسسهٔ آموزش عالی، واحد شان‌دیز، شان‌دیز، ایران. رایانامه: [notary39mashhad@gmail.com](mailto:notary39mashhad@gmail.com)

۳. استادیار، گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد نیشابور، نیشابور، ایران. رایانامه: [m.hoseini.p@mshdiau.ac.ir](mailto:m.hoseini.p@mshdiau.ac.ir)

### چکیده

### اطلاعات مقاله

بر اساس یافته‌های پژوهشی حاصل از مطالعه تطبیقی در نظام حقوقی اسلام و دیگر نظام‌های حقوقی، اقوال اندیشمندان دینی همانند رویکرد کشورها، در خصوص شناسایی حق مالکیت بیماران یا متقاضیان شرکت در پروژه‌های تحقیقاتی مبتنی بر ژنوم انسان، نه تنها به دلیل ارتباط موضوع این قراردادها با مباحث مربوط به حقوق بشر نظیر حق بر سلامتی و دسترسی عادلانه به خدمات ژن‌درمانی و داروهای ژنتیکی، بلکه به دلیل ارتباط آنها با عرضهٔ تجاری یافته‌های حاصل از منابع ژنتیک انسانی، پر شکاف و متغیر بوده است. این عدم همپایی بین سرعت پیشرفت علم ژنتیک و فقدان یک رویکرد حقوقی واحد بین محققان و نمونه‌دهندگان در خصوص اعطای حق مالکانه، بر مطالبات و حقوق اشخاص نسبت به منافع اقتصادی حاصل از مواد بیولوژیک انسانی، تأثیر گذاشته و موانعی را بر سر راه تحقیق و توسعهٔ صنعت ژنومیک ایجاد کرده است. بدیهی است شناسایی حق مالکیت در این پژوهش‌ها، همانند سایر حقوق قانونی مطلق نبوده و قانون‌گذار باید این حق را بر مبنای حفظ نظم عمومی، تحدید نماید. لذا ضمن بررسی رویکردهای اتخاذ شده در مورد حدود اختیار و میزان تسلط بیولوژیکی انسان و تأثیر هر یک از رویکردها بر قراردادهای تحقیقاتی و انتقال ژنوم انسان، نظریهٔ قابل پذیرش در حقوق ایران را روشن خواهیم ساخت.

نوع مقاله: علمی پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۵/۲۹

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۱۰/۰۳

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۰/۱۱

تاریخ انتشار آنلاین:  
۱۴۰۳/۱۰/۱۵

کلیدواژه‌ها:

مالیت ژنوم، مالکیت ژنوم، تحقیقات ژنتیک، قابلیت انتقال ژن، آزمودنی‌های انسانی (نمونه‌دهندگان).



**استناد:** خسروجردی، زهرا؛ غلام‌پور، محمد رضا؛ حسینی پویا، سید محسن. (۱۴۰۳). امکان‌سنجی حقوق مالکانهٔ صاحب

ژنوم در قراردادهای ژن‌پژوهی انسان‌محور. آموزه‌های فقه‌مدنی، ۱۶ (۳۰)، ۲۰۵-۲۳۴.

<https://doi.org/10.30513/cjd.2025.6271.1987>

ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.



© نویسندگان.

## مقدمه

امروزه با عنایت به پیشرفت علمی نظیر فناوری‌های زیست‌پزشکی در زمینه دانش سلولی و ژنوم انسانی و لزوم حفظ حیات انسان‌ها، موضوعات نوظهوری همانند ژن‌ها و مواد بیولوژیکی بدن انسان، پا به عرصه زندگی گذاشته است. در حال حاضر، برخلاف اموال متعارف، که بحث از ماهیت و روش‌های انتقال آنها به قدر کافی و وافی در تألیفات حقوقی آورده شده، بحث در خصوص اشکال و مصادیق نوظهور اموال، به نحو شایسته و بایسته‌ای صورت نگرفته است.

طی چند دهه اخیر، متناسب با بهره‌گیری از دستاوردهای پروژه ژنوم انسانی برای ارتقای دانش زیست‌پزشکی و همچنین اهمیت فزاینده قراردادهای مربوط به بهره‌برداری از ژنوم انسانی و فراورده‌های حاصل از آن برای اهداف اقتصادی و تجاری، حجم عظیمی از تنگناهای به‌وجودآمده پیرامون کنترل، انتقال، انتشار و بهره‌برداری از داده‌های ژنوم انسانی، با تدابیر به‌موقع حوزه‌های علوم مرتبط از جمله فقه، حقوق، اخلاق و اقتصاد زیستی... همراه نبوده و لذا ابهام در ماهیت حقوقی این موضوع نوپدید، سبب ایجاد نوعی اختلال و سردرگمی نسبت به وضعیت حقوقی مالکیت بر ژن‌ها و دادوستد نمونه‌های بیولوژیک انسانی، در نظام‌های مختلف حقوقی شده است.

یکی از ایرادات وارد بر نخستین گام قاعده‌مندسازی دسترسی به منابع ژنتیکی در ایران، این است که در لایحه «حفاظت و بهره‌برداری از منابع ژنتیکی» مصوب ۱۳۹۶، به دلیل مسائل اختلافی در مورد مالکیت منابع ژنتیک انسانی و نیز پیچیدگی‌های خاص این منابع، هیچ‌گونه اشاره صریحی به این نوع منابع صورت نگرفته و بر اساس بند «الف» ماده یک این لایحه، تعریف «منابع ژنتیکی» در آن، منصرف از منابع زیستی انسانی است (میرمحمدی، ۱۳۹۷، ص ۶۴).

متأسفانه در قوانین موضوعه ایران هم تاکنون حکم صریحی در مورد حقوق مالکانه سوره‌های انسانی یا میزان اختیار و سلطه آنان نسبت به بافت‌ها و مواد ژنتیکی بدنشان در پروژه‌های ژن‌پژوهی وجود ندارد. لذا در چنین شرایطی که وضعیت حقوقی مالکیت بر ژن‌ها و نمونه‌های بیولوژیک انسانی، در هاله‌ای از ابهام قرار گرفته و پاسخ صحیح و مورد

توافقی ندارد، بر اساس نظریه مستظهر از اصل یکصد و شصت و هفت قانون اساسی و ماده سوم از قانون آیین دادرسی مدنی، قضات محاکم دادگستری، مأذون‌اند تا به منظور تحصیل حکم قضایای غیرمدونی همچون مسئله مورد بحث، جلوگیری از بروز خطاهای احتمالی توسط نظام قضایی و در عین حال، تأمین حداکثری حقوق نمونه‌دهندگان یا شرکت‌کنندگان در طرح‌های ژن‌پژوهی، جست‌وجو در اصول حقوقی، آرای فقهی و صدور حکم بر اساس فتاوی معتبر مجتهدین جامع‌الشرایط را مبنای عمل خود قرار دهند.

نظر به ارزشمندی منابع ژنتیک در تحقیقات و مبادلات ژنوم انسانی و با هدف ساماندهی منطقی به این ارتباط، در پژوهش حاضر سعی شده با استفاده از روش مقایسه‌ای مبتنی بر مطالعه نظام‌های حقوقی کشورهای مختلف و نظام حقوقی اسلام، در مقام پاسخ‌گویی به این سؤال که «آیا حقوق مالکانه صاحبان ژنوم می‌تواند به‌عنوان یک پیش‌شرط در کارآزمایی‌ها و قراردادهای تحقیق و توسعه ژنوم انسانی مدنظر قرار گیرد؟» به توصیف و تحلیل رویکرد فقها و تبیین راهکارها و معیارهایی که توسط حقوق‌دانان و صاحب‌نظران عرصه ژن‌پژوهی ارائه شده، پرداخته شود تا در نهایت مشخص گردد کدام یک از راهبردها می‌تواند علاوه بر تسهیل تحقیقات پژوهشی، حقوق و منافع اشخاص مشارکت‌کننده در تحقیقات بیولوژیک را تضمین نماید؟

نتایج حاصل از مطالعه آثار پژوهشی، حاکی از آن است که متأسفانه در نظام حقوقی اسلام و حقوق بین‌الملل، علی‌رغم وجود اختلاف نظر بین پژوهشگران و شرکت‌کنندگان در تحقیقات ژنتیکی انسان‌محور، در خصوص مسئله سهم‌خواهی شرکت‌کنندگان از منافع اقتصادی حاصل از بهره‌برداری و دسترسی به ژنوم آنان و نیز ارزش مبادله‌ای (مالیت) منابع ژنتیکی انسان در حوزه فناوری‌های مبتنی بر ژنوم انسانی، با فقر منابع مواجهیم. لذا در گام نخست، لازم است جهت ورود به این مقوله نوظهور، واکاوی نفس رابطه انسان با نمونه‌های زیستی‌اش، بر چگونگی و کیفیت رابطه آن مقدم شود، زیرا رفع مسائل چالشی در خصوص این رابطه و همچنین تعیین میزان سهم آزمون‌شونده بر ابداعات و نوآوری‌های حاصل از دست‌ورزی‌های ژنتیکی، ابتدا به ساکن به مسئله مالیت یا عدم مالیت اجزا و مواد بیولوژیک انسان و سپس به ساختار و کیفیت این رابطه بستگی دارد.



## ۱. ارزش مبادله‌ای ژنوم انسان و تفسیر آن با محوریت فقه و قوانین ایران

متعارض بودن رویکرد جوامع مختلف در مسئلهٔ مالکیت مواد ژنتیکی و در نتیجه، اختلاف نظرهای گسترده میان ذی‌نفعان در موضوع قابلیت ثبت اختراعات بر مبنای مواد ژنتیکی انسان و تقابل برخی از رویکردها با تلقی ژنوم انسانی به‌عنوان میراث مشترک بشریت، منجر به عدم هماهنگی و سیاست‌های نابرابر در قواعد ناظر بر نظام دسترسی و انتقال منابع ژنتیک انسانی گردیده و باعث شده که این مسائل در رویهٔ قضایی و تقنینی کشورها، از جایگاه ثابت و متقنی برخوردار نباشد. لکن ازآنجا که این منابع، جزئی از اعضا و بافت‌های بدن او تلقی می‌شوند، لذا نظریاتی که در مورد ارزش مبادله‌ای اعضا یا کیفیت رابطهٔ میان انسان و جسم او در شریعت مطرح شده، در مورد سایر ارگانسیم‌ها و منابع بیولوژیک انسانی نیز ساری و جاری است (فقیهی، ۱۳۷۴، ج ۱۱، ص ۳۷۹).

با مراجعه به بحث اختصاصی اموال در جلد اول قانون مدنی ایران، ملاحظه می‌گردد که مقنن صرفاً به بیان مصادیق و اقسام مال بسنده کرده و تعریف جامعی از «مال» ارائه نداده است. به نظر می‌رسد بنابه مصلحتی همچون کثرت اشکال مال و همچنین نسبی بودن مالیت اموال، عمداً از تعریف «مال» امتناع ورزیده و با توجه به مقتضیات زمان و مکان، مسئلهٔ تعیین مصادیق نوظهور مال را به مقبولیت آن از منظر عرف واگذار نموده است. بنابراین، ملاک مالیت، مقابله به عوض نیست، بلکه رغبت انسان به آن است و این رغبت، به حسب زمان و مکان متفاوت است. یک شیء ممکن است در زمانی مورد رغبت نباشد، چون یا نفعی ندارد یا نفع آن شناخته‌شده نیست، مثل زمانی که نفت از چاه‌ها بیرون می‌زد و کسی آن را نمی‌شناخت و رغبتی به آن نداشت. لذا در آن زمان فاقد مالیت بود. اما امروزه، به گران‌قیمت‌ترین و نفیس‌ترین متاع تبدیل شده است.

به هر حال، عدم ارائهٔ تعریف قانونی از مال، موجب شده مردم در ترتب عنوان مال بر بسیاری از اشیای نوظهور، تردید کنند. همین چالش جدی در روابط اقتصادی و فقهی مردم، ضرورت تعیین و تبیین معیارهای شناسایی مال را در بین موضوعات نوپدید، به‌خوبی روشن می‌سازد.

فقها و حقوق‌دانان جهت رفع خلأهای فقهی و حقوقی، درصدد برآمده‌اند تا با تحلیل مبانی فقهی در خصوص این موضوع، عناصر اصلی تشکیل‌دهندهٔ آن را جهت تطبیق با

مصادیق نوپیدا و غیرمتعارف مال، تشریح و تبیین نمایند.

### ۱-۱. ماهیت مال از منظر حقوقی

از منظر حقوقی، هر چیز نافع‌ای که قابل تملک باشد (مستنبط از مواد ۲۴۷ و ۳۴۸ قانون مدنی)، مشروط به این‌که هنگام مبادله و فروش، معادل ارزش اقتصادی آن، وجهی پرداخت شود و دادوستد و نگهداری و حمل آن مغایر با موازین شرعی و قانونی نباشد، دارای ارزش مبادله‌ای است.<sup>۱</sup> (امامی، ۱۳۷۷، ص ۱۸؛ کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۱۱). از مجموع بیانات حقوق‌دانان استنباط می‌شود که عرف مردم، متکفل تعیین مصادیق مال است و هر آنچه را که دارای ارزش اقتصادی باشد، در بر می‌گیرد.

امروزه، آینده علم فقه و حقوق در مواجهه با پیشرفت‌های علمی و فناوری، نیازمند رویکردی جامع، انعطاف‌پذیر و پیشروست. از این رو، لزوم تحقق یک نظام حقوقی و فقهی پویا و کارآمد، بازنگری در مفهوم مال و معیار مالیت را ضروری ساخته است، چراکه بر مبنای آن، امکان بهره‌برداری از منافع و دستاوردهای حاصل از تکنولوژی‌های نوین، به بهترین نحو میسر گردیده و در عین حال، از قدرت بازدارندگی مناسبی در برابر آسیب‌ها و سوءاستفاده‌های احتمالی برخوردار خواهد بود. بدین منظور، همگام با پیشرفت تکنولوژی، قانون‌گذاران و فقها جهت شناسایی مصادیق نوظهور اموال، در تلاش‌اند تا با در نظر گرفتن تمامی جوانب و با رویکردی متناسب با تحولات روز، دامنه مصادیق موضوعات واجد مالیت را توسعه دهند. در همین راستا، شاهد هستیم که مال ابتدا به «عین»، سپس به «منافع» و پس از آن به «حقوق» نیز اطلاق گردیده و عناصر مختلف دارایی مثل حق تألیف، حق اختراع، حق سرقفلی و مطالبات، در دایره شمول مفاهیم مال قرار گرفته است (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۱۲).

### ۱-۲. تفسیر مال از نظر فقهای امامیه

از نظر عده‌ای از فقها، صرفاً وجود «منفعت حلال عرفی» را در صورتی که منطبق بر شرع

---

۱. «ارزش مبادله‌ای»، در علم اقتصاد مترادف با مالیت بوده و به ارزشی اطلاق می‌شود که مردم برای تحصیل آن، حاضر به پرداخت عوض مالی و یا خدمتی می‌باشند و به فایده و مصرفی که انسان از یک شیء می‌برد، «ارزش استعمالی»، گفته می‌شود.

مقدس باشد، شرط مال می‌دانند. بر مبنای این نظریه، «حشرات» که فاقد منفعت عقلایی و «خوک» و «شراب» که واجد منفعت حلال نیستند، در زمره اموال محسوب نمی‌شوند (انصاری، ۱۴۲۰، ج ۱، ص ۱۵۷؛ صاحب جواهر، ۱۳۹۳، ج ۲۲، ص ۳۴۲؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰۶، ص ۳). محقق حلی، «قابلیت تملک» و «مفید بودن» را به‌عنوان دو وصف اساسی برای مال، ذکر کرده است. آیت‌الله حکیم، تنها ضابطه مالیت اشیا را حادث شدن رغبت و تمایل مردم نسبت به آن اشیا اعلام داشته، که برای تحصیل آن، با یکدیگر به رقابت یا نزاع می‌پردازند (حکیم، ۱۳۷۹، ج ۵، ص ۳۲۵؛ خویی، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۲۴؛ محقق اصفهانی، ۱۳۷۶، ص ۳). امام خمینی (ره)، منشأ ایجاد ارزش مبادله‌ای (مالیت) هر چیزی را عرضه و تقاضا معرفی نموده است. برای مثال، اگر یک غرض سیاسی و غیرسیاسی از اغراض عقلایی، بر دادوستد و نگهداری شیء فاقد منفعتی مترتب شود، به نحوی که چنین غرضی موجبات اشتیاق مردم را به خریداری آن شیء فراهم آورد، همین رغبت و تقاضا، موجب ایجاد مالیت در آن شیء می‌گردد (موسوی خمینی، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۲۴۶).

مستنبط از نظر فقهای عظام و مفهوم واژه «مال» در آیه ۱۸۸ سوره بقره: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾ و آیه ۱۵۲ سوره انعام: ﴿وَأَوْفُوا بِالْكَيْلِ وَالْمِيزَانَ بِالْقِسْطِ﴾ که به همان معنای معمول و متعارف نزد عرف (معتدُّ بها) استعمال شده، مستفاد می‌گردد که «مال» حقیقت عرفیه است نه حقیقت شرعیه. در واقع، شارع مقدس همان معنای عرفی «مال» را تأیید کرده و تنها با قید «حلال بودن منافع مال»، دایره آن را قدری محدود نموده (موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج ۳، ص ۵)، یعنی «مال» هر آن چیزی است که از نظر عرفی و عقلایی مطلوب بوده و در جهت رفع نیاز مادی و معنوی مردم، مورد بهره‌برداری واقع شود (محقق داماد، ۱۳۹۶، ص ۱۱۲).

### ۳-۱. عنصر مال بر اساس تحلیل روانی از عرف و عقلا

به طور خلاصه، عناصر متعددی برای مالیت اشیا اعلام شده که عبارت‌اند از: منفعت داشتن، قابلیت تملک، قابلیت مبادله، مشروعیت شرعی و قانونی و قابلیت اختصاص. طبق یافته‌های به‌دست‌آمده از بررسی اقوال فقها و حقوق‌دانان در خصوص اوصاف مال، فصل مشترک در تعاریف همه فقها و حقوق‌دانان، مفید عرفی بودن (منفعت داشتن)

است که تنها عنصر لازم برای شکل‌گیری مال، محسوب شده و بقیه اوصاف یادشده در صورت وجود، شرط کمال تلقی شده‌اند. به گونه‌ای که فقدانشان باعث خروج شیء از مالیت نمی‌باشد.

با این توضیح، در رابطه با شناخت مالیت، نکته‌شایان توجه آن است که برخی از فقها مثل محقق حکیم، بر این باورند که مالیت، «اعتبار عقلایی» است و ناشی می‌شود از این که یک شیء محل و موضوع برای رغبت مردم قرار گیرد، به صورتی که برای به دست آوردن آن، بین آنها تنافس و مسابقه باشد و آن را برای وقت حاجت ذخیره کنند. بر مبنای همین حقیقت است که گروهی از فقها از مال به «میل النوع» یا «تسابق الناس» یا «تنافس الناس»، و امثال این عناوین، تعبیر کرده‌اند. این در حالی است که عده‌ای دیگر، همچون مرحوم خوبی، صراحتاً با عبارت «المالیه تنتزع من الشیء» ماهیت آن را امری انتزاعی دانسته‌اند. بدین ترتیب، این دو تعبیر که مالیت، امر اعتباری باشد یا انتزاعی، دارای نتایج و ثمرات متفاوتی است، هرچند در مواردی، این دو به جای یکدیگر به کار رفته‌اند.

اگر مالیت منشأ انتزاع نداشته و صرفاً از امور اعتباری باشد، امر آن به دست معتبر (شارع) است. به بیانی دیگر، شارع می‌تواند مالیت را در یک مورد، اعتبار نموده و در سایر موارد، اعتبار نکند، حتی می‌تواند اعتبار معتبر دیگر را ملغی نماید.

لذا اگر مالیت را صرفاً امری اعتباری تلقی نماییم، در مثل خمر و خنزیر، با این که عرف برای این دو مالیت اعتبار نموده و امروز انبوهی از مردم تسابق به این دو داشته و برای اخذ این دو پول‌ها خرج‌ها می‌کنند، لکن قائلین به نظریه اول می‌گویند: شارع این اعتبار مالیت عرفی را اسقاط کرده است، یعنی شارع می‌گوید: من خمر و خنزیر را مال اعتبار نمی‌کنم و اعتبار عرفی را هم الغا می‌کند. عبارت محقق نائینی: «فمثل الخمر ونحوه لایکون مالاً» (آملی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۳۶۵) مؤید همین نظریه است.

اما اگر مالیت را امر انتزاعی بدانیم، به این معنا که یک امر واقعی خارجی، تحت عنوان «رغبه الناس إلی شیء» داریم، وقتی این رغبت مردم به خاطر اغراض خاص، به چیزی تعلق گرفت، ما از این رغبت، مالیت را انتزاع می‌کنیم؛ درست مثل فوقیت که یک منشأ انتزاع واقعی در خارج دارد و ما از آن، فوقیت را انتزاع می‌کنیم. در امور انتزاعی، «معتبر» (شارع) قادر به لغو امور انتزاعی نمی‌باشد. برای نمونه، در مثال فوق، کسی

نمی‌تواند بگوید اینجا فوقیت نیست. امر انتزاعی منشأ انتزاع دارد و تا منشأ انتزاع باشد، امر منتزعه هم موجود است. بله، شارع (معتبر) می‌تواند تنها برخی از آثار اعتباری امور انتزاعی را اعتبار نکند، ولی نمی‌تواند اصل امر انتزاعی را الغا نماید، چراکه اسقاط شارع منجر به نابودی منشأ انتزاع شده و متعاقب آن، بدیهی است که امر انتزاعی نیز نابود خواهد شد.

بنابراین اگر مالیت امر انتزاعی باشد، تا وقتی تسابق جمعی از مردم و رغبت آنان به اخذ شیئی وجود داشته باشد، مالیت هم ملازم آن خواهد بود و شارع دخالتش به این صورت است که آثار اعتباری بر این امر انتزاعی را الغا می‌کند. مثلاً اشیائی که در عرف مالیت دارند، وقتی مبادله شدند، عرف مالکیت را برای این اشیا اعتبار می‌کند. برای مثال، عرف می‌گوید زید پس از خرید خمر، بر اساس اعتبار عرف آنجا، مالک خمر شده است. اینجا شارع مقدس می‌تواند دخالت کند و این امور اعتباری را که برای این امر انتزاعی، اعتبار شده، کأن لم یکن نماید. لذا اگر در لسان شارع دقت شود، ملاک حرمت در اعیان نجس، نجس بودن آنها نیست؛ بلکه حرمت انتفاع و استفاده از آنها، در مواردی همچون خوردن و نوشیدن، علت حرمت است (برجی و حق‌خواه، ۱۳۹۶، ص ۶۷، به نقل از: انصاری، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۹۸).

به نظر نگارندگان، از همین توضیح روشن می‌شود که مالیت امری انتزاعی است. یعنی وقتی تسابق جمعی از مردم به چیزی و رغبت به اخذ چیزی بود یا با عمل یا با عوض، از این رغبت انتزاع می‌شود که این شیء مال است. لذا با توجه به انتزاعی بودن مالیت برای اشیا، شارع مقدس نمی‌تواند اصل مالیت عرفی را در اشیا ملغی نماید. با این وصف، بر خلاف قول اول، آنچه اسقاط می‌شود، آثار مالیت است.

سؤال مهم دیگر این است که آیا در هویت مال، رغبت تمام عقلاً لازم است تا بعد از آن اعتبار کنیم که این شیء مال است، یا این که رغبت برخی عقلاً کفایت می‌کند؟ این، نکته مهمی است که باید به آن دقت شود. اینجا دو نظریه از کلام فقها مستفاد می‌گردد:

**نظریه اول:** رغبت نوع عقلاً، در هویت مال دخیل است. لذا اگر تنها درصدی از عقلاً به شیئی رغبت یا تسابق داشتند، آن شیء مال نیست، و این همان چیزی است که در عبارات محقق خویی، به آن تصریح شده است: «إِنَّ الْمَالِيَةَ إِنَّمَا تَنْتَزِعُ مِنَ الشَّيْءِ بِمُلَاحَظَةِ كَوْنِهِ فِي حَدِّ ذَاتِهِ مِمَّا يَمِيلُ إِلَيْهِ النَّوْعُ».

**نظریه دوم:** لازم نیست رغبت نوع عقلا، در صدق مالیت ملاک باشد؛ بلکه همین قدر که بعضی از عقلا به یک شیء رغبت داشتند، آن شیء واجد مالیت تلقی می‌گردد. بنابراین، موضوع جواز دادوستد هم بعداً درست می‌شود. مرحوم امام (موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج ۳، ص ۷) و آیت‌الله سید کاظم حسینی حائری (حائری، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۱۰۷) از قائلین به این قول می‌باشند. با این وصف، برخلاف نظر محقق خوئی<sup>۱</sup>، برای مال شدن یک شیء و تمولش، غرض نوعی عقلاً، در صدق مال دخیل نیست. برای مثال، تربت امام حسین (ع) به جهاتی در نزد جمعی، رغبت فعلی دارد؛ درحالی که همین تربت، نزد بودایی‌ها یا مسیحی‌ها فاقد رغبت و ارزش فعلی است. اما همین مقدار که به خاطر غرض یا دلیل دیگر، جمعی از عقلا رغبت و تسابق بالفعل نسبت به شیئی داشته باشند، آن شیء دارای ارزش مبادله‌ای قلمداد می‌شود، و این همان معنای نسبی بودن مالیت است (سنهوری، ۱۴۱۷، ص ۴۰؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج ۳، ص ۷).

بهره کلام آن که، به نظر نگارندگان، رغبت نوع عقلا که در کلمات جمعی از اعلام آمده است، در صدق مالیت لازم نیست و دلیلی بر آن نداریم. همین که در نزد جمعی از عقلا، شیئی مورد رغبت جمعی از اعلام واقع شده و بر آن «مال» اطلاق گردد، واجد وصف «مالیت» خواهد بود.

پس از توضیح مقدمات فوق، اینک سؤال اصلی این تحقیق مطرح می‌شود که آیا می‌توان بر نمونه‌های زیستی نظیر ژنوم انسان، «مال» اطلاق نمود و آن را معیاری برای تجویز هر گونه برخورد مالکانه قرار داد؟

#### ۴-۱. ماهیت ژنوم انسان در تطبیق با فقه اسلامی و قوانین موضوعه

در سده‌های گذشته، علم پزشکی به علت نقصان پیشرفت‌های فنی، هیچ منفعت و کارکرد عقلایی برای اعضای بدن متصور نبود. لذا فقهای متقدم، قائل به عدم مالیت اجزای بدن انسان بودند و حتی اعضای قطع شده و جدا شده از بدن را در حکم مردار

۱. از نظر محقق خوئی، مالیت امری انتزاعی است. اگر شیئی دو خصوصیت داشت، مالیت آن انتزاع می‌شود: الف. «مما یمیل إلیه النوع»، یعنی نوع مردم و عقلا میل به آن داشته باشند و بخواهند آن را به دست بیاورند. ب. «و یدخرونه للانتفاع فی وقت الحاجة»، یعنی مردم سعی می‌کنند، این شیء را برای وقت نیاز ذخیره کنند. اگر نوع مردم به شیئی میل یابند و برای وقت نیاز ذخیره‌اش کنند، به آن «مال» می‌گوییم (خوئی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۳).

تلقی می‌کردند (ابن‌قدامة، ۱۴۲۷، ج ۴، ص ۳۰۴) و چون بیع آن را در حکم مثله کردن می‌دانستند، به حرمت آن فتوا می‌دادند (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۹، ص ۷۵). پیشرفت‌های اخیر دانش بیوتکنولوژی مبتنی بر دانش سلولی و ژنوم انسانی، این بی‌فایده‌گی را تعدیل نموده و موجب تغییر در اشکال مالکیت و دارایی شده است، به گونه‌ای که عرف عقلا با ملاحظه تأثیر و کارایی ژنوم انسان، ارزش خارق‌العاده منافع عظیم آن را مورد تصدیق و تأیید قرار می‌دهد. از این رو، همه اوصاف لازم یک مال از جمله قابلیت نقل و انتقال و قابلیت تخصیص، در بسیاری از اعضا و فرآورده‌های بدن انسان وجود داشته و صرفاً فاقد نرخ بازاری است، که آن‌هم به دلیل ارزش فوق‌العاده آن است، هرچند مشخص بودن نرخ بازاری مال، از موجبات انتظام امور اجتماعی و مایه راحتی و آرامش خریدار و فروشنده است. با این حال، همان‌طور که اشاره شد، عدم تقویم کالا، سبب خروج از مالیت نمی‌شود و کسی نمی‌تواند مانع از تصرف این مالکیت شود (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۱۴). امروزه برخی از فقها معامله اعضای بدن را موجب وهن کرامت انسان دانسته‌اند، چنان‌که در عرصه بین‌الملل نیز خواهیم دید، همین تلقی در نظام‌های حقوقی و حتی اسناد بین‌المللی مشهود است (میرهاشمی، ۱۳۸۵، ص ۵۰) و حتی گروهی از فقهای اهل سنت، نظیر ابوحنیفه و مالک به حرمت معامله اجزای منفصله بدن از جمله مو و ناخن که پاک‌اند، فتوا داده‌اند (نک: ابن‌احمد، ۱۴۲۷، ص ۱۵۵؛ ابن‌احمد، ۱۴۲۵، ص ۳۸۲)، درحالی‌که شافعی و احمد بن حنبل، استفاده و خرید و فروش آن را جایز شمرده‌اند (ابن‌قدامة حنبلی، ۱۴۲۴، ج ۳، ص ۳۰۴؛ محمد بن مبارک، ۱۴۰۸، ج ۱، ص ۴۵۴).

مسئله جواز و عدم جواز در اجزای منفصله انسان دائرمدار وجود و عدم منفعت حلال است. آنان که حرام دانسته‌اند، در اجزای منفصله، فایده‌تی نمی‌دیده‌اند و آنها که جایز می‌دانسته‌اند، به اعتبار وجود منفعت و مالیت اجزای منفصله بوده است. شیخ طوسی در فتوا به حرمت اجزای منفصله همچون ناخن و بزاق می‌نویسد: «لأنه لا ثمن له ولا منفعة فیه» (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۱۶۷).

گروهی از فقها بر مبنای این که مداوا با محرّمات حرام است، حکم به حرمت مداوا از طریق اعضا و جوارح بدن را نتیجه منطقی حرمت اعضای بدن دانسته‌اند (گرنی، ۱۹۹۹، ص ۲۶؛ محقق حلی، ۱۴۰۳، ج ۲، ص ۱۶)، هرچند در مقام حل ایرادات مطرح‌شده از سوی

مخالفتان، فقها و حقوق‌دانان موافق، دلایل زیادی جهت امکان پذیرش این سبک از معاملات را بیان نموده‌اند که در مبحث ذیل، به مهم‌ترین آنها پرداخته خواهد شد.

### ۵-۱. ارزیابی ادله

در مقام مقایسه به نظر می‌رسد، ادله موافقان از قوت بیشتری نسبت به ادله مخالفان برخوردار است، زیرا قول به جواز معامله و انتقال اجزا و سایر ارگان‌های بدن، با لسان شارع در قرآن سازگارتر می‌باشد. تعابیر بسیاری در قرآن، مبین وجود این رابطه است. برای نمونه، در آیاتی از قرآن نفس پیکر و اعضای انسان، به صورت ترکیب اضافی استعمال شده و مسلماً ترکیب اضافی مؤید وجود نوعی رابطه اضافی بین مضاف و مضاف‌الیه است. مثلاً در آیه ۴۱ سوره توبه آمده است: «وَجَاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ»؛ «با اموال و جان‌هایتان در راه خدا جهاد کنید». همین‌طور در آیه ۱۱۱ این سوره می‌خوانیم: «إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنْفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ»؛ «خداوند از مؤمنان جان‌ها و مال‌هایشان را خریداری کرده است».

در خصوص قول به حرمت خرید و فروش اعضای بدن، بر مبنای ادله‌ای که می‌گوید: «نجاست مانع از بیع است»<sup>۱</sup> باید گفت: ادله حرمت بهره‌وری از نجس‌العین و عدم جواز کاسبی با آنها، به دلیل این است که از نجاست نفعی برده نمی‌شود، حال آن‌که اگر نجاست دارای منفعت حلال عقلایی باشد، بیع آن جایز است و نجاست نمی‌تواند قید صحیحی، برای ممنوعیت از بیع و شراء اعیان نجس مدنظر قرار گیرد (انصاری، ۱۴۲۰، ج ۱، ص ۳۵)، زیرا مسئله دایرمدار بهره و عدم بهره حلال است و از این حیث، مانعی در عدم جواز بیع عضو مقطوع وارد نیست (توحیدی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۱۳۹؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۵۶).

از طرفی، نیازسنجی در جوامع انسانی، متناسب با مقتضیات زمان و مکان و روزآمد نمودن قواعد فقهی، همپای رشد و گسترش فناوری‌های زیست‌پزشکی (صفائی، ۱۳۹۰، ص ۸۵) از الزامات و ملاحظات فقه پویا بوده، که سبب توجیه اذن فقهی و تبدیل حکم

۱. شاهد بر این‌که اگر چیزی نجس باشد، بیعش به دلیل عدم نفع آن، جایز نیست، تصریح چهار تن از فقها به این مطلب است: ابن‌زهره، شیخ طوسی، فخرالدین و فاضل مقداد (نک: انصاری، ج ۱، ص ۳۴-۳۵. دسترس‌پذیر در: [http://library-almajaf.com/upload\\_list/source/Sound/d/3/fikh/mksb-m.pdf](http://library-almajaf.com/upload_list/source/Sound/d/3/fikh/mksb-m.pdf)).



اولیه حرمت بیع اجزا و سایر ارگان‌نیم‌های بدن به جواز و حلیت می‌گردد، تا این پدیده نوظهور به نوعی مدیریت شود که هم کرامت انسانی حفظ گردد و هم خللی به حق بر سلامتی اشخاص وارد نشود.

همچنین با عنایت به این که عرف برای اعضای بدن انسانی، ارزش فوق‌العاده‌ای جهت حفظ و نجات جان انسان‌ها قائل است و جهت دریافت آن، رغبت و تمایل مفرطی وجود دارد، و نظر به این که شارع تعیین مصادیق مال را به عرف سپرده (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ج ۴، ص ۳۱۵۴)، همچنین با توجه به قانون مجازات اسلامی، که در مبحث «جرائم علیه اشخاص» با الهام از فقه اسلامی، طی مواد ۵۷۶ تا ۷۲۸ در صورت اتلاف و ایراد خسارت به اعضا، جانی را ملزم به پرداخت دیه به مجنی‌علیه نموده است، عرفاً و قانوناً می‌توان ادعا نمود که یکی از جلوه‌های ممتاز و بارز مال می‌تواند ژن‌های آدمی باشد که ایرادی بر مالیت آن نمی‌توان وارد کرد، تا جایی که برخی فقها مانند آیت‌الله سید صادق شیرازی و آیت‌الله العظمی سید عبدالکریم موسوی اردبیلی بر آن ادعای اجماع نموده‌اند (نک: معاونت آموزشی قوه قضائیه، بی‌تا).

با اثبات مالیت اعضای بدن و تسری حکم آن به سایر فراورده‌های بدن از منظر حقوق اسلامی و مبانی فقهی، تبعاً خرید و فروش، انتقال (واگذاری) فرامیزی مواد بیولوژیک و نمونه‌های آزمایشگاهی با اهداف پژوهشی و نیز مداخلات ژن‌درمانی جهت رفع نواقص ژنتیکی و کشف زیست‌داروها، در راستای نجات جان هم‌نوعان، مادامی که سبب اضرار به نفس نگردد، مباح و مطلوب است.

در ادامه مباحث، سعی خواهد شد از طریق واکاوی نظریات مطرح شده در قوانین دیگر کشورها و تبیین آن بر پایه دکتترین حقوق داخلی، مبانی حق مالکیت انسان بر بافت‌ها و نمونه‌های ژنتیک، تشریح شود.

## ۲. رویکرد نظام‌های حقوقی حاکم بر مالیت ژنوم انسانی و قراردادهای مبتنی بر

### آن

#### ۲-۱. وضعیت حقوقی مالکیت انسان با ژن‌های خود در حقوق بین‌الملل

امروزه ژن‌ها «طلای سبز» عرصه بیوتکنولوژی انسانی محسوب می‌شوند و شرکت‌های

چندملیتی و دولت‌ها به امید کشف انسان‌ها یا هر موجود زنده‌ای با ویژگی‌های خاص ژنتیکی که می‌توانند در آینده به سرمایه تبدیل شوند، همه قاره‌ها را در جست‌وجوی این طلای سبز زیر پا می‌گذارند (کاظمی و محمودی، ۱۳۹۳، ص ۶۱). لذا انسان‌های دارای ویژگی‌های ژنتیکی خاص می‌توانند هم به سرمایه و هم به بازاری بالفعل و سودآور تبدیل شوند.

در برخی کشورها نظیر انگلستان، کانادا، ایرلند، ایسلند و استونی<sup>۱</sup> بیوبانک‌هایی برای جمع‌آوری ژن‌ها و بافت‌های انسانی تأسیس شد تا از طریق بهره‌برداری از سلول‌های بافتی و ژنوم انسانی، به معالجهٔ امراض و تولید دارو مبادرت نمایند، لکن متعاقب آن، مسائل پیچیدهٔ حقوق بشری، اخلاقی و امنیتی و اختلافات جدی در مورد مالکیت ژنوم انسان پدیدار شد.

توجه ویژه به بازارمحوری در حوزهٔ فناوری‌های بیوتکنولوژی انسانی و متعاقباً ظهور ارزش اقتصادی اجساد انسان‌ها و افزایش تقاضا برای نمونه‌های بیولوژیکی جهت کاربردهای تحقیقاتی و درمانی، موجب تغییر در نگرش‌ها و دیدگاه‌های حقوق‌دانان در حوزهٔ انتقال ژن‌ها به غیر و کسب درآمد تجاری از آنها شده است؛<sup>۲</sup> زیرا بدن انسان و اجزای آن جهت تولید داروها و معالجات ژنتیک در شرکت‌های بیوتکنولوژی، دانشگاه‌ها

۱. برای نمونه، کشور استونی در دسامبر ۲۰۰۲ پروژهٔ ژنوم انسانی (EGP) استونی را کلید زد. چهارچوب حقوقی این پروژه، مبتنی بر قانون تحقیقات در خصوص ژنوم انسانی بود که در ژانویه ۲۰۰۱ لازم‌الاجرا گردید. همزمان دولت هم به تأسیس انجمن ژنوم استونی اقدام نمود. بنیاد مذکور، سازمانی غیرانتفاعی است که مسئولیت اجرای طرح ایجاد یک پایگاه اطلاعات بهداشتی، ژنتیکی و نسب‌شناسی از داده‌های مربوط به درصد زیادی از جمعیت استونی را عهده‌دار شد و رؤسای آن از سوی دولت و آکادمی علوم استونی، منصوب می‌شدند. مالکیت پایگاه، حاکی از آن است که علی‌رغم غیرانتفاعی بودن ماهیت آن، در ادارهٔ این انجمن صرفاً معیار تجاری در نظر گرفته نشده؛ بلکه ملاحظات مربوط به منفعت عمومی نیز به طور جدی مورد نظر بوده و انجمن مزبور جهت تأمین مالی پروژه‌های تحقیقاتی خود و امکان استفادهٔ تجاری از نتایج تحقیقات به شرکت‌های مورد نظر خود به‌عنوان سرمایه‌گذار، حقوق انحصاری اعطا می‌نماید (Andorno, 2007, p. 1-19).

۲. رویکرد «حقوق شخصی» به‌عنوان یک اصل مقدس و قابل احترام در نظام کامن‌لا، حکایت از این دارد که فرد انسانی کالا نیست تا تابع حقوق مالکیت قرار گیرد و تأکید می‌کند که بافت‌ها و اجزای انسان نه شخص است و نه کالای قابل تملک، بلکه قسمتی از شخص محسوب می‌گردد. لذا رابطهٔ اجزای انسان با فردی که از او جدا شده‌اند، حفظ شده و بر اساس این رویکرد، تمامیت جسمانی انسان بر اجزا و بافت‌های بدن حتی بعد از جدا شدن از جسم نیز اعمال می‌شود. مادهٔ ۴ اعلامیهٔ جهانی یونسکو در خصوص ژنوم انسان و حقوق بشر مصوب ۱۹۹۷، مقرر داشته: «ژنوم انسان، در حالت طبیعی خود نباید موجب منافع مالی شود».

و مراکز تحقیقاتی مورد استفاده قرار می‌گیرد و برای کسانی که در حیطه جمع‌آوری ژنوم انسانی و سلول‌های بنیادی فعال‌اند، به‌ویژه برای افراد فعال در بخش خصوصی، فرصت‌های تجاری گسترده و سودآوری را فراهم می‌سازد (کاظمی و محمودی، ۱۳۹۳، ص ۶۷).

نکته شایان ذکر در خصوص مالکیت ژن‌های انسانی این است که ارزش افزوده توأم با اطلاعات محرمانه<sup>۱</sup> و تأثیر این مسئله بر مفهوم مالکیت داروهای ژنتیکی نیز ایفای نقش می‌نماید. زیرا یک ژن دربرگیرنده اطلاعات منحصر به فرد یک شخص بوده و این اطلاعات در طیف وسیعی از عملیات دارویی، مورد بهره‌برداری قرار می‌گیرد. در سال‌های اخیر، پژوهشگران و سرمایه‌گذاران حوزه پزشکی بیولوژیک، برای تجاری‌سازی دستاوردهای پژوهشی خود در مورد کاربردهای دارویی ژن‌ها، عموماً خواهان ثبت نتایج تحقیق به صورت اختراع یا ثبت حقوق مالکیت فکری بر روی یک ژن جدا<sup>۲</sup> و خالص شده<sup>۳</sup> جهت استفاده انحصاری از این نتایج هستند. اگرچه حمایت از اعطای حق ثبت به عناصر ژنتیک انسانی و در نتیجه، مالکیت انحصاری برای آنها، از جمله تضمین‌های رعایت حقوق بشری محسوب شده<sup>۴</sup> و موجبات نوآوری، افزایش سرمایه‌گذاری و تقویت زیرساخت‌های صنعت ژنومیک را به ارمغان می‌آورد، اما در برخی موارد، مالکیت معنوی در تعارض با حقوق بشری مانند حق بر دستیابی به سلامت و حق استفاده از دارو قرار گرفته و حمایت از منافع و مصالح عمومی را به مخاطره

---

۱. نوآوری‌ها و ابداعات حاصل از پژوهش‌های ژنتیک انسانی، جزئی از سرمایه‌های اقتصادی اشخاص حقیقی یا حقوقی و اسرار علمی کشورها محسوب می‌شوند. از آنجاکه این محصولات با سلامت و منزلت انسان سروکار دارند، با دیگر مخلوقات علمی، صنعتی و بازرگانی که مالکیت نسبت به آنها به رسمیت شناخته شده، تفاوت ماهوی دارند. مهم‌تر آن‌که یافته‌های حاصل از اطلاعات ژنتیکی هر شخص، جنبه پیشگویانه داشته و منجر به شناسنامه‌دار شدن هویت ژنتیکی شهروندان، خواهد شد. لذا باید در راستای صیانت از محرمانگی این داده‌ها و حقوق اشخاص نسبت به نمونه‌های زیستی، تمهیدات قانونی در خصوص شرایط حاکم بر بیوپانک‌ها و ضمانت‌اجراهای لازم اندیشیده شود تا دسترسی به اطلاعات ژنتیکی اشخاص، آنها را به شهروندان درجه دوم و سوم مبدل نساخته و به تحدید تمام یا قسمتی از حقوق انسانی، قانونی و عرفی آنان نظیر تبعیض در امر استخدام یا بیمه منتهی نشود.

## 2. Isolation

### 3. Purification Isolation

۴. حق ثبت‌ها نظیر بهره‌برداری از کار، هوش و غیره، به لحاظ نظری در زمره حقوق طبیعی جای می‌گیرد.

می‌اندازد (راسخ و دیگران، ۱۳۹۸، ص ۸۲). چراکه فقط دارندگان حق ثبت می‌توانند آزمایش‌های تشخیصی را با استفاده از ژن‌هایشان انجام دهند و خصوصی‌سازی ژنوم انسان از سوی صنعت بیوتکنولوژی، دسترسی عادلانه به خدمات درمانی و داروهای ژنتیکی را به دلیل هزینه‌های زیاد، برای بسیاری از اقشار جامعه غیرممکن می‌سازد (خواست‌خدایی، ۱۳۹۳، ص ۱۰۱). از سوی دیگر، سود سرشار حاصل از عرضه تجاری فرآورده‌های ژنتیکی سبب گردیده، حتی صاحبان ژنوم با استناد به حقوق مالکانه خود، دارای مطالباتی از شرکت‌ها باشند (Ram, 2009, p. 7). برای اولین بار، پس از طرح چالش‌های جدی در زمینه اعطای حق ثبت به مواد ژنتیکی انسان، در «سازمان اروپایی حق امتیاز»<sup>۱</sup> به تدریج این مسئله به عرصه قانونگذاری‌ها و سیاستگذاری‌های علمی، در دیگر جوامع راه پیدا کرد و نهایتاً این سازمان با اعلام عدم موافقت خود، اجازه ثبت مواد ژنتیکی انسان‌ها را موجب تسلط بازارهای خصوصی بر هویت و صفات انسان‌ها دانست. بنابراین، آنچه در یک ژن ارزشمند است اطلاعات آن است، نه جداسازی و خالص‌سازی آن (Caulfield & Brownsword, 2006, p. 2-76).

به نظر می‌رسد که بحث درباره قابلیت ثبت ژن‌ها به‌عنوان اختراع، به طور غیرمستقیم به موضوع امکان مالکیت انسان بر ژنوم خود بر می‌گردد. لذا در صورتی که قائل به چنین مالکیتی باشیم، لازم است تا قانونگذار سازوکار حقوقی چنین امری را مشخص نماید. اگرچه موضوع مالکیت بر ژنوم انسانی تابع مسئله مالکیت بر اجزای بدن انسان است، اما بعضاً دارای تفاوت‌هایی نیز می‌باشد (Nwabueze, 2007, p. 9-18). برای مثال، وقتی فرآورده‌ها یا مشتقاتی از ژن‌ها به دست می‌آید که با ژن‌های اولیه تفاوت‌هایی دارند، در این صورت، موضوع به کلی متفاوت می‌شود، زیرا مباحث مربوط به حق دسترسی به دارو، حقوق بشر (بالاخص حق بر سلامتی) و حقوق انحصاری مالکیت فکری، غالباً مقابل یکدیگر قرار می‌گیرند، که این امر تا حد زیادی مربوط به ماهیت خاص داروهای بیوتک (زیستی) است، زیرا هم به‌عنوان محصولی سودآور در یک نظام بازاری مبتنی بر مالکیت فکری، تولید شده و هم اجناسی حیاتی و ضروری برای سلامتی و حیات انسانی می‌باشد

---

1. European Patent Organization (EPO)

که به شکل قابل ملاحظه‌ای می‌تواند بر کیفیت زندگی و بقای افراد تأثیرگذار باشد. این ویژگی دوگانه سبب طرح مباحثی در زمینه تناقضات بین منافع عمومی و خصوصی شده است (عبیری، ۱۳۹۳، ص ۱۰۰).

بر این اساس، اکثر دادگاه‌ها با عنایت به ملاحظات اخلاقی و اجتماعی، مخالفت خود را با شناسایی اجزای بدن و ژنوم انسان به‌عنوان مال، صریحاً ابراز نموده‌اند. به عقیده برخی از آنها، احترام به تمامیت جسمانی و کرامت انسانی، مانع از تلقی اجزای بدن او به‌عنوان مال می‌گردد، چراکه انسان‌ها و اجزای بدنشان، نه وسیله، بلکه هدف‌اند. به‌علاوه، با شناسایی حق مالکیت، بازار سیاه، جهت قاچاق اجزای انسانی رونق گرفته و در نهایت، به کالاانگاری و وهن کرامت انسانی خواهد انجامید (رحمانی منشادی و دیگران، ۱۳۹۳، ص ۹۱).

از نظر مکتب ارتدکس، بدن انسان‌ها باید کلاً به خاک سپرده شود. برای مثال، چنانچه پای فردی قطع شود، باید با تشریفات مذهبی دفن گردد. همچنین رهبران بومیان آمریکا و بسیاری از رهبران مذهب یهود، هر گونه مشارکت در آزمایش‌ها و تحقیقات ژنتیک را در جوامع خود منع نموده‌اند (Ram, 2009, p.36).

دادگاه‌ها در کشور ایالات متحده آمریکا، عمدتاً هر گونه توافقی در مورد اجزای بدن انسان را غیراخلاقی می‌دانند. این به آن معناست که آنان اجزای بدن انسان را مال تلقی نکرده‌اند.

اخیراً دادگاهی در آمریکا، اجازه طرح دعوی صاحب بافت و سلول‌های انسانی علیه یک پژوهشگر را به جهت دارا شدن ناعادلانه، صادر نموده و در رأی دیگری نیز اجزای بدن انسان را واجد ارزش‌های تجاری تشخیص داده است. در این رأی چنین استدلال شده که اگرچه اجزای بدن انسان همانند دیگر کالاها مورد مبادله قرار نگرفته و صرفاً اهدا می‌شوند، لکن این امر مانع تجاری بودن آنها نمی‌باشد<sup>۱</sup> (Ram, 2009, p 37-39).

---

۱. پرونده جهانی مشهور درباره مالکیت بافت انسان و سوءاستفاده از آن، مربوط به شکایت «جان مور» علیه رئیس دانشگاه کالیفرنیا، مبنی بر عدم رضایت مالک و دارا شدن ناعادلانه است. این پرونده نقطه عطفی در تصمیم‌های دیوان عالی کالیفرنیا بود که در ۹ ژوئیه ۱۹۹۰ در ارتباط با حق مالکیت بر بافت‌های بدن گرفته شد. جان مور به علت سرطان، در مرکز پزشکی UCLA تحت نظارت دکتر دیوید گلد بود. قبل از عمل، برای برداشتن طحال از وی رضایت گرفته شد و بعد از عمل جراحی هم، برای چندین بار نمونه‌های بیولوژیکی، مغز استخوان و... از او

به مدد مجدانه یونسکو، در اعلامیه ژنوم انسان و حقوق بشر<sup>۱</sup> (۱۹۹۷) ژنوم انسان به‌عنوان «میراث مشترک بشریت» شناسایی گردید تا اصل مردم‌سالارانه کرامت، برابری و احترام متقابل انسان‌ها تضمین گردد. شناسایی ژنوم انسان به‌عنوان «میراث مشترک بشریت»، به این معناست که چون این منابع قابل ثبت نبوده و تحت مالکیت خصوصی در نخواهد آمد، بر همین اساس، منافع آن باید در اختیار همه بشریت قرار گیرد. بنابراین، موضوع استناد دادگاه‌ها به حقوق بشر در مورد اجزای بدن انسان، خصوصاً ماده ۴ اعلامیه حقوق بشر و ژنوم انسانی<sup>۲</sup> می‌تواند از موانع مالیت اجزای بدن انسان تلقی شود.

اما آنچه در این خصوص نباید از نظر دور داشت این است که به عقیده برخی از دادگاه‌ها، استناد به حقوق بشر در مورد نقل و انتقال اجزای بدن مردگان پذیرفته نیست، زیرا حق تمتع شخص، با فوت وی از بین رفته و برای فرد مرده، دیگر نمی‌توان قائل به حیات یا هر گونه حقوق دیگر شد.

در نظام کامن‌لا، قاعده مال نبودن بدن انسان‌ها محور تصمیم‌گیری بسیاری از دادگاه‌ها در مورد بیع اجزا و ترکیبات بدن انسان، قرار گرفته است. بر پایه همین مبنا، دادگاه‌ها در بدو امر، هیچ گونه تمایلی به مال تلقی نمودن بدن انسان نداشتند، زیرا پذیرش چنین امری موجب رواج رویکرد مال‌انگاری و کالانگاری نسبت به ژن‌ها و سایر اجزای بدن انسان می‌شد. با این حال، اخیراً دادگاه تجدیدنظر انگلستان، در خصوص

گرفته می‌شود. دکتر گلد، با استفاده از سلول‌های جداشده از طحال آقای مور، که دارای ویژگی خاص بود، سلولی منحصربه‌فرد، از لئوسیت - تی جان مور را تولید کرد که تا سال ۱۹۹۰ بیش از سه میلیارد ارزش‌گذاری شده بود. در ۲۰ مارس ۱۹۸۴ این مورد ثبت شد. سپس دکتر گلد، با مؤسسه ژنتیکی برای تولید آن، قرارداد بست. دادگاه بیان کرد که جان مور، هیچ گونه حقی در خصوص مالکیت سلول‌های دور انداخته‌شده، ندارد. دادگاه در این پرونده، در زمینه بافت سرطانی جان مور از اصطلاح «مواد خام» استفاده نمود و سپس اظهار داشت: «هر کسی دسترسی جامعه علمی را به «مواد خام» محدود نماید، قابلیت پیگرد قانونی دارد»، زیرا به نظر می‌رسید که ادعای جان مور تلاش برای خصوصی‌سازی و مانعی برای تحقیقات علمی باشد و از طرف دیگر، به رسمیت شناختن حقوق مالکیت فکری، حاکی از تشویق محققان به تحقیق است (Halbert, 2005, pp 116-119). در واقع، اگر دادگاه به جان مور حق مالکیت بر بافت‌ها را می‌داد، فرض می‌شد که بافت شکلی از اموال یا مالکیت خصوصی می‌باشد.

1. The Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights, 11 Nov 1997.

۲. ماده ۴ اعلامیه حقوق بشر و ژنوم انسانی: «ژنوم انسانی در حالت طبیعی خود نباید موجب منافع مالی شود».

به‌کارگیری اجساد آدمی در آزمایشگاه‌ها، قائل به برخی استثنائات نسبت به قاعده فوق‌گرفته است.

رویه قضایی در کشور کانادا، به طور کلی از قاعده مال نبودن اجزای بدن انسان‌ها تبعیت می‌کند، هرچند دادگاه‌ها در ایالت کبک، تمایل دارند در موارد محدودی، مالکیت را بر اجزای بدن انسان به رسمیت بشناسند.

بسیاری از دادگاه‌های ایالات متحده آمریکا، تمایل چندانی به قاعده غیرمالی بودن اجزای بدن انسان نداشته و درجه محدودی از مالکیت را بر اجزای بدن انسان به رسمیت می‌شناسند و تعیین این محدوده که تا چه میزانی می‌توان این اجزا را به‌عنوان مال تلقی نمود، مبهم و نامشخص است. این موضوع در مورد اجزای بدن انسان نظیر DNA نیز مطرح است (Ram, 2009, p. 189, 190).

حاصل بررسی تطبیقی حقوق کشورهای مختلف نشان می‌دهد اصولاً قوانین کشورها در مورد نمونه‌های آزمایشگاهی با منشأ انسانی، یکی از دو رویکرد «حقوق شخصی» یا «حقوق مالکیت» را برگزیده‌اند.

## ۲-۲. تحلیل مبانی مالکیت ژنوم انسان در پرتو حقوق اسلامی

از سال ۲۰۱۰ میلادی، به موازات رشد و گسترش صنعت ژنومیک، کارکردهای جدید متفرع بر این دانش به‌عنوان هفتمین صنعت مهم قرن بیست‌ویکم، زمینه پیدایش چالش‌ها و مسائل نوظهوری گردید، که به‌راحتی مصداقی از عموماً، اطلاعات و قواعد کهن نیست. از این رو، باید به ظرفیت‌های نهفته در فقه، همچون عقل، نصوص قرآنی و روایی عام و قاعده‌ساز توجه کرد، تا به کشفی کارآمد رسید.

به‌علاوه، در کنار منابع اربعه اجتهادی، عرف و مصلحت که در برخی از تجسدهایشان، به یک یا چند منبع استنباط برگشت می‌کنند و نیز برخی از اصولی که ظرفیت تفسیری برای نصوص مبین شریعت دارند، «فقه پویا» را که داعیه‌دار ارائه طریق در مسائل مبتلابه مکلفین می‌باشد، قادر خواهد ساخت تا بدون نیاز به خروج از ضوابط اجتهاد، پاسخ‌گوی مسائل عصر کنونی باشد. لذا نظام استنباط، قابل ترمیم، تکمیل و توسعه است. بحث مالکیت ژن، یکی از چالش‌های مهم در زمینه تحقیقات زیست‌فناوری

انسانی است که بررسی دیدگاه فقها درباره مبانی آن، ضرورتی انکارناپذیر است. چنان که اشاره شد، نظریات در مورد رابطه حقوقی بین انسان و اجزای بدن او، قابل تطبیق بر رابطه میان انسان و ژن‌هایش نیز می‌باشد. با تأمل در هر کدام از این نظریات، با دقت بیشتری به بررسی آثار و نتایج هر نظریه، به خصوص تأثیر آنها بر امکان انتقال و معامله ژن‌های انسان، خواهیم پرداخت.

با رجوع به دیدگاه‌های ابرازی از سوی فقها، مهم‌ترین رویکردهای مطرح‌شده در کتب فقهی، درباره رابطه انسان با اجزا و اعضای بدنش به شرح زیر می‌باشد:

### ۲-۲-۱. نظریه حق انتفاع و تأثیر آن بر حق انتقال ژن

برخی فقها رابطه مالکیت بین انسان و اعضای بدنش را نپذیرفته و تنها به وجود حق انتفاع قائل شده‌اند و بر مبنای آن، حکم به عدم صحت دادوستد عضو قطع‌شده داده‌اند (فیضی طالب، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۴۷). مهم‌ترین دلایل استنادی آنها عدم جواز تملک انسان است، به این معنا که انسان آزاد فقط ملک خداوند است و به هیچ صورتی، به تملک دیگری در نمی‌آید. به همین دلیل است که قصاص و دیات در قتل نفس و قطع اعضای بدن، از احکام الهی‌اند (آزاد قزوینی، ۱۴۱۴، ص ۶۰-۶۲). از طرفی، آنها بر این باورند که اطلاق مالکیت در خصوص اجزای بدن انسان، ملاک شرعی ندارد؛ در غیر این صورت، خودکشی جایز می‌شد (فیضی، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۶۷). این دسته از فقها با استناد به آیاتی چون «وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ» (بقره / ۱۹۵) و حرمت اضرار به نفس، سلطنت انسان بر نفس و اعضای خود را منتفی می‌دانند (ایروانی، ۱۴۲۶، ج ۲، ص ۱۰۸).

### ۲-۲-۲. نظریه مالکیت ذاتی - تکوینی و تأثیر آن بر امکان معامله

در بعضی از کتب فقهی، مالکیت انسان بر نفس، اعضا، افعال و ذمه‌اش، از نوع «ذاتی - تکوینی» تلقی شده است. این نوع از مالکیت به‌عنوان حقی دائمی محسوب شده که به موجب آن، شخص اجازه دارد در محدوده قوانین، در بدنش تصرف کند و از منافع آن برخوردار گردد (خویی، ۱۳۷۸، ص ۱؛ طباطبایی، ۱۴۱۷، ج ۱، ص ۲۱؛ روحانی، ۱۴۱۸، ج ۴، ص ۳۳۵). در مالکیت ذاتی، مالکیت فی‌نفسه، جدای از موارد مالکیت اعتباری برای شخص ایجاد می‌گردد. به عبارتی، تحقق آن به سبب خارجی یا اعتباری نیاز ندارد، هرچند قانونگذار



می‌تواند در اعمال آن، محدودیت‌هایی مانند «حرمت اضرار به نفس» را وضع کند. در پرتو این نظریه، جدا کردن و فروختن اجزایی از بدن نظیر خون، شیر زن و...، مشروط بر این که سبب نقص عضو یا اختلال در سلامتی انسان نشده و دارای منفعت مشروع و عقلایی باشد، با اعلام اراده دو طرف معامله و در قالب عقد غیرتشریفاتی، بدون اشکال و صحیح خواهد بود (شهیدی، ۱۳۸۲، ص ۲۱؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۷۵؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۷، ج ۲، ص ۱۷۰).

آنچه مسلم است آثار خاصی همچون ضمان درک، اختیارات و...، که برای عقد بیع تشریح شده است، در این گونه عقود جایگاهی ندارد؛ لکن شرایط عامه معاملات نظیر اهلیت طرفین، مشروعیت جهت معامله، شروط ضمن عقد وفق ماده ۱۰ قانون مدنی لازم‌الرعایه است.

می‌توان نتیجه گرفت، با تصویب ماده ۱۰ قانون مدنی و با پذیرش اصل آزادی قراردادی، عقود نامعین قالب مناسبی برای این دسته از قراردادها (توافقات) خصوصی، قلمداد می‌گردد، که به دلیل ارتباط با حق حیات و سلامتی افراد و نیز به لحاظ ارتباط با ملاحظات اخلاقی، حقوقی و امنیت ملی، دارای صفات و ویژگی‌های خاص می‌باشند که موجب تمایز آنها از سایر قراردادها گردیده است.

با وصف فوق، عواملی همچون عدم اهلیت انتقال‌دهنده و انتقال بدون اذن وی، انتقالی که باعث عسر و حرج انتقال‌دهنده گردد و همچنین بیع و شراء ارگان‌های حیاتی بدن نظیر قلب و کبد، به لحاظ نابودی حیات‌دهنده عضو و به دلیل نامشروع بودن جهت معامله، محکوم به عدم صحت هستند (ابن‌احمد ۱۴۲۷، ص ۱۶۲).

بدیهی است در صورتی که انتقال عضو دارای شرایط بالا نباشد، انتقال اعضای بدن در موارد محدود و با شرایط ویژه به‌عنوان حکم ثانوی در قالب عقد بیع بلامانع است. بر پایه همین مبنا، هر گاه استفاده از ژنوم انسان، دربردارنده فایده‌های عقلایی و مشروع بوده و دستیابی به آنها موجب اضرار به نفس و نقص عضو برای فرد نباشد، قابلیت معامله و انتقال را خواهند داشت (آجری آیسک و همکاران، ۱۴۰۰، ص ۲۵).

ضمن این که، بر مبنای اصل اباحه و نیز به حکم عقل و قاعده ملازمه، چنین تصرفی در بدن، علاوه بر تأیید عقلا، مورد تأیید و امضای شارع هم قرار گرفته است (محقق داماد،

۱۳۸۹، ص ۲۶۷-۲۶۹). از طرفی، با ملاحظه مفاد آیه ۱۹۵ سوره بقره، در صورتی که انتقال عضو منجر به اضرار نفس یا ضرر جبران‌ناپذیر گردد، شرعاً و قانوناً معامله و انتقال آن به دیگران، غیرمقدور و محکوم به بطلان است و چون غیرمقدور شرعی همانند غیرمقدور عقلی ممنوع است، معامله آن صحیح نمی‌باشد (شهیدی، ۱۳۸۵، ص ۲۸۵-۳۲۷-۳۲۸).

### ۲-۲-۳. نظریه سلطنت و تأثیر آن بر امکان انتقال ژن به دیگری

بر اساس رویکردهای سنتی، قاعده سلطنت صرفاً در خصوص اموال اعمال می‌شد، درحالی‌که رویکردهای جدید، گستره این قاعده را به حقوق و نفوس نیز تسری داده است (رحمانی‌نیا و دیگران، ۱۳۹۹، ص ۱۶۱). برخی فقیهان نیز از رابطه انسان با اعضای بدن خود، تعبیر به سلطنت (استیلائی ذاتی) کرده‌اند و معتقدند سلطه انسان‌ها بر نفوسشان نظیر قدرت تسلط آنها بر اموالشان بوده و حق هر گونه تصرفی را از مسیر قانونی و شرعی محفوظ دانسته‌اند (موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۲۴). این قاعده که از آن با عنوان قاعده عقلی «الناس مسلطون علی أنفسهم» یاد می‌شود (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ج ۲، ص ۳۷؛ مؤمن قمی، ۱۴۱۵، ص ۱۰-۱۴). از جنبه ماهوی، هیچ تفاوتی با مفهوم مالکیت ذاتی ندارد و تفاوت آنها صرفاً لفظی می‌باشد و با عنایت به این که سلطنت، ثمره و نتیجه منطقی احکام مالکیت است، لذا برای این رابطه، استعمال لفظ مالکیت ذاتی، ارجح به نظر می‌رسد.

### ۲-۲-۴. نظریه اعراض و تأثیر آن در رابطه با اعضا و ارگان‌های بدن

پرونده جان مور که درباره آن سخن رفت، به‌خوبی حاکی از آثار نظریه اعراض بر اجزای بدن و تأثیر آن بر ژنوم نهفته درون آن عضو است. در این پرونده، کارکنان پاتولوژی با فرض این که جهت خارج کردن طحال این بیمار سرطانی، رضایت کتبی گرفته‌اند، هیچ گونه حق قانونی یا حق مالکیتی برای بیمار نسبت به آن عضو جداشده، قائل نبودند و با استناد به این مجوز، او را در جریان بهره‌برداری تجاری از سلول‌های طحالش قرار ندادند. دادگاه هم با همین استدلال، شکایت وی را بر علیه رئیس پاتولوژی رد کرد، زیرا طبق رویه قضایی دادگاه‌های آمریکا، خارج نمودن عضو از بدن بیمار، اعراض از آن تلقی شده و به‌محض خروج، رابطه بیمار با عضو قطع شده، از بین رفته و دیگر این عضو، متعلق به بیمار تلقی نمی‌شود (بریانت و همکاران، ۱۳۸۸، ص ۱۵۴، ۱۵۸).

اما طبق رویه انگلستان، کسب اجازه مخصوص برای به کارگیری اجزا و ارگان‌سیم‌های بدن بیماران در طرح‌های تحقیقاتی، لازم و ضروری است (بریان و همکاران، ۱۳۸۸، ص ۱۵۴، ۱۵۸).

حال سؤال اصلی قابل طرح در این قضیه، آن است که کدام یک از رویکردهای مذکور، بر اساس مبانی فقهی و حقوقی ما، صحیح قلمداد می‌شود؟ آیا به صرف خروج هر یک از اعضای بدن انسان، رابطه شخص با آن عضو، به طور کلی از بین رفته و اعراض محقق شده است؟ و در فرض وقوع اعراض، آیا این مسئله می‌تواند به معنای اعراض از داده‌ها و مواد ژنتیکی موجود در سلول‌ها نیز قلمداد گردد؟ برای روشن شدن این ابهامات، لازم است ماهیت اعراض بررسی شود.

بر اساس یافته‌ها و نتایج، در این عمل حقوقی، اسقاط حق عینی صورت گرفته و صاحب حق، بدون این که امتیاز خود را به دیگری واگذار نماید، از آن صرف نظر نموده است (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ص ۳۵۸، ۳۶۲).

لذا بر مبنای این نظریه، به صرف جدا نمودن یا خروج عضوی از بدن فرد، اعراض محقق نشده و قابل حیات توسط دیگران نمی‌باشد، به این دلیل که اعراض از آن عضو، مستلزم یقین به قصد جدی صاحب حق، مبنی بر اعراض از آن عضو و مواد بیولوژیک درون آن است. حتی با یقین به اعراض شخص از یکی از اجزای بدنش، می‌توان نتیجه گرفت که وی تنها از مواد ظاهری آن، اعراض کرده، نه از مواد ژنتیکی موجود در آن عضو، و چه بسا در صورت اطلاع از ارزشمندی مواد بیولوژیکی درون آن، مطمئناً قصد اعراض از آنها را نمی‌کرد، زیرا اولاً قدر متیقن از میزان اعراض، با شک پدید آمده و شامل ژنوم موجود در عضو صاحب حق نمی‌شود. ثانیاً با وجود این تردید، اصل حاکم در زمان شک، عدم اعراض از مواد ژنتیکی موجود در درون آن عضو خواهد بود.

شایان ذکر است که بر مبنای ملکیت ذاتی یا ملکیت اعتباری و یا سلطنت، دریافت عوض در مقابل عضو، به دو صورت صحیح خواهد بود: گاهی صاحب عضو اجازه می‌دهد عضو او در عوض دریافت وجهی، برداشته شده و به بدن گیرنده انتقال یابد، چراکه پرداخت وجه از جانب گیرنده عضو و قرار گرفتن آن مبلغ در ملک دهنده عضو، کاشف از پذیرش قاعده سلطنت و به رسمیت شناختن حق سلطه و استیلا مالک عضو

بر آن عضو می باشد. لذا مبادلات مالی به این منظور، از مصادیق اکل به باطل و مشمول آیه ۱۸۸ سوره بقره: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾ نخواهد بود.

در صورت بعدی، طلب مال در قبال اعراض از عضو، هم طبق نظر آن دسته از فقها که قائل به حرمت جدا نمودن عضو از بدن می باشند و هم بنابر نظر عده‌ای از فقها که قائل به احتیاط در ترک خرید و فروش اعضا هستند، جایز است، زیرا هر فردی نسبت به دیگران، در خصوص انتفاع و استفاده نسبت به اعضای خویش، از اولویت برخوردار است، و قول به حرمت یا احتیاط در این مسئله، مانع اسقاط حق نمی شود (محسنی قندهاری، ۱۴۲۴، ج ۱، ص ۱۸۵).

### ۳. رویکرد حقوق ایران در قبال مالکیت انسان با ژن های خود

قانونگذار در حقوق ایران، کیفیت رابطه انسان با اجزای بدن خود را مسکوت گذاشته است. هرچند با دقت در محتوای برخی قوانین، نظیر قانون اهدای جنین به زوج‌های نابارور، که از واگذاری جنین تحت عنوان «اهداء جنین» تعبیر نموده، می توان چنین استنباط نمود که قانونگذار از مال شناختن اعضای بدن انسان، ممانعت نموده است. همچنین اسباب تملک در ماده ۱۴۰ قانون مدنی<sup>۱</sup> به چهار مورد، محدود شده است که رابطه انسان با اجزای بدنش از جمله ژن‌ها مشمول آن نمی باشد. از سوی دیگر، در اقوال فقها نیز تملک دارای اسبابی است که عمدتاً به همان اسباب چهارگانه در ماده ۱۴۰ قانون مدنی بر می گردد.

به طور کلی، با در نظر گرفتن آنچه با تأسی به فقه پویای امامیه، در خصوص سه نظریه حق اختصاص، مالکیت ذاتی و حق انتفاع یا اعراض انسان نسبت به ژن‌هایش مطرح شد، روشن می شود که نظریه حاکم بر رابطه بین انسان با اجزا و نمونه‌های زیستی‌اش، در حقوق موضوعه ایران رابطه مالکیت ذاتی یا همان استیلای ذاتی است و اقتضای طبیعت ملک یعنی بدن انسان ایجاب می کند تا آدمی بدون نیاز به اسباب عارضی (خارجی یا اعتباری) و به دلیل تعلق و سلطه‌ای که بر اجزای بدنش دارد، صرفاً در موارد

۱. ماده ۱۴۰ قانون مدنی مقرر داشته: «تملك حاصل می شود: ۱. به احیای اراضی موات و حیزات اشیای مباحه؛ ۲. به وسیله عقود و تعهدات؛ ۳. به وسیله اخذ به شفعه؛ ۴. به ارث».

تعیین شده در قانون، از حق تصرف و همه منافع بدن خویش، برخوردار شود. البته باید توجه داشت که حق مالکیت مانند سایر حقوق قانونی، مطلق نبوده و قانونگذار باید آن را بر مبنای حفظ نظم عمومی در مورد اجزای بدن انسان، تحدید نماید. به دیگر سخن، فقه پیامدگرا، زمانی امری را روا می‌شمارد که لوازم دور و نزدیک حکم به جواز را هم به خوبی مورد بررسی قرار دهد. اکثر اندیشمندان با اذعان به برکات و اثرات مثبت این فناوری‌ها، ضمن تأکید بر لزوم توجه به ملاحظات اخلاقی، بهره‌گیری مسئولانه و حداقلی از آنها را جایز دانسته‌اند.

نظر به این که موضوع قرارداد در انواع پژوهش‌های زیست‌پزشکی از جمله تحقیقات ژنتیک پزشکی، تمامیت جسمی انسان است، این قراردادها جزو عقود انسانی و مربوط به شخصیت افراد است که هرچند با احتمال وقوع ضرر و ایراد صدمه به آزمودنی‌ها، همراه است، لکن به دلیل نفع مشروع عقلایی و نفع عمومی جامعه، به ناچار حکم به جواز انعقاد قراردادهای مذکور داده شده است (پورجوهری، ۱۳۸۳، ص ۶۱).

خصوصیات کلیدی خاص در بیان کارکرد حقوق مالکیت می‌تواند، به عنوان ابزار حقوقی قوی و قابل توجه در کنترل و حمایت از حقوق و منافع افراد در خصوص اعضا، بافت‌ها و نمونه‌های ژنتیک انسانی به خوبی مورد بهره‌برداری قرار گیرد و این حقیقت در ماده ۷۵ منشور حقوق شهروندی<sup>۱</sup> نیز مورد تأکید قرار گرفته است.

به طور خلاصه، صرف نظر از این که اجزای بدن انسان بتوانند مال محسوب شوند یا خیر، انسان به میزان محدودی قادر است تا نسبت به انتقال ژن‌ها یا دیگر اجزای بدن خود، اقدام نماید. در خصوص رابطه افراد با اجزای بدن بستگانشان، به نظر فقها حرمت مثله کردن اجساد و وجوب دفن آنها مانع خرید و فروش آنها به صورت آزاد یا نقل و انتقال اجزای بدن اموات می‌باشد (حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۴، ص ۲۳۰؛ کرکی، ۱۴۰۸، ج ۱، ص ۶۴۷).

---

۱. «حقوق شهروندی» مفهوم نسبتاً وسیعی است که شامل حقوق مدنی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فردی می‌باشد. حقوق شهروندی بر اصولی همچون کرامت انسانی، صیانت از حقوق و آزادی‌های غیر قابل سلب، حاکمیت مردم، برخورداری همه مردم از حقوق مساوی، منع تبعیض و حمایت یکسان قانون از همه افراد ملت، مبتنی است. منشور حقوق شهروندی در ۱۲۰ ماده تدوین شده است. مواد ۱ الی ۶ این سند دربرگیرنده حق حیات، سلامت و کیفیت زندگی است. ماده ۱ مقرر داشته است: «شهروندان از حق حیات برخوردارند. این حق را نمی‌توان از آنها سلب کرد، مگر به موجب قانون».

بنابراین با توجه به دو حکم فوق، اصل اولی در مورد انتقال ژن یا دیگر اعضای بدن شخص متوفا حرمت است. بر این اساس، در فرضی که نجات جان مسلمانی، متوقف بر جداسازی عضو مردهٔ مسلمان و پیوند به مسلمان زنده باشد، حکم به وجوب نجات جان مسلمان، بر احکام تکلیفی سابق (حرمت مثله کردن اجساد و وجوب دفن آنها) مقدم خواهد بود. طبق این دیدگاه، که در میان فقهای معاصر نیز از دیدگاه‌های رایج است، جداسازی اجساد مردگان در فرض ضرورت یا به جهت رعایت حال فرد مسلمان، مجاز شناخته شده است (محقق داماد و دیگران، ۱۳۹۰، ص ۵۸-۵۹).

### نتیجه‌گیری

اتخاذ هر کدام از رویکردهایی که تبیین گردید، ضمن این‌که در تمام تحقیقات و کارآزمایی‌های زیست‌پزشکی، بر نحوهٔ برخورد محققان با آزمودنی‌های (سوزه‌های) انسانی مؤثر است، بر حقوق و مطالبات نمونه‌دهندگان و شرکت‌کنندگان نسبت به منافع اقتصادی حاصل از فرآورده‌های مشتقه از نمونه‌های انسانی، تأثیرگذار خواهد بود. مهم‌ترین مسئله در رابطهٔ حقوقی انسان با ژن‌هایش مسئلهٔ حق انتقال ژن‌ها به غیر و کسب درآمد تجاری از آنهاست. بنابر یافته‌های مطالعات نظری و تطبیقی بین حقوق اسلام و سایر نظام‌های حقوق غربی، «مالیت» یکی از شروط صحت بیع است و ملاک و ضابطهٔ اصلی و مشترک حقوق ایران و سایر نظام‌های حقوقی در تشخیص مالیت اشیا، «عرف» می‌باشد.

همهٔ فقها و حقوق‌دانان با اتفاق نظر در تعاریف خود، شرط مفید عرفی بودن را برای مالیت اشیا لازم می‌دانند. با اثبات مالیت اعضای بدن و تسری حکم آن به سایر فرآورده‌های بدن از منظر حقوق اسلامی و مبانی فقهی، تبعاً انتقال (واگذاری) اعضای بدن از قبیل مواد بیولوژیک و نمونه‌های آزمایشگاهی با اهداف پژوهشی یا مداخلات درمانی، در راستای نجات جان هموعان، مادامی که سبب اضرار به نفس نگردد، مباح و مطلوب است.

بررسی‌های تطبیقی قوانین جدید و رویهٔ قضایی مدرن در زمینهٔ نحوهٔ واگذاری نمونه‌های زیستی و بافت‌های انسانی از سوی صاحبان آنها، حاکی از آن است که در

گذشته، محصور نمودن واگذاری نمونه‌ها به محققین، صرفاً در قالب اهدای نوع دوستانه و از طرفی، ممنوعیت شناسایی حقوق مالکانه نسبت به صاحبان سلول و سایر نمونه‌های بیولوژیک، همچون سدی بر سر راه پژوهش‌های زیست‌پزشکی، امکان بهره‌مندی از ابداعات و دستاوردهای ارزشمند بیوتکنولوژی‌های نوین را با محدودیت‌ها و معضلات فراوانی مواجه ساخته بود. در مقابل، تغییر رویکرد در عصر حاضر، به سمت شناسایی ارگانسیم‌ها و نمونه‌های آزمایشگاهی انسان به‌عنوان اموال قابل تملک و نیز به رسمیت شناختن مفهوم مالکانه تسلط و تصرف صاحبان اجزا و نمونه‌های زیستی بر سلول‌ها و ژن‌هایشان همراه با پذیرش امکان نقل و انتقال این نمونه‌ها در چهارچوب مبادلات پولی، در عین توجه به لزوم اخذ رضایت آگاهانه از آزمودنی‌های انسانی در فرایند واگذاری، علاوه بر تنظیم روابط حقوقی شفاف میان ذی‌نفعان این فناوری، پیشرفت‌های روزافزونی را در حوزه پژوهش‌های زیست‌فناوری، نظیر کشف روش‌های تشخیصی و درمانی بیماری‌های صعب‌العلاج سرطانی و نواقص ژنتیکی به ارمغان آورده است.

صرف‌نظر از چالش‌های حقوقی و اجتماعی موجود در خصوص واگذاری اجزای بدن انسان، در نظام حقوقی کامن‌لا و نیز در نظام حقوقی ایران، نوعی حق و سلطه برای انتقال محدود اجزای بدن مجاز دانسته شده، که این موضوع دقیقاً می‌تواند در مورد حقوق مالکانه صاحب ژنوم، در قراردادهای دسترسی و بهره‌برداری از ژنوم آنان، ملاک عمل قرار گیرد. از این رو، در فرض حصول دستاوردهای ناشی از علم ژنتیک در حوزه روش‌های نوین درمان انسان‌ها، این موضوع به لحاظ اخلاقی یا قانونی نمی‌تواند با مانعی مواجه باشد.

## فهرست منابع

۱. آجری آیسک، عاطفه؛ محمدحسینی، صدیقه؛ رضوی، سید علی؛ وحدتی شبیری، سید حسن. (۱۴۰۰ش). تعهد اطلاع‌رسانی پزشک معالج به اشخاص بیمار؛ مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و ایالات متحده آمریکا. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۳(۲۳)، ۳-۳۸. <https://doi.org/10.30513/cjd.2021.1334>
۲. آخوند خراسانی، کاظم. (۱۴۰۶ق). حاشیه‌المکاسب. تهران: ارشاد.
۳. آزاد قزوینی، علی. (۱۴۱۴ق). المسائل المستحدثة. قم: انتشارات مؤلف.
۴. آملی، محمدتقی. (۱۴۱۳ق). مکاسب والبیع. (تقریر أبحاث الأستاذ الأعظم المیرزا النائینی، ج ۲). قم:

نشر اسلامی.

۵. ابن‌احمد، یوسف بن عبدالله. (۱۴۲۵ق). أحكام نقل أعضاء الإنسان في الفقه الإسلامي. رسالة دكتوری. دانشگاه اسلامی امام محمد بن سعود. دانشکده شریعت. ریاض. <https://alsunniah.com/book/26440/177>
۶. ابن‌احمد، یوسف بن عبدالله. (۱۴۲۷ق). أحكام نقل أعضاء الإنسان في الفقه الإسلامي. ریاض: دار الکتوز.
۷. ابن‌قدمه، عبدالله بن احمد. (۱۴۲۴ق). المغنی، (جلد ۴). لبنان: بیت الأفكار الدولیه
۸. اصفهانی، محمدحسین. (۱۳۷۶ش). حاشیه کتاب المکاسب. قم: أنوار الهدی.
۹. امامی، حسن. (۱۳۷۷ش). حقوق مدنی، (جلد ۱). تهران: کتابفروشی اسلامیة.
۱۰. انصاری، مرتضی. (۱۴۱۰ق). المکاسب المحرمه، (تحقیق سید محمد کلانتر). بیروت: مؤسسة النور.
۱۱. انصاری، مرتضی. (۱۴۲۰ق). المکاسب، (جلد ۱). قم: مجمع الفکر الاسلامی. [http://library-](http://library-alnajaf.com/upload_list/source/Sound/d/3/fikh/mksb-m.pdf)
۱۲. ایروانی، باقر. (۱۴۲۶ق). دروس تمهیدیه فی القواعد الفقهیه، (جلد ۲). قم: دار الفقاهه.
۱۳. برجی، یعقوبعلی؛ حق خواه، منیر. (۱۳۹۶ش). ملاک‌شناسی احکام معاملات و آثار آن در فقه امامیه، آموزه‌های فقه مدنی، ۹ (۱۶)، ۵۷-۸۰. <https://dor.isc.ac/dor/20.1001.1.23221712.1391.1.1.1.3>
۱۴. بریانت، جان؛ باگوت لاوله، لیندا؛ سرل، جان. (۱۳۸۸ش). مقدمه‌ای بر اخلاق زیستی، (ترجمه حسن رهنما؛ هما محمودزاده؛ مسعود توحیدفر و دیگران). تهران: جهاد دانشگاهی و پژوهشگاه ابن‌سینا.
۱۵. پورجوهری، علی. (۱۳۸۳ش). پیوند اعضا در آیینة فقه، تهران: دانشگاه امام صادق(ع)
۱۶. توحیدی، محمدعلی. (۱۳۸۸ش). مصباح الفقاهه. قم: وجدانی.
۱۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۸ش). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، (ج ۴). تهران: گنج دانش.
۱۸. حائری، سید کاظم حسین. (۱۴۲۳ق). فقه العقود، (جلد ۱). قم: مجمع اندیشه اسلامی.
۱۹. حسینی عاملی، محمدجواد. (۱۴۱۹ق). مفتاح الکرامه، (جلد ۴). قم: انتشارات اسلامی.
۲۰. حکیم، محسن. (۱۳۷۹ش). نهج الفقاهه، قم: انتشارات فقه.
۲۱. حلی، جعفر بن حسن. (۱۳۶۵ش). المختصر النافع فی فقه الإمامیه، قم: انتشارات سیدالشهداء.
۲۲. خواست‌خدایی، لیلا. (۱۳۹۳ش). مروری از یوژنیک تا حق ثبت از دیدگاه ژنتیکی، حقوقی و حقوق بشری. اخلاق زیستی، ۴ (۱۴)، ۸۳-۱۱۴. <https://doi.org/10.22037/bioeth.v4i14.13867>
۲۳. خویی، سید ابوالقاسم. (۱۳۷۸ش). مصباح الفقاهه، (جلد ۱ و ۲). نجف: توحیدی.
۲۴. راسخ، محمد؛ شریفی، ساناز؛ رحمت‌اللهی، عطاءالله. (۱۳۹۸ش). مطالعه نظری و تطبیقی حق‌های مالکیت معنوی در حوزه فناوری‌های زیستی، مجله ایرانی حقوق و اخلاق زیست پزشکی، ۱ (۱)، ۸۱-۹۷.
۲۵. رحمانی منشادی، حمید؛ عباسی، محمود؛ جلوداری بردستان، داود. (۱۳۹۳ش). مطالعه تطبیقی رابطه حقوقی انسان با بافت‌ها و نمونه‌های آزمایشگاهی، حقوق پزشکی، ۸ (۳۰)، ۶۵-۹۸.



۲۶. رحمانی نیا، حجت‌الله؛ مجتهد سلیمانی، ابوالحسن. (۱۳۹۹ش). امکان سنجی شناسایی حق انسان بر نفس به موجب قاعده سلطنت (تسلیط). مبانی فقهی حقوق اسلامی، ۱۳(۲۵)، ۱۷۹-۱۶۱.
۲۷. روحانی، محمدصادق. (۱۴۱۸ق). منهاج الفقاهه، (جلد ۴). قم: أنوار الهدی.
۲۸. سبزواری، عبدالاعلی. (۱۴۱۳ق). مهذب الأحكام فی بیان الحلال والحرام. بی‌جا: انتشارات دفتر آیت‌الله سبزواری.
۲۹. سنهوری، عبدالرزاق. (۱۴۱۷ق). مصادر الحق فی فقه الإسلامی. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۳۰. شهیدی، مهدی. (۱۳۸۲ش). حقوق مدنی ۳. تهران: مجد.
۳۱. شهیدی، مهدی. (۱۳۸۵ش). تشکیل قراردادها و تعهدات. تهران: مجد.
۳۲. صفایی، حسین. (۱۳۹۰ش). حقوق مدنی. تهران: میزان.
۳۳. طباطبایی، سید محمدحسین. (۱۴۱۷ق). المیزان فی تفسیر القرآن، (جلد ۱). قم: انتشارات اسلامی.
۳۴. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). الميسوط فی فقه الإمامیة، (جلد ۲). تهران: مکتبه الرضویه.
۳۵. عبیری، ارمغان. (۱۳۹۳ش). اخلاق و حقوق مالکیت فکری. تهران: میزان.
۳۶. فقیهی، عبدالرحمن. (۱۳۷۴ش). بیع أعضاء الإنسانی. در: کنگره بررسی مبانی فقهی امام خمینی (ره) (نقش زمان و مکان در اجتهاد)، (جلد ۱۱). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).  
[http://www.imam-khomeini.ir/fa/c78\\_113053/](http://www.imam-khomeini.ir/fa/c78_113053/)
۳۷. فیضی طالب، عزیز. (۱۳۷۷ش). اطلاع‌رسانی دیدگاههای فقهی (۲): پیوند اعضا، (جلد ۲). قم: مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه.
۳۸. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۷ش). حقوق مدنی - ایقاع. تهران: دادگستر.
۳۹. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۹ش). اموال و مالکیت، تهران: میزان.
۴۰. کاظمی، عبدالحسین؛ محمودی، ثریا. (۱۳۹۳ش). کالانگاری انسان و ادعای حقوق مالکانه نسبت به انسان در عصر بیوتکنولوژی. مجله ایرانی اخلاق و تاریخ پزشکی، ۷(۵)، ۷۲-۶۱.
۴۱. کرکی، علی بن حسین. (۱۴۰۸ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد، (ج ۱). قم: مؤسسه آل‌البتیت (ع).
۴۲. گزنی، محمد احمد مصطفی. (۱۹۹۹م). حکم نقل و غرس الأعضاء البشرية فی الفقه الإسلامی والقانون، دراسة مقارنة. اربیل: مطبعة جامعة صلاح اللدين.
۴۳. محسنی قندهاری، محمدآصف. (۱۴۲۴ق). الفقه والمسائل الطیبة، (ج ۱). قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۴۴. محقق حلّی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۳ق). شرایع الإسلام، (ج ۲). بیروت: دار الأضواء.
۴۵. محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۹۶ش). قواعد فقه، (ج ۱: بخش مدنی). تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۴۶. محقق داماد، سید مصطفی؛ فنوتانی، جلیل؛ وحدتی شبیری، سید حسن؛ عبدی پور، ابراهیم. (۱۳۹۰ش). حقوق قراردادها در فقه امامیه، (ج ۱). تهران: سمت.
۴۷. محمد بن مبارک، جمیل. (۱۴۰۸ق). نظریة الضرورة الشرعية، (ج ۱). بیروت: دار الوفاء.

۴۸. معاونت آموزشی قوه قضائیه. (بی تا). نرم افزار گنجینه استفتانات قضایی. قم: دفتر آموزش روحانیان و تدوین متون فقهی.
۴۹. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۱۱ق). القواعد الفقهية، (ج ۲). قم: مدرسة الإمام أمير المؤمنين (ع).
۵۰. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۷ق). الفتاوى الجديدة، (ج ۲). قم: انتشارات مدرسة امام علي (ع).
۵۱. موسوی خمینی، سید روح الله. (۱۴۱۵ق). المكاسب المحرمة، (ج ۱). قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۵۲. موسوی خمینی، سید روح الله. (۱۴۲۱ق). كتاب البيع، (ج ۳). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۵۳. مؤمن قمی، محمد. (۱۴۱۵ق). كلمات سديدة في مسائل جديدة، قم: نشر اسلامي.
۵۴. میرمحمدی، معصومه سادات. (۱۳۹۷ش). مفهوم نوظهور حاکمیت ژنومیک و تحلیل سیاستها و مقررات مرتبط با آن، اخلاق زیستی، ۸(۲۷)، ۵۹-۷۲. <https://doi.org/10.22037/bioeth.v8i27.19237>
۵۵. میرهاشمی، سجاد. (۱۳۸۵ش). آثار حقوقی واگذاری عضو انسان مرده یا مبتلا به مرگ مغزی. اندیشه تقریب، ش ۵، ۵۰-۷۱.
۵۶. نجفی، محمدحسن. (۱۳۹۳ش). جواهر الکلام، (ج ۲۲). قم: دار الکتب الاسلامیه.
57. Andorno, R. (2007). "Population genetic databases: a new challenge to human rights", in: Christian Lenk & Nils Hoppe. *Ethics and Law of Intellectual Property*, (1st Ed.). Routledge: London. <https://doi.org/10.4324/9781315580326>
58. Caulfield, T. & Brownsword, R. (2006). Human dignity: A guide to policy making in the biotechnology era?. *Nature Reviews Genetics*, 7(1), 72-67. <https://doi.org/10.1038/nrg1744>
59. Halbert, D. J. (2005). *Resisting Intellectual Property*. London & New York: Routledge.
60. Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights, (1997, 11 Nov). Paris. <http://www.unhcr.org/refworld/docid/404226144.htm>
61. Nwabueze, R. (2007). *Biotechnology and the challenge of property, property rights in dead bodies, body parts, and genetic information*. Routledge: London.
62. Ram, N. (2009). assigning right and protecting interest: Constructing Ethical and Efficient Legal Rights in Human Tissue Research. *Harvard Journal of Law & Technology*, 23(1), 120-177. <https://ssrn.com/abstract=2298287>



## A Jurisprudential and Legal Analysis of the Status of the COVID-19 Pandemic in Contract Law: A Critical Review of Judicial Precedent

Sayyid Ḥosayn Tahāmī<sup>1</sup>, Sayyid Muḥammad Mahdī Qabūlī Dorafshān<sup>2✉</sup><sup>ID</sup>,  
Sa'īd Moḥsini<sup>3</sup>, A'ḥzām Anṣārī<sup>4</sup><sup>ID</sup>

1. PhD. in Private Law, Faculty of Law and Political Science, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran. Email: [tahami@mail.um.ac.ir](mailto:tahami@mail.um.ac.ir)
2. Corresponding Author, Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran. Email: [ghaboli@um.ac.ir](mailto:ghaboli@um.ac.ir)
3. Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran. Email: [s-mohseni@um.ac.ir](mailto:s-mohseni@um.ac.ir)
4. Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran. Email: [aansari@um.ac.ir](mailto:aansari@um.ac.ir)

### Article Info

#### Article type:

Research Article

#### Article history:

Received 1 January 2023

Received in revised form 7  
May 2023

Accepted 19 September 2023

Available online 18 October  
2023

#### Keywords:

External causes, COVID-19, Contractual positive rules, automatic cancellation of the contract (Arabic: انقصاص, Romanized: 'infisākh), Revocation, Combined sanctions.



### ABSTRACT

The outbreak of the COVID-19 pandemic affected the performance of certain contractual obligations, thereby presenting a new challenge for legal practitioners, particularly judges, in resolving the resulting disputes. In this regard, it is essential to address the fundamental question of whether a pandemic can be considered an external factor (causes) affecting contracts. And secondly, how and to what extent does it affect the performance of contractual obligations, as well as the status of contracts impacted by the outbreak? The present study employs a descriptive-analytical research method to address the aforementioned questions. It seeks to provide a general theory by examining judicial precedents concerning these questions and by inductively analyzing specific instances mentioned in legal texts regarding the impact of external factors on the execution of contracts and their classification. This theory aims to not only elucidate the legal nature of the COVID-19 pandemic and its impact on contracts but also to be applicable to other emerging events. The results of the research indicate that events such as the COVID-19 pandemic can be identified as an external cause. The impact of the aforementioned diseases varies depending on whether they lead to the “nullification of the contract’s subject matter” or the “impossibility of favorable attaining of the contract’s subject matter.” Depending on the case, this may result in situations such as the automatic cancellation of the contract (Arabic: انقصاص, Romanized: 'infisākh), the right to revocation, and so forth.

Cite this article: Tahāmī, S., H; Qabūlī Dorafshān, S., M., M.; Moḥsini, S.; Anṣārī, A. (2024). A Jurisprudential and Legal Analysis of the Status of the COVID-19 Pandemic in Contract Law: A Critical Review of Judicial Precedent. *Civil Jurisprudence Doctrines*, 16 (30), 235-262.

<https://doi.org/10.30513/cjd.2023.4937.1840>



© The Author(s).

Publisher: Razavi University of Islamic Sciences.



## تحلیل فقهی حقوقی جایگاه بیماری پاندمیک کرونا در حقوق قراردادها با نگاهی انتقادی به رویه قضایی

سید حسین تهامی<sup>۱</sup> | سید محمد مهدی قبولی درافشان<sup>۲</sup> | سعید محسنی<sup>۳</sup> | اعظم انصاری<sup>۴</sup>

۱. دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران. رایانامه: tahami@mail.um.ac.ir
۲. نویسنده مسئول، استاد، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران. رایانامه: ghaboli@um.ac.ir
۳. دانشیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران. رایانامه: s-mohseni@um.ac.ir
۴. استادیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران. رایانامه: aansari@um.ac.ir

### چکیده

شیوع بیماری پاندمیک کرونا بر اجرای برخی تعهدات قراردادی تأثیرگذار بود و از این رو به چالشی جدید برای کنشگران حقوقی، به خصوص قضات در حل اختلافات به وجود آمده، تبدیل گردید. در این راستا باید به این سؤال اساسی پاسخ گفت که اولاً آیا بیماری پاندمیک می‌تواند به‌عنوان یکی از اسباب خارجی مؤثر بر قراردادها محسوب گردد یا خیر؟ ثانیاً نحوه و میزان تأثیر آن بر اجرای تعهدات قراردادی و نیز وضعیت قراردادهای متأثر از شیوع بیماری چگونه است؟ جستار حاضر برای پاسخ به سؤالات یادشده از روش پژوهش توصیفی-تحلیلی استفاده نموده است و ضمن بررسی رویه قضایی در خصوص سؤالات یادشده سعی نموده است با استقرا در مصادیق جزئی مطرح در کتب فقهی، در خصوص تأثیر عوامل خارجی بر اجرای عقود و طبقه‌بندی آن، نظریه‌های عمومی ارائه نماید که نه تنها در تشخیص ماهیت حقوقی بیماری کرونا و تأثیر آن بر قراردادها راهگشا باشد، بلکه در رویدادهای نوپدید دیگر نیز کارایی داشته باشد. نتایج پژوهش حاکی است که رویدادهایی مانند بیماری کرونا می‌تواند به‌عنوان سبب خارجی شناسایی شود. نحوه تأثیرگذاری بیماری‌های یادشده نیز بر اساس این که به «منتفی شدن موضوع قرارداد» یا «عدم امکان استیفای مطلوب از موضوع قرارداد» بینجامد، متفاوت است و بر حسب مورد می‌تواند به وضعیت‌هایی از قبیل انفساخ، قابلیت فسخ و... بینجامد.

### اطلاعات مقاله

نوع مقاله: علمی پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۰/۱۱

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۲/۱۷

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۶/۲۸

تاریخ انتشار آنلاین:

۱۴۰۲/۰۷/۲۶

کلیدواژه‌ها:

اسباب خارجی، بیماری کووید-۱۹، حکم وضعی قرارداد، انفساخ، فسخ، ضمانت اجرای ترکیبی.



**استناد:** تهامی، سید حسین؛ قبولی درافشان، سید محمد مهدی؛ محسنی، سعید؛ انصاری، اعظم. (۱۴۰۳). تحلیل فقهی حقوقی جایگاه بیماری پاندمیک کرونا در حقوق قراردادها با نگاهی انتقادی به رویه قضایی. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۶ (۳۰)، ۲۶۲-۲۳۵. <https://doi.org/10.30513/cjd.2023.4937.1840>



© نویسنده‌گان

ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

## مقدمه

شیوع بیماری پاندمیک کووید-۱۹ به عنوان بیماری‌ای که در چند دهه اخیر، هیچ بیماری پاندمیکی با وسعت و شدت آن در جهان رخ نداده، موجب ایجاد چالش‌های حقوقی از جمله در زمینه اجرای تعهدات قراردادی در سطح جهان گردید. (Twigg-Flesner, 2020, p. 9). در این راستا، حقوق دانان درصدد بررسی تأثیر شیوع این بیماری بر قرارداد و اجرای تعهدات قراردادی برآمدند (نیازآبادی؛ انصاری، ۱۳۹۹؛ فتاوی، ۱۳۹۹). رویه قضایی نیز ناچار از تصمیم‌گیری در خصوص اختلافات به وجود آمده ناشی از آن است. البته در قانون مدنی ایران، قانون‌گذار در مواد ۲۲۷ و ۲۲۹، به اختصار به تأثیر حوادث خارجی بر اجرای تعهدات قراردادی پرداخته است. ولی از آن حکمی کلی، جامع و صریح در خصوص تأثیر این‌گونه حوادث مانند شیوع بیماری پاندمیک کووید-۱۹، بر اجرای تعهدات قراردادی، از حیث وضعیت حقوقی قراردادهای متأثر از آن، قابل استنباط نیست. از این رو، دادگاه‌ها با استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، ناچار از مراجعه به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی هستند. با توجه به فقدان سابقه قبلی و فقدان نص قانونی و حتی شرعی در این خصوص، نوعی ناهمگونی در نظریات حقوقی و رویه قضایی قابل مشاهده است. به عنوان نمونه، در خصوص دعوی فسخ قرارداد اجاره یک باب مغازه به علت شیوع بیماری کرونا، در استدلال شعبه ۴۱ دادگاه عمومی حقوقی مشهد، حسب دادنامه شماره ۹۹۰۹۹۷۷۵۷۹۱۰۱۲۹۸ مورخ ۲۷/۹/۱۳۹۹ آمده است: «موضوع مطروحه، سابقه در قوانین ندارد و ... سابقه در شرع مقدس نیز ندارد و نظر مشهور فقها در مورد آن بیان مطلبی نداشته است، مضافاً به این که در این خصوص رویه قضایی نیز حاکم نیست، لذا می‌طلبید که قانون‌گذار به فوریت ورود نموده و حل مشکل نماید، چراکه قضات محاکم، قضات مأذون بوده و اختیار اجتهاد ندارند...»<sup>۱</sup>. در مقابل، بعضی شعب مانند شعبه ۱۳ دادگاه عمومی حقوقی مشهد در خصوص دعوی انفساخ قرارداد اجاره به دلیل شیوع بیماری کرونا، حسب دادنامه شماره

۱. آراء مرتبط با تأثیر بیماری کوید-۱۹ بر اجرای تعهدات قراردادی، با همکاری دادگستری استان خراسان رضوی، از شعب مختلف دادگاه‌های حقوقی و تجدیدنظر استان گردآوری و مورد استناد قرار گرفته است.

۱۴۰۰/۳/۵ مورخ ۱۴۰۰۲۵۳۲۰۰۰۲۳۲۹۶۰۶ با استناد به ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، خود را ناچار از رجوع به فتاوی معتبر دانسته و با استناد به برخی فتاوی فقهی، اقدام به صدور حکم نموده‌اند. در هر حال، با توجه به اهمیت مبانی فقهی در مباحثی که دارای ابهامات قانونی است و نیز با توجه به اختلافاتی که در رویه قضایی وجود دارد، سعی خواهد شد ضمن توجه به دکترین حقوقی ایران، از دیدگاه فقه امامیه، تأثیر شیوع یک بیماری پاندمیک مانند کرونا بر تعهدات قراردادی بررسی شود. هرچند در زمینه تأثیر بیماری کرونا بر قراردادها آثار متفاوتی به رشته تحریر درآمده است (قنوتی، ۱۳۹۹؛ جواهری محمدی، ۱۳۹۹؛ نیازآبادی؛ انصاری، ۱۳۹۹)، اما در جستار فعلی، ضمن تفکیک بین ماهیت هر پدیده و آثار آن، سعی بر شناخت ماهیت پدیده شیوع بیماری کرونا، بر اساس مبانی فقهی و حقوقی خواهد بود. از آنجاکه در قانون مدنی، نظریه عامی در خصوص «اسباب خارجی» وجود ندارد و در فقه نیز فقها طبق رسمی دیرین، در بیشتر موضوعات از جمله اسباب خارجی، اقدام به ارائه نظر، بر اساس مصادیق جزئی و مبتلابه، می‌نموده و کمتر موضوعات را به صورت قاعده عمومی مورد بررسی قرار می‌دادند، لذا نظریه‌ای عام، در خصوص «اسباب خارجی» ملاحظه نگردید. در راستای رسالت پژوهش، به صورت مبنایی باید دید آیا می‌توان با استقرا در مصادیق جزئی و مشابه مطرح در فقه، در خصوص «اسباب خارجی» و اوصاف آن و همچنین علل تأثیر این اسباب بر قراردادها، حکم و نظریه‌ای عام استنباط نمود یا خیر؟ نتایج حاصل نه تنها در شناخت دقیق ماهیت این پدیده بهداشتی و آثار آن بر قرارداد، بلکه در شناخت بهتر سایر مصادیق نوپدید و حتی مصادیق مشتبه دیگر و ارائه ضابطه‌ای در جهت تشخیص مؤثر بودن یا نبودن هر یک از اسباب خارجی بر قراردادها نیز کارساز خواهد بود. در نوآوری دیگر، ضمن جمع‌آوری رویه قضایی مرتبط با تأثیر کرونا بر قراردادها که به علت عدم امکان دسترسی آسان به آرای دادگاه‌ها، با مشکلات فراوان گردآوری گردیده، به نقد و بررسی آن‌ها بر اساس دستاوردهای فقهی حاصل و نیز با توجه به اصول حقوقی، پرداخته خواهد شد.

با توجه به مطالب فوق، در این مقاله ابتدا به شناسایی جایگاه بیماری پاندمیک کرونا در میان اسباب خارجی پرداخته می‌شود. سپس نحوه و میزان تأثیر بیماری پاندمیک کرونا بر اجرای تعهدات قراردادی و علل تأثیر آن، مورد مطالعه قرار خواهد گرفت. در نهایت نیز

ضمانت اجرای حاکم بر تأثیر شیوع بیماری یادشده بر تعهدات قراردادی بررسی خواهد شد.

### ۱. جایگاه بیماری پاندمیک کرونا در میان اسباب خارجی

بیماری پاندمیک کرونا در ابتدای شیوع آن، همه جوامع بشری را تحت تأثیر قرار داد و به ویژه اجرای برخی تعهدات قراردادی را با مشکلاتی مواجه نمود ( Twigg-Flesner, 2020, p. 9). حال باید دید، آیا می توان بیماری یادشده را به عنوان سببی خارجی شناسایی نمود یا خیر؟ در مقام بررسی موضوع باید توجه داشت که قانون گذار ایران، در دو ماده ۲۲۷ و ۲۲۹ قانون مدنی به ذکر دو واژه «علت خارجی» و «حادثه خارجی» اکتفا نموده که بین برخی حقوق دانان به «قوة قاهره» معروف شده است (شهیدی، ۱۳۹۱، ص ۶۴)، ولی تعریفی از آن در قانون مدنی به عمل نیامده است. از منظر فقه امامیه نیز نظریه عامی در خصوص اسباب خارجی مطرح نشده است، بلکه فقیهان بسته به مورد، اقدام به بیان احکام برخی از مصادیق آن تحت عناوینی مانند آفات آسمانی و زمینی یا عذر عام و خاص نموده اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۷۲۶؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۴۵۰؛ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۲۶۲). بنابراین برای استخراج قاعده کلی و پاسخ به این سؤال که آیا شیوع بیماری های پاندمیک مانند کووید-۱۹، از نظر فقهی می تواند به عنوان سبب خارجی تلقی گردد، لازم است ابتدا به بررسی برخی مصادیق جزئی مطرح شده در کتب فقهی پرداخت. در عقد مزارعه، برخی فقها قطع آب، بارش برف زیاد یا تبدیل زمین به لشکرگاه یا سکونت گاه حیوانات درنده یا سردی شدید هوا یا جنگ شدید یا منع ظالم از انتفاع، به نحوی که مانع ادامه انجام زراعت گردد را به عنوان عذر عام و موجه تلقی نموده اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۷۱۴-۷۱۵؛ روحانی قمی، ۱۴۱۲، ج ۱۹، ص ۱۹۵؛ مرعشی نجفی، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۹۴؛ جزیری، غروی؛ مازح، ۱۴۱۹، ج ۳، ص ۳۱؛ سیستانی، ۱۴۲۲، ص ۳۴۰؛ سیستانی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۱۴۹؛ بصری بحرانی، ۱۴۱۳، ج ۵، ص ۲۶۵؛ اشتهاردی، ۱۴۱۷، ج ۲۸، ص ۲۴۷؛ حکیم، ۱۴۱۶، ج ۱۳، ص ۸۴).

در عقد مساقات نیز از تعبیر «مانع عام» به عنوان عذری موجه برای عدم اجرای قرارداد استفاده شده است (سیستانی، ۱۴۲۲، ص ۳۴۶؛ حکیم، ۱۴۱۶، ج ۱۳، ص ۱۷۱؛ مرعشی نجفی، ۱۴۰۶،

ج ۲، ص ۱۰۳). برخی مصادیق عذر عام در عقد مساقات شامل بلایای آسمانی (مامقانی، ۱۳۱۶، ج ۲، ص ۲۲۶؛ ابن‌ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۴۵۰؛ کاظمی تستری، بی‌تا، ص ۲۳۶) یا مانع عملی مثل قطعی آب یا مانع شرعی (مثل این که ثابت شود موضوع قرارداد غصبی است) (مصطفوی، ۱۴۲۳، ص ۳۵۶) عنوان شده است.

در عقد مضاربه، اگر عامل در اثناء مدت به علت مریضی عاجز گردد، برخی آن را عذر موجه تلقی نموده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۶، ص ۳۶۰؛ بحرالعلوم، ۱۴۰۳، ج ۱، ص ۹۶؛ سیفی مازندرانی، ۱۴۲۷، ص ۴۰؛ بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۵، ص ۲۷۳؛ خمینی، بی‌تا، ج ۱، ص ۶۰۸). همچنان که گفته شده است، اگر در نتیجه حوادث قهری یا وضع مقررات تازه، تجارت مورد نظر طرفین غیرممکن شود یا به علت تلف سرمایه و ربح، عقد، موضوع خود را از دست دهد، این عذر موجه خواهد بود (طاهری، ۱۴۱۸، ج ۴، ص ۲۷۸).

در عقد اجاره نیز برخی ضمن تفکیک بین عذر عام و خاص معتقدند: معاذیری مانند بسته شدن جاده به علت بارش برف یا وقوع سیل یا سایر عواملی که مانع مسافرت با چهارپا یا اتومبیل استیجاری گردد یا بروز جنگ یا وجود حیوانات درنده یا غارت یا وجود ترس عمومی جهت سکونت در محل استیجاری یا منع دولت از سفر به کشور دیگر، همگی به عنوان عذری عام و موجه تلقی می‌گردد (خمینی، بی‌تا، ج ۱، ص ۵۷۷؛ اصفهانی، ۱۳۹۳، ج ۲، ص ۹۹؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۵۹۴؛ اصفهانی، ۱۴۰۹، ص ۲۶۸؛ خوبی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۸۸؛ خوبی، بی‌تا، ص ۱۹۱-۱۹۲؛ طباطبایی قمی، ۱۴۲۳، ص ۷۹؛ بصری بحرانی، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۲۸۵؛ مرعشی نجفی، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۴۰؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۱۹، ص ۷۷-۷۸؛ مغنیه، ۱۴۲۱، ج ۴، ص ۲۶۹). در خصوص عذر خاص مستأجر، مانند اجاره شتر برای سفر حج و مریضی مستأجر یا اجاره مکانی برای فروش یک محصول و سرقت آن محصول، برخی این عذر را موجه ندانسته‌اند (حلی، ۱۴۲۱، ص ۱۲۹؛ حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۱۴۰؛ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۳، ص ۴۸۹؛ ابن‌ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۴۶۲؛ حلی، ۱۴۲۰، ج ۳، ص ۶۸؛ عاملی، ۱۴۱۰، ج ۴، ص ۳۲۹). در مقابل، برخی معتقدند: اگر شرط مباشرت در استفاده از عین مستأجره به صورت قید عقد باشد، عذر خاص هم عذری موجه است (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۵۹۴؛ اصفهانی، ۱۴۰۹، ص ۲۶۸؛ خوبی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۸۸؛ خوبی، بی‌تا، ص ۱۹۱-۱۹۲؛ مرعشی نجفی، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۴۰). برخی فقها با تأکید بر اصل لزوم قراردادها معتقدند: اگر شخصی برای کندن چاهی اجیر



شود و به سنگی برخورد کند، اگر امکان زدن نقب باشد مکلف است نقب بزند، اگرچه این کار برای او مشکل باشد و اگر امکان کندن چاه و نقب زدن وجود نداشته باشد، در این صورت، عذر موجه محسوب می‌گردد (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۲۳۷). در مقابل، برخی معتقدند: اگر شخصی برای حفر چاه اجیر شده باشد و به علت سختی زمین یا مرضی یا سایر موانع، حفر مابقی آن متعذر یا متعسر گردد و شرط مباشرت اجیر شده باشد، عذری موجه است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۷، ص ۲۹۱؛ جمعی از پژوهشگران، ۱۴۱۷، ج ۱، ص ۵۱).

حال در راستای پاسخ به این سؤال که آیا از مصادیق جزئی یادشده، نظریه‌ای عام قابل استخراج است یا خیر؟ می‌توان گفت: اسباب خارجی فوق با توجه به متلاویه بودن آن در زمان‌ها و مکان‌های مختلف، مورد توجه فقها بوده است و حصری نبوده و از باب الغاء خصوصیت، بسته به مورد می‌تواند شامل مصادیق دیگری نیز گردد. برای وضوح بیشتر، با جمع‌آوری مصادیق پراکنده مطرح شده در فقه، می‌توان طبقه‌بندی‌ای به شرح ذیل استخراج نمود:

**اول: حوادث طبیعی:** عواملی نظیر سیل، بارش زیاد برف و سردی شدید هوا، و به طور کلی، عوامل ناشی از نیروی طبیعت مانند زلزله و آتشفشان و خشک‌سالی و... مشمول عنوان «حوادث طبیعی» است.

**دوم: موانع عملی:** شامل تمام موانع فیزیکی که انجام یک عمل یا اجرای تعهدات را غیرممکن می‌گرداند، مثل قطع آب کشاورزی یا تبدیل زمین کشاورزی به سکونت‌گاه حیوانات درنده یا بسته شدن جاده به علت ریزش کوه. این موانع ممکن است ناشی از حوادث طبیعی باشد.

**سوم: موانع شرعی و قانونی:** موانع شرعی مانند ممنوعیت شرعی مستخدمه جهت ورود به مسجد و منع قانونی مانند ممنوعیت تجارت در موضوع مضاربه یا منع از سفر در اجاره وسایل حمل و نقل. به صورت کلی، تمام ممنوعیت‌های ناشی از تصمیم قانون‌گذار و سایر مراجع ذی‌صلاح حکومتی و قضایی را در ذیل این طبقه می‌توان گنجانند.

**چهارم: وقایع و حوادث خاص اجتماعی:** حوادثی مانند جنگ، غارت، اشغال و ترس عمومی و به صورت کلی، تمامی حوادث سیاسی مثل آشوب و انقلاب‌ها و تحریم اقتصادی، با احراز شرایطی در این طبقه قابل بررسی است.

**پنجم: وضعیت خاص یکی طرفین قرارداد:** وضعیتی مثل بیماری عامل یا مضارب که باعث عجز وی از انجام عمل شود یا بیماری مستأجر در برخی موارد خاص یا حتی عذر شرعی بانوان که در مورد سوم مطرح گردید، در اینجا نیز قابل بررسی است. لذا هرچند در فقه، نظریه عامی در این خصوص ملاحظه نگردید، ولی با جمع آوری و طبقه‌بندی مصادیق پراکنده مذکور، تحت عنوان «اسباب خارجی» که حصری نبوده و خصوصیتی نیز ندارند، می‌توان گفت: این نظریه قدمتی به قدمت تاریخ فقهات داشته و طیف گسترده‌ای از اسبابی را که وقوع آن خارج از اراده طرفین قرارداد است، شامل می‌گردد.

در فقه صراحتاً اوصاف «اسباب خارجی» مورد بررسی قرار نگرفته است، لکن برخی نویسندگان حقوقی معتقدند: برای این که قوه قاهره یا فورس‌ماژور مؤثر تلقی گردد، باید غیر قابل دفع و غیر قابل پیش‌بینی و خارجی باشد (صفایی، ۱۳۶۴، ص ۱۱۸؛ کاتوزیان، ۱۳۹۴، ج ۴، ص ۱۸۲). با بررسی مصادیق فوق‌الذکر می‌توان گفت: وجه اشتراک تمام آن‌ها این است که حادثه یا مانع، نباید منتسب به اراده متعهد باشد، لذا شرط خارجی بودن حادثه یا مانع عملاً مفروض تلقی شده است. در خصوص غیر قابل پیش‌بینی بودن نیز هرچند در فقه صراحتاً از آن صحبتی به میان نیامده است، ولی اگر این اسباب خارجی، قابل پیش‌بینی باشد یا نمی‌توان طرفین را دارای اراده جازم جهت متعهد ساختن خود در ذیل یک قرارداد دانست، یا می‌توان گفت: متعهد با علم به موضوع، اجرای آن را علی‌رغم وقوع حدوث سبب خارجی تضمین نموده، و در صورت تخلف، مسئول خسارات وارده است. در خصوص غیر قابل اجتناب بودن اسباب خارجی نیز می‌توان گفت: در صورتی که بتوان از وقوع حادثه جلوگیری یا آن را دفع نمود و متعهد چنین ننماید، طبق قاعده اقدام (عمید زنجانی، ۱۳۹۳، ص ۹۴) علیه خود اقدام نموده است و با توجه به اصل لزوم (عمید زنجانی، ۱۳۹۳، ص ۱۹۰) ناچار از اجرای مفاد قرارداد یا جبران خسارت وارده است. لذا از لحاظ فقهی نیز غیر قابل اجتناب و غیر قابل پیش‌بینی و خارجی بودن اسباب مذکور می‌تواند به عنوان اوصاف اسباب خارجی، مورد تأیید قرار گیرد.

حال با توجه به نکات فوق نوبت به پاسخ این سؤال است که آیا شیوع بیماری‌ای پاندمیک مانند کووید-۱۹ می‌تواند از مصادیق اسباب خارجی باشد؟ در پاسخ باید گفت

برخی از شعب دادگاه‌ها، ماهیت پدیده فوق را بر اساس فورس ماژور یا قوه قاهره تحلیل نموده‌اند. به‌عنوان نمونه، شعبه ۱۳ دادگاه تجدیدنظر استان خراسان رضوی حسب دادنامه شماره ۱۴۰۰۲۵۳۹۰۰۰۲۳۴۶۶۵۱۵ مورخ ۱۴۰۰/۰۳/۰۶ چنین استدلال نموده است: «... به علت شیوع ویروس کرونا که نوعی قوه قاهره محسوب شده و خارج از اختیار طرفین بوده و مستأجر اختیار و اقتداری در دفع وضعیت پیش آمده نداشته و موضوع مشمول مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ قانون مدنی بوده است...» یا همین شعبه در دادنامه شماره ۱۴۰۰۲۵۳۹۰۰۰۷۰۳۸۸۶۶ مورخ ۱۴۰۰/۷/۱ استدلال نموده است: «... با عنایت به این که ویروس کرونا یک عامل خارجی و غیر قابل پیش‌بینی و غیر قابل رفع و اجتناب بوده که در فورس ماژور بودن و غیر قابل دفع و اجتناب بودن آن در این باب نباید تردید نمود...». برخی حقوق‌دانان نیز شیوع بیماری ساری در یک محل را از مصادیق فورس ماژور یا مانع عمومی تلقی نموده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۴، ج ۴، ص ۱۸۸؛ امامی، ۱۳۷۶، ج ۲، ص ۸۵). همچنین در بند «م» ماده ۲۸ قانون الحاق برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب ۱۳۹۳ که اشعار می‌دارد: «... حوادث غیرمترقبه از جمله سیل، زلزله، ... و بیماری‌های همه‌گیر انسانی و دامی و حیات وحش...»، قانون‌گذار نیز بیماری همه‌گیر انسانی که بیماری پاندمیک مصداق‌اعلای آن است را به‌عنوان حادثه غیرمترقبه مورد شناسایی قرار داده است. چنان‌که گفته شد، با کمی تسامح اصطلاح فورس ماژور، قوه قاهره و حادثه غیرمترقبه که در آرا و قانون فوق‌الذکر به آن اشاره شده، در یک معنا به کار رفته است.

گفتنی است گاهی دولت‌ها برای کنترل شیوع بیماری پاندمیک، با تصویب مقررات و مصوباتی، اقدام به محدود نمودن برخی فعالیت‌های اقتصادی و اجتماعی می‌نمایند. مصوبات مزبور ممکن است بر اجرای تعهدات قراردادی مؤثر باشد. در این راستا برخی معتقدند حتی اگر نفس کرونا از مصادیق فورس ماژور نباشد، شرایط ایجاد شده دولت‌ها از مصادیق فورس ماژور است (قنوتی، ۱۳۹۹، ص ۱۲؛ جواهری محمدی، ۱۳۹۹، ص ۳۶). برخی نیز به طور کلی، دستورهای قضایی و دولتی را از مصادیق حوادث خارجی یا فورس ماژور دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۴، ج ۴، ص ۱۹۰؛ شعبانی؛ حاجی محمدی، ۱۳۹۳، ص ۱۲۴). لذا در این فرض، هرچند اجرای تعهد عملاً ممکن است، ولی تمام قواعد مربوط به تعذر واقعی در

تعذر قانونی جاری است (امینی؛ باستانی نامقی، ۱۳۹۹، ص ۱۹۱). در رویه قضایی نیز شعبه ۱۳ تجدیدنظر استان خراسان رضوی در این خصوص حسب دادنامه شماره ۱۴۰۰/۷/۱ مورخ ۱۴۰۰/۲۵/۳۹۰۰۰۷۰۳۸۸۶۶ چنین استدلال نموده است: «تصمیمات حاکمیتی که از سوی ستاد ملی مبارزه با کرونا اتخاذ می‌شود در جهت پیشگیری از شدت آن می‌باشد و این امر خارج از یک عذر خاص که منتسب به فعل موجر و یا مستأجر است می‌باشد...».

از حیث فقهی نیز با توجه به نظریه ارائه شده در خصوص اسباب خارجی می‌توان گفت: شیوع بیماری پاندمیک به‌عنوان یک پدیده بهداشتی، باعث ایجاد ترس عمومی در ابتلا و احتمالاً فوت ناشی از آن می‌گردد، لذا منطبق با طبقه حوادث خاص اجتماعی است. همچنین اگر مصوبات دولت‌ها جهت کنترل و پیشگیری از این گونه بیماری‌ها مؤثر در اجرای قراردادها تلقی گردد، این گونه ممنوعیت‌ها نیز در ذیل موانع شرعی و قانونی، قابل بررسی است. لذا در هر دو فرض مذکور، شیوع بیماری پاندمیک با احراز شرایط مربوط، از حیث فقهی و حقوقی از اسباب خارجی تلقی می‌گردد. رویه برخی دادگاه‌ها به شرح پیش گفته نیز این استنباط را مورد تأیید قرار می‌دهد.

## ۲. تأثیر شیوع بیماری پاندمیک به‌عنوان مصداق از اسباب خارجی بر اجرای تعهدات قراردادی و بررسی علل آن

حدوث یک سبب خارجی مانند شیوع بیماری پاندمیک کرونا نمی‌تواند به صورت مطلق بر تمام قراردادها مؤثر باشد. بر فرض مؤثر بودن نیز نمی‌توان تأثیر آن را در تمام قراردادها یکسان دانست. بنابراین ابتدا اثر شیوع بیماری کووید-۱۹ بر قراردادها تبیین می‌شود و سپس علل تأثیر اسباب خارجی بر قراردادها بررسی خواهد گردید تا بتوان در مرحله بعد وضعیت حقوقی قرارداد متأثر از کرونا را مطالعه نمود.

### ۲.۱. میزان و نحوه تأثیر شیوع بیماری پاندمیک بر اجرای تعهدات قراردادی

تأثیر شیوع بیماری کرونا بسته به نوع و شرایط قرارداد متفاوت است، گاه ممکن است باعث غیر قابل اجرا شدن قرارداد گردد (تعذر) و گاهی هرچند اجرای تعهد امکان‌پذیر است، ولی اجرای آن به نحو تحمل‌ناپذیری دشوار می‌گردد (تعسر). در این راستا برخی

دادگاه‌ها شیوع بیماری کووید-۱۹ را تحت عنوان فورس ماژور و تغییر شرایط و اوضاع و احوال مورد بررسی قرار داده‌اند. برای مثال، در دادنامه ۹۹۰۹۹۷۷۵۷۵۶۰۱۴۶۲ مورخ ۱۳۹۹/۱۰/۱۸ شعبه ۶ دادگاه عمومی حقوقی مشهد آمده است: «با توجه به شرایط موجود و وضعیت فورس ماژور حاکم بر جامعه به جهت انتشار ویروس کرونا و افزایش گزاف و سنگین قیمت‌ها...». گاه بین شرایط و حالات مختلف تفکیک صورت پذیرفته است. به طور مثال، حسب نظریه شماره ۷/۹۹/۳۰۰ مورخ ۱۳۹۹/۶/۳ اداره کل حقوقی قوه قضائیه آمده است: «اولاً به نحو اطلاق نمی‌توان شیوع بیماری کرونا و اجرای طرح فاصله‌گذاری اجتماعی و آثار آن بر اجرای تعهدات قراردادی را مشمول عنوان و نهاد فورس ماژور دانست، به نحوی که بر حسب نوع و ماهیت قراردادها و شروط ضمن آن، وضعیت متفاوت است که احراز آن مستلزم رسیدگی قضایی است». این نظریه با کمی اغماض، همان تفکیک بین وجود یک سبب خارجی که در اینجا شیوع بیماری کروناست، با تأثیر آن بر قراردادها را نشان می‌دهد.

گفتنی است گاه وجود سبب خارجی باعث رونق برخی مشاغل و قراردادهای مرتبط با آن می‌گردد. به‌عنوان نمونه، در اثر شیوع بیماری کرونا بسیاری از مشاغل فعال در حوزه بهداشتی و قراردادهای مرتبط با آن از رونق خوبی برخوردار گردیدند. بنابراین بعد از احراز سبب خارجی، بسته به نوع و شرایط قرارداد، باید دید آیا سبب خارجی بر آن مؤثر بوده است یا خیر؟ برای مثال، شعبه ۱۸ دادگاه عمومی حقوقی مشهد حسب دادنامه شماره ۹۹۰۹۹۷۷۵۷۶۸۰۱۶۳۱ مورخ ۱۳۹۹/۱۲/۲۳ در خصوص دعوی فسخ قرارداد اجاره یک مغازه با این استدلال («...نظر به این که عقد اجاره پنج‌ساله بوده و شرایط سخت کرونایی مقطعی بوده و در حال حاضر اکثریت شهرهای کشور وضعیت روال عادی پیدا کرده است...») اقدام به رد دعوی فسخ اجاره نموده است. در جمع‌بندی این قسمت می‌توان گفت: بعد از احراز وجود سبب خارجی، مؤثر بودن یا نبودن آن بر قرارداد و همچنین میزان و نوع تأثیر آن را بسته به نوع و شرایط هر قرارداد، باید به صورت خاص بررسی کرد.

## ۲.۲. علل تأثیر اسباب خارجی بر اجرای تعهدات قراردادی

یکی از سؤالات این پژوهش این است که به چه علتی یک سبب خارجی بر اجرای

قرارداد مؤثر واقع می‌گردد؟ بررسی علل تأثیر اسباب خارجی که در برخی مصادیق جزئی بیان شده، کمک شایانی به استخراج ضابطه‌ای عام در این خصوص می‌نماید. در صورت استخراج چنین ضابطه‌ای، از آن می‌توان برای تشخیص مؤثر بودن شیوع بیماری پاندمیک بر اجرای تعهدات قراردادی و تبیین وضعیت حقوقی قرارداد متأثر از آن استفاده نمود.

فقه‌ها در ضمن بررسی تأثیر حدوث برخی اسباب خارجی، گاه علت تأثیر این اسباب را در ضمن مصادیق جزئی مطرح نموده‌اند. با کمی تسامح علل تأثیر اسباب خارجی، در کتب فقهی را می‌توان به شرح ذیل تقسیم و تحلیل نمود:

### ۲-۲-۱. منتفی شدن موضوع قرارداد

برخی از فقها علل تأثیر اسباب خارجی را بر مبنای از بین رفتن موضوع یا عدم تحقق یکی از عوضین یا عدم مالکیت توجیه نموده‌اند. در این راستا برخی فقها معتقدند: تعذر عمل در مزارعه باعث از بین رفتن یکی از عوضین است، همچنان‌که تعذر عمل در عقد اجاره اشخاص، مؤثر است (حکیم، ۱۴۱۶، ج ۱۳، ص ۸۴). در خصوص علت تأثیر عذر عام در عقد اجاره، برخی معتقدند: به علت عدم امکان استیفای از عین مستأجره، عذر عام به منزله تلف است (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۵۹۳؛ مرعشی نجفی، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۴۰). برخی دیگر معتقدند: عذر عام در اجاره، باعث عدم تحقق معاوضه به دلیل عدم وجود منفعت در مقابل عوض دیگر می‌شود (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۱۹، ص ۷۷ تا ۷۸). برخی دلیل تأثیر وقوع عذر عام را در قالب عدم مالکیت منفعت توجیه نموده‌اند (اصفهانی، ۱۴۰۹، ص ۲۶۸). برخی آن را شبیه موردی می‌دانند که منفعت از ابتدا قابلیت تحقق در خارج را نداشته و از آغاز در مالکیت موجر نبوده تا آن را به مستأجر تملیک کند (خویی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۸۸؛ خویی، بی‌تا، ص ۱۹۱ تا ۱۹۲). وجه مشترک تمام علل تأثیر اسباب خارجی یادشده، بر مبنای از بین رفتن موضوع یا عدم تحقق یکی از عوضین یا عدم مالکیت توجیه شده است که به جهت اختصار و با کمی تسامح از آن، تحت عنوان «منتفی شدن موضوع قرارداد» یاد خواهد شد.

### ۲-۲-۲. از بین رفتن امکان استفاده مطلوب از موضوع قرارداد

برخی فقها علل تأثیر اسباب خارجی را بر اساس عدم قابلیت یا عدم امکان استفاده از

موضوع قرارداد یا عدم مرغوبیت آن توجیه نموده‌اند. در این راستا برخی معتقدند: در عقد مزارعه، در صورت به وجود آمدن مانعی مانند قطع آب یا آب‌گرفتگی زمین، علت مؤثر بودن آن بر سرنوشت قرارداد، عدم قابلیت زمین برای زرع مورد نظر است (جزیری؛ غروی؛ مازح، ۱۴۱۹، ج ۳، ص ۳۱؛ سیستانی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۱۰۸؛ سیزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۰، ص ۹۱). برخی علت را عدم امکان بهره‌مندی از زمین مورد مزارعه عنوان نموده‌اند (بصری بحرانی، ۱۴۱۳، ج ۵، ص ۲۶۵). برخی در عقد اجاره، علت مؤثر بودن اسباب خارجی را عدم مرغوبیت منفعت جهت تملیک آن عنوان نموده و به‌عنوان مثال گفته‌اند: در صورت مسدود شدن راه بین دو شهر، چون حیوان چهارپا قادر به عبور از آن نیست، لذا منفعت آن را نمی‌توان به اجاره داد (طباطبایی قمی، ۱۴۲۳، ص ۷۹). در اینجا نیز علل مربوط به تأثیر اسباب خارجی بر اجرای تعهدات قراردادی، بر مبنای عدم قابلیت یا عدم مرغوبیت یا عدم امکان استفاده از موضوع قرارداد است که به جهت اختصار تحت عنوان «از بین رفتن امکان استفاده مطلوب از موضوع قرارداد» یاد خواهد شد. تفاوت بین علل مبتنی بر «منتفی شدن موضوع قرارداد» با علل مبتنی بر «از بین رفتن امکان استفاده مطلوب از موضوع قرارداد»، در این است که طرف‌داران گروه اخیر، قائل به منتفی شدن موضوع نیستند، بلکه معتقدند سبب خارجی صرفاً امکان استفاده مطلوب از موضوع قرارداد را از بین می‌برد.

در رویه قضایی نیز بررسی علل تأثیر برخی از اسباب خارجی، برای حل اختلاف دعوی مربوط به شیوع بیماری پاندمیک قابل مشاهده است. به طور مثال، شعبه ۱۳ دادگاه عمومی حقوقی مشهد حسب دادنامه شماره ۱۴۰۰۲۵۳۲۰۰۰۲۳۲۹۶۰۶ مورخ ۱۴۰۰/۳/۵ در خصوص احراز انفساخ قرارداد اجاره یک مهمان‌پذیر در اطراف حرم امام رضا(ع) به علت شیوع کرونا چنین استدلال نموده است. («...رابعاً: با توجه به این‌که اجاره عقدی است که به موجب آن مستأجر مالک منافع عین می‌شود و از حقوقی عینی محسوب می‌شود و مستأجر باید بتواند از عین مستأجره استفاده مطلوبه را بنماید و مستفاد از متون فقهی و نیز مواد ۴۷۸ و ۴۷۹ و ۴۸۰ و ۴۸۱ از قانون مدنی آنچه موجب و علت فسخ یا انفساخ و یا بطلان عقد اجاره عنوان شده عبارت است از نقصان منفعت یا صعوبت در انتفاع و یا عدم استیفا و استفاده از منفعت از عین مستأجره، بنابر این علت حکم به فسخ یا بطلان و انفساخ تصریح شده و درباره احکام مذکور نص داریم که علت

حکم از آن نص استفاده می‌شود، لذا با توجه به مطالب مشروح، اگر علت حکم مصرح و منصوص باشد، در این صورت، در موردی که حکمش مسکوت است می‌توان از اتحاد طریق یا وحدت ملاک اصطلاحی آن حکم استفاده نمود و همان علت را در مورد مسکوت‌عنه جاری کرد و این یک نوع قیاس منصوص‌العله محسوب و نزد قاطبه فقها عظام حجیت دارد...» یا شعبه ۱۳ تجدیدنظر استان خراسان رضوی حسب دادنامه شماره ۱۴۰۰۲۵۳۹۰۰۰۷۰۳۸۸۶۶ مورخ ۱۴۰۰/۷/۱ چنین استدلال نموده است: «... از طرفی جمعی از فقهای عظام عذری را عام می‌دانند که آن عذر سبب شود عین مستأجره از قابلیت استیفای منافع خارج شود و قاعده عسر و حرج و قاعده لاضرر دلیل بر این منظور است که مستأجر استفاده مطلوب و کمال انتفاع از عین مستأجره را ببرد... لذا به لحاظ ادامه وجود این ویروس باید آن را برای مستأجر در عدم کسب منفعت مقصود از عقد اجاره دانست...». استدلال‌های مذکور، کوششی قابل تحسین در جهت استفاده از قابلیت‌های فقهی - حقوقی موجود و بررسی علل تأثیر اسباب خارجی، برای تعیین تکلیف وضعیت قراردادهای متأثر از شیوع بیماری پاندمیک است.

حال در مقام استخراج ضابطه‌ای عام در خصوص علت تأثیر اسباب خارجی بر اجرای تعهدات قراردادی می‌توان گفت: اگر اسباب خارجی منتهی به «منتفی شدن موضوع قرارداد» یا «از بین رفتن امکان استفاده مطلوب از موضوع قرارداد» گردد، می‌توان آن سبب خارجی را مؤثر بر اجرای تعهدات قراردادی دانست. در پاسخ به پرسش مرتبط با موضوع پژوهش مبنی بر این که آیا شیوع بیماری پاندمیک می‌تواند مشمول نظریه و ضابطه استخراجی فوق گردد؟ می‌توان گفت: با توجه به این که شیوع بیماری پاندمیک به‌عنوان یک سبب خارجی پذیرفته شد و از آنجا که در برخی قراردادهای متأثر از بیماری پاندمیک این علل (منتفی شدن موضوع قرارداد یا از بین رفتن امکان استفاده مطلوب از موضوع قرارداد) قابل مشاهده است، لذا می‌توان آن را به‌عنوان یک سبب خارجی مؤثر بر اجرای قرارداد تلقی نمود.

باید توجه داشت که تأثیر علت خارجی، امری خلاف اصل بوده و باید به اثبات برسد. بنابراین صرف تأثیر جزئی که عرفاً قابل اغماض باشد، نمی‌تواند مستندی برای توسل به آن و رهایی از اجرای تعهدات قراردادی باشد. در این راستا شعبه ۱۳ دادگاه



عمومی حقوقی مشهد در مقام تجدیدنظر نسبت به رأی شورای حل اختلاف مبنی بر صدور حکم بر فسخ قرارداد اجاره به علت شیوع بیماری کرونا، حسب دادنامه شماره ۹۹۰۹۹۷۷۵۸۰۵۰۰۳۰۱ مورخ ۱۳۹۹/۹/۱۰ چنین استدلال نموده است: «با عنایت به این که شغل مستأجر، فروشندگی شال و روسری (پوشاک و البسه) می باشد و ممانعتی از فعالیت کسبی وی ایجاد نشده و قابلیت عین مستأجره برای استیفاء منفعت از بین نرفته، فقط شرایط خاص مانع بهره‌وری کامل و کمال انتفاع از عین مستأجره شده و چنین امری مجوزی برای فسخ یا بطلان قرارداد اجاره از سوی مستأجر نیست، لذا دادگاه مستنداً به مواد ۲ و ۳۵۸ قانون آیین دادرسی در امور مدنی دادنامه معترض عنه را نقض و قرار رد دعوا صادر و اعلام می‌دارد».

### ۳. وضعیت حقوقی ناشی از تأثیر شیوع بیماری پاندمیک بر قرارداد

در خصوص قراردادهای متأثر از شیوع کرونا، وضعیت‌های حقوقی گوناگونی از جمله بطلان، انفساخ، فسخ و... قابل طرح و بررسی است که بعضاً در رویه قضایی نیز مشاهده می‌شود. در ادامه، به تحلیل وضعیت‌های مزبور با تکیه بر موارد مشابه در فقه و نیز آرای دادگاه‌ها پرداخته خواهد شد.

#### ۳-۱. بطلان

بطلان یکی از ضمانت‌اجراهایی است که در خصوص برخی قراردادهای متأثر از اسباب خارجی مطرح می‌گردد. در همین راستا تعبیر بطلان در مورد تأثیر معاذیر عام و موارد مشابه در متون فقهی دیده می‌شود. به‌عنوان نمونه، در عقد مزارعه، در صورت بروز عذر عام، اکثر فقیهان آن را کاشف از بطلان مزارعه دانسته‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۷۱۴ تا ۷۱۵؛ روحانی قمی، ۱۴۱۲، ج ۱۹، ص ۱۹۵؛ مرعشی نجفی، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۹۴؛ جزیری؛ غروی؛ مازح، ۱۴۱۹، ج ۳، ص ۳۱؛ سیستانی، ۱۴۲۲، ص ۳۴۰؛ سیستانی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۱۴۹؛ بصری بحرانی، ۱۴۱۳، ج ۵، ص ۲۶۵؛ اشتهاردی، ۱۴۱۷، ج ۲۸، ص ۲۴۷؛ حکیم، ۱۴۱۶، ج ۱۳، ص ۸۴). در عقد مساقات نیز به وجود آمدن مانع عام موجب بطلان است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹، ج ۵، ص ۳۵۸؛ سیستانی، ۱۴۲۲، ص ۳۴۶؛ حکیم، ۱۴۱۶، ج ۱۳، ص ۱۷۱؛ مرعشی نجفی، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۱۰۳). در عقد مضاربه برخی معتقدند: اگر عامل در اثناء مدت به علت بیماری عاجز گردد، ظاهر در بطلان

مضاربه است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۶، ص ۳۶۰؛ بحر العلوم، ۱۴۰۳، ج ۱، ص ۹۶؛ سیفی مازندرانی، ۱۴۲۷، ص ۴۰؛ بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۵، ص ۲۷۳؛ خمینی، بی تا، ج ۱، ص ۶۰۸). در عقد اجاره نیز برخی ضمن تفکیک بین عذر عام و خاص معتقدند: معاذیر عام باعث بطلان عقد اجاره است (خمینی، بی تا، ج ۱، ص ۵۷۷؛ اصفهانی، ۱۳۹۳، ج ۲، ص ۹۹؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۵۹۴؛ اصفهانی، ۱۴۰۹، ص ۲۶۸؛ خویی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۸۸؛ خویی، بی تا، ص ۱۹۱ تا ۱۹۲؛ طباطبایی قمی، ۱۴۲۳، ص ۷۹؛ بصری بحرانی، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۲۸۵؛ مرعشی نجفی، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۴۰؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۱۹، ص ۷۷ تا ۷۸؛ مغنیه، ۱۴۲۱، ج ۴، ص ۲۶۹). در عذر خاص نیز به اعتقاد برخی، اگر شرط مباشرت در استفاده از عین مستأجره به صورت قید عقد باشد، عقد اجاره باطل است (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۵۹۴؛ اصفهانی، ۱۴۰۹، ص ۲۶۸؛ خویی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۸۸؛ خویی، بی تا، ص ۱۹۱ تا ۱۹۲؛ مرعشی نجفی، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۴۰). به تعبیر برخی نیز در صورتی که قید مباشرت به نحو وحدت مطلوب باشد، عقد باطل است (حکیم، ۱۴۱۶، ج ۱۲، ص ۵۸؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۱۹، ص ۷۷؛ بصری بحرانی، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۲۸۵ تا ۲۸۶). در مقام تحلیل وضعیت یادشده، به نظر می‌رسد اصطلاح «بطلان» در معنای عام خود به کار رفته است، زیرا بطلان نزد فقها شامل انفساخ و بطلان ابتدایی است (نک: محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۱۴۰؛ قبولی درافشان؛ محسنی، ۱۳۹۱، ص ۳۸). در همین راستا نیز برخی نویسندگان منظور از بطلان در عقد مزارعه را همان انفساخ دانسته‌اند (زنگنه شهرکی؛ حسین پور، ۱۴۰۰، ص ۱۷۸)، زیرا اگر منظور بطلان ابتدایی باشد، به طور مثال، باید دید عامل در مزارعه و مساقات نیز ید ضمانی تلقی گردد، درحالی که برخی در وضعیت فوق، نه تنها عامل را ضامن ندانسته‌اند، بلکه با استناد به اصل احترام عمل مسلمان که با اذن انجام شده است، وی را مستحق اجرت‌المثل عمل انجام شده می‌دانند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۷، ص ۷۶). برخی نویسندگان ضمن قبول نظریه انفساخ معتقدند: صحت عقد قبل از حدوث مانع عمومی، صوری نبوده و صحت آن واقعی است و چون موجب انفساخ بعداً حادث شده و امر متأخر نمی‌تواند در امر مقدم تأثیر نماید، لذا قابلیت تبدیل عقد صحیح به باطل را ندارد (امامی، ۱۳۷۶، ج ۲، ص ۸۵). لذا در اینجا باید قائل به معنای عام اصطلاح «بطلان» بود و آن را حمل بر انفساخ نمود.

در رویه قضایی شعبه ۳۹ دادگاه عمومی حقوقی مشهد حسب دادنامه شماره

۹۹۰۹۹۷۷۵۷۸۹۰۰۸۷۶ مورخ ۱۳۹۹/۷/۲۷ در خصوص دعوی احراز ابطال قرارداد اجاره یک هتل آپارتمان که در تاریخ ۱۳۹۸/۱۱/۱ به مدت یک سال منعقد گردیده بوده است و موعد تحویل آن ۱۰ روز بعد بوده، چنین رأی صادر نموده است: «... در زمان قرارداد و تحویل آپارتمان، کرونا شیوع داشته است و در حقیقت، [برای] خواهان‌ها از ابتدا [تحویل] به ایشان امکان انتفاع وجود نداشته است، لذا خواسته را وارد دانسته و با استناد به مواد ... و ۴۶۶ و ملاک ماده ۴۸۱ از قانون مدنی حکم به احراز بطلان اجاره نامه شماره ۰۹۲۶۲۹۱ مربوط به هتل آپارتمان م. ا صادر می‌نماید». چنان‌که گفته شد: بین حدوث یک سبب خارجی و مؤثر بودن آن باید قائل به تفکیک شد. در رأی فعلی هرچند در تاریخ انعقاد قرارداد، بیماری کرونا در برخی کشورهای دیگر آغاز شده بود، اما تاریخ اعلام رسمی مشاهده اولین مبتلایان در ایران، مربوط به یک ماه بعد، یعنی ۳۰ بهمن ۱۳۹۸ بوده است (خبرگزاری جمهوری اسلامی، ۱۴۰۳). و تا آن زمان و حتی مدتی بعد از آن، تمام فعالیت‌های اجتماعی و اقتصادی و خدماتی، طبق روال عادی در حال انجام بوده و با اعمال تدریجی برخی از محدودیت‌های حاکمیتی، بعضی فعالیت‌های خدماتی از جمله خدمات گردشگری تحت تأثیر آن قرار گرفت. لذا علی‌رغم شیوع بیماری کووید-۱۹ در اثنای مدت قرارداد اجاره، از آنجاکه علت مذکور از ابتدای انعقاد قرارداد بر اجرای آن مؤثر نبوده است، استدلال دادگاه مبنی بر بطلان اجاره از تاریخ انعقاد آن، مخلدوش بوده و دادگاه می‌بایست از تاریخی که شیوع این بیماری باعث عدم امکان فعالیت هتل موضوع اجاره گردیده است، حکم بر انفساخ یا بطلان قرارداد نسبت به آینده صادر می‌نمود.

در مقام جمع‌بندی این قسمت می‌توان گفت: در صورت مؤثر بودن شیوع بیماری پاندمیک بر قرارداد، دلیلی بر بطلان قرارداد از ابتدا وجود ندارد، لذا ضمانت اجرای بطلان از حیث فقهی و حقوقی نمی‌تواند ضمانت اجرای صحیحی باشد، مگر این‌که در عقود مستمر مثل اجاره، قائل به تجزیه عقد بوده و بطلان را ناظر به زمان بعد از حدوث سبب خارجی دانسته و قبل از آن، عقد صحیح تلقی شود که در این فرض نیز از حیث اثر، هیچ تفاوتی بین بطلان با انفساخ وجود ندارد.

### ۲.۳. انفساخ

صرف نظر از مواردی که فقها ضمانت اجرای حاکم بر حدوث سبب خارجی را بطلان اعلام نموده و گفته شده است منظور از «بطلان» همان «انفساخ» است، برخی از فقها صراحتاً حدوث عذر عام را باعث انفساخ عقد مزارعه دانسته (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۷۲۶؛ خمینی، بی تا، ج ۱، ص ۶۳۷؛ گلپایگانی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۵۳) و برخی همین حکم را در عقد مساقات جاری شمرده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۷، ص ۷). کمالین که به اعتقاد برخی، عقد مضاربه از حین حدوث عجز، منفسخ می‌گردد (وحید خراسانی، ۱۴۲۸، ج ۳، ص ۱۴۶؛ طاهری، ۱۴۱۸، ج ۴، ص ۲۷۸). برخی نویسندگان حقوقی نیز اثر وضعی قوه قاهره پس از انعقاد قرارداد را انفساخ قرارداد دانسته‌اند (حاتمی؛ رودیجانی، ۱۳۸۷، ص ۷۰ تا ۷۱).

در رویه قضایی نیز شعبه ۱۳ دادگاه عمومی حقوقی مشهد، حسب دادنامه شماره ۱۴۰۰۲۵۳۲۰۰۰۲۳۲۹۶۰۶ مورخ ۱۴۰۰/۳/۵ در خصوص دعوی احراز انفساخ قرارداد اجاره یک مهمان‌پذیر، به علت شیوع کرونا، با استناد به برخی قواعد و متون فقهی و مواد قانون مدنی چنین رأی صادر نموده است: «...دادگاه خواسته خواهان را موجه و وارد تشخیص و مستند به مواد فوق‌الذکر و ماده ۱۹۸ از قانون آئین دادرسی حکم به اثبات انفساخ عقد اجاره موضوع قرارداد مورخ ۹۸/۹/۲۴ از تاریخ ۹۹/۱۲/۱ اعلام می‌دارد...». نکته قابل تأمل، صدور حکم بر اثبات انفساخ قرارداد از تاریخ ۱۳۹۹/۱۲/۱ است، زیرا دادگاه در این خصوص استدلال خاصی ننموده و علت انتخاب چنین تاریخی را مشخص نکرده است. به احتمال قوی، در ذکر تاریخ، سهو قلم رخ داده است و منظور ۱۳۹۸/۱۲/۱ یعنی روز بعد از تأیید رسمی مشاهده اولین مورد ابتلا به کرونا در ایران بوده است. در این خصوص نیز گفته شد: صرف شیوع یک بیماری نمی‌تواند دلیلی بر مؤثر بودن آن بر اجرای تعهدات قراردادی باشد، بلکه زمانی این سبب خارجی، مؤثر تلقی می‌گردد که مانع انتفاع از عین مستأجره گردد. لذا در این خصوص استدلال دادگاه مخدوش است و شایسته بود دادگاه با استعلام از مراجع ذی‌ربط، مثل اتحادیه مربوطه، تاریخی که عملاً شیوع بیماری باعث عدم امکان جذب مسافر توسط مهمان‌پذیر بوده را به‌عنوان تاریخ انفساخ قرارداد اعلام می‌نمود. در این صورت رأی صادره با مبانی فقهی و قانونی سازگارتر به نظر می‌رسید.

چنان که گفته شد، با استناد به اصل صحت قراردادهای، دلیل بر بی اعتباری قرارداد قبل از حدوث مانع و سبب خارجی وجود ندارد و پس از آن می تواند به عنوان یک عذر موجه تلقی و باعث انحلال قرارداد گردد. به نظر می رسد طرف داران این ضمانت اجرا، با استناد به «منتفی شدن موضوع قرارداد» یا «عدم امکان استفاده مطلوب از موضوع قرارداد» حکم بر انحلال قهری قرارداد در قالب «انفساخ» داده اند.

ضمانت اجرای انفساخ دارای این مزیت است که اراده طرفین در تحقق آن نقشی ندارد و احراز آن به صرف اثبات شیوع بیماری پاندمیک (سبب خارجی) و مؤثر بودن آن بر اجرای تعهدات قراردادی، ممکن خواهد بود. اما در مقابل، دارای این ایراد است که در برخی قراردادهای، هر چند ممکن است در بازه زمانی شیوع بیماری پاندمیک تا کنترل آن، امکان استفاده از موضوع قرارداد وجود نداشته باشد، اما پس از آن، امکان استفاده از آن وجود دارد و ادامه حیات قرارداد در طولانی مدت می تواند همچنان به نفع متضرر از شیوع بیماری کرونا باشد و انفساخ قرارداد، باعث تضرر بیشتر وی گردد. البته در اینجا نیز باید نوع و شرایط قرارداد مورد توجه قرار گیرد، به خصوص در قراردادهای کوتاه مدت که احتمال کنترل بیماری در آن بازه زمانی وجود ندارد یا قراردادهایی که از حیث دخالت عنصر زمان در اجرای آن، رابطه وحدت مطلوب برقرار است، ضمانت اجرای «انفساخ» قابل توجیه است. نظریه شماره ۷/۹۹/۳۰۰ - ۱۳۹۹/۶/۳ اداره کل حقوقی قوه قضائیه در خصوص تأثیر کرونا بر قراردادهای نیز مؤید استدلال اخیر است. بر اساس نظریه یادشده: «... در قراردادهای کوتاه مدت از نوع وحدت مطلوب، به سبب بروز این شرایط، قرارداد منعقد منحل می شود».

### ۳.۳.۲ فسخ

یکی دیگر از ضمانت اجرای قابل طرح در خصوص قراردادهای متأثر از یک عامل خارجی، ایجاد حق فسخ است. در این خصوص بعضی از فقها در صورت تعذر تسلیم مبیع در بیع سلم در موعد مقرر، خریدار را مخیر بین فسخ یا صبر تا زمان حصول و امکان تحویل مبیع دانسته اند (عاملی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۴۲۳؛ حلی «ب»، ۱۴۱۳، ج ۵، ص ۱۴۶؛ حلی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۱۳۵؛ حلی، ۱۴۰۴، ج ۲، ص ۱۴۷؛ خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۳، ص ۳۲۳؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۳، ج ۳،

ص ۱۳۶؛ نجفی، ۱۴۲۲، ص ۲۹۴؛ حلی، ۱۴۰۷، ج ۲، ص ۴۷۷؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸، ج ۹، ص ۱۳۹؛ آبی فاضل، ۱۴۱۷، ج ۱، ص ۵۲۷؛ روحانی قمی، ۱۴۱۲، ج ۱۸، ص ۲۸۳. در اینجا تعدر ممکن است ناشی از یک سبب خارجی بوده و مشمول حکم فوق گردد. برخی فقها در صورت حدوث یک عذر عام در مدت مزارعه، قائل به حق فسخ برای عامل هستند (حلی، ۱۴۱۳ الف، ج ۲، ص ۳۱۲؛ حلی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۱۲۰) و برخی وجود ترس مستأجر در استفاده از عین مستأجره را در شرایطی، باعث ایجاد حق فسخ برای وی دانسته‌اند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۷، ص ۳۱۲). طبق نظر این دسته از فقها، ایجاد حق فسخ، جهت امکان رفع ضرر در قراردادهای متأثر از یک سبب خارجی است.

در رویه قضایی نیز ایجاد حق فسخ در خصوص قراردادهای متأثر از شیوع بیماری کرونا طرف‌دارانی دارد. به‌عنوان نمونه، شعبه ۴۱ دادگاه حقوقی مشهد حسب دادنامه شماره ۹۹۰۹۹۷۷۵۷۹۱۰۱۲۹۸ مورخ ۱۳۹۹/۹/۲۷ در خصوص دعوی فسخ قرارداد اجاره یک واحد اقامتی - مسافرتی به علت شیوع بیماری کرونا، ضمن بیان اثر شیوع این بیماری بر قراردادها و این‌که مستند قانونی خاصی در این خصوص وجود ندارد و برخی مواد قانون مدنی نیز قابل اعمال نیستند نهایتاً این چنین استدلال نموده است: «... بنابراین صرفاً می‌توان به دو ماده ۴۷۹ و ۴۸۰ استناد نمود که آن‌هم مستوجب حق خیار فسخ خواهد بود... در پرونده حاضر خواهان‌ها در تاریخ ۱۳۹۹/۵/۲۷ مراتب فسخ را به خواندگان اعلام داشته‌اند. لذا دادگاه ضمن پذیرش ادعای خواهان‌ها مستنداً به مواد مذکور و مواد ۲ و ۱۹۸ و ۵۱۵ از قانون آیین دادرسی مدنی حکم به تأیید و احراز فسخ قرارداد مذکور از تاریخ ۱۳۹۹/۵/۲۷ تا پایان قرارداد را صادر و اعلام می‌دارد...». شعبه ۳۰ دادگاه تجدیدنظر استان خراسان رضوی در مقام تجدیدنظر از رأی فوق، حسب دادنامه شماره ۲۲-۱۴۰۳/۳/۱۴۰۲۵۳۹۰۰۲۸۶۱۳۴۸-۲۲ چنین استدلال نموده است: «استدلال و استنباط دادگاه محترم بدوی را با توجه به وضعیت خاص به‌وجودآمده، بالاخص برای بعضی از مشاغل در ایام کرونایی صحیح تشخیص داده... رأی تجدیدنظرخواسته تأیید می‌گردد». در پرونده‌ای دیگر، شعبه ۱۸ دادگاه عمومی حقوقی مشهد حسب دادنامه شماره ۱۳۹۹/۱۲/۲۳-۹۹۰۹۹۷۷۵۷۶۸۰۱۶۳۱ در خصوص دعوی فسخ اجاره یک باب مغازه فروش فست‌فود، به علت شیوع کرونا، با این استدلال که صرف محدودیت موقتی مربوط

به شغل مذکور نمی‌تواند مستمسکی برای فسخ قرارداد باشد، حکم به رد دعوی فسخ مذکور صادر نمود، ولی شعبه ۱۳ تجدیدنظر استان خراسان رضوی حسب دادنامه شماره ۱۴۰۰/۷/۱ - ۱۴۰۰۲۵۳۹۰۰۰۷۰۳۸۸۶۶ در مقام نقض دادنامه فوق، پس از ذکر شرایط به وجود آمده در اثر شیوع بیماری کرونا و بررسی مباحث مربوط به عذر عام در فقه، نهایتاً چنین استدلال نموده است: «... لذا به لحاظ ادامه وجود این ویروس، باید آن را برای مستأجر، [باعث] عدم کسب منفعت مقصود از عقد اجاره دانست و عذر عام یادشده، ایجاد حق برای مستأجر می‌نماید که ادامه رابطه استیجاری را فسخ نماید، در نتیجه عذر تجدیدنظرخواه را با ادامه وجود ویروس یادشده یک عذر عام دانسته... ضمن قبول تجدیدنظرخواهی و نقض دادنامه تجدیدنظرخواسته حکم به فسخ ادامه رابطه استیجاری از تاریخ ۱۳۹۹/۹/۹ صادر و اعلام می‌گردد».

ایجاد حق فسخ در خصوص قراردادهای متأثر از بیماری پاندمیک نسبت به ضمانت اجرای انفساخ، دارای این امتیاز است که اعمال آن در اختیار ذی‌نفع بوده و نامبرده بر اساس منافع خود، اقدام به اعمال چنین حقی یا ادامه قرارداد می‌نماید. در قراردادهایی که از حیث نقش عنصر زمان در اجرای آن، دارای تعدد مطلوب است، مانند تعهد پیمانکار به احداث یک ساختمان ظرف یک سال که در صورت تأخیر در اجرای تعهد، اجرای آن همچنان دارای مطلوبیت است (شهیدی، ۱۳۹۱، ص ۵۸)، در صورتی که ادامه حیات قرارداد به علت وقوع یک سبب خارجی، به ضرر متعهدله باشد، ضمانت اجرای «فسخ»، قابل توجیه است. همچنین در صورتی که دشواری اجرا چه به صورت دشواری فیزیکی مانند کمبود نیروی کار برای انجام تعهد یا کمبود مواد اولیه برای ساخت و تحویل موضوع قرارداد و چه دشواری ناشی از افزایش چندین برابری هزینه‌های اجرای تعهد باشد، شاید با احراز شرایطی بتوان از این ضمانت اجرا برای انحلال قرارداد استفاده نمود.

### ۴.۳. سایر وضعیت‌های حقوقی

در خصوص تأثیر بیماری پاندمیک کرونا در حقوق قراردادهای، وضعیت‌ها و احکام دیگری (غیر از فسخ و انفساخ) نیز قابلیت طرح دارند. به‌عنوان نمونه، یکی دیگر از ضمانت‌اجراهای حدوث یک سبب خارجی، تعلیق اجرای تعهد است. در قانون مدنی

مقرره‌ای خاص در این زمینه وجود ندارد، ولی در برخی قوانین خاص مانند قانون کار (مواد ۱۶ تا ۲۰) یا قانون حمایت از مصرف‌کنندگان خودرو مصوب ۱۳۸۶ (ماده ۱۶)، به بحث تعلیق اجرای تعهد اشاره شده است. در تعریف آن گفته شده است: «تعلیق اجرای تعهد، ضمانت اجرایی است که با احراز شرایطی، در صورت حادث شدن یک مانع خارجی، اجرای قرارداد را تا زمان رفع مانع، موقتاً متوقف می‌گرداند و پس از آن، قرارداد با تمام آثار به حیات خود ادامه می‌دهد» (تهامی؛ قبولی درافشان؛ محسنی؛ انصاری، ۱۴۰۱، ص ۲۶). برخی معتقدند: اگر فورس‌ماژور موقتی باشد، ممکن است باعث تعلیق اجرای قرارداد تا رفع مانع گردد (صفایی، ۱۳۶۴، ص ۱۳۰؛ کاتوزیان، ۱۳۹۴، ج ۴، ص ۱۷۹؛ شعبانی، ۱۳۸۹، ص ۱۰۵ تا ۱۰۶؛ بادینی؛ صمدی، ۱۳۹۶، ص ۳۴؛ جواهری محمدی، ۱۳۹۹، ص ۳۷). گفته شد: در قانون مدنی مقرره‌ای خاص وجود ندارد و در فقه نیز به این موضوع اشاره نشده است، ولی از آنجا که در صورت تعذر تسلیم مبیع در بیع سلم، خریدار مخیر بین حق فسخ و صبر تا امکان حصول و تحویل مبیع است (عاملی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۴۲۳؛ حلی «ب»، ۱۴۱۳، ج ۵، ص ۱۴۶؛ حلی، ۱۴۰۴، ج ۲، ص ۱۴۷؛ حلی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۱۳۵؛ خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۳، ص ۳۲۳؛ کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۳، ج ۳، ص ۱۳۶؛ حلی، ۱۴۰۷، ج ۲، ص ۴۷۷؛ نجفی، ۱۴۲۲، ص ۲۹۴؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸، ج ۹، ص ۱۳۹؛ آبی‌فاضل، ۱۴۱۷، ج ۱، ص ۵۲۷؛ روحانی قمی، ۱۴۱۲، ج ۱۸، ص ۲۸۳)، شاید با کمی تسامح بتوان این حق صبر را تا حدودی همانند تعلیق اجرای تعهد دانست که در عرض حق فسخ به وجود آمده و امکان استناد به هر یک برای ذی‌نفع وجود دارد. البته «حق صبر» را نباید به منزله اعطای مهلت دانست، چون اگر به منزله اعطای مهلت باشد، باید قائل به سقوط حق فسخ نیز بود، درحالی که ذی‌نفع هر زمان می‌تواند از «حق صبر» منصرف شده و از حق فسخ خویش استفاده نماید. شاید همین موضوع تا حدودی تفاوت بین حق صبر و تعلیق اجرای تعهد نیز باشد، زیرا «تعلیق اجرای تعهد» منوط به اراده طرفین نیست، درحالی که حق صبر منوط به اراده خریدار بوده و هر زمان می‌تواند از آن منصرف گردد. در رویه قضایی برخی دادگاه‌ها به علت عدم وجود مقرره قانونی، این ضمانت اجرا را قابل اعمال ندانسته‌اند. برای مثال، در دادنامه شماره ۹۹۰۹۹۷۷۵۷۹۱۰۱۲۹۸ - ۹۹۰۹۹۷۷۵۷۹۱۰۱۲۹۸/۲۷ - ۱۳۹۹.

۱. «چنانچه انجام تعهدات عرضه‌کننده به دلیل حوادث غیرمترقبه (غیر قابل پیش‌بینی و غیر قابل رفع) ناممکن باشد، این تعهدات به حالت تعلیق درمی‌آید. مدت تعلیق به دوره ضمانت افزوده می‌شود».



شعبه ۴۱ دادگاه عمومی حقوقی مشهد در خصوص وضعیت قراردادهای متأثر از شیوع بیماری کرونا آمده است: «...هرچند در علم حقوق، راهکارهایی پیش‌بینی شده است، ولی در قانون به آن اشاره نشده است، مانند تعلیق قرارداد برای بخشی از مدت اجاره و نهایتاً تمدید قرارداد به مدت تعلیق شده...». همچنان که ملاحظه می‌گردد، هرچند از لحاظ تئوری و نیز وجود برخی مقررات پراکنده، امکان استناد به نهاد «تعلیق اجرای تعهد» وجود دارد، ولی در رویه قضایی رغبت چندانی برای استناد به آن دیده نمی‌شود.

در پایان، گفتنی است که وضعیت شیوع کرونا موجب شده است ستاد ملی مبارزه با کرونا احکامی برای حمایت از مستأجرین وضع نماید که به تمدید قرارداد اجاره یا کنترل شرایط آن مربوط می‌شود. به‌عنوان نمونه، ستاد مزبور حسب مصوبه شماره ۲۶ مورخ ۱۳۹۹/۴/۸ خود، اقدام به تمدید قراردادهای اجاره اماکن مسکونی تا ۳ ماه پس از رفع حالت اضطرار با نهایتاً ۲۵ درصد افزایش اجاره‌بها نمود (بند ۹ مصوبات مورخ ۱۳۹۹/۴/۸ ستاد ملی مقابله با کرونا). این مصوبه در عمل، مورد پذیرش مراجع قضایی نیز قرار گرفته است. برای مثال، شعبه ۱۰ دادگاه عمومی حقوقی تهران، حسب دادنامه شماره ۱۴۰۱/۱/۱۶ - ۱۴۰۱۶۸۳۹۰۰۰۱۶۴۶۳۲ در خصوص دعوی مطالبه وجه التزام به علت عدم تخلیه عین مستأجره در انقضای مدت، با این استدلال که «...برابر مصوبه ستاد ملی کرونا قراردادهای اجاره اماکن مسکونی با افزایش ۲۵ درصدی اجاره‌بها خودبه‌خود تمدید می‌شود...» حکم به رد دعوی صادر نمود. یا شعبه ۱۶۶ شورای حل اختلاف مشهد، حسب دادنامه شماره ۹۹۰۹۹۷۷۵۰۳۹۰۰۹۳۲ - ۱۳۹۹/۹/۱۸ در موردی مشابه یعنی مطالبه وجه التزام به علت عدم تخلیه در موعد، مقرر داشته است: «... نهایتاً خواهان مطابق بخشنامه ستاد ملی کرونا می‌تواند دادخواست اجاره‌بها با ۲۰ درصد افزایش را بنماید... رأی بر بی‌حقی خواهان صادر و اعلام می‌نماید». چنان که ملاحظه می‌گردد، جهت حمایت از مستأجرین، موجرین مکلف به تمدید مدت قرارداد اجاره با آنان شده‌اند و در صورت عدم تمدید، امکان تقاضای تخلیه را نخواهند داشت. این به‌منزله «مهلت قانونی» به مستأجر تلقی می‌گردد. علاوه بر آن، جهت رعایت حال موجرین نیز اجازه افزایش اجاره‌بها تا سقف ۲۵ درصد نسبت به اجاره‌بهای سال قبل، مورد پذیرش قرار گرفته است. عبارت بهتر در اینجا ترکیبی از ضمانت اجراهای الزام به تمدید قرارداد، اعطای مهلت

برای تخلیه و تعدیل قانونی وجود دارد که توسط یک مرجع ذی صلاح صورت پذیرفته و مورد پذیرش مراجع قضایی قرار گرفته است. در موردی دیگر حسب مصوبه ۱۴۰۰/۲/۱۱ ستاد ملی مبارزه با کرونا، به علت این که فعالیت‌های اقتصادی تحت تأثیر کرونا از رونق افتاده بوده است، بانک‌ها از تاریخ اول تا بیست اردیبهشت‌ماه ۱۴۰۰ از صدور گواهی‌نامه عدم پرداخت برای چک‌ها منع گردیده و محاکم نیز حق صدور اجراییه برای چک‌ها را نداشتند (مصوبه جلسه ۷۱ مورخ ۱۴۰۰/۲/۱۱ ستاد ملی مقابله با کرونا). از آنجاکه صدور اکثر چک‌ها در راستای تعهدات قراردادی است، این به منزله «استمهال قانونی» تلقی می‌گردد.

### نتیجه‌گیری

از رهگذر بررسی و طبقه‌بندی مصادیق جزئی مطرح‌شده در کتب فقهی در خصوص اسباب خارجی، از آنجاکه این مصادیق جنبه حصری نداشته و خصوصیتی ندارند، طیف گسترده‌ای از اسبابی که وقوع آن خارج از اراده طرفین است را می‌توان مشمول آن دانست. از نظر فقهی و حقوقی می‌توان شیوع بیماری کرونا را یکی از اسباب خارجی به شمار آورد که اجرای قرارداد را تحت تأثیر قرار می‌دهد. در واقع، از آنجاکه شیوع این بیماری باعث ایجاد ترس عمومی در ابتلا به آن می‌گردد، به‌عنوان یک واقعه خاص اجتماعی و از این حیث که دولت‌ها جهت کنترل این بیماری، مصوبات الزام‌آوری اتخاذ نموده‌اند، در ذیل موانع قانونی اجرای قرارداد قابل طرح است. رویه قضایی نیز شیوع این بیماری را به‌عنوان سبب خارجی مورد شناسایی قرار داده است. قانون‌گذار نیز در بند «م» ماده ۲۸ قانون الحاق برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب ۱۳۹۳ بیماری‌های همه‌گیر انسانی را به‌عنوان یکی از مصادیق حوادث غیرمترقبه مورد پذیرش قرار داده است. البته یادشدنی است که پیدایش یک سبب خارجی، الزاماً مترادف با مؤثر بودن آن بر تمام قراردادهای نیست، بلکه تأثیر آن، بسته به نوع و شرایط هر قرارداد، می‌بایست به صورت مصداقی بررسی شود. نحوه تأثیر یک سبب خارجی بر قرارداد می‌تواند به صورت عدم امکان اجرا یا اختلال در اجرا باشد. در این راستا، شیوع بیماری کرونا نیز ممکن است به صورت تعذر اجرا یا اختلال و دشواری در اجرا نمود پیدا نماید. با بررسی «علل تأثیر اسباب خارجی»، در مقام استخراج یک ضابطه، این نتیجه حاصل شد

که علت تأثیر اسباب خارجی، از جمله شیوع بیماری کرونا بر قراردادها، می‌تواند ناشی از «عدم امکان استفاده مطلوب از موضوع قرارداد» یا «از بین رفتن موضوع قرارداد» باشد. در موارد یادشده می‌توان از مبانی فقهی و حقوقی و رویه قضایی، وضعیت حقوقی انفساخ یا قابلیت فسخ قرارداد را بر حسب مورد استنباط نمود. در هر حال، بسته به نوع و شرایط قرارداد و نحوه و میزان تأثیر شیوع کرونا، حکم وضعی متناسب قابلیت اعمال بر قرارداد دارد. گفتنی است که در کنار انفساخ و فسخ قرارداد، تعلیق اجرای تعهد نیز به‌عنوان ضمانت اجرای تأثیر شیوع بیماری کرونا در برخی آثار حقوقی مطرح شده، لکن در رویه قضایی، مورد اقبال واقع نشده است. همچنین گاهی شیوع بیماری کرونا دخالت مراجع ذیصلاح و وضع احکام حمایتی در راستای تمدید قرارداد و تنظیم شرایط آن در قالب برخی ضمانت‌اجراهای ترکیبی را موجب شده است که به‌نوعی تحدید اصل آزادی قراردادی محسوب می‌شود.

در هر حال، با توجه به این‌که در خصوص تعریف و دامنۀ شمول «اسباب خارجی» و تأثیر آن بر قرارداد، مقررۀ عامی در قانون مدنی وجود ندارد و با عنایت به نتایج حاصل از این پژوهش که عمدتاً برگرفته از مبانی فقهی است، با توجه به اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، امکان استناد به فتاوی معتبر استنادشده در این پژوهش توسط دادگاه‌ها، برای حل اختلاف دعاوی مطروحه در این زمینه، می‌تواند راهکاری کوتاه‌مدت محسوب گردد. در هر حال، برای حل درازمدت مشکل، پیشنهاد می‌گردد که قانون‌گذار مبادرت به تصویب ماده ای به ترتیب ذیل نماید:

«هرگاه در اثر وقوع یکی از اسباب خارجی، اجرای تعهد غیرممکن گردد، اگر غیرممکن شدن کلی و دائمی باشد، قرارداد منفسخ می‌گردد. اگر غیرممکن شدن کلی، ولی موقت باشد، قرارداد تا رفع سبب خارجی به حالت تعلیق درخواهد آمد. در صورت غیرممکن شدن موقت و همچنین در صورت تعلیق، اگر ادامه وضع موجود باعث ضرر یکی از طرفین باشد، ذی‌نفع حق فسخ قرارداد را خواهد داشت. در مدت زمان غیرممکن بودن اجرای تعهد، متعهد مسئول خسارات احتمالی ناشی از آن نیست.

تبصره ۱: اسباب خارجی شامل حوادث طبیعی، موانع عملی، قانونی و وقایع و حوادث مربوط به زندگی اجتماعی (اعم از وقایع اجتماعی، سیاسی، اقتصادی، بهداشتی و...) و

در مواردی، وضعیت خاص یکی از طرفین قرارداد است که عرفاً مؤثر بر اجرای تعهد باشد. اسباب مذکور نمی‌بایست منتسب به اراده طرفین بوده و می‌بایست غیر قابل پیش‌بینی و غیر قابل اجتناب و دفع باشد.

تبصره ۲: در صورت تعلیق قرارداد، تعهد طرف مقابل نیز به حالت تعلیق درآمده و مدت تعلیق به مدت قرارداد افزوده خواهد شد. طرفین در کمال حسن نیت و در حدود متعارف، موظف به رعایت اقدامات لازم تا رفع مانع هستند و الا متخلف، مسئول خسارات وارده خواهد بود.

### فهرست منابع

۱. آبی فاضل، حسن بن ابی طالب یوسفی. (۱۴۱۷ق). کشف الرموز فی شرح مختصر النافع. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲. ابن ادریس، محمد بن منصور حلی. (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳. اشتهاردی، علی‌پناه. (۱۴۱۷ق). مدارک العروه. تهران: اسوه.
۴. اصفهانی، سید ابوالحسن. (۱۳۹۳ق). وسیلة النجاة. قم: چاپخانه مهر.
۵. اصفهانی، محمدحسین. (۱۴۰۹ق). الإجارة. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۶. امامی، سید حسن. (۱۳۷۶ش). حقوق مدنی. تهران: کتابفروشی اسلامیة.
۷. امینی، منصور؛ باستانی نامقی، رضا. (۱۳۹۹ش). نظریه عمومی تعذر: رهیافتی منسجم از قواعد حقوقی. تحقیقات حقوقی، ۲۳(۹۲)، ۱۷۱-۱۹۷. <https://www.doi.org/10.22034/jlr.2021.220448.1826>
۸. بادینی، حسن؛ صمدی، افروز. (۱۳۹۶ش). تعلیق قرارداد، قاعده‌ای عمومی یا قاعده مختص حقوق کار؛ با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه و انگلیس. پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۲۱(۲)، ۲۹-۵۸. <http://dorl.net/dor/20.1001.1.22516751.1396.21.2.1.0>
۹. بجنوردی، سید حسن. (۱۴۱۹ق). القواعد الفقهیه. قم: نشر الهادی.
۱۰. بحرالعلوم، محمد بن محمدتقی. (۱۴۰۳ق). بلغة الفقیه. تهران: منشورات مکتبه الصادق.
۱۱. بصری بحرانی، زین‌الدین محمدامین. (۱۴۱۳ق). کلمة التقوی. قم: سیدجواد وداعی.
۱۲. تهامی، سید حسین؛ قبولی درافشان، سید محمد مهدی؛ محسنی، سعید؛ انصاری، اعظم. (۱۴۰۱ش). تحلیل حقوقی و اقتصادی تأثیر بیماری‌های پاندمیک بر اجرای تعهدات قراردادی. دانشنامه حقوق اقتصادی، ۲۹(۲۱)، ۴۹-۱۰. <https://doi.org/10.22067/economlaw.2022.75835.1162>
۱۳. جزیری، عبدالرحمن؛ غروی، سیدمحمد؛ یاسر مازح. (۱۴۱۹ق). الفقه علی المذاهب الأربعة ومذهب أهل البيت (ع). بیروت: دار الثقلمین.
۱۴. جمعی از پژوهشگران. (۱۴۱۷ق). معجم فقه الجواهر، (زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی). بیروت: الغدیر.

۱۵. جواهری محمدی، حسین. (۱۳۹۹ش). تأثیر شیوع کرونا بر اجرای قرارداد در پرتو آراء قضایی. تهران: پژوهشگاه قوه قضائیه.
۱۶. حاتمی، علی اصغر؛ رودیجانی، محمد مجتبی. (۱۳۸۷ش). بررسی تطبیقی قوه قاهره. نشریه دانشکده علوم انسانی دانشگاه سمنان، ۷(۲۳)، ۶۱-۷۸.
۱۷. حکیم، سید محسن طباطبایی. (۱۴۱۶ق). مستمسک العروة الوثقی. قم: مؤسسه دار التفسیر.
۱۸. حلی «الف»، حسن بن یوسف (علامه). (۱۴۱۳ق). قواعد الأحكام فی معرفة الحلال والحرام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۹. حلی «ب»، حسن بن یوسف (علامه). (۱۴۱۳ق). مختلف الشیعة فی أحكام الشریعه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۰. حلی، احمد بن محمد اسدی. (۱۴۰۷ق). المذهب البارع فی شرح المختصر النافع. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۱. حلی، جعفر بن حسن، (محقق). (۱۴۱۸ق). المختصر النافع فی فقه الإمامیه. قم: مؤسسه المطبوعات الدینیّه.
۲۲. حلی، حسن بن یوسف (علامه). (۱۴۲۰ق). تحریر الأحكام الشرعیة علی مذهب الإمامیه. قم: مؤسسه امام صادق (ع).
۲۳. حلی، حسن بن یوسف (علامه). (۱۴۲۱ق). تلخیص المرام فی معرفة الأحكام. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۲۴. حلی، مقداد بن عبدالله سیوری. (۱۴۰۴ق). التفتیح الرائع لمختصر الشرائع. قم: کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی.
۲۵. حلی، جعفر بن حسن، (محقق). (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام. قم: اسماعیلیان.
۲۶. خبرگزاری جمهوری اسلامی. (۱۴۰۳ش). کرونا در ایران: آخرین اخبار و گزارش ها. <https://www.ima.ir/subject/83681341>
۲۷. خمینی، سید روح الله. (بی تا). تحریر الوسیله. قم: دار العلم.
۲۸. خوانساری، سید احمد بن یوسف. (۱۴۰۵ق). جامع المدارک فی شرح مختصر النافع. قم: اسماعیلیان.
۲۹. خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۰ق). منهاج الصالحین. قم: مدینه العلم.
۳۰. خویی، سید ابوالقاسم. (بی تا). المستند فی شرح العروة الوثقی. بی جا: بی نا.
۳۱. روحانی قمی، سید صادق حسینی. (۱۴۱۲ق). فقه الصادق حسینی. قم: دار الکتاب - مدرسه امام صادق (ع).
۳۲. زنگنه شهرکی، جعفر؛ حسین پور، علی. (۱۴۰۰ش). تأثیر حدوث عذر عام بر عقد مزارعه از منظر فقه و حقوق. جستارهای فقهی و اصولی، ۷(۲۲)، ۱۶۵-۱۹۴. <https://doi.org/10.22034/rj.2020.55103.1797>
۳۳. سبزواری، سید عبدالاعلی. (۱۴۱۳ق). مهذب الأحكام. قم: مؤسسه المنار.
۳۴. سیستانی، سید علی حسینی. (۱۴۱۷ق). منهاج الصالحین. قم: دفتر حضرت آیه الله سیستانی.
۳۵. سیستانی، سید علی حسینی. (۱۴۲۲ق). المسائل المنتخبة. قم: دفتر حضرت آیه الله سیستانی.
۳۶. سیفی مازندرانی، علی اکبر. (۱۴۲۷ق). دلیل تحریر الوسیله - المضاربه. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۳۷. شعبانی، امید. (۱۳۸۹ش). بررسی تمدن اجرای قرارداد در فقه و حقوق ایران. پژوهش نامه فقه و حقوق اسلامی، ۳(۶)، ۹۳-۱۱۰.
۳۸. شعبانی، امید، و حاجی محمدی، اصغر. (۱۳۹۳ش). مقایسه دکترین فراستریشن و نهاد حقوقی فورس ماژور. تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، ۱۰(۲۱)، ۱۱۱-۱۳۰.
۳۹. شهیدی، مهدی. (۱۳۹۱ش). آثار قراردادها و تعهدات. تهران: مجد.
۴۰. صفایی، سید حسین. (۱۳۶۴ش). قوه قاهره یا فورس ماژور (بررسی اجمالی در حقوق تطبیقی و حقوق بین الملل و قراردادهای بازرگانی بین المللی). مجله حقوقی بین المللی، ۳(۳)، ۱۱۱-۱۵۴.

۴۱. طاهری، حبیب‌الله. (۱۴۱۸ش). حقوق مدنی. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۲. طباطبایی قمی، سید تقی. (۱۴۲۳ق). الغایة القصوی فی التعلیق علی العروة الوثقی - کتاب الإجارة. قم: انتشارات محلاتی.
۴۳. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۰۹ق). العروة الوثقی. بیروت: مؤسسة الأعلمی للمطبوعات.
۴۴. طباطبایی حائری، سید علی. (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل. قم: مؤسسة آل البيت (ع).
۴۵. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۱۹ق). العروة الوثقی، (المحسّی). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۶. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). الخلاف. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۷. عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی). (۱۴۱۰ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة. قم: کتابفروشی داوری.
۴۸. عاملی، علی بن حسین، (محقق کرکی). (۱۴۰۹ق). رسائل المحقق الکرکی. قم: کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی و دفتر نشر اسلامی.
۴۹. عمید زنجانی، عباس‌علی. (۱۳۹۳ش). قواعد فقه. تهران: سمت.
۵۰. غمامی، مجید، و خدادادی، حسین. (۱۳۹۴ش). دشوار شدن اجرای قرارداد و اثر آن. فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، ۴۵(۴)، ۶۲۳-۶۴۲. <https://doi.org/10.22059/jlq.2015.55686>
۵۱. قویلی درافشان، سید محمدمهدی، و محسنی، سعید. (۱۳۹۱ش). نظریه عمومی بطلان در قراردادها. تهران: انتشارات جنگل.
۵۲. قنوتی، جلیل. (۱۳۹۹ش). مطالعه تطبیقی تأثیر کروناویروس (کوید-۱۹) بر تعهدات. حقوق اسلامی، ۱۷(۶۴)، ۱-۴۶.
۵۳. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۴ش). قواعد عمومی قراردادها. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۵۴. کاشف‌الغطاء، احمد. (۱۴۲۳ق). سفینه النجاة ومشکاة الهدی ومصباح السعادات. نجف: مؤسسة کاشف الغطاء.
۵۵. کاظمی تستری، اسدالله. (بی تا). مقابس الأنوار ونفائس الأسرار. قم: مؤسسة آل البيت (ع).
۵۶. گلپایگانی، سید محمدرضا. (۱۴۱۳ق). هدایة العباد. قم: دار القرآن الکریم.
۵۷. مامقانی، محمدرحمن. (۱۳۱۶ق). غایة الآمال فی شرح کتاب المکاسب. قم: مجمع الذخائر الاسلامیه.
۵۸. محقق داماد، سید مصطفی. (۱۴۰۶ق). قواعد فقه. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۵۹. مرعشی نجفی، سید شهاب‌الدین. (۱۴۱۶ق). منهاج المؤمنین. قم: کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی.
۶۰. مصطفوی، سید محمد کاظم. (۱۴۲۳ق). فقه المعاملات. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۶۱. نجفی (کاشف‌الغطاء)، حسن بن جعفر. (۱۴۲۲ق). أنوار الفقاهة - کتاب البیع. نجف: مؤسسة کاشف الغطاء.
۶۲. نجفی، محمدرحمن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۶۳. نیازآبادی، مهدی، و انصاری، نرگس. (۱۳۹۹ش). تحلیل وضعیت ناشی از شیوع ویروس کرونا ذیل معاذیر موجه عدم اجرای تعهدات قراردادی. تحقیقات حقوقی، ش ۲۳ (ویژه‌نامه حقوق و کرونا)، ص ۴۵۹-۴۸۷. <https://doi.org/10.22034/jlr.2020.185064.1636>
۶۴. وحید خراسانی، حسین. (۱۴۲۸ق). منهاج الصالحین. قم: مدرسه امام باقر (ع).
65. Twigg-Flesner, Christian. (2020). *A comparative perspective on commercial contracts and the impact of COVID-19: Change of circumstances, force majeure, or what?* In: Katharina. Pistor (Ed.), <https://scholarship.law.columbia.edu/books/240>



## Critique of Shaykh Anṣārī's View on Personal and General Aleatory in the Condition of Knowledge of the Exchange Items in Sale

Raḥmatollāh Karīmzādeh<sup>1</sup>

1. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Foundations of Islamic Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran. Email: [karimzadeh@razavi.ac.ir](mailto:karimzadeh@razavi.ac.ir)

### Article Info

**Article type:**

Research Article

**Article history:**

Received 28 January 2023

Received in revised form  
13 March 2023

Accepted 17 July 2023

Available online 5 August  
2023

**Keywords:**

Knowledge of the considerations,  
Personal aleatory (Arabic: *الغَرَر*, al-gharar), General aleatory, Shaykh Anṣārī, Criticism.



### ABSTRACT

One of the principles used in Islamic jurisprudence of transactions is the jurisprudential principle of “negation of aleatory sales” or “negation of aleatory” (Arabic: *الغَرَر*, al-gharar). Shaykh Anṣārī, in his discussion on the condition of knowledge concerning the exchange items (considerations) in sales (Arabic: *الْبَيْع*, Romanized: al-Bayʿ) specifically regarding measurable and weighable objects, stated that one of the reasons for the necessity of knowing the considerations and the requirement for measuring the object of sale by quantity and weight is the Ḥadīth prohibiting aleatory sales. He further adds that the comparison of the Ḥadīth on aleatory sales with the narrations regarding measurement and weight indicates that the type of aleatory referred to here is general aleatory. However, in the discussion of the buying and selling of cloth, sheep, and land based on observation, he states that since there is no narration related to specification and measurement, the criterion of personal aleatory applies. The question that arises is what the difference is between the two cases, in one of which a ruling is given regarding general aleatory (Arabic: *الغَرَر*, al-gharar), while in the other case a ruling is given regarding personal gharar. Does the mere lack of a reason for necessitating measurement in the second case result in the gharar being classified as personal? This article critically examines the statements of the late Shaykh by descriptively and analytically reviewing the narrations in the issue of measured and weighed items and their connection to the Ḥadīth negating gharar. It establishes the hypothesis that, considering that the establishment of religious rulings (Arabic: *الأحكام الشرعية*) occurs as real propositions, and consequently, the existence of a ruling depends on the existence of its subject, in all cases the criterion for the principle of gharar (aleatory), similar to the rule of prohibition of detriment (Arabic: *لا ضَرَر*, principle of harm), is personal aleatory, rather than generic aleatory, and there is no distinction between these two matters. Obviously, the difference between the effect of personal gharar and the effect of general gharar will play an important role in the ruling of sales and new unknown transactions, which also guarantees the necessity of this discussion.

**Cite this article:** Karīmzādeh, R. (2024). Critique of Shaykh Anṣārī's View on Personal and General Aleatory in the Condition of Knowledge of the Exchange Items in Sale. *Civil Jurisprudence Doctrines*, 16 (30), 263-285. <https://doi.org/10.30513/cjd.2023.5018.1852>





## نقد دیدگاه شیخ انصاری در مورد غرر شخصی و نوعی در باب شرط بودن علم به عوضین در بیع

رحمت‌الله کریم‌زاده<sup>1</sup>

۱. استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران. رایانامه: karimzadeh@razavi.ac.ir

### چکیده

### اطلاعات مقاله

یکی از قواعدی که در فقه معاملات به کار می‌رود قاعده فقهی «نفی بیع غرری» یا «نفی غرر» است. مرحوم شیخ انصاری در بحث شرط بودن علم به عوضین در باب بیع و به طور خاص، در اشیای مکمل و موزون، فرموده است که یکی از دلایل شرط بودن علم به عوضین و لزوم اندازه‌گیری مبیع با کیل و وزن، حدیث نهی از بیع غرری است و می‌افزاید از نسبت سنجی حدیث غرر با اخبار باب کیل و وزن استفاده می‌شود که مقصود از غرر در این جا غرر نوعی است. اما در بحث خرید و فروش پارچه، گوسفند و زمین با مشاهده، فرموده است چون روایتی برای تقدیر و اندازه‌گیری وارد نشده است، لذا غرر شخصی ملاک است. اما سؤال قابل طرح این است که این دو که در یک جا حکم به غرر نوعی شده است و در مورد دیگر حکم به غرر شخصی، چه فرقی دارند؟ آیا صرف نبود دلیل بر لزوم تقدیر در مورد دوم موجب شخصی بودن غرر می‌شود؟ این نوشتار با بررسی توصیفی و تحلیلی روایات باب مکمل و موزون و نسبت آن‌ها با حدیث نفی غرر، فرمایش مرحوم شیخ را مورد نقد قرار داده و این فرضیه را اثبات کرده است که با توجه به این که جعل احکام شرعی به نحو قضایای حقیقی است و در نتیجه، وجود حکم تابع وجود موضوع است، در همه جا ملاک قاعده غرر، همانند قاعده لاضرر، غرر شخصی است نه نوعی و بین این دو مسئله تفاوتی نیست. بدیهی است که تفاوت اثر غرر شخصی با اثر غرر نوعی نقش مهمی در حکم بیع‌ها و معاملات مجهول و مستحدثه خواهد داشت که ضرورت این بحث را نیز تضمین می‌کند.

نوع مقاله:

علمی پژوهشی

تاریخ دریافت:

۱۴۰۱/۱۱/۰۸

تاریخ بازنگری:

۱۴۰۱/۱۲/۲۲

تاریخ پذیرش:

۱۴۰۲/۰۴/۲۶

تاریخ انتشار آنلاین:

۱۴۰۲/۰۵/۱۴

کلیدواژه‌ها:

علم به عوضین، غرر شخصی، غرر نوعی، شیخ انصاری، نقد.



**استناد:** کریم‌زاده، رحمت‌الله. (۱۴۰۳). نقد دیدگاه شیخ انصاری در مورد غرر شخصی و نوعی در باب شرط بودن علم به عوضین در بیع. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۶ (۳۰)، ۲۶۳-۲۸۵.

<https://doi.org/10.30513/cjd.2023.5018.1852>

ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.



© نویسندگان



## مقدمه

قاعده فقهی «نفی بیع غرری» یا «نفی غرر» از جمله قواعدی است که فقها در ابواب مختلف معاملات از آن بهره جسته‌اند و به‌ویژه می‌تواند در مورد صحت یا عدم صحت برخی از معاملاتی که امروزه رواج پیدا کرده‌اند و یا در آینده پدید می‌آیند نقش آفرینی کند. این قاعده از ابعاد مختلفی، از جمله به لحاظ سندی و دلالتی، مورد بحث فراوان قرار گرفته است، ولی همچنان زمینه بحث در آن از جوانب دیگر وجود دارد. یکی از ابعادی که نسبت به این قاعده مورد بحث واقع شده است، ولی به‌خوبی روشن نشده و همچنان نیازمند بررسی است، بُعد شخصی یا نوعی بودن غرر می‌باشد. برخی از فقها به این مسئله پرداخته و نکاتی در این باب بیان نموده‌اند، اما همچنان جای بحث وجود دارد. از جمله فقهایی که به این بحث پرداخته است مرحوم شیخ انصاری است. او به مناسبت‌های مختلف در ابواب گوناگون به بررسی معنای لغوی و اصطلاحی غرر و همچنین شخصی یا نوعی بودن غرر پرداخته است، اما نکاتی در مباحث ایشان هست که به نظر، قابل مناقشه است.

### ۱. طرح مسئله

مرحوم شیخ در بحث قدرت بر تسلیم و همچنین علم به مقدار عوضین، یکی از دلایل آن را حدیث «نفی غرر» می‌داند و در مقام بیان دلالت این حدیث بر شرط بودن علم به عوضین می‌فرماید: مستفاد از روایاتی که در مورد شرط بودن کیل و وزن در مکیلات و موزونات وارد شده است آن است که غرر در این موارد غرر نوعی می‌باشد (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۴، ص ۲۱۴)، ولی در بحث خرید و فروش پارچه، زمین و امثال آن چون دلیلی بر لزوم تقدیر و اندازه‌گیری وجود ندارد ملاک غرر شخصی است.

### ۲. سؤال، فرضیه، روش و ضرورت تحقیق

**سؤال تحقیق:** چه فرقی است بین این دو موردی که مرحوم شیخ ذکر می‌کند؟ آیا صرف وجود دلیل در یک مورد و نبود دلیل در مورد دیگر، موجب حکم به شخصی بودن غرر در یک مورد و نوعی بودن در مورد دیگر می‌شود؟

**فرضیه تحقیق:** به نظر می‌رسد، در این سخن مرحوم شیخ تهافت وجود دارد، چون اگر ملاک بطلان بیع غرری، غرر نوعی است، در همه‌جا باید نوعی باشد مگر این که قرینه‌ای برخلاف باشد، و اگر ملاک غرر شخصی است، در همه موارد باید ملاک غرر شخصی باشد مگر این که دلیل برخلاف وجود داشته باشد. این که در بعضی موارد غرر شخصی معیار باشد و در برخی موارد غرر نوعی، به نظر نادرست است. آنچه از ادله مربوط به نحوه جعل احکام استفاده می‌شود این است که «قاعده غرر» همانند «قاعده لاضرر» ناظر به غرر شخصی است.

**روش تحقیق:** نوشتار حاضر به روش توصیفی و تحلیلی، روایات باب مکیل و موزون و نسبت آن‌ها با حدیث غرر را بررسی می‌کند و به دنبال اثبات این ایده است که از روایات باب مکیل و موزون و نیز حدیث غرر این نتیجه به دست می‌آید که ملاک در همه‌جا غرر شخصی است نه نوعی.

**ضرورت بحث:** حصول این نتیجه، ثمره متفاوتی در باب بیع و دیگر معاملات و قراردادهایی دارد که امروزه رواج دارند و یا در آینده ممکن است پدید آیند. از این رو، برای رسیدن به نتیجه مورد ادعا، لازم است در ابتدا به‌اختصار، معنای غرر از نظر لغوی و اصطلاحی و تفاوت غرر نوعی و شخصی و همچنین، حدیث غرر به لحاظ سندی و دلالتی بررسی شود و نسبت آن با روایات باب مکیل و موزون روشن گردد و سپس سخنان مرحوم شیخ در مورد روایات مکیل و موزون و استدلال به حدیث غرر بر شرط بودن علم به عوضین و این که آیا ملاک بطلان، غرر شخصی است یا نوعی، ارزیابی شود.

### ۳. پیشینه تحقیق

آنچه در این باب به رشته تحریر در آمده است عبارت است از بعضی از تقریرات دروس خارج برخی از فقها و همچنین برخی از شرح‌های کتاب مکاسب شیخ انصاری که به‌مناسبت به این بحث اشاره شده، ولی به تفصیل به آن پرداخته نشده است. البته مقالاتی در باب قاعده غرر و مستندات آن وجود دارد، اما نویسنده پس از بررسی‌های کتابخانه‌ای و اینترنتی، به نوشته مستقلی در این موضوع که به بررسی شخصی یا نوعی بودن غرر و به

طور خاص به نقد دیدگاه مرحوم شیخ پرداخته باشد، دست نیافت.

## ۴. معنای غرر

### ۴-۱. معنای لغوی غرر

معانی متعددی برای واژه «غرر» در کتاب‌های لغت نقل شده است: ۱. خطر (ابن‌منظور، ۱۴۰۵، ج ۵، ص ۲۳-۲۴؛ زبیدی، ۱۳۰۶، ج ۱۲، ص ۲۱۶) و در معرض هلاکت قرار دادن (طریحی، ۱۳۸۶، ص ۴۲۳). ۲. خدعه و نیرنگ (فراهیدی، ۱۴۰۵، ج ۴، ص ۳۴۶). ۳. غفلت (جوهری، ۱۴۰۷، ج ۲، ص ۷۶۸-۷۶۹؛ فیروزآبادی، بی‌تا، ج ۲، ص ۱۰۰-۱۰۱).

### ۴-۲. معنای اصطلاحی غرر

در مورد معنای اصطلاحی «غرر» میان فقها اختلاف نظر فراوانی پدید آمده است و هر کسی معنایی از آن را مورد توجه قرار داده است. به‌عنوان نمونه، مرحوم شهید فرموده است که «غرر» در لغت به معنای چیزی است که ظاهری خوشایند و باطنی ناخوشایند دارد، ولی شرعاً آن چیزی است که حصول آن مجهول است و غرر شامل مجهول‌الصفه نمی‌شود (عاملی، بی‌تا، ج ۲، ص ۱۳۷). صاحب جواهر غرر را به معنای جهل از حیث صفت و مقدار مبیع گرفته است (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۲۲، ص ۳۸۸). مرحوم نائینی از معنای غفلت، خدعه و خطر که به‌نوعی با جهل ارتباط دارد، نام می‌برد (نائینی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۳۴۱). امام خمینی (ره) می‌فرماید: هرچند معانی زیادی برای غرر نقل شده است، ولی می‌توان گفت که مناسب‌ترین معنا برای مسئله مورد بحث معنای خدعه است و نمی‌توان همه آن معانی را به یک معنای عام برگرداند. با این حال، نمی‌توان با اصحاب که به آن تمسک کرده‌اند نیز مخالفت کرد (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۳، ص ۲۹۰-۳۰۰).

## ۵. تفاوت غرر نوعی و شخصی

در غرر نوعی، وجود حکم تابع وجود وصف غرر در غالب افراد یک موضوع است، ولی در غرر شخصی وجود حکم تابع وجود صفت غرر در تک‌تک هر فرد از آن موضوع می‌باشد. به‌عنوان مثال، یکی از شرایط صحت عقد بیع آن است که عوضین باید به لحاظ مقدار معلوم باشند، مثلاً اگر مبیع از کالاهای وزنی یا کیلی است، باید به لحاظ وزن یا کیل مشخص شود، وگرنه به دلیل وجود خطر و احتمال ضرر ناشی از معلوم نبودن مقدار

مبیع، بیع باطل خواهد بود. حال، فرض کنید که در غالب کالاهای وزنی و کیلی، اگر کیل یا وزن نشوند احتمال ضرر وجود دارد، هرچند در بعضی از آن‌ها اگر تقدیر هم نشوند احتمال ضرر نباشد، اگر وجود چنین غرری ملاک بطلان باشد، این را غرر نوعی می‌گویند. اما اگر بطلان بیع غرری به ملاک وجود احتمال ضرر در تک‌تک هر فرد بیع باشد، این را غرر شخصی می‌نامند.

## ۶. حدیث نفی غرر

### ۶-۱. بررسی سندی حدیث نفی غرر

مرحوم شیخ انصاری در مورد سند این روایت می‌گوید: این حدیث هرچند به لحاظ سند، ضعیف است، ولی مشهور بودن آن بین خاصه و عامه موجب جبران ضعف سندش می‌شود (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۴، ص ۱۷۶). این روایت در کتاب وسائل الشیعه (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۷، ص ۴۴۸) و مستدرک الوسائل (محدث نوری، ۱۴۰۸، ج ۱۳، ص ۲۸۳) با سندهای متعدد نقل شده است. از کلام برخی استفاده می‌شود که جواز عمل به این روایت مورد اتفاق است، هم در بین عامه و هم خاصه (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۳، ص ۲۹۲؛ نائینی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۴۶۷؛ حکیم، بی تا، ص ۳۹۵).

مرحوم آیت‌الله خویی می‌گوید: تردیدی نیست که این روایت به لحاظ سند ضعیف است، زیرا این روایت نبوی (خویی، بی تا، ج ۵، ص ۲۵۶؛ تبریزی، ۱۴۱۶، ج ۳، ص ۱۸۱) است و از طریق امامان (ع) تأیید نشده، هرچند استدلال به آن مشهور است. بنابراین، اگر استناد مشهور فقیهان به روایت ثابت شود و استناد مشهور را نیز جبران‌کننده ضعف سند روایت بدانیم، مطلوب ثابت است، وگرنه استدلال به آن روایت صحیح نیست.

اما از آنجاکه فقها عملاً به این حدیث استناد کرده‌اند، ظاهراً از نظر سند مشکلی نداشته باشد، زیرا به‌رغم ضعف سند، فقها به آن عمل کرده‌اند و این عمل فقها موجب می‌شود که از این ناحیه مشکلی نباشد و حدیث قابلیت استناد را دارد.

### ۶-۲. بررسی دلالی حدیث نفی غرر

مباحث مختلفی در مورد حدیث غرر مطرح شده است و اختلاف نظر فراوانی درباره آن وجود دارد. به‌عنوان مثال، آیا نهی در این روایت، نهی مولوی است و بر حرمت معامله

دلالت دارد یا نهی ارشادی است و ارشاد به فساد و بطلان معامله دارد یا دال بر هر دو است یا آن که بر هیچ یک از معانی مذکور دلالت نمی‌کند؟ آنچه در این جا مطمح نظر است بررسی و نقد معنای غرر و به طور خاص، نوعی یا شخصی بودن آن از نظر مرحوم شیخ انصاری است.

### ۷. دیدگاه شیخ انصاری در باب معنای غرر و دلالت حدیث نفی غرر

در ابتدا، به تبیین سخنان مرحوم شیخ انصاری در مورد معنای غرر و برخی از کاربردهای آن می‌پردازیم، سپس دیدگاه ایشان را در مورد شخصی یا نوعی بودن غرر مورد ارزیابی قرار می‌دهیم. مرحوم شیخ مسئله غرر را در جاهای مختلفی مطرح می‌کند. یکی از مواردی که از غرر بحث کرده است در بحث شرایط عوضین در مسئله قدرت بر تسلیم است (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۴، ص ۱۷۵). ایشان در این بحث، ابتدا واژه «غرر» را در لغت و اصطلاح معنا می‌کند و می‌گوید: در نزد اهل لغت «غرر» به معنای خدعه، ضرر، هلاکت و خطر آمده و مثال زده شده به فروش پرنده در آسمان. از این تعابیر یک معیار به دست می‌آید و آن این است که هر بیعی که در آن جهالت و ابهامی باشد که سبب ضرر یا خطر یا فریب شود غرری است. در معنای غرر، جهالت نهفته است، خواه جهل نسبت به اصل وجود شیء باشد یا جهل به حصول آن به دست مشتری یا جهل به صفات آن کما و کیفاً (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۴، ص ۱۷۸).

به نظر می‌رسد که در هر سه معنای فوق، به نوعی، جهل دخالت دارد، اما نه به این معنا که جهل در این واژه‌ها جزو معنای آن‌ها به شمار می‌آید، بلکه به این معنا که تحقق آن‌ها ناشی از جهل است و وجود جهل علت و منشأ تحقق آن‌هاست، لذا در جایی که علم وجود داشته باشد، عناوین فوق صادق نیستند، چراکه فریب و نیرنگ در جایی معنا پیدا می‌کند که شخص ناآگاه باشد و همچنین، غفلت در موردی صادق است که توجه و التفاتی وجود نداشته باشد، ولی اگر التفات به موضوع باشد، غفلت معنا ندارد. همچنین، خطر حاصل از غرر زمانی جاری است که علم به خطر نباشد، در غیر این صورت، به ارتکاب عامدانه و عالمانه یک عمل، غرر گفته نمی‌شود (نراقی، ۱۴۲۲، ص ۳۰۱). باید توجه داشت که معنای واژه‌های فوق چنین نیست که همواره همراه ضرر بوده و

وجود ضرر لازم لاینفک آن‌ها باشد، بلکه به معنای انجام کارهای مخاطره‌آمیز یا فریبکاری یا از روی غفلت است که ممکن است به ضرر منجر شود. لذا نهی از غرر در این حدیث در حقیقت، نهی از کار و عملی است که از منظر عقلاً احتمال منجر شدن به ضرر را به دنبال دارد و آن احتمال ضرر، به گونه‌ای است که قابل تسامح از نظر عرف نیست. لذا پیامبر گرامی اسلام (ص) از آن نهی فرموده است. این همان معنایی است که از کلام امیرالمؤمنین (ع) فهمیده می‌شود: «الغرر هو عمل ما لا يؤمن معه الضرر» (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۴، ص ۱۷۶)؛ غرر عبارت است از عملی که در انجام آن احتمال ضرر منتفی نیست. بنابراین، غرر به معنای ضرر نیست، بلکه به معنای در معرض ضرر قرار دادن است. اما در صورتی که علم داریم در بیع، ضرری وجود ندارد، غرر صادق نیست. در عین حال، بیع باطل است، زیرا موضوع محرز نیست و معلوم نیست که عقد به چیزی تعلق گرفته است، چراکه حکم تابع موضوع است و تا زمانی که موضوع معلوم نباشد، حکم بر آن بار نمی‌شود (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۴، ص ۲۰۶).

از این رو، نهی در این جا به مناط وجود ضرر نیست، بلکه بالاتر از آن، نهی از بیع به احتمال و خوف ضرر (خطر) می‌باشد، نظیر نهی از برخی اعمال در مورد خوف ضرر، مانند تیمم به مناط خوف ضرر، روزه نگرفتن به مناط خوف ضرر (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹، ج ۱، ص ۴۴۸؛ خمینی، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۰۳).

بر این اساس، غرر به این معنا عمومیت دارد و منشأ آن از هر ناحیه‌ای که باشد را شامل می‌شود، اعم از این که غرر ناشی از وجود جهل در ناحیه عقد باشد یا متباین و یا عوضین و فرقی نمی‌کند که در غرر احتمالی در عوضین ناشی از جهل به وجود باشد یا حصول و یا اوصاف کماً یا کیفاً (نراقی، ۱۴۲۲، ص ۳۰۲).

نکته دیگری که مرحوم شیخ به آن پرداخته است این است که از نظر ایشان، حکمت نهی از بیع غرری عبارت است از پیش‌گیری از به وجود آمدن نزاع بین طرفین، نه این که چون عقلاً نبود قدرت بر تسلیم را غرری می‌دانند نهی از آن شده باشد (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۴، ص ۱۸۲). او نظر عرف را ملاک صدق و عدم صدق غرر در معامله می‌داند و می‌گوید هر جا عرف غرر می‌بیند حکم به بطلان می‌شود، مشروط به این که شارع عرف را در آن موارد تخطئه نکرده باشد (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۴، ص ۱۸۹).

یکی دیگر از مواردی که مرحوم شیخ انصاری بحث غرر و به طور خاص، نوعی یا شخصی بودن غرر را مطرح کرده است، مسئله علم به ثمن و مثنی در عقد بیع است. او می گوید که عمده دلیل بر شرط بودن علم به مقدار ثمن و مثنی عبارت است از حدیث نفی غرر (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۴، ص ۲۰۶ و ۲۱۴).

## ۷-۱. غرر نوعی یا شخصی از نظر مرحوم شیخ انصاری

مرحوم شیخ انصاری در ذیل بحث شرط بودن علم به مقدار مثنی در بیع، مسئله غرر شخصی یا نوعی را مطرح می کند و می گوید: از ظاهر اطلاقات وارد شده در باب اشیای مکیل و موزون استفاده می شود که حکم به لزوم تقدیر و اندازه گیری منوط به غرر شخصی نیست، بلکه غرر نوعی معیار و ملاک است. لذا تقدیر به کیل و وزن در مکیلات و موزونات لازم است، حتی در مواردی که غرری وجود نداشته باشد. شیخ در این باره مثال هایی ذکر می کند، مانند این که اگر مقداری از یک جنس موزون در یک طرف ترازو و مقدار دیگری از همان جنس یا غیر آن جنس از موزونات که تساوی در قیمت دارند در طرف دیگر قرار دهند، با این که غرر به معنای احتمال ضرر یا خدعه وجود ندارد، ولی تقدیر و اندازه گیری لازم است، چون معیار در غرر، غرر نوعی است، یعنی چون در اغلب افراد مبیع کیلی و وزنی اگر اندازه گیری نشود غرر وجود دارد، لذا باید در تمام موارد موزونات و مکیلات تقدیر و اندازه گیری انجام شود، حتی نسبت به مواردی که یقین به عدم غرر داریم، زیرا از اطلاقات روایات مربوط به مکیل و موزون غرر نوعی استفاده می شود نه شخصی (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۵، ص ۲۱۴).

اما مرحوم شیخ در ادامه می نویسد: حکم به این که معیار در باب موزونات و مکیلات غرر شخصی باشد، خیلی بعید به نظر نمی رسد، بلکه بسیار محتمل است، ولی چه کنیم که با سخنان اصحاب در بسیاری از موارد منافات دارد. او این سخن را در باب اندازه گیری موزونات و مکیلات با ابزار غیر متعارف نیز تکرار می کند: اگر معیار غرر شخصی بود، هیچ اشکالی در اندازه گیری موزونات و مکیلات با ابزار غیر متعارف نیست، اما چون از ظاهر اخبار مربوط به موزونات و مکیلات استفاده غرر نوعی می شود، نمی توان به جواز اندازه گیری با ابزار غیر متعارف حکم کرد (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۴، ص ۲۱۴-۲۱۹).

مرحوم شیخ نسبت به این که در مکیلات و موزونات رعایت اندازه گیری هم برای نفی ربا و هم نفی غرر لازم است و این که معیار مکیل یا موزون بودن اجناس کیلی و وزنی آیا زمان شارع است یا عرف متبایعین، مجدداً تکرار می کند که باید نوع را در نظر گرفت و لذا باید در همه جا اندازه گیری کرد، حتی اگر غرر هم نباشد، زیرا حکمت معتبر بودن کیل و وزن در اشیای کیلی و وزنی سد باب نوع غرر است نه شخص آن (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۴، ص ۲۲۹).

با این حال، او در باب فروش زمین یا پارچه یا گوسفند با مشاهده، می گوید چون دلیل خاصی بر اندازه گیری در این موارد نداریم، و از طرف دیگر، فروش با مشاهده جزافی است، لذا باید حکم به غرر شخصی کرد، به این معنا که هر فرد از بیع که صورت می گیرد باید دید که آیا غرری است یا نه. اگر غرری است، باطل خواهد بود، وگرنه بیع آن صحیح می باشد. البته مرحوم شیخ با کلمه «فافهم» به نوعی بر این بیان اشکال می کند، اما در عین حال، ادعای اولش آن است که در این جا باید حکم به غرر شخصی نمود (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۴، ص ۲۴۶).

### ۸. بررسی سخنان مرحوم شیخ انصاری

قبل از ارزیابی سخنان مرحوم شیخ، بیان چند امر که در نتیجه گیری بحث نقش مهمی دارند ضروری به نظر می رسد:

#### ۸-۱. امر اول: قضایای حقیقی و خارجی

حکمی که از ناحیه شارع جعل می شود گاهی به نحو قضیه حقیقی است و گاهی به نحو قضیه خارجی. قضیه خارجی عبارت است از قضیه ای که حکم در آن قضیه بر افراد موجود بالفعل در خارج در عصر صدور حکم بار می شود. اما قضیه حقیقی قضیه ای است، که حکم در آن قضیه بر موضوعی بار می شود که در لحاظ حاکم مفروض الوجود است، اعم از این که بالفعل وجود داشته باشد یا این که بعداً به وجود آید.<sup>۱</sup>

۱. فرق های قضیه حقیقی و خارجی:

الف. با قضیه حقیقی می توان حکم را بر جاهل نیز بار کرد و این گونه جعل شود: اگر شخص جاهل عالم شود اکرام او واجب است، چون حکم به وجوب بر طبیعتی مفروض الوجود ثابت شده است و این مورد مصداق آن به شمار می آید. اما در قضیه خارجی حاکم توجه به شخص دارد نه طبیعت. پس، شخص جاهل نه بالفعل داخل در آن قضیه است و نه به صورت فرضی.



باید دانست که جعل و وضع عمده احکام شرعی از قبیل قضایای حقیقی اند، چرا که اگر از قبیل قضایای خارجی باشند لازم می آید که به تعداد اشخاص، تعدد انشا وجود داشته باشد، زیرا هر شخصی به عنوان شخص بودن موضوع حکم قرار می گیرد، نه از این جهت که عنوان کلی بر آن انطباق دارد (حسینی شاهرودی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۲۳۸). روشن است که خطاب شارع یکی است نه متعدد و به فرض اگر هم متعدد باشد، فقط مربوط است به زمان حضور و شامل دیگر زمانها نمی شود. پس، از عدم تعدد انشائات کشف می شود که احکام شرعی به نحو قضایای خارجی نیستند، بلکه از قبیل قضایای حقیقی اند (حسینی شاهرودی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۲۳۸).

توضیح مطلب این که: احکامی که برای مکلفین ثابت شده بر دو قسم است: ۱. احکامی که جعل آنها با ادات خطاب نیست، مثل ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ (آل عمران/۹۷)؛ ۲. احکامی که با ادات خطاب آمده است، مانند ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ...﴾ (مانده ۱/). شمول حکم در قسم اول نسبت به غایبین و معدومین مشکلی ندارد، زیرا جعل احکام در این قسم به صورت قضیه حقیقی است و به طور یکسان تمام مکلفان را، چه موجود و چه معدوم، شامل می شود. در آیه شریفه ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ...﴾ دو قید مطرح است: یکی «ناس بودن» و دیگری «مستطیع بودن». عرف می گوید: برای هر کس، در هر زمان و مکان، که این دو قید تحقق پیدا کرد، حج واجب می شود.

اما در قسم دوم که جعل حکم با ادات خطاب آمده است، شمولش نسبت به معدومین بلکه حتی نسبت به غایبین از مجلسِ تخاطب غیر معقول است، تا چه رسد به کسانی که در زمانهای بعد وجود پیدا می کنند. برای حل این مشکل راه حل هایی ارائه شده است (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۱، ج ۶، ص ۳۶۲-۳۶۴). از جمله آن راه حل ها شیوه ای است که صاحب کفایة الاصول مطرح کرده است و آن این است که موضوعه ادات خطاب،

---

ب. موضوع قضیه حقیقی یک وصف کلی است که همیشه وجودش مفروض است و حکم بر آن بار می شود، خواه وصف عرضی باشد مانند عالم و خواه ذاتی باشد مانند انسان، اما موضوع در قضیه خارجی ذواتی هستند که بتوان به آنها در خارج اشاره کرد. لذا مفروض گرفتن آنها محال است، زیرا ذات خارجی و هر چیزی که بتوان به آن اشاره کرد فرض گرفتن معقول نیست، بلکه محقق الوجود است (صدر، ۱۴۰۵، ج ۳، ص ۲۷).

عبارت است از خطاب انشائی نه خطاب حقیقی. یعنی در طلب انشائی که با ساختار «افعل» و امثال آن به وجود انشائی ایجاد می‌شود، و نه وجود حقیقی، داعی بر این انشا متفاوت است، گاهی داعی طلب حقیقی است و گاهی دواعی دیگری مانند امتحان و اعتذار. لذا در خطاب انشائی، بین زنده یا مرده بودن، حاضر یا غایب بودن، موجود یا غیر موجود بودن مخاطب، فرقی نیست. در نتیجه، احکامی که به صورت خطاب مطرح شده‌اند، همان‌طور که حاضرین در جلسه خطاب را در بر می‌گیرد، شامل غایبین و معدومین نیز می‌شود و هیچ استحال‌های لازم نمی‌آید. به بیان دیگر، همان‌گونه که جعل احکام بدون استفاده از ادات خطاب و به نحو قضیه حقیقی، شامل تمام مکلفان در طول زمان و مکان الی یوم القیامه می‌شود، جعل احکام با استفاده از ادات خطاب نیز چنین شمولی دارد و منحصر به حاضران نیست (آخوند خراسانی، ۱۴۳۰، ج ۲، ص ۱۶۹).

### ۸-۲. امر دوم: انواع متعلق احکام

هر حکمی که به نحو کلی جعل می‌شود حتماً بر یک عنوان کلی و عام وارد می‌شود، یعنی متعلق احکامی که به عنوان قضایای حقیقی جعل می‌شوند همواره یک عنوان عام است. عمومیت این عنوان یا به نحو عام استغراقی است یا عام مجموعی یا عام بدلی. در عام بدلی، عمومیت حکم به اعتبار متعلق حکم است، ولی در عام استغراقی عمومیت حکم به اعتبار موضوع یا متعلق‌المتعلق می‌باشد. اما این که این عموم و شمول از کجا ناشی شده است، محل اختلاف است. برخی آن را در عمومات ناشی از وضع و در اطلاقات ناشی از مقدمات حکمت می‌دانند، و برخی عموم را در عام ناشی از وضع و در مطلقات ناشی از خصوصیات از کلام می‌دانند که باعث می‌شود در برخی موارد، اطلاق بدلی و در برخی موارد، اطلاق شمولی را نتیجه دهد (اراکی، ۱۴۳۵، ج ۱، ص ۵۰۱-۵۰۳).

خصوصیاتی را که موجب حمل اطلاق بر بدلی یا شمولی می‌شوند، می‌توان در تفاوت بین موضوع و متعلق مشاهده کرد، زیرا «موضوع» حکم در مقام جعل، مفروض‌الوجود تلقی می‌شود که موجب انطباق طبیعت بر همه افراد و در نتیجه، اطلاق شمولی می‌شود، درحالی که «متعلق» حکم در مقام جعل، مفروض‌الوجود نیست، بلکه مطلوب‌الوجود و تابع حصول غرض است و چون وجود طبیعت به وجود فرد است، با وجود فرد، مطلوب و

غرض حاصل می‌شود و در نتیجه، انجام دیگر مصادیق لغو خواهد بود.

### ۸-۲-۱. فرق بین متعلق و موضوع حکم

«موضوع» گاهی به معنای منطقی و گاه به معنای فلسفی و گاه به معنای اصولی به کار می‌رود:

الف. موضوع به معنای منطقی در مقابل محمول قضیه به کار می‌رود، و مراد از آن، معروض حمل در ترکیب قضیه حملیه است.

ب. موضوع به معنای فلسفی در مقابل عرض به کار می‌رود و به معنای محل عروض یا به تعبیر دیگر، جوهر است.

ج. موضوع به معنای اصولی، که به معنای امر خارجی متعلق فعل مکلف (متعلق‌المتعلق) است. مقصود از «موضوع» در این جا، معنای سوم (معنای اصولی) است. توضیح این که: احکام تکلیفی همگی به فعل مکلف تعلق می‌گیرد و از این رو، از فعل مکلف و عناوینی که بر آن دلالت می‌کنند به «متعلق حکم» تعبیر می‌شود. عناوینی نظیر «صلاة»، «زکاة» و «حج» همگی «فعل مکلف و متعلق حکم» به شمار می‌روند. این عناوین با فاعل (مکلف)، مفعول، ظرف زمانی و مکانی، و ابزار فعل نسبتی دارند. این متعلقات همگی امور خارجی‌اند و به تعبیری «متعلق‌المتعلق» هستند، که در اصطلاح اصولی از آن به «موضوع» تعبیر می‌شود. چنین موضوعی در مقام تکلیف «مفروض‌الوجود» لحاظ می‌شود، ولی فعلی که متعلق تکلیف و حکم مولی است، «مطلوب‌الوجود» لحاظ می‌شود و «معروض بی‌واسطه» و «مباشراً» حکم است. (اراکی، ۱۴۳۵، ج ۱، ص ۵۰۱-۵۰۳)

حال، حکم وقتی در قالب انشا یا اخبار به موضوعی نسبت داده می‌شود، به تعداد موضوع در خارج، تعدد و انحلال پیدا می‌کند، چون حکم بر عهده مکلف گذاشته شده است و فرض این است که مکلفان متعدد و مفروض‌الوجودند، اما وقتی حکم به متعلق نسبت داده می‌شود، به تعداد متعلق تعدد پیدا نمی‌کند، چون تطبیق مصادیق متعدد خارجی بر عهده مکلف است و همین که مکلف، طبیعت تکلیف را بر یک مصداق تطبیق داد، غرض مولی حاصل می‌گردد و از عهده مکلف برداشته می‌شود و نیازی به

انجام دیگر مصادیق نخواهد بود، بلکه انجام دیگر مصادیق لغو است (عبدالساتر، ۱۴۱۸، ج ۴، ص ۳۶۰).

### ۸-۳. امر سوم: حکم اولی و حکم ثانوی

تعریف‌های مختلفی برای حکم اولی و حکم ثانوی ذکر شده است، اما تعریفی که مشهور اصولیان و فقیهان از آن‌ها ارائه داده‌اند چنین است: حکم اولی حکمی است که بر افعال و ذوات به لحاظ عناوین اولی آن‌ها بار می‌شود، مانند وجوب نماز صبح و حرمت نوشیدن شراب. اما حکم ثانوی حکمی است که بر موضوعی به وصف اضطرار، اکراه و دیگر عناوین عارضی بار می‌شود، مانند جواز افطار در ماه رمضان در مورد کسی که روزه برایش ضرر دارد یا موجب حرج است. سبب نام‌گذاری چنین حکمی به حکم ثانوی آن است که در طول حکم واقعی اولی قرار دارد (مشکینی اردبیلی، ۱۳۷۴، ص ۱۲۱).

باید توجه داشت که ظاهراً حکم ثانوی فقط جنبه سلبی دارد، یعنی با عروض عنوان ثانوی اثبات حکمی صورت نمی‌گیرد، بلکه فقط موضوع یا محمول و حکم اولی را تقیید می‌زند. به تعبیر دیگر، حکم یا عنوان ثانوی نسبت به حکم اولی نظارت و حکومت دارد، نه این که حکم جدیدی را اثبات کند. در نتیجه، نحوه جعل حکم اولی به هر صورتی که باشد، حکم ثانوی همان را تقیید می‌زند و دایره‌اش را مضیق می‌کند. از آنجاکه احکام شرعی به نحو قضایای حقیقی جعل می‌شوند و از طرفی، تحقق حکم همواره تابع تحقق موضوع است و تا موضوع وجود پیدا نکند، حکم فعلیت نخواهد یافت، در نتیجه، عروض عنوان ثانوی بر حکم اولی با تمام اوصافش می‌باشد، یعنی عنوان ثانوی، حکم اولی را که به نحو قضیه حقیقی جعل شده است را تقیید زده و هر وصفی که حکم اولی دارد، حکم و عنوان ثانوی ناظر بر همان حکم با همان اوصاف است. آن اوصاف عبارت بودند از این که اولاً به نحو قضیه حقیقی اند و ثانیاً فعلیت آن‌ها تابع تحقق موضوعشان می‌باشد.

به‌عنوان مثال، یکی از عناوین ثانوی عنوان نفی ضرر و ضرار است. حرمتی که از این نهی به دست می‌آید تابع تحقق موضوع می‌باشد، یعنی هر جا ضرر و ضرار محقق شود، حرمت آن ثابت است، و هر جا موضوع ضرر محقق نشود حرمت نیز ندارد، لذا فعلیت حرمت تابع فعلیت موضوع است و از این جهت، هیچ فرقی بین حکم اولی و ثانوی

نیست. تنها فرقی که هست این است که وجود حکم ثانوی متفرع بر وجود حکم اولی است، و اگر حکم اولی نباشد، حکم ثانوی موضوع ندارد یا به تعبیری، لغو است (خوبی، ۱۴۲۲، ج ۱، ص ۶۲۰-۶۲۱).

### ۹. غرر شخصی یا نوعی

بعد از بیان امور سه گانه فوق، به بررسی دیدگاه شیخ انصاری در باب غرر شخصی و نوعی می پردازیم. باید توجه داشت که مقصود از شخصی یا نوعی بودن غرر در مورد بحث، آن است که ملاک غرری بودن در هر مسئله آیا به لحاظ نوع آن می باشد یا به لحاظ هر فرد فرد است؟ به تعبیر دیگر، آیا جریان قاعده نفی غرر در هر مسئله ای به اعتبار این است که چون غرر در عمده مصادیق آن جریان دارد لذا قاعده حاکم است، یا این که هر مصداق را به طور خاص باید ملاحظه کرد که آیا در آن مورد خاص غرری هست یا نه، که اگر غرری بود، باطل است، وگرنه نمی توان به اعتبار غرری بودن اکثر مصادیق آن، حکم به بطلان کرد؟ بنابراین، بحث در این است که آیا وجود غرر در هر فرد ملاک است یا وجود غرر در اکثر افراد؟ یا به تعبیری دیگر، غرر شخصی ملاک است یا نوعی؟

### ۱۰. اشکالات دیدگاه مرحوم شیخ انصاری

#### ۱۰-۱. اشکال اول

برای روشن شدن مسئله، اولاً ابتدا باید دید مفاد اخبار مربوط به شرط بودن کیل و وزن در اجناس مکیل و موزون چیست؟ با تتبع در روایات مربوط به اجناس کیلی و وزنی، این معنا به دست می آید که آنچه در بیع لازم است این است که ثمن و مثن در بیع باید به لحاظ مقدار، معلوم باشند و راه تشخیص مقدار مبیع در اجناس مکیل و موزون عبارت است از کیل و وزن کردن آن ها. می توان ادعا کرد که مستفاد از این روایات آن است که لزوم کیل و وزن در اجناس مکیل و موزون به عنوان طریق تحصیل علم به مقدار عوضین به شمار می آید، نه این که لزوم کیل و وزن در مکیلات و موزونات موضوعیت داشته باشد. بنابراین، هر چیزی که به نوعی بتواند مقدار عوضین را مشخص کند می تواند به عنوان ابزار تعیین مقدار عوضین قرار بگیرد.

از سوی دیگر، عرف تشخیص می دهد که چه چیزی می تواند این نقش را ایفا کند،

یعنی اگر عرف هر چیزی را به نوعی تعیین کننده مقدار عوضین معرفی کند، ملاک عمل خواهد بود؛ البته عرفی که مورد تأیید شارع نیز باشد. از جمله مواردی که شارع نظر عرف را در تعیین مقدار عوضین تأیید کرده است، تعیین مقدار اجناس مکیل و موزون به کیل و وزن است. از دیگر موارد، اخبار بایع به کیل و وزن می‌باشد. شاهد آن این است که فقها معتقدند که اگر بایع اخبار به کیل و وزن کند و اخبار او از نظر عرف طریق به شمار بیاید و موجب حصول اطمینان شود، می‌توان به اخبار او اعتماد کرد و بیع بر اساس اخبار بایع صحیح خواهد بود (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۴، ص ۲۴۰-۲۴۴). این حاکی از آن است که کیل و وزن کردن این نوع اجناس امری تبعدی نیست و موضوعیت ندارد، بلکه از باب این است که به این وسیله علم به مقدار پیدا می‌شود.

ثانیاً تعبیری در روایات مربوط به اجناس کیلی و وزنی آمده است که روشن می‌سازد که چرا بیع اجناس مکیل و موزون بدون کیل و وزن باطل است. آن تعبیر این است که اگر این نوع اجناس بدون کیل و وزن فروخته شوند، این بیع مجازفه است (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۲، ص ۲۵۴، باب ۴، حدیث ۲). فروش مال بدون تعیین مقدار آن را بیع الجزاف یا مجازفه می‌گویند (حائری، ۱۳۷۹، ج ۵، ص ۲۳۶). «جزاف» عبارت است از چیزی که مقدارش به لحاظ کیل و وزن نامعلوم باشد (ابن‌منظور، ۱۴۱۴، ج ۹، ص ۲۷).

حال، سؤالی که در این جا مطرح می‌شود این است که چرا از نظر مشهور فقها بیع مجازفه باطل است؟ پاسخ به این پرسش آن است که چون اجناسی که مقدار آن‌ها با کیل و وزن تعیین می‌شود، اگر بدون کیل و وزن مورد معامله قرار گیرند، به احتمال زیاد از نظر عرف، در معرض خطر قرار می‌گیرند و آن خطر عبارت است از احتمال متضرر شدن یکی متعاقدين، لذا شارع برای جلوگیری از بروز چنین خطری، حکم به بطلان این معامله نموده است. اگر معنای «مجازفه» چنین است، این معنا به نوعی همان معنایی است که برای غرر بیان شده است که عبارت بود از «احتمال ضرر یا در معرض ضرر قرار گرفتن». پس می‌توان گفت که مفاد روایات باب کیل و وزن با حدیث غرر هماهنگ است و هر دو دسته، شرط معلوم بودن عوضین در معامله به ملاک اجتناب از احتمال وقوع در ضرر را بیان می‌کنند. به تعبیر دیگر، همان خطری که در بیع مجازفه‌ای وجود دارد در بیع غرری نیز هست و هر دو عنوان بیانگر یک چیزند. در نتیجه، بین این دو دسته روایت

تنافی‌ای وجود ندارد و هر دو ناظر به عموماًت بیع هستند.

ثالثاً نسبت این دو دسته روایت (روایات باب مکمل و موزون و حدیث غرر) با عموماًت و اطلاقاًت صحت بیع، یا تخصیص و تقیید است یا حکومت. توضیح این‌که: همان‌سان که در امور سه‌گانه پیشین بیان شد، عموماًت و اطلاقاًت بیع در مقام بیان حکم اولی می‌باشند. احکام اولیه همواره به نحو قضیه حقیقی روی عنوانی عام می‌رود که دارای مصادیق متعدد می‌باشد، یعنی طبیعت کلی این عنوان متعلق حکم قرار می‌گیرد و تحقق طبیعت کلی در خارج و تعیین مصداق خارجی آن به انتخاب مکلف است و با انتخاب یک مصداق توسط شخص مکلف، طبیعت کلی محقق می‌شود و غرض مولی از حکمی که نموده است حاصل می‌شود. از این جهت، همان‌طور که گفته شد، خطاب و حکمی که از مولی صادر می‌شود نسبت به متعلق، تعدد ندارد و فقط روی عنوان عامی که دارای مصادیق متعدد است رفته است.

اما همین حکم اولی کلی که روی عنوان عام رفته است، به اعتبار متعلق‌المتعلق یا موضوع، تعدد پیدا می‌کند و هر فردی از موضوع، دارای حکمی مستقل می‌شود و به ازاء هر موضوع یک حکم وجود دارد. به تعبیر دیگر، انشاء حکم انحلال پیدا می‌کند به میزان تعدد موضوع، چراکه اقتضای قضیه حقیقی چنین است. در نتیجه، هر وقت موضوع حکم فعلیت پیدا کند، حکم نیز فعلیت خواهد یافت و فعلیت حکم تابع فعلیت موضوع است. حال، این احکام اولیه ممکن است دارای شرایط و قیودی باشند که آن‌ها نیز از طرف مولی جعل می‌شوند: یا ممکن است مولی احکامی را در قالب عناوین و احکام ثانوی جعل کند که به طور طبیعی، ناظر به احکام اولیه‌اند. بدیهی است که نحوه اخذ قیود و شرایط یا جعل احکام ثانوی دقیقاً به گونه‌ای خواهد بود که حکم اولی جعل شده است. یعنی اگر جعل حکم اولی به نحو قضیه حقیقی بوده است، شرایط و قیود آن و همچنین احکام ثانوی ناظر به آن نیز به همان کیفیت خواهد بود. به‌عنوان مثال، اگر عموماًت ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ و ﴿تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ و ... به‌عنوان حکم اولی و به نحو قضیه حقیقی می‌باشند، شرط معلوم بودن عوضین و مجازفه نبودن بیع یا غرری نبودن بیع به‌عنوان حکم ثانوی، با فرض این‌که نفی غرر از احکام ثانوی به شمار آید، نیز به نحو قضیه حقیقی خواهد بود. در نتیجه، تأثیر آن‌ها تابع تحقق موضوع خواهد بود، یعنی هر جا بیع مجازفه‌ای

یا غرری بود، حکم بطلان بر آن بار می‌شود؛ اما اگر بیع بود، ولی جزاف یا غرری وجود نداشت، نمی‌توان حکم به بطلان کرد.

با این بیان، سخن مرحوم شیخ انصاری در مسئله لزوم کیل و وزن در اجناس کیلی و وزنی که مبتنی بر روشن شدن دو امر کرده است، درست به نظر نمی‌رسد. یکی از آن دو امر مورد نظر شیخ این است که آیا غرر منفی در بیع، شخصی است یا نوعی؟ اگر غرر شخصی ملاک باشد، رعایت کیل و وزن مخصوص موارد غرری خواهد بود. اما اگر غرر نوعی ملاک باشد، باید در تمام مکیلات و موزونات کیل و وزن رعایت شود، هرچند غرری وجود نداشته باشد.

دوم این که تخصیص‌هایی که از ناحیه ادله شرط بودن کیل و وزن در مکیلات و موزونات بر عمومات صحت بیع وارد شده، آیا در جمیع موارد جاری است یا مخصوص موارد قدر متیقن است که در نتیجه، در موارد مشکوک به عمومات صحت بیع رجوع می‌شود؟

نتیجه سخن مرحوم شیخ در مورد امر اول این است که باید دید دلیل شرط بودن علم به عوضین در باب بیع چیست. اگر دلیل آن حدیث نفی غرر است، این سؤال مطرح می‌شود که استفاد از حدیث غرر چیست؟ آیا وجود غرر در بیع علت بطلان است یا این که غرر حکمت به شمار می‌آید نه علت؟ اگر علت باشد، حکم به بطلان، مختص به مواردی خواهد بود که غرر بالفعل وجود داشته باشد و طبیعتاً آنچه مورد نهی شارع قرار گرفته است غرر شخصی است نه نوعی. لذا در مواردی که غرر وجود نداشته باشد می‌توان بدون کیل و وزن خرید و فروش کرد.

اما اگر استفاد از حدیث غرر این است که وجود غرر حکمت حکم به بطلان است نه علت، در این صورت، بیع بدون کیل و وزن در مکیلات و موزونات باطل خواهد بود، هرچند غرر وجود نداشته باشد، چون غرر به‌عنوان حکمت حکم به کیل و وزن می‌باشد نه علت. لذا برای حکم به بطلان لزومی ندارد در تمام موارد غرر وجود داشته باشد، و چون در بحث کیل و وزن، غرر به‌عنوان حکمت به شمار می‌آید، در نتیجه، اگر عوضین در بیع مجهول باشند، بیع آن‌ها باطل است، هرچند در برخی موارد وجود جهل موجب غرر نباشد (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۴، ص ۲۱۴ و ۲۱۹).



نتیجه این سخن مرحوم شیخ انصاری در مورد امر دوم نیز آن است که تخصیص عموماً بیع با روایات باب مکیل و موزون در جمیع موارد است، یعنی در تمام اجناس مکیل و موزون باید حتماً با کیل و وزن معامله شوند، در غیر این صورت، بیع باطل خواهد بود.

با بیان و توضیحی که در مورد نحوه جعل حکم اولی و ثانوی و همچنین رابطه روایات باب مکیل و موزون با حدیث نفی بیع غرری و نسبت هر دو دسته با عموماً باب بیع ارائه شد، به نظر می‌رسد که تصویر مرحوم شیخ هم در امر اول ایشان و هم در مورد امر دوم نادرست است، زیرا گفته شده که اولاً روایات باب مکیل و موزون با حدیث نفی غرر هیچ گونه تنافی ای ندارند و مفاد هر دو دسته، بطلان بیع غرری و مجازفه‌ای است. همچنین روشن شد که نسبت هر دو دسته روایت به عموماً صحت بیع از باب عام و خاص یا اطلاق و تقیید یا حاکم و محکوم هستند و بیانگر آن است که در هر بیعی که به همراه جزاف یا غرر باشد، بیع باطل است و اگر جزاف یا غرری نباشد، بیع صحیح است، حتی اگر کیل و وزن هم نشود.

ثانیاً نسبت به امر دوم نیز روشن شد که روایات باب کیل و وزن و همچنین حدیث غرر نسبت به عموماً صحت بیع بدین گونه است که فقط در صورت وجود غرر و جزاف، کیل و وزن کردن لازم است، اما اگر بیع جزاف و غرر وجود ندارد، کیل و وزن کردن لازم نیست.

## ۱۰-۲. اشکال دوم

این که مرحوم شیخ انصاری در اجناس مکیل و موزون غرر را نوعی دانسته، ولی در مورد بیع زمین و پارچه به صورت مشاهده غرر را شخصی می‌داند، اشکال این است که اگر ملاک، غرر نوعی است باید در همه جا نوع بودن معیار باشد و اگر ملاک، غرر شخصی است باید در همه موارد شخصی بودن معیار باشد. چه فرقی بین این دو هست؟ این بیان که در باب بیع زمین و پارچه با مشاهده، چون دلیل بر اندازه‌گیری نداریم، لذا غرر شخصی ملاک می‌باشد (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۴، ص ۲۴۶)، نمی‌تواند منشأ تفاوت باشد، چون آنچه معیار صحت و بطلان است آن است که اگر عوضین معلوم باشند، بیع صحیح است

و اگر عوضین نامعلوم باشند، بیع باطل است. منشأ معلوم بودن یا نبودن، هر چه باشد فرقی نمی‌کند، لذا اگر از هر راهی بتوان علم به مقدار عوضین پیدا کرد، بیع صحیح است، خواه کیل و وزن بشود یا نه، چون ملاک، وجود غرر و عدم آن است، البته نه از باب این که چون غرر علت است، بلکه از باب این که موضوع ندارد.

### ۱۰-۳. اشکال سوم

اساساً، بحث از این که غرر علت است یا حکمت، در بحث مکیل و موزون موضوعیت ندارد، زیرا این نزاع در جایی جریان دارد که عنوان غرر موضوع حکم قرار نگرفته باشد (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳، ج ۲۲، ص ۱۷۵). در این صورت است که می‌توان این بحث را مطرح کرد که نقش غرر به عنوان علت است یا حکمت و به تعبیر دیگر، غرر شخصی است یا نوعی.

اما درجایی که عنوان غرر در لسان ادله به عنوان موضوع اخذ شده باشد، طرح نزاع شخصی یا نوعی بودن غرر بی‌معناست، زیرا حکم تابع موضوع است و هر جا موضوع باشد، حکم نیز هست و هر جا موضوع نباشد، حکم نیز وجود نخواهد داشت و نیازی ندارد بحث شود که غرر شخصی است یا نوعی. این در حالی است که عنوان غرر در حدیث غرر همانند عنوان ضرر و حرج، موضوع حکم به بطلان قرار گرفته است و نقش علیت را ایفا می‌کند، یعنی وجود حکم به نحو قضیه حقیقی تابع وجود و عدم غرر است. در نتیجه، هر جا غرر بود، بیع باطل است و هر جا غرر نبود، بیع صحیح است (خویی، بی‌تا، ج ۵، ص ۳۲۶-۳۲۷).

به بیان دیگر، سخن مرحوم شیخ انصاری مبنی بر این که غرری بودن بیع، علت است یا حکمت، در مواردی است که اولاً موضوع حکم بیان شده باشد و سپس چیزی ذکر شده باشد که ممکن است علت باشد یا حکمت. در این صورت، سخن مرحوم شیخ جا دارد، ولی در جایی که خود آن عنوان، موضوع حکم قرار گرفته باشد مثل «نهی النبی عن بیع الغرر»، که در این جا خود بیع غرری موضوع حکم قرار گرفته است، این بحث جایی ندارد، زیرا وقتی خود بیع غرری موضوع حکم قرار گرفت، ملاک و معیار برای وجود حکم، وجود موضوع خواهد بود، یعنی در شخص هر معامله‌ای که این موضوع باشد،

بطلان هست و هر جا نباشد، بطلان نیست و طبعاً بحث از علت یا حکمت بودن غرر معنا پیدا نمی‌کند. به‌عنوان مثال، وقتی مولی می‌گوید: «أكرم العالم»، دیگر جا ندارد بگوییم این «علم» علت حکم است یا حکمت حکم؟ اگر حکمت باشد غیر عالم را هم می‌شود اکرام کرد و اگر علت باشد، نمی‌شود اکرام کرد؟! در این جا عالم موضوع حکم است نه علت آن. در بحث غرر نیز چنین است، یعنی «بیع الغرر» موضوع واقع شده است، لذا قطعاً نگاه شخصی است نه نوعی، یعنی هر قراردادی که غرری باشد، باطل است و در غیر این صورت، باطل نخواهد بود.

### نتیجه‌گیری

با توجه به مباحثی که صورت گرفت، می‌توان نتایج آن را به شرح زیر عرضه کرد:

۱. مقصود از غرری که در حدیث نبوی نفی غرر آمده است، احتمال و خوف ضرر و در معرض هلاکت قرار دادن به دلیل وجود جهالت می‌باشد، یعنی جهل به‌عنوان منشأ غرر به شمار می‌آید نه این که غرر به معنای جهالت باشد.
۲. روایات باب مکیل و موزون که حکم به لزوم اندازه‌گیری می‌کنند، از باب این است که اگر تقدیر و اندازه‌گیری صورت نگیرد، موجب جزاف می‌گردد که در این روایات از آن نهی شده است. پس ملاک لزوم کیل و وزن کردن، جهت نفی مجازفه است، و بیان شد که نفی مجازفه با نفی غرری مفهومی یکسان دارند و بین آن‌ها تنافی وجود ندارد.
۳. روشن شد که نسبت روایات باب کیل و وزن و حدیث نفی غرر با عمومات و اطلاقات صحت بیع نسبت عام و خاص، یا اطلاق و تقیید و یا حاکم و محکوم می‌باشد و دایره حکم و یا موضوع آن عمومات و اطلاقات را تضییق می‌کند، چراکه اگر جعل احکام اولی به نحو قضیه حقیقی باشد و حکم روی یک عنوان عام برود، آن حکم به لحاظ موضوع، تعدد پیدا می‌کند و در نتیجه، وجود حکم تابع وجود موضوع می‌شود. معنای آن این است که صحت و عدم صحت بیع تابع وجود و عدم مجازفه و غرر است، یعنی هر جا غرر و مجازفه باشد، بیع باطل است و هر جا نباشد، بیع صحیح است، و این همان معنای شخصی بودن غرر است.

۴. بحث شخصی یا نوعی بودن غرر و به تعبیر دیگر، علت یا حکمت بودن غرر در جایی قابل طرح است که خود عنوان «بیع غرری» موضوع حکم قرار نگرفته باشد. این در حالی است که خود این عنوان موضوع حکم قرار گرفته است. در نتیجه، حکم به بطلان یا صحت تابع وجود موضوع و عدم آن است. بنابراین، بحث از شخصی یا نوعی بودن و همچنین بحث از علت یا حکمت بودن غرر معنا ندارد. از این رو، سخن مرحوم شیخ انصاری در این دو حوزه درست به نظر نمی‌رسد.

### فهرست منابع

۱. قرآن کریم
۲. آخوند خراسانی، محمدکاظم. (۱۴۳۰ق). کفایة الأصول. قم: مؤسسة النشر الإسلامی.
۳. ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۰۵ق). لسان العرب. قم: نشر أدب الحوزه.
۴. ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ق). لسان العرب. بیروت: دار صادر.
۵. اراکی، محسن. (۱۴۳۵ق). اصول فقه نوین. قم: مجمع الفکر الإسلامی.
۶. انصاری، مرتضی. (۱۴۱۵ق). المکاسب. قم: مجمع الفکر الإسلامی (چاپ کنگره).
۷. تبریزی، جواد بن علی. (۱۴۱۶ق). إرشاد الطالب. قم: اسماعیلیان.
۸. جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۰۷ق). صحاح اللغة. بیروت: دار العلم للملایین.
۹. حائری، مسعود. (۱۳۷۹ش). بیع، در: دانشنامه جهان اسلام، (زیر نظر غلامعلی حداد عادل). تهران: بنیاد دایرة المعارف اسلامی.
۱۰. حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعه. قم: مؤسسه آل البيت (ع).
۱۱. حسینی شاهرودی، محمود. (۱۳۸۵ش). نتایج الأفكار فی الأصول. قم: آل مرتضی (ع).
۱۲. حکیم، سید محسن. (بی تا). نهج الفقاهه. قم: انتشارات ۲۲ بهمن.
۱۳. خمینی، سید روح الله. (۱۴۲۱ق). البیع. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۱۴. خمینی، سید روح الله. (بی تا). تحریر الوسیله. قم: دار العلم.
۱۵. خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۲۲ق). مصباح الأصول، (تقریرات واعظ حسینی). قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی.
۱۶. خویی، سید ابوالقاسم. (بی تا). مصباح الفقاهه. انتشارات وجدانی.
۱۷. زبیدی، محمد مرتضی. (۱۳۰۶ق). تاج العروس. بیروت: دار مکتبة الحیاه.
۱۸. صدر، سید محمدباقر. (۱۴۰۵ق). دروس فی علم الأصول. بیروت: دار المنتظر.
۱۹. طباطبایی یزدی، سید محمد. (۱۴۱۹ق). عروة الوثقی، (تصحیح احمد محسنی سبزواری). قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۲۰. عاملی، محمد بن مکی، (شهید اول). (بی تا). القواعد والفوائد، (تصحیح سید عبدالهادی حکیم). قم: مکتبه المفید.
۲۱. عبدالساتر، حسن. (۱۴۱۸ق). بحوث فی علم الأصول. بیروت: الدار الإسلامیه.
۲۲. فاضل لنکرانی، محمد. (۱۳۸۱ش). اصول فقه شیعه. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار(ع).
۲۳. فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۰۵ق). العین. قم: دار الهجرة.
۲۴. فیروزآبادی، محمد بن یعقوب. (بی تا). القاموس المحيط. بیروت: دار المعرفه.
۲۵. محدث نوری، میرزا حسین. (۱۴۰۸ق). مستدرک الوسائل. بیروت: مؤسسه آل البيت(ع).
۲۶. مشکینی اردبیلی، علی. (۱۳۷۴ش). اصطلاحات الأصول. قم: الهادی.
۲۷. نائینی، محمد حسین. (۱۴۱۳ق). المکاسب والبیع. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۲۸. نائینی، محمد حسین. (۱۴۱۸ق). منیه الطالب. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
۲۹. نجفی، محمد حسن. (۱۳۶۷ش). جواهر الکلام. تهران: دار الکتب الإسلامیه.
۳۰. نراقی، محمد بن احمد. (۱۴۲۲ق). مشارق الأحکام. قم: کنگره بزرگداشت محققان ملا مهدی و ملا احمد نراقی.





## Examination of the Condition of Ijtihād in the Role of Arbitration

Husayn Hūshmand Fīrūzābādī<sup>1</sup> , Muḥammad Jawād Qāsimī Zādigān,<sup>2</sup>  
Iḥsān Yāwarī<sup>3</sup>

1. Corresponding Author, Associate Professor, Department of Law and Social Jurisprudence, Research Institute of Hawza al-‘Ilmīyya (Islamic Seminary) and University, Qom, Iran. Email: [hooshmand@rihu.ac.ir](mailto:hooshmand@rihu.ac.ir)
2. Graduate of the Saṭḥ (Level) 4 of the Seminary and Professor at the Advanced and Higher levels of Qom Hawza al-‘Ilmīyya (Islamic Seminary), Qom, Iran. Email: [javad.ghasemizadegan@yahoo.com](mailto:javad.ghasemizadegan@yahoo.com)
3. Assistant Professor, Department of Law, Ayatollah Borujerdi University, Borujerd, Iran. Email: [ehsan.yavari@abru.ac.ir](mailto:ehsan.yavari@abru.ac.ir)

### Article Info

#### Article type:

Research Article

#### Article history:

Received 3 December 2022

Received in revised form 8

April 2023

Accepted 19 September

2023

Available online 1 October

2023

#### Keywords:

Arbitration, Tahkīm

(Arabic: تَحْكِيم, Islamic

arbitration), Ijtihād

(Arabic: اجْتِهَاد, lit.:

physical effort or mental

effort), Arbitration

judgment (Persian: قضاوت

تَحْكِيمِي), Expertise.



### ABSTRACT

The method of dispute resolution through arbitration is popular and increasingly widespread due to its nature as a quick, specialized, and a form of private adjudication based on the parties' will. Despite the well-known opinion of the jurists who maintain that it is necessary for an arbitrator to have ijtihād (Arabic: اجْتِهَاد, lit.: physical effort or mental effort) just as it is required for an appointed judge, some jurists have not accepted this. In law, although there is an emphasis on the necessity for the arbitrator to have expertise regarding the disputes referred to him, ultimately the will of the parties can disregard the necessity of having this expertise and assign arbitration to a non-specialist. This article examines the legal requirement of ijtihad in arbitration, drawing upon the principles of Imāmiyya (Arabic: اماميه) jurisprudence. Specifically, we seek to determine whether, from a jurisprudential perspective, ijtihād (physical effort or mental effort) is a necessary qualification for arbitrators, akin to the requirement for appointed judges. To explore the issue at hand, it's essential to clarify the exact nature of tahkīm (Arabic: تَحْكِيم, Islamic arbitration) and legal arbitration. This article, using a descriptive-analytical approach, first investigates the concept of arbitration and highlights the overlap between the "arbitration" institution in law and "arbitration judgment" (Persian: قضاوت تَحْكِيمِي) in jurisprudence. Among the various views on whether ijtihād (intellectual effort) is required for arbitrators, the article adopts the theory of distinction. This theory suggests that ijtihad is not necessary for minor claims and those involving personal rights (Haqq al-Nās) but is required for other types of disputes and claims. The theory is supported by three main arguments: firstly, disregarding the specific context mentioned in Imām 'Alī ('alayhi s-salāmu)'s narration; secondly, considering the suitability of the ruling and subject from the perspective of custom; and thirdly, recognizing the specialized nature of the arbitration process. Other theories are set aside based on these considerations.

**Cite this article:** Hūshmand Fīrūzābādī, H.; Qāsimī Zādigān, M., J.; Yāwarī, I. (2024). Examination of the Condition of Ijtihād in the Role of Arbitration. *Civil Jurisprudence Doctrines*, 16 (30), 287-316. <https://doi.org/10.30513/cjd.2023.4850.1819>





## بررسی اشتراط اجتهاد در سِمَت داوری

حسین هوشمند فیروزآبادی<sup>۱</sup> | محمدجواد قاسمی زادگان<sup>۲</sup> | احسان یآوری<sup>۳</sup>

۱. نویسنده مسئول، دانشیار، گروه حقوق و فقه اجتماعی، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه قم، قم، ایران. رایانامه: [hooshmand@rihu.ac.ir](mailto:hooshmand@rihu.ac.ir)
۲. دانش‌آموخته سطح چهار حوزه علمیه و استاد سطوح عالی حوزه علمیه قم، قم، ایران. رایانامه: [javad.ghasemizadegan@yahoo.com](mailto:javad.ghasemizadegan@yahoo.com)
۳. استادیار، گروه حقوق، دانشگاه آیت‌الله بروجردی (ره)، بروجرد، ایران. رایانامه: [ehsan.yavari@abru.ac.ir](mailto:ehsan.yavari@abru.ac.ir)

اطلاعات مقاله	چکیده
<p>نوع مقاله: علمی پژوهشی</p> <p>تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۹/۱۲</p> <p>تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۱/۱۹</p> <p>تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۶/۲۸</p> <p>تاریخ انتشار آنلاین: ۱۴۰۳/۰۷/۰۹</p> <p>کلیدواژه‌ها:</p> <p>داوری، تحکیم، اجتهاد، قضاوت تحکیمی، تخصص.</p>	<p>شیوه حل اختلاف از طریق داوری به دلیل این که شیوه‌ای سریع، تخصصی و نوعی قضاوت خصوصی بر پایه اراده طرفین محسوب می‌گردد، شایع و رو به گسترش است. علی‌رغم نظر مشهور فقها که قائل به اشتراط اجتهاد در داور همانند اشتراط آن در قاضی منصوب می‌باشند، اما برخی فقها آن را نپذیرفته‌اند و در حقوق نیز گرچه بر لزوم تخصص داور در خصوص اختلاف ارجاع‌شده به وی تأکید گردیده، اما نهایتاً اراده طرفین می‌تواند لزوم دارا بودن این تخصص را نادیده گرفته و داوری را به فردی غیرمتخصص واگذار نماید. در این نوشتار با توجه به ضرورت تبعیت و مطابقت قوانین با فقه امامیه، در پی پاسخ به این پرسش هستیم که از جهت فقهی آیا اشتراط اجتهاد در داوری همانند قضاوت نصبی وجود دارد یا خیر؟ از آنجا که بررسی این امر مستلزم تعیین ماهیت دقیق تحکیم و داوری می‌باشد، در این نوشتار که به روش توصیفی - تحلیلی نگاشته شده، پس از بررسی ماهیت داوری و اثبات هم‌پوشانی نهاد «داوری» در حقوق با نهاد «قضاوت تحکیمی» در فقه، از میان نظریات مختلف طرح‌شده در رابطه با اشتراط اجتهاد در داور، نظریه تفصیل یعنی عدم اشتراط اجتهاد در دعاوی جزئی و مربوط به حق‌الناس و اشتراط آن در سایر دعاوی، اولاً به کمک الغای خصوصیت از مورد مذکور در روایت امام علی(ع)، ثانیاً به کمک مناسبت حکم و موضوع از نظر عرف، و ثالثاً با توجه به ماهیت کارشناسی عملیات داوری، مورد پذیرش قرار گرفته و ادله سایر نظریات کنار گذاشته شده است.</p>



**استناد:** هوشمند فیروزآبادی، حسین؛ قاسمی‌زادگان، محمدجواد؛ یآوری، احسان. (۱۴۰۳). بررسی اشتراط اجتهاد در سِمَت

داوری، ۱۶(۳۰): ۲۸۷-۳۱۶. <https://doi.org/10.30513/cjd.2023.4850.1819>



© نویسندگان

ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.



## مقدمه

بی‌شک فقها و حقوق دانان اسلامی بر ضرورت دارا بودن مقداری یا بهتر بگوییم حداقلی از علم برای داور یا قاضی تحکیم نسبت به احکام شرعی اتفاق دارند. این میزان حداقلی برای وثاقت و اطمینان و فهم حوادث و درک موازین قضایی لازم است تا قاضی بتواند بر اساس آن، عملیات قضایی و فصل خصومت را اداره نماید. انسان جاهل و غیرعالم نمی‌تواند بین موضع حق و باطل تفکیک کند و نمی‌تواند به احکام شرعی در مقام رفع نزاع و فصل خصومت استناد نماید، اما این که آیا برای داور یا قاضی تحکیم علاوه بر این حداقل نیاز به اجتهاد هم می‌باشد یا خیر بین فقها اختلاف هست. آیا اگر کسی مجتهد نباشد، بلکه مقلد باشد و از مجتهد حکمی را فرا گیرد یا با تتبع در اقوال مجتهدین، حکم را اخذ کند، به صرف مجتهد نبودنش، نباید حکمش را نافذ بدانیم یا خیر؟ به عبارت دیگر، آیا مجتهد بودن برای قاضی تحکیم طریقت دارد یا موضوعیت؟ اگر قائل شویم که اجتهاد برای وصول به حکم شرعی و مطابق حق و انصاف حکم کردن طریقت دارد، اگر فرد غیرمجتهدی هم توانست قضاوت شرعی و مطابق حق و انصاف داشته باشد، قضاوت و داوری وی باید مشروع و نافذ باشد. اما اگر اجتهاد داشتن موضوعیت داشته باشد، در این صورت، شخص غیرمجتهد حق قضاوت میان مردم را ندارد.

هرچند مراجعه به داور بر اساس تخصص و تمحصی که نسبت به موضوع اختلاف دارد، رویه خردمندان و سیره جاری عقلاست، اما فراتر از تخصص، دارا بودن اجتهاد داور که مشهور فقها به آن قائل اند، کمتر مورد توجه قرار گرفته است.

از بُعد حقوقی، قانون‌گذار هیچ محدودیت و مانعی برای پذیرش سمت داوری افراد غیرمتخصص تعیین ننموده است و شاید مسئله را به دلیل وضوح عرفی و تأیید سیره خردمندان، به خود طرفین اختلاف واگذار نموده تا از این شیوه خردمندان تبعیت نمایند و اگر هم از این رویه تخطی کنند، طبعاً آسیب‌های آتی گریبان خود آن‌ها را خواهد گرفت. فراتر از تخصص، در حقوق اشتراط اجتهاد برای داوری نیز وجود ندارد و همین که طرفین اختلاف، شخصی را واجد آگاهی کافی و یا نسبی جهت حل اختلاف تشخیص دهند می‌توانند وی را داور برگزینند. به عبارت دیگر، در حقوق هر شخص حقیقی که دارای

اهلیت استیفا باشد، علی‌القاعده می‌تواند به‌عنوان داور انتخاب شود، مگر در مواردی که استثنا شده باشد. ممنوعیت از داوری در حقوق می‌تواند مطلق یا نسبی باشد. ممنوعیت مطلق از داوری در صورتی است که شخص نه‌تنها علی‌رغم تراضی طرفین از داوری ممنوع باشد، بلکه این ممنوعیت عام بوده و شامل تمامی اختلافات و دعاوی گردد. این نوع ممنوعیت در مواد ۴۶۶ و ۴۷۰ قانون آیین دادرسی کیفری دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور مدنی) پیش‌بینی شده است. ممنوعیت نسبی از داوری در صورتی است که شخص فقط در موارد مشخصی نتواند به مأموریت داوری اشتغال یابد، بی‌آن‌که از داوری به‌طور مطلق ممنوع باشد. این نوع ممنوعیت در قانون آیین دادرسی در ماده ۴۵۶ و ۴۶۹ و ماده نخست قانون منع مداخله مصوب ۱۳۳۷ پیش‌بینی شده است.

از بُعد فقهی، مشهور فقهای امامیه معتقدند که تمام شرایط قاضی منصوب را باید قاضی تحکیم یا داور نیز دارا باشد (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱۳، ص ۳۳۳) که از جمله آن شروط، مجتهد بودن هر نوع قاضی است. پذیرش نظر مشهور مستلزم توالی فاسدی است به این شرح که یا باید به دلیل عدم ممنوعیت داوری غیرمجتهدان قائل شویم که قاضی تحکیم در فقه غیر از داور در حقوق است. این در حالی است که مشهور حقوق‌دانان آشنا با فقه اسلامی و بسیاری از فقهای معاصر آشنا با حقوق، قائل به یکی بودن نهاد قضاوت تحکیمی با نهاد داوری‌اند، و یا این‌که سکوت قانون‌گذار را در عدم اشاره به لزوم اجتهاد داور، حمل بر نظر مشهور نماییم و اگر یکی از طرفین اختلاف به رأی صادره داور غیرمجتهد معترض شد، قاضی می‌تواند با استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی، اعتراض را وارد تشخیص داده و رأی صادرشده را با ابتنا بر نظر مشهور فقها به دلیل فقدان صلاحیت فصل خصومت غیرمجتهد، باطل نماید.

در این نوشتار که به روش توصیفی تحلیلی تدوین گردیده است، با پیش‌فرض گرفتن مشروعیت داوری (قضاوت تحکیمی) در زمان غیبت،<sup>۱</sup> در پی پاسخ به این پرسش‌ایم که

۱. در اعتبار و عدم اعتبار قاضی تحکیم چهار نظریه وجود دارد: گروهی قائل به عدم اعتبار قاضی تحکیم در زمان حضور و غیبت هستند. قائلین به این نظریه می‌گویند، قاضی تحکیم نه در زمان حضور و نه در زمان غیبت، موضوع ندارد، زیرا اذن امام(ع) برای قضاوت شامل همه قضات می‌شود. در نتیجه، قضا منحصر در قاضی مأذون از طرف امام(ع) می‌شود. نظریه دوم معتقد به اختصاص اعتبار قاضی تحکیم در زمان پیامبر(ص) است. نظریه سوم معتقد به عدم اعتبار قاضی تحکیم در زمان غیبت است. قاضی تحکیم اختصاص به زمان حضور دارد و در

آیا غیرمجتهد، از جهت ادله فقهی امکان داوری را دارد یا خیر، و اگر این امکان برای او هست، شخص غیرمجتهد در چه حدودی و با چه قلمرویی می‌تواند داوری نماید؟ در این پژوهش که با هدف تبیین و بررسی فقهی یکی از ابعاد نهاد داوری، که روزه‌روز در حال گسترش و استقبال بیشتر مردم است، یعنی بُعد لزوم اجتهاد داور صورت می‌پذیرد، جهت بررسی و پاسخ به سؤالاتی که ذکر شد، بعد از بیان معنای لغوی و اصطلاحی «داوری» و «تحکیم» و بررسی ماهیت داوری در فقه و امکان‌سنجی هم‌پوشانی دو عنوان «داوری» در حقوق و «قضاوت تحکیمی» در فقه، به بیان اقوال در این زمینه می‌پردازیم و در ادامه، ادله آن‌ها را نقد و بررسی می‌کنیم.

لازم به ذکر است گرچه در فقه القضاء کتب فقهی بحث از قضاوت تحکیمی و نیز لزوم اجتهاد قاضی به تفصیل آمده است و تاکنون پژوهش‌های شایسته‌ای در خصوص مشروعیت نهاد تحکیم و اشتراط اجتهاد در قاضی منصوب، در قالب مقاله صورت پذیرفته است (ایزدی‌فرد و همکاران، ۱۳۸۸؛ امانداد و همکاران، ۱۳۹۴؛ رضایی، ۱۳۹۴-۱۳۹۵)، اما مقاله پیش‌رو اولاً از جهت تعیین دقیق ماهیت داوری و تحکیم و امکان‌سنجی هم‌پوشانی نهاد داوری در حقوق با نهاد قضاوت تحکیمی در فقه، ثانیاً از جهت عدم ورود در بحث اشتراط اجتهاد در قاضی منصوب و تمرکز بر بحث اجتهاد در قاضی تحکیم (داور)، و ثالثاً از جهت بررسی نظریات مربوط به اشتراط اجتهاد در قاضی تحکیم و برجسته نمودن نظریه فقهی تفصیل و تطبیق مباحث فقهی داوری با مباحث حقوقی داوری مندرج در قوانین آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ و قانون داوری تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶، از پژوهش‌های صورت گرفته قبل متمایز است.

## ۱. ماهیت داوری در فقه امامیه

«داوری» از نظر لغوی به شکایت پیش قاضی بردن، قضاوت، تظلم، حکومت میان مردم معنا شده (معین، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۱۴۹۳) و در جای دیگر، عمل داور، قضا، حکومت،

---

زمان غیبت تصور ندارد، زیرا در زمان غیبت، اگر قاضی جامع شرایط اِثنا باشد، حکمش همانند قاضی منصوب در زمان حضور، نافذ است. نظریه چهارم نظریه اعتبار قاضی تحکیم در زمان غیبت است. اطلاق کلام فقهایی که در ادامه مقاله خواهد آمد و اجتهاد را در قاضی تحکیم شرط می‌دانند و همچنین کسانی که اجتهاد را شرط نمی‌دانند، عدم اختصاص قاضی تحکیم به زمان خاصی است که شامل زمان غیبت نیز می‌شود.

حکمیت و حکم میان دو خصم ذکر شده است (دهخدا، ۱۳۷۳، ص ۹۱۶۶). در اصطلاح حقوقی، «داوری» عبارت است از فصل اختلاف بین طرفین در خارج از دادگاه به وسیله شخص یا اشخاصی که طرفین یا ثالث آن‌ها را در این جهت انتخاب نموده باشند (شمس، ۱۳۸۶، ج ۳، ص ۱۶۴). داور در مواد ۴۵۴ تا ۵۰۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور مدنی) مورد اشاره واقع شده است.

مطابق بند الف ماده یک قانون داور تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶، «داوری» عبارت است از رفع اختلاف بین متداعیین در خارج از دادگاه به وسیله شخص یا اشخاص حقیقی یا حقوقی مرضی‌الطرفین و یا انتصابی.

«تحکیم» در لغت مصدر و به معنای حکم قرار دادن کسی (جعله حکماً) (موسی، بی‌تا، ج ۱، ص ۲۴۱) و تفویض حکم به وی (فوض الحکم الیه) (سعدی، ۱۴۰۸، ص ۹۶) است و در اصطلاح هم به همین معنا آمده است و گفته شده «تحکیم» یعنی حکم قرار دادن کسی جهت داور میان دو طرف متخاصم و متنازع (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۶، ج ۲، ص ۳۷۵).

قاضی در کلام فقها بر سه قسم است: قاضی منصوب از جانب نبی و امام (ع) در زمان حضور، قاضی تحکیم و قاضی مأذون به اذن عام امام (ع) در زمان حضور و غیبت (سبحانی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۱۵). از میان این سه، قاضی تحکیم محل بررسی این مقاله می‌باشد.

در فقه امامیه نظریه مشهور فقها برخوردار داور از ماهیت قضایی است و داور را قضاوت تحکیمی دانسته‌اند. شیخ طوسی با اشاره به آیه مربوط به داور<sup>۱</sup> در هنگام اختلاف میان زوجین، معتقد است منظور از حکم در این آیه قاضی تحکیم است و منظور تعیین حکم بین زوجین به صورت توکیل نمی‌باشد (طوسی «الف»، ۱۴۰۷، ج ۴، ص ۴۱۶)، با این توضیح که حکمیت و داور دعاوی خانوادگی خصوصیت چندان خاصی ندارد و فقها آن را به سایر موارد حکمیت و داور تعمیم داده و میان ماهیت داور در حل اختلاف زوجین و دیگر داورها تفکیک ننموده‌اند.

علامه حلی در کتاب مختلف الشیعه ظاهر قول فقهای امامیه را قضاوت تحکیمی ذکر می‌کند (حلی، ۱۴۱۳، ج ۷، ص ۳۹۵). شهید ثانی (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۸، ص ۳۶۷) و صاحب کنز

۱. در آیه ۳۵ سوره نساء آمده است: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا...﴾.

العرفان (فاضل مقداد، ۱۴۱۹، ج ۲، ص ۲۱۴) نیز در خصوص این آیه معتقدند داوری در این آیه شریفه همان تحکیم است، چون خداوند از داوران به حَکَم تعبیر نموده است و بعث و انتخاب آن‌ها را متوجه حکام نموده است و نه متوجه زوجین و وکیل مأذون حَکَم نیست. واضح است ماهیتی که فقها برای داوری مطرح کرده‌اند در حیطة حل و فصل اختلاف در قلمرو یک کشور و به صورت داخلی و نه داوری بین‌المللی می‌باشد.

در مقابل این نظریه، برخی از فقهای اسلامی متمایل به نظریه قراردادی شده‌اند و نظریه وکیل بودن داور را پذیرفته‌اند. مرحوم ابن‌براج در کتاب الکامل فی الفقه خود نظریه توکیل را پذیرفته، اما در تقریرات دیگر، از این نظریه عدول نموده و نظریه مشهور یعنی تحکیم را قبول کرده است. ایشان در کتاب المذهب به تغییر دیدگاهش چنین اذعان نموده است: گرچه در کتاب الکامل فی الفقه خود گفتم که به صورت توکیل است، اما نظر صحیح این است که گفته شود به صورت قضاوت تحکیمی می‌باشد، زیرا اگر توکیل باشد تابع مقررات وکالت و شرایط آن خواهد بود، درحالی که چنین نیست (ابن‌براج، ۱۴۰۶، ص ۲۶۶).

به غیر از ایشان، در میان کتب سایر فقهای امامیه نیز گرچه به نظریه وکیل بودن داور اشاره شده است، اما ظاهراً آن را صرفاً جهت رد نظریه برخی از فقهای اهل سنت آورده‌اند، و طی بررسی صورت گرفته، فقیه دیگری یافت نشد که این دیدگاه را پذیرفته باشد. از میان علمای اسلامی، بیشتر در میان برخی فقهای اهل تسنن این نظریه دیده می‌شود. شیخ طوسی این نظریه را متعلق به ابوحنیفه می‌داند (طوسی «الف»، ۱۴۰۷، ج ۴، ص ۴۱۶)، اما صاحب کشف اللثام قول به توکیل را به مالکیه و برخی از شافعیه منتسب نموده است (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۷، ص ۵۲۲).

شیخ طوسی در خلاف برای اثبات دیدگاه مشهور امامیه (یعنی ماهیت قضایی داشتن داوری) ادله‌ای را ذکر می‌کند، از جمله این که خطابات مصحف شریف که حکمی را بیان می‌کنند، هر گاه مطلق بیان شوند، منصرف به امامان و قضات‌اند. در این آیه نیز مخاطب آن، زوجین نیستند، بلکه خطاب مطلق است، بنابراین حکمین، وکلای زوجین نیستند (و شأن قضایی دارند). همچنین ظهور کلام خداوند در آیه شریفه بر تحکیم است، چون فرموده: «فَابْعَثُوا حَكَمًا» و نگفته: فابعثوا وکیلاً. همچنین دلیل دیگر این که خطاب

در آیه محل بحث، متوجه زوجین نمی‌باشد، زیرا اگر متوجه آن‌ها بود، باید می‌فرمود: فابعثا وکیلاً. در حالی که فرموده است: «فَابْعَثُوا حَكَمًا» (طوسی «الف»، ۱۴۰۷، ج ۴، ص ۴۱۶).

قائلین به نظریه قراردادی بودن داوری و وکیل دانستن داور نیز دلایلی دارند، از جمله:

الف. در ازدواج میان زوجین، مال حق زوجه و بضع حق زوج است و زوج و زوجه هر دو بالغ و رشیدند و هیچ کس بر زوجین ولایت ندارد. پس فقط کسانی حق دارند در مورد روابط میان زوجین مداخله کنند و برای آن‌ها تصمیم بگیرند که از سوی زوجین مأذون باشند و الا اصل عدم ولایت بر اشخاص رشید و بالغ نقض می‌گردد.

ب. به دلیل اشتراط اجتهاد در قاضی (چه منصوب باشد و چه منتخب) و عدم اشتراط اجتهاد در داوری، پس داوران قاضی محسوب نمی‌شوند، بلکه وکیل محسوب خواهند شد (نک: حلی، ۱۴۱۳، ج ۷، ص ۳۹۶؛ روحانی، ۱۴۱۲، ج ۲۲، ص ۲۵۹).

در پاسخ به دلیل اول، فقها از قاعده فقهی «الحاکم ولی الممتنع» کمک گرفته و گفته‌اند اگرچه زوجین هر دو بالغ و رشیدند و کسی بر آن‌ها ولایتی ندارد، اما اگر اصرار بر شقاق داشته باشند، ممتنع از انجام وظیفه شرعی به حساب می‌آیند و به دلیل این که حاکم ولایت بر ممتنع دارد، می‌تواند آن‌ها را مجبور به تمکین نماید. در محل بحث نیز حاکم بعد از انتخاب حکم و داور، زوج و زوجه را مجبور به پذیرش رأی داور می‌کند و این موضوع مخصوص اختلاف زوجین نیست، بلکه در هر جا شخص رشید و بالغی از ادای حقوق امتناع کند، حاکم به دلیل این که بر وی ولایت دارد، این ولایت را اعمال می‌نماید. دلیل دوم نیز با دو جواب مواجه شده است: اولاً حاکم در واقع، کسی است که داوران را انتخاب می‌کند و داوران در حکم وکیلان اویند و ثانیاً در امور معین و جزئی، فقاها و اجتهاد شرط نیست و می‌توان این امور را به شخص غیرمجتهد یعنی به یکی از آحاد مردم وا گذاشت (نک: حلی، ۱۴۱۳، ج ۷، ص ۳۹۶؛ روحانی، ۱۴۱۲، ج ۲۲، ص ۲۵۹).

با این توضیحات، به نظر، ماهیت اصلی داوری همان قضاوت تحکیمی است و از این رو مشهور حقوق دانان آشنا با فقه اسلامی (کشاورز، ۱۳۷۴، ص ۲۰-۲۱؛ جنیدی، ۱۳۸۰، ص ۱۲۹) و بسیاری از فقهای معاصر آشنا با حقوق (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۱۳۳) قائل به یکسانی و همانندی نهاد «قضاوت تحکیمی» در فقه با نهاد «داوری» در حقوق شده‌اند.

باید توجه داشت گرچه منشأ ابتدایی نهاد داوری، قرارداد و توافق طرفین است که در کلام فقها با عباراتی مانند «لو تراضی الخصمان بحکم بعض الرعیة فحکم بینهما جاز عندنا» (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۱۰، ص ۶) یا «لو تراضی الخصمان بواحد من الرعیة فترافعا إلیه ...» (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۶۰) مورد اشاره قرار گرفته، اما ماهیت اصلی آن قضائی است که عبارات فقهی مانند «...فحکم» لزماً حکمه ولا یشرط رضاهما» (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۶۰) اشاره به این ماهیت و قضایی بودن رأی داور دارد.

## ۲. اقوال فقها درباره اشتراط اجتهاد در داور

فارغ از لزوم یا عدم لزوم اجتهاد در قاضی منصوب، از نظر اکثر کسانی که قائل اند قاضی تحکیم اختصاص به زمان غیبت ندارد، بین فقها در لزوم و عدم لزوم اجتهاد داور اختلاف نظر وجود دارد:

**الف.** مشهور فقهای امامیه قائل اند قاضی تحکیم نیز مانند قاضی منصوب باید مجتهد باشد (حلی (محقق)، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۶۸؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۲، ص ۱۷). شهید ثانی مدعی شده که اتفاق نظر فقها در این خصوص وجود دارد (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱۳، ص ۳۳۳).

به نظر می‌رسد اولین فقیهی که درباره قاضی تحکیم بحث کرده است، شیخ طوسی باشد. ایشان می‌فرماید: «اگر دو نفر برای رفع خصومت نزد مردی از رعیت رفتند و راضی به حکم آن شدند و درخواست کردند که برای آن‌ها حکم کند، چنین عملی جایز است و جایز است به کسی راضی شوند که صلاحیت قضاوت داشته باشد و آن کسی است که عدالت، کمال و اجتهاد را دارا باشد» (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۸، ص ۱۶۴).

تعدادی از فقهای متقدم و متأخر با آوردن عباراتی شبیه و یا دقیقاً مشابه کلام شیخ طوسی، نظر ایشان را پذیرفته‌اند (طبرسی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۵۲۷؛ حلی، ۱۴۱۳، ج ۸، ص ۴۵۹؛ اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۲، ص ۱۷).

ممکن است از عبارت شیخ که می‌گوید: «إذا تراضی نفسان برجل من الرعیة یحکم بینهما وسألاه الحکم بینهما، کان جائزاً بلا خلاف»، این توهم ایجاد شود که ایشان با عبارت «رجل من الرعیة» داوری و قضاوت تحکیمی هر شخصی را پذیرفته است، چراکه

می‌توانست بگوید «برجل مجتهد»، ولی این گونه نیاورده است. اما این توهم صحیح نیست، چراکه با دقت در دلیل ایشان که به روایت تمسک کرده است،<sup>۱</sup> معلوم می‌شود مراد از آن لفظ، مجتهد است. کمالین که خود شیخ همان گونه که در مبسوط گذشت، به شرط اجتهاد تصریح کرده است (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۸، ص ۱۶۴).

کلام برخی دیگر از فقها دلالت می‌کند که قاضی تحکیم صرفاً اذن امام را نیاز ندارد، ولی سایر شرایط قاضی منصوب، از جمله اجتهاد را باید دارا باشد (سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۲، ص ۶۶۴؛ عاملی، بی تا، ج ۱۰، ص ۱۲؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۴، ص ۵۵).

باید توجه داشت این که برخی معاصرین (منتظری، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۱۵۹) عدم لزوم اجتهاد در قاضی تحکیم را به صاحب جواهر نسبت داده‌اند، صحیح نیست و به عبارت «قد یقال» در جواهر دقت نکرده‌اند. ایشان فرموده‌اند: «قد یقال: إنَّ الاستفادة من الكتاب والسنة صحة الحكم بالحق والعدل والقسط من کلِّ مؤمن» (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰، ص ۱۵)، هر چند از کلام وی به گونه‌ای تفصیل استفاده می‌شود که خواهد آمد.

مرحوم سید یزدی برخلاف صاحب جواهر و صاحب مفتاح الکرامه اذن امام را نیز علاوه بر اجتهاد، شرط می‌داند و می‌فرماید «مقلد اهلیت تصدی مرافعه را ندارد، هر چند مجتهد به او اذن دهد یا او را به‌عنوان قاضی نصب کند، چراکه اگر او را نصب کند، فایده‌ای ندارد. بنابراین، این که گفته شده مقتضی عموم ولایت مجتهد جواز نصب قاضی است، وجهی ندارد، زیرا فرض این است که اذن امام (ع) شرط است و این شرط مختص به کسی است که قادر به استنباط و مجتهد باشد» (یزدی، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۷).

عده‌ای از فقهای معاصر نیز اعتقاد دارند یکی از شروط قاضی تحکیم، اجتهاد مطلق است (مغنیه، ۱۴۲۱، ج ۶، ص ۶۶؛ گلپایگانی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۵۳).

ب. گروه دوم قائل به عدم اشتراط اجتهاد در مطلق قاضی، چه قاضی تحکیم و قاضی منصوب، هستند. این دیدگاه به میرزای قمی نسبت داده شده است (رشتی گیلانی، ۱۴۰۱،

۱. «دلیلنا: إجماع الفرقة علی أخبار رووها: إذا کان بین أحدکم و بین غیره خصومة فلینظر إلی من روی أحادیثنا و علم أحکامنا، فلیتحاكما إلیه». از «من روی أحادیثنا و علم أحکامنا» معلوم می‌شود که مراد از «رجل من الرعیة»، مردی غیر از سلطان است که عالم به احکام اهل بیت (ع) می‌باشد که امروزه از آن به مجتهد نام برده می‌شود.



ج ۱، ص ۲۹) و از اطلاق کلامشان برمی آید که چه در زمان اختیار و چه در زمان اضطرار، مقلد نیز در صورت داشتن اذن از مجتهد جامع الشرایط می تواند قضاوت نماید (شیرازی، ۱۴۱۹، ص ۲۶۰).

ج. گروه سوم قائل به عدم اشتراط اجتهاد صرفاً در قاضی تحکیم اند. می توان چنین ادعا کرد که سردمدار قائلین به عدم لزوم اجتهاد به طور مطلق در قاضی تحکیم، مرحوم خویی است. ایشان می فرماید: «در قاضی تحکیم، به خلاف نظر مشهور، اجتهاد شرط نیست. دلیل آن اطلاق آیه ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ (نساء/ ۵۸) و اطلاق صحیحه حلبی و دیگر روایات است» (خویی، ۱۴۲۲، ج ۴۱، ص ۱۲). شبیه همین استدلال را برخی شاگردان ایشان دارند (ایروانی، بی تا، ج ۳، ص ۱۶). بعضی از محققین در پاسخ به سؤال در مورد شرایط قاضی تحکیم مسئله را تفصیل داده اند:

«سؤال: آیا در حکمیت بین افراد متنازع، شرایط قاضی باید مراعات گردد یا نه؟

جواب: حکمیت به این معنا که طرفین بر حکم حاضر تراضی و توافق کنند که او مصلح شود و سخن او را بپذیرند اشکال ندارد و شرایط خاصی ندارد، ولی به این معنا که او حکم کند و حکم او نافذ و واجب العمل باشد، مشروط بر این است که حکم مجتهد جامع الشرائط باشد. اما اگر او را به عنوان کارشناس قرار دادند و ملتزم شدند که طبق نظر و تشخیص او عمل نمایند، بنابر احتیاط واجب باید طبق تعهد خودشان عمل کنند» (منتظری، بی تا، ج ۲، ص ۵۰۲).

بعضی دیگر مجرد تراضی در قاضی تحکیم را کافی می دانند (صدر، ۱۴۲۰، ج ۹، ص ۵۰). کسانی هم هستند که اشتراط اجتهاد در قاضی تحکیم را مناسب استحسان و قیاس می دانند (تبریزی، بی تا، ص ۲۰). برخی دیگر با تمسک به ارتکاز و تناسب حکم و موضوع، اجتهاد را در قاضی تحکیم شرط نمی دانند (مؤمن، ۱۴۲۲، ص ۶۹). بعضی از معاصرین می گویند: «مهم در مسئله قاضی تحکیم این است که وی توانای تحکیم و اقامه عدل داشته باشد» (فیاض، بی تا، ج ۳، ص ۲۳۶؛ مختاری و صادقی، ۱۴۲۶، ج ۴، ص ۲۷۲۵).

مرحوم خلخالی با اذعان به این که اکثر فقها قائل به اشتراط اجتهاد در قاضی تحکیم اند، می گوید:

«قاضی تحکیم از این جهت که با رضایت طرفین انتخاب شده است، شرایط کمتری در او در نظر گرفته می‌شود و متقابلاً اعتبار و رسمیت او از اعتبار قاضی منصوب کمتر خواهد بود. اجتهاد در او شرط نیست و نیاز به اجازه فقیه ندارد و متقابلاً نمی‌تواند اجرای حدود کند. گرچه جمعی از علما و شاید اکثراً گفته‌اند که وجود تمام شرایط از جمله «اجتهاد» در قاضی تحکیم نیز ضروری است» (خلخالی، ۱۴۲۲، ص ۳۰۱).

البته در ادامه خواهد آمد که نامبرده قائل به تفصیل شده است.

۵. گروه چهارم با تفصیل میان مسائل دعاوی و اختلافات و مسائل جزئی و کلی معتقدند که صرفاً در برخی دعاوی لازم است داور مجتهد باشد. از کلام مرحوم صاحب جواهر تفصیل بین مسائل جزئی و مسائل عمومی فهمیده می‌شود. ایشان در بحث داوری بین زوجین به دلیل جزئی بودن آن، قائل به عدم اشتراط اجتهاد در قاضی تحکیم (داور) شده است، ولی در مسائل عمومی و ریاست عامه (حکومت) قائل به اشتراط اجتهاد است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۱، ص ۲۱۴).

از عبارات برخی محققان معاصر نیز تفصیل در مسائل جزئی و کلی استفاده می‌شود (منتظری، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۱۶۳). آیت‌الله سبحانی در درس خارج فقه، مورخ ۹۶/۱۲/۷ می‌فرماید: قاضی تحکیم قاضی گذراست، در واقع، به خاطر حل مشکلات است، قاضی باید ببیند که مسئله از چه مسئله‌ای است، اگر مسئله از مسئله معقده و پیچیده است، مانند دیات، قصاص، مواریث، تشخیص این که آیا این دیه بدهد یا ندهد، البته در آنجا اجتهاد مطلق شرط است، اما یک موقع مسئله از مسائل معقده نیست، بلکه از مسائلی است که در توضیح المسائل هم آمده، مسجدی‌ها هم بلد است، طلبه رساله‌خوان هم بلد است، او هم می‌تواند قاضی تحکیم باشد... (سبحانی، ۱۳۹۶).

شبهه همین تفصیل را مرحوم موسوی اردبیلی دارند (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۱۲۷). مرحوم خلخالی بین حق الناس و حق الله تفاوت قائل شده است. ایشان می‌گوید: «نفوذ حکم «قاضی تحکیم» محدود به «حق الناس» مانند امور مالی که تمام اختیار آن در دست طرفین دعاوست و می‌توانند از آن بگذرند، خواهد بود و در «حق الله» و یا «حقوق مشترکه» قضاوت او اعتبار شرعی ندارد» (خلخالی، ۱۴۲۵، ص ۳۰۲). برخی دیگر نیز تفصیل صاحب جواهر را پذیرفته‌اند (عمید زنجانی، ۱۴۲۱، ج ۳، ص ۵۲۹).

### ۳. نقد و بررسی ادلة اشتراط اجتهاد در شخص داور

قائلین به اشتراط اجتهاد در قاضی تحکیم و داور ادله‌ای را ذکر کرده‌اند که آن‌ها را مورد نقد و بررسی قرار می‌دهیم. البته باید توجه داشت این گروه دلیل اختصاصی برای اشتراط اجتهاد در قاضی تحکیم اقامه نکرده‌اند و شرایطی که برای قاضی منصوب معتبر می‌دانند به غیر از نص امام معصوم(ع) و بصر، برای قاضی تحکیم نیز معتبر می‌دانند، مگر شیخ طوسی که اشاره‌ای به مضمون روایت عمر بن حنظله و توقیع شریف کرده است (طوسی «الف»، ۱۴۰۷، ج ۶، ص ۲۴۱).

**الف. اجماع:** از جمله ادلة قائلین اشتراط اجتهاد، ادعای اجماع است (کرمانشاهی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۴۰۲). مرحوم صاحب کفایة الاحکام ادعای عدم خلاف کرده است (سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۲، ص ۶۶۴). در کلام برخی‌ها معقد اجماع، اذن امام معصوم(ع) است. به این بیان که اذن امام معصوم(ع) در مشروعیت قاضی منصوب شرط است، مگر در قاضی تحکیم (عاملی، بی تا، ج ۱۰، ص ۱۲) و این بدین معناست که اجماع وجود دارد. قاضی تحکیم به غیر از اذن امام(ع)، باید تمام شرایط قاضی منصوب، از جمله اجتهاد را داشته باشد. باید توجه داشت، اجماعی که امثال شهید ثانی - که قائل به عدم اعتبار قاضی تحکیم در دوران غیبت هستند - برای اثبات اشتراط اجتهاد نقل کرده‌اند، معقد آن اشتراط اجتهاد در زمان حضور است و از آنجاکه اجماع دلیل لئی است، باید قدر متیقن را أخذ کرد، لذا شامل اشتراط اجتهاد در دوران غیبت نمی‌شود.

اما اثبات چنین اجماعی مشکل است، چراکه اولاً اجماعی حجت است که کاشف از رأی معصوم(ع) باشد و طبق تعریف اجماع در اصول فقه، فقط اجماع قدما چنین خصوصیتی دارد و همان‌گونه که گذشت، از قدما فقط مرحوم شیخ طوسی و مرحوم طبرسی در این خصوص اظهار نظر کرده‌اند و بقیه نظری ندارند.

ثانیاً باوجود روایات دال بر شرط اجتهاد در قاضی تحکیم، اجماع ادعاشده مدرکی است و اجماع مدرکی نمی‌تواند کاشف از رأی معصوم(ع) باشد. توضیح این‌که همان‌گونه که می‌دانیم، حجیت اجماع حتی اگر ثابت باشد، تبعدی نیست، بلکه در صورتی که کاشف از قول یا فعل یا تقریر معصوم باشد حجیت دارد و هر گونه احتمالی که باعث شک در کاشفیت این اجماع از نظر معصوم(ع) شود، باعث تشکیک و در

نتیجه، عدم حجیت این اجماع می‌گردد و در خصوص این مسئله یعنی شرطیت اجتهاد برای قضاوت نیز این احتمال وجود دارد که اجماع مدرکی باشد، چراکه اشتهار قول به اعتبار اجتهاد در قضاوت، شاید ناشی از حالت اطمینان‌آوری باشد که برای فقهای نخستین در فهم از آیات و روایات ایجاد شده و به شاگردانشان و به شاگردان شاگردان منتقل شده است (فضل‌الله، بی‌تا، ص ۱۴۰).

**ب. اصل:** دلیل دیگری که بیان کرده‌اند، اصل عدم ولایت یک فرد بر دیگری است و اصل عدم نفوذ حکم هر شخصی بر دیگری است و این که هیچ شخصی ملزم نیست به حکمی که دیگری در مورد او کرده است عمل نماید، مگر کسی که استثنا شده باشد و اجازه صدور حکم داشته باشد (یزدی، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۵؛ منتظری، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۱۵۶؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳، ص ۷۵). مطابق این اصل، حکومت و سلطنت متعلق به خداست و اصل این است که هیچ کس بر دیگری ولایت ندارد. در این میان، مجتهد استثنا شده و حکمش نفوذ دارد، اما حکم دیگران بر شخص دیگر نفوذ ندارد (رشتی، ۱۴۰۱، ج ۱، ص ۲۹). بر این اساس، قدر متیقنی که ادله دلالت بر خروج آن از ذیل اصل می‌کند، قاضی مجتهد است و غیرمجتهد ذیل اصل باقی می‌ماند و قضاوتش مغایر اصل عدم ولایت و حق قضاوت شخصی بر دیگری است (یزدی، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۵؛ خوبی، ۱۴۲۲، ج ۱، ص ۸).

اما به نظر می‌رسد این اصل را نیز نمی‌توان پذیرفت، زیرا با وجود روایت نمی‌توان به اصل استناد کرد (خلخالی، ۱۴۲۵، ص ۴۸۹). همچنین این اصل در جایی جاری است که یک شخص بنا باشد از ناحیه خودش حکمی را نسبت به دیگری صادر کند، اما در جایی که شخصی حکم شرعی را که شرع صادر کرده بازگو کند و نسبت به دیگری صادر کند، اصل عدم ولایت فردی بر فرد دیگر آن را شامل نمی‌شود، چراکه در اینجا شخصی که حکم صادر می‌کند از ناحیه خودش نیست که حکم صادر می‌کند، بلکه صرفاً تطبیق موضوع با حکم شرع را انجام می‌دهد و فرقی هم میان مجتهد و غیرمجتهد که مقلد باشد نیست. مجتهد حکم را بی‌واسطه از کتاب و سنت اخذ می‌کند و تطبیق می‌دهد و مقلد حکم را با واسطه (مجتهد) اخذ می‌کند و هر دو یک طریق معتبر به حکم شرعی می‌باشند (فضل‌الله، بی‌تا، ص ۱۴۰).

### ج. مقبوله عمر بن حنظله

«... يَنْظُرَانِ إِلَى مَنْ كَانَ مِنْكُمْ مِمَّنْ قَدْ رَوَى حَدِيثَنَا وَنَظَرَ فِي خَلَالِنَا وَحَرَامِنَا وَعَرَفَ أَحْكَامَنَا فَلْيَرْضَوْا بِهِ حَكْمًا فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ عَلَيْكُمْ حَاكِمًا...» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۱، ص ۶۷). مطابق این روایت، عمر بن حنظله می‌گوید از امام صادق(ع) پرسیدم آیا جایز است که دو نفر از شیعیان چنانچه نزاعی بینشان در مورد دین یا میراث واقع شد نزد حاکم و قضات وقت برای محاکمه بروند؟ امام(ع) پاسخ دادند هر کس برای قضاوت پیش آن‌ها برود، چه برای حق و چه برای باطل، نزد طاغوت رفته است. سپس عمر می‌گوید: پرسیدم، پس چاره چیست؟ امام(ع) فرمود: ببینید کسی از شما که حدیث ما را نقل می‌کند و در حلال و حرام ما نظر می‌افکند و احکام ما را می‌شناسد، پس چنین شخصی را به‌عنوان قاضی برگزینید و من او را بر شما حاکم قرار داده‌ام.

برخی از فقیهان با توجه به عبارت «رَوَى حَدِيثَنَا وَنَظَرَ فِي خَلَالِنَا وَحَرَامِنَا وَعَرَفَ أَحْكَامَنَا» گفته‌اند این روایت ظهور در مجتهد دارد، چون دارا بودن سه ویژگی ذکرشده در روایت با هم یعنی روایت کردن حدیث، تأمل و نظر در مفاد حدیث و شناختن احکامی که در حدیث ذکر گردیده، مخصوص مجتهد است (مؤمن، ۱۴۲۲، ص ۶۴) و اگر حضرت به صورت مطلق هر عالمی مدنظرشان بود اکتفا می‌فرمودند به «عَرَفَ أَحْكَامَنَا»، حال آن‌که این گونه نگفته‌اند، بلکه فرموده‌اند: «رَوَى حَدِيثَنَا وَنَظَرَ فِي خَلَالِنَا وَحَرَامِنَا وَعَرَفَ أَحْكَامَنَا». پس حضرت مجتهد را اراده کرده‌اند و دلالت این روایت بر مطلوب ما یعنی شرطیت اجتهاد در قضاوت واضح است (فضل‌الله، بی‌تا، ص ۱۴۶).

گرچه این روایت، هم از نظر سند و هم از نظر دلالت، قابل مناقشه دانسته شده است (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۲، ص ۱۰)، در کتب هشت‌گانه رجالی جرح و تعدیلی درباره عمر بن حنظله نیامده است و آیت‌الله خویی درباره سند آن می‌گوید وثاقت عمر بن حنظله ثابت نشده و این روایت از نظر سند قصور دارد (خویی، ۱۴۲۲، ج ۴۱، ص ۱۰)، اما به دلیل عمل مشهور به این روایت و تلقی‌اش به قبول تا جایی‌که به آن مقبوله گفته‌اند، اعتماد به آن صحیح است و می‌توان وثوق و اطمینان نوعی به صدورش حاصل نمود (فضل‌الله، بی‌تا، ص ۱۴۶). نیز شهید ثانی، عمر بن حنظله را توثیق کرده است و در کتاب الرعیة وجوهی برای وثاقت او آورده است (نک: خویی، ۱۴۱۳، ج ۱۴، ص ۳۲؛ تفرشی، ۱۳۷۷، ج ۳، ص ۳۵۳).

عمده اشکال به این روایت از نظر دلالتی می‌باشد و گفته شده مقصود از «نظر» در حدیث یادشده نظر اجتهادی و استنباطی نیست، بلکه مقصود این است که قضات شیعه مانند قضات جور معاصر ائمه نباشند که از اوامر و نواهی ائمه تبعیت نمی‌کردند و از علوم آن‌ها بهره نمی‌جستند (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۷۱). تفسیر معرفت در حدیث به معرفت اجتهادی نیز بدون دلیل است، زیرا اجتهاد به معنایی که اکنون متداول است، در زمان ائمه، معروف و متداول نبوده است، بلکه در عصر غیبت به دلیل احتیاج شیعیان پدید آمده است (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۷۱).

غایت دلالتی که از این مقبوله قابل اخذ است این می‌باشد که بگوئیم ضروری است که قاضی از اهل فضل و علم باشد، به گونه‌ای که حلال و حرام را بشناسد و معانی روایات معصومین (ع) را درک کند، حتی اگر به ملکه اجتهاد نرسیده باشد (فضل‌الله، بی‌تا، ص ۱۴۶).

اما به نظر می‌رسد این اشکالات دلالتی بر روایت وارد نمی‌باشد و این روایت بر اشتراط اجتهاد دلالت دارد، چراکه اولاً از سه عبارت روایت: ۱. مِمَّنْ قَدْ زَوَىٰ حَدِيثَنَا، ۲. نَظَرَ فِي حَلَالِنَا وَحَرَامِنَا، ۳. عَرَفَ أَحْكَامَنَا، «مجتهد» فهمیده می‌شود، زیرا مقتضای عبارت «روی حدیثنا» اجتهاد قاضی است و منبع علم مقلد، فتوای مجتهد است نه احادیث صادرشده از ائمه (ع). همچنین ظاهر عبارت «نظر فی حلالنا وحرماننا و عرف احکامنا» این است که قاضی باید اهل نظر و معرفت نسبت به احکام ائمه (ع) باشد و ظاهر آن اعتبار اجتهاد است، زیرا بر مقلد صدق نمی‌کند که اهل نظر و معرفت به احکام ائمه (ع) است. علاوه بر این که تشخیص احکام و فتاوای ائمه (ع) در حلال و حرام از خلال احادیث مخصوصاً زمانی که متعارض باشند و نیاز به شرح و تفسیر دارند، فقط از کسی که ملکه اجتهاد و فقهت دارد، میسر است. ضمن این که جواب حضرت در سؤال سائل که فرمود، «الحکم ما حکم به أعدلهما وأفقههما وأصدقهما»، ظهور در اجتهاد دارد، چراکه «أفقههما» یعنی هر دو فقیه‌اند، اما یکی افقه است.

ثانیاً در این که مراد از حاکم در عبارت «جَعَلْتُهُ عَلَيْكُمْ حَاكِمًا» چیست، بین اعلام اختلاف نظر هست و می‌توان گفت چهار نظر وجود دارد: یا مراد از حاکم با دلالت مطابقی، منصب ولایت (ولئی امر و حاکم مطلق) است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰، ص ۱۸؛ بروجردی،

۱۴۲۶، ج ۱، ص ۹۶؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۲ و ۱۴۲۵، ص ۴۷) و یا مراد از حاکم با دلالت التزامی، حاکم مطلق است (عراقی، ۱۴۱۳، ص ۷۳)، یا مراد از حاکم، قاضی است (خویی، ۱۴۲۲، ج ۴۱، ص ۱۰؛ سبحانی، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۵۴؛ حائری، ۱۳۹۹، ص ۱۵۳؛ روحانی، ۱۴۱۲، ج ۵، ص ۱۷۱ به بعد) و نهایتاً یا مراد از حاکم، قاضی تحکیم است (منتظری، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۲۴۳).

به نظر می‌رسد مراد از حاکم، به قرینه آیه ۵۸ سوره نساء که امام (ع) در این روایت به آن تمسک کرده، امام و حاکم شرع باشد (خمینی، ۱۳۷۳، ص ۸۴؛ منتظری، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۱۶۳). هرچند منظور امام صادق (ع) هر یک از این چهار نظر باشد، مسئله مورد بحث را شامل می‌شود.

ثالثاً احتمال این که اجتهاد طریقت داشته باشد نه موضوعیت که در این صورت ملاک، اطلاع بر احکام و واقع شدن قضاوت طبق حق است، هرچند از روی تقلید باشد، مخالف ظاهر حدیث است، زیرا حدیث ظهور در موضوعیت اجتهاد دارد، یعنی امام صادق (ع) این منصب را برای مجتهد قرار داده است (منتظری، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۱۵۷).

**د. توقیع شریف حضرت حجت (عج):** ((... وَأَمَّا الْخَوَادِثُ الْوَأَقَعَةُ فَازْجِعُوا فِيهَا إِلَى رُؤَاةِ حَدِيثِنَا فَإِنَّهُمْ حُجَّتِي عَلَيْكُمْ وَأَنَا حُجَّةُ اللَّهِ وَأَمَّا مُحَمَّدٌ بْنُ عُمَرَ الْعُمَرِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَعَنْ أَبِيهِ مِنْ قَبْلِ فَإِنَّهُ يُقْتَى وَكُتَابُهُ كِتَابِي)) (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۷، ص ۱۴۰). حضرت حجت (عج) می‌فرمایند: در حوادثی که پیش می‌آید به راویان حدیث ما مراجعه کنید که آنها حجت من بر شماست، همان‌گونه که من حجت خدا بر آنهایم. با این توضیح که «حوادث واقعه» شمولیت دارد و قضا را هم شامل می‌شود و چون حضرت (ع) فرموده‌اند مردم به کسی مراجعه کنند که منشأ علمش احادیث مروی از ائمه (ع) باشد و او کسی غیرمجتهد نیست، چون شخص مقلد و غیرمجتهد منبای علمش احادیث روایت شده از اهل بیت (ع) نیست.

بنابراین، مطابق این توقیع شریف، این فقها هستند که اعتبار احادیث و دلالتشان را و امکان جمع بین احادیث متعارض را و علوم حدیث را می‌دانند و این فقها هستند که مطابق فقرة «فإنهم حجتي عليكم وأنا حجة الله عليهم» می‌توانند حجت بر مردم باشند، نه شخص مقلدی که علم حدیث را ندارد، بلکه فقط می‌تواند به فتاوی علمای مراجعه کند (فضل الله، بی تا، ص ۱۴۳).

بر استدلال به این توقیع شریف نیز خدشه شده است، با این توضیح که اثبات این مدعا متوقف بر اموری است که هیچ یک محرز نیست. اولاً این که آیا مراد از حوادث واقعه اموری است که در آن‌ها خصومت و اختلاف رخ می‌دهد و نزد قاضی مطرح می‌شود؟ ثانیاً آیا همهٔ روایان احادیث مجتهدند؟ ثالثاً اگر بعضی از روایان مجتهد باشند، آیا از این امر نتیجه می‌شود که کل روایان باید مجتهد باشند؟ رابعاً بر فرض که بپذیریم فردی که حجت است باید مجتهد باشد، آیا از این امر، تلازم قضاوت و اجتهاد دانسته می‌شود؟ پاسخ به تمام این سؤالات منفی است و لذا این استدلال در اثبات اجتهاد برای قاضی هم مخدوش است (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۷۴).

همچنین دلالت توقیع شریف مذکور بر شرطیت اجتهاد برای قضاوت، به این دلیل غیرواضح است که در زمان حضور معصوم (ع) خود معصوم مرجع و ملجأ مردم می‌باشد و مردم امکان مراجعه به وی را داشتند، اما در زمان غیبت که دسترسی به معصوم نیست و مردم از این نعمت محروم‌اند، این روایت می‌گوید که به روایان احادیث اهل بیت (ع) مراجعه کنید نه از آن‌رو که این روایان وصف اجتهاد دارند، بلکه به دلیل این که این روایان وصف روایت‌گری از احادیث و کلمات معصومین (ع) را دارند و لذا این توقیع اصلاً ارتباطی با بحث قضاوت و شرایط قاضی ندارد (فضل‌الله، بی‌تا، ص ۱۴۴).

اما به نظر می‌رسد خدشه بر این توقیع شریف وارد نیست و مراد از «رواة حدیثنا»، راوی حدیث به معنای مصطلح نیست، بلکه به دو شاهد، مقصود فقهای است که برای دیگران حدیث می‌خوانند. شاهد اول، عبارت «فَإِنَّهُمْ حُجَّتِي عَلَيَّكُمْ» است، زیرا راوی که حجت بر مردم نیست، بلکه او صرفاً نقل روایت می‌کند. این فقها هستند که حجت بر مردم‌اند.

شاهد دوم، عبارت «أَمَّا مُحَمَّدُ بْنُ عُثْمَانَ الْعَمْرِي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَعَنْ أَبِيهِ مِنْ قَبْلِ فَإِنَّهُ ثِقَّتِي وَكَتَابُهُ كِتَابِي» است، چون محمد بن عثمان عمری از نواب خاص و از وکلای امام عصر (عج) بود و حضرت کسی را به‌عنوان نائب خاص و وکیل خود انتخاب می‌کند که فقیه باشد نه این که از عوام باشد.



#### ۴. نقد و بررسی ادله قائلین به عدم اشتراط اجتهاد در داور

برای عدم اشتراط اجتهاد در قاضی تحکیم، به اطلاق برخی از آیات و روایات تمسک شده است (خویی، ۱۴۲۲، ج ۴۱، ص ۱۲؛ ایروانی، بی تا، ج ۳، ص ۱۶).

**الف. اطلاق برخی آیات:** از دلایل این گروه، تمسک به اطلاق آیاتی از قرآن است که در آن‌ها فقط بر حکم نمودن بر اساس حق و عدالت و موازین الهی توصیه شده<sup>۱</sup> و همین امر ملاک و معیار قضاوت قرار گرفته شده است.<sup>۲</sup>

اما استدلال به این آیات به درستی مردود دانسته شده، زیرا این آیه در مقام بیان شرایط قاضی نیست و تنها درصدد بیان این موضوع است که قضاوت و حکمیت باید بر اساس عدل و حق باشد (منتظری، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۱۶۲)، اما عدم اعتبار چیز دیگر (عدم اعتبار اجتهاد) در قضاوت از این آیه استفاده نمی شود (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۷۶).

#### ب. اطلاق صحیحه ابی خدیجه

«رَوَى أَحْمَدُ بْنُ عَائِدٍ عَنْ أَبِي خَدِيجَةَ سَالِمِ بْنِ مُكْرِمِ الْجَمَّالِ قَالَ: قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ جَعْفَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ الصَّادِقُ (ع): إِنَّا كُنَّا أَنْ يَحَاكِمَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا إِلَى أَهْلِ الْجَوْرِ وَلَكِنْ انظُرُوا إِلَى رَجُلٍ مِنْكُمْ يَعْلَمُ شَيْئًا مِنْ قَضَائَانَا فَاجْعَلُوهُ بَيْنَكُمْ فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ قَاضِيًا فَتَحَاكَمُوا إِلَيْهِ» (ابن بابویه، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۲). احمد بن عائد از ابی خدیجه سالم بن مکرم جمال روایت کرده که امام صادق (ع) فرمود: مبدا یکی از شما شیعیان در مورد دادخواهی، کسی را برای دادرسی نزد حاکم جور برد، بلکه بنگرید به کسی در میان شما که به چیزی از احکام و طرز حکومت ما علم داشته باشد. او را برای رفع خصومت و داوری برگزینید، پس حکم را به نزد او برده و داوری و قضاوتش را بپذیرید که من نیز او را بر شما قاضی و داور قرار می‌دهم.

مرحوم خویی می‌فرماید عبارت «يَعْلَمُ شَيْئًا مِنْ قَضَائَانَا» دلالتی بر اعتبار اجتهاد

۱. آیاتی مانند «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ» (نساء/ ۵۸) یا «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَا نُ قَوْمٍ عَلَىٰ آلَا تَعْدِلُوا» (مانده/ ۸) یا «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَاقِرًا فَإِنَّ اللَّهَ أَكْبَرُ مِنْهُمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلَوُّوا أَوْ تُعْرَضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا» (نساء/ ۱۳۵) یا «وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ» (مانده/ ۴۴).

۲. «إِنَّ الْمُسْتَفَادَ مِنَ الْكِتَابِ وَالسَّنَةِ صِحَّةَ الْحُكْمِ بِالْحَقِّ وَالْعَدْلِ وَالْقِسْطِ مِنْ كُلِّ مُؤْمِنٍ» (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰، ص ۱۵).

ندارد، زیرا هرچند بر علوم ائمه(ع) احاطه نمی‌شود، ولی قضایا و احکام آن‌ها در مورد خصومت، قابل احاطه است. بنابراین کسی که چیزی از قضایای ائمه(ع) می‌داند، جایز است که قاضی تحکیم شود، هرچند مجتهد نباشد (خویی، ۱۴۲۲، ج ۴۱، ص ۱۱).

در مقابل، علامه محمدتقی مجلسی این روایت را بر مجتهد متجزی حمل کرده است (مجلسی، ۱۴۰۶، ج ۱۰، ص ۱۲)، به این بیان که عبارت «يَعْلَمُ شَيْئًا مِنْ قَضَائِنَا» این مطلب را افاده می‌کند که قاضی تحکیم نیازی نیست عالم به همه قضایای ائمه(ع) باشد، بلکه علم به بخشی از قضایای آن‌ها که مورد خصومت قرار گرفته است، کفایت می‌کند.

در خصوص این روایت توجه به چند نکته ضرورت دارد:

**اول.** این روایت دلالت بر لزوم استنباط حکم از کلام ائمه(ع) در مورد خصومت است. توضیح این که شاید کسی اشکال کند که در آن زمان، اجتهاد به معنای امروزی نبوده و افراد احکام را از ائمه(ع) می‌شنیدند و بر اساس آن حکم می‌کردند.

پاسخ این است که هرچند ممکن است در آن زمان اجتهاد به معنای امروزی شایع نبوده و به عبارت دیگر، اجتهاد در آن زمان خفیف‌المؤنه بوده و متوقف بر علوم و مقدمات زیاد مثل عصر ما نبوده است (منتظری، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۱۶۴)، ولی احکام را از خود امام(ع) دریافت می‌کردند و طبق آن حکم می‌کردند. اما کسی که امروزه بخواهد بر اساس نظر امام معصوم(ع) حکم کند، حداقل این است که بتواند مورد خصومت را از کلام ائمه(ع) استنباط کند.

**دوم.** مقید نبودن صحیحه ابی‌خدیجه، با این توضیح که نباید توهم شود که این روایت، مقید مقبوله عمر بن حنظله است که دلالتش بر نصب قاضی و شرط اجتهاد تام است (خویی، ۱۴۲۲، ج ۴۱، ص ۱۰)، بدین بیان که مقبوله در مطلق قاضی اجتهاد را شرط می‌داند، چه در قاضی منصوب و چه در قاضی تحکیم، ولی عبارت «يَعْلَمُ شَيْئًا مِنْ قَضَائِنَا» در این روایت مقید است، لذا اجتهاد در قاضی شرط نیست. به عبارت بهتر، گویا امام صادق(ع) در مقبوله عمر بن حنظله فرموده است: «إِذَا كَانَ بَيْنَ الرَّجُلَيْنِ مَنَازَعَةً فَانظُرُوا إِلَى مَنْ كَانَ مِنْكُمْ مِمَّنْ قَدْ رَوَى حَدِيثَنَا وَنَظَرَ فِي حَلَالِنَا وَحَرَامِنَا وَعَرَفَ أَحْكَامَنَا» و در این روایت می‌فرماید: «إِذَا كَانَ أَنْ يَحَاكِمَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَانظُرُوا إِلَى رَجُلٍ مِنْكُمْ يَعْلَمُ شَيْئًا مِنْ قَضَائِنَا»، که در این دو روایت سبب (تنازع بین دو نفر) واحد است و سبب واحد،

کاشف از آن است که شارع یک حکم دارد، منتها بین مطلق و مقید مردد است که طبق قاعده، مطلق بر مقید حمل می‌شود و به بیان دیگر، شرط حمل مطلق بر مقید، احراز وحدت حکم است (لنکرانی، ۱۳۸۵، ج ۳، ص ۵۷۵) که اینجا محرز است و فقط متعلق آن بین مطلق و مقید مردد است و لذا بین «فانظروا إلى مَنْ كَانَ مِنْكُمْ مِمَّنْ قَدْ رَوَى حَدِيثَنَا وَنَظَرَ فِي حَلَالِنَا وَحَرَامِنَا وَعَرَفَ أَحْكَامَنَا» و «فانظروا إلى رَجُلٍ مِنْكُمْ يَغْلَمُ شَيْئًا مِنْ قَضَائِنَا» تنافی است، چراکه یک حکم نمی‌تواند هم به مطلق تعلق داشته باشد و هم به مقید، که طبق قاعده باید مطلق را بر مقید حمل کرد.

پاسخ این است که معنای تقیید این است که اجتهاد در قاضی منصوب هم شرط نباشد و حال آنکه قائلین به عدم اشتراط اجتهاد در قاضی تحکیم، اجتهاد در قاضی منصوب را شرط می‌دانند. بنابراین می‌توان گفت این روایت مفسر و ناظر و اصطلاحاً حاکم بر روایت عمر بن حنظله است، یعنی عبارت «فانظروا إلى رَجُلٍ مِنْكُمْ يَغْلَمُ شَيْئًا مِنْ قَضَائِنَا»، دائرة «فانظروا إلى مَنْ كَانَ مِنْكُمْ مِمَّنْ قَدْ رَوَى حَدِيثَنَا وَنَظَرَ فِي حَلَالِنَا وَحَرَامِنَا وَعَرَفَ أَحْكَامَنَا» که از آن اجتهاد مطلق فهمیده می‌شود را ضیق می‌کند و می‌گوید اجتهاد متجزی کفایت می‌کند و یا ممکن است گفته شود این دو روایت همپوشانی دارند، به این معنا که عبارت اول، اجتهاد را بیان می‌کند و عبارت دوم تجزی را.

**سوم.** عدم انکار وجود قاضی تحکیم در صورت اشتراط اجتهاد است. در پاسخ به کلام کسانی که در مورد عدم اشتراط اجتهاد در قاضی تحکیم گفته‌اند: «بازگشت این سخن (اشتراط اجتهاد) در حقیقت، به انکار وجود قاضی تحکیم می‌باشد، زیرا فقیه خود قاضی منصوب است و دیگر حاجت به حکمیت و انتخاب طرفین ندارد و انتخاب طرفین به او رسمیت زائدی نمی‌دهد» (خلخالی، ۱۴۲۲، ص ۳۰۱)، باید گفت بحث ما در قاضی تحکیم است که نیاز به انتخاب و رضایت طرفین برای رفع تنازع دارد، نه در قاضی منصوب که نیازی به انتخاب و رضایت طرفین دعوا ندارد و در صورت صدور حکم از سوی وی، تبعیت از آن واجب است. بنابراین اشتراط اجتهاد در مسائل کلی، موجب انکار وجود قاضی تحکیم نمی‌شود، زیرا فرق است بین قاضی منصوب و قاضی تحکیم. در نفوذ حکم قاضی تحکیم، رضایت طرفین شرط است، ولی در قاضی منصوب شرط نیست و تبعیت از حکم او واجب است.

### ج. اطلاق صحیحہ حلبی

«الْحُسَيْنُ بْنُ سَعِيدٍ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَادٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع): زَيْمًا كَانَ بَيْنَ الرَّجُلَيْنِ مِنْ أَصْحَابِنَا الْمُنَازَعَةُ فِي الشَّيْءِ فَيَتَرَاضِيَانِ بِرَجُلٍ مَثًا. فَقَالَ: لَيْسَ هُوَ ذَلِكَ، إِنَّمَا هُوَ الَّذِي يُجِبُّ النَّاسَ عَلَى حُكْمِهِ بِالسَّيْفِ وَالسَّوْطِ» (طوسی «ب»، ۱۴۰۷، ج ۶، ص ۲۲۳). حلبی گوید: به امام صادق (ع) گفتم: چه بسا بین دو نفر از یاران ما در مورد چیزی نزاع می‌گیرد و این دو به یکی از خودمان رضایت می‌دهند (تا میانشان دادرسی کند). حضرت فرمود: این، آن نیست (قاضی مذموم این نیست). همانا آن (قاضی مذموم) کسی است که مردم را با شمشیر و تازیانه بر حکم و دادرسی خویش مجبور می‌کند. تقریب استدلال این‌گونه است که ترک استفصال از سوی امام (ع)، افادهٔ عموم می‌کند و شامل غیرمجتهد نیز می‌شود. اما به نظر می‌رسد اولاً عبارت «لَيْسَ هُوَ ذَلِكَ» قرینه بر چیزی است که برای ما نقل نشده و در کلام نیامده است و شاید در آن قرینه‌ای بر مراد باشد. بنابراین اعتماد بر ترک استفصال مشکل است (منتظری، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۱۶۴؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۷۷). ثانیاً شاید روایت در مقام بیان عدم صلاحیت قاضی جور است نه بیان شرایط قاضی (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۷۸). ثالثاً در «رجلی مَثًا» دو احتمال وجود دارد: ۱. مردی از شیعیان ما، ۲. مردی از فقیهان ما. اگر مراد احتمال دوم باشد، اجتهاد در قاضی تحکیم شرط است، ولی اگر مراد، احتمال اول باشد، اجتهاد شرط نیست و چون دو احتمال در این روایت می‌رود، نمی‌توان به طور قطع، به یکی از دو طرف آن استدلال کرد و به عبارتی، «إذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال».

### ۵. نظریهٔ مختار

از آنچه گذشت به دست می‌آید که اجتهاد در قاضی تحکیم شرط است، ولی به دلایل ذیل می‌توان اجتهاد را برای قاضی تحکیم در خصومات جزئی و حق الناس شرط ندانست.

### ۵-۱. روایت امیرالمؤمنین (ع)

«أَتَى عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ (ع) رَجُلٌ - وَامْرَأَتُهُ عَلَى هَذِهِ الْحَالِ - فَبَعَثَ حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا وَقَالَ لِلْحَكَمَيْنِ هَلْ تَدْرِيَانِ مَا تَحْكُمَانِ إِنْ شِئْتُمَا فَرَفْتُمَا وَإِنْ شِئْتُمَا جَمَعْتُمَا. فَقَالَ: الرَّوْجُ لَا أَرْضَى بِحُكْمِ فُرْقَةٍ وَلَا أَطْلُقُهَا...» (قمی، ۱۳۶۳، ج ۱، ص ۱۳۸). مرد و زنی خدمت حضرت

علی(ع) آمدند و داوری از خانوادهٔ مرد و داوری از خانوادهٔ زن انتخاب شدند. سپس حضرت(ع) از داوران پرسیدند: آیا می‌دانید چگونه حکم کنید؟

این روایت از علی بن ابراهیم در تفسیر منسوب به ایشان آمده که شخصی ثقه است (نجاشی، ۱۳۶۵، ص ۲۶۰؛ حلی، ۱۴۰۲، ص ۱۰۰). این روایت هرچند مرسله است، ولی با توجه به شهادت ایشان در مقدمهٔ کتابش بر ثبوت احادیث از ائمه(ع) (قمی، ۱۳۶۳، ج ۱، ص ۴)، می‌توان آن را صحیح دانست، کمالین که مرحوم خوبی نیز به این مطلب تصریح کرده است (خوبی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۴۹).

چنان‌که مشخص است، پرسش حضرت از داوران نشان می‌دهد که داوران افراد معمولی و عادی بوده‌اند و اگر آن‌ها فقیه و عالم بودند پرسش حضرت بی‌مورد بود. در این روایت، حضرت یک حکم از خانوادهٔ زوج و یک حکم از خانوادهٔ زن انتخاب کرد تا مشاجرهٔ بین آن‌ها را برطرف کنند و این نشانگر آن است که در مسئلهٔ رفع شقاق بین زن و مرد، می‌توان کسی را حکم قرار داد که مجتهد نیست.

هرچند در این روایت، حضرت بنا بر آیهٔ «وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا» (نساء/۳۵) دو نفر را حکم قرار داد، ولی می‌توان حکم (حکم قرار دادن) را به مواردی که دو طرف نزاع با حکم قرار دادن یک نفر راضی شوند، تسری داد و از مسئلهٔ شقاق بین زن و مرد، الغای خصوصیت کرد و به سایر موضوعات جزئی از قبیل تنازع در معاملات سرایت داد.

توضیح این‌که الغای خصوصیت یا الغای فارق، یکی از روش‌هایی است که مجتهد به کمک آن قصد قانون‌گذار یا شارع را از نص وی استخراج نموده و حکم را به موارد و موضوعات دیگری که نص در مورد آن‌ها وجود ندارد و تصور می‌شده که این حکم ارتباطی به آن‌ها ندارد، سرایت می‌دهد. در الغای خصوصیت با تمرکز مجتهد بر مورد و یا موضوع نصی که شارع صادر نموده، یک‌یک خصوصیات مورد یا موضوع حکم توسط مجتهد بررسی می‌شود و خصوصیتی را که وی یقین می‌کند تعلق حکم به موضوع به علت وجود آن خصوصیات در موضوع نبوده، ملغی می‌نماید و به این وسیله افراد بیشتری را وارد در موضوع نموده و عمومیت آن را توسعه می‌بخشد و در نتیجه، اعمال الغای خصوصیت، حکم موضوعات دیگری که در مورد آن‌ها با فقدان نص مواجه هستیم و

نسبت به تعلق این حکم به آن موضوعات شک وجود دارد، مشخص می‌گردد. مثال معروف آن این است که شارع بگوید: «إن سافرت بین مکة والمدینة ثمانية فراسخ فقصر؛ اگر به قصد سفر بین مکة و مدینه هشت فرسخ پیمودی، نمازت را شکسته بخوان»، شخص مجتهد در اینجا با کمک الغای خصوصیت، حکم موجود در این نص را به هر سفری که هشت فرسخ یا بیشتر باشد، تسری می‌دهد، چون برای سفر میان مکة و مدینه خصوصیتی در تعلق حکم قصر نمی‌بیند و در نتیجه، آن‌ها را الغا می‌نماید (مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، ۱۳۸۹، ص ۲۳۶).

در مسئله مورد بحث هم می‌گوییم:

اولاً حکم قرار دادن دو نفر خصوصیتی ندارد و مهم رضایت دو طرف نزاع به حکم است، هرچند یک نفر باشد.

ثانیاً مسئله شقاق بین زوجین خصوصیتی ندارد و می‌توان حکم را به سایر موضوعاتی که مانند نکاح جزئی هستند، تسری داد و حکم غیر مجتهد باشد.

ثالثاً انتخاب حکم بعد از رضایت طرفین است و حکم در صورت رضایت می‌تواند حکم کند، همان‌گونه که در روایت آمده، «فَقَالَ الرَّوْجُ لَا أَرْضَى بِحُكْمِ فَرْقَةٍ وَلَا أَطْلُقُهَا». از این عبارت معلوم می‌شود که زوج، راضی به حکم حکم نبوده و لذا نمی‌تواند زوجین را از هم جدا کند و حکم طلاق را جاری سازد.

رابعاً قاضی تحکیم در خصومات و مسائل دشوار و حق‌الله نمی‌تواند حکم کند و برای رفع تنازع باید به قاضی منصوب رجوع کرد.

## ۵-۲. مناسبت حکم و موضوع

مقصود از مناسبت حکم و موضوع، روابط و مناسبت‌ها و یا مناط‌هایی است که از نظر عرف میان یک حکم و موضوع آن حکم وجود دارد. این روابط و مناسبت‌ها به مرور زمان، میان مردم یک جامعه خاص در ذهن اهل عرف رسوخ می‌نماید، تا جایی که به‌عنوان یک دلیل شرعی لفظی ممکن است سبب تخصیص و یا سبب تعمیم یک حکم گردد. به عبارت دیگر، این روابط و مناسبت‌ها به محض شنیدن یا اطلاع از دلیل، موجب انسباق تخصیص یا تعمیم آن دلیل می‌شود، چون موجب انعقاد ظهور برای دلیل می‌شود و

در اصول فقه هر ظهوری نیز حجت است، پس این انسباق نیز حجت خواهد بود. توضیح بیشتر این که، گاه یک حکم به موضوعی تعلق می‌گیرد که مدلول آن عام است، اما به دلیل این که عرف میان حکم و عمومیت موضوع آن ناسازگاری می‌بیند، آن حکم را تخصیص زده و آن را صرفاً بر بعضی از مصادیقش ثابت می‌کند، مثلاً در دلیل شرعی «اغْبِیْلْ ثَوْبَكَ مِنْ اَبْوَالٍ مَا لَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۳، ص ۵۷)، گرچه از نظر لغوی، «غسل» شستن با هر مایعی است، اما عرف شستن لباس با آب را از آن می‌فهمد. گاهی برعکس، یک حکم به موضوعی معین و خاص تعلق گرفته، اما عرف حکم را تعمیم می‌بخشد، مثل این که در مشک آبی مردار بیفتد و مولا بگوید «لَا تَشْرَبْ مِنْ مَائِهَا وَلَا تَتَوَضَّأُ مِنْهَا» (طوسی، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۷)، که عرف آن را مخصوص مردار نمی‌داند، بلکه حکم را تعمیم داده و به هر ظرف آبی که نجاست در آن بیفتد تسری می‌دهد. در مسئله مورد بحث هم عرف در مسائل جزئی و حق الناس، حکم (نظر به مَنْ یَعْلَم) که در روایات آمده است را تعمیم می‌دهد و شامل کسی که اطلاع از احکام دارد، می‌داند، لذا کلام امام خمینی (ره) که فرمود: «شارع منصب قضا را به دلیل اهمیت و تناسب حکم و موضوع، برای مجتهد جعل کرده است» (خمینی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۱۰۵)، حمل بر قاضی منصوب می‌شود.

گفتنی است بحث از قضاتی که امروزه در دادگاه‌ها حکم صادر می‌کنند و مجتهد نیستند، مجال دیگری را می‌طلبد. خلاصه آن این است که جایز نیست غیرمجتهد منصب قضاوت داشته باشد (انصاری، ۱۴۱۵، ص ۳۸؛ رشتی، ۱۴۰۱، ج ۱، ص ۴۸؛ یزدی، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۸)، مگر در صورت اضطرار (عدم وجود مجتهد و تعسر و تعذر ترفع به مجتهد) که به حکم وجوب حفظ نظام جایز می‌شود (رشتی، ۱۴۰۱، ج ۱، ص ۵۵).

### ۳-۵. توجه به ماهیت انشاء رأی داور در وضعیت کنونی قوانین

فارغ از دو دلیلی که گذشت، مسئله قابل طرح دیگر امکان تجویز و شناسایی داوری غیرمجتهد با توجه به ماهیت کارشناسی عملیات داوری است. فارغ از این که ماهیت اصدار رأی و اعمال ولایت داور بر طرفین اختلاف، حق یا حکم باشد، در بررسی ماهیت عملیاتی که از ابتدا تا انتهای رسیدگی و تا قبل از اصدار رأی توسط داور صورت می‌پذیرد

باید به این نکته توجه داشت که همان‌گونه که قاضی در کشور ما موظف است حکم هر قضیه را از قوانین و منابع معتبر حقوقی و در صورت فقدان منابع قانونی و حقوقی، از منابع فقهی (مطابق اصل ۱۶۷ قانون اساسی) استخراج نموده و با آن‌ها تطبیق می‌دهد، داوری نیز در وضعیت کنونی یک نوع تطبیق موضوع اختلاف با قوانین و یا با عدل و انصاف است و در این تطبیق بیش از هر چیز به کارشناسی و تخصص در جنبه موضوعی اختلاف فیمابین نیاز است و این کارشناسی<sup>۱</sup> و تخصص ممکن است در اختیار غیرمجتهد باشد، اما در اختیار مجتهد نباشد.

گرچه کارشناسی با قضاوت متفاوت است و کارشناس اخبار می‌کند، ولی قاضی انشاء رأی می‌کند، اما در وضعیت فعلی قضات کشور که مجتهد نیستند و استخراج حکم شرعی را انجام نمی‌دهند، در واقع، کارشناسی قوانین و مقررات را انجام می‌دهند و جنس کارشان از نوع کارشناسی می‌باشد.

به عبارت بهتر، می‌توان گفت اصلاً ادله شرطیت اجتهاد شامل قاضی و داور در نظام قضایی فعلی ایران نمی‌گردد و این عدم شمول از این جهت است که قاضی و داور در جامعه امروزی و در نظام قضایی کنونی ایران بنا نیست اجتهاد کند، بلکه بر او لازم است که حتی اگر مجتهد باشد اجتهاد خود را کنار بگذارد و حکم دعوا را از خلال قوانین، رویه قضایی و در داوری از اصول منصفانه استخراج کند. بنابراین استدلال به ادله پیش‌گفته توسط قائلین به لزوم اجتهاد، از این جهت اخص از مدعاست.

بنابراین به نظر می‌رسد قضاوت و داوری ماهیتاً نه قبل از صدور رأی (که کار کارشناسی را قاضی و داور انجام می‌دهند) و نه در مرحله صدور رأی (که هر دو قضاوت و اعمال ولایت می‌کنند) تفاوتی ندارند، بلکه تفاوت فقط در نحوه انتخاب این دو فرد است که قاضی را حاکمیت منصوب می‌کند، اما داور (با اجازه شارع و قانون‌گذار و تنفیذ آن‌ها) از اراده طرفین، اعتبار و اختیار می‌یابد.

امروزه با توجه به تخصصی شدن داوری در رشته‌ها و زمینه‌های مختلف، چه بسا یک غیرمجتهد در موضوعی خاص تحصیلات و تخصصی داشته باشد که مجتهد فاقد آن

۱. کارشناسی به معنای آن مدنظر است و نه کارشناسی به معنای خاص.



میزان از تخصص باشد و اشکالی در داوری و قضاوت این غیرمجتهد (که طرفین خود آن را انتخاب نموده و از وی درخواست داوری و قضاوت نموده‌اند) به صورت تحکیمی دیده نمی‌شود، زیرا ولایت بر فصل خصومت را خودشان به او اعطا نموده‌اند. در کارشناسی نیاز به تخصص و تحلیل و استفاده از عقل و درک و تدبیر هست و کارشناسی غیرمجتهد امری پذیرفته شده است و تفاوتی میان مجتهد و غیرمجتهد در کارشناسی وجود ندارد و قانون‌گذار نیز محدودیتی به لحاظ دارا بودن اجتهاد در کارشناسی قائل نیست.<sup>۱</sup>

### نتیجه‌گیری

۱. روایت امیرالمؤمنین(ع) در حکم قرار دادن افراد عادی غیرمجتهد، هرچند مرسله است، اما با توجه به این که این روایت در تفسیر علی بن ابراهیم قمی آمده و ایشان در مقدمه کتاب خود، شهادت بر صدور همه احادیث از ائمه(ع) داده است و برخی علمای رجالی سخت‌گیر مانند مرحوم خوبی تمام احادیث این کتاب را معتبر دانسته‌اند، دلالت بر جواز داوری و حکمیت افراد غیرمجتهد معمولی و عادی دارد.

۲. در روایت یادشده دو نفر حکم گردیده‌اند، اما می‌توان با الغای خصوصیت، اولاً حکم (حکم قرار دادن) را به مواردی که دو طرف نزاع با حکم قرار دادن یک نفر راضی شوند، تسری داد و ثانیاً از مسئله شقاق بین زن و مرد، الغای خصوصیت کرد و جواز داوری غیرمجتهد را در سایر موضوعات جزئی مثل تنازع در معاملات نیز سرایت داد.

۳. با توجه به مناسبت حکم و موضوع از نظر عرف در مسائل جزئی و حق الناس، حکم (نظر به من یعلم) که در روایات آمده، عرفاً قابل تعمیم به غیرمجتهد است و شامل کسی که خودش مجتهد نیست، اما اطلاع از احکام دارد نیز می‌شود.

۴. فارغ از ادله قبل، مفروض همه ادله‌ای که برای شرطیت اجتهاد ذکر شده است، قضاوت غیرمجتهد بر اساس باورها و اعتقادات شخصی خودش است و حال آن که یک فرض دیگر که محل بحث است، قضاوت طبق اصول و قواعد و مقررات بین‌المللی (در

---

۱. در ماده ۱۵ قانون کانون کارشناسان رسمی دادگستری مصوب ۱۳۸۱ که شرایط متقاضیان پروانه کارشناسی رسمی ذکر شده است، هیچ معنی برای غیرمجتهد وجود ندارد و در مبحث ششم قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ (مواد ۲۵۷ تا ۲۶۹) نیز هیچ معنی از جهت داشتن اجتهاد برای رجوع به کارشناس پیش‌بینی نشده است.

داوری‌های بین‌المللی) یا قراردادهای و قوانین داخلی که مخالف قوانین موجد حق نباشند (در داوریهای داخلی) می‌باشد. این فرض داخل در گستره و قلمرو ادله ممنوعیت و عدم جواز نیست. بنابراین دلیل اخص از مدعاست. همچنین می‌توان گفت ادله شرطیت اجتهاد شامل قاضی و داور در نظام قضایی فعلی ایران نمی‌گردد و این عدم شمول از این جهت است که قاضی و داور در جامعه امروزی و در نظام قضایی کنونی ایران بنا نیست اجتهاد کند، بلکه بر او لازم است که حتی اگر مجتهد باشد، اجتهاد خود را کنار بگذارد و حکم دعوا را از خلال قوانین، رویه قضایی و در داوریه از اصول منصفانه استخراج کند. بنابراین استدلال به ادله ذکرشده، از این جهت نیز اخص از مدعاست.

۵. مطابق ماده ۴۵۵ قانون آیین دادرسی مدنی، داور صرفاً نسبت به مسائل حقوقی امکان‌پذیر است و داور لازم نیست که استخراج حکم شرعی کند تا به اجتهاد نیاز یابد، بلکه بر او الزام هست که طبق مواد قانونی حکم صادر کند و الا به موجب بند ۱ از ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ اگر رأیی که صادر می‌کند مخالف قوانین موجد حق باشد، آن رأی قابلیت ابطال دارد و بر عدم مخالفت با قوانین موجد حق ماده ۴۸۲ تصریح نموده است. اگر قانونی در زمینه موضوع اختلاف توسط طرفین معین نشده باشد و طرفین از داور خواسته باشند که داور بر اساس انصاف حکم کند نیز همین که داور نسبت به موضوع تخصص کافی داشته باشد و مطابق بند ۳ ماده ۲۷ قانون داوریه تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶ به صورت عادلانه و منصفانه حکم صادر کند، همین کفایت می‌کند.

### فهرست منابع

۱. ابن‌بابویه، محمد بن علی (شیخ صدوق). (۱۴۱۳ق). من لایحضره الفقیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲. اردبیلی، احمد بن محمد، (مقدس اردبیلی). (۱۴۰۳ق). مجمع‌الفائدة والبرهان. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳. امانداد، مجید؛ پنجه‌پور، جواد؛ و اسدی کوه‌باد، هرمز. (۱۳۹۴ش). جایگاه فقهی سیستم قضائی خصوصی بر اساس نهاد تحکیم از منظر امامیه. مبانی فقهی حقوق اسلامی، ۸(۱۶)، ۹-۳۳.
۴. انصاری، مرتضی بن محمدامین. (۱۴۱۵ق). القضاء والشهادات. قم: کنگره بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۵. ایروانی، باقر. (بی‌تا). درس تمهیدیه فی الفقه الاستدلالی. بی‌جا: بی‌نا.
۶. ایزدی‌فرد، علی‌اکبر؛ فلاح، اکبر؛ و خزائی‌پول، صفر. (۱۳۸۸ش). مشروعیت قضاوت خصوصی براساس نهاد تحکیم. پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، ۶(۱۸)، ۶۹-۹۶.

۷. بهبهانی، محمدباقر. (۱۴۱۵ق). الاجتهاد والتقليد (الفوائد الحائرية). قم: مجمع الفكر الإسلامی.
۸. تبریزی، جواد. (بی تا). أسس القضاء والشهادة. قم: دفتر مؤلف.
۹. تفرشی، مصطفی. (۱۳۷۷ش). نقد الرجال. قم: مؤسسة آل البيت لإحياء التراث.
۱۰. حائری، سید علی بن محمد. (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل. قم: مؤسسة آل البيت (ع).
۱۱. حائری، سید کاظم. (۱۴۱۵ق). القضاء فی الفقه الإسلامی. قم: مجمع اندیشه اسلامی.
۱۲. حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). تفصیل وسائل الشیعه. قم: مؤسسة آل البيت (ع).
۱۳. حلی، حسن بن یوسف (علامه حلی). (۱۴۰۲ق). رجال العلامة الحلی. قم: الشریف الرضی.
۱۴. حلی، حسن بن یوسف (علامه حلی). (۱۴۱۳ق). مختلف الشیعه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۵. حلی، محقق، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام. قم: اسماعیلیان.
۱۶. خلخالی، سید محمد مهدی. (۱۴۲۵ق). الحاکمیه فی الإسلام. قم: مجمع اندیشه اسلامی.
۱۷. خمینی، سید روح الله. (۱۴۱۰ق). الرسائل. قم: اسماعیلیان.
۱۸. خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۲۲ق). مبانی تکملة المنهاج. قم: مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئی.
۱۹. خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۳ق). معجم رجال الحديث وتفصیل طبقات الرواة. بی جا: بی نا.
۲۰. رشتی گیلانی، میرزا حبیب الله. (۱۴۰۱ق). کتاب القضاء. قم: دار القرآن الکریم.
۲۱. رضایی، قاسم. (۱۳۹۴-۱۳۹۵ش). اعتبار اجتهاد در قاضی با تأکید بر نظر محقق خویی. رسائل، ش ۵ و ۶، ۸۳-۱۲۴.
۲۲. روحانی، سید صادق. (۱۴۱۲ق). فقه الصادق. قم: دارالکتاب - مدرسه امام صادق (ع).
۲۳. سبحانی، جعفر. (۱۴۱۵ق). الرسائل الأربع. قم: مؤسسة امام صادق (ع).
۲۴. سبحانی، جعفر. (۱۴۱۸ق). نظام القضاء والشهادة. قم: مؤسسة امام صادق (ع).
۲۵. سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن. (۱۴۲۳ق). کفایة الأحکام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۶. سبزواری، سید عبدالاعلی. (۱۴۱۳ق). مهذب الأحکام. قم: مؤسسة المنار.
۲۷. سعدی، ابوجیب. (۱۴۰۸ق). القاموس الفقهي لغة واصطلاحا. دمشق: دار الفكر.
۲۸. شاهرودی، سید محمود. (۱۴۲۶ق). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.
۲۹. شمس، عبدالله. (۱۳۸۶ش). آیین دادرسی مدنی (دوره بنیادین). تهران: انتشارات دارک.
۳۰. شیرازی، سید محمد حسینی. (۱۴۱۹ق). الفقه، القانون، بیروت: مرکز الرسول الاعظم (ص).
۳۱. صدر، سید رضا. (۱۴۲۰ق). الاجتهاد والتقليد. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۳۲. طبرسی، فضل بن حسن. (۱۴۱۰ق). المؤلف من المختلف. مشهد: مجمع البحوث الإسلامیه.
۳۳. طوسی «الف»، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). تهذیب الأحکام. تهران: دار الکتب الإسلامیه.
۳۴. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۹۰ق). الاستبصار. تهران: دار الکتب الإسلامیه.
۳۵. طوسی «ب»، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). الخلاف. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۳۶. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). المبسوط. تهران: المكتبة المرتضوية.
۳۷. عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی). (۱۴۱۰ق). الروضة البهية. قم: کتابفروشی داوری.
۳۸. عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی). (۱۴۱۳ق). مسالك الأفهام. قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.
۳۹. عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی). (۱۴۱۴ق). حاشية الإرشاد. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۴۰. عاملی، سید جواد. (بی‌تا). مفتاح الكرامه. بیروت: دار إحياء التراث العربي.
۴۱. عاملی، محمد بن مکی (شهید اول). (۱۴۱۰ق). اللعة دمشقية. بیروت: دار التراث.
۴۲. عمید زنجانی، عباسعلی. (۱۴۲۱ق). فقه سیاسی. تهران: امیرکبیر.
۴۳. فضل‌الله، سید محمدحسین. (بی‌تا). فقه القضاء. بی‌جا: بی‌نا.
۴۴. فیاض، محمداسحاق. (بی‌تا). منهاج الصالحین. بی‌جا: بی‌نا.
۴۵. قمی، علی بن ابراهیم. (۱۳۶۳ش). تفسیر القمّی. قم: دار الکتب.
۴۶. کرمانشاهی، محمدعلی. (۱۴۲۱ق). مقام الفضل. قم: مؤسسه علامه بهبهانی.
۴۷. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). الکافی. تهران: دار الکتب الإسلامية.
۴۸. گلپایگانی، سید محمدرضا. (۱۴۱۳ق). کتاب القضاء. قم: دار القرآن الکریم.
۴۹. لنکرانی، محمد فاضل. (۱۳۸۵ش). ایضاح الکفایه. قم: نوح.
۵۰. مجاهد، سید محمد طباطبایی. (بی‌تا). کتاب المناهل. قم: مؤسسه آل‌البيت (ع).
۵۱. مجلسی، محمدباقر. (۱۴۰۶ق). ملاذ الأخیار. قم: کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی.
۵۲. محمدی، علی. (بی‌تا). شرح تبصرة المتعلمین. بی‌جا: بی‌نا.
۵۳. مغنیه، محمدجواد. (۱۴۲۱ق). فقه الإمام الصادق (ع). قم: انصاریان.
۵۴. منتظری، حسینعلی. (۱۴۰۹ق). دراسات فی ولاية الفقیه و فقه الدولة الإسلامية. قم: نشر تفکر.
۵۵. منتظری، حسینعلی. (۱۴۰۹ق). مبانی فقهی حکومت اسلامی. قم: مؤسسه کیهان.
۵۶. منتظری، حسینعلی. (بی‌تا). رساله استفتاءات. بی‌جا: بی‌نا.
۵۷. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم. (۱۴۲۳ق). فقه القضاء. بی‌جا: بی‌نا.
۵۸. موسی، حسین یوسف؛ صعیدی، عبدالفتاح. (۱۴۱۰ق). الإفصاح. قم: مکتب الإعلام الإسلامي.
۵۹. مؤمن، محمد. (۱۴۲۲ق). مبانی تحریر الوسيلة - القضاء والشهادات. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۶۰. نجاشی، احمد بن علی. (۱۳۶۵ش). رجال نجاشی. قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۶۱. نجفی، زین‌العابدین. (۱۳۸۴ش). سیستم قضایی خصوصی به روش قاضی تحکیم، مقالات و بررسی‌ها، ۳۸ (۳)، ۱۲۱-۱۴۳.
۶۲. نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام. بیروت: دار إحياء التراث العربي.
۶۳. یزدی، سید محمدکاظم. (۱۴۱۴ق). تکملة العروة الوثقی. قم: کتابفروشی داوری.