



دوفصلنامه

فقه و حقوق خصوصی

۵

علمی - تخصصی
دانشگاه شهید مطهری
سال سوم / بهار و تابستان ۱۳۹۹



بسم الله الرحمن الرحيم

صاحب امتیاز: دانشگاه شهید مطهری
مدیر مسئول: سید علیرضا فروغی
سرمدیر: سید ابوالقاسم نقیبی
هیأت تحریریه:

- ❖ محمد امامی کاشانی: تولیت مدرسه عالی و ریاست دانشگاه شهید مطهری
- ❖ سید مصطفی محقق داماد: استاد دانشگاه شهید بهشتی
- ❖ سید محمد موسوی بجنوردی: استاد دانشگاه خوارزمی
- ❖ سید حسین صفایی: استاد دانشگاه تهران
- ❖ سید محمد صادق موسوی: دانشیار دانشگاه شهید مطهری
- ❖ سید ابوالقاسم نقیبی: دانشیار دانشگاه شهید مطهری
- ❖ محمد بهرامی: دانشیار دانشگاه شهید مطهری
- ❖ محسن اسماعیلی: دانشیار دانشگاه تهران
- ❖ محمد روشن: دانشیار دانشگاه شهید بهشتی

مدیر اجرایی: عطیه زندیه
ویراستار: مارال ناصر روستا
نمونه خوان: اعظم سلیمانی
مترجم انگلیسی: سید صدرالدین موسوی جشنی
طراح جلد و صفحه آرا: امیر رجبی نژاد

نشانی: تهران، میدان بهارستان، دانشگاه شهید مطهری، دفتر دوفصلنامه فقه و حقوق خصوصی.

صندوق پستی: ۱۱۳۶۵-۴۷۸۵

کد پستی: ۱۱۵۷۶۱۳۱۱۷

تلفن و دورنگار: ۰۲۱-۳۳۵۶۳۱۳۱

وب سایت اینترنتی: www.motahari.ac.ir

پست الکترونیکی: jurisp.priv.law@gmail.com

بهای تک شماره: ۱۲۰۰۰۰ ریال

- ❖ دوفصلنامه فقه و حقوق خصوصی در ویرایش، تلخیص و اصلاح مطالب آزاد است.
- ❖ مطالب مندرج در دوفصلنامه فقه و حقوق خصوصی لزوماً بیانگر دیدگاه‌های دانشگاه شهید مطهری نیست.
- ❖ نقل مطالب با ذکر مأخذ آزاد است.

راهنمای نگارش مقالات

❖ مشخصات کلی مقاله

۱. مقاله علمی، پژوهشی، تحقیقی، مستند و در مورد فقه و حقوق خصوصی باشد.
۲. مقاله در هیچ نشریه داخلی و خارجی به چاپ نرسیده یا به طور هم زمان به مجلات دیگر ارسال نشده باشد.
۳. نقل قول‌های مستقیم و غیر مستقیم به زبان فارسی باشد، مگر آنکه آوردن نقل قول به زبان‌های دیگر موضوعیت داشته باشد.
۴. حجم مقاله حداقل ۱۶ صفحه (حدود ۵/۰۰۰ واژه) و حداکثر ۲۶ صفحه (حدود ۱۰/۰۰۰ واژه) باشد.
۵. مقاله به صورت تایپ شده و در محیط Word 2010، با قلم B zar 14 حروف چینی گردد.
۶. چکیده مقاله حداکثر ۲۰۰ کلمه باشد.
۷. مقاله دارای ۵ تا ۱۰ کلید واژه باشد.

❖ شیوه ارجاع به منابع

۱. منابع فارسی و عربی همراه با هم و منابع لاتین به طور جداگانه در پایان مقاله قرار گیرد و هر یک به صورت الفبایی در پایان مقاله تنظیم گردد.
۲. باورقی‌های توضیحی به صورت پی‌نوشت، آخر مقاله، قبل از منابع قرار گیرد.
۳. ارجاعات به صورت درون متنی، با ترتیب تبیین شده، ارائه شود: نام خانوادگی نویسنده، سال انتشار، شماره جلد: صفحه. مثال: (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ج ۳: ۴۳۴).
۴. منابع پایان مقاله به ترتیب زیر ارائه شود:
کتاب: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده (تاریخ انتشار) *عنوان کتاب*، نام مترجم، محل انتشار: نام ناشر، نوبت چاپ، تعداد مجلدات.
مقاله: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده (تاریخ انتشار) «عنوان مقاله»، نام مترجم، نام نشریه، شماره نشریه. (همین ترتیب در مورد کتاب‌ها و مقالات لاتین نیز رعایت گردد).

❖ مشخصات نویسنده

شناسه نویسنده/ نویسندگان شامل این موارد می‌شود: نام و نام خانوادگی، مدرک تحصیلی، مرتبه علمی، سمت کنونی، محل کار و نشانی دقیق آن، پست الکترونیکی، شماره تماس.

فهرست مطالب

❖ یادداشت سردبیر.....	۱
❖ نقش ظلم در استنباط فقهی.....	۳
سید علیرضا فروغی	
مهدی محمدی	
❖ بررسی ضابط مفهومی در تشخیص شرط تحریم حلال و تحلیل حرام	
در فقه امامیه.....	۲۳
سید ابوالقاسم نقیبی	
سجاد رزاقی	
❖ نظریه سقوط تعهدات منشأ با امضای اسناد تجارتي.....	۴۹
علیرضا عالی پناه	
سمیه احمدی مجدآبادی فراهانی	
❖ مبانی «اصل بی قید و شرط بودن تعهدات اسناد تجاری»	
در فقه و حقوق ایران.....	۶۵
اکرم صفیری	
فرزانه کریمی	
❖ بررسی و مقایسه حالت اغماء با بیهوشی عمومی و مرگ مغزی	
در فقه و حقوق ایران.....	۸۹
مرتضی چیت‌سازیان	
حامد حسینی‌نیا	
❖ مقایسه عقد رهن با معامله با حق استرداد با رویکرد رویه قضایی.....	۱۰۷
غلامعلی صدقی	
❖ چکیده مقالات به زبان انگلیسی.....	۱۲۵

یادداشت سردبیر

قانون‌گذار قانون اساسی با وقوف به اینکه مجموعه‌های قوانین تنها بخشی از واقعیت‌های زندگی را در برمی‌گیرد و بخش‌های دیگری وجود دارد که یا قانونی ندارد و یا حکم مربوط به آن مجمل و غیر صریح و نارساست، اصل ۱۶۷ را پیش‌بینی کرده است. اصل ۱۶۷ مقرر می‌دارد: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد».

این اصل راه را برای ورود نظریه‌های عالمان فقه و حقوق به ساحت حقوق حاکم بر کشور گشوده است. اگرچه اصطلاح فتاوی معتبر ظهور در آرای فقیهان و مراجع دارد، ولی قاضی در مقام دادرسی با دعاوی گوناگون و بسیار متنوع و بسا موضوعات و مسائل نوپدید روبروست. مسائل نوپدید فراوانی در زمینه تجارت، آیین دادرسی و تعارض قوانین وجود دارد که هیچ فقیهی درباره آنها سخن نگفته است. از سوی دیگر، قاضی نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی دعوا و صدور حکم امتناع ورزد. در این صورت بایسته است به نظریه‌های اندیشمندان علم حقوق رجوع کند و رأی خویش را با مستندسازی به آرای آنان موجه سازد.

در جهان امروز شاهد این هستیم که در نظام‌های حقوقی مختلف قضات به نظریه‌های عالمان حقوق در توجیه آرای خویش استناد می‌کنند. دادگاه‌های خارجی و بین‌المللی نیز، در دعاوی که باید حقوق کشور دیگر را مبنای رأی و اجرا قرار دهند، از همین مدخل برای دستیابی به حقوق آن کشور سود می‌برند.

هم‌چنین رویه قضایی به‌عنوان تکمیل‌کننده مجموعه قوانین، نقش مهم و سازنده‌ای را ایفا می‌کند. بر این اساس، دیوان عالی کشور برای وصول به وحدت رویه در آرای قضایی نیازمند به رجوع به نظریه‌های حقوقی حقوق‌دانان است و در عمل چنین رویه‌ای را اتخاذ می‌کند.

به علاوه، قانون گذاران برای تدوین لوایح و طرح ها از اندیشه ها و پیشنهادهای دانیان علم حقوق که در کتاب ها و مقالات آنان منعکس شده است، الهام می گیرند. نشریه فقه و حقوق خصوصی با درک جایگاه برجسته نظریات فقهی و حقوقی فقیهان و حقوق دانان در نظام قانون گذاری و قضایی کشور، مقالات علمی و پژوهشی عالمان فقه و حقوق را در زمینه فقه و حقوق خصوصی منعکس می کند.

نقش ظلم در استنباط فقهی

سید علیرضا فروغی^۱

مهدی محمدی^۲

چکیده: ظلم و عدل از مفاهیم بسیار تأثیرگذار و مورد بحث در اندیشه بشری است. یکی از مباحث مهم در این خصوص، اثری است که مفهوم ظلم می‌تواند در فرآیند استنباط احکام شرعی ایفا کند. این مقاله درصدد است نقش ظلم در این فرآیند را مشخص نماید. براساس کتب لغت، به ویژه کتب نزدیک به عصر صدور وحی، ظلم را می‌توان «تعدی از حد» معنا کرد. در متون دینی، به‌خصوص قرآن کریم هم، همین معنا مورد نظر بوده است. بر این مبنا، در استنباط فقهی هر جا از حدودی که شارع آن را معتبر شمرده تخطی شود، ظلم واقع شده است. حدود معتبر در فقه، مجموعه حدودی است که شارع مشخصاً تعیین نموده، و حدود عقلی و عرفی که به اعتبار آن حکم کرده یا آن را ردع نکرده باشد. در نتیجه، ظلم ملاکی است که در تمام فضای فقه و فرآیند استنباط جریان دارد و دو نقش عمده برای آن قابل تصور است: اول، در مواردی که اطلاق یا عموم دلیلی با خطوط کلی شرعی منافات داشت، می‌تواند دلیل را مقید کند یا از مورد منصرف نماید. دوم، در تفریعات فقهی و مسائل جدید می‌تواند مستند حکم قرار گیرد.

کلیدواژه‌ها: ظلم، عدل، استنباط، فقه، تعدی، حد.

طرح مسئله

امروزه نگاه ما به برخی مسائل در زندگی اجتماعی، به‌خصوص در حیطه قوانین و مقرراتی که جامعه بر پایه آنها اداره می‌شود عوض شده است. این نکته بسیار مهمی است که در پژوهش‌ها و به صورت خاص در پژوهش‌های فقهی باید مورد نظر قرار گیرد. قانع کردن افراد به اینکه قانونی که براساس وحی است بهترین و کارآمدترین و سازگارترین سازوکار اداره جامعه نسبت به فطرت

E-mail: nomune24@gmail.com

۱. استادیار دانشگاه شهید مطهری.

۲. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد فقه و حقوق خصوصی دانشگاه شهید مطهری (نویسنده مسئول).

E-mail: loshto@yahoo.com

دریافت مقاله: ۱۳۹۸/۴/۱۲ تأیید مقاله: ۱۳۹۸/۷/۶

الهی انسان است، زحمت و دقت نظری مضاعف می‌طلبد.

یک نمونه بسیار مهم از دغدغه‌های انسان که همواره در طول تاریخ ذهن بشر را به خود مشغول کرده مسئله عدل و ظلم است. مسئله این است که مفهوم این دو واژه - که بار ارزشی هم دارند - چیست، و اگر قرار است در واقعیت بیرونی تحقق پیدا کنند، این تحقق به چه ترتیب است، یا به بیان دیگر، مصادیق عدالت و ظلم چیست و چگونه می‌توان آنها را تشخیص داد؟ آیا اساساً امکان دارد جامعه را بر مبنای عدالت و نبودن ظلم اداره کرد؟ این مسئله چه ضرورت و ارزشی دارد؟ چه موقع می‌توان احکام و مقررات عادلانه و نه ظالمانه وضع کرد و چه کسی می‌تواند و حق دارد این مقررات را وضع کند؟ پرسش‌های بسیار دیگری نیز از این دست مطرح است. از سوی دیگر، افرادی که مفهوم عدالت و ظلم با ذهن آنها خو گرفته، طبعاً در مواجهه با احکام و مقررات دینی، یا با تعبد کامل به این مقررات نگاه می‌کنند و در نتیجه، از قضاوت در مورد عادلانه یا ظالمانه بودن آنها فارغ هستند یا با توجه به بینش خود به این احکام نگاه می‌کنند و آنها را در سنجه ارزشی خود قرار می‌دهند و بر آن اساس قضاوت می‌کنند و بعد نتیجه را به صورت خوب و بد بودن یا قابل پذیرش بودن و نبودنشان ابراز می‌نمایند. به بیانی دیگر، اگر در منظر این افراد حکمی عادلانه نبود، می‌توان گفت آن حکم از شارع صادر نشده است؟ چنین فهمی از ظلم می‌تواند سنجه‌ای در سلب یا انتساب حکمی به خدای متعال باشد.

با توجه به اینکه اصولاً آموزه‌های دینی به دو بخش اعتقادی و بینشی و احکام و مقررات عملی تقسیم می‌شود، نسبت سنجی ظلم هم در هر دو حیطه جریان دارد. بحث اول از موضوعات قابل بررسی در علم کلام است اما بحث دوم، یعنی نسبت احکام عملی دین با ظلم و عدل را باید در علم فقه بررسی کرد. هرچند، پی بردن به چیستی مفهوم عدل و ظلم بخش بسیار مهم و اساسی، بلکه سرنوشت‌ساز هر دو بحث است. آنچه در متن پیش‌رو مورد نظر است، نسبت احکام عملی دین اسلام و مفهوم ظلم است؛ به طور خاص، از این منظر که مفهوم ظلم در فرآیند استنباط احکام چه جایگاهی دارد و اینکه تشخیص ظالمانه بودن یک حکم فقهی چگونه است.

۱. معناشناسی ظلم

پیش از آغاز بحث، لازم است سه نکته مورد توجه قرار گیرد: نخست، هرگاه کسی واژه ظلم را بشنود یا برای توصیف عملی در روابط میان افراد اجتماع، وصف

ظالمانه بودن را به کار برد، اینجا در واقع، تصور یا به بیان دیگر، حال و هوایی در ذهن فرد نسبت به شناخت این مفهوم وجود دارد. این سخن مربوط به نظر عرف نسبت به تشخیص ظلم نیست، زیرا این تشخیص بعد از آن است که مفهوم ظلم دانسته شده باشد. وقتی گفته می شود عرف این کار یا حکم و قانون را ظالمانه می داند، یعنی با توجه به شناختی که از ظلم در ذهن خود تصور کرده، در مورد پدیده یا واقعه ای خارجی قضاوت می کند. در حالی که بحث این است که برای مثال، وقتی به شهروند یک جامعه گفته شود امروز در پارلمان یک کشور خارجی، قانونی ظالمانه وضع شده، با این فرض که شهروند به هیچ وجه مفاد آن قانون را نمی شناسد، در تصورش آن قانون چه ویژگی و مشخصه ای دارد. به نظر می رسد این تصور ابتدایی که علی الظاهر دلیلی نداریم در طول زمان تغییر کرده باشد، اولاً، ریشه استعمال اهل لغت و در نتیجه، اظهار نظر لغویون است و ثانیاً، می تواند سنجه ای در مورد صحت سخن لغویون باشد، ولو اینکه چنین قضاوتی مشکل است. این تصور را اصطلاحاً معنای ذهنی می نامیم.

دوم آنکه، وقتی پژوهشگری بخواهد معنای یک لفظ مستعمل در منابع دینی را بداند، مراجعه به کتب لغت مربوط به اعصار نزدیک به صدور به او کمک می کند موضوع^۱ له آن لفظ در زبان شارع را بهتر بشناسد؛ زیرا چه بسا، معنایی که امروزه از یک لفظ شناخته می شود با معنایی که اهل لغت عصر صدور، لفظ را در آن استعمال کرده اند، متفاوت باشد. نگاه کردن به یک آیه یا روایت با عینک امروز ممکن است منجر به خطای فاحش تحریف معنوی شود و آنچه تصور می شود غیر از معنای مورد اراده گوینده باشد.

سوم، می دانیم تعاریف اقسام گوناگونی دارند. در علم منطق این بحث مطرح است که بهترین تعریف باید چگونه باشد تا تصور درستی از مورد تعریف (معرف) ایجاد کند. در ارائه یک تعریف، سخن از حد و رسم (تام و ناقص) جنس و فصل (قریب و بعید) و عرض خاص به میان می آید. نوع دیگر از تعریف شرح الاسم است. آخوند خراسانی در کفایه، در موارد بسیاری دقت در تعاریف را به این عنوان که این تعاریف تنها شرح الاسم هستند و نه تعریف حقیقی، نابه جا می داند. ممکن است تصور شود آنچه در کتب لغت هم آمده از همین قبیل هستند و لذا، دقت در جزء جزء آنها بی فایده و بلکه نامعقول است، اما روش این تحقیق متفاوت است و می توان اینگونه پاسخ داد که اصراری نیست تعاریفی از این دست، تعریف دقیق منطقی باشند، اما باید توجه داشت که عباراتی که در بیان اهل لغت آمده حاوی مفاهیمی است که آیینۀ تمام نمای استعمال آن لفظ

است یا حداقل می‌شود چنین تلاشی را در پس آنها مفروض دانست. این مفاهیم در ارتباط با هم تصویری می‌سازند که جهان معنایی یک واژه را ترسیم می‌نماید. بنابراین، دقت در این عناصر بی‌فایده نیست. به‌ویژه، در مورد تعاریفی که جنبه اقدمیت داشته باشند یا مورد پذیرش و تصدیق جمع قابل توجهی از لغویون باشند.

نخستین اظهار نظر - از لحاظ تاریخی - در معناشناسی ظلم سخن خلیل بن احمد فراهیدی در العین است که تألیف آن مربوط به قرن دوم هجری است و هم‌زمان بودن آن با عصر صدور روایات - به ویژه روایات صادقین (علیهما السلام) - و نزدیک بودنش به عصر نزول وحی موجب شده که به عنوان منبعی بسیار مهم برای فهم متون دینی مورد استفاده قرار گیرد. او در معنای ظلم می‌نویسد: «الظُّلْمُ: أَخْذُكَ حَقَّ غَيْرِكَ» (فراهیدی، ۱۴۱۰، ج ۸: ۱۶۳). چنانکه گفته شد، هرچند این روش در پژوهش‌های لغوی مرسوم نباشد اما خوب است به تک‌تک اجزای تعریف ارائه‌شده پرداخته شود. صاحب العین برای تبیین معنای ظلم، از واژه‌های «اخذ»، «حق» و «غیر» استفاده می‌کند. براساس قضاوت همان معنای ذهنی که پیش‌تر به آن اشاره شد، «اخذ» یعنی گرفتن، فرد بارزی است که در مصادیق ظلم وجود دارد و تنها نمونه آن نیست؛ چراکه ظلم گاهی با اجحاف و ندادن محقق می‌شود نه با گرفتن، هرچند بتوان با تحلیل، بازگشت آن را به همان معنای اخذ دانست. هم‌چنین، تجاوز از میزان مشخص مجازات یک مجرم و جانی نیز ظلم دانسته شده است که در نگاه اول، با اخذ همخوانی ندارد، ولی باید اعتراف کرد که فرد بارز ظلم همان اخذ است و از این منظر، تعریف ظلم به اخذ قابل پذیرش است. از جنبه دیگر، اخذ در واقع یک فعل است و امری وجودی است نه عدمی. این نکته پاسخی است به کسانی که ظلم را عدمی - به معنای عدم عدل - معنا می‌کنند.^۱

دومین واژه در این تعریف «حق» است که بایست مورد ملاحظه قرار گیرد؛ زیرا تا حقی در میان نباشد که مورد اخذ قرار گیرد، ظلمی محقق نمی‌شود. به عبارت دیگر، تحقق ظلم باید پیش‌فرضی داشته باشد و آن، وجود یک حق است.

سومین واژه «غیر» است. ظلم وقتی معنی می‌دهد که غیریتی میان فاعل یعنی ظالم و صاحب حق که طرف دیگر است وجود داشته باشد، لذا اگر این غیریت تحقق نیابد، دیگر ظلم قابل تحقق نخواهد بود. خود این مسئله مهمی است که آیا ظرف تحقق ظلم، صرفاً اجتماع است، ولو اجتماعی حداقلی به میزان دو نفر، یا وابستگی به اجتماع ندارد؟ توجه به عنصر غیریت، این نتیجه را

در پی خواهد داشت که اساساً در اجتماع است که ظلم معنا پیدا می‌کند. البته در استعمال قرآنی سخن از ظلم به نفس هم آمده که لازم است توضیح داده شود. اجمالاً، در همین گونه از استعمال هم غیریتی میان انسان و نفس او فرض می‌شود - فرض البته نه به معنای صرف احتمال یا اعتبار - و در سایه این غیریت است که ظلم به نفس محقق می‌گردد. هم‌چنین، برای پاسخ به سؤال پیش گفته به نکته دوم، یعنی حق هم می‌توان استناد کرد؛ زیرا در اجتماع است که مفهوم حق و همین‌طور تکلیف شکل می‌گیرد و برای شکل‌گیری این دو حتی یک اجتماع حداقلی کفایت می‌کند. پس باید دوگانگی و اجتماعی باشد که حق تصور شود و اگر این حق مورد اخذ قرار گیرد، ظلم محقق شود. البته این تحلیل را هم می‌توان داشت که وقتی در تعریف، سخن از حق غیر است، اینکه انسان نسبت به حقوق خودش بی‌توجه باشد از تعریف خارج شده و در این موارد ظلم صدق نمی‌کند. براساس آنچه گفته شد، درخصوص حقوق الهی نیز غیریت میان بنده و پروردگار موجب می‌شود کاربرد مفهوم ظلم بنده به خداوند در زیر پا گذاشتن حقی از حقوق او قابل تصور باشد، مگر اینکه گفته شود معنای ذهنی از ظلم چنین کاربردی را نمی‌پسندد. چه‌بسا به این دلیل که تفاوت جایگاه بنده و خداوند متعال از ایجاد رابطه میان مظلوم و ظالم در ذهن جلوگیری می‌کند. صرف نظر از کتاب العین، بیش‌ترین تعبیری که در کتب لغت در مورد معنای ظلم آورده شده، «وضع الشيء فی غیر موضعه» است.^۲ نظر به اهمیت این تعریف، لازم است آن هم مانند تعریف قبل مورد دقت قرار گیرد. این تعریف هم اجزاء و عناصری دارد: اولین جزء آن «وضع» است. وضع یک امر وجودی و یک فعل است، نه عدم‌الفعل. این را نیز باید جوابی دانست به تفکری که معتقد است میان عدل و ظلم رابطه عدم و ملکه برقرار است و در نتیجه، برای بحث از ظلم فایده‌ای قابل تصور نیست. پس ظلم یک گونه وضع است.

جزء دوم «شیء» است که بسیط‌ترین و عام‌الشمول‌ترین مفهوم است به گونه‌ای که در هر زمینه‌ای استعمال شود، رنگ همان را می‌گیرد. لذا می‌شود شیء در این تعریف را اعم دانست از اشیا واقعی و مفاهیم اعتباری و ذهنی، مانند مفهوم حق و قانون و حدود. جزء بعدی «موضع» است، یعنی ابتدا برای شیء جایگاهی فرض می‌شود و تفاوتی هم ندارد که منشأ این جایگاه شدن چه باشد و این مطلب بسیار اساسی و مهمی است، چون وقتی سخن از موضع گفته می‌شود صرف شناخته شدن و در نظر گرفتن این عنوان کافی است. به بیان دیگر، صدق عنوان موضع کفایت می‌کند و اینکه منشأ این موضع چیست و چه کسی آن را تعیین کرده و آیا اصلاً این جایگاه و

موضع مناسب و صحیح است یا نه، اموری خارج از محدوده معنای مستفاد از لغت است. موضع، یعنی جایگاه. موضع را هرکس بنابر نظر و عقیده خود معین می‌کند و این طور فرض می‌نماید که اگر شیء در غیر آن موضع قرار گیرد، ظلم صدق می‌کند. بنابراین، اختلاف در نظرات و عقاید که براساس آنها موضع یک شیء شناخته می‌شود، خارج از صدق عنوان موضع و در نتیجه، بحث معناشناسی و شناخت مفهوم ظلم است.

جزء دیگر «غیریت این موضع» است. وقتی جایگاهی برای یک شیء فرض شد، تمام آنچه خارج از آن محدوده قرار دارد تحت عنوان غیریت قرار می‌گیرد. تمام مواضع قابل فرض جز آن موضع معین برای شیء، مصداق «غیر موضعه» هستند و از این جهت، قرار گرفتن شیء در آنها صدق ظلم می‌کند. به بیان دیگر، وقتی اولاً، یک شیء را فرض کردیم و نسبت به آن شناخت پیدا کردیم؛ ثانیاً، متناسب با این شناخت برای آن موضع و جایگاهی متصور شدیم؛ ثالثاً، آن شیء را در موضعی جز آن موضع مفروض قرار دادیم و وضع کردیم، عنوان ظلم محقق می‌شود.

نکته پایانی در تحلیل این تعریف که توسط جمع زیادی از اهل لغت ذکر شده، این است که اگر این تعریف با معنای ذهنی از ظلم مقایسه شود، باید اعتراف کرد که انصافاً این عبارت ولو اساسی و جامع است، اما بار منفی ظلم را منتقل نمی‌کند. این قابل پذیرش است که در نگاه اول، وضع در غیر موضع کار ناپسند و اشتباهی جلوه می‌کند اما ظاهراً این مقدار نمی‌تواند حال و هوای مفهوم ظلم را به طور کامل پوشش دهد و منتقل نماید. اگر میان این تعریف با تعریف العین مقایسه شود، متوجه تفاوت دو عبارت در فضا سازی و انتقال حس معنایی مفهوم خواهیم شد. تفاوت میان «اخذك حق غیرك» و «وضع الشیء فی غیر موضعه» را می‌توان این دانست که فرضاً، اگر غیرعرب‌زبانی که تازه آموزش زبان عربی را آغاز کرده یا کسی که اصلاً در عمر خود تا به حال کلمه ظلم را نشنیده است، بخواهد بنابر تعریف کتب لغت آن را بفهد، به راستی کدام یک از این دو عبارت می‌تواند او را به شناختی که اهل لغت عربی از این واژه دارند نزدیک کند؟ آیا انتقال بار معنایی، یا به تعبیری که گفته شد، حال و هوای یک واژه سهم تاثیرگذاری در تعریف و شناسایی آن ندارد؟ البته خود این می‌تواند محل بحث باشد که یک لغت‌دان اصولاً در این زمینه وظیفه‌ای دارد یا کارش تنها بیان موارد استعمال است. پرسش اساسی دیگر این است که آیا می‌توان درباره این واژه خاص گفت که بار معنایی و حال و هوایی که به آن اشاره شد برخاسته از قبح عقلی ظلم است؟

مناسب است در ادامه، به برخی از نکات که اهل لغت در ضمن تعریف ظلم به «وضع الشيء فی غیر موضعه» آورده‌اند، پرداخته شود. ابن فارس در معجم مقاییس اللغة، با اینکه اصل لغت را همان تعریف سابق می‌داند، اما قید تعدی را هم به آن اضافه می‌کند.^۳ در مورد اضافه کردن این قید می‌توان گفت هم بار معنایی ظلم را منتقل می‌نماید و هم فرد بارز آن را مشخص می‌کند، چرا که عموماً ظلم به صورت تجاوز و تعدی فرض می‌شود تا نقصان. به بیان دیگر، زیاد گرفتن بیش‌تر از کم دادن جلوه می‌کند. البته همان‌طور که پیش‌تر گفته شد کم دادن را هم می‌توان به گونه‌ای تحلیل کرد که بازگشتش به تجاوز و تعدی باشد، اما این برداشت که وضع در غیر موضع در صورتی که همراه با سوءنیت باشد، صدق ظلم می‌کند والا بر اثر جهل مثلاً ظلم محقق نمی‌شود محل تأمل است.

راغب در مفردات هم قید اختصاصی بودن را به «غیر موضعه» اضافه کرده و هم صورت‌های گوناگون وضع را بیان کرده است.^۴ به نظر می‌رسد او می‌خواسته که تمام حالات و افراد را ذکر کند و تنها به فرد بارز بسنده ننماید یا اینکه همه را در کنار هم حالات مختلف ظلم دانسته است. البته قید «المختص به» را هم شاید برای تأکید بیش‌تر به «غیر موضعه» اضافه نموده باشد. به هر حال، این هم تلاشی است برای احصای تمام افراد به خصوص اینکه عدول زمانی و مکانی هم – با شاهد مثال – از اقسام ظلم شمرده است.

بعضی از لغت‌دانان نیز در کلام خود هر دو تعریفی را که ذکر شد آورده‌اند. برای مثال نویسنده شمس العلوم،^۵ هم‌چنین، نویسنده المحيط که می‌گوید: «الظُّلْمُ: أَخْذُكَ حَقَّ غَيْرِكَ، وَ أَصْلُهُ: وَضْعُ الشَّيْءِ فِي غَيْرِ مَوْضِعِهِ» (صاحب بن عباد، ۱۴۱۴، ج ۱۰: ۳۲). اینکه اصل ظلم را «وضع الشيء فی غیر موضعه» بدانیم و اخذ حق غیر را استعمال متداول آن – اگر منظور همین باشد – ظاهراً سخن گزافی نیست، با ملاحظه اینکه این استعمال را نمی‌توان خارج از چهارچوب معنای اصلی دانست. ضمن اینکه – هم‌چنان که پیش‌تر اشاره شد – آن معنای اصلی از انتقال بار معنوی قاصر است، مگر اینکه این را هم عارضی و خارج از اصل لغت بدانیم. در کنار این دو عبارت عمده، جا دارد به دو تعبیر دیگر هم اشاره شود: یکی، تعریف به نقص^۶ و دیگری به تجاوز^۷.

در جمع‌بندی باید گفت در میان لغت‌دانان چهار تعبیر عمده برای تعریف واژه ظلم وجود دارد. در این میان، تعریف ظلم به «نقص» صحیح به نظر نمی‌آید، زیرا حمل به غیر فرد بارز است و شامل کثیری از موارد نمی‌شود یا حداقل نیاز به مطلب و شرح اضافی دارد. در مجموع، آنچه

درباره فهم معنای ظلم به ذهن می‌رسد این است که اولاً، چنان‌که در تعاریف، با تعبیرات مختلف حق، موضع و حد روبه‌رو شدیم، مبنا و پیش‌فرض ظلم این است که برای چیزی یک جایگاه و محدوده خاص قائل شویم و سپس، با توجه به آنچه در حوالی آن رخ داده، تحقق ظلم را تشخیص دهیم. در این میان به نظر می‌رسد استفاده از واژه «حد» مناسبت بیش‌تری دارد، زیرا «موضع» بار فیزیکی و جسمی به همراه دارد که به آن نیازی نیست. قابل توجه اینکه، سخن این نیست که دو تعریف از ظلم وجود دارد، یکی در مورد اجسام و امور واقعی، و دیگری در مورد امور ذهنی و اعتباریات، چنان‌که ممکن است همین سخن در مورد تعریف عدالت هم گفته شود، بلکه آنچه مورد نظر است، این است که تعریفی ارائه شود که نسبت به هر دو عرصه عمومیت داشته باشد و اگر از «حد» استفاده کنیم، این غرض تأمین می‌شود. از طرف دیگر، حق هم شمولیت حد را دارا نیست و لذا معنا را محدودتر می‌کند. به علاوه، بار ارزشی اضافه‌ای که به همراه مفهوم حق می‌تواند باشد به تعریف تحمیل می‌شود که به آن هم نیازی نیست. پس «حد» در مقایسه با حق و موضع برای جا دادن در تعریف مناسب‌تر است. ثانیاً، از تعاریف برمی‌آید که تحقق ظلم در گرو نادیده انگاشتن و نایستادن در مرز حدود فرض شده است. وقتی حد و مرز یک چیز مورد تجاوز و تعدی قرار گیرد، آن هنگام است که مفهوم ظلم متجلی می‌شود: خواه به صورت زیاده باشد یا نقصان یا در نظر نگرفتن تناسب زمان و مکان. (هرچند مثلاً در زیاده ملاحظاتی هست. چنان‌که گاهی زیاده مصداق ظلم نیست، بلکه مصداق جود و لطف است). لذا به ذهن می‌رسد استفاده از تعبیر تجاوز و «تعدی» هم می‌تواند شمول را با تأکید به فرد بارز منعکس کند و هم می‌تواند بار معنایی لفظ را منتقل نماید. حاصل کلام اینکه تعریف ظلم به تجاوز و «تعدی از حد» تعریف مناسبی است که با تعبیر قرآنی — که در ادامه بیان می‌شود — نیز تناسب دارد. البته این را باید در نظر داشت که در مباحث پیشین بر وجود عنصر غیریت نیز تأکید شد و دلیل اینکه در تعریف ظلم، تعدی به حد دیگری بیان نگردید این است که فرض بر آن گذاشته شده که با وجود دیگران یا دیگری است که حد‌گذاری معنا پیدا می‌کند. بنابراین، مواردی مانند از حد گذراندن در مصرف غذا ظلم تلقی نخواهد شد، چراکه اینگونه حدود از مورد بحث خارج هستند.

این سخن، نزدیک به نظر بعضی لغت‌شناسان است. مرحوم علامه مصطفوی در *التحقیق* می‌نویسد: «اصل واحد در ماده ظلم اضعاء حق و ندادن آن است: چه در مورد خود انسان، چه دیگری، چه در مورد حقوق خداوند متعال، چه در نسبت به جانداران یا غیر آنان و در حقوق مادی

یا معنوی یا روحی» (مصطفوی، ۱۴۰۲، ج ۷: ۱۷۱) که وجه عدول از حق به حد را ذکر کردیم. در کلام بعضی فقها هم به این معنا اشاره شده است، چنان که محقق نراقی می‌گوید: ظلم در لغت تعدی از حق است (نراقی، ۱۴۲۲، ج ۱: ۱۸۸).

هم‌چنین، مناسبت دارد سخن قرآن‌پژوه معاصر، پروفیسور ایزوتسو را هم درباره واژه ظلم در قرآن کریم در همین قسمت ذکر کنیم:

...این ریشه در قرآن مجید نقشی فوق‌العاده با اهمیت دارد و اگر بگوییم یکی از مهم‌ترین واژه‌های ارزشی منفی در قرآن است سخنی به گزاف نگفته‌ایم. در حقیقت ما با صورت‌های مختلف این ریشه در هر صفحه قرآن روبه‌رو می‌شویم. معنی اصلی واژه ظلم به اعتقاد بسیاری از لغت‌نویسان معتبر «قرار دادن در غیر جای خود» می‌باشد. در قلمرو علم اخلاق، معنای آن عبارت است از اینکه «شخص از حدود و ثغور خویش پا فراتر نهد و به حقوق دیگران تجاوز نماید». به عبارت کوتاه‌تر و کلی‌تر، ظلم یعنی بی‌عدالتی و بیدادگری، بدین معنی که انسان از حد خود تجاوز نماید و به کاری پردازد که حق انجام آن را نداشته است (ایزوتسو، ۱۳۹۴: ۳۳۱ و ۳۳۲).

البته براساس آنچه گذشت مشخص شد که معنایی که ایشان به عنوان معنای مصطلح در علم اخلاق ذکر کرده، در کلام لغویون هم آمده و اصطلاح خاص یک علم نیست بلکه معنای خود واژه است.

۲. استعمال ظلم در قرآن کریم

واژه ظلم از مفاهیم پرتکرار در قرآن مجید است به صورتی که در بسیاری از صفحات قرآن می‌توان یکی از مشتقات آن را مشاهده کرد. براساس شمارش تعداد استعمالات قرآنی، از ریشه ظلم ۲۸۴ بار استفاده شده است:

- ۱۶ بار به صورت صیغه تفضیل (اظم)؛
- ۱ بار در وزن مفعولی (مظلوم)؛
- ۲ مرتبه صفت مشبیه (ظلوم)؛
- ۹ بار به صورت اسم فاعل مفرد (ظالم و ظالمه)؛
- ۱۲۶ مرتبه به صورت جمع (ظالمون و ظالمین و ظالمی)؛

- ۲۰ مرتبه به صورت اسم (ظلم)؛

- ۴۵ بار فعل مضارع (از قبیل یُظْلِمُونَ، يُظْلَمُونَ، تُظْلَمُونَ و غیره)؛

- ۶۵ مرتبه فعل ماضی (ظلموا، ظلم و غیره).

مجموع این استعمالات در چند مبحث دسته‌بندی می‌شود:

دسته‌ای از آیات به اقسام ظلم می‌پردازد مانند ظلم خداوند به انسان، که به شدت مورد نفی قرار گرفته است، یا ظلم انسان به خودش. (این تقسیمات فارغ از بحث قرآنی، در علم اخلاق به صورت صناعی مطرح شده است).

دسته‌ای از آیات فرجام تلخ ظالمان و عقاب اخروی آنان را بیان می‌کند.

دسته‌ای دیگر مربوط به مصداق‌شناسی ظلم است و اینکه چه کسانی با چه صفاتی در زمره ظالمان قرار می‌گیرند.

از آیات قابل توجه در بحث ظلم، آیه ۲۲۹ سوره بقره است که می‌فرماید: «الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ». طلاق که رجوع و بازگشت دارد، دو مرتبه است؛ و پس از دو طلاق، باید یا به طور شایسته همسر خود را نگاهداری کند و آشتی نماید، یا با نیکی او را رها سازد. و برای شما حلال نیست که چیزی از آنچه به آنها داده‌اید، پس بگیرید؛ مگر اینکه دو همسر، بترسند که حدود الهی را برپا ندارند. در این حال، اگر بترسید که حدود الهی را رعایت نکنند، گناهی بر آنها نیست که زن، فدیة و عوضی بپردازد تا شوهر او را طلاق دهد. اینها حدود الهی است. از آن تجاوز نکنید. و هر کس از حدود الهی تجاوز کند، ستمکار است.

در کنار این آیه، آیات دیگری نیز هستند که تعبیر این آیه یعنی «اولئک هم الظالمون» یا مشابه آن در آن آیات آمده است. با مرور آنها مشخص می‌شود که قرآن کریم این اشخاص را مصادیق ظالم بودن معرفی می‌کند:

۱. کسانی که از حدود الله تعدی می‌کنند.

۲. کسانی که بعد از نزول تورات - یعنی کتاب الهی که در آن دستورات و احکام و به تعبیر

دیگر، حدود الهی آمده - به خداوند افترای دروغ می‌بندند (آل عمران: ۹۴).

۳. کسانی که به آنچه خداوند نازل کرده - دستورات و احکام تورات - حکم نمی‌کنند که

- در مورد این افراد علاوه بر ظالم - به همین سیاق - کافر و فاسق هم آمده است (مائده: ۴۵).
۴. کسانی که اقوام خود را که کفر را بر ایمان ترجیح می‌دهند، اولیای خود قرار داده‌اند در حالی که خداوند از ولایت آنان نهی کرده است (توبه: ۲۳).
۵. کسانی که وقتی بخواهند براساس حکم الهی آنها را قضاوت کنند، اعراض می‌کنند مگر اینکه حق داشته باشند (نور: ۵۰).
۶. کسانی که نسبت به برادران ایمانی خود نسبت سوء می‌دهند و مسخره می‌کنند و از آن توبه نمی‌کنند (حجرات: ۱۱).
۷. کسانی که تولی افرادی را می‌پذیرند که در برابر دین می‌جنگند و با مسلمانان بدرفتاری می‌کنند، در حالی که خداوند از تولی آنان نهی کرده است (ممتحنه: ۹).
۸. به پیامبر خطاب شده است که در مورد تعیین قبله، اگر بعد از آنکه حکم الهی را دانستی برخلاف آن و براساس هوای دیگران عمل کنی، ظالم خواهی بود (بقره: ۱۴۵).
۹. کافران که از حکم انفاق که مورد آیه است، سرپیچی می‌کنند و یا اعتقادی به معاد ندارند (بقره: ۲۵۴).
۱۰. در قضیه شهادت دادن، از زبان شاهدان بیان می‌شود که قسم می‌خورند شهادتشان احق از شهادت دو نفر قبلی است و اعتداء نمی‌کنند که اگر اعتداء کنند از ظالمان هستند (مائده: ۱۰۷).
۱۱. کسانی که آیات الهی را نفی می‌کنند در حالی که خود در قلب، به حقانیت آن اعتقاد دارند (انعام: ۳۳).
۱۲. مشرکان زمان ابراهیم خلیل که با آنکه می‌دیدند بت‌ها قدرت انجام کاری را ندارند، به مسبب بودن آنها اعتقاد داشتند (انبیاء: ۶۴).
- با دیدن این موارد روشن می‌شود که در بعضی آیات صراحتاً توجه به همان معنای لغوی است، یعنی تعدی از حد، مانند آنچه از زبان شاهدان بیان شده است. همین‌طور، این نکته مهم مشخص می‌شود که در اغلب موارد نسبت ظلم به کسانی داده می‌شود که در برابر احکام الهی قرار می‌گیرند و در برابر آن سرکشی می‌نمایند و به آن عمل نمی‌کنند. پس وقتی خداوند متعال حکمی برای افراد نازل می‌کند، دو نحو واکنش از سوی بندگان متصور است: یا سر تسلیم فرو می‌آورند و از آن تبعیت می‌کنند یا سرکشی می‌کنند و از آن اعراض می‌نمایند، یا به تعبیر دیگر، از حکم الهی و حد مشخص شده توسط خداوند تعدی و تجاوز می‌کنند.

حاصل کلام اینکه وقتی این استعمالات قرآنی را مورد توجه قرار دهیم، مشخص می‌گردد که استعمال مفهوم ظلم در قرآن کریم، بر پایه همان معنای لغوی است و یک معنای خاص و جداگانه از آن ندارد، اما با یک تفاوت بسیار مهم و اساسی که بایسته است در نگاه به قرآن و سنجش با استعمالات لغوی و همین‌طور، در بهره‌گیری از قرآن در استنباط احکام دین مورد دقت قرار گیرد. آن تفاوت این است که در استعمالات لغوی، حدی که تعدی از آن ظلم تلقی می‌شود لایشرط است، اما در استعمالات قرآنی این حد بشرط شیء است. به بیان روشن‌تر، در لغت، فرض و پیشینه‌ای برای آن حد نیست و وقتی هر حدی فرض شد، تعدی از آن ظلم قلمداد می‌شود، اما در قرآن، وقتی فردی در زمره ظالمان قرار می‌گیرد و سرنوشت دردناک اخروی در مورد او فرض می‌شود که از حدودی که خداوند متعال تعیین کرده، یعنی حدودالله، تجاوز و تعدی کند، نه هر حدی که توسط هر کسی تعیین شده باشد.

۳. کارکرد ظلم در فقه

بنابر تقسیم صناعی، یا باید گفت شارع تنها عموماً را بیان کرده و ناظر به موضوعات مشخص حکم خاصی وضع ننموده است، یعنی صرفاً آنچه را که براساس فرهنگ جامعه عدل است امضا و تأیید کرده و آنچه را که بر همان اساس ظالمانه است، رد کرده است (البته نه به عنوان حکم امضایی که خود از قبیل حکم موضوعی معین است)، یا اینکه احکام خاصی دارد، اما شرط عمومی این احکام مطابقت با عدل و ظالمانه نبودن است. حال، اینکه ظالمانه نیست یا براساس معیار عرف و شناختی است که عرف جامعه از ظلم و عدل دارد یا براساس مرتکز عقلاً و با در نظر گرفتن معیار عقل است. در ادامه، نظر نگارنده در چند گزار بیان می‌گردد:

شارع مقدس براساس مصالح و مفاسد - که بنابر دستگاه کلامی عدلیه مبنای احکام شرعی است - احکام و مقررات مشخص و معینی وضع نموده و تنها به توصیه به کلیات و عموماً اکتفا نکرده است. ظاهر آیاتی که تعبیر «تلك حدود الله» در آنهاست و هم‌چنین، آیات و روایات دیگر مؤید این مطلب است. به علاوه اینکه، اساساً شریعت بدون احکام ثابت بی‌معناست و انکار احکام ثابت منجر به انکار شریعت می‌شود. به علاوه، در بررسی نقش ظلم در استنباط فقهی، لازم است مشخص شود در فرآیندی که یک فقیه طی می‌کند (از مواجهه با یک موضوع و پدیده تا دانستن حکم شرعی آن) ظلم تا چه حد اثرگذار است. چنین امری بر این مبنا شکل می‌گیرد که دستگاه

استنباط فقهی مورد پذیرش است و اینکه یک حکم شرعی مشخص وجود دارد که برای فهمیدن آن تلاش می‌شود. وقتی حکم شرعی مشخصی فرض نشود یا اینکه اصلاً چنین فرآیند و دستگاهی مورد قبول واقع نشده باشد، موضوعاً از بحث ما خارج است.

مؤدای بعضی روایات (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸: ۱۶-۱۴) این است که خداوند متعال برای هر چیزی حدی قرار داده است و اگر کسی از آن حد تعدی نماید، مستوجب حد می‌گردد که آن هم جعل خداوند است. حد در این روایات، در همه موارد به معنای مجازات نیست. علاوه بر اینکه خود حد به عنوان مجازات را می‌توان مصداقی از حد و مرزی که خداوند تعیین کرده، دانست. بر این اساس، دایره حدودالله منحصر به موضوعات و موارد خاصی نیست و مثلاً تنها بخش عبادات را دربر نمی‌گیرد، بلکه در هر موضوعی وجود دارد. لذا حدودالله شمول دارد و خاص بعضی موارد نیست.

مطلب دیگر درباره مفهوم ظلم است. معنای ظلم در لغت بر مبنای قرار دادن شیء در غیر موضع آن است و به نظر، بیانی که می‌تواند ابعاد آن را بهتر مشخص کند «تعدی از حد» است. در منابع دینی، یعنی کتاب و سنت، ظلم معنایی مغایر با معنای لغوی آن ندارد و با استفاده از همان معنای لغوی می‌توان کاربردهای ظلم در قرآن و روایات و لسان فقها را درک کرد.

تفاوت مهم در مورد تعریف لغوی با کاربرد آن در قرآن و سنت این است که در لغت، حد لایبشرط است و تعدی از هر حدی می‌تواند مصداق مفهوم ظلم باشد، اما همین حد در قرآن کریم بشرط شیء است، یعنی وقتی ظلم است که نسبت به حدودالله تعدی صورت گیرد. به بیان دیگر، وقتی حدودی که از جانب شارع معتبر شمرده شده، نقض شود ظلم اتفاق می‌افتد و اساساً مفهوم ظلم وابستگی تام به آن حدود دارد. هر شخصی ظلم را براساس حدودی که خودش معتبر می‌شناسد، فهم می‌کند و به همین دلیل، ممکن است آنچه از نظر شخصی ظالمانه است، از دیدگاه دیگری عادلانه به نظر برسد. همین‌طور، امکان دارد شخص دوم امر دیگری را ظالمانه بداند که فرد اول حکم به عادلانه بودن آن می‌کند.

طبق این گزاره، اساس اختلاف در مصداق‌شناسی ظلم، اختلاف در تعیین حدود است، پس اختلاف مبنایی است. اگر دو نفر در مورد تعیین حقوق و حدود با هم اختلافی نداشته باشند، نگرش آنان در مورد ظالمانه یا عادلانه بودن پدیده‌ها یکسان خواهد بود. بر این مبنای باید در مورد نگرش کلامی قضاوت کرد. براساس دیدگاه کلامی، اگر بخواهیم هر پدیده‌ای را در جایگاه

مشخص آن قرار دهیم باید به کسی مراجعه کنیم که نسبت به خصوصیات و ویژگی‌های آن پدیده احاطه کامل داشته باشد و آن کسی که به تمام نیازها و خصوصیات و اهداف پدیده‌ها احاطه تام دارد، آفریدگار و پروردگار آنهاست. پس موضع و غیر موضع هر چیزی را که اساس تعریف عدل وضع شیء در موضع آن و اساس تعریف ظلم وضع شیء در غیر موضع آن است، خالق اشیاء یعنی خدای متعال تعیین می‌نماید و نه کس دیگر. به بیان دیگر، جای اشیاء را اشیاء آفرین می‌داند و جای اشخاص را اشخاص آفرین (جوادی آملی، ۱۳۹۲ ش ۶۹: ۴۱). این کلام قطعاً صحیح و برخاسته از مبانی فکری ماست، ولی سخن در این است که موضع درست و موضع غلط یا حد کامل و صحیح و حد ناقص و نادرست در ساحت تعریف لغوی و آنچه عرف از ظلم می‌شناسد، جای نمی‌گیرد. اگر کسی با ما هم داستان بود که اشیاء آفرین باید حدود و حقوق را مشخص کند و این کار را هم کرده است که اختلافی به وجود نخواهد آمد. اختلاف جایی است که مبنای قضاوت، موضع مشترک نباشد. تمام کلام این است که نمی‌شود به طرف مقابل گفت آنچه تو ظلم و عدل می‌دانی، ظلم و عدل نیست و آنچه من می‌گویم، همان، ظلم و عدل است. در احساس ظلم و عدل نمی‌شود خدشه کرد، بلکه باید گفت در نظام فکری ما این مبانی وجود دارد که به نظر ما مبانی کاملی است و ظلم و عدل هم براساس همین مبانی تعریف می‌شود. بر سر نظام فکری و مبانی است که بحث (من جمله ظلم و عدل) شکل می‌گیرد، نه آثار آن.

پس نتیجه اینکه در محیط پژوهش فقهی، وقتی از نقش ظلم در سیستم استنباط سخن می‌گوییم، ظلم براساس حدود شناخته‌شده همین دستگاه معنا خواهد یافت. با این نگرش، دیگر لازم نیست به عرف گفته شود نمی‌تواند مصادیق ظلم را بشناسد یا عقل نمی‌تواند تمام مصادیق ظلم را درک کند، بلکه عرف و عقل، و هر شخصی بر پایه شناختی که از حدود و حقوق دارد، در مورد مصادیق ظلم قضاوت می‌کند. حال، این حدود و حقوق است که می‌تواند صحیح نباشد. در سایر نظام‌های حقوقی نیز چنین است. اصلاً ایرادی ندارد که وقتی شخص از منظر حقوق غربی به فقه اسلامی می‌نگرد قوانین آن (مثلاً ارث و قصاص و دیات) را ظالمانه بداند، چون با مبانی خودش قضاوت می‌کند و نباید به او گفت ظلم و عدل را نمی‌فهمد، بلکه باید گفت آن مبانی و حدود با مبانی ما متفاوت است و این، نکته قابل بحث است.

هم‌چنان که گفته شد حدود شارع فراگیر است، اما در نظام فقهی ما اینگونه است که در بعضی از موارد (مانند غالب مباحث عبادی و بعضی موارد در معاملات و سیاسات و مجازات‌ها، مانند

میزان ارث و حرمت ربا و تعیین حدود غرر و بحث شهادت و دیات و تفاوت دیه زن و مرد و غیرهم) شارع احکام را مشخصاً تعیین می‌کند هم‌چنین فقهای ما پذیرفته‌اند که در مواردی نیز شارع به نظر عقل و به سیره عقلا اعتبار داده یا اعتبار آن را امضا کرده و یا ردع نکرده است. در اینگونه موارد، این حدود، حدود معتبر شرعی قلمداد می‌شوند. همین‌طور، در مسائلی حد و حدود عرفی ملاک واقع می‌گردد. پس براساس نظام فقهی فعلی ما، آنچه مجموعه حدود شرعی را تشکیل داده، حدودی است که شارع خود مشخصاً تعیین نموده و حدود عقلی و عرفی است که معتبر شمرده است.

وقتی معنای ظلم مشخص شد و گفتیم بستگی به حدودی دارد که معین می‌شود و دانستیم این حدود در نظام فقه مجموعه حدود شرعی است که از نظر شارع معتبر است، حاصل اینکه، وقتی از ظلم در استنباط احکام شرعی صحبت می‌شود، منظور تخطی و تجاوز از حدود معتبر نزد شارع است. در نتیجه، ظلم از نظر عرف و عقل و عقلا و غیره، تا وقتی مورد اعتبار شارع نباشد، در دستگاه استنباط احکام شرعی قرار ندارد، ولو در جای خود و در حیطة خود محترم باشد (مثلاً برای احتجاج برای کسانی که مبنای دیگری دارند به کار گرفته شود).

تشخیص‌دهنده حدود شرعی و تخطی از آنها «فقیه» است، یعنی کسی که تسلط کامل به فقه اسلامی و منابع آن دارد. جایگاه فقیه مانند حقوق‌دانی است که کاملاً به مواد قانونی تسلط دارد و می‌تواند تعدی از حدود قانون را تشخیص دهد. البته به علاوه شناخت احکام فرعی، لازم است تسلط کاملی به اصول و روح قوانین اسلامی داشته باشد. به عبارت دیگر، بر اصول و فروع مقررات شرعی مسلط باشد. لذا تشخیص ظلم در این محدوده از عهده کسانی که این میزان از تسلط را نداشته باشند، ساخته نیست. با توجه به این مطلب است که اگر گفته شود «تطبیق فتوا یا نظر حقوقی، با عدل و ظلم، و عادلانه یا ظالمانه بودن آن، دیگر با حقوق‌دان یا فقیه نیست، عرصه عمومی یا عقل جمعی، یا اجماع و دکترین، بهتر می‌تواند مصادیق را در جامعه و در مناسبات و روابط اجتماعی، شناسایی و معرفی کند» (اصغری، ۱۳۸۸: ۱۷۱) سخن قابل تأملی است که ریشه در نوع نگاه به مفهوم ظلم و عدل دارد و البته، اگر دکترین را به معنای نظرات علمای حقوق و متفاوت با اجماع در نظر بگیریم که مفهوم و شرایط خاصی در فقه امامیه دارد و اصالتاً منبع نیست، ظاهراً همان چیزی را تداعی می‌کند که به آن اشاره شد.

مطلب بعد پاسخ به این پرسش است که این عنصر در کدام مرحله استنباط حکم شرعی به کار

می‌آید؟ برای کاربرد آن، دو حیطه قابل فرض است: اولاً، در تفریع کارآیی دارد. توضیح مطلب اینکه، بعد از گذشتن از دوره فقه منصوص که در آن تنها به متون نقل شده از بزرگان دین اکتفا می‌شد و با به وجود آمدن مسائل نو و پرسش‌های جدید، فقه وارد مرحله تفریع و گذر از موارد منصوص شد. در این مرحله، اگر کسی حدود و خطوط اصلی دستورات شرعی را بشناسد، می‌تواند در مقابل موضوعات و پدیده‌های جدید، موضع‌گیری درست و اصولی داشته باشد و تجاوز از آن حدود را تشخیص دهد و این خود اثر کمی نیست. مثال این تأثیر فروع متعدد حق القسمة در باب نکاح است (نجفی، بی تا، ج ۳۱: ۱۴۶ به بعد).

ثانیاً، در برخورد با متون روایی استفاده می‌شود، به این نحو که گاهی اطلاق یا عموم روایتی با حدود شناخته شده شارع سازگاری ندارد و به تعبیری، اجرای آن در بعضی مصادیق و موارد ظالمانه تلقی می‌شود. در اینجا، می‌توان از ظلم به عنوان مقید یا مخصص استفاده کرد یا بنا بر آن، دلیل را از بعضی موارد منصرف کرد.

این نکته را نیز می‌توان اضافه کرد که برخی در تبیین نقش عدالت – و می‌شود گفت هم تراز آن، ظلم – از مرحله «استنباط اول» یعنی استنباط فارغ از تراحم‌ها و «استنباط دوم»، یعنی در فرض تراحم مصلحت‌ها و مفسده‌ها، در فرض از تراحم دو وجوب یا دو حرمت یا یک وجوب و یک حرمت سخن گفته‌اند که در مرحله اول مثلاً در تعیین رفتار متولیان قضا و کارگزاران نظام با مردم، با استفاده از متون روایی باب القضاء کاربرد دارد. به این صورت که می‌توان از آن نصوص، قاعده عدالت را استفاده کرد و در مرحله دوم موافقت با عدالت می‌تواند سنجه‌ای برای تقدیم و ترجیح مثلاً الزامی بر الزام دیگر باشد (علیدوست، ۱۳۹۳: ۸۱: ۹). این تفصیل هم می‌تواند مورد توجه باشد و برای تبیین نظم استنباط روی آن فکر کرد. البته نقشی که ایشان در مرحله استنباط اول گفته‌اند تقریباً همان کارکردی است که ما در تفریع آوردیم، اما اینکه به عنوان مرجع در تعارض مورد استناد قرار گیرد، ظاهراً قابل پذیرش است. هرچند اگر نگوییم وقتی مؤدی ظالمانه تلقی شود اساساً حجیت ندارد، نه اینکه در تعارض ساقط شود.

نکته پایانی اینکه، بعضاً سعی شده مطالبی که در خصوص نقش ظلم گفته شد – یا مسائلی که هم تراز آن در مورد عدالت بیان شده است – در قالب قاعده فقهی ترسیم شود. لذاست که برخی از قاعده عدالت یا قاعده عدالت و نفی ظلم سخن گفته‌اند. اینکه بخواهیم جایگاه آن را در مجموعه بحث‌های فقهی مشخص کنیم که آیا قاعده فقهی است یا فرع و مسئله فقهی یا قاعده

اصولی یا غیر اینها، کار بجایی است و ممکن است به دلیل اختلاف نظرها در مورد ملاک‌هایی که باعث می‌شود یک موضوع قاعده فقهی تلقی شود دشوار هم باشد، اما به هر حال، مهم‌تر از جایگاه‌یابی این است که اصل کارکرد و استفاده آن چیست. هر چند شاید به قاعده فقهی نزدیک باشد، چون هم در تمامی ابواب فقه کاربرد دارد و هم کاربرد آن از قبیل تطبیق است، البته اگر نقشی که برای آن در تقیید ادله و تفریع قائل شدیم، در چهارچوب قاعده فقهی بگنجد. اما از اینکه ویژگی‌های قاعده فقهی را مفصلاً بیان کنیم و بررسی نماییم که آیا بر این بحث منطبق است یا نه، صرف نظر می‌کنیم.

نتیجه‌گیری

حاصل بحث این است که:

یک، معنای مناسب برای واژه ظلم، تعدی از حد است، با فرض اینکه غیریت و دیگری وجود داشته باشد.

دو، کاربرد در منابع دینی به همان معنای لغوی است.

سه، تفاوت این کاربرد با معنای لغوی در محدود بودن مصادیق آن است، زیرا وقتی در حیطه دینی از ظلم سخن گفته می‌شود، زیر پا گذاشتن حدودی مصداق آن تلقی خواهد شد که از جانب آن دین معتبر شمرده شده باشند.

چهار، مفروض در بررسی نقش ظلم این است که شارع احکام و مقررات معین و به تعبیر دیگر، شریعت وضع کرده باشد.

پنج، دو زمینه برای نقش ظلم قابل بحث است؛ در تفریع مباحث فقهی و در برخورد با روایات و انصراف از بعضی مصادیق.

البته سخن به اینجا تمام نمی‌شود و این تمام کلام در بحث نیست، زیرا اگر بخواهیم این مفهوم ارزشمند که اهمیت آن مورد نظر تمام ادیان و مذاهب و تفکرات بشری است، جایگاه مناسب خود را در نظام فقهی پیدا کند و این طور نباشد که وقتی کسی فقه اسلامی و به طور خاص، امامی را ارزیابی می‌کند، این احساس به او دست دهد که فقها نسبت به ظلم و هم‌چنین عدالت بی‌اعتنا بوده‌اند، لازم است به طور خاص این مفهوم مورد دقت قرار گیرد، نه ذیل عدل و فرع بر آن، و از آن ضروری‌تر، نگاهی کلان و نظریه‌ای به مجموعه داشته‌های فقه است.

به طور کلی، در حال حاضر، ما به نظام فقهی نیاز داریم که از پس تحولات جدید برآید و قادر باشد در مورد پدیده‌ها و موضوعات چالشی جدیدی که جامعه انسانی هر روز با آنها مواجه می‌گردد، پاسخی مناسب با اصول و روش خود ارائه کند؛ یعنی از یک سو دچار وادادگی و رها کردن میراث گذشتگان خود نشود و از طرف دیگر، متهم به جمود و عقب‌ماندگی نگردد. یکی از راه‌های مؤثر در این زمینه، پرداختن به مفاهیم عمیق و ریشه‌ای چون عدل و ظلم و ارائه نظریات عمومی در مسائل مختلف فقهی است. مباحثی که قابلیت آن را دارند که پاسخگوی سؤالات جدید و حل مشکلات باشند.

پی‌نوشت‌ها

۱. بیان این تحلیل خالی از لطف نیست که اخذ - چنان که گفتیم به عنوان فرد بازر ظلم، نه مترادف آن - یک فعل است، یعنی جنبه وجودی دارد و خود قابل تقسیم به ظالمانه بودن (اخذ عدوانی) و عادلانه بودن است. ظلم و عدل دو قسم یک مفهوم وجودی هستند، نه اینکه از قبیل وجود و عدم یا عدم و ملکه باشند. جا دارد سخن شیخ الطائفه^(۱) را در *الاقتصاد الهادی* که کتاب اعتقادی و فقهی ایشان است، ذکر کنیم. مرحوم شیخ در آنجا در رد نظر مجوسیه در مورد دوگانگی خیر و شر مطلبی بیان می‌کند که مرتبط با بحث ماست. ایشان می‌گوید: «... لأن أخذ مال الغير غضباً هو ظلم و شر و أخذه قضاء لدين حسن و عدل و هما من جنس واحد» (طوسی، ۱۳۷۵: ۴۵). البته سخن ایشان در باب دیگری است اما این مقدارش قابل توجه است که ظلم و عدل در اخذ را دو قسم می‌داند، نه وجود و عدم.
۲. *جمهرة اللغة* (ابن درید، ۱۹۸۸، ج ۲: ۹۳۴)، *المحیط* (صاحب بن عباد، ۱۴۱۴، ج ۱۰: ۳۲)، *الصحاح* (جوهری، ۱۴۱۰، ج ۵: ۱۹۷۷)، *معجم المقاییس* (ابن فارس، ۱۴۰۴، ج ۳: ۴۶۸)، *مفردات* (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۵۳۷)، *المحكم* (ابن سیده، ۱۴۲۱، ج ۱۰: ۲۳)، *لسان العرب* (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۱۲: ۳۷۳)، *مصباح المنیر* (فیومی، ۱۴۱۴، ج ۲: ۳۸۶)، *قاموس المحيط* (فیروزآبادی، ۱۴۱۵، ج ۴: ۱۰۶) و *الافصح* (موسی، ۱۴۱۰، ج ۱: ۲۵۲) از جمله کتبی هستند که این عبارت در آنان یافت می‌شود.
۳. «الظاء و اللام و المیم أصلان صحيحان، أحدهما خلاف الضياء و النور، و الآخر وُضِعَ الشَّيْءُ غيرَ موضعه تعدياً... الأصل الآخر ظَلَمَهُ يَظْلِمُهُ ظُلْماً. و الأصل وُضِعَ الشَّيْءُ [فی] غير موضعه؛ ألا تراهم يقولون: «مَنْ أَشَبَّهَ [أباه] فما ظَلَمَ»، أی ما وضع الشَّيْءَ غيرَ موضعه» (ابن فارس، ۱۴۰۴، ج ۳: ۴۶۸).

۴. «الظُّلْمُ عند أهل اللغة و كثير من العلماء: وضع الشيء في غير موضعه المختص به، إما بنقصان أو بزيادة، و إما بعدول عن وقته أو مكانه، و من هذا يقال: ظَلَمْتُ السَّقَاءَ: إذا تناولته في غير وقته» (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۵۳۷).
۵. «[الظُّلْمُ]: الأخذ بغير حق، و هو مصدر، ... و أصل الظُّلْمُ: وضع الشيء في غير موضعه» (حمیری، ۱۴۲۰، ج ۷: ۴۲۴۱).
۶. صاحب الفروق می گوید: «أصل الظلم نقصان الحق» (عسکری، ۱۴۰۰: ۲۲۶) و همین طور، در تاج العروس آمده است: «نَقَلَ شَيْخُنَا عَنْ بَعْضِ أُنَمَّةِ الْأَشْتِقَاقِ أَنَّ الظُّلْمَ فِي أَصْلِ اللَّغَةِ النَّقْصُ» (زبیدی، ۱۴۱۴، ج ۱۷: ۴۴۸).
۷. ابن اثیر در النهایه می گوید: «أصل الظُّلْمُ: الجور و مجاوزة الحد» (ابن اثیر، ۱۳۶۷، ج ۳: ۱۶۱). چنان که راغب می آورد: «الظُّلْمُ يقال في مجاوزة الحق الذي يجري مجرى نقطة الدائرة، و يقال فيما يكثر و فيما يقل من التجاوز» (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۵۳۷). و همین طور در تاج العروس آمده: «الظُّلْمُ، بالضمُّ، التَّصَرُّفُ فِي مُلْكِ الْغَيْرِ وَ مُجَاوِزَةُ الْحَدِّ، قَالَهُ الْمَنَائِيُّ» (زبیدی، ۱۴۱۴، ج ۱۷: ۴۴۸). و در لسان العرب می خوانیم: «أصل الظُّلْمِ الْجَوْرُ وَ مُجَاوِزَةُ الْحَدِّ» (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۱۲: ۳۷۳).

منابع

- قرآن کریم. (۱۳۷۳) ترجمه ناصر مکارم شیرازی، قم: دار القرآن الکریم (دفتر مطالعات تاریخ و معارف اسلامی)، چاپ دوم.
- ابن اثیر، مبارک بن محمد. (۱۳۶۷) النهایه فی غریب الحدیث و الأثر، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، چاپ چهارم.
- ابن درید، محمد بن حسن. (۱۹۸۸) جمهره اللغة، بیروت: دار العلم للملایین، چاپ اول.
- ابن سیده، علی بن اسماعیل. (۱۴۲۱ق.). المحکم و المحيط الاعظم، بیروت: دار الکتب العلمیه، چاپ اول.
- ابن فارس، احمد. (۱۴۰۴ق.). معجم مقاییس اللغة، تحقیق عبدالسلام محمد هارون، قم: مکتب الاعلام الاسلامی، چاپ اول.
- ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ق.). لسان العرب، بیروت: دار الفكر للطباعة و النشر و التوزیع - دار صادر، چاپ سوم.
- اصغری، سید محمد. (۱۳۸۸) عدالت به مثابه «قاعده»، تهران: اطلاعات، چاپ اول.
- ایزوتسو، توشیهیکو. (۱۳۹۴) مفاهیم اخلاقی - دینی در قرآن مجید، ترجمه فریدون بدره‌ای، تهران:

- نشر فرزاد روز، چاپ سوم.
- جوادى آملی، عبدالله. (زمستان ۱۳۹۲) «فلسفه الهی و محال بودن علم غیر دینی»، فصلنامه کتاب تقد، شماره ۶۹، صص ۴۳-۲۳.
- جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۱۰ق.) الصحاح: تاج اللغة و صحاح العربیه، تحقیق احمد ابوالغفور عطار، بیروت: دار العلم للملایین، چاپ اول.
- حر عاملی. (۱۴۰۹ق.) وسائل الشیعه، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ اول.
- حمیری، نشوان بن سعید. (۱۴۲۰ق.) شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلوم، بیروت: دار الفکر المعاصر، چاپ اول.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۴۱۲ق.) مفردات الفاظ القرآن، بیروت: دار القلم، چاپ اول.
- زبیدی، سید محمد مرتضی. (۱۴۱۴ق.) تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، چاپ اول.
- صاحب بن عباد، اسماعیل. (۱۴۱۴ق.) المحيط فی اللغة، تحقیق محمد حسن آل یاسین، بیروت: عالم الکتب، چاپ اول.
- طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۷۵ق.) الاقتصاد الهادی الی طریق الرشاد، تهران: انتشارات جامع چهل ستون، چاپ اول.
- عسکری، حسن بن عبدالله. (۱۴۰۰ق.) الفروق فی اللغة، بیروت: دار الافاق الجدیده، چاپ اول.
- علیدوست، ابوالقاسم. (پاییز ۱۳۹۳) «نقش عدالت در فرآیند استنباط اول و دوم»، فصلنامه کاوشی نو در فقه، شماره ۸۱، صص ۱۵-۳.
- فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۱۰ق.) کتاب العین، قم: نشر هجرت، چاپ دوم.
- فیروزآبادی، محمد بن یعقوب. (۱۴۱۵ق.) القاموس المحيط، بیروت: دار الکتب العلمیه، چاپ اول.
- فیومی، احمد بن محمد. (۱۴۱۴ق.) المصباح المنیر، قم: مؤسسه دار الهجره، چاپ دوم.
- مصطفوی، حسن. (۱۴۰۲ق.) التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، تهران: مرکز الکتب للترجمه و النشر، چاپ اول.
- موسی، حسین یوسف. (۱۴۱۰ق.) الإفصاح فی فقه اللغة، قم: مکتب الاعلام الاسلامی، چاپ چهارم.
- نجفی، محمد حسن. (بی تا) جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم.
- نراقی، ملا احمد بن محمد مهدی. (۱۴۲۲ق.) رسائل و مسائل، قم: کنگره نراقیین (ملا مهدی و ملا احمد)؛ چاپ اول.

بررسی ضابط مفهومی در تشخیص شرط تحریم حلال و تحلیل حرام در فقه امامیه

سید ابوالقاسم نقیبی^۱

سجاد رزاقی^۲

چکیده: فقیهان، شرط ضمن عقدی را لازم‌الوفاء می‌دانند که صحیح باشد. از جمله اینکه شرط به تحریم حلال و تحلیل حرام نیانجامد. آنان در زمینه ضابط تحریم حلال و تحلیل حرام اتفاق نظر ندارند. برخی از فقیهان، مانند شیخ انصاری بر این باورند که شرطی که منجر به تحلیل حکم غیرقابل تغییر حرمت و تحریم حکم غیرقابل تغییر حلیت شود، شرط محلل حرام و محرم حلال به شمار می‌آید. برخی دیگر از فقها، مانند محقق یزدی و نائینی معتقدند که ابتدا باید احکام را به تکلیفی و وضعی تقسیم نمود و سپس به بیان ضابط مبادرت ورزید. مرحوم نراقی، همانند شیخ انصاری، در احکام تکلیفی فقط التزام به احکام غیرقابل تغییر (واجب و حرام) را مخالف کتاب و سنت می‌داند، اما التزام به انجام یا ترک مباحات را جایز می‌شمرد و هم‌چنین تغییر احکام وضعی توسط شرط را مخالف شریعت می‌داند. برخی دیگر از فقها، مانند امام خمینی^(ره)، در بیان ضابط، رجوع به عرف و تشخیص عرف را ملاک قرار داده‌اند.

کلیدواژه‌ها: شرط، شرط ضمن عقد، تحریم حلال، تحلیل حرام، شرایط صحت شرط، شرط مخالف کتاب و سنت، ضابط فقهی.

مقدمه

فقیهان در متون فقهی یکی از شرایط صحت شرط را عدم تحلیل حرام و تحریم حلال دانسته‌اند. برخی از این شرط با عنوان عدم مخالفت شرط با کتاب و سنت یاد کرده‌اند. سؤال این است که معیار و ضابط تحلیل حرام و تحریم حلال چیست و مصادیق برجسته تحلیل حرام و تحریم حلال

۱. دانشیار دانشگاه شهید مطهری.
E-mail: da.naghibi@yahoo.com

۲. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد فقه و حقوق خصوصی دانشگاه شهید مطهری (نویسنده مسئول).
E-mail: sd.razaghi@gmail.com

کدامند؟ این مقاله عهده‌دار توصیف و تحلیل نظریه‌های فقیهان در این زمینه است.

۱. مفاهیم

۱-۱. مفهوم ضابط

قواعد فقهی به صورت‌های گوناگونی تعریف شده‌اند؛ لذا در تعریف آنها میان فقیهان اتفاق نظر وجود ندارد و هر یک از آنان به یکی از جنبه‌های تمایز قاعده فقهی با سایر قواعد اشاره دارند. (مرکز مطالعات و تحقیقات اسلامی - پژوهشکده فقه و حقوق، ۱۴۲۱: ۱۰).

به طور اجمال و کلی می‌توان گفت که «قاعده» در مقام بیان تنقیح حکم است، اما «ضابط» آن است که در مقام بیان تنقیح موضوع نیز است. به عبارت دیگر، ضابط آن حکم کلی است که در مقام بیان تعریف و تحدید قیود و شرایط موضوع است. فاضل لنکرانی در مقام فرق بین قاعده فقهی و ضابط فقهی می‌گوید: «بسیاری از اهل سنت معتقدند که قاعده فقهی اعم از ضابط فقهی است. به این معنا که اختصاص به باب واحدی از ابواب فقهی ندارد برخلاف ضابط فقهی». ایشان در ادامه به سخن ابن نجیم جهت مؤید حرف اهل سنت اشاره می‌نماید و می‌گوید:

تحقیق در این مسئله نشان می‌دهد که این فرق گذاشتن بین قاعده و ضابط فقهی مطلب درستی نباشد چرا که این مطلب، متفرع بر تسلیم لزوم جریان قاعده فقهی در اکثر از یک باب می‌باشد، درحالی که این فرض مسلم نمی‌باشد. لذا قاعده فقهی لازم نیست که برگرفته از ابواب مختلف فقهی باشد، بلکه حتی اگر از یک باب هم اخذ شده باشد باز بر آن قاعده فقهی صادق است. مثل قاعده امکان که مختص به باب طهارت است و ضابط نیست.

ایشان در زمینه تمایز قاعده فقهی از ضابط فقهی می‌نویسد: «ضابط فقهی در صدد بیان موضوع یا متعلق آن است. به عبارت دیگر، ضابط در مقام بیان ملاک و شرایط موضوع است، اما قاعده فقهی حکم کلی را بیان می‌کند که ارتباط با احکام دارد نه موضوعات». به عنوان نمونه عدم مخالفت شرط با کتاب و سنت از شرایط صحت شرط به شمار می‌آید. عنوان عدم مخالفت شرط با کتاب و سنت از مصادیق ضابط فقهی است، ولی گزاره «المؤمنون عند شروطهم» قاعده فقهی به حساب می‌آید.

وی در زمینه وجه دیگر تمایز بین ضابط فقهی و قاعده فقهی می‌نویسد: «ضابط فقهی لازم نیست مستند به شارع مقدس باشد و از آن اخذ شده باشد، بلکه کثیری از ضوابط در فقه از عرف

گرفته شده است» (فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۱۶: ۱۳-۱۰).

۱-۲. مفهوم شرط

۱-۲-۱. معنای لغوی شرط

واژه «شرط» (الشَّرْطُ) کلمه‌ای عربی است که مصدر باب «شَرَطَ، يَشْرُطُ» (به کسر و ضم راء) می‌باشد و جمع آن «شروط» است.

معنای لغوی، زمانی در این تحقیق مورد استفاده قرار خواهد گرفت که از استعمال آن در عرف بی‌اطلاع بوده باشیم. لذا مراجعه به کتب لغت از باب رجوع جاهل به عالم و کشف معنای عرفی و هم‌چنین مؤید و شاهد بحث عرفی می‌باشد.

با این حال «شرط» در لغت، به معنای «معروف» (شناخته شده) آمده است (جوهری، ۱۳۷۶، ج ۳: ۱۱۳۶). بعضی کلمه «فی‌البيع» را هم به «معروف» اضافه نموده‌اند؛ لذا با توجه به این توضیح، معنایی را برای شرط ذکر نکرده‌اند و آن را به همان چیزی ارجاع می‌دهند که در عرف شناخته شده است، لذا در صدد بیان تعریف کلمه شرط نیز نبوده‌اند.

ابن سیده «شرط» را به الزام و التزام چیزی در ضمن بیع و مانند آن معنا نموده است (ابن سیده، ۱۴۲۱، ج ۸: ۱۳). از این مطلب دانسته می‌شود شیخ انصاری که از فیروزآبادی این معنا را نقل می‌کند و هم‌چنین ابن منظور در کتاب *لسان العرب*، اولین کسانی نیستند که به معنای الزام و التزام در «شرط»، تصریح کرده‌اند. از مطلب فوق دانسته می‌شود که از قرن پنجم این معنا نزد عرف استعمال داشته است.

۱-۲-۲. معنای عرفی شرط

شیخ انصاری در کتاب مکاسب، دو معنای عرفی برای «شرط» ارائه می‌دهد. ایشان می‌گوید «شرط» در عرف به دو معنا اطلاق می‌گردد:

۱. شرط به معنای حدیثی [الزام و التزام در ضمن عقد بیع و نحو آن]: شرط با توجه به این معنی، مصدر فعل «شَرَطَ، يَشْرُطُ» می‌باشد. اسم فاعل آن «شارط» به معنای شرط‌کننده فلان آمر و اسم مفعول آن مشروط به معنای آمری که شرط شده است، می‌باشد. به فلان شخص [که فلان فعل یا صفت یا نتیجه را به نفع خود شرط می‌کند] مشروط‌له می‌گویند و دیگری را که به ضرر او شرط

شده است مشروطاً علیه یا مشترط می‌نامند.

ایشان، در ادامه، برای تأیید سخن خود که معنای عرفی شرط، الزام و التزام در ضمن عقد می‌باشد، به کلام صاحب قاموس استناد می‌کند؛ اما شیخ انصاری در این رساله به نقد این معنای لغوی و عرفی می‌پردازد و شروط ابتدایی را هم جزء شروط می‌آورد.

۲. شرط به معنای اسم جامدی: «ما یلزم من عدمه العدم من دون ملاحظة أنه یلزم من وجوده الوجود أو لا». شرط آن است که از نبودش، نبود مشروط لازم می‌آید، قطع نظر از اینکه از وجودش وجود مشروط لازم بیاید یا نیاید. براین اساس، در این معنا شرط با مشروط از نظر تلازم وجودی اطلاق دارد (محمدی، ۱۳۹۴، ج ۶: ۲۶۱). شرط در این معنا، نیز اسم جامد است و مصدر و اشتقاق ندارد، پس فعل و عمل کسی هم نیست» (انصاری دزفولی، ۱۴۱۵، ج ۶: ۱۱ و ۱۳).

با توجه به این کلام، شیخ انصاری لفظ شرط را مشترک لفظی دانسته و معتقد است شرط برای هریک از دو معنای عرفی وضع شده است، لذا در صورت قرینه معینه بر معنای اول حمل می‌شود و اگر در مواردی قرینه بر تعیین معنای دوم بود بر این معنا حمل می‌شود و اگر قرینه‌ای نبود، کلام مجمل واقع می‌گردد (انصاری دزفولی، ۱۴۱۵، ج ۶: ۱۱ و ۱۳)، مانند تمام مشترک‌های لفظی که عندالاطلاق اجمال پیدا می‌کنند.

۳-۲-۱. معنای اصطلاحی شرط

کلمه «شرط» به صورت اصطلاحی نیز استعمال شده است. شیخ انصاری در مکاسب می‌فرماید: «اطلاقات عرفی، بر این دو اصطلاح علمی حمل نمی‌شود» (انصاری دزفولی، ۱۴۱۵، ج ۶: ۱۳).

الف. معنای اصطلاحی شرط نزد ادبا و نحّات

«شرط» در اصطلاح ادبی، عبارت از جمله اول است که بعد از «إن، متی، لو و سایر ادوات شرط» قرار می‌گیرد. در اصطلاح به آن جمله شرطیه و به جمله بعد از آن، جزای شرط یا جواب شرط می‌گویند (ابن هشام، بی تا، ج ۱: ۹۶).

به نظر شیخ انصاری در مکاسب، این معنای اصطلاحی به معنای دوم عرفی بازمی‌گردد (انصاری دزفولی، ۱۴۱۵، ج ۶: ۱۳). لذا با رجوع به اهل لغت و یا موسوعه‌های ادبی که «شرط» را نزد نحّات معنا نموده‌اند به وضوح می‌توان این مطلب را دریافت. مثلاً، امیل یعقوب در موسوعة النحو والصرف و الإعراب «شرط» را اینگونه تعریف نموده است: «شرط عبارت است از ملازمه و مقارنه

امری به امر دیگر به واسطه ادات شرط به نحوی که جزاء (امر دوم) محقق نمی‌شود مگر به واسطه اینکه شرط محقق شود» (یعقوب، ۱۳۶۷: ۴۰۸).

ب. معنای اصطلاحی شرط نزد حکما (علمای اصول و فلسفه)

«شرط» در اصطلاح اهل حکمت عبارت است از: «ما یلزم من عدمه العدم و لا یلزم من وجوده الوجود». علت اینکه اهل معقول، عبارت «و لا یلزم من وجوده الوجود» را اضافه کرده‌اند این است که بین شرط و سبب، فرق و مقابله بگذارند.

معنای مورد نظر اصولیین و اهل معقول با معنی دوم عرفی شرط سازش دارد، ولی معنای دوم عرفی از نظر شیخ انصاری غیر از معنای اصطلاحی شرط نزد اصولیین و اهل معقول است و نسبت بین آن دو عام و خاص مطلق است (فروغی، ۱۳۶۹: ۷۴). به عبارت دیگر، این معنای اصطلاحی أخص از معنای دوم عرفی است.

۳-۱. مفهوم تحریم حلال و تحلیل حرام

۳-۱-۱. حلال و حرام در لغت

حلال و حرام در اکثر کتاب‌های لغت نقیض یکدیگر معنا شده‌اند. در کتاب‌های لغت گفته شده است که حلال ضد و نقیض حرام، و حرام ضد و نقیض حلال می‌باشد (فراهیدی، ۱۴۰۹، ج ۳: ۲۲۳).

۳-۱-۲. حلال و حرام در اصطلاح فقهی و قرآنی

در قاموس فقهی حلال به معنای مباح به کار رفته است (ابوجیب، ۱۴۰۸: ۹۹)، در حالی که استعمال این دو واژه با یکدیگر متفاوت است، چرا که حلال، همان مباحی است که شرع به جایز بودنش حکم داده است، در صورتی که مباح اینگونه نیست (عسکری، ۱۴۰۰: ۲۱۹).

در مفردات راغب گفته شده است: حرام به معنای ممنوع می‌باشد (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۲۲۹). در قاموس قرآن با توجه به این معنا گفته شده پس حلال آن است که از ممنوعیت باز شده است (قرشی، ۱۳۷۱، ج ۲: ۱۶۶).

در کتاب التحقیق بین سه واژه حرام و منع و رد فرق گذاشته شده است. در مورد واژه حرام گفته است: حرام عبارت از منعی است که از اول ایجاد شود (مصطفوی، ۱۴۳۰، ج ۲: ۲۳۸).

حال که معنای حرام و حلال در لغت دانسته شد، ضروری است که دانسته شود حرام و مباح

جزء احکام تکلیفی هستند. در کتاب کشف الفنون آمده است: حرمت آن حکمی است که طلب ترک فعل می کند (تهانوی، ۱۹۹۶، ج ۱: ۶۶۰).

۳-۳-۱. مفهوم تحریم حلال و تحلیل حرام در فقه امامیه

در این قسمت، معنا و مفهوم تحریم حلال و تحلیل حرام در فقه امامیه را از قول شیخ انصاری در کتاب مکاسب بررسی خواهیم کرد.

الف. قول مرحوم نراقی: شرط حرمت شرعی حلال و بالعکس

مرحوم شیخ به نقل از کتاب عوائد الایام نراقی برای شرط تحریم حلال و تحلیل حرام دو معنا ذکر می کند. یک معنا این است که وجوب وفا، سبب تحریم است که خود نراقی به این معنا ایراد وارد می کند و مرحوم شیخ انصاری این ایرادات را نقل می کند. معنای دیگر این است که خود شرط سبب تحریم حلال یا بالعکس شود که مرحوم نراقی می فرماید از ظاهر روایت هم همین برداشت می شود.

ب. قول شیخ انصاری: حلال و حرام به طور مطلق

شیخ انصاری بر این باور است که مراد از حلال و حرام در روایت اسحاق بن عمار (روایت امیرالمؤمنین علی^(ع): عَنْهُ [عَنِ الصَّفَّارِ] عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُوسَى الْحَشَّابِ عَنْ غِيَاثِ بْنِ كَلُوبٍ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ^(ع) أَنَّ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ^(ع) كَانَ يَقُولُ مَنْ شَرَطَ لِأَمْرٍ شَرْطًا فَلَيْفَ لَهَا بِهِ فَإِنَّ الْمُسْلِمِينَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا) بنابر ظاهر دلیل، آن مواردی است که حتی در صورت اشتراط نیز حکم آنها تغییر نمی کند و بر حلال و حرام بودن خود باقی هستند. به عبارت دیگر، حلال و حرام به طور مطلق مد نظر می باشد (انصاری دزفولی، ۱۴۱۵، ج ۶: ۳۴).

ج. قول میرزای قمی: استمرار شرط

میرزای قمی می گوید مقصود از تحلیل حرام و تحریم حلال، تأسیس قاعده و قانون کلی در برابر قانون شریعت است. به عبارت دیگر، شرط نمودن شرطی است که خود از عناوین محرم نیست، اما

تعهد و استمرار آن حرام است. مانند اینکه مکروه یا مستحبی را برای همیشه انجام دهد و بر خود واجب کند، یا اینکه مباحی را برای همیشه بر خود حرام کند.

۲. ضابط مفهومی در تشخیص تحریم حلال و تحلیل حرام

می‌دانیم که اشتراط امر غیرمشروع که منجر به تحلیل حرام یا تحریم حلال و مخالفت شرط با کتاب و سنت شود شرعاً منع گردیده است. حال سخن در این است که مقصود از حکم عدم مخالف با کتاب و سنت، کدام حکم است. به عبارت دیگر، ملاک و معیار شرط مخالف کتاب و سنت و تحریم حلال و تحلیل حرام کدام است؟

در بطلان شرط مخالف کتاب و سنت (غیر مشروع) با توجه به ادله صریح وارده، تردیدی میان فقهای امامیه دیده نمی‌شود، اما در ارائه ضابط به منظور تشخیص شرط غیرمشروع، با توجه به اینکه قاعده معینی در این خصوص با صراحت از ناحیه شارع مقدس وضع نشده است، کلام فقهای امامیه متشتت است (عابدیان، ۱۳۷۹: ۹۴).

قبل از بیان ضابط‌های مختلف توسط فقها به بیان دو مقدمه جهت روشن شدن بحث خواهیم پرداخت.

۲-۱. مقدمه

۲-۱-۱. احکام اولی و ثانوی و ملزومات شرعی

در مورد حکم اولی و ثانوی تعاریف متفاوتی بیان شده است. بین فقها مشهور است که حکم اولی، حکمی است که بر افعال و ذوات به لحاظ عناوین اولی آنها بار می‌شود. احکامی مانند وجوب نماز صبح و حرمت نوشیدن شراب. حکم ثانوی، حکمی است که بر موضوعی به وصف اضطرار، اکراه و دیگر عناوین عارضی بار می‌شود. احکامی مانند جواز افطار در ماه رمضان در مورد کسی که روزه برایش ضرر دارد یا موجب حرج است و سبب نام‌گذاری چنین حکمی به حکم ثانوی آن است که در طول حکم واقعی اولی قرار دارد (مشکینی اردبیلی، ۱۳۷۴: ۱۲۴).

عناوین ثانویه مشهور در فقه اسلامی ۱۴ مورد است که برخی از این عناوین ارتباط وثیقی با برخی دیگر دارد، به گونه‌ای که شاید بتوان در برخی موارد دو مورد از آنها را یکی دانست. این عناوین عبارتند از: حفظ نظام، مصلحت نظام، اضطرار، ضرر، عسر و حرج، اکراه، مقدمیت، تقیه،

نذر و عهد و قسم، اطاعت از والدین، اشتراط چیزی در ضمن عقد لازم، اهم و مهم (کلاتری، ۱۳۷۸: ۱۸۴-۱۸۳).

در کتاب‌های اصولی حکم اولی و ثانوی ذیل حکم واقعی مطرح می‌شود. حکم واقعی که در مقابل حکم ظاهری قرار می‌گیرد حکمی است که در موضوع آن شک اخذ نشده باشد (صدر، ۱۴۲۳: ۴۵) مانند وجوب نماز و روزه. در مقابل، حکم ظاهری حکمی است که در مقام شک و تحیر و استتار حکم واقعی بر طبق امارات یا اصول عملیه صادر می‌شود، مانند اینکه به خاطر جریان استصحاب، حکم به طهارت لباسی که پیش از وقوع شک، یقین به طهارت آن داشته‌ایم، بنماییم. ملزومات شرعی - احکام ثانوی - خود دو گونه‌اند:

الف. اضطرار و تقیّه و حرج و ضرر و امثال ذلک: ابتدا عناوین ثانوی است که خود شارع مقدس بیان کرده است. خود شارع مقدس تقیّه، حرج و ضرر را «عند التزام» باعث تغییر عنوان قرار داده است. این دسته از احکام هم در مسائل فردی کاربرد دارند و هم در زمینه‌های اجتماعی مورد توجه قرار می‌گیرند (کلاتری، ۱۳۷۸: ۹۳).

ب. عهد و نذر و یمین و شرط: ما می‌خواهیم با کار خودمان نظیر عهد و نذر و یمین و شرط، این حکم را عوض کنیم. با توجه به کلام شیخ انصاری در مکاسب خود این طائفه به دو گروه حق الناس و حق اللهی تقسیم می‌شوند. نذر و امثال نذر جزو حقوق الله محسوب شده، اما شرط و مانند آن جزو حقوق الناس لحاظ می‌گردد (انصاری دزفولی، ۱۴۱۵، ج ۶: ۳۲). این دسته از ملزومات شرعی فقط جنبه فردی دارد (کلاتری، ۱۳۷۸: ۹۳).

بعد از بیان احکام ثانوی، مطلبی که قابل بررسی این است که آیا می‌شود به وسیله شرط چیزی را که لازم نبود لازم کرد یا چیزی را که مباح بود حرام کرد یا نه؟ آیا نذر و عهد و یمین می‌توانند این احکام را تغییر بدهند یا نه؟

به نظر عده‌ای از فقها حق این است که در اینگونه از ملزومات شرعی، هرگز مباح واجب نمی‌شود، مستحب واجب نمی‌شود، مباح حرام نمی‌شود و مانند آن، چون هر حکمی روی عنوان خاص خودش می‌رود. این طور نیست که ملاک‌ها، تداخل‌ها و عناوین را هم به هم بریزد (کلاتری، ۱۳۷۸: ۵۹-۵۳).

مثال: اگر کسی نذر کرده نماز شب بخواند، نماز شب واجب نمی‌شود. اگر خواست نماز شب را با قصد وجه بخواند باید قصد استحباب کند، چرا؟ چون «هنا امران و عنوانان»: یکی نماز شب

است و یکی وفای به عهد. در اینجا چهار امر مطرح است: یک نماز شب داریم و یک حکم استحبابی، یک وفای به نذر داریم و یک حکم وجوبی. وجوب رفته روی وفای به نذر، نه روی «صلاة اللیل» و «صلاة اللیل» همچنان مستحب است (موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵: ۲۶۴ و ۱۱۱-۱۱۰).

البته ناگفته نماند این نظر، ناظر و متعلق به احکام ثانویه‌ای مانند شرط است (چرا که بین احکام اولیه و ثانویه تزامنی به وجود نمی‌آید)، نه ملزومات شرعی که میان احکام اولی و احکام ثانوی تراحیم باشد، مانند اضطرار و اکراه و مقدمیت.

مطلبی که در این قسمت در پی آنیم این است که کدام حکم به وسیله شرط تغییرپذیر است. آیا شرط نظیر عهد و نذر و یمین، آن صلاحیت را دارند که بعضی از احکام را تغییر دهند یا نه؟ معنای تغییر هم روشن است و منظور از آن عوض شدن حکم نیست. در این صورت، معیار ثبات و تغییر چیست؟ لذا بایسته است مقدمتاً معنای حکم ارائه گردد.

۲-۱-۲. حق و حکم و اقسام آن

الف. نگاهی به روایات معصومین و عبارات فقهای امامیه نشان می‌دهد که حق در اصطلاح فقهی، دارای دو معناست:

۱. حق در معنای عام که هم شامل ملک و حکم و هم حق به معنای خاص می‌شود.
 ۲. حق در معنای خاص که در مقابل ملک و حکم است.
- قابل ذکر است که کسانی که حق را در مقابل ملک و حکم می‌دانند مقصودشان از حکم، حکم تکلیفی است که از آن با تعبیر حکم شرعی و حکم شارع نیز یاد می‌کنند، اما در صورتی که ما حکم را به معنای عام آن عبارت از تکلیفی و وضعی بدانیم، روشن است که حق به مانند ملکیت از اقسام حکم وضعی بوده و به این اعتبار حکم اعم از حق به معنای خاص - معنای دوم - می‌شود. در باب معنای حق در فقه، جعفری لنگرودی سخن قابل توجهی می‌گوید. از نظر ایشان حق در فقه به دو معنا به کار می‌رود:

۱. اموری که در قانون پیش بینی شده، اگر افراد مجاز باشند که به قصد خود برخی از آنها را تغییر دهند این امور قابل تغییر را حق گویند و حق به این معنا در مقابل حکم به کار می‌رود.
۲. نوعی از مال است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۲۱۶).

بحث ما در قسم اول از این دو قسم است.

ب. اصطلاح حکم در فقه در معانی مختلفی به کار رفته است. شایع ترین معنای آن این است که حکم شرعی به معنای اعم شامل حکم تکلیفی و حکم وضعی در همه ابواب فقه می شود. شهید صدر در تعریف حکم شرعی می نویسد: حکم شرعی همان حکم تشریعی است که از طرف خداوند برای تنظیم حیات انسان صادر می گردد و خطابات شرعی در کتاب و سنت مبرز حکم و کاشف از آن بوده و خود حکم شرعی نیست. (صدر، ۱۴۰۸، ج ۱: ۶۱).

تعریفی که محقق داماد در کتاب نظریه عمومی شروط ارائه داده است این است:

۱. احکام تکلیفی: دستورات و فرمان های صادر شده از سوی پروردگار را در خصوص افعال و کردار بندگان اعم از امر و نهی و اجازه و رخصت، احکام تکلیفی می نامند که خود بر پنج نوع است: وجوب و حرمت و استحباب و کراهت و اباحه.

محقق داماد معتقد است که می توان احکام تکلیفی را به دو دسته اصلی تحت عنوان احکام الزامی و احکام ترخیصی (تخیری) تقسیم کرد (محقق داماد، ۱۳۹۳: ۴۶-۴۵).

۲. احکام وضعی: آن دسته از احکام شرعی هستند که هرچند ممکن است با احکام مکلفین مرتبط باشند، ولی ارتباط مزبور به طور مستقیم نیست؛ یعنی از سوی شارع مستقیماً نسبت به افعال مکلفین انشاء نمی گردند و مقتضای آنها الزام، منع و یا رخصت نیست (محقق داماد، ۱۳۹۳: ۴۶-۴۵). از قبیل مالکیت، زوجیت، اهلیت، سبیت، مانعیت، شرطیت، صحت و بطلان.

فقه های عظام برای تشخیص و شناخت شرط خلاف حکم شرع ضابطه های گوناگونی ارائه نموده اند که در این قسمت بیان خواهد شد. همان طور که محشین و مدرسین مکاسب اذعان دارند این بحث از بحث های مشکل فقهی می باشد (غروی نائینی، ۱۳۷۳، ج ۲: ۱۰۴). لذا ضابطی که در این تحقیق بیش تر مورد توجه ما قرار دارد نظریه و ضابط مفهومی است که شیخ انصاری و ما بعد ایشان، در این مورد بیان داشته اند چرا که محشین مکاسب ضابط مرحوم شیخ را توضیح یا تکمیل نموده اند. در این مقاله سعی شده تا نظریات مهم حتی المقدور ارائه شود.

۲-۲. ضابط مرحوم میرزای قمی

میرزای قمی بیان می دارد برخی از امور (مانند شرب خمر و زنا) قطع نظر از شرط و التزام، حرام شرعی است. اشتراط چنین اموری به هر نحوی غیر جایز و خلاف کتاب و سنت است، اما بعضی از امور هستند که التزام و استمرار بدان حرام است. مانند اینکه فعل مکروهات یا ترک مباحات، به

صورت دائمی، شرط شود. در این صورت مناط و ملاک در مخالفت شرط با کتاب و سنت، اشتراط ترک مباح بر وجه قاعده کلی است نه اینکه ترک فرد خاصی از آن مباح شرط شود. به عبارت دیگر، متعلق شرط بایستی تأسیس قاعده کلی و ابداع حکم کلی جدیدی باشد تا مخالفت با کتاب و سنت تحقق یابد، زیرا متعلق حکم شرعی کلی است و احکام شرعی به کلیات تعلق گرفته و تعلق حکم به جزئیات به اعتبار تحقق کلی در ضمن جزئیات است.

بنابراین برای تحقق مخالفت شرط با کتاب و سنت که متضمن احکام کلی شرعی است، اشتراط کلی لازم است. برای مثال چنانچه در ضمن عقد نکاح شرط شود که اختیار طلاق به زوجه تفویض گردد، این شرط خلاف حکم کلی مستنبط از آیه شریفه «الرجال قوامون على النساء» (نساء: ۳۴) است، یا اگر در ضمن همان عقد شرط شود که ازدواج مجدد بر زوج حرام باشد، شرط متضمن قاعده کلی است که با احکام شرعی مخالفت دارد، اما اگر شرط بدین صورت باشد که زوج فلان زن خاص را به همسری اختیار نکند، در این صورت امر جزئی شرط شده که مخالفت ظاهری آن با کتاب و سنت نیز باعث بطلان آن نیست (میرزای قمی، ۱۴۲۷، ج ۲: ۹۱۹).

۳-۲. ضابط مرحوم ملا احمد نراقی

ملا احمد نراقی قائل است مراد از شرط مخالف کتاب و سنت این است که حکمی برخلاف حکم حاصله از کتاب و سنت شرط شود، خواه این حکم از احکام تکلیفی باشد یا وضعی. به عبارت دیگر، مشروط باید امری باشد که مخالفت با حکم حاصله از کتاب یا سنت داشته باشد (نراقی، ۱۴۱۷: ۱۴۴).

مرحوم شیخ انصاری از استاد خود مرحوم نراقی نقل می کند که ایشان در ابتدای امر التزام به فعل مباح و ترک آن را و همچنین التزام به فعل حرام و همچنین التزام به ترک واجب را خارج از موارد شرط مخالف کتاب و سنت می دانند. لذا ایشان بین این ادله مثبت حکم اولی موضوع و ادله وجوب وفای به شرط تعارض قائل است و می گوید باید به مرجحات رجوع نمود و در مواردی که مرجح وجود ندارد به اصول و قواعد مراجعه می شود.

شیخ انصاری این ضابط را نادرست می داند و می گوید بین ادله حکم اولی و حکم ثانوی در قسم اول قائل به حکومت است نه تعارض. غیر از این اشکال، شیخ انصاری اشکالات دیگری را نیز مطرح کرده است. شیخ انصاری، در انتها، متذکر ضابط خود گشته و به محقق نراقی متذکر

می‌شود که مثال‌های ایشان از قسم دوم که احکام لایتنیر نیز بود، می‌باشد. البته در نهایت محقق نراقی متوجه اشکالاتی که بر او وارد است، شده و تا حدودی نظر خود را تغییر داده و گفته است مخالفت هم صفت التزام است و هم صفت مشروط (انصاری دزفولی، ۱۴۱۵، ج ۶: ۳۲).

۴-۲. ضابط مرحوم شیخ در مکاسب: تغییرپذیری و عدم تغییرپذیری حکم

شیخ انصاری در مکاسب بیان کرده‌اند، شرط مخالف با حکم کتاب‌الله و سنت معصومین نافذ نیست. توضیح اینکه مخالفت صفت شرط باشد و یا مشروط. در این قسمت وی می‌گوید این حکم کدام حکم است. ایشان برای اینکه ضابطی را به دست دهند، حکم را به دو قسم الزامی و غیرالزامی تقسیم می‌کند:

۱. احکام الزامی: برخی احکام شرع به گونه‌ای است که به قول مطلق برای موضوع خود ثابتند؛ یعنی هر عنوان جدیدی از عناوین ثانویه نیز که بر موضوع عارض شود و موضوع را معنوی به آن کند، باز حکم شرع برای موضوع ثابت است و هرگز تغییر نمی‌کند، مانند واجبات و محرمات. البته فقط در صورتی که ضرری یا حرجی باشد و مشقت شدید داشته باشد، حکم وجوب برداشته می‌شود که این نیز دلیل خاص خود را دارد، ولی با نذر و قسم و شرط و ... تغییر نمی‌کند.

۲. احکام غیرالزامی (احکام ترخیصی): برخی احکام به گونه‌ای است که برای موضوع خود نظر به ذات موضوع ولو خلی و نفسه و به قید مجرد و خلوص موضوع از عنوان دیگر ثابتند و با طرّو و عروض عنوان ثانوی، آن حکم تغییر می‌کند - تغییر به همان معنایی که در مقدمه ذکر گشت - و حکم دیگری می‌آید، مانند استحباب و مکروهات و مباحات (انصاری دزفولی، ۱۴۱۵، ج ۶: ۲۶).

شیخ انصاری در ادامه این قسم می‌گوید: لازمه این امر، عدم تنافی بین حکم ثابت برای موضوع به عنوان اولی آن و حکم ثابت به عنوان ثانوی است. چرا که اینجا تعارضی پیش نمی‌آید. تعبیری که برخی از شارحین مکاسب آورده‌اند این است که این دو حکم در طول هم برای دو موضوع ثابت است نه به نحو عرضیت و تنافی (محمدی، ۱۳۹۱، ج ۹: ۲۳۷-۲۳۶).

تعبیری که مرحوم شیخ برای این دو گونه از احکام به کار می‌برد جالب و قابل توجه است. مثالی که ایشان برای قسم اول [طبق این تقسیم] می‌زند عبارت است از «هذا نظیر أغلب المحرمات والواجبات» است، اما در جای دیگر از مکاسب می‌گوید: «کالتحریم و کثیر من موارد الوجوب» که در تعبیر اول «أغلب» و در تعبیر دوم «الاستغراق» را به کار برده است که جمیع و همه محرمات

را دربرمی گیرد. تعبیری که برای مثال قسم دوم به کار برده است از این قرار است: «أغلب المباحات و المستحبات بل جميعها» و در تعبیر دیگر می گوید: «كأكثر ما رخص في فعله و تركه». شیخ انصاری فقط شرط برخلاف گونه اول از احکام [طبق این تقسیم] را مخالف شرع دانسته است. به عبارت دیگر، مراد از شرط غیر مشروع، تعهدی است که با حکمی از احکام شرع مقدس مخالف است، با حکمی که قابلیت تغییر به واسطه شرط را به سبب تغییر موضوعش به جهت اشتراط ندارد. تعبیری که ایشان در مکاسب به کار برده اند اینگونه است: «گاهی حکم برای ذات موضوع با در نظر گرفتن سایر عناوین خارجی و عارضی دیگر بر موضوع، ثابت می گردد که لازمه این امر تنافی بین حکم ثابت برای موضوع به عنوان اولی آن و حکم ثابت به عنوان عارضی است». ایشان در ادامه می نویسد: در اینگونه از احکام، تعارض بین دو دلیل حاصل می شود، لذا یا به مرجحات داخلی، مانند تقدیم خبر متواتر بر غیرمتواتر، یا به راجح خارجی، مانند اجماع و ضرورت فقه، عمل می شود (انصاری دزفولی، ۱۴۱۵، ج ۶: ۲۷).

شیخ انصاری که احکام شرعی را به دو دسته فوق تقسیم نموده، تمیز مصادیق را با توجه به ادله احکام شرعی به نظر فقیه و مجتهد واگذار کرده است (انصاری دزفولی، ۱۴۱۵، ج ۶: ۳۱). ایشان بعد از بیان ضابط مفهومی و تقسیم احکام می گوید با توجه به این مطالب معنای تحریم حلال و تحلیل حرام در روایت اسحاق بن عمار روشن می گردد. قسم اول از تقسیم خود را ناظر به «حرم حلالاً» و قسم دوم را ناظر به «حلل حراماً» در روایت می داند. ولی ایشان در نهایت درخصوص موضوعیت شرط محرم حلال که در برخی روایات از لزوم وفای به شرط استثناء شده به تردید افتاده است، چرا که اگر تمامی حلال ها، قابلیت تغییر به واسطه شرط را داشته باشند، در این صورت شرط باطلی تحت عنوان شرط محرم حلال نخواهیم داشت. بنابراین با قبول ضابط شیخ انصاری، روایت اسحاق بن عمار نسبت به بند اول آن (تحریم حلال) بی مصداق می گردد. شیخ انصاری در مکاسب برای مصداق پیدا نمودن مستثنای اول روایت اسحاق بن عمار چند راه حل را از خود و یک توجیه را از برخی از فقها ذکر نموده، اما در نهایت به همه آنها اشکال وارد کرده و خود راه حلی ارائه نداده است (انصاری دزفولی، ج ۶: ۳۷-۳۵).

مؤید نظر شیخ انصاری، سخن عده ای از فقها نیز می باشد.

توضیح مطلب این است که از نظر شهید صدر قانون گذاری در نظام اسلامی در دو محدوده انجام می گیرد: یکی محدوده ای که احکام آن توسط شارع مشخص گردیده و غیرقابل تغییر است.

دیگری قلمروی که آزادی نظر قانونی و یا همان منطقة الفراغ نامیده شده و دولت اسلامی می‌تواند در آن به قانون‌گذاری براساس مقتضیات زمان و مصالح امت بپردازد. با توجه به آنچه گفته شد مشخص است که قانون از نظر شهید صدر به دو دسته تقسیم می‌شود: اولاً، قوانین ثابت و لایتغیر؛ ثانیاً، قوانین متحرک و تغییرپذیر. قوانین دسته اول پاسخگوی نیازهای ثابت جوامع بشری و قوانین دسته دوم جواب دهنده نیازهای متغیر انسان‌ها هستند (جاوید، ۱۳۸۹: ۲۳۶).

به این ضابط، اشکالات و نقدهایی وارد شده است که عبارتند از:

۱-۴-۲. نقد شیخ انصاری به ضابط خود

از تفسیر عیاشی از محمد بن مسلم از امام باقر^(ع) نقل است که فرمود: امام علی^(ع) درباره زنی که مردی او را به نکاح درآورد و با زن و خانواده اش شرط کرد اگر او همسر دومی اختیار کرد یا زن را ترک کرد یا کنیزی گرفت آن زن طلاق است، فرمود: شرط خدا قبل شرط شماست، اگر می‌خواهی به شرطت وفا کن و اگر می‌خواهی زن را نگه‌دار و با زن دیگری نکاح کن، کنیز بگیر و او را رها کن، اگر زن نشوز کرد، خدای متعال فرمود: پس آنچه از زنان دو تا و سه تا و چهار تا برای شما خوش است ازدواج کنید، مگر آن زنانی که متصرف و مالک شدید و هر زنی غیر آنچه یاد شد برای شما حلال است و زنانی که از مخالفت و نافرمانی ایشان بیمناکید (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۱: ۲۷۷).

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید:

اما در روایت محمد بن مسلم ظاهر برخی موارد مثال زده شده اگرچه از قبیل قسم اول [مرحوم شیخ برخلاف تقسیم‌بندی که در این تحقیق و مقاله آمده است ذکر کرده‌اند ایشان ابتدا احکام اقتضایی را گفته و سپس به بیان احکام مطلق و الزامی پرداخته‌اند] است مثل ترک ازدواج دوم و کنیز گرفتن که فی‌نفسه اعمال مباحی هستند، اما با عارض شدن عناوین دیگر مانند قسم خوردن، امر مولی و پدر حکم وجوب پیدا می‌کنند، اما در عین حال در روایت محمد بن مسلم این موارد برخلاف کتاب دانسته شده است و با ضابط ارائه شده سازگار نیست (انصاری دزفولی، ۱۴۱۵، ج ۶: ۲۷).

شیخ انصاری برای این اشکال، خود دو راه حل و توجیه ذکر می‌نمایند، اما در نهایت خود این دو توجیه را نمی‌پذیرد و اشکال را در تمیز مصادیق که نزاع در صغریات است می‌داند نه در

کبریات (انصاری دزفولی، ۱۴۱۵، ج ۶: ۲۹). سپس ایشان به بیان مصادیق می‌پردازند. اولین توجیهی که شیخ انصاری ذکر می‌کند این است که روایت محمد بن مسلم را کاشف از این گرفت که افعال مباح، قابلیت لزوم به واسطه شرط را پیدا نمی‌کنند و در واقع از قسم دوم هستند و به این ترتیب ذیل ضابط و قاعده کلی قرار می‌گیرند (انصاری دزفولی، ۱۴۱۵، ج ۶: ۲۷). علی محمدی در شرح خود بر مکاسب می‌نویسد: بر همین اساس قبلاً مرحوم شیخ فرمودند اغلب مباحات از قسم اول است، یعنی قلیلی هم ممکن است از قسم ثانی باشند (محمدی، ۱۳۹۱، ج ۹: ۲۳۸). شیخ در انتهای این توجیه می‌گوید: این توجیه بعید است چرا که با استشهاد امام در روایت نمی‌سازد (انصاری دزفولی، ۱۴۱۵، ج ۶: ۲۸، پاورقی ۱)، چرا که امام نفرموده‌اند مشروط به خاطر اینکه مشروط مخالف کتاب و سنت است باطل است، بلکه به خاطر این است که چیزی که مباح بوده حرمتش شرط شده، لذا به این جهت باطل است.

راه حل دوم این است که روایت بر این حمل شود که تعلق وقوع طلاق بر اینها آن‌طور که شارط شرط کرده موجب طلاق نمی‌گردد، یعنی روایت بر اینکه این افعال از آن افعالی نیستند که طلاق بر آنها مترتب گردد، حمل شود. شیخ در ادامه، شاهی را برای این توجیه ذکر می‌کند که روایت منصور بن یونس است. آنچه از فحوای کلام شیخ و گفتن «فتأمل» در انتهای این حمل و توجیه فهمیده می‌شود این است که شیخ راه حل دوم را نیز نمی‌پذیرد (جعفری جزائری مروج، ۱۴۳۵، ج ۱۳: ۱۸۰).

پس آنچه از این اشکال متوجه می‌شود این است که ضابط فقط با راه حل اول درست می‌شود، چرا که اگر بگوییم ترک تسری و ترک تزویج از قسم اول باشد امام فرموده‌اند با شرط واجب‌الوفاء نمی‌شود. بنابراین ضابط خدشه‌دار می‌شود، اما اگر بگوییم از قسم دوم است ضابط محفوظ می‌ماند، اما حمل روایت بر این ظاهر بعید است.

۲-۴-۲. اشکال آخوند خراسانی به سخن شیخ انصاری

آخوند خراسانی به خود ضابط اشکال نکرده است، بلکه به عبارتی که شیخ انصاری ذکر کرده، ایراد وارد می‌نماید. ایشان می‌فرماید: این طرز تعبیری که شیخ انصاری استفاده کرده‌اند که می‌گویند: «مجرداً عن ملاحظة طرو عناوین» صحیح نیست. ایشان می‌گویند صحیح است که تعبیر به این صورت بیان شود: «مع ملاحظة کونه مجرداً عن طرو عنوان آخر علیه».

مرحوم آخوند می گوید بحث در این است که با ملاحظه اینکه چیزی نیاید، نه اینکه «مجرداً عن ملاحظه» سخن بگوییم. بحث ما در ملاحظه مجرد «عن عناوین» است، نه مجرد از ملاحظه. ایشان می گوید: آنچه درصدد آن بحث می کنیم مقام ثبوت است، نه مقام اثبات تا حرف شیخ انصاری باشد (خراسانی، ۱۴۰۶: ۲۳۹). مرحوم اصفهانی هم به این مطلب توجه داشته و در بحث از مقام ثبوت ملاحظه «عن تجربه» را آورده است (کمپانی، ۱۴۱۹: ۲۲-۲۱).

۳-۴-۲. اشکال سید یزدی به کلام شیخ انصاری

سید یزدی می نویسد: انصاف این است که فرقی بین ادله و حکم احکام الزامی (واجبات و محرمات) و غیر الزامی (مانند مباحات) وجود ندارد. ادله محرمات و واجبات، مانند ادله مباحات طبق فرمایش ایشان، فی حدنفسه می باشد با قطع نظر از احکام ثانوی و طاری و عروض عنوان دیگر که از باب تراحم نیز می باشد. اما آنچه سبب می شود این دو با یکدیگر متفاوت باشند این است که در تراحم حکم ثانوی (مانند شرط و امثال آن غیر از حرج و ضرر) و اولی (مانند واجبات و محرمات) از آنجایی که قوت ادله اولی بیش تر است نمی توانند بر آن غلبه پیدا کنند، مگر اینکه در غایت قوت مانند ضرر و حرج باشند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ج ۲: ۱۱۰). هم چنین، ایشان توضیحاتی را ذکر می کنند و در ادامه می فرمایند تمام فرمایشات مرحوم شیخ انصاری در بحث احکام تکلیفی نیز بود، ولی در مورد حکم وضعی که خود حکم جداگانه ای دارد خود به توضیح می پردازد. ایشان می گوید: در احکام وضعی به مجرد اطلاق یا عموم حکم، شرط مخالف آن از شروط مخالف کتاب و سنت شمرده می شود، مگر از احکامی باشد که قابلیت تغییر به واسطه شرط را داشته باشد و یا در مقام بیان، مطلق بودن آن احراز نشده باشد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ج ۲: ۱۱۰).

۴-۴-۲. اشکال مرحوم نائینی به کلام شیخ انصاری

مرحوم نائینی از شیخ انصاری در بیان ضابط دو تقریر را بیان می نماید که خود قائل به آن نیست و به آن اشکال می نماید و آن این است که گاهی از راه علیت و اقتضا و امثال ذلک وارد می شوند که اگر چیزی علت تامه یک حکمی بود با طرو هیچ عنوانی عوض نمی شود و اگر چیزی علت تامه حکم نبود، بلکه مقتضی حکم بود با طرو بعضی از عناوین حکمش عوض می شود. به بیان دیگر از نظر مرحوم نائینی، این ضابط در مقام ثبوت ممکن است نافع باشد ولی راه

تشخیص آن آسان نیست، به این معنا که از کجا فهمیده شود که فلان شیء علت تامه حکم است و عوض شدنی نیست و فلان شیء مقتضی آن حکم است و عوض شدنی است. لذا در نهایت ایشان می‌گویند ضابط ارائه شده از قبیل احاله به مجهول نیز می‌باشد (غروی نائینی، ۱۳۷۳، ج ۲: ۱۰۴).

۵-۴-۲. اشکال امام خمینی به ضابط شیخ انصاری

امام خمینی در کتاب *البیع* بعد از بیان ضابط خود و تشریح ضابط شیخ انصاری به کلام ایشان سه اشکال وارد می‌نماید:

۱. این اشکال همان مطلبی است که در مقدمه این مبحث به آن اشاره گشت. ایشان می‌گویند: عروض عنوان ثانوی از قبیل نذر و شرط و اطاعت والدین، اطاعت مولا و... به جز عناوین ضرر و حرج و اضطرار و اکراه و... که در حدیث رفع، رافع قلمداد شده‌اند و فعلاً مورد بحث نیستند، بر موضوعات احکام اولیه مثل نماز و روزه و نماز شب و خوردن و آشامیدن و طهارت و ... در هیچ‌یک از موارد احکام اولیه را تغییر نمی‌دهند و حکم جدیدی برای موضوع درست نمی‌کنند و در این جهت فرقی میان احکام الزامی و غیر الزامی نیست.

سرّ مطلب این است که عنوان وجوب یا استحباب بر موضوع نماز و روزه و نماز شب و وضو و... بار شده و این عناوین در هر حال، آن احکام را دارند؛ یعنی نماز شب به عنوان نماز شب همیشه مستحب است، طهارت به عنوان خود، همیشه مستحب است و تغییر نمی‌کند و اگر فعل آن را نذر کند، یا ضمن عقدی شرط کند، عنوان جدیدی به نام وفای به نذر یا شرط مطرح می‌شود که خودش موضوع وجوب است. آن گاه اگر احکام از عناوین به معنونات سرایت می‌کرد و خود عمل خارجی طهارت، یا نماز شب محکوم به وجوب می‌شد، از باب اینکه وفای به شرط واجب است، جا داشت گفته شود: با آمدن شرط، نماز شب واجب می‌شود، ولی چنین نیست. خارج، ظرف امتثال و سقوط حکم و تکلیف است، نه ظرف ثبوت آن. حکم برای عنوان وفای به شرط ثابت است و از عنوان به معنونات سرایت نمی‌کند و معنونات از باب انطباق و صدق، موجب امتثال و مجزی است. بنابراین، باز هم نماز شب مستحب است و نماز شب مستحب معنون شده به عنوان وفای به شرط و نه اینکه نماز شب واجب چنین باشد، پس احکام غیر الزامی نیز با عروض عنوان جدید تغییر نمی‌کند.

ضمناً فرقی ندارد که حکم استحباب برای نماز شب به قول مطلق ثابت باشد، یا به نحو اهمال،

در هر حال تغییر نمی‌کند و اینکه در لسان فقها مشهور است که طهارت، گاهی به سبب نذر و شبه نذر واجب می‌شود، تعبیر مسامحی است و گرنه، طهارت همیشه مستحب است و عنوان وفای به نذر و شرط صحیح همیشه واجب است (موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵: ۲۵۷).

۲. اصولاً قبول نداریم که احکام الزامی برای موضوعاتشان به نحو مطلق و بدون قید مجرد از طواری و عوارض ثابت باشند، ولی احکام غیرالزامی برای موضوعاتشان به قید مجرد از عناوین عارضی ثابت باشند، بلکه به لسان دلیلی که حکم شرعی را ثابت می‌کند، اعم از الزامی یا غیر الزامی بستگی دارد که اطلاق داشته باشد و مقدمات حکمت در آن فراهم باشد و دلالت کند که آنچه در دلیل اخذ شده، تمام موضوع حکم است و جزء یا قید دیگری ندارد، یا اطلاق نداشته باشد و اهمال دارد، یا مقید به عدم عروض عنوان ثانوی است.

اگر اطلاق داشته باشد حکمش همواره ثابت است و با عروض عنوان جدید تغییر نمی‌کند، خواه حکم الزامی، یا غیرالزامی و اگر اطلاق نداشته باشد حکمش قابل تغییر است، باز فرقی ندارد که حکم الزامی باشد، یا غیر الزامی (موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵: ۲۵۷).

۳. اصولاً اگر ادله مباحات و مکروهات و مستحبات اطلاق هم داشته باشند، مثل ادله واجبات و محرمات که به قول شیخ اطلاق دارند، ولی باز شرط ترک غیرالزامی‌ها یا شرط فعلشان مخالف کتاب و سنت نیست؛ مثلاً اگر کسی شرط کند فلان مستحب را ترک کند، یا فلان مکروه را به‌جاآورد این خلاف شرع نیست، زیرا منهای شرط و نذر نیز ترک مستحب جایز و فعل مکروه رواست، پس از ناحیه شرط خلاف شرعی مرتکب نشده است.

آری، اگر شرط کند که فلان مستحب، واجب باشد یا فلان مکروه، حرام باشد، این یقیناً خلاف شرع است و شرط باطلی است و هرگز مستحب الهی واجب نمی‌شود، بلکه همیشه مستحب است و هرگز مکروه حرام نمی‌شود، بلکه همیشه مکروه است هرچند با شرط و قسم، تکلیف جدیدی پیدا کند که وجوب وفای به شرط و قسم و حرمت حنث قسم و حرمت تخلف شرط باشد (موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵: ۲۵۹).

۲-۵. ضابط مرحوم نائینی

میرزای نائینی همانند سید یزدی ابتدا احکام را به دو دسته تکلیفی و وضعی تقسیم می‌نماید و سپس به بیان ارائه ضابط می‌پردازند. ایشان در احکام تکلیفی بحث را همانند شیخ انصاری مطرح

می‌کنند. محقق نائینی قائل است: شرط یا به عبارتی متعلق شرط گاهی از وضعیات شرعیه، و گاهی از تکالیف پنج‌گانه تکلیفیه می‌باشد، مانند اشتراط ترك واجب یا مباح یا فعل و انجام حرام یا مکروه یا مانند این موارد.

اما احکام وضعی به دو دسته تقسیم می‌شوند: گاهی از اموری هستند که شارع مقدس سلطنت و اختیار آن را به دست شارط قرار داده است، مانند باب حقوق و اموال. گاهی هم جزء اموری که ذکر شده نیستند، و از اموری مانند «الولاء لمن أعتق» و یا «ولد حر حراً» و یا «الطلاق بید من أخذ بالساق» و غیر این موارد می‌باشند که این امور تحت اختیار مکلف نیست. این قسم اخیر از احکام وضعیه، اشکالی در آن نیست که اشتراط و شرط کردن برخلاف آنها مخالف مشروع محسوب می‌گردد به طور جدّ، مگر اینکه دلیل خاصی بر تغییر آنها توسط شرط یا نذر یا مانند این دو، قائم شود مانند اشتراط ارث زوجه موقت یا شرط بنده بودن کسی که یکی از ابوین او حر است. پس اشکال در این موارد از جهت تعارض نصوص است که اگر کسی ادعای جواز شرط آن را نماید ادعای آن فرد به سبب نص خاص می‌باشد و گرنه تبدیل و تغییر حکم آن توسط شرط و نحو آن صحیح نمی‌باشد. پس همان‌طور که در این قسم از احکام وضعی شبهه‌ای نیست که تغییرش توسط شرط، مخالف با شریعت است، در قسم اول از احکام وضعی همین‌طور است یعنی در حقوق و اموال هم نمی‌شود توسط شرط حکمش تغییر یابد، زیرا مکلف نسبت به آنها سلطنت دارد و اوست که صاحب اختیار اموال و حقوق نیز می‌باشد.

در ادامه ایشان متذکر این نکته می‌شوند که سابق از این مطلب گفته شده شرط برای تملک آن چیزهایی وضع شده است که تملکش توسط بیع و اجاره و غیر این موارد صحیح نیست (غروی نائینی، ۱۳۷۳، ج ۲: ۱۰۵-۱۰۴).

اما در احکام تکلیفی سخن ایشان این است که ظاهر این است که التزام به ترك واجب یا فعل حرام نوعاً خلاف مشروع نیز می‌باشد؛ نه تنها نوعاً بلکه ایشان می‌گویند شبهه‌ای در این مطلب که گفته شد وجود ندارد. دلیلی که ایشان می‌آورد این است: چرا که ممکن است اطلاق دلیل این دو (ترك واجب یا انجام محرم) شامل صورت التزام به خلاف و عدمش نیز گردد پس مخالف با کتاب و تحلیل حرام نیز می‌گردد، مگر اینکه دلیل خاصی بر جواز تغییر آن توسط شرط اقامه گردد، مانند سایر عوارض تجویز کننده فعل حرام یا ترك واجب. لذا دلیل وجوب وفای به شرط (المؤمنون) شامل این موارد نمی‌گردد. به جهت اینکه شرط کرده‌اند که آن شرط مخالف با کتاب

نباشد و موجب تحلیل حرام نگردد. لذا از نظر ایشان تعارضی بین این دو دلیل (دلیل تکلیف و دلیل شرط) واقع نمی‌گردد، چنانچه توهم گشته است (غروی نائینی، ۱۳۷۳، ج ۲: ۱۰۵-۱۰۴). ایشان در ادامه فروض دیگری را که برای ادله واجب و حرام نیز توسط دیگران مطرح است ذکر و سپس حکم آن را بیان می‌کنند. وی ادامه می‌دهد: اما در مباحات، التزام به ترک آن و یا التزام به انجام آن مخالف با شریعت محسوب نمی‌گردد. به جهت اینکه منافاتی بین وجوب بالعرض با اباحه فعلی آن وجود ندارد (غروی نائینی، ۱۳۷۳، ج ۲: ۱۰۵-۱۰۴).

۲-۶. ضابط مرحوم محقق اصفهانی (کمپانی)

مرحوم کمپانی ابتدا به توضیح و شرح سخن شیخ انصاری می‌پردازد و سپس در نهایت نظر خود را بیان می‌دارد. آنچه ابتدا ایشان توضیح می‌دهد با آنچه شیخ انصاری بیان نموده، متفاوت است، ایشان ابتدا، همانند آخوند خراسانی، بحث را به دو مقام ثبوت و اثبات تقسیم می‌کند. در مقام ثبوت که بحث شیخ انصاری شامل آن می‌شود احکام را به دو دسته اقتضایی و لاقتضاء تقسیم می‌کند و برخلاف شیخ انصاری مکروهات و مستحبات را ذیل احکام اقتضایی می‌شمارد و مباحات را ذیل احکام لاقتضایی قرار می‌دهد. ایشان معتقد است در مقام ثبوت دوگونه احکام وجود دارد:

۱. احکام اقتضایی که شامل احکام طلبیه منبعث از مصالح و مفاسد، مانند وجوب و حرمت و استحباب و کراهت نیز می‌شود. ایشان می‌گویند در احکام اقتضایی، در مصالح و مفاسدش مقضیاتی وجود دارد که ممکن است عارض شدن عناوین ثانویه برخلاف این مقتضیات اولیه باشد. در این هنگام اگر مقتضیات اولیه دارای قوتی باشند که مصلحت و مفاسد عنوان ثانوی و طاری نتواند مزاحمتی برای آنان ایجاد نماید اینجا موضوع به نحو ماهیت لا بشرط لحاظ شده است، لذا حکم شرعی که مترتب بر این موضوع می‌گردد حکم فعلی تام حکمی نیز می‌باشد، ولی اگر توان و قوت این تراحم را نداشته باشد به ناچار موضوع در اینجا به نحو بشرط لا از این عناوین ثانوی ملحوظ می‌باشد و حکم مترتب بر آن فعلی است، مادامی که مجرد از عناوین ثانوی باشد.

۲. احکام لا اقتضاء که اموری مانند اباحه را دربرمی‌گیرد. ایشان معتقد است موضوع در اینگونه از احکام به ناچار به نحو بشرط لا ملحوظ می‌گردد. به همین خاطر است که این احکام اباحه فعلی با عناوین ثانوی تعارضی نداشته و ندارند و به مجرد عروض عناوین ثانوی اصل اباحه

نیز منتفی می‌گردد، چه به صورت فعلی و چه اقتضایی.

خلاصه کلام محقق اصفهانی مقام دوم (مقام اثبات) این است که:

۱. در احکام طلبیه - که گذشت - اثبات حکم بر دو امر متوقف است:

الف. ظهور انشاء به داعی بعث و زجر (نه به دواعی دیگر)؛

ب. اطلاق موضوع و عدم تقیید آن به قید وجودی و عدمی مانند نذر و شرط و اطاعت والد و... . ایشان می‌گویند اگر این دو امر محقق شود، انشاء دلالت می‌کند که موضوع این حکم به لحاظ عناوین ثانوی به نحو لایشرط است، ولی اگر عناوین ثانوی طاری و جاری شود بین دلیل حکم اولی و دلیل عناوین ثانوی، مانند شرط، تعارض به وجود می‌آید، مگر اینکه استثنای شرط مخالف کتاب و سنت آن تعارض را مرتفع گرداند.

۲. ایشان در مورد احکام اباحه می‌نویسد: همان‌طور که موضوع حکم واقعی که در مقام ثبوت گذشت محال بود به نحو لایشرط لحاظ گردد، لذا در این مقام هم محال است که دلیلش از حیث عناوین اقتضایی و ثانوی مطلق باشد. لذا موضوع آن به نحو بشرط لا می‌باشد. پس محال است که در مقام اثبات هم این احکام با عناوین ثانوی تعارض پیدا کنند.

در انتها هم ایشان در مورد اشکالی که شیخ انصاری نسبت به خود وارد دانست - یعنی عدم تسری و عدم تزویج دوم - معتقد است که نیاز به توجیه وجود دارد (کمپانی، ۱۴۱۸، ج ۵: ۱۳۱-۱۲۸؛ ۱۴۱۹: ۲۳-۲۱). ایشان متذکر می‌شوند که متعلق شرط سه چیز است:

۱. احکام تکلیفیه پنج‌گانه؛

۲. احکام اعتبارات وضعیه شرعیه (تسبیبی و غیر تسبیبی)؛

۳. أعمال (فعل یا ترک فعل).

وی معتقد است که در احکام تکلیفیه شرط کردن وجوب چیزی یا شرط حرام کردن چیزی، معقول نیست چرا که احکام تکلیفیه از مجعولات شرعیه نیز می‌باشد، لذا شرط کردن آن امر غیرمقدور می‌باشد. ایشان احکام وضعیه غیر تسبیبی را هم مانند احکام تکلیفی امر غیرمقدور می‌داند، و در احکام وضعیه تسبیبی شرط کردن سبب خاص را امری محال می‌داند، لذا تنها بحثی که باقی می‌ماند قسم سوم است. در این قسم فقط بحث موافقت و مخالفت راه دارد (کمپانی، ۱۴۱۸، ج ۵: ۱۳۲-۱۳۰).

امام خمینی می‌گوید: مرحوم کمپانی در احکام تکلیفیه و وضعیه به اشتباه افتاده است که

می‌گوید امری غیرمعقول است بلکه باید می‌گفت امری غیرمشروع است. ایشان می‌گویند آن چیزی که غیرمعقول است آن شرطی است که بگوید حکم خداوند فلان طور باشد و بخواهد با شرط کردنش حکم خدا را تغییر دهد و این هم بطلانش واضح است چون هیچ عاقلی چنین شرطی نمی‌کند (موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵: ۲۵۵).

۷-۲. ضابط مرحوم امام خمینی (ره)

امام خمینی (ره) ابتدا ضابط خود را بیان می‌کند و سپس به نقد و اشکال از مرحوم شیخ انصاری می‌پردازد که بحث آن گذشت.

ایشان معتقد است نیازی به ضابطی که شیخ انصاری بیان کرده‌اند، نیست. ایشان ضابط تشخیص شرط مخالف کتاب و سنت را عرف می‌دانند. این برگرفته از یک مطلب کلی و قانونی است که موضوعات احکام اگر از موضوعات شرعی باشند، باید برای فهم آن به خود شارع رجوع کرد، ولی اگر عرفی باشند باید به متفاهم عرفی مراجعه کرد (محمدی، ۱۳۹۴، ج ۶: ۳۸۸).

امام خمینی (ره) می‌گوید: همانند سایر موضوعاتی که احکام شرعی بر آن مترتب می‌گردد تشخیص مخالفت کتاب و سنت و عدم آن موکول به عرف است و این مخالفت و مقابله نزد عقلا امر مجهولی نیست تا احتیاج به بیان و سختی دادن به نفس باشد؛ یعنی خود عرف، اینها را تشخیص می‌دهد. مثلاً در مورد احکام تکلیفیه الزامیه، شبهه‌ای نیست که در شرط کردن فعل حرام یا ترک واجب، عرف تشخیص می‌دهد که مخالف شرع است همان‌طور که عرف، ارتکاب حرام و ترک واجب بدون شرط را خلاف شرع می‌شمارد.

سپس مرحوم امام به بیان یک مثال ساده می‌پردازد و معنای واجب و حرام را بیان می‌کند و پس از آن بیان می‌دارد: واضح‌تر از این موارد، این است که شرط نماید حرمت حلالی را مانند شرط اینکه زوجه یا ملک یمین بر او حرام باشد یا ترک قسم بین ازواج بر او حلال باشد که عرف و عقلا در این موارد به خلاف بودن شرع آن به راحتی پی می‌برند.

ایشان در انتها در مورد احکام الزامیه می‌گویند: بین احکام تکلیفی و وضعی، شرطی که منافی احکام الهی است فرقی نمی‌کند و در هر دو باطل است و تشخیص آن هم بر عهده عرف می‌باشد (موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵: ۲۵۴).

در مورد احکام غیرالزامیه مانند محلات و مباحات و مستحبات و مکروهات، اگر ترک این

احکام و یا انجام آنها را شرط کنند، شک و شبهه‌ای نیست که مخالف کتاب و سنت نمی‌باشد. همچنان که قبل از شرط نمودن هم اتیان و ترکش مخالف کتاب و سنت نمی‌باشد، چرا که بدون شرط اجازه داریم برای همیشه آن احکام (چه مستحب و چه مکروه و چه مباح) را انجام دهیم یا ترک نماییم. پس اشتراط آن اشتراط امر جایز شرعی می‌باشد. لذا شرط کردن در اینگونه از احکام، تحلیل حرام یا تحریم حلال نمی‌باشد و با شرط کردن فعل یا ترک فعل، خلاف شرعی مرتکب نشده‌ایم (موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵: ۲۵۶-۲۵۵).

علی محمدی می‌گوید تفاوت حکم الزامی و غیرالزامی در همین است که در احکام الزامی، شرط فعل حرام یا ترک واجب نیز خلاف شرع است، ولی در احکام غیر الزامی، شرط فعل مکروه یا ترک مستحب، خلاف شرع نیست، زیرا فرض این است که فعل یا ترک، با نظر به ذاتش جایز است (محمدی، ۱۳۹۴، ج ۶: ۳۸۹-۳۸۸).

در ادامه، امام خمینی با توضیح احکام تکلیفی بیان می‌دارد: با روشن گشتن وضعیت احکام تکلیفی، حال احکام وضعی نیز مشخص می‌گردد. مثلاً اگر شرط کند که امر زن به دست خودش باشد یا امر طلاق به دست زن باشد شرطش خلاف شریعت مقدس است، اما اگر شرط کند که مردش او را طلاق ندهد یا اینکه با او مجامعت ننماید، شرط باطلی نیست. علتی که وجود دارد این است که بدون شرط نیز طلاق ندادن اختیاری بود و شوهر می‌توانست هیچ‌گاه طلاق ندهد. مثال دیگری که ایشان می‌زند این است که شرط کند در ساتر درست شده از حیوان حرام گوشت نماز بخواند یا در مکان غصبی نماز بخواند، این موارد باز مخالف شریعت مقدس می‌باشد (موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵: ۲۵۶).

۸-۲. ضابط مرحوم سید مصطفی موسوی خمینی

از نظر وی احکام کتاب دو دسته هستند:

۱. احکام الهی یا احکام تأسیسی در شریعت اسلامی و یا سایر تشریعات سابق که اینها هم احکام تأسیسی محسوب می‌شوند.

۲. احکام عقلایی امضایی اسلامی، مثل عمل به خبر واحد و نفوذ خیار شرط.

شرط مخالف قسم اول، مخالف کتاب محسوب می‌شود و اما در مورد قسم دوم از احکام مذکور، مادامی که حکمی از کتاب در مخالفت با جعل شرط در آن مورد دیده نشده است،

می‌توان در آنها جعل شرط کرد. بنابراین شرط مخالف قسم اول چه از احکام تکلیفی یا وضعی ایجابی یا ندبی، تحریمی یا کراهتی باشد، شرط عرفاً مخالف کتاب تلقی می‌گردد؛ مگر اینکه گفته شود ترك مستحب و ارتکاب مکروه جزء ترخیصات می‌باشد و شرط برخلاف آنها جایز است؛ ولی در شرط مخالف قسم دوم چنین چیزی را معتقد نیستیم (موسوی خمینی، ۱۴۱۸، ج ۲: ۶۶).

نتیجه‌گیری

۱. فقیهان شرط ضمن عقدی را لازم الوفاء می‌دانند که صحیح باشد از جمله شرایط صحت شرط ضمن عقد است که به تحریم حلال و تحلیل حرام نینجامد.
۲. فقیهان در زمینه ضابط تحریم حلال و تحلیل حرام اتفاق نظر ندارند.
۳. شیخ انصاری شرطی را که منجر به تحلیل حکم غیرقابل تغییر حرمت و تحریم حکم غیرقابل تغییر حلیت شود شرط حرام و محرم حلال تلقی کرده است.
۴. میرزای نائینی بر این باورند که ابتدا باید احکام را به احکام تکلیفی و وضعی تقسیم کرد سپس ضابط را ارائه کرد.
۵. محقق نراقی در احکام تکلیفی فقط التزام به احکام واجب و حرام را مخالف کتاب و سنت می‌داند، اما التزام به انجام یا ترك در مباحات را جایز می‌داند. وی تغییر احکام وضعی توسط شرط را مخالف شریعت می‌داند.
۶. امام خمینی مرجع تشخیص شرط محرم حلال و محلل حرام را عرف می‌داند.

منابع

- قرآن کریم.
- ابن سیده، علی بن اسماعیل. (۱۴۲۱ق.) المحکم والمحیط الأعظم، تصحیح عبدالحمید هندای، بیروت: دار الکتب العلمیه، چاپ اول.
- ابن هشام، عبدالله بن یوسف. (بی تا) مغنی اللیب، قم: کتابخانه حضرت آیت الله العظمی مرعشی نجفی^(ره)، چاپ چهارم.
- ابوجیب، سعدی. (۱۴۰۸ق.) القاموس الفقہی لغة واصطلاحاً، دمشق: دار الفکر، چاپ دوم.
- انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین. (۱۴۱۵ق.) المکاسب المحرمة و البیع و الخيارات، قم:

- کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول.
- تهانوی، محمدعلی بن علی کشاف. (۱۹۹۶م). *اصطلاحات الفنون*، بیروت: مکتبه لبنان ناشرون، چاپ اول.
 - جاوید، محمد جواد. (۱۳۸۹) *قانون و قانون‌گذاری در آرای اندیشمندان شیعه*، تهران: دانشگاه امام صادق^(ع).
 - جعفری جزائری مروج، سید محمد. (۱۴۳۵ق). *هدی الطالب الی شرح المکاسب*، تحقیق محمد علی موسوی مروج، بی‌جا: مؤسسه السیده المعصومه، الطبعة الاولى.
 - جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۷۸) *ترمینولوژی حقوق*، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ دهم.
 - جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۳۷۶ق). *الصحاح*، تصحیح احمد عبدالغفور عطار، بیروت: دار العلم للملایین، چاپ اول.
 - حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). *وسائل الشیعة*، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ اول.
 - خراسانی، محمد کاظم بن حسین (۱۴۰۶ق). *حاشیه المکاسب*، تصحیح سید مهدی شمس الدین، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول.
 - راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۴۱۲ق). *مفردات ألفاظ القرآن*، بیروت: دار القلم، چاپ اول.
 - صدر، محمد باقر. (۱۴۲۳ق). *دروس فی علم الأصول - الحلقة الثالثة*، قم: طبع مجمع الفکر، چاپ اول.
 - _____. (۱۴۰۸ق). *دروس فی علم الاصول*، قم: انتشارات اسلامی، چاپ پنجم.
 - طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۲۱ق). *حاشیه المکاسب*، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم.
 - عابدیان، میرحسین. (۱۳۷۹) *شروط باطل و تأثیر آن در عقد*، تهران: فقنوس، چاپ اول.
 - عسکری، حسن بن عبدالله. (۱۴۰۰ق). *الفروق فی اللغة*، بیروت: دار الافاق الجديدة، چاپ اول.
 - غروی نائینی، میرزا محمد حسین. (۱۳۷۳ق). *منية الطالب فی حاشیه المکاسب*، تقریر موسی بن محمد نجفی خوانساری، قم: المکتبه المحمدیه، چاپ اول.
 - فاضل موحدی لنکرانی، محمد. (۱۴۱۶ق). *القواعد الفقہیه*، قم: چاپخانه مهر، چاپ اول.
 - فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۰۹ق). *کتاب العین*، قم: نشر هجرت، چاپ دوم.
 - فروغی، سید علیرضا. (۱۳۶۹) «مبانی فقهی ماده ۱۰ قانون مدنی»، پایان نامه کارشناسی ارشد فقه و حقوق اسلامی، مدرسه عالی شهید مطهری.

- قرشی، علی اکبر. (۱۳۷۱) قاموس قرآن، تهران: دار الکتب الاسلامیه، چاپ ششم.
- کلاتری، علی اکبر. (۱۳۷۸) حکم ثانوی در تشریع اسلامی، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیّه قم، چاپ اول.
- کمپانی، محمد حسین اصفهانی. (۱۴۱۹ق.) حاشیه کتاب المکاسب (ط- القدیمه)، تصحیح عباس محمد آل سباع قطیفی، قم: ذوی القربی، چاپ اول.
- _____. (۱۴۱۸ق.) حاشیه کتاب المکاسب (ط- الحدیثه)، تصحیح عباس محمد آل سباع قطیفی، قم: أنوار الهدی، چاپ اول.
- محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۹۳) نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ سوم.
- محمدی، علی. (۱۳۹۴) کوثر فقه، تهران: چاپ و نشر عروج، چاپ اول.
- _____. (۱۳۹۱) شرح مکاسب، قم: انتشارات الامام الحسن بن علی علیهما السلام، چاپ سوم.
- مرکز مطالعات و تحقیقات اسلامی- پژوهشکده فقه و حقوق، (۱۴۲۱ق.) مأخذ شناسی قواعد فقهی، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیّه قم، چاپ اول.
- مشکینی اردبیلی، علی. (۱۳۷۴) اصطلاحات الاصول و معظم أبحاثها، قم: الهادی، چاپ ششم.
- مصطفوی، حسن. (۱۴۳۰ق.) التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، بیروت- قاهره- لندن: دار الکتب العلمیه، مرکز نشر آثار علامه مصطفوی، چاپ سوم.
- موسوی خمینی، سید روح الله. (۱۴۲۱ق.) کتاب البیع، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول.
- موسوی خمینی، سید مصطفی. (۱۴۱۸ق.) الخیارات، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، چاپ اول.
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن (۱۴۲۷ق.) رسائل، قم: دفتر تبلیغات اسلامی- شعبه خراسان، چاپ اول.
- نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی. (۱۴۱۷ق.) عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیّه قم، چاپ اول.
- یعقوب، امیل. (۱۳۶۷) موسوعة النحو و الصرف و الإعراب، بیروت: انتشارات دار العلم للملایین، چاپ اول.

نظریه سقوط تعهدات منشأ با امضای اسناد تجاری

علیرضا عالی پناه^۱

سمیه احمدی مجدآبادی فراهانی^۲

چکیده: با صدور سند تجاری و تسلیم آن، پرداخت صورت نمی‌گیرد یا تعهد قبلی ساقط نمی‌شود، بلکه با وصول سند تجاری است که هم تعهد ناشی از سند تجاری ایفا می‌شود و هم تعهد منشأ ساقط می‌شود. با وجود اینکه سند تجاری طبق وصف تجریدی خود ایجاد تعهد می‌کند، اصل بر بقای تعهد منشأ است تا زمانی که سند تجاری پرداخت شود.

بین حقوق دانان ما در این مورد تقریباً اتفاق نظر وجود دارد و این اصل در بسیاری از نظام‌های حقوقی نیز پذیرفته شده است، با وجود این، نظریه دیگری نیز وجود دارد مبنی بر اینکه با صدور سند تجاری و تسلیم آن به طلبکار، تعهد منشأ ساقط می‌گردد. طرفداران این دیدگاه به «وصف جایگزینی سند تجاری» قائل‌اند. آنان اگرچه قبول دارند که سند تجاری تعهد به پرداخت است نه پرداخت، اما معتقدند که تعهد ناشی از سند تجاری، جایگزین تعهد اصلی می‌گردد و در واقع در اینجا نوعی تبدیل تعهد صورت می‌گیرد.

کلیدواژه‌ها: تبدیل تعهد، سقوط تعهد، اسناد تجاری، تعهدات منشأ.

بیان مسئله

سؤال مهمی که برای حقوق دانان در مورد اسناد تجاری مطرح می‌باشد، این است که آیا اسناد تجاری موجب سقوط تعهد می‌شود؟ مثلاً اگر مستأجر مال‌الاجاره را پرداخت نکرده بود و آنگاه برای پرداخت بدهی اقدام به صدور چک نمود، آیا صدور چک موجب برات ذمه مستأجر از مال‌الاجاره می‌شود؟ ثمره این مطلب در این نکته است که اگر ما صدور چک را موجب برات ذمه بدانیم، دارنده چک فقط مجاز به اقامه دعوی نسبت به پرداخت وجه چک است، ولی حق اقامه دعوی نسبت به مال‌الاجاره را نخواهد داشت؛ چون صدور چک موجب سقوط تعهد مستأجر

E-mail: alipanah_a@yahoo.com

۱. دانشیار دانشگاه شهید بهشتی.

۲. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه مذاهب اسلامی (نویسنده مسئول).

E-mail: ahmadimajd@iran.ir

نسبت به مال الاجاره شده است. در حقیقت صدور چک موجب تبدیل تعهد مال الاجاره به تعهد پرداخت وجه چک شده است. لازمه این تبدیل تعهد، سقوط تعهد قبلی است. این نظریه اکثریت قضات است. بنابر دیدگاهی دیگر، صدور چک موجب سقوط تعهد مال الاجاره نمی شود، بلکه در جهت تقویت و تأکید همان تعهد قبلی است که به موجب این دیدگاه متعهدله همچنان که می تواند نسبت به درخواست وجه چک اقامه دعوی کند، می تواند نسبت به پرداخت مال الاجاره هم اقامه دعوی نماید. در این نوشتار به اختصار آرای حقوق دانان و استدلال های مربوط در این خصوص ارائه می گردد.

۱. مفاهیم و تعاریف

تعهد همیشه پا برجا نمی ماند و پس از آنکه به وجود آمد ممکن است به سببی از اسباب سقوط تعهد از بین برود. قانون مدنی ایران در ماده ۲۶۴ خود، شش سبب از اسباب سقوط تعهدات را بر شمرده است که بنابر آن تعهدات به یکی از طرق ذیل ساقط می شود: «الف. به وسیله وفای به عهد؛ ب. به وسیله اقاله؛ ج. به وسیله ابراء؛ د. به وسیله تبدیل تعهد؛ هـ. به وسیله تهاتر؛ و. به وسیله مالکیت ما فی الذمه». تعهد تجاری نیز، مانند هر تعهد قراردادی، مطابق قواعد عام ساقط می شود (اسکینی، ۱۳۷۷: ۲۸).

حال سؤال این است که آیا اسناد تجاری موجب سقوط تعهدات می شود؟ در تحلیل ارتباط این بحث با اصل مسئله باید گفت که این بحث مربوط به کیفیت جایگزینی است. درحقیقت می توان گفت تمام حقوق دانان اصل قابلیت جایگزینی اسناد به جای نقد را پذیرفته اند، اما اختلاف در این است که این جایگزینی به چه کیفیتی باشد؟ آیا این جایگزینی تبدیل تعهد است که موجب سقوط تعهد سابق شود یا تعهد جدیدی برای تأکید تعهد گذشته است؟ برای پاسخ به سؤالات یاد شده، بایسته است مفاهیم کلیدی مؤثر در فهم مسأله، تبیین گردد.

۱-۱. اسناد تجاری

در اصطلاح حقوقی اسنادی هستند که برای پرداخت وجه در رأس موعد نزدیک یا در مدت معین محدود و کوتاه به کار می روند. مهم ترین اقسام این اسناد عبارت از چک، برات و سفته می باشد و از همین قبیل است اسناد در وجه حامل و قبض انبار (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶: ۴۴).

۲-۱. تبدیل تعهد

قانون‌گذار از تبدیل تعهد تعریفی ارائه نکرده و تعریف آن را از حقوق فرانسه اقتباس کرده است. عده‌ای از حقوقدان‌ها تبدیل تعهد را این چنین تعریف کرده‌اند: «تبدیل تعهد عبارت است از تبدیل تعهد سابق به تعهد دیگری که جایگزین آن می‌گردد، به گونه‌ای که تعهد پیشین نابود می‌شود و تعهد جدید به جای آن می‌آید» (شهیدی، ۱۳۷۳: ۱۳۳). برخی دیگر تبدیل تعهد را این گونه تعریف کرده‌اند: «تبدیل تعهد یک عمل حقوقی است که به موجب آن، تعهد قدیم منتفی و تعهد جدید جایگزین آن می‌گردد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۷۲۹). بنابراین، تبدیل تعهد یک عمل حقوقی است (شهیدی، ۱۳۷۳: ۱۴۰) که دو اثر ذیل را دارا می‌باشد:

الف. تعهد سابق را با جانشین کردن تعهد نو از بین می‌برد.

ب. تعهد جدیدی را به جای آن می‌نشاند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۶۰۸).

از بین شش سبب سقوط تعهدات، وفای به عهد و تبدیل تعهد در اسناد تجاری مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۳-۱. تبدیل منشأ تعهد

طرفین تعهد می‌توانند توافق کنند که منشأ تعهد را تغییر دهند. در این صورت تعهد اصلی از بین می‌رود و تعهد جدیدی که سبب آن با سبب تعهد اصلی متفاوت است به وجود می‌آید. (صفایی، ۱۳۹۲: ۲۵۷).

۴-۱. وفای به عهد و ایفای تعهد

اولین سبب از اسباب سقوط تعهد که در ماده ۲۶۴ ذکر شده، وفای به عهد است. وفای به عهد یا اجرای تعهد، معمولی‌ترین وسیله سقوط تعهد است (شهیدی، ۱۳۷۳: ۲۵).

در ماده ۲۷۵ قانون مدنی ایران آمده است: «متعهد را نمی‌توان مجبور نمود که چیز دیگری به غیر آنچه که موضوع تعهد است را قبول نماید، اگرچه آن شیء قیمتاً معادل یا بیش‌تر از موضوع تعهد باشد.»

بر طبق ماده ۲۷۵ قانون مدنی اگر متعهدله این تبدیل را نپذیرد، نمی‌توان او را مجبور کرد به جای موضوع تعهد چیز دیگری را قبول کند؛ یعنی نمی‌توان از او خواست به جای پول، کالای دیگری بگیرد. مفهوم مخالف ماده مزبور می‌رساند که اگر متعهدله این تغییر را بپذیرد، چنین

چیزی میسر است (بهرامی احمدی، ۱۳۹۰: ۶۰۸).

بنابراین «دادن چک به جای وجه نقد، تسلیم به غیر جنس است و متعهدله مجبور به قبول آن نیست مگر اینکه طرفین هر دو در بانک حاضر بوده و امتناع از تسلیم چک، کار لغو باشد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹: ۲۲۷).

اصولاً برای تحقق ایفای تعهد و برائت ذمه متعهد، لازم است متعهد عین مورد تعهد یا فردی از افراد کلی موضوع تعهد را به متعهدله تسلیم کند، اما این اصل مانع آن نمی‌شود که متعهد با موافقت متعهدله موضوع دیگری را در مقام وفای به عهد به جای موضوع تعهد به متعهدله بدهد. طرفین می‌توانند با تبدیل تعهد به تعهد جدید موضوع تعهد را تغییر دهند، اما آنچه در اینجا بررسی می‌شود و در عرف نیز معمول است، صرفاً ایفای تعهد با تأدیه چیزی است که با موضوع تعهد متفاوت است، بدون اینکه مسبوق به اراده طرفین بر تبدیل تعهد یا تشکیل عقد خاصی باشد (شهیدی، ۱۳۷۳: ۴۷).

در تفسیر ماده ۲۷۳ آمده است: طلبکار را نمی‌توان به پذیرش چک اجبار کرد یا امتناع او از قبول چک را مبنای اجرای ماده ۲۷۳ ق.م. کرد، ولی اگر طلبکار آن را بپذیرد، نمی‌تواند پیش از رجوع به بانک آن را رد کند (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۲۴۴). پس طلبکار در پذیرش اسناد تجاری اختیار دارد (کاتوزیان، ۱۳۶۸، ج ۴: ۲۷).

حقوق دانان در زمینه تسمیه فرض مذکور اتفاق نظر ندارند. عده‌ای نام آن را «تبدیل ایفاء تعهد» گذاشته‌اند تا با «تبدیل تعهد» اشتباه نشود (بهرامی احمدی، ۱۳۹۰: ۶۰۸). عده‌ای دیگر آن را «ایفاء تعهد به وسیله تأدیه مال یا عملی که مورد تعهد نیست» نام گذاشته‌اند (شهیدی، ۱۳۷۳: ۴۷).

حقوق دانان در مورد ماهیت حقوقی تبدیل ایفای تعهد هم اختلاف عقیده دارند. این اختلاف عقیده از قدیم الایام رواج داشته است. مثلاً، حقوق دانان قدیم رُم از جمله اولپین (۲۲۸-۱۷۰ م.) آن را معاوضه دانسته‌اند، در حالی که عده‌ای دیگر آن را تبدیل تعهد در نظر گرفته‌اند (امامی، ۱۳۷۷، ج ۱: ۳۲۲). بعضی نیز آن را یک ایفای خاص دارای ماهیت مختلط با بعضی آثار بیع، معاوضه و تبدیل تعهد دانسته‌اند. به نظر می‌رسد که ماهیت حقوقی تبدیل ایفای تعهد در همه موارد با تبدیل تعهد یکی نیست، زیرا تبدیل تعهد عبارت است از جایگزین کردن تعهدی به جای تعهد دیگر (بهرامی احمدی، ۱۳۹۰: ۶۰۸).

تبدیل تعهد که یکی از علل سقوط تعهد به شمار آمده است، عبارت است از این که تعهدی

در نتیجه تغییر یکی از ارکان آن به تعهد دیگر تبدیل گردد. در این صورت، تعهد اول ساقط و تعهد دیگری جایگزین آن می‌شود. تبدیل تعهد یک عمل حقوقی و دارای ماهیت قراردادی است و از این رو قصد و رضا و اهلیت از شرایط آن محسوب می‌شود (صفایی، ۱۳۹۲، ج ۲: ۲۵۵).

اگر تبدیل ایفاء به این شکل باشد تبدیل تعهد است، ولی فرض این است که در تبدیل ایفاء، تعهدی از بین نمی‌رود و تعهد جدید جایگزین آن نمی‌شود، بلکه در مقام ایفاء، مال دیگری به جای مال مورد تعهد به متعهدله داده می‌شود و او نیز می‌پذیرد. در اینجا تعهدی در بین نیست، بلکه آنچه هست تبدیل در مقام ایفاء است. مع ذلک، از آنجا که این امر مستلزم توافق طرفین است خود نوعی قرارداد و از مصادیق ماده ۱۰ قانون مدنی محسوب می‌شود. البته طرفین می‌توانند این توافق را در قالب عقود دیگر، مثل معاوضه یا بیع درآورند و یا اساساً تبدیل تعهد نمایند. اثر مهم این عمل حقوقی، مثل ایفاء ساده، آزاد شدن ذمه متعهد است و شرایط اساسی صحت معامله نیز باید در آن رعایت گردد (بهرامی احمدی، ۱۳۹۰: ۶۰۸).

تبدیل تعهد یک عمل حقوقی رضایی (غیر تشریفاتی) است که با هر لفظ یا عمل که بر آن دلالت کند واقع می‌شود. لیکن باید توافق طرفین بر تبدیل تعهد محرز و مسلم باشد. صرف صدور چک که وسیله پرداخت دین می‌باشد تبدیل تعهد به شمار نمی‌آید (صفایی، ۱۳۹۲، ج ۲: ۲۵۵).

۵-۱. اوصاف اسناد تجاری

اسناد تجاری دارای اوصاف زیر می‌باشند:

الف. وصف جایگزینی و نمایندگی اسناد تجاری به جای پول؛

ب. وصف تجریدی در اسناد تجاری.

وصف تجریدی اسناد تجاری به این معناست که مسئولیت و تعهد امضاکنندگان سند تجاری، به اعتبار امضایی است که بر رو یا ظهر (پشت) آنها زده و در صورت انتقال سند به دیگری و گردش دست به دست آن، جدای از منشأ و رابطه حقوقی تعهد پایه، به طور مستقل به حیات خود ادامه می‌دهد و امضاکنندگان در مقابل دارنده سند مسئولیت دارند.

در قلمرو حقوق مدنی هر تعهدی علت و سببی دارد. این علت و سبب باید قانونی باشد. اسناد مدنی اعم از رسمی یا عادی ضمن اینکه دلیل محسوب می‌گردند حاکی از وقوع یک تعهد یا رابطه حقوقی است. بنابراین در قلمرو حقوق مدنی سند جنبه تبعی دارد و خود دارای موضوعیت

نیست. پس در قلمرو حقوق مدنی اسناد جنبه طریقی دارند (فرحناکیان، ۱۳۸۹: ۲۴۵).

۲. رابطه تعهد براتی با تعهد منشأ

در قلمرو حقوق، تجارت اسناد جنبه موضوعی داشته و خود هدف است نه وسیله. برخلاف اسناد غیرتجاری که کاملاً جنبه تبعی دارند و خود آنها موضوعیت نداشته، مانند شناسنامه و سند نکاحیه، اسناد تجاری خود موضوعیت داشته و متضمن تعهدی به نام تعهد براتی هستند. صادرکننده سند تجاری (چک، سفته و برات) اصولاً به خاطر دینی که به دیگری دارد اقدام به صدور سند تجاری در وجه یا حواله کرد او می‌کند. با صدور سند تجاری، تعهد جدیدی بر عهده صادرکننده به وجود می‌آید که به «تعهد براتی» معروف است؛ رابطه حقوقی سابق را که به خاطر آن سند صادر شده است «رابطه حقوقی سابق یا تعهد منشأ» می‌نامند. تشخیص کیفیت رابطه بین این دو تعهد در حل مسائل عملی مفید خواهد بود. در این رابطه دو حالت قابل تصور است:

الف. صدور سند تجاری موجب زوال تعهد سابق یا تضمینات آن نمی‌شود؛ چون:

اولاً، از لحاظ مقررات قانونی در اینکه متعهد به دو اعتبار (تعهد منشأ و براتی) برای وصول طلب خود دو وسیله در اختیار داشته باشد، مانعی وجود ندارد. طلبکار با وصول طلب به وسیله یکی از این وسایل طبیعتاً حق استفاده از وسیله دیگر را نخواهد داشت (اخلاقی، ۱۳۷۴: ۳۸). زبان حال و قصد ضمنی طرفین در حین صدور و قبول سند تجاری نیز همین است (دمرچیلی، حاتمی و قرائی ۱۳۸۴: ۴۸۳).

ثانیاً، درست است که اسناد تجاری مزایا و تضمینات ویژه‌ای دارند و تسلیم سند دارنده را از این مزایا برخوردار می‌کند، لکن گاه تضمینات تعهد منشأ بیش‌تر و بهتر است، از جمله وقتی تعهد منشأ تضمینی مانند وثیقه عینی به همراه داشته باشد. بدیهی است کسی که بابت چنین طلبی سند تجاری قبول می‌کند، قصد انصراف از تعهد سابق و تضمینات آن را ندارد (اخلاقی، ۱۳۷۴: ۳۸).

ب. بستانکار سند تجاری صادره توسط مدیون را از او بپذیرد: در این باره نظرات مختلفی ابراز شده است:

۱- با صدور سند تجاری رابطه حقوقی سابق همراه با تضمینات آن از بین می‌رود (اخلاقی، ۱۳۷۴: ۳۷-۳۸). این نتیجه‌گیری به دو نحو توجیه شده است:

اولاً، سند تجاری صرفاً وسیله انجام تعهد است و با صدور سند تعهد جدیدی به وجود

نمی‌آید، بلکه تعهد سابق در سند ادغام می‌شود و ماهیت تعهد سابق تحول یافته و متقلب شده و به تعهد براتی تبدیل می‌شود.

ثانیاً، با صدور سند تجاری یا انتقال آن، طرفین رابطه حقوقی (تعهد) سابق توافق می‌کنند که به جای تعهد سابق، تعهد جدیدی با ویژگی‌های خاص خود (تعهد براتی) به وجود آورده و آن را جایگزین تعهد سابق کنند. به عبارت دیگر، تعهد سابق را به تعهد جدیدی تبدیل کنند (تبدیل تعهد). این امر موجب سقوط تعهد سابق همراه با تضمینات آن می‌شود (مواد ۲۹۲ و ۲۹۳ ق.م.ا).

استدلال قائلین هر دو نظریه این است که وقتی طلبکاری در ازای طلب خود از بدهکار یک سند تجاری می‌پذیرد، این خود متضمن قصد او مبنی بر انصراف از اعمال حق سابق است، چون تصور اینکه شخصی از بابت موضوع واحدی دو تعهد (تعهد منشأ و تعهد براتی) به عهده داشته باشد منطقی نیست. به همین دلیل است که با وصول وجه سند، دارنده دیگر حقی برای خود نمی‌شناسد (اخلاقی، ۱۳۷۴: ۳۸-۳۶). اکثریت قضات دادگاه‌های حقوقی ۲ سابق تهران در نظریه مورخ ۱۳۶۷/۱۱/۱۳ بر همین عقیده بوده‌اند:

با صدور چک از ناحیه مستأجر و موافقت و دریافت آن توسط مؤجر تبدیل تعهد صورت گیرد، یعنی ذمه مستأجر نسبت به اجاره‌بها بری می‌شود، ولیکن وی در مورد مبلغ چک مسئول و قابل تعقیب است. به عبارت دیگر، چک نوعی وسیله پرداخت است که طرفین به این نحو پرداخت، رضایت داده و مأخوذ به آن شده‌اند. عرف اقتصادی در معاملات نیز به همین شیوه است. بنابراین همان طوری که اگر مؤجر و مستأجر توافق در تقسیط اجور معوقه نمایند ملتزم به آن هستند، هم‌چنان نیز اگر بابت اجاره تراضی در چک کنند ملتزم به آن خواهند بود و مؤجر نمی‌تواند علاوه بر دریافت چک و استفاده از مزایای آن از جهت تعقیب حقوقی و کیفری صادر کننده و یا اقدام به صدور اجرائیه از ثبت و هم‌چنین امکان ظهنروسی آن علیه مستأجر راجع به همان اجاره‌بها اقامه دعوی و درخواست تخلیه نماید. شناختن این حق برای مؤجر به این معنی است که مستأجر افزون بر تعهد سابق مبنی بر پرداخت مال الاجاره و تحمل ضمانت اجرای عدم پرداخت و تخلیه مورد اجاره نسبت به مبلغ چک نیز از حیث حقوقی و کیفری متعهد شده و به نحو دیگر تعهد او مضاعف گردیده است، در حالی که طرفین چنین قصدی نداشته‌اند، بلکه اراده آنها از صدور و دریافت چک تبدیل تعهد سابق به تعهد جدید و لاحق بوده است (نوبخت، ۱۳۷۲: ۲۸۹).

شعبه ۶۵ دادگاه حقوقی ۲ سابق تهران رأی شماره ۶۳۲-۱۹/۹/۱۳۷۳ در این باره به شرح ذیل

اظهار نظر کرده است:

خواهان هم چنین شش فقره سفته دادگاه ارائه و اضافه کرده است پس از تخلیه عین مستأجره، این سفته ها را بابت امور معوقه دریافت نموده است. به نظر دادگاه با عنایت به مواد ۲۹۲ و ۲۹۳ ق.م. مطالبه اجور معوقه با صدور سفته های مذکور به طلب ناشی از سند تجاری تبدیل شده است و در مقابل امضاء کنندۀ سفته در قبال موجر متعهد پرداخت دین شده است، فلذا خوانده این پرونده دیگر متعهد به حساب نمی آید تا دعوی به طرفیت او مسموع باشد (بهرامی، ۱۳۷۸: ۷).

قانون گذار ایران در این باره موضع خود را روشن نکرده است، ولی حقوق دانان نظریۀ صدور سند تجاری موجب زوال تعهد سابق یا تضمینات آن نمی شود را تأیید کرده اند. برای ارزیابی هر یک از دو نظریه بایسته است ماهیت چک و برات به عنوان دو سند تجاری مهم و آثار تسلیم آن دو را مورد بررسی قرار دهیم.

تسلیم چک به خودی خود، ایفای تعهد نیست. هم چنین، با تسلیم چک به متعهدله، تبدیل تعهد تحقق نمی یابد. بنابراین، مادام که وجه چک وصول نشود، تعهد صادرکننده با تمام تضمینات آن باقی خواهد ماند. این وضعیت در حقوق فرانسه نیز مورد قبول رویۀ قضایی و دکترین قرار گرفته است (شهیدی، ۱۳۷۳: ۹۵).

در تفسیر ماده ۲۹۲ آمده است: دادن چک برای پرداخت اجاره بها و پذیرش موجر دلیل بر تبدیل تعهد دین مستأجر نیست، زیرا چک وسیلۀ پرداخت دین است و تبدیل تعهد باید مقصود باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۲۵۴). پس صرف صدور چک که وسیلۀ پرداخت دین می باشد، تبدیل تعهد به شمار نمی آید (صفایی، ۱۳۹۲، ج ۲: ۲۵۵).

حقوق دانان در فرانسه، در این باره که آیا تسلیم چک موجب سقوط تعهد بدهکار در معامله اصلی می شود یا نه، مباحثاتی به عمل آورده اند. علت بحث این بوده است که چک از نظر عامه، وسیلۀ پرداخت تلقی می شود. مسأله این است که اگر برای مثال، خریدار در عقد بیع، ثمن معامله را به صورت چک تسلیم بایع کند، با این عمل، تعهد او به پرداخت ثمن ساقط می شود یا خیر؟ بعضی معتقدند که تسلیم چک یک نوع تبدیل تعهد است به این معنی که تعهد سابق (تعهد به پرداخت ثمن) ساقط می شود و تعهد جدیدی جای آن را می گیرد. قانون گذار فرانسه این نظریه را نپذیرفته و معتقد است که با تسلیم چک، طلب سابق دارنده با تمام تضمین های آن باقی می ماند.

بنابراین، از نظر حقوق فرانسه، تسلیم چک به منزله پرداخت نیست، بلکه باعث می‌شود که به تضمین‌های دارنده افزوده شود. دیوان کشور فرانسه نیز به پیروی از این قاعده مقرر کرده است که تا مبلغ چک نقداً پرداخت نشود و یا به حساب دارنده واریز نگردد، متعهد اصلی به جای خود باقی است.

حقوق ایران در این مورد چنین صراحتی ندارد؛ اما روشن است که تسلیم چک برای پرداخت، پرداخت به مفهوم حقوقی کلمه نیست؛ یعنی موجب سقوط تعهد صادر کننده که ناشی از قرارداد اصلی است، نمی‌شود. بنابراین، تسلیم چک موجب سقوط تعهد سابق و ایجاد تعهد جدید به نفع متعهدله نیست. این نکته در مورد برات نیز صادق است، هر چند برات، برخلاف چک، دارای مدت پرداخت است. بنابراین تعهد به پرداخت توسط چک، تبدیل تعهد نیست، حتی اگر تبدیل تعهد هم باشد، باز دلیل قانونی بر سقوط تعهد اصلی و ایجاد تعهد براتی وجود ندارد و مقتضای اصل، بقای آن است (اسکینی، ۱۳۸۵: ۲۰۵-۲۰۴).

تسلیم برات به بستانکار نیز اصولاً نمی‌تواند ایفای تعهد محسوب شود، زیرا، طبق مقررات قانون تجارت، مادام که وجه برات پرداخت نشود، تعهد و مسئولیت متعهدین (برات‌دهنده و ظهرنویس) در برابر متعهدله (برات‌گیر) که وظایف قانونی خود را در مورد مطالبه قانونی برات در موعد مقرر (ماده ۲۷۴ و مواد بعدی ق.ت.) و اعتراض عدم تأدیه و طرح دعوی در مدت معین (مواد ۲۸۴ و ۲۸۶ ق.ت.) و غیره را انجام داده باشد، باقی خواهند ماند.

مسئله‌ای که در اینجا به ذهن وارد می‌شود، این است که آیا با تسلیم برات، نوعی تبدیل تعهد محقق می‌شود و تعهد پیشین متعهد، جای خود را به تعهد جدیدی می‌دهد یا اینکه تسلیم برات، انتقال دین یا طلب را همراه دارد و یا هیچ یک از تبدیل تعهد و یا انتقال دین یا طلب بر ماهیت تسلیم برات منطبق نمی‌باشد؟ (شهیدی، ۱۳۷۳: ۹۵)

۳. تسلیم چک و برات و تبدیل تعهد

۳-۱. تبدیل تعهد

تبدیل تعهد عبارت است از جایگزین ساختن تعهدی به جای تعهد دیگر. به این ترتیب، تعهد پیشین نابود می‌شود و تعهد جدید به جای آن به وجود می‌آید (شهیدی، ۱۳۷۳: ۱۳۳).

تسلیم برات ایفای تعهد نیست، ولی آیا با تسلیم و قبض برات نوعی تبدیل تعهد محقق

می‌شود؟ آیا تسلیم و قبض برات سبب انتقال دین یا طلب می‌گردد یا اینکه هیچ‌یک از تبدیل تعهد و یا انتقال دین یا طلب، قابل انتساب به ماهیت تسلیم و قبض برات نمی‌باشد؟ (شهیدی، ۱۳۷۳: ۱۳۳) هرچند از جهت برخی آثار حقوقی، می‌توان تسلیم برات را به نقل دین یا طلب و یا تبدیل تعهد تشبیه کرد، ولی حقوق‌دانان این نظریه را نمی‌پذیرند (شهیدی، ۱۳۷۳: ۱۴۸).

حقوق‌دانان می‌گویند: برات را مصداق تبدیل تعهد نباید شمرد و نباید گفت که متعهد با کشیدن برات، عوض می‌شود و به جای برات‌کش، برات‌گیر (محال‌علیه) قرار می‌گیرد چه در پیدایش تعهد برات‌گیر، بلافاصله تعهد برات‌کش، ساقط نمی‌شود و حال آنکه لازمه تبدیل تعهد این است که با بروز تعهد جدید، تعهد سابق، ساقط شود. ماده ۲۴۹ قانون تجارت گفته است: «برات‌دهنده و کسی که برات را قبول کرده و ظهرونیسان در مقابل دارنده برات، مسئولیت تضامنی دارند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۶۱۲).

۲-۳. تبدیل تعهد از جهت تبدیل متعهد یا متعهده

در بین اقسام تبدیل تعهد، آنچه مقام مقایسه با ماهیت تسلیم برات قابل تصور است، تبدیل تعهد از جهت تبدیل متعهد یا متعهده و از جهت منشأ تعهد می‌باشد. مقایسه تبدیل تعهد از جهت تبدیل موضوع تعهد با تسلیم برات موضوعاً منتفی است، زیرا با تسلیم برات، موضوع دین برات‌کش یا ظهرونیس در برابر دارنده برات تغییر نمی‌یابد.

با تسلیم برات از طرف برات‌کش یا ظهرونیس به دارنده برات، تبدیل تعهد از جهت تبدیل متعهد تحقق نمی‌یابد، زیرا با تسلیم برات و حتی پس از قبول محال‌علیه، اصولاً تعهد برات‌دهنده و ظهرونیس در برابر دارنده برات ساقط نمی‌شود و تعهدات مزبور تا وصول وجه برات باقی می‌ماند، در صورتی که در تبدیل تعهد، تعهد پیشین ساقط و ذمه متعهد نسبت به آن آزاد می‌گردد (شهیدی، ۱۳۷۳: ۱۴۹).

۳-۳. تبدیل تعهد از جهت تبدیل منشأ

ممکن است تصور شود که تسلیم برات به وسیله مدیون به داین، خود منشأ پیدایش تعهد است و با تسلیم برات به بستانکار، منشأ تعهد برات‌کش یا ظهرونیس تبدیل پیدا می‌کند، ولی با کمی دقت غیر قابل قبول بودن آن آشکار خواهد شد؛ زیرا علاوه بر آنچه در مورد خلاف اصل بودن تبدیل

تعهد گفته شده، به هنگام تسلیم برات، طرفین هدفی جز فراهم ساختن وسیله خاصی جهت ایفای تعهدی که قبلاً موجود بوده است، ندارند و قرارداد جدیدی که مولود تعهدی مستقل و جدا از برات پیشین باشد مورد اراده و انشای ایشان قرار نمی‌گیرد (شهیدی، ۱۳۷۳: ۱۵۱).

۴. تسلیم برات و آثار آن

با در نظر گرفتن احکام و آثاری که قانون تجارت برای برات و تسلیم آن مقرر داشته است، باید گفت تسلیم و قبض برات، ایجاب و قبول یک قرارداد تشریفاتی خاص حقوق تجارت است. پس تعهدات حاصل از برات را نمی‌توان مستقل و بی‌ارتباط با روابط قبلی برات‌دهنده یا ظهرنویس و دارنده برات و تعهد پیشین موجود بین ایشان دانست.

تسلیم برات برخی از آثار تبدیل تعهد و بعضی از آثار انتقال دین یا طلب را دارد. مثلاً، طبق قاعده «*inopposabilite des exceptions*» که مانند تبدیل تعهد است برات‌گیر نمی‌تواند پس از قبول، ایرادات و اعتراضاتی را که می‌توانست در برابر برات‌دهنده یا متصرفین قبلی مطرح کند، در برابر دارنده برات مورد استناد قرار دهد. هم‌چنین، مانند انتقال دین، تضمینات دین برات‌دهنده یا ظهرنویس به دارنده برات، پس از تسلیم برات از بین نمی‌رود و تا زمانی که وجه برات وصول نشود، باقی خواهد ماند؛ زیرا، از یک طرف، تعهد دارای تضمینات مذکور تا وصول وجه برات باقی است. از طرف دیگر، دلیل قانونی بر زوال این تضمینات وجود ندارد و مقتضای اصل، بقای آن است (شهیدی، ۱۳۷۳: ۱۵۴-۱۵۳).

با توجه به اینکه ماده ۲۶۴ ق.م. تبدیل تعهد را یکی از طرق سقوط تعهدات دانسته و طبق بند ۳ ماده ۲۹۲ همان قانون «وقتی که متعهد له ما فی الذمه متعهد را به کس دیگری منتقل نماید» تبدیل تعهد محقق می‌شود. چنانچه بستانکار چک شخص دیگری را از مدیون بپذیرد و چنانچه مدیون چک شخص دیگری را بدون ظهرنویسی یا ضمانت در اختیار طلبکار قرار دهد و طلبکار آن را در قبال طلب خود بپذیرد به گونه‌ای که طبق ماده ۲۹۲ ق.م. تبدیل تعهد محقق شود، در این حالت اگر به تشخیص دادگاه تبدیل تعهد انجام شده باشد، دارنده چک تنها حق مراجعه به صادرکننده چک را دارد (فرحناکیان، ۱۳۸۹: ۲۲۳).

البته لازم است ذکر شود نهاد تبدیل تعهد، که خود لباسی کهنه و عاریتی است، چندان مبهم است که نمی‌تواند راهنمای استنباط احکام در زمینه‌های تجاری باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۳۱۷).

عده‌ای از حقوق‌دانان معتقدند که نمی‌توان واگذاری چک از طرف مدیون و قبول آن از طرف دائن را دلیل بر تراضی طرفین بر تبدیل تعهد سابق به تعهد براتی دانست، مگر اینکه مقصد طرفین صریحاً بر این امر دلالت کند و تشخیص این امر با قاضی رسیدگی کننده است (شیوا رضوی، بی‌تا: ۲۰۰).

۵. تأثیر متقابل تعهد براتی و رابطه حقوقی منشأ بر یکدیگر

۵-۱. تأثیر رابطه حقوقی منشأ بر تعهد براتی

مقتضای ویژگی اسناد تجاری یعنی «تجریدی بودن اسناد تجاری» و اصل «عدم توجه ایرادات» این است که کیفیت رابطه حقوقی منشأ که علت صدور یا ظهرنویسی سند تجاری است، تأثیری در تعهد براتی نداشته باشد. به عبارت دیگر، برخلاف عقد حواله یا رهن یا سایر عقود تبعی که صحت آنها منوط به صحت رابطه حقوقی منشأ است (ماده ۷۳۳)، تعهد براتی در عین حال که راجع به تعهد منشأ است، تابع آن نیست. از این رو، بطلان یا از بین رفتن تعهد منشأ موجب بطلان یا بی‌اعتباری سند تجاری نمی‌شود (دمرچیلی، حانمی و قرائی، ۱۳۸۴: ۴۸۴).

عدم لزوم توجه منشأ تعهد براتی توسط دارنده: صدور چک مسلماً یا داعی عادی داشته یا داعی مصنوعی یا جنبه شرط ضمن قرارداد و امثال آن و نیز در نظر عرف عقل و بازار و بانکداری صدور و تحویل چک توسط دارنده حساب به منزله اقرار به دین است. در موازین فقهی و شرعی اقرار به مجهول و مبهم مسموع و صحیح است و فرد مکلف به بیان آن است.

۵-۲. تأثیر تعهد براتی بر رابطه حقوقی منشأ

اگرچه تعهد براتی از رابطه حقوقی منشأ جدا بوده و وجود و بقایش به آن بستگی ندارد، لکن اینطور هم نیست که این دو هیچ ارتباطی به یکدیگر نداشته باشند. از آنجایی که تعهد براتی راجع به تعهد منشأ است، می‌تواند در آن مؤثر باشد. برخی از موارد آن به شرح ذیل می‌باشد:

۱- تنفیذ عقود غیر نافذ: وقتی رابطه حقوقی منشأ به علت وجود اکراه، اشتباه یا فضولی بودن تعهدی غیر نافذ به شمار می‌آید، چنانکه اشخاص ذیربط بعد از رفع اکراه یا اشتباه یا پی بردن به فضولی بودن عقد، برای پرداخت یا وصول عوض، اجاره بها و ... قرارداد سند تجاری صادر کنند یا بپذیرند یا ظهرنویسی کنند، قرارداد را به طور عملی تنفیذ کرده‌اند.

۲- تغییر در سررسید منشأ: در صورتی که مدیون برای پرداخت دین خود سند تجاری صادر کند و طلبکار نیز آن را بپذیرد در واقع آنها به پرداخت دین و وصول طلب در سررسید سند تجاری رضایت داده‌اند. از این رو، اگر سررسید سن طولانی‌تر از سررسید تعهد منشأ باشد به معنی تمدید مهلت پرداخت دین و در صورتی که سررسید سند کوتاه‌تر باشد، به معنی کم‌تر کردن مهلت ایفای تعهد منشأ است.

۳- تأثیر تعهد براتی در سررسید تعهد منشأ در زمان شروع یا قطع مرور زمان تأثیر دارد.

۴- برخلاف تعهد منشأ در صورت پرداخت قسمتی از وجه سند تجاری، دارنده موظف به پذیرش آن است. (دمرچیلی، حاتمی و قرائی، ۱۳۸۴: ۴۸۶).

۳-۵. شرایط اعمال حق ناشی از رابطه حقوقی سابق

از مباحث پیشین دریافتیم که با صدور سند تجاری تعهد منشأ از بین نمی‌رود، بلکه دارنده سند دو وسیله (تعهد منشأ و تعهد براتی) برای رسیدن به حق خود در اختیار دارد. حال آیا دارنده سند می‌تواند برای وصول طلب خود از سند تجاری استفاده نکرده و به استناد تعهد منشأ حق خود را مطالبه کند؟ به نظر می‌رسد وقتی دارنده سند، سند مزبور را به عنوان وسیله وصول طلب خود می‌پذیرد در واقع بین صادرکننده سند یا ظهرنویس و دارنده، سند قراردادی به این مضمون منعقد می‌شود که طلبکار برای وصول طلب خود از آن وسیله استفاده کند (کاتوزیان، ۱۳۶۸، ج ۴: ۱۲۷).

اکنون سؤال این است که قلمرو قرارداد مزبور تا چه حد است؟ در صورت عدم قبول برات از طرف برات گیر یا عدم پرداخت وجه آیا دارنده می‌تواند آن اسناد را نادیده گرفته و به استناد تعهد منشأ اقامه دعوی بکند؟

حقوق دانان معتقدند که گستره تعهد دارنده صرفاً تا این حد است که در سررسید مقرر به بانک محال‌علیه یا گیرنده برات یا متعهد سفته مراجعه کند. دارنده سند تجاری دیگر تعهد نکرده است سایر اقدامات از قبیل اقامه دعوی و ... را نیز از طریق آن اسناد انجام دهد. از این رو، به صرف مراجعه به محال‌علیه یا متعهد سند و عدم پرداخت می‌تواند از سند صرف‌نظر کند (دمرچیلی، حاتمی و قرائی، ۱۳۸۴: ۴۸۶).

نتایج و یافته‌ها

- ۱- حقوق‌دانان در اینکه صدور و تسلیم اسناد تجاری موجب براءت ذمه متعهد از تعهد مدنی و تبدیل آن به تعهد تجاری می‌شود اتفاق نظر ندارند.
- ۲- عده‌ای مخالف وصف جایگزینی هستند و معتقدند هرگاه در معامله‌ای از سند تجاری مثل چک یا سفته به عنوان وسیله پرداخت ثمن استفاده شود، به صرف صدور و تسلیم سند، تا وقتی وجه سند پرداخت نشده است، تعهد مدیون ساقط نشده و ذمه وی در قبال همان تعهد مدنی منشأ کماکان پابرجاست. این عده برای اثبات نظر خود به این دلایل تمسک می‌جویند:
 - الف. تبدیل تعهد به تراضی دو طرف نیاز دارد. این تراضی باید به قصد تبدیل تعهد باشد نه به منظور استفاده از سند تجاری به عنوان وسیله‌ای برای پرداخت.
 - ب. قصد ایجاد تعهد جدید به منظور زوال تعهد سابق باشد. در حالی که سند تجاری غالباً در تقویت تعهد پیشین دریافت می‌شود، نه برای اسقاط آن.
 - ج. اصل بر عدم تبدیل تعهد است، اعم از اینکه منشأ تردید، سقوط تعهد یا ایجاد تعهد باشد، در هر حال اصل عدم را جاری می‌کنیم.
 - د. اصل بر بقای تعهد سابق است مگر خلاف آن ثابت شود.
 - هـ. مطابق ماده ۲۹۲ قانون مدنی، تبدیل تعهد به اعتبار یکی از صور تبدیل دین، تبدیل دائن یا تبدیل مدیون محقق می‌شود. درحالی که صدور سند تجاری برای پرداخت بدهی مدنی مشمول هیچ‌یک از صور مذکور نیست.
- بنابراین به اعتقاد این گروه صدور سند تجاری نوعی پیوند بین رابطه حقوقی سابق و تعهد براتی ایجاد می‌کند تا در صورت عدم پرداخت وجه سند تجاری، ذینفع بتواند تعهد اصلی را مطالبه نماید.
- ۳- عده‌ای بر این باورند که با صدور سند تجاری، دین مدنی ساقط شده و به تعهد تجاری تبدیل می‌شود. به تبع سقوط تعهد مدنی به واسطه تبدیل تعهد، کلیه تضمینات دین سابق نیز زایل می‌شود. این گروه در توجیه نظر خود به این دلایل استناد می‌کنند:
 - الف. سند تجاری صرفاً وسیله انجام تعهد است و با صدور سند تعهد جدیدی به وجود نمی‌آید بلکه تعهد سابق در سند ادغام می‌شود و ماهیت تعهد سابق تحول یافته و منقلب شده و به تعهد براتی تبدیل می‌شود.

ب. با صدور سند تجاری یا انتقال آن طرفین رابطه حقوقی (تعهد) سابق توافق می کنند که به جای تعهد سابق تعهد جدیدی که با ویژگی های خاص خود (تعهد براتی) به وجود آورده و آن را جایگزین تعهد سابق کنند.

با توجه به مطالب بیان شده به نظر می رسد ادله این قول قابل تمسک، و تاییدی بر نظریه سقوط تعهدات منشأ با امضای اسناد تجاری است.

منابع

- قانون مدنی ایران.
- قانون تجارت.
- اخلاقی، بهروز. (۱۳۷۴) «جزوه حقوق تجارت کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه تهران».
- اسکینی، ربیعا. (۱۳۸۵) حقوق تجارت (برات، سفته، قبض، انبار، اسناد در وجه حامل و چک)، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها (سمت)، چاپ دهم.
- _____. (۱۳۷۷) مجله حقوقی دادگستری، شماره ۲۳.
- امامی، سید حسن. (۱۳۷۷) حقوق مدنی، تهران: ناشر کتاب فروشی اسلامی، چاپ نوزدهم.
- بهرامی، بهرام. (۱۳۷۸) سلسله درس های حقوق تجارت کاربردی، وصف جایگزینی در اسناد تجاری، انتشارات روزنامه رسمی کشور، چاپ اول.
- بهرامی احمدی، حمید. (۱۳۹۰) حقوق تعهدات و قراردادها (با مطالعه تطبیقی در فقه و مذاهب اسلامی و نظام های حقوقی)، تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، چاپ اول.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۸۸) دایرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ اول.
- _____. (۱۳۷۶) ترمینولوژی حقوق، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ هشتم.
- _____. (۱۳۸۶) الفارق، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- _____. (۱۳۷۹) مجموعه محشی قانون مدنی، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ اول.
- دمرچیلی، محمد، علی حاتمی و محسن قرائی. (۱۳۸۴) قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی، تهران: انتشارات میثاق عدالت، چاپ پنجم.
- شهیدی، مهدی. (۱۳۷۳) سقوط تعهدات، تهران: کانون وکلای دادگستری، چاپ سوم.

- شیوا رضوی، کاظم. (بی تا) «گردش چک»، رساله دکتری دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
- صفایی، سید حسن. (۱۳۹۲) *دوره مقدماتی حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)*، تهران: نشر میزان، چاپ پانزدهم.
- فرحناکیان، فرشید. (۱۳۸۹) *قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی*، تهران: نشر میزان، چاپ سوم.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۶۸) *حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها*، تهران: انتشارات به نشر، چاپ اول.
- _____. (۱۳۷۴) *حقوق مدنی، نظریه عمومی تعهدات*، تهران: نشر میزان، چاپ نهم.
- _____. (۱۳۷۷) *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، تهران: نشر دادگستر، چاپ اول.
- نوبخت، یوسف. (۱۳۷۲) *اندیشه‌های قضایی، انتشارات کیهان*، چاپ چهارم.

مبانی «اصل بی قید و شرط بودن تعهدات اسناد تجاری» در فقه و حقوق ایران

اکرم صفیری^۱

فرزانه کریمی^۲

چکیده: رسالت اسناد تجاری در معاملات و روابط اقتصادی آن است که جایگزینی مناسب برای پول نقد در پرداخت‌ها بوده و همگام با گردش سهل، سریع و ایمن، حقوق دارنده خود را نیز تضمین نماید. تحقق این مهم، در صورتی امکان‌پذیر خواهد بود که تعهدات امضاکنندگان این اسناد به طور مطلق و منجز واقع گردد و منوط به امری دیگر نباشد. ضرورت‌هایی که «بی قید و شرط بودن تعهدات موضوع اسناد تجاری» را ایجاب می‌نماید به عنوان مبانی اصل مزبور لحاظ می‌گردد که در این مقاله، در دو بخش «ضرورت‌های حقوقی» (ضرورت جایگزینی اسناد تجاری به جای پول نقد، ضرورت تأمین سرعت، سهولت و امنیت در گردش اسناد تجاری و ضرورت حمایت از حقوق دارنده اسناد تجاری) و «ضرورت‌های فقهی» (مصلحت حفظ مال و منع اختلال در نظام اقتصادی) بررسی خواهد شد.

کلیدواژه‌ها: اسناد تجاری، وصف تنجیزی، تعهدات اسناد تجاری، بی قید و شرط بودن تعهدات اسناد تجاری، اصل (قاعده حقوقی).

مقدمه

پیدایش اسناد تجاری حاصل عرف و رویه بازرگانی برخاسته از نیازهای تجاری است. پس از آنکه تجار عملاً رغبتی به استفاده از اسناد مدنی در روابط و قراردادهای خود نداشتند، به تدریج میان آنها اسنادی به عنوان اسناد تجاری شکل گرفت (اخلاقی، ۱۳۵۸، ش ۲۱: ۲۷-۲۴؛ مسعودی، ۱۳۷۹، ش ۱۷۱: ۱۰۴-۱۰۱؛ عبدی پور فرد و فتوحی راد، ۱۳۹۵، ش ۹: ۱۱۹؛ دفتر حقوقی اندیشه، ۱۳۷۲، ش ۹۹ و ۱۰۰: ۸۰) و بدین ترتیب، پرداخت به وسیله اسناد تجاری و تحصیل برائت ذمه با انتقال یا ظهننویسی این اسناد به امری عادی و منطبق با زندگی تجاری بدل گشت (شیوا رضوی، بی تا: ۱۳ و

E-mail: university_motahari@yahoo.com

۱. استادیار دانشگاه شهید مطهری.

۲. دانش آموخته کارشناسی ارشد فقه و حقوق خصوصی دانشگاه شهید مطهری (نویسنده مسئول).

E-mail: f_karimi_69@yahoo.com

دریافت مقاله: ۱۳۹۸/۱۰/۱۶ تأیید مقاله: ۱۳۹۹/۱/۲۴

۲۲). عرف معاملات تجاری اقتضای آن را داشت که با برقراری شرایط و امتیازاتی ویژه در خصوص اسناد تجاری، گردش سریع و مطمئن و حقوق دارندگان این اسناد تضمین گردد و به تبع آن استفاده از اسناد مزبور میان تجار و غیر تجار هر چه بیش تر رواج یابد (شیوا رضوی، بی تا: ۶۵ - ۶۴). به مرور زمان، مجموع اوصاف و اصولی که در رویه میان تجار بر اسناد تجاری حاکم گشت، مورد حمایت و تأکید قانون گذاران نیز قرار گرفت (کرم نژاد، ۱۳۹۱، ش ۷: ۹۶). از جمله جریان «اصل بی قید و شرط بودن» در خصوص تعهدات موضوع اسناد تجاری که در کنوانسیون ژنو مصوب ۱۹۳۰م. در مورد برات و سفته و در کنوانسیون ژنو مصوب ۱۹۳۱م. در مورد چک و همچنین در کنوانسیون آنسیترا ل مصوب ۱۹۸۸م. در مورد سفته و برات بین المللی در مواد متعدد مورد تصریح قرار گرفت.

بر اساس «اصل بی قید و شرط بودن تعهدات اسناد تجاری» متعهدان این اسناد نمی توانند تعهدات خود را منوط به شروطی احتمالی سازند و تعهدات مزبور لازم است عاری از هر گونه تعلیق، تقیید و اشتراط باشد. این اصل که برخلاف قواعد عمومی حاکم بر تعهدات مدنی و مبتنی بر اقتضائات اقتصادی و مناسبات تجاری است، در قوانین و رویه قضایی ایران - مگر در چند مورد جزئی - نفوذ چندانی نیافته است که به نظر می رسد ناشی از عدم تبیین فقهی و حقوقی مفاد و قلمرو آن در تحقیقات اندیشمندان (دکترین) می باشد.

مبناشناسی حقوق اگرچه غالباً از موضوعات قابل بحث در فلسفه حقوق است، اما پرداختن به آن و بررسی مبانی سازنده یک قاعده حقوقی دارای آثار عملی و کاربردی نیز می باشد. از سویی، هر اصل یا قاعده ای که به جهت پاسخگویی به نیازهای جامعه شکل گرفته است، تا زمانی که توسط قانون گذار وضع و تأیید نگردد در شمار قواعد حقوقی نمی آید و دادرسان نیز مکلف به اجرای آن نخواهند بود (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ج ۳: ۱۳۴). از سوی دیگر، وضع قوانین و صدور احکام قضایی بدون در نظر گرفتن ارزیابی مصالح و مفاسد اجتماعی، ضرورت های اقتصادی و باورهای مذهبی توسط مجالس قانون گذاری و دادرسان نه تنها نظم و عدالت را در جامعه محقق نخواهد کرد، چه بسا عاملی برای افزایش ناهنجاری، اختلال و بی عدالتی گردد (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ج ۳: ۱۳۳؛ ۱۳۹۵، ج ۱: ۳۴ و ۳۲۲؛ ۱۳۸۶: ۳۳). از این رو، شناختن ریشه های عرفی یا مبانی «اصل بی قید و شرط بودن تعهدات اسناد تجاری» گام نخست و ضروری برای ورود این اصل در قوانین و نظام حقوقی حاکم بر اسناد تجاری در ایران است.

با عنایت به این امر، مبناشناسی «اصل بی قید و شرط بودن تعهدات اسناد تجاری» به معنی شناسایی خاستگاه و عوامل ایجاد و ایجاب کننده آن اصل و بررسی حقوقی و فقهی آن مبانی، نخستین گام برای قانون گذاری در مورد اصل مذکور می باشد (امری که به ویژه در حقوق تجارت ایران مهجور مانده و تاکنون در هیچ یک از مقالات و رسالات دانشگاهی و منابع حقوقی به تفصیل بدان پرداخته نشده است). بر همین اساس در مقاله حاضر پس از بررسی مختصری در مورد مفهوم «مبانی» و مفهوم «اصل بی قید و شرط بودن تعهدات اسناد تجاری»، مبانی یا ضرورت های تجاری شکل دهنده این اصل مورد مطالعه و تحلیل حقوقی قرار می گیرد و سپس به ارائه دیدگاه فقه در مورد ضرورت های مزبور پرداخته می شود.

۱. مفهوم شناسی

۱-۱. مفهوم «مبانی»

کلمه «مبانی» جمع «مبنا» به معنی پایه و اساس می باشد (انوری، ۱۳۸۲، ج ۷: ۶۶۰۳) و اصطلاح «مبانی» در حقوق، بیانگر پایه و دلیلی است که جریان یک قاعده را در جامعه توجیه نموده و آن را الزام آور می سازد (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ج ۲: ۱ و ۳۷؛ ۱۳۸۶: ۱۹). به بیان دیگر، تمامی عواملی که تمدن و اخلاق جامعه را به وجود آورده اند، همان نیروها و عواملی هستند که به واقع ایجاد کننده هر قاعده حقوقی می باشند که مهم ترین آنها عبارتند از: عوامل اقتصادی، اخلاق، مذهب و آرمان های سیاسی و اجتماعی (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۳۳). همین نیازها و ضرورت هایی که موجب مرسوم شدن قاعده ای میان مردم گشته و در اثر تکرار و ایجاد عادت الزام آور شده است (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ج ۱: ۳۴)، به عنوان «مبانی» آن قاعده قابل بررسی خواهد بود.

«اصل بی قید و شرط بودن تعهدات اسناد تجاری» نیز به عنوان یک قاعده حقوقی در بستر زمان و در عرف بازرگانانی شکل گرفته است که بر اساس اقتضائات معاملات بازرگانی و پرداخت از طریق اسناد تجاری به ضرورت جریان چنین قاعده ای در خصوص اسناد مزبور پی برده و فارغ از وضع قانون گذاران و بسیار پیش از آن، عمل مطابق مفاد این قاعده را لازم دانسته اند. آن ضرورت ها و نیازهای تجاری که مبانی اصل مذکور قلمداد می گردد، رابطه ای علی یا ثبوتی با این اصل داشته و جریان آن در خصوص تعهدات اسناد تجاری را ایجاب نموده است.

شایان توجه است که اصطلاح «منابع» که در مباحث حقوقی مطرح و مورد بررسی قرار

می‌گیرد، مفهومی متفاوت از «مبانی» دارد و نباید آن را با مبانی اجتماعی و اخلاقی مرادف دانست (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ج ۱: ۳۱۸). بحث از منابع حقوق، به طور کلی پیرامون مقامی است که می‌تواند حقوق را وضع یا اعلام کند (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ج ۲: ۱) و منبع‌شناسی در خصوص هریک از قواعد و اصول حقوقی همچون «اصل بی‌قید و شرط بودن تعهدات اسناد تجاری»، به معنی یافتن مستندات، مدارک و مراجعی است (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ج ۲: ۶) که اصل مزبور از آنها استخراج و استنباط می‌گردد و شامل قوانین، رویه قضایی دادگاه‌ها و اندیشه‌ها و نظریات حقوقی می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ج ۲: ۴). در مباحث فقهی نیز منابع فقه عبارتند از: قرآن، سنت، اجماع، عقل و بنای عقلا؛ در حالی که مبانی احکام و مسائل فقهی از طریق شناسایی و بررسی مقاصد الشریعه و مصالح و مفساد واقعی از جمله مصلحت حفظ جان، حفظ آبرو، حفظ عقل، حفظ نسل، حفظ مال و مصلحت حفظ نظام اقتصادی - که در مقابل آن مفسده تضییع جان، آبرو، عقل، نسل، مال و مفسده اختلال در نظام اقتصادی است - به دست می‌آید (علی اکبریان، ۱۳۹۱، ش ۱: ۵؛ صرامی، ۱۳۹۰، ش ۴: ۳۱). بر اساس همین رویکرد، در مقاله حاضر صرفاً به مبانی «اصل بی‌قید و شرط بودن تعهدات اسناد تجاری» پرداخته می‌شود و بررسی منابع آن در خور پژوهشی دیگر است.

۲-۱. مفهوم «اصل بی‌قید و شرط بودن تعهدات اسناد تجاری»

شناخت مفهوم «اصل بی‌قید و شرط بودن تعهدات اسناد تجاری» در گرو مفهوم‌شناسی هریک از مفردات یا ترکیباتی است که اصل مزبور را شکل داده‌اند؛ یعنی «اصل»، «بی‌قید و شرط بودن»، «تعهدات» و «اسناد تجاری»:

لغت «اصل» در فرهنگ بزرگ سخن به معنای هرآنچه وجودش به خودش وابسته و متکی باشد، خود چیزی، پایه، اساس، قاعده، قانون، حقیقت و واقعیت آمده است (انوری، ۱۳۸۲، ج ۱: ۴۴۱) و اصطلاح «اصل» از میان تمامی معانی اصطلاحی که در علوم و موضوعات مختلف برای آن ذکر شده است، در حقوق موضوعه و از جمله در خصوص «اصل بی‌قید و شرط بودن تعهدات اسناد تجاری» مرادف با «قاعده حقوقی» است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۱: ۴۲۲/۱۵۹۳؛ امامی، ۱۳۸۸، ج ۴: ۱۲۹) یعنی قاعده‌ای نشأت گرفته از قانون، شرع، عقل یا عرف و عادت که بیانگر حقیقتی اساسی و بنیادی است؛ به نحوی که حتی اگر اصل مزبور در قوانین مورد شناسایی قرار نمی‌گرفت باز هم شک و تردیدی در مورد اجرای آن و عمل مطابق آن وجود نداشت (جعفری

لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۱: ۴۲۱/۱۵۹۲؛ حبیبی، ۱۳۸۸: ۶).

«قید» در لغت به معنی هر آن چیزی است که انسان را به تکلف و زحمت می‌اندازد و به امری پایبند و ملزم می‌سازد (انوری، ۱۳۸۲، ج ۶: ۵۶۲۵-۵۶۲۴) و لغت «شرط» عبارت است از آنچه برای تحقق و انجام گرفتن امری لازم شمرده می‌شود و یا امری محتمل الوقوع در آینده که وقوع آن، وقوع امر دیگری را ممکن می‌سازد یا الزام می‌کند (انوری، ۱۳۸۲، ج ۵: ۴۴۷۸). اصطلاح «قید» و «شرط» با اینکه غالباً در فقه و حقوق در یک معنا به کار می‌روند، اما در واقع هریک مفهومی متفاوت از دیگری دارد. «قید» از اجزاء وابسته به مقید و در زمره عناصر سازنده آن بوده و حتی فاقد استقلال نسبی از آن است، به نحوی که اگر قید منتفی شود، مقید نیز از بین خواهد رفت (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۳: ۲۲۵۵/۸۴۱۷ و ج ۴: ۲۹۷۲/۱۱۱۰۸)، اما «شرط» الزام و التزام به امری است که مرتبط با امری دیگر (مشروط) باشد (نراقی، بی‌تا، ج ۳: ۲۵۶؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۲۷۳؛ تهانوی، ۱۹۹۶، ج ۱: ۱۰۱۳)، بی‌آنکه در عناصر مقوم مشروط دخیل گردد. بنابراین مفهوم «بی‌قید و شرط بودن» عبارت است از اینکه امری به صورت جزء سازنده و یا جزء مرتبط در موضوع مورد نظر - که در اینجا تعهدات اسناد تجاری است - لحاظ نگردد.

«تعهد» از نظر لغوی به معنی چیزی است که به عهده گرفته شده یا مسئولیت آن پذیرفته شده است (انوری، ۱۳۸۲، ج ۳: ۱۷۹۷) و در اصطلاح حقوقی عموماً به مفهوم رابطه‌ای حقوقی در نظر گرفته می‌شود که به موجب آن یک طرف می‌تواند انجام امری را از طرف دیگر مطالبه کند (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۳-۴).

لغت «سند» به معنی نوشته‌ای است که بتوان به وسیله آن ادعایی را اثبات یا رد کرد (انوری، ۱۳۸۲، ج ۵: ۴۲۶۱) و «تجاری» به معنی چیزی است که مربوط به تجارت و داد و ستد می‌باشد (انوری، ۱۳۸۲، ج ۳: ۱۶۱۷). در حقوق تجارت، «اسناد تجاری» - که برات، سفته و چک از مصادیق بارز آن است - به اسنادی اطلاق می‌گردد که جانشین پول نقد بوده، مستقلاً قابل معامله و نقل و انتقال و متضمن پرداخت مبلغ معینی به رؤیت یا با سررسید کوتاه مدت به دارنده سند می‌باشد، (انوری، ۱۳۸۲، ج ۳: ۱۶۱۷) از طریق ظهنویسی انتقال می‌یابد (اسکینی، ۱۳۹۴: ۱۸) و از امتیازات و مقررات ویژه قانونی تبعیت می‌کند.

با توجه به آنچه بیان گردید، به نظر می‌رسد «اصل بی‌قید و شرط بودن تعهدات اسناد تجاری» نشأت یافته از وصف تنجیزی اسناد تجاری است و مفهوم این اصل ارتباطی تنگاتنگ با مفهوم

وصف مزبور دارد؛ وصفی که بیانگر لزوم منجز و قطعی بودن مندرجات و تعهدات موضوع اسناد تجاری است و اگر سند تجاری فاقد وصف تنجیزی باشد، حقوق دارنده آن متزلزل شده (عرفانی، ۱۳۹۳، ج ۳: ۸) و در انتقال و گردش سریع این اسناد اختلال ایجاد می‌شود. سند تجاری که منجز نباشد، قابلیت معاملی خود را از دست می‌دهد و امکان این را که جایگزین پول نقد شود پیدا نمی‌کند (بهرامی، ۱۳۹۶: ۲۸؛ کرم نژاد، ۱۳۹۱، ش ۷: ۹۷). به همین ترتیب، «اصل بی‌قید و شرط بودن تعهدات اسناد تجاری» نیز بیانگر آن است که در نظام حقوقی حاکم بر اسناد تجاری، مطلق و قطعی بودن تعهدات میان طرفین (مسئولین سند و دارنده آن) - قاعده‌ای مبتنی بر واقعیات و نیازهای تجاری است. به موجب این اصل، تعهدات موضوع اسناد تجاری منجز و قطعی بوده و خالی از هرگونه تعلیق، اناطه و اشتراط می‌باشد؛ چراکه طبیعت تعهدات تجاری اقتضا دارد که هم ایجاب و انشاء و هم آثار حاصل از آن به صورت منجز و غیر معلق صورت پذیرد (بهرامی، ۱۳۹۶: ۲۸). تعهدات اسناد تجاری لازم است متضمن دستور پرداخت بدون قید و شرط بوده و معلق و منوط بر وقوع احتمالات یا امر دیگری نگردد («اسناد تجاری»، ۱۳۸۴، ش ۳۶: ۵۳؛ بهرامی، ۱۳۹۶: ۲۸؛ صادقی مزیدی، ۱۳۹۲: ۲۲-۲۱).

۲. مبانی حقوقی

۲-۱. ضرورت جایگزینی اسناد تجاری به جای پول نقد

با گسترده و پیچیده شدن روابط تجاری و افزایش حجم معاملات و مبادلات بازرگانی به‌ویژه در سطح بین‌المللی، پول نقد به واسطه مسائلی چون خطرات و سختی‌های مربوط به حمل و شمارش آن، زمان بر بودن تبدیل به پول خارجی، مدت پذیر نبودن و... نمی‌توانست ابزار مناسبی برای پرداخت‌های تجاری باشد و از همین رو بازرگانان دست به ایجاد نهادها و ابزارهایی تحت عنوان «اسناد تجاری» زدند تا در معاملاتشان، جایگزین پول نقد گردد و علاوه بر نداشتن مشکلات مربوط به پول از تضمینات کافی برخوردار باشد (عبدالملکی، ۱۳۸۹، ش ۶۹: ۱۱۸؛ اخلاقی، ۱۳۵۸، ش ۲۱: ۹؛ درویشی هویدا، ۱۳۹۵، ش ۸۵: ۴۳).

به عبارت دیگر، فلسفه وجودی و ماهیت اصلی اسناد تجاری استفاده از آنها به‌عنوان ابزاری مناسب برای پرداخت و قابلیت جایگزینی آنها به جای پول نقد است. این اسناد باید بتوانند نقش پول را ایفا کنند و پرداخت از طریق آنها در حکم پرداخت نقدی باشد (عبدالملکی، ۱۳۸۹، ش ۶۹: ۹).

۱۲۷؛ اخلاقی، ۱۳۵۸، ش ۲۱: ۲۵-۲۴؛ نوروزی مهبیاری، ۱۳۹۵، ش ۲: ۸۰؛ شیوا رضوی، بی تا: ۱۳؛ صادقی مزیدی، ۱۳۹۲: ۷-۵). در واقع، عنصر ماهوی و اصلی در اسناد تجاری به معنای خاص (برات، سفته و چک) این است که متضمن ایجاد اعتبار پولی یا توثیق آن می باشند (عبدالملکی، ۱۳۸۹، ش ۶۹: ۱۵۳؛ نوری، ۱۳۸۳، ش ۱۳: ۱۵۹) یعنی اسناد مزبور معرف حق دینی حال یا با وعده کوتاه مدت بوده و اساساً موضوع آنها مقدار معینی پول است.

استفاده از اسناد تجاری به جای پول نقد و گردش آنها، دارای فواید اقتصادی بسیاری است و علاوه بر آنکه اساس کار بازرگانان را شکل می دهد و برای اشخاص تاجر و غیر تاجر کاربرد فراوان دارد، در سطح جامعه نیز موجب کاهش نقدینگی و تورم، کاهش هزینه های چاپ اسکناس و مشکلات مربوط به تأمین امنیت معاملات نقدی و نهایتاً باعث گردش چرخ های صنعتی و سرمایه های کشورها، رشد و شکوفایی اقتصادی آنها و گسترش مبادلات و روابط تجاری داخلی و خارجی می شود (برزش آبادی، ۱۳۹۰، ش ۱۹ و ۲۰: ۱۳۹؛ مسعودی، ۱۳۷۹، ش ۱۷۱: ۱۰۴-۱۰۳؛ درویشی هویدا، ۱۳۹۵، ش ۸۵: ۴۳).

از لحاظ حقوقی و بر مبنای ضرورت جایگزینی اسناد تجاری به جای پول نقد، اسناد مزبور لازم است به گونه ای صادر شده و گردش نمایند که همانند پول و با کارکردهای آن بتوانند به عنوان ابزار پرداخت فراگیر در معاملات مورد استفاده قرار گرفته و با تکنیک های فوری قابل تبدیل به پول نقد باشند (صقری، ۱۳۹۴: ۴۹؛ عبدالملکی، ۱۳۸۹، ش ۶۹: ۱۲۴) در غیر این صورت حتی قابلیت توصیف به وصف تجاری را نخواهند داشت (شیوا رضوی، بی تا: ۲۲). در این راستا ضروری است که عمده خواص و ویژگی های پول به این اسناد سرایت کند و قواعد، اصول، اوصاف و امتیازات خاصی برای آنها در نظر گرفته شود تا بتوانند با اتکا به همین ویژگی ها مورد حمایت خاص قانون گذار قرار گرفته و در مبادلات بازرگانی نقش پول را ایفا نموده و جایگزین آن گردند («اسناد تجاری»، ۱۳۸۴: ۳۶-۵۳؛ درویشی هویدا، ۱۳۹۵، ش ۸۵: ۶۲؛ برزش آبادی، ۱۳۹۰، ش ۱۹ و ۲۰: ۱۲۶ و ۱۳۹؛ نوروزی مهبیاری، ۱۳۹۵، ش ۲: ۶۹؛ مسعودی، ۱۳۷۹، ش ۱۷۱: ۱۰۳). بنابراین همان طور که پول به سادگی قابل نقل و انتقال است، اسناد تجاری نیز با برخورداری از امکان «ظهرنویسی و نقل و انتقال ساده» به وصف جایگزینی به جای پول نقد عینیت می بخشند (درویشی هویدا، ۱۳۹۵، ش ۸۵: ۵۴؛ شیوا رضوی، بی تا: ۲۹۸). به علاوه، ضرورت مذکور موجب گردیده است گاه خصوصیت ظاهری و شکلی اسناد تجاری بر موقعیت حقوقی آنها غلبه یابد (سید احمدی سجادی،

۱۳۸۱، ش ۱۴: ۹۰) و در نتیجه، اصولی چون «اصل غیر قابل استناد بودن ایرادات» و «اصل استقلال امضات» در مورد این اسناد جریان یابد. به همین ترتیب از آنجا که پول سندی فوری، قطعی و بی قید و شرط برای پرداخت است، اسناد تجاری نیز در جهت تحقق شباهت هر چه بیش تر با آن لازم است به صورت منجز و قطعی به گردش درآیند. به عبارت دیگر، وصف جایگزینی اسناد تجاری مبنا و منشأ اساسی در حاکم شدن «وصف تنجیزی» و جریان «اصل بی قید و شرط بودن تعهدات» این اسناد است. اگر تعهدات موضوع یک سند تجاری منوط بر تحقق قید و یا معلق بر وقوع شرطی شود، به معنای تردید در امکان وصول طلب و وجود احتمال عدم پرداخت است و این امر، قطعیت و اطمینان بابت پرداخت را از بین می برد و یقیناً چنین سندی قابلیت جایگزینی به جای پول نقد را نخواهد داشت (عبدالملکی، ۱۳۸۹، ش ۶۹: ۱۳۶-۱۳۵). از همین روست که گفته می شود وجود قید و شرط در تعهدات اسناد تجاری، ناقض فلسفه وجودی و خلاف مقتضای ذات این اسناد بوده و مانع ایفای نقش اساسی و اصولی آنها می شود (کرم نژاد، ۱۳۹۱، ش ۷: ۹۷).

۲-۲. ضرورت تأمین سرعت، سهولت و امنیت در گردش اسناد تجاری

در دنیای تجارت به هر میزان که سرمایه ها سریع تر گردش کنند، قراردادها با سرعت بیش تری منعقد شده و اجرایی گردند و پرداخت ها به سریع ترین شیوه ممکن صورت پذیرد، به همان اندازه فعالیت های تجاری، شرکت های تجاری و بنگاه های اقتصادی افزایش و روابط تجاری توسعه می یابد و در نتیجه رشد و شکوفایی اقتصادی و رفاه بیش تری برای جامعه فراهم می گردد. بی شک با به کارگیری تشریفات و سخت گیری های ناظر بر روابط و قرارداد های مدنی نمی توان به سرعت مورد نیاز در اعمال تجاری دست یافت و به نظر می رسد لازمه تأمین سرعت در امور تجاری، پیش بینی راهکارهایی است که این امور به سهولت انجام پذیرد. از سوی دیگر، مقوله اعتبار و امنیت در روابط تجاری جایگاهی بسیار مهم دارد و معاملات تجاری غالباً بر مبنای اعتبار تجار و به طور غیر نقدی انجام می شود. از این رو سرعت و سهولت تنها در صورتی می تواند اهداف تجاری مورد نیاز را محقق سازد که اعتبار و امنیت لازم از طریق سازوکارهایی تأمین گردد (احمدی، ۱۳۹۶، ش ۸: ۱۳۹-۱۴۰). در همین راستا تشریفات کند تنظیم اسناد رسمی با ضرورت تأمین سرعت و سهولت عملیات تجاری منافات دارد. به علاوه، اسناد عادی نیز فاقد تضمینات و اعتبار و امنیت کافی است و نمی تواند ابزار مناسبی برای پرداخت ها باشد و بازرگانان تمایلی به استفاده از اینگونه

اسناد ندارند. از این رو اسناد تجاری برای وصول به اهداف خاص تجاری و به تناسب مقتضیات این حوزه ایجاد شده و جهت تأمین سرعت، سهولت و امنیت لازم، توسعه و ترویج یافته‌اند («اسناد تجاری»، ۱۳۸۴، ش ۳۶: ۵۲؛ اخلاقی، ۱۳۵۸، ش ۲۱: ۹-۸؛ احمدی، ۱۳۹۶، ش ۸: ۱۴۰-۱۳۹؛ کرم نژاد، ۱۳۹۱، ش ۷: ۹۶ و ۱۰۰؛ مسعودی، ۱۳۷۹، ش ۱۷۱: ۱۰۱؛ نوروزی مهیاری، ۱۳۹۵، ش ۲: ۶۹؛ شیوا رضوی، بی تا: ۱۴-۱۳ و ۳۱۹؛ عرفانی، ۱۳۹۳، ج ۳: ۸۰؛ مرتضوی، ۱۳۹۴: ۵).

در واقع برای آنکه اسناد تجاری بتواند جایگزین مناسبی برای پول نقد باشد و اشخاص - چه تاجر و چه غیر تاجر - نسبت به استفاده از این اسناد به جای پول رغبت پیدا کرده و نیازهای جامعه تجاری در این جهت تأمین گردد، باید این اطمینان حاصل شود که اسناد مزبور ایمنی کافی برای تبدیل سریع و آسان به پول را دارد. بدین منظور لازم است اصول و اوصافی بر آنها حاکم گردد که تأمین کننده اهداف و ضرورت‌های مورد نظر باشد. در این صورت است که این اسناد به عنوان ابزاری مناسب، مطمئن و سریع در پرداخت‌های تجاری بستر مناسبی را برای انجام معاملات انبوه فراهم خواهد نمود و در رونق معاملات اعتباری و نقل و انتقال امن، آسان و سریع ثروت نقش مهمی را ایفا خواهد کرد (کرم نژاد، ۱۳۹۱، ش ۷: ۱۰۶؛ عبدالملکی، ۱۳۸۹، ش ۶۹: ۱۲۷؛ اخلاقی، ۱۳۹۶، ش ۱۲: ۹۱؛ ۱۳۵۸، ش ۲۱: ۲۱-۲۹؛ احمدی، ۱۳۹۶، ش ۸: ۱۲۴؛ نوری، ۱۳۸۳، ش ۱۳: ۱۶۰؛ مسعودی، ۱۳۷۹، ش ۱۷۱: ۱۰۴؛ شیوا رضوی، بی تا: ۳۲۰). بنابراین اسناد تجاری باید به صورت مال منقول غیر مادی درآید و ارزش و اعتباری مستقل و مجرد از روابط مبنایی داشته باشد. به عبارت دیگر، لازم است تعهدات موضوع این اسناد به صرف امضا کامل شود و در اعتبار طلب منعکس در آن تردیدی باقی نماند تا همانند پول ارزشی قائم به خود داشته و قابل مبادله با هر کالایی باشد (عبدالملکی، ۱۳۸۹، ش ۶۹: ۱۱۷؛ «اسناد تجاری»، ۱۳۸۴، ش ۳۶: ۵۳؛ نوری، ۱۳۸۳، ش ۱۳: ۱۶۰). چنین ضرورتی موجب طرح تئوری «عمل به ظاهر» یا «حکومت ظاهر» در اسناد تجاری گردیده که برخلاف قواعد عام مدنی بوده و به عنوان مبنای «وصف تجربی» نیز شناخته شده است تا این اسناد را هر چه بیش تر به پول نقد شبیه سازد (نوری، ۱۳۸۳، ش ۱۳: ۱۶۱؛ الله آبادی، ۱۳۷۷، ش ۱۰ و ۱۱: ۲۶؛ مافی و عبدالصمدی، ۱۳۹۴، ش ۷۷: ۱۳۸؛ برزش آبادی، ۱۳۹۰، ش ۱۹ و ۲۰: ۱۲۵؛ مسعودی، ۱۳۷۹، ش ۱۷۱: ۱۲۳-۱۲۲؛ درویشی هویدا، ۱۳۹۵، ش ۸۵: ۵۰؛ شیوا رضوی، بی تا: ۵). ناگفته پیداست که «وصف قابلیت نقل و انتقال ساده اسناد تجاری» و امکان گردش آنها از طریق اقباض و یا ظهرنویسی نیز مبتنی بر همین نظریه و در راستای تأمین ضرورت مذکور است (درویشی هویدا، ۱۳۹۵، ش ۸۵: ۴۵؛ «اسناد تجاری»، ۱۳۸۴، ش ۳۶: ۵۳؛ نوروزی مهیاری، ۱۳۹۵، ش ۲: ۷۸؛ سید احمدی سجادی، ۱۳۸۱، ش ۱۴: ۹۰؛ احمدی،

۱۳۹۶، ش ۸: ۱۴۰).

مضاف بر اینها، تردیدی نیست که ایجاد تعلیق، تقیید یا اشتراط در تعهداتی که مسئولان سند تجاری بر عهده دارند با قابلیت در گردش بودن این اسناد، حکومت ظاهر در آنها و به طور کلی با طبیعت اسناد مزبور و روح قواعد و ضرورت‌های حاکم بر حوزه تجارت به‌ویژه ضرورت سرعت، سهولت و امنیت تجاری منافات دارد («اسناد تجاری»، ۱۳۸۴، ش ۳۶: ۵۳؛ مسعودی، ۱۳۷۹، ش ۱۷۱: ۱۲۰). اقتضای ضرورت تسریع و تسهیل در گردش اسناد تجاری این است که تعهدات این اسناد بی‌قید و شرط و به‌صورت منجز و قطعی صورت پذیرد. معلق نمودن تعهدات مسئولان سند بر اموری احتمالی نه تنها مانع گردش سریع و آسان اسناد تجاری است بلکه با مخدوش ساختن تعهدات امضاکنندگان آن (کرم نژاد، ۱۳۹۱، ش ۷: ۹۷؛ مسعودی، ۱۳۷۹، ش ۱۷۱: ۱۲۰) امنیت و اعتبار لازم را از سند تجاری می‌گیرد و به ابزاری برای ایجاد ایرادات و مشکلات مازاد بدل خواهد شد.

۳-۲. ضرورت حمایت از حقوق دارنده اسناد تجاری

نیازها و مقتضیات تجارت پیچیده و گسترده امروز، موجب پیدایش اسناد تجاری و به‌کارگیری مقررات و اصولی ویژه و بی‌سابقه در مورد آنها شده است تا به نحو شایسته‌ای بتوانند جایگزین پول نقد شده و کارکردهای مورد انتظار در معاملات و روابط تجاری را عملی سازند. جهت تحقق این هدف لازم است این اسناد تا حد امکان از خصایص و اوصاف پول برخوردار گردیده و به آن شباهت پیدا کنند. از جمله ویژگی‌های پول این است که اصولاً دارنده پول مالک قانونی آن محسوب می‌شود. در نتیجه، کسی که پول را در اختیار دارد بی‌آنکه با اشکال و مانعی روبرو گردد، می‌تواند از آن به‌عنوان ابزاری ساده و مطمئن در معاملات و پرداخت‌های خود استفاده نموده و نیازهای خود را مرتفع سازد. مقصود نهایی در اسناد تجاری نیز وصول وجه مندرج در سند و پرداخت آن به دارنده بوده و لازم است وی از این امر اطمینان کافی پیدا کند و نقل و انتقالات قبلی موجب تزلزل حقوق او نگردد.

در واقع حمایت از حقوق دارنده اسناد تجاری ضرورتی انکارناپذیر و تضمینی در جهت اعتبار هرچه بیش‌تر این اسناد و رواج آنها می‌باشد. بدیهی است هر عاملی که موجب تزلزل و تضعیف حقوق دارنده سند تجاری گردد و از اعتماد و اطمینان وی به وصول طلب مبتنی بر سند بکاهد با فلسفه پیدایش اسناد مذکور تناقض دارد و مانعی در مسیر تحقق اهداف و ضرورت‌های اقتصادی و

تجاری خواهد بود (احمدی، ۱۳۹۶، ش ۸: ۱۲۵؛ الله آبادی، ۱۳۷۷، ش ۱۰ و ۱۱: ۱۸؛ برزش آبادی، ۱۳۹۰، ش ۱۹ و ۲۰: ۱۲۸ و ۱۳۹؛ نوری، ۱۳۸۳، ش ۱۳: ۱۶۱-۱۵۹ و ۱۶۷-۱۶۶؛ کرم نژاد، ۱۳۹۱، ش ۷: ۹۸؛ مسعودی، ۱۳۷۹، ش ۱۷۱: ۱۰۴ و ۱۱۰ و ۱۱۲). از همین روست که مقررات قانونی در خصوص حق دارنده اسناد تجاری جزء قوانین امری و به منظور حمایت از دارندگان این اسناد و تأمین ارزش و اعتبار اسناد مزبور به شمار می‌رود (شیوارضی، بی‌تا: ۱۷۶).

نظریه «عمل به ظاهر» در این جهت نیز بازتاب دارد و بر اساس آن می‌توان حقوق دارنده‌ای را که به ظاهر بی‌اشکال سند اعتماد کرده است بر حقوق امضاکنندگانی که مطابق واقعیت حقوقی چه بسا هیچ مسئولیتی نداشته باشند، مقدم دانست. در نتیجه، بر اساس اماره «حسن نیت دارنده» تا زمانی که سوء نیت وی در تحصیل و ابراز سند احراز نشود، امضاکنندگان در مقابل او متعهد به پرداخت می‌باشند (احمدی، ۱۳۹۶، ش ۸: ۱۲۵؛ الله آبادی، ۱۳۷۷، ش ۱۰ و ۱۱: ۱۸؛ برزش آبادی، ۱۳۹۰، ش ۱۹ و ۲۰: ۱۲۸ و ۱۳۹؛ نوری، ۱۳۸۳، ش ۱۳: ۱۶۱-۱۵۹ و ۱۶۷-۱۶۶؛ کرم نژاد، ۱۳۹۱، ش ۷: ۹۸؛ مسعودی، ۱۳۷۹، ش ۱۷۱: ۱۰۴ و ۱۱۰ و ۱۱۲). پس هرگاه سند تجاری از ظاهری صحیح برخوردار باشد، نسبت به دارنده معتبر تلقی می‌شود و وی می‌تواند با بهره‌مندی از حمایت‌های قانونی و انجام وظایف مربوطه با ارائه سند مزبور در سررسید معین یا به رؤیت، پرداخت مبلغ مندرج در سند را از مسئولین پرداخت تقاضا نموده و امضاکنندگان نمی‌توانند از ادای مسئولیت خود در مقابل او سر باز زنند.

حمایت‌هایی که قانون‌گذار تجاری از دارنده این اسناد به عمل می‌آورد اشکال مختلفی دارد و به طور کلی می‌توان گفت تمامی امتیازات ویژه اسناد تجاری به معنی خاص بر همین مبنا شکل گرفته است. از جمله مهم‌ترین این امتیازات «اصل استقلال امضائات»، «اصل غیر قابل استناد بودن ایرادات» و «اصل مسئولیت تضامنی امضاکنندگان اسناد تجاری» است که دارنده را از تحقیق و جستجو در مورد روابط منشأ صدور سند، علت تعهدات هریک از امضاکنندگان و یا سمت نمایندگی احتمالی بعضی از آنها و مواردی از این قبیل معاف می‌سازد و موجب می‌شود دارنده با برخورداری از حقی مستقل و تام برای دریافت طلب خود با ادعاها و ایرادات متعدد مسئولین پرداخت روبرو نگردد و صرفاً با اعتماد به ظاهر سند حق اقامه دعوا علیه همه آنان را داشته باشد (درویشی هویدا، ۱۳۹۵، ش ۸۵: ۵۰؛ برزش آبادی، ۱۳۹۰، ش ۱۹ و ۲۰: ۱۲۶؛ مسعودی، ۱۳۷۹، ش ۱۷۱: ۱۰۶ و ۱۲۹؛ احمدی، ۱۳۹۶، ش ۸: ۱۴۳؛ سید احمدی سجادی، ۱۳۸۱، ش ۱۴: ۹۵-۸۹ و ۱۰۲-۱۰۱؛ الله آبادی،

۱۳۷۷، ش ۱۰ و ۱۱: ۲۰-۷؛ شیوارضوی، بی تا: ۲۱۶ و ۳۲۹).

«اصل بی قید و شرط بودن تعهدات اسناد تجاری» نیز یکی از امتیازات خاص این اسناد است که برخلاف قواعد حاکم بر تعهدات مدنی و در راستای «وصف تنجیزی» این اسناد بر مبنای ضرورت حمایت از حقوق دارنده ایجاد گردیده است («اسناد تجاری»، ۱۳۸۴، ش ۳۶: ۵۳). وابستگی و معلق بودن تعهدات امضاکنندگان اسناد تجاری بر تحقق قیود و شروط مختلف، تضمینی برای حفظ حقوق دارنده باقی نخواهد گذاشت و به نظر می رسد هیچ امری به اندازه تعلیق و عدم قطعیت تعهدات موضوع سند، حقوق دارنده را پایمال و متزلزل نکرده و از اعتبار و امنیت سند نمی کاهد؛ چرا که در این حالت دارنده سند همواره با این احتمال روبروست که هر امضاکننده مدعی مشروط یا مقید بودن تعهدات خود شود و با طرح ادعاهایی مبتنی بر آن از قبیل عدم تحقق شروط مندرج، از انجام تعهدات خود و پرداخت طلب دارنده ممانعت ورزد.

۳. مبانی فقهی

در بررسی دیدگاه فقه نسبت به «مبانی اصل بی قید و شرط بودن تعهدات اسناد تجاری» باید گفت اصطلاح «مبانی» در لسان فقهی چندان مستعمل نبوده و به جای آن اصطلاح «حکمت حکم» توسط فقها به معنی مصلحتی که شارع در تشریع حکم قصد کرده است به کار گرفته می شود (علی اکبریان، ۱۳۹۱، ش ۱: ۴-۵). به عبارت دیگر، آنچه در علم حقوق با عنوان مبانی یک قاعده حقوقی بررسی می شود، در فقه با اصطلاح مصالح یا حکمت های تشریع احکام لحاظ می گردد و از آن حیث که مقصود شارع مقدس در تشریع احکام بوده، با عنوان «مقاصد شریعت» به معنی اهداف و غایات احکام شریعت (علی اکبریان، ۱۳۹۱، ش ۱: ۵؛ صرامی، ۱۳۹۰، ش ۴: ۳۱) نیز شناخته می شود.

«مقاصد الشریعه» همواره به عنوان یکی از مهم ترین مباحث اصولی عامه مطرح بوده که بر اساس آن، مقصد یا غایت هر حکم شرعی را تأمین مصلحتی خاص می دانند و در صورتی که عقل مصلحتی را کشف نماید، حکم شرعی متناسب با آن را جاری خواهند نمود (ملک افضلی اردکانی، ۱۳۹۶، ش ۶: ۱۳۶؛ صرامی، ۱۳۹۰، ش ۴: ۳۳-۳۲).

در مقابل، اصولیون و فقهای امامیه رویکردهای متفاوتی نسبت به «مقاصد الشریعه» داشته اند. برخی از بیم گرفتاری در قیاس که مورد نفی معصومین^(ع) بوده، تا حد ممکن از کشف عقلی حکمت ها و مقاصد احکام دوری جسته و آن را روشی مطرود و بی اعتبار تلقی نموده اند، اما برخی

از فقها نیز از جمله شهید اول، محقق حلی، فاضل مقداد و به‌ویژه فقهای بزرگ معاصر همچون شهید محمد باقر صدر، محمد جواد مغنیه و امام خمینی با توجه به نقش مقاصد شریعت و مصالح احکام در پویایی فقه اسلامی، در عین اجتناب از گرفتار شدن در دام قیاس و عقل‌گرایی افراطی به مصالح موجود در احکام تأکید کرده و در موارد بسیاری از آن در استنباط احکام شرعی استفاده نموده‌اند (شوشتری و حیدری خورمیزی، ۱۳۹۶، ش ۶: ۱۳۵). در واقع، رویکرد این گروه از فقهای شیعه نسبت به مقاصد شریعت بر محور «تبعیت احکام از مصالح و مفسدات واقعی» است و مقاصد شریعت را اهداف و غایاتی می‌دانند که در تشریع و جعل احکام در راستای جلب مصالح و دفع مفسدات برای انسان‌ها مدنظر شارع بوده است (نقیبی، ۱۳۹۶، ش ۲: ۲۲۳؛ محصلی، ۱۳۹۱، ش ۲۲: ۱۰۹؛ صرامی، ۱۳۹۰، ش ۴: ۳۱). بر همین اساس مقصد و ملاک احکام اسلامی در مصالح و مفسدات قابل جستجو می‌باشد و هرگاه مصالح و مفسدات تغییر کند یا مصلحت و مفسده جدیدی ایجاد گردد به معنی تغییر در مقصد و علت حکم یا ایجاد مقاصدی متناسب با آن است که مستلزم تغییر در احکام می‌باشد (مطهری، بی‌تا: ۲۹۹-۳۰۰). پایه چنین رویکردی - که گاهی با عنوان «نقش مقتضیات زمان و مکان در احکام و شرایع اسلام» نیز شناخته می‌شود - (شوشتری و ناصر مقدم و صابری، ۱۳۹۵، ش ۱: ۹۱؛ محصلی، ۱۳۹۱، ش ۲۲: ۱۱۶؛ جمعی از مؤلفان، بی‌تا، ج ۳۴: ۱۱۸-۱۱۹) اعتقاد به «حسن و قبح عقلی» است که مطابق آن، هر عملی که به اقتضای درک عقل دارای حسن یا مصلحت لازم‌التحصیل باشد با انضمام قاعده ملازمه می‌توان به وجوب شرعی آن حکم داد و به همین ترتیب، هر عملی که عقلاً قبیح یا دارای مفسده لازم‌الاجتناب باشد شرعاً حرام خواهد بود (وطنی و حیدرزاده، ۱۳۹۴، ش ۴: ۵۵۹؛ جمعی از مؤلفان، بی‌تا، ج ۴۱: ۲۹؛ شاکری، ۱۳۹۱، ش ۱۴: ۷۷-۷۵). در نتیجه می‌توان گفت مصالح و مفسداتی که عقل آن را ادراک و احراز می‌نماید جزء مقاصد شارع می‌باشد؛ اگرچه دلیل خاص شرعی در مورد آن وجود نداشته باشد (وطنی و حیدرزاده، ۱۳۹۴، ش ۴: ۵۵۹؛ شوشتری و حیدری خورمیزی، ۱۳۹۶، ش ۶: ۱۲۸-۱۳۵).

توجه به مصالح و مفسدات و نقش آن در وضع احکام و قوانین، موجب می‌گردد که فقه اسلامی بتواند پاسخگوی نیازها و مقتضیات همه زمان‌ها و مکان‌ها باشد و به نحو مؤثری مسائل مستحدث و مبتلا به مردم را ساماندهی نماید (شاکری، ۱۳۹۱، ش ۱۴: ۷۷؛ نقیبی، ۱۳۹۶، ش ۲: ۲۳۸؛ جمعی از مؤلفان، بی‌تا، ج ۴۱: ۱۲۰-۱۱۸؛ شوشتری و حیدری خورمیزی، ۱۳۹۶، ش ۶: ۱۲۴). از جمله موضوع اسناد تجاری و اصول و قواعد حاکم بر آن که همچون بسیاری دیگر از موضوعات تجاری و اقتصادی با

تکیه بر رویکرد مقاصدی یا توجه به مصالح و مفساد واقعی قابلیت بررسی و مطالعه فقهی می‌یابد. در همین راستا، بررسی فقهی «اصل بی‌قید و شرط بودن تعهدات اسناد تجاری» و مبانی و ضرورت‌هایی که موجب شکل‌گیری چنین اصلی در عرف بازرگانان و شناسایی آن در اسناد و قوانین بین‌المللی گردیده و با عنایت به مصالح و مفسادی که در اجرا یا عدم اجرای این اصل نهفته است، در ذیل دو عنوان «مصلحت حفظ مال» و «منع اختلال در نظام اقتصادی» صورت می‌پذیرد:

۱-۳. مصلحت حفظ مال

مصلحت به معنی منفعت و فایده می‌باشد که در مقابل، مفهوم سلبی دفع مفسده و زیان را نیز به همراه دارد (دارینی، ۱۳۸۰، ش ۱۹: ۲۴۷) و همان‌طور که گفته شد، توجه به مصالح و مفساد با توجه به مقتضیات و شرایط زمانی و مکانی در اجتهاد و استنباط احکام شرعی، لازمه فقهی پویاست که جامعیت و بقای شریعت را تضمین می‌نماید (دارینی، ۱۳۸۰، ش ۱۹: ۲۵۱).

در اصول فقه شیعه که عقل یکی از منابع استنباط احکام شمرده می‌شود، تشخیص مصلحت جلوه‌ای از کارکردهای عقل است و خود منبع مستقلى برای استنباط احکام به شمار نمی‌رود (دارینی، ۱۳۸۰، ش ۱۹: ۲۵۶؛ عرفانی، ۱۳۸۸، ش ۹: ۱۹۲) و از همین رو، این مصلحت سنجی عقلی تابع ادله‌ای خواهد بود که شرع معین نموده است (دارینی، ۱۳۸۰، ش ۱۹: ۲۵۲؛ عرفانی، ۱۳۸۸، ش ۹: ۱۹۲) و بر اساس ضرورت‌ها یا مصالحی که عقل ادراک می‌کند در چهارچوب ادله می‌توان حکم بسیاری از موضوعاتی که در شرع، نص یا حکم خاصی در مورد آنها وجود ندارد، به دست آورد.

اصوليون عامه مصلحت را برابر با هدف و مقصود شریعت دانسته و مصالح را از لحاظ درجه ارزش و اهمیت به «ضروریات»، «حاجیات» و «تحسینات» تقسیم نموده‌اند (ملک افضلی اردکانی، ۱۳۹۶، ش ۶: ۱۳۶). ایشان «ضروریات» را مصالحی می‌دانند که اصل و قوام زندگی انسان‌ها به آن وابسته است و فقدان آن موجب اختلال و زوال در زندگی دنیوی یا اخروی می‌شود. این دسته از مصالح که در پیوند با تداوم زندگی انسان و مؤثر در بقای اوست (مبلغی، ۱۳۸۷، ش ۴: ۱۰)، در قالب کلیات پنجگانه یعنی حفظ «دین»، «جان»، «عقل»، «نسل» و «مال» شناسایی گردیده است (نقیبی، ۱۳۹۶، ش ۲: ۲۲۵ و ۲۳۸؛ محصلی، ۱۳۹۱، ش ۲۲: ۱۱۷-۱۱۶؛ ملک افضلی اردکانی، ۱۳۹۶، ش ۶: ۱۳۶) و به گفته امام محمد غزالی، هر امری که اصول پنجگانه مزبور را تضمین نماید، جلب آن مصلحت

دارد و هر چیزی مانع یا محل این اصول باشد، دفع آن دارای مصلحت است (عرفانی، ۱۳۸۸، ش ۹: ۱۷۹؛ دارینی، ۱۳۸۰، ش ۱۹: ۲۵۴-۲۵۰). دسته دوم یعنی «حاجیات» مصالحی هستند که هر چند اساس حیات و زندگی جامعه انسانی وابسته به آن نیست، اما توجه به آن جهت توسعه زندگی و رهایی از سختی و مشقت لازم به نظر می‌رسد؛ مصالحی که مردم عادتاً از آن بی‌نیاز نبوده و زندگی‌شان بدون آن سامان نمی‌یابد و اگر اساس و معیار ضروریات، اضطرار و ناگزیری نظام زندگی از تأمین آن است، اساس و معیار این قسم دوم، احتیاج سامان‌یابی زندگی به آن است. کارکرد این مقاصد، ایجاد گشایش و آسانی در زندگی و رفع عسر، تنگی و دشواری می‌باشد. نهایتاً مراد از «تحسینات» مصالحی است که تأمین‌کننده کرامات، ارزش‌ها و عادات پسندیده اخلاقی و انسانی بوده و مقتضای مروت و انسانیت می‌باشد. شأنیت تکمیلی و تجملی این قسم از مقاصد مقتضی آن است که نظم و سیر زندگی انسان بر اینگونه مقاصد متوقف نیست و فقدان آن موجب اختلال، ضرر و حرج نمی‌شود و تنها نقصانی در سطوح کمالی زندگی ایجاد خواهد شد (نقیبی، ۱۳۹۶، ش ۲: ۲۲۵ و ۲۳۸؛ محصلی، ۱۳۹۱، ش ۲۲: ۱۱۷-۱۱۶؛ ملک افضلی اردکانی، ۱۳۹۶، ش ۶: ۱۳۶).

هر چند این تقسیم‌بندی سه‌گانه از مصالح، که توسط شهید اول نیز در کتاب القواعد و الفوائد ذکر شده، در منابع شیعی چندان مورد توجه واقع نگردیده است (قدیر و ساریخانی، ۱۳۹۰، ش ۳۵: ۸۶) اما نافی آن نیست که تقسیم و تعاریف مذکور براساس مبانی و ادله استنباط در فقه شیعه مورد قبول باشد؛ چرا که آیات و روایات بسیاری دلالت بر آن داشته و می‌تواند مستند صدور احکام و وضع قوانین در آن خصوص قرار گیرد؛ هم‌چنانکه بسیاری از قواعد فقهی چون لاضرر، نفی حرج و امثال اینها بر مدار مصالح قرار دارد.

بر همین اساس و از آنجا که مال نقش مهم و ضروری در زندگی فردی و اجتماعی، رفع نیازهای جسمی و روحی، حفاظت از دین و کیان جامعه و ... دارد یکی از مصلحت‌هایی که شارع آن را معتبر دانسته و در راستای حفظ و تأمین آن احکام متعددی را تشریع نموده، مصلحت حفظ مال است (عرفانی، ۱۳۸۸، ش ۹: ۱۸۱ و ۱۸۲) چرا که نقش مال در زندگی فردی و اجتماعی، رفع نیازهای جسمی و روحی، حفاظت از کیان جامعه و دین، مسائل فرهنگی و تحقق آرمان‌های دینی و ... بسیار مهم و بدیهی است. از همین روست که شرع و عقل حکم می‌کند به وجوب و ضرورت حفظ مال از تضییع و اتلاف و وضع هرگونه قواعد و مقرراتی که موجب زیادت و گردش بیش‌تر مال و ثروت گردد (مزیغه، ۱۴۳۵، ش ۵۸۵: ۱۶-۱۷).

در همین راستا و با عنایت به نیازها و ضرورت‌های تجاری - به شرحی که پیش از این بیان گردید - می‌توان گفت بی‌قید و شرط بودن تعهدات اسناد تجاری از لوازم تأمین مصلحت حفظ مال و امنیت آن می‌باشد؛ زیرا تردیدی نیست که جریان «اصل بی‌قید و شرط بودن» در خصوص تعهدات موضوع اسناد تجاری موجب می‌شود دارندگان این اسناد با احتمال عدم دریافت وجه سند در سررسید به واسطه عدم تحقق قیود یا شروط مختلف روبرو نگردند و اسناد مزبور به‌عنوان ابزار پرداخت قطعی، مطمئن و سریع به جای پول نقد مورد استفاده تجار و غیر تجار قرار گیرد و به تدریج، هرچه اعتماد مردم و به تبع آن، رواج اسناد تجاری در جامعه بیش‌تر شود، سرمایه‌های کوچک بی‌شماری که عمدتاً در صندوق‌های خصوصی اشخاص، خانواده‌ها، کسبه و مردم عادی انباشته شده و برای مخارج روزمره به کار می‌رود و نیز پول نقدی که در معاملات خرد و کلان رد و بدل می‌گردد، در حساب‌های مطمئن و ایمن بانک‌ها نگهداری می‌شود و سرمایه‌های عظیمی را ایجاد می‌کند که به سهولت در به کار انداختن چرخ‌های تولیدی و اقتصادی قابل استفاده است و یکی از پایه‌های اساسی رشد و پیشرفت اقتصادی کشور را شکل خواهد داد (شیوا رضوی، بی‌تا: ۴۳۸-۴۳۷).

چنین کارکردی در اسناد تجاری است که اساساً موجب شکل‌گیری این اسناد در عرف بازرگانی گردیده و برقراری اصول و مقرراتی ویژه، از جمله «اصل بی‌قید و شرط بودن تعهدات» را در خصوص این اسناد ضروری ساخته است؛ امری که در فقه بر اساس مقاصد اقتصادی شریعت و با توجه به مصلحت حفظ مال که مورد تأیید و تأکید منابع اربعه اسلامی - قرآن، سنت، اجماع و عقل - است، قابل پذیرش و مبنای وضع احکام و قوانین مخصوص می‌تواند واقع شود.

۲-۳. منع اختلال در نظام اقتصادی

«منع اختلال نظام» که به‌عنوان مقصد اصلی و اساسی شریعت شناخته می‌شود (ملک افضلی اردکانی، ۱۳۹۶، ش: ۶؛ ۱۴۸) به معنی ضرورت حفظ شالوده و اساس زندگی مردم، سامان داشتن ابعاد مختلف آن و استقرار نظم و عدالت در جامعه است (ملک افضلی اردکانی، ۱۳۹۶، ش: ۶؛ ۱۳۸). تتبع در ادله و توجه به روح حاکم بر تشریعات اسلامی مبین این مطلب است که حفظ نظام دارای مصلحتی ضروری در نگاه شارع می‌باشد؛ چرا که با وجود هرج و مرج و اختلال در جامعه و آشفتگی و نابسامانی، هیچ یک از مصالح و مقاصد دیگر شارع از جمله حفظ دین، جان، عقل، نسل و مال

انسان‌ها قابل تأمین و تحقق نخواهد بود و از همین رو فقها منع اختلال نظام را به‌عنوان قاعده‌ای فقهی شناسایی نموده و آن را به‌صورت دلیلی حاکم بر سایر احکام و مقررات اسلام به کار می‌گیرند و در هر موردی که حکمی از احکام اسلام بنا به شرایطی موجب اختلال نظام گردد منتفی و به‌عنوان ثانوی، بی‌اثر تلقی می‌شود. در نتیجه، سایر احکام شرع و نیز قوانین موضوعه متوقف بر این قاعده بوده و حول محور آن می‌چرخد (عمید زنجانی، ۱۴۲۱، ج ۲: ۱۶۰؛ سیفی مازندرانی، ۱۴۲۵، ج ۱: ۱۱؛ ملک افصلی اردکانی، ۱۳۹۶، ش ۶: ۱۳۳). در واقع، مفاد قاعده منع اختلال نظام حکمی شرعی است که با برقراری ملازمه میان حکم عقل و حکم شرع احراز گردیده است. حکم عقل مبنی بر اینکه آنچه موجب اختلال در نظام زندگی انسان‌ها و از دست رفتن قوام معیشت و گسستگی اجتماعات انسانی است، قبیح و دارای مفسده می‌باشد و هر چیزی که مانع این‌گونه اختلال و آشفته‌گی گردد، حسن و دارای مصلحت است. تلازم میان حکم عقل و حکم شرع، فقیه را به این نتیجه رهنمون می‌گردد که هرآنچه موجب اختلال در نظام زندگی مردم شود شرعاً حرام و ممانعت از آن واجب است (سیفی مازندرانی، ۱۴۲۵، ج ۱: ۱۳-۱۱؛ باقی زاده و امیدی فرد، ۱۳۹۳، ش ۴۷: ۱۷۶-۱۷۴). این حکم شرعی که به ملازمه آن حکم عقل دلالت بر منع اختلال نظام دارد، در فروع و ابواب متعدد فقهی مستند حکم فقها قرار گرفته است. از جمله در مدارک و مبانی اصل صحت به روایت امام صادق^(ع) که فرمودند «اگر قاعده ید حاکم نباشد برای مسلمانان بازاری باقی نمی‌ماند» استناد شده است با ذکر این نکته که اگر اصل صحت جاری نباشد، در نظام اجتماعی و اقتصادی اختلال و هرج و مرج ایجاد می‌گردد و منطق عقلایی، به طریق اولی جریان اصل صحت را ضروری می‌داند (محقق داماد یزدی، ۱۴۰۶، ج ۱: ۲۰۰-۱۹۹) و هم‌چنین حکم عدم جواز حيله در ربای قرضی مبتنی بر این امر قرار گرفته است که روح و حقیقت این نوع ربا فساد، ظلم و اختلال در نظام اقتصادی است (سیفی مازندرانی، ۱۴۳۰: ۲۴۲). مشابه همین استنادات در مواردی است که در صورت تخلف صاحب حساب در پرداخت چک، حکومت اسلامی - که در اینجا مقصود بانک‌های دولتی است - با توجه به ضرورت‌های حفظ نظام اقتصادی می‌تواند غرامت نقدی برای او تعیین نماید (جمعی از مؤلفان، بی‌تا، ج ۴۳: ۲۲) و نیز در جایی که اختیار طرفین معامله در تعیین نرخ کالا سبب فساد و اختلال در نظام اقتصادی جامعه اسلامی گردد، حاکم می‌تواند نرخ را تعیین کرده و طرفین را ملزم به رعایت آن نماید (موسوی خمینی، ۱۴۲۶، ج ۲: ۹۲۲؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۹: ۳۳۳).

مجموع این موارد و امثال آن که به کثرت در منابع فقهی موجود است، گویای آن است که اختلال در هر یک از خرده نظام‌های جامعه - از جمله نظام سیاسی، نظام اجتماعی (به معنی خاص)، نظام فرهنگی و نظام اقتصادی - که بی‌شک موجب اختلال و نابسامانی در کل نظام زندگی مردم می‌شود (ملک افضلی اردکانی، ۱۳۹۶، ش ۶: ۱۳۹) مورد منع و حرمت عقل و شرع خواهد بود و بر همین اساس، حفظ نظام اقتصادی جامعه و منع اختلال آن مبتنی بر ضرورتی مسلم و دارای گستره‌ای وسیع در فقه اسلامی است که در اصل چهل و سوم قانون اساسی با عبارت «تأمین استقلال اقتصادی جامعه و ریشه کن کردن فقر و محرومیت و برآوردن نیازهای انسان در جریان رشد با حفظ آزادی او» به عنوان هدفی کلان برای نظام اقتصادی اسلامی مورد شناسایی و تصریح قرار گرفته است.

در این راستا بی‌قید و شرط بودن تعهدات اسناد تجاری که مبتنی بر ضرورت‌هایی چون جایگزینی اسناد مزبور به جای پول نقد، تأمین گردش سریع و مطمئن آنها و تضمین حقوق دارنده می‌باشد، مانع از بی‌اعتباری یا غیر قابل اجرا شدن تعهدات مزبور و تضمین کننده سرعت و سهولتی خواهد بود که معاملات و قراردادهای تجاری اقتضای آن را دارد. تردیدی نیست که اگر تعهدات امضاکنندگان سند تجاری، قطعیت و جزمیت لازم را نداشته و معلق و مقید به شروطی باشد که همواره ممکن است موجب اختلال و توقف در پرداخت‌ها گردد، مانع گردش و توسعه و ترویج این اسناد و در نتیجه، موجب مشکلات بسیاری در گردش سرمایه و تولید از طریق اسناد تجاری در روابط بازرگانی داخلی و بین‌المللی خواهد شد؛ امری که می‌تواند یکی از عوامل به وجود آمدن اختلال در نظام اقتصادی باشد و با مقاصد و اهداف شریعت و مصلحت حفظ و رشد نظام اقتصادی جامعه در تنافی است و از همین حیث می‌توان به دیدگاه فقهی نسبت به لزوم حاکمیت «اصل بی‌قید و شرط بودن» در مورد تعهدات اسناد تجاری و ضرورت قانون‌گذاری در این خصوص دست یافت.

نتیجه‌گیری

«اصل بی‌قید و شرط بودن تعهدات اسناد تجاری» قاعده‌ای حقوقی و ناشی از وصف تنجیزی این اسناد است و بر لزوم مطلق، قطعی و منجز بودن تعهدات امضاکنندگان و مسئولان پرداخت اسناد تجاری (برات، سفته، چک) دلالت دارد. مبنای شکل‌گیری و جریان چنین اصلی، که بر خلاف

اصول عام حاکم بر تعهدات مدنی است، نیازهای تجاری می‌باشد؛ از جمله «جایگزینی اسناد تجاری به جای پول نقد»، «تأمین سرعت، سهولت و امنیت در گردش اسناد تجاری» و «حمایت از حقوق دارنده اسناد تجاری» که غیر مقید و مشروط بودن تعهدات موضوع اسناد تجاری را ضروری نموده و موجب گردیده است که حتی بسیار پیش از قانون‌گذاری در خصوص آن، در عرف بازرگانان به‌عنوان اصلی مسلم و پذیرفته شده جریان یابد. این اصل که از لحاظ حقوقی در راستای نظریه حکومت ظاهر، وصف جایگزینی و وصف تنجیزی اسناد تجاری است، از دیدگاه فقهی با لحاظ مقاصد و اهداف شریعت و بر اساس عناوینی چون «مصلحت حفظ مال» و «منع اختلال در نظام اقتصادی» قابل تحلیل و تأیید می‌باشد.

با عنایت به نیازها و ضرورت‌های حقوقی و اقتصادی و مبانی فقهی که در مقاله حاضر بیان گردید و با توجه به اینکه تحقیق و پژوهش در خصوص «اصل بی قید و شرط بودن تعهدات اسناد تجاری» از لحاظ حقوقی و فقهی در میان دانشگاهیان و محققان این حوزه تاکنون سابقه چندانی نداشته است و قضاات و وکلای دادگستری نیز به‌واسطه مبهم و نامشخص بودن این اصل در قوانین و نظام حقوقی ایران، در پرونده‌ها و اختلافات محمل کافی و مناسبی برای استناد به اصل مزبور پیش رو ندارند، به نظر می‌رسد لازم است از سویی مفاد، قلمرو و آثار این اصل توسط اساتید و محققان مورد بحث و بررسی قرار گیرد و از سوی دیگر، قانونگذار با لحاظ مبانی حقوقی و فقهی این اصل و نتایج سایر تحقیقات نظری در این خصوص، و با الهام از مقررات موضوعه در کنوانسیون‌های ژنو و آنسیرال، در اصلاح قانون تجارت نسبت به «اصل بی قید و شرط بودن تعهدات اسناد تجاری» و تصریح و پیش‌بینی آثار و ضمانت اجرای این اصل توجه کافی مبذول دارد.

نتیجه چنین اقدامی این است که در دعاوی و اختلافات محتمل، مستندات و ضوابطی روشن پیش روی وکلا و قضاات دادگستری می‌باشد که امکان دفاع و صدور آرای مناسب و مقتضی را در جهت تضمین هرچه بیش‌تر حقوق ذی‌نفعان و دارندگان اسناد تجاری فراهم خواهد نمود که ثمره آن افزایش اعتماد تجار و غیر تجار به اسناد تجاری و ترویج این اسناد در جامعه می‌باشد؛ امری که در انتظام بخشی به سیستم پولی و بانکی کشور، کاهش تورم، تسهیل و تسریع در معاملات بازرگانی داخلی و خارجی و نهایتاً رشد و رونق اقتصادی کشور مؤثر خواهد بود.

منابع

- احمدی، فاطمه (بهار ۱۳۹۶) «فرمالیسم اسناد تجاری و آثار آن در حقوق تجارت ایران»، مطالعات حقوق، شماره ۸.
- اخلاقی، بهروز. (اسفند ۱۳۵۸) «بحثی پیرامون مفهوم اسناد تجاری»، دانشکده حقوق و علوم سیاسی (دانشگاه تهران)، شماره ۲۱.
- _____. (بهار و تابستان ۱۳۶۹) «اسناد تجاری در قلمرو حقوق بین‌الملل / دیدگاه‌های پیمان ژنو ۱۹۳۰»، حقوقی بین‌المللی، شماره ۱۲.
- اسکینی، ربیعا. (۱۳۹۴) حقوق تجارت تطبیقی، تهران: مجد، چاپ سوم.
- «اسناد تجاری» (بهمین و اسفند ۱۳۸۴)، قضاوت، شماره ۳۶.
- امامی، حسن. (۱۳۸۸) حقوق مدنی، تهران: انتشارات اسلامیه، چاپ بیست و یکم.
- انوری، حسن. (۱۳۸۲) فرهنگ بزرگ سخن، تهران: انتشارات سخن، چاپ دوم.
- الله‌آبادی، کمال. (تابستان و پاییز ۱۳۷۷) «اصل استقلال امضاءها و عدم توجه ایرادات اسناد تجاری»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۱۰ و ۱۱.
- باقی زاده، محمدجواد و امیدی فرد، عبدالله. (پاییز ۱۳۹۳) «ضرورت حفظ نظام و منع اختلال در آن در فقه امامیه»، شیعه‌شناسی، شماره ۴۷.
- برزش آبادی، حمزه. (پاییز و زمستان ۱۳۹۰) «جایگاه اصل عدم توجه به ایرادات اسناد تجاری در حقوق ایران با لحاظ کنوانسیون آنسیترا راجع به برات و سفته بین‌المللی» گفت‌مان حقوقی، شماره ۱۹ و ۲۰.
- بهرامی، بهرام. (۱۳۹۶) اوصاف اسناد تجاری، تهران: نگاه بینه، چاپ سوم.
- تهانوی، محمدعلی بن علی. (۱۹۹۶م). کشف اصطلاحات الفنون، بیروت: مکتبه لبنان ناشرون، چاپ اول.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۶) مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ سوم.
- جمعی از مؤلفان. (بی تا^۱)، مجله فقه اهل‌البیت علیهم‌السلام (بالعربی)، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل‌بیت^(ع)، چاپ اول.
- _____. (بی تا^۲)، مجله فقه اهل‌بیت علیهم‌السلام (فارسی)، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل‌بیت^(ع)، چاپ اول.
- حبیبی، مهدی. (۱۳۸۸) «مطالعه تطبیقی اصل استقلال امضاءها در حقوق ایران و کنوانسیون ژنو

- ۱۹۳۰، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه مازندران.
- حسینی مراغی، میرعبدالفتاح بن علی. (۱۴۱۷ق.). *العناوین الفقہیہ*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول.
- دارینی، علی. (بهار ۱۳۸۰) «واپژوهی: مصلحت و جایگاه فقهی آن»، *راهبرد*، شماره ۱۹.
- درویشی هویدا، یوسف. (بهار ۱۳۹۵) «تأملی بر امتیازات اسناد تجاری و زمینه‌های جانشینی چک به جای سایر اسناد تجاری»، *قضاوت*، شماره ۸۵.
- دفتر حقوقی اندیشه. (مهر و آبان ۱۳۷۲) «چک و سفته رایج‌ترین اسناد تجاری»، *حسابدار*، شماره ۹۹ و ۱۰۰.
- سید احمدی سجادی، علی. (پاییز ۱۳۸۱) «تضامن در اسناد تجاری»، *مجتمع آموزش عالی قم*، شماره ۱۴.
- سیفی مازندرانی، علی اکبر. (۱۴۳۰ق.). *دلیل تحریر الوسیله - فقه الربا*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول.
- _____. (۱۴۲۵ق.). *مبانی الفقه الفعّال فی القواعد الفقہیہ الاساسیہ*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول.
- شاکری، بلال. (پاییز ۱۳۹۱) «لزوم تبعیت احکام از مصالح و مفاصل»، *پژوهش‌های اصولی*، شماره ۱۴.
- شوشتری، مهدی و سید محمد حیدری خورمیزی. (پاییز و زمستان ۱۳۹۶) «بررسی اعتبار مقاصد شریعت در آثار فقه‌های امامیه با تأکید بر دیدگاه امام خمینی»، *پژوهشنامه امامیه*، شماره ۶.
- شوشتری، مهدی و حسین ناصر مقدم و حسین صابری. (بهار ۱۳۹۵) «سازوکارهای کشف مقاصد شریعت»، *پژوهش‌های فقهی*، شماره ۱.
- شیوا رضوی، کاظم. (بی‌تا) *مطالعه تطبیقی گردش چک*، بی‌جا: چاپ گیلان.
- صادقی مزیدی، رسول. (۱۳۹۲) *حقوق اسناد تجاری*، تهران: انتشارات جنگل، چاپ اول.
- صرامی، سیف‌الله. (زمستان ۱۳۹۰) «درآمدی بر فقه حکومتی (تعریف و مبانی)»، *فقه*، شماره ۴.
- صقری، محمد. (۱۳۹۴) *حقوق بازرگانی اسناد*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم.
- عبدالملکی، مهدی. (بهار ۱۳۸۹) «اوصاف اسناد براتی در نظریه‌های حقوقی»، *حقوقی دادگستری*، شماره ۶۹.
- عبدی پور فرد، ابراهیم و علی فتوحی راد. (بهار و تابستان ۱۳۹۵) «تحلیل اقتصادی اسناد تجاری به‌عنوان سیستم پرداخت»، *دانشنامه حقوق اقتصادی*، شماره ۹.

- عرفانی، محمد. (بهار ۱۳۸۸) «بررسی جایگاه مصلحت در فقه شیعه و اهل سنت»، کوثر معارف، شماره ۹.
- عرفانی، محمود. (۱۳۹۳) حقوق تجارت، تهران: انتشارات جنگل، جاودانه، چاپ سوم.
- علی اکبریان، حسن علی. (بهار ۱۳۹۱) «نقش حکمت احکام در حل تعارض و تراحم»، فقه، شماره ۱.
- عمید زنجانی، عباس علی. (۱۴۲۱ق.) فقه سیاسی، تهران: امیرکبیر، چاپ چهارم.
- قدیر، محسن و عادل ساریخانی. (پاییز ۱۳۹۰) «احکام حکومتی و مصلحت در فقه شیعه»، شیعه شناسی، شماره ۳۵.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۶) مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ شصت و یکم.
- _____. (۱۳۸۷) دوره مدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی: قرارداد - ایقاع، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ سیزدهم.
- _____. (۱۳۹۳) فلسفه حقوق: منابع حقوق (جلد دوم)، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم.
- _____. (۱۳۹۵) فلسفه حقوق: تعریف و ماهیت حقوق (جلد اول)، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ هشتم.
- _____. (۱۳۹۸) فلسفه حقوق: منطق حقوق (جلد سوم)، تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ اول.
- کرم نژاد، اویس. (بهار و تابستان ۱۳۹۱) «اصول حاکم بر اسناد تجاری»، راه وکالت، شماره ۷.
- مافی، همایون و راضیه عبدالصمدی. (زمستان ۱۳۹۴) «بررسی تطبیقی وصف تجریدی در اسناد تجاری با اصل استقلال امضائات در اعتبارات اسنادی»، پژوهش نامه بازرگانی، شماره ۷۷.
- مبلغی، احمد. (زمستان ۱۳۸۷)، «نیم نگاهی به مکتب فقهی غایت گرا»، فقه، شماره ۴.
- محصلی، هدایت حسین. (تابستان ۱۳۹۱) «جایگاه مقاصد شریعت در استنباط احکام فقهی»، کوثر معارف، شماره ۲۲.
- محقق داماد یزدی، مصطفی. (۱۴۰۶ق.) قواعد فقه، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوازدهم.
- مرتضوی، عبدالحمید، (۱۳۹۴) قواعد عمومی اسناد تجاری (با نگاه به لایحه قانون تجارت سال ۱۳۹۱)، تهران: انتشارات جاودانه، جنگل، چاپ دوم.
- مزینه، امینه. (جمادی الاولی ۱۴۳۵ق.) «اقتصاد، تجلیات حفظ الشریعه لمقصد المال»، الوعي الاسلامی، شماره ۵۸۵.

- مسعودی، بابک. (زمستان ۱۳۷۹) «اصول حاکم بر اسناد تجاری»، *کانون وکلا*، شماره ۱۷۱.
- مطهری، مرتضی. (بی تا) *فقه و حقوق (مجموعه آثار)*، قم: چاپ اول.
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۹ق.) رساله توضیح المسائل، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب^(ع)، چاپ پنجاه و دوم.
- ملک افضلی اردکانی، محسن. (پاییز ۱۳۹۶) «حفظ نظام مقصد اساسی شریعت در فقه و قانون گذاری در نظام حقوقی اسلام»، *مجموعه مقالات کنگره بین المللی علوم انسانی اسلامی*، شماره ۶.
- موسوی خمینی، روح الله. (۱۴۲۶ق.)، توضیح المسائل، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی. (بی تا) *القواعد الفقهیه (جامعه الاصول)*، بی جا: بی نا.
- نقیبی، ابوالقاسم. (تابستان ۱۳۹۶) «مقاصد شریعت و جایگاه آن در استنباط احکام شرعی»، *پژوهش های فقهی*، شماره ۲.
- نوروزی مهباری، مصطفی. (بهار ۱۳۹۵) «مطالعه تطبیقی ماهیت و آثار ظهرونی و وکالت در اسناد تجاری در ایران و فقه»، *تحقیقات جدید در علوم انسانی*، شماره ۲.
- نوری، حسن. (پاییز ۱۳۸۳) «اصل عدم قابلیت استناد به ایرادات در اسناد تجاری»، *الهیات و حقوق*، شماره ۱۳.
- وطنی، امیر و علیرضا حیدر زاده. (زمستان ۱۳۹۴) «مبانی اعتبار مصلحت در استنباط احکام شرعی»، *مطالعات معرفتی در دانشگاه اسلامی*، شماره ۴.

بررسی و مقایسه حالت اغماء با بیهوشی عمومی و مرگ مغزی در فقه و حقوق ایران

مرتضی چیت‌سازیان^۱

حامد حسینی‌نیا^۲

چکیده: در این نوشتار سعی شده است تا حالت اغماء تبیین گردد و این حالت با بیهوشی عمومی و مرگ مغزی، با مراجعه به آرای فقها و حقوق‌دانان و آخرین یافته‌های پزشکی مقایسه گردد. اغماء برخلاف باور رایج یک بیماری نیست، بلکه به عنوان حالتی از ناهشیاری است که از صدمه به قوای دماغی مغمی‌علیه نشان دارد. مداخلت بررسی حالت اغماء و تمایز آن از حالات مشابه در علم فقه و حقوق در ثمره بحث نهفته است. مهم‌ترین ثمره بحث پیرامون شناخت حالت اغماء و مقایسه آن با بیهوشی عمومی و مرگ مغزی در پاسخ موشکافانه به این پرسش نمایان می‌شود که فرد مغمی‌علیه در کدام وضعیت حیاتی قرار دارد، زیرا در فقه و حقوق میان مرگ و زندگی انسان رابطه عمیقی وجود دارد از این منظر که برخی احکام فقط به سبب موت و بر میت مجری است و در مقابل نیز احکامی وجود دارد که تا فرد در قید حیات است بر وی جاری می‌شود و با زهوق روح قابلیت اجرایی ندارد. بنابراین بررسی دقیق مفاهیم حیات و موت برای نیل به مقصود در این نوشتار اجتناب ناپذیر است.

کلیدواژه‌ها: اغماء، بیهوشی عمومی، مرگ مغزی، محجور، اهلیت.

مقدمه

از نظر پزشکی، اغماء یا کُما معمولاً حالتی از ناهشیاری است که با فقدان آگاهی از محیط و بیدارنبودن همراه است. در بیهوشی عمومی، بیمار کاملاً هشیاری خود را ازدست می‌دهد و چیزی به خاطر ندارد. اغماء بیماری نیست، بلکه نشان از یک عارضه و صدمه به قوای دماغی دارد که منجر به بیهوشی می‌شود. بیهوشی این افراد ممکن است کوتاه مدت و یا طولانی مدت باشد. از نظر پزشکی، افرادی که در حالت اغماء به سر می‌برند، زنده و دارای علائم حیاتی هستند و تمام آثار

۱. E-mail: morteza.chitsazian@yahoo.com

۱. استادیار دانشگاه شهید مطهری.

۲. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد فقه و حقوق خصوصی دانشگاه شهید مطهری (نویسنده مسئول).

E-mail: h.hasaninia@gmail.com

دریافت مقاله: ۱۳۹۸/۱۲/۱۷ تأیید مقاله: ۱۳۹۹/۰۴/۱۷

فقهی و حقوقی اشخاص زنده بر آنها جاری می‌شود و نمی‌توان به دلیل طولانی بودن مدت اغماء، شخص را میت پنداشت و احکام مرده را بر وی جاری ساخت. مرگ مغزی به وضعیت غیرقابل بازگشت گفته می‌شود که همه عملکردهای مغز در آن متوقف می‌شود اغماء با مرگ مغزی که فرد در آن علائم حیاتی ندارد و مغز به طور کلی آسیب دیده است، متفاوت است. مرگ مغزی، در واقع، همان مرگ قطعی است، در صورتی که در شخص در حال اغماء احتمال بازگشت به زندگی روزمره وجود دارد و این حالت بیش تر شبیه به حالت بیهوشی عمومی است. بدین سبب در تحقیق پیش رو ابتدا اغماء و بیهوشی عمومی مورد بررسی قرار می‌گیرد و سپس به تحلیل حالت مرگ مغزی در مقایسه با اغماء خواهیم پرداخت.

۱. مقایسه اغماء و بیهوشی عمومی

بر خلاف باور عمومی که فرد در حال بیهوشی عمومی را شبیه کسی می‌دانند که در خواب عمیق بسر می‌برد، فرد در حال بیهوشی عمومی، بیش تر مانند کسی است که در حال اغماء است. فعل و انفعالات مغزی در افراد در حال اغماء مشابه افرادی است که تحت بیهوشی عمومی قرار دارند، با این تفاوت که فردی که در حال بیهوشی عمومی است در حالتی از بیهوشی کنترل شده قرار دارد. زمان به هوش آمدن وی و مدت بیهوشی او توسط پزشکان تعیین می‌گردد. مقدار غلظت یا همان دوز داروهای بیهوشی به اندازه‌ای است که پس از انجام عمل جراحی اثرات آن برطرف شده و فرد به حالت طبیعی بازمی‌گردد، اما در اغماء، آنچه فرد را به بیهوشی می‌برد داروهای بیهوشی نیست، بلکه آسیب‌های وارده و یا بیماری است که حالت اغماء در پی آن آسیب ایجاد شده است. اغماء، در واقع، واکنشی است که بدن در پاسخ به آن آسیب‌ها از خود نشان می‌دهد. مدت زمان به هوش آمدن فرد در حال اغماء به هیچ وجه تحت کنترل خود او یا متخصصان بیهوشی نیست و بسته به شدت و میزان آسیب، ممکن است فرد مدت‌ها در این حالت بماند.

۱-۱. حیات فرد در حال اغماء

اینکه مرگ چگونه حالتی است و علل حدوث آن چه می‌باشد مطلبی است که محل بحث آن در علم حقوق نیست و در علوم پزشکی و مباحث پزشکی قانونی به تفصیل به آن پرداخته شده است. آنچه در علم حقوق حائز اهمیت است آثار و پیامدهایی است که با مرگ و به دنبال آن جاری

می‌شود (زراعت، ۱۳۸۴، ج ۱: ۵۸). به‌عنوان نمونه می‌توان از وضعیت حقوق مالی و ماترک متوفی و حقوق ارثی وراثت، حال شدن دیون و در مباحث جزایی نیز از قتل و قصاص نام برد که همه از آثار حقوقی است که به دنبال مرگ حادث می‌شود. از این رو میان مرگ و زندگی انسان با فقه و حقوق رابطه عمیقی وجود دارد به جهت اینکه برخی از احکام است که فقط به سبب مرگ و بر انسان مرده جاری می‌شود، در مقابل نیز احکامی وجود دارد که فقط به انسان زنده تعلق می‌گیرد و با فوت، دیگر قابلیت اجرایی خود را از دست خواهد داد (میرهاشمی، ۱۳۸۵، ش ۴۴: ۹۱). به‌عنوان مثال می‌توان از عقود اذنی مانند وکالت نام برد که پس از موت زوال می‌یابد. لذا جهت پاسخ به بسیاری از مسائل حقوقی در مورد افراد در حال اغماء باید بررسی شود که ایشان در چه وضعیتی قرار دارند، آیا می‌توان این افراد را متوفی در نظر گرفت و آثار میت را بر آنان بار نمود یا خیر؟

لازمه پاسخ به این سؤال، دانستن این موضوع است که از نظر حقوق دانان، انسان‌ها در یکی از این سه حالت قرار دارند: ۱- مرگ قطعی؛ ۲- حیات غیرمستقر؛ ۳- حیات مستقر (صادقی، ۱۳۷۴، ش ۵: ۲۸).

برای کشف حالت حیاتی فرد در حال اغماء، سه حالت فوق را تعریف کرده و شاخصه‌های آنها را بیان نموده و سپس تحلیل می‌کنیم که آیا با آن شاخصه‌ها می‌توان آن حالت را برای فرد در حال اغماء معجری دانست.

۱-۱-۱. مرگ قطعی

در تعریف مرگ قطعی می‌توان گفت: توقف برگشت ناپذیر و قطعی فعالیت‌های قلبی، عروقی، تنفسی، حسی و حرکتی است که مرگ سلول‌های مغزی بر وجود آن صحنه می‌گذارند (شیرزاد، ۱۳۸۹: ۲۷). بنابراین دو خصیصه در تعیین مرگ قطعی وجود دارد که یکی برگشت ناپذیری اعمال حیاتی و دیگری مرگ سلول‌های مغزی است.

در حوزه فقهی، مرگ مفارقت کامل و دائمی روح از بدن است.^۱ در این حوزه انسان، موجودی است که دارای دو بعد روحانی و جسمانی است. روح در عالم ماده، ساکن نیست، بنابراین نمی‌توان آن را حس کرد، اما حقیقتی است که به بدن تعلق داشته و می‌توان آثاری را که بر کالبد جسمانی می‌گذارد درک کرد. این آثار را عبارتند از: هوشیاری، قدرت تشخیص، تفکر،

حواس، تعقل و... زمانی که جمیع این آثار زایل گردد تصرف روح توسط بدن، قطع می‌شود و این همان مرگ بیولوژیک است (عباسی و فرزادی، ۱۳۹۰، ش ۲: ۲۵).

از این نظر، روح، رهبر و اداره کننده سیستم جسمانی است و مرگ، اختلال در مدیریت سیستم جسمانی می‌باشد (سراجی، ۱۳۸۹: ۷۴). قرآن کریم این تعریف از مرگ را در آیه شریفه «ای رسول ما، بگو به آنها که فرشته مرگ که مامور قبض روح شما است جان شما را خواهد گرفت و پس از مرگ به سوی خدای خود باز می‌گردید» (سوره سجده: ۱۱) بیان می‌کند. این در حالی است که فقهای معاصر، برخی از علائم پزشکی را برای تعریف مرگ قطعی استفاده نموده‌اند که از جمله آن قطع امواج مغزی می‌باشد.

می‌دانیم که تفسیر موضوعات تأسیسی که شارع آنها را جعل کرده، خود شارع مقدس است و هرگونه شبهه‌ای در آن موضوعات را می‌بایست با متون شرعی پاسخ گفت، زیرا کارایی عرف برای تعیین مصداق تنها در موضوعات عرفی مورد بحث می‌باشد. موضوعاتی که از مخترعات شرعی است و یا موضوعاتی که در گزاره‌های عقلی وجود دارد محلی برای این توهّم که عرف مرجع تطبیق مصداق است، باقی نمی‌گذارد. به عنوان مثال در مورد صحت نماز چون نماز، مخترع شرعی است پس شرع مقدس باید خود، صحت آن را داوری کند (علیدوست، ۱۳۸۳، ش ۲: ۱۳).

در مقام تحلیل موضوعات امضایی که دارای سابقه بوده و فقط مورد تأیید شارع قرار گرفته است، می‌توان خود این موضوعات را به دو قسم تقسیم نمود:

الف: برخی از موضوعات عموماً شبهه‌دار بوده و دارای حالت صعودی- نزولی است و از درجه خفیف شروع و به درجه قوی ختم می‌شود. قاعدتاً در درجه خفیف این موضوعات، کشف مشکل می‌باشد، اما درجات قوی آنچنان واضح است که هیچ شبهه‌ای بدان راه نمی‌یابد. از این قبیل موضوعات می‌توان به موضوع استطاعت اشاره کرد که گاهی وضع معیشتی فرد طوری است که نمی‌توان به وضوح حکم به استطاعت او داد، اما گاهی در مورد فردی غنی، بر همگان استطاعت وی محرز است.

ب: دومین قسم موضوعاتی هستند که حالت آنها بین وجود و عدم، دوران دارد، یعنی یا وجود دارند یا ندارند و قابل تشکیک نیستند. همین خصیصه سبب می‌شود تا تشخیص این دسته از موضوعات دارای حساسیت خاصی باشد. برای نمونه، تعیین زمان طلوع خورشید نیاز به بررسی علمی دارد زیرا در یک لحظه معین، خورشید یا طلوع کرده است یا خیر. لازم است به صورت

دقیق این مسئله مشخص گردد تا نمازگزار بداند چه نمازی بر دمه وی واجب است و با گذشتن چند لحظه حکم قضیه متفاوت می شود (علیدوست، ۱۳۸۳، ش ۲: ۱۴).

حال می بایست دریابیم که هر کدام از این اقسام با چه معیاری اثبات می گردد، یا به عبارت دیگر، با چه معیاری مصادیق هر مفهوم را می توان جست و سپس بررسی کنیم که مرگ در کدام دسته از موضوعات قرار دارد.

در پاسخ به سؤال اول باید در نظر داشت که برای هر کدام از این اقسام ملاک هایی را از جمله داوری عقل، نظر فقیه، تشخیص خود مکلف، عرف عام، رجوع به اهل خبره و کارشناس می توان برشمرد. همه این ملاک ها تا حدودی ما را به مصادیق نزدیک می کند، اما هیچ کدام از این ملاک ها موضوعیت نداشته، بلکه طریقی است برای رسیدن به واقع. برای تعیین طریق مقدم در هر مورد خاص باید طریقی را انتخاب کرد که در جهت کشف از واقع مطمئن تر باشد. از این رو، اگر در تطبیق یک مصداق خاص از مفهومی به این نتیجه برسیم که داوری یک ملاک مثلاً عقل نمی تواند در تطبیق مصداق کمک کند، اصرار بر مرجعیت عقل برای مقایسه صحیح نیست و درست آن است که مصرانه بخواهیم با دقت تطبیق نموده و تسامح و اغماض را رد کرده و نهادی را برگزینیم که آن نهاد بتواند دقیق تر تطبیق را داوری کند. از این رو، ملاکی برای تطبیق مقدم است که به کشف از واقع نزدیک و مطمئن تر باشد. هم چنین در مسائل ساده، عرف عام می تواند ساده ترین و در دسترس ترین راه حل برای تعیین مصادیق باشد، اما در مورد مسائل پیچیده که در آن لازم است به واقع موضوعات برسیم، استفاده از نظر کارشناس خبره مطمئن ترین راه حل است (علیدوست، ۱۳۸۳، ش ۲: ۲۷).

با این تعبیر، در موضوعات امضایی قسم اول، عرف می تواند بهترین مرجع برای تعیین مصداق باشد، اما مقصود از عرف، عرفی دقیق است نه عرف همراه با مسامحه. تسامح عرفی هیچ وقت نمی تواند معیار و ملاک مناسبی باشد، نه در بیان مفاهیم و نه در تشخیص مصادیق. لذا مقصود از مراجعه به عرف، رجوع به عرفی است که با دقت تمام در تشخیص مفاهیم و مصادیق ایفای نقش کند (علیدوست، ۱۳۸۳، ش ۲: ۱۴). البته در اصل مراجعه به عرف نیز بین فقها اختلاف است و بحث بر سر این است که آیا عرف اساساً می تواند مرجع تشخیص مفاهیم بر مصادیق باشد یا خیر.

اجمالاً بیان می داریم که برخی از فقها معتقدند که عرف، تنها معیار تشخیص است چون شارع اصطلاح خاصی برای مفهوم موت یا حیات وضع نکرده است. پس معنی موت و حیات چون از

موضوعات عرفی هستند، همان معانی عرفی آنهاست و در نتیجه باید به عرف مراجعه نماییم. اگر قرار بود که مفهوم بر مصادیق غیر از عرف جاری شود، حتماً شارع لسان مختص آن را بیان می نمود.

در مقابل عده‌ای دیگر که مشهور فقها هستند، معتقدند که عرف نمی تواند معیار مناسبی باشد، چون عرف تسامح غیر معقول و غیر مطابق با واقع دارد. این گروه از فقها تسامح را نمی پذیرند. از این روست که بیان می دارند حتی یک گام مانده به حد شرعی نماز مکلف شکسته نمی باشد، چرا که مسائل احکام تسامح بردار نیست.

در موضوعات امضایی قسم دوم هیچ گونه شکی نیست که عرف توانایی حل شبهه در تعیین مصادیق این دسته از موضوعات را ندارد، چرا که پیچیدگی های این قسم از موضوعات تشخیص آن را مشکل کرده است. از این رو، تشخیص مصادیق این قسم نیاز به بررسی های دقیق داشته و با استفاده از آزمایش ها و تحلیل های عقلانی و علمی می توان مصادیق این موضوعات را یافت. پس مراجعه به نظر اهل خبره و کارشناس می تواند بهترین ملاک برای اثبات این موضوعات باشد.

اما در مسئله تشخیص مصادیق بر مفهوم مرگ و بحث اصلی این بحث مبنی بر اینکه آیا فرد در حال اغماء مشمول مفهوم و احکام میت می گردد یا خیر، باید گفت بلا شک مرگ، از جمله مسائل و موضوعات امضایی است که می بایست با کمک گرفتن از یافته های پزشکی و موازین علمی، مصادیق آن را تشخیص داد، زیرا همان طور که ذکر شد این مسئله بین وجود یا عدم، دوران دارد و در یک زمان معین یا فرد زنده است و از تعریف و دایره شمول موضوع مرگ خارج است و یا داخل در آن است و باید احکام میت را بر وی جاری نمود. این مسئله را نمی توان با دید عرفی تعیین کرد و لزوماً می بایست از دانش پزشکی و ملاک های آن برای کشف استفاده کرد. به دلیل اینکه مطمئن ترین ملاک برای تشخیص مصادیق مرگ با همه پیچیدگی های نظری آن، نظر اهل خبره و متخصصین می باشد.

در مجموع با توجه به مسائلی که مطرح گردید و نتیجه حاصله می توان گفت که از نظر قواعد حقوق اسلامی تعریف و شناخت مرگ، به نظرات و دیدگاه های متخصصان علم طب استناد می شود. اگر مرگ نزد متخصصین شبهه دار باشد و احتمال بازگشت حیات مغز داده شود اصل بر بقای زندگی گزارده می شود (روحانی و نوغانی، ۱۳۷۶: ۱۷۱-۱۷۰).

از این رو یگانه ملاک برای تمیز بین حالات مرگ و حیات، دانش پزشکی و موازین علمی آن است، اما در خصوص فرد در حال اغماء از نظر دانش پزشکی نمی‌توان این افراد را میت تصور کرد، زیرا که در تعریف علمی ارائه شده از مرگ عبارت «قطع غیر قابل بازگشت اعمال قلبی و تنفسی» درج شده است، در صورتی که در تعریف اغماء ملاحظه شد که احتمال دارد اعمال قلبی عروقی فرد مبتلا به حالت مذکور هرگز قطع نشود و در صورت قطع آن، می‌توان با استمداد از تجهیزات پزشکی به صورت مصنوعی، اعمال مذکور را ادامه داد و البته در این شرایط احتمال بازگشت وجود دارد. هم‌چنین مرگ سلول‌های مغزی نیز از علائم علمی مرگ در دانش پزشکی می‌باشد. در صورتی که سلول‌های مغز فرد در حال اغماء دارای فعل و انفعالات می‌باشد. بیماری که مبتلا به حال اغماء گشته دارای مغز زنده بوده و فقط دچار اختلال در کارکرد مغز می‌باشد. با توجه به مسائل طرح شده چنین حالتی را هرگز نمی‌توان به‌عنوان مصداقی از موت دانست. افراد مبتلا به این حالت، نباید میت در نظر گرفته شوند، چون مغز که ابزار روح می‌باشد سالم است و جایگاه روح در بدن همچنان باقی است. پس از نظر علم طب، فرد در حال اغماء در حالت مرگ قطعی قرار ندارد و از نظر شرعی و حقوقی نیز به این نتیجه رسیدیم که در این زمینه می‌باید تابع نظر علمی بود.

۱-۱-۲. حیات غیرمستقر

با توجه به اینکه فرد در حال اغماء مرده محسوب نمی‌شود، در نظر داریم تحلیل کنیم که آیا این دسته از افراد در حالت حیات غیرمستقر قرار دارند یا خیر. در تعریف حیات غیرمستقر می‌توان گفت حالتی است که فرد به لحاظ آسیب‌های فیزیکی وارده و شرایط بدنی در آستانه مرگ قرار گرفته و در مدت زمان اندکی به مرگ قطعی دچار می‌گردد و البته در این حالت دیگر امکان بازگشت وی وجود ندارد (حاتمی و مسعودی، ۱۳۸۹، ۱: ۷۳). از این رو، در این حالت به لحاظ وضع خاص فرد بعضی از احکام زندگان و برخی از احکام مردگان بر فرد جاری می‌گردد (نظری توکلی، ۱۳۸۲، دفتر ۷۳: ۹۱)؛ و به تعبیر قانون‌گذار در ماده ۳۷۲ قانون مجازات اسلامی، آخرین رمق حیاتی فرد مانده است، به این حالت در اصطلاح فقهی حالت «حیات غیرمستقر» می‌گویند. فرد در حال اغماء در تعریف ارائه شده ذیل حالت حیات غیرمستقر نیز نمی‌گنجد زیرا اولاً، مشخص نیست فرد در چه زمانی از دنیا خواهد رفت. ثانیاً، احتمال بازگشت در فرد وجود دارد و

افراد زیادی از این حالت بازگشته‌اند. ثالثاً، افراد در این حالت دچار آسیب‌های برگشت‌ناپذیری نشده‌اند، از این رو هیچ شباهتی بین بیماری که دچار اغماء شده و فرد در حالت غیرمستقر وجود ندارد.

۳-۱-۱. حیات مستقر

در صورتی که حالت حیات فرد در دایره دو حالت دیگر نباشد، فرد دارای حیات مستقر می‌باشد. نظر به اینکه فرد در حال اغماء در هیچ کدام از حالات مرگ قطعی و حیات غیرمستقر قرار ندارد به این نتیجه می‌رسیم که فرد در حال اغماء در حالت حیات مستقر قرار داشته و کلیه احکام افراد زنده در مورد وی جاری می‌گردد.

۲. مقایسه اغماء با مرگ مغزی

یکی دیگر از موارد اختلال در کارکرد مغز، حالت مرگ مغزی است، که ممکن است این دو حالت به اشتباه با یکدیگر خلط شوند. لذا ضرورت دارد که در این قسمت جهت رفع هرگونه شبهه احتمالی به تحلیل این حالت و نیز وضعیت حیاتی افراد مبتلا به این حالت و در نهایت به مقایسه مرگ مغزی با اغماء پردازیم و وجوه تمایز آنها را بیان کنیم.

۲-۱. مرگ مغزی

۲-۱-۱. تحلیل حالت مرگ مغزی

مرگ مغزی به طور اجمالی، به از بین رفتن غیر قابل بازگشت اعمال عالیه مغز انسان تعریف شده است (گودرزی و کیانی، ۱۳۹۰: ۴۲). عوامل اصلی ایجادکننده مرگ مغزی را می‌توان ضربه مغزی، خونریزی مغزی و ایست قلبی دانست (سلطانیان، ۱۳۷۷، ش ۱۴: ۱۸۹). پس از بروز یکی از این علل به دلیل اینکه مغز انسان مرکز کنترل اعمال حیاتی چون تنفس و اعمال قلبی عروقی است، کار خون‌رسانی و اکسیژن‌رسانی به مغز با اختلال مواجه می‌شود و از آنجایی که سلول‌های مغزی نسبت به سایر سلول‌های بدن در برابر کمبود اکسیژن حساس‌ترند، فقط نرسیدن سه تا پنج دقیقه اکسیژن به مغز می‌تواند آسیب‌های جدی و برگشت‌ناپذیری به مغز برساند و منجر به مرگ سلول‌های مغزی گردد و با مرگ سلول‌های مغزی دیگر هدایت لازم به قلب و دستگاه تنفسی از

سوی مغز انجام نمی گیرد و مرگ مغزی منجر به مرگ قطعی می گردد (گودرزی و کیانی، ۱۳۹۰: ۴۲). این رویه طبیعی مرگ مغزی است که در اندک زمانی منجر به مرگ قطعی می گردد.

با پیشرفت علم طب، در جریان مرگ مغزی می توان اعمال قلبی و ریوی شخص را به وسیله دستگاه های پزشکی ادامه داد، اما چون کنترل دستگاه قلب و کنترل تنفس و دستگاه گوارش توسط مغز و ساقه مغز انجام می گیرد و این اعضا به دلیل مرگ سلول هایشان قادر به فعالیت نمی باشند، به محض جدا کردن افراد از دستگاه ها، زندگی آنها به پایان می رسد و مرگ قطعی رخ می دهد (سراجی، ۱۳۸۹: ۶۷). باید در نظر داشت که با توجه به اینکه سلول های مغزی در این حالت به لحاظ کمبود اکسیژن از بین می روند، دیگر امکان بازسازی و ترمیم وجود ندارد و بازگشت مغز به حالت اولیه امری محال است (گودرزی و کیانی، ۱۳۹۰: ۴۳). این دستگاه ها می توانند برای چند روز یا حداکثر چند ماه تنفس فرد را در حالت مصنوعی نگه دارند. از این روست که حتی در پیشرفته ترین بیمارستان ها در زمان کوتاهی، فرد مبتلا به مرگ مغزی، به مرگ قطعی دچار می شود.

آمارها نشان می دهد که ۸۵ درصد مبتلایان به مرگ مغزی بعد از یک هفته و تقریباً ۱۰۰ درصد آنان بعد از دو هفته با ایست قلبی مواجه خواهند شد و به ندرت اتفاق می افتد که قلب آنها بتواند بیش از دو هفته به فعالیت خود ادامه دهد (عباسی، ۱۳۸۹: ۱۸۱). حداکثر زمانی که دانش پزشکی توانسته فرد در حال مرگ مغزی را با کمک تجهیزات مصنوعی پزشکی نگه دارد ۱۰۷ روز بوده است (سلطانیان، ۱۳۷۷: ۱۹۰). در تمام زمانی که فرد توسط دستگاه های مصنوعی تنفس می کند و گردش خون توسط قلب انجام می گیرد، نوار مغزی خطی صاف را نمایش می دهد (شیرزاد، ۱۳۸۹: ۲۶). این نشان دهنده آن است که در این زمان مغز و ساقه مغز که کنترل اعمال قلبی و ریوی را برعهده دارند، هیچ پیامی را به قلب و ریه ارسال نمی کنند و صرفاً توسط دستگاه های تنفس مصنوعی اکسیژن وارد ریه ها می شود و به خون می رسد. در اثر حرکات خود به خودی سلول های قلب یا دستگاه های قلبی عروقی مصنوعی خون رسانی و در نتیجه اکسیژن رسانی به اعضای بدن انجام می پذیرد، چرا که در دانش پزشکی به اثبات رسیده است که ماهیچه های قلب قبل از تکامل سیستم اعصاب شروع به تپیدن می کند و ماهیچه های قلب دارای قابلیت ذاتی در ایجاد تحرکات خود به خودی است. به همین دلیل گاهی هنگام تشریح نعشی در پزشکی قانونی حتی ۲۴ ساعت پس از مرگ، حرکات انقباضی در عضلات قلب دیده می شود (حاتمی و مسعودی، ۱۳۸۹: ۷).

امروزه در قوانین بسیاری از کشورها پذیرفته شده است که مرگ قطعی با توقف فعالیت های

مغزی حادث می‌شود. در قانون متحدالشکل تعریف مرگ که مورد قبول اکثر ایالت‌های امریکاست، مرگ چنین تعریف شده است: مرده کسی است که: ۱- دچار توقف غیرقابل بازگشت فعالیت‌های تنفسی و گردش خون شده و یا ۲- دچار توقف غیرقابل بازگشت فعالیت‌های کل مغز که مشتمل بر ساقه مغز نیز می‌گردد، شده است (حاتمی و مسعودی، ۱۳۸۹: ۶۲).

در مورد اینکه با مرگ کدام قسمت از مغز، مرگ مغزی محقق می‌شود، سه نظریه مطرح شده است: در نظریه اول، مرگ مغزی با مرگ قشر مغز رخ می‌دهد. در نظریه دوم مرگ مغزی با مرگ ساقه مغز اتفاق می‌افتد. در نظریه آخر مرگ مغزی با مرگ قشر و ساقه مغز محقق می‌شود (صادقی، ۱۳۸۰، ش ۲۲: ۱۳).

اما از نظر عرف خاص پزشکی نظریه سوم که مرگ تمام مغز را مرگ مغزی بیان می‌دارد مورد قبول است (امانی، ۱۳۸۸، ش ۶۸: ۱۶۰). در قوانین اکثر کشورهای دنیا نیز همین نظریه مورد قبول واقع شده و مورد توجه حقوق‌دانان قرار گرفته است. مطابق این نظریه مرگ مغزی معادل توقف غیرقابل بازگشت کلیه اعمال قسمت‌های مختلف مغز، اعم از ساقه مغز، قشر مغز و مخچه است. بیمار در حال مرگ مغزی به دلیل آسیب‌های برگشت ناپذیر، کلیه فعالیت‌های قشر و ساقه مغز را از دست می‌دهد و در بیهوشی مطلق به سر برده و به تحریکات داخلی و خارجی عکس‌العمل نشان نمی‌دهد. در این شرایط تنفس و گردش خون این افراد با دستگاه‌های مصنوعی برای زمان کوتاهی ممکن است (حاتمی و مسعودی، ۱۳۸۹: ۶۴).

در قوانین کشور ما نیز قانون‌گذار در قانون پیوند اعضای بیماران فوت شده یا بیمارانی که مرگ مغزی آنان مسلم است (مصوب ۱۳۷۹/۱/۱۷) بدون تعیین تعریف برای مرگ مغزی، تشخیص آن را بر عهده کارشناسان خبره گذارده است (عباسی، ۱۳۸۹: ۱۲۹) که به مدت ۴ سال از سوی وزیر منصوب می‌شوند، اما آیین‌نامه اجرایی این قانون (مصوب ۱۳۸۱) مانند سایر کشورها همین نظریه از مرگ مغزی را مورد پذیرش قرار می‌دهد، به طوری که صراحتاً در ماده ۱ این آیین‌نامه آمده است: «مرگ مغزی عبارت است از قطع غیرقابل بازگشت کلیه فعالیت‌های مغزی کورتیکال (قشر مغز) و ساب کورتیکال (لایه زیر قشر مغز) و ساقه مغز به طور کامل».

نظر به اینکه در کشور ما از نظر قانونی و پزشکی نظریه سوم معتبر می‌باشد، وقتی می‌گوییم فردی دچار حالت مرگ مغزی شده است به استناد قانون مذکور، یعنی فعالیت تمام مغز وی به شکل غیر قابل بازگشت و برای همیشه از دست رفته است. برخی از نشانه‌هایی که مبین از بین رفتن

عملکرد مغز است عبارتند از: عدم پاسخ بیمار به تحریکات دردناک، از بین رفتن حرکات خود به خود اندام‌ها، از بین رفتن عکس العمل‌های ساقه مغز، از بین رفتن تنفس خود به خودی و نمایان شدن خطی صاف در نوار مغزی فرد مبتلا به مرگ مغزی (سلطانیان، ۱۳۷۷: ۱۹۰). بروز این حالات می‌تواند مبین حالت مرگ مغزی باشد.

نکته حائز اهمیت دیگر این است که علائمی که برای مرگ مغزی ذکر شد، می‌بایست پایدار بماند و مدت مشخصی بگذرد تا بررسی شود که علائم مرگ مغزی هنوز باقی‌مانده یا از بین رفته است. این مدت را پزشکان در مواردی که علت عدم هوشیاری معلوم است مثل ضربه مغزی، یا خون‌ریزی مغزی ۴۸ ساعت و در مواردی که علت عدم هوشیاری مشخص نیست، ۷۲ ساعت می‌دانند (سلطانیان، ۱۳۷۷: ۱۹۱).

این مطلب با آنچه در متون فقهی و روایات آمده در خصوص اینکه در مرگ حتمی سه روز صبر کنیم تا علم به قطعی بودن مرگ حاصل شود، منطبق است.^۲ مشخص است که نکته حائز اهمیت در این حکم گذشتن ۳ روز نیست، بلکه آنچه حائز اهمیت است صبر کردن برای دفن متوفی است تا زمانی که اطمینان حاصل شود که فرد مرده است.

۲-۱-۲. بررسی وضعیت حیات فرد مبتلا به مرگ مغزی

همان‌طور که عنوان شد انسان‌ها از نظر حیات در یکی از این سه حالت قرار دارند: ۱- حیات مستقر؛ ۲- حیات غیرمستقر؛ و ۳- مرگ قطعی. بنابراین فردی که دچار مرگ مغزی شده یا مرده است یا دارای حیات است. اگر این فرد را زنده بدانیم کدام حیات برای وی مفروض است، حیات غیرمستقر یا حیات مستقر؟

یک نظر این است که فرد مبتلا به مرگ مغزی دارای حیات مستقر است. مشهور فقهای معاصر در فتاوی خود به عدم جواز قطع عضو رئیسه افراد در حال مرگ مغزی حکم داده‌اند. اعضای رئیسه اعضایی مثل قلب و کبد هستند که با قطع آنها فرد به مرگ قطعی می‌رسد و بدون آنها انسان نمی‌تواند زندگی کند. مطابق این نظر، فرد در حال مرگ مغزی، میت محسوب نمی‌شود و جایز نیست اعضای رئیسه این افراد قطع شود، چرا که قطع اعضا سبب مرگ فرد شود (محمدی کرجی، ۱۳۸۹، ش ۶۲: ۸۰).

نظری که در مقابل نظر این فقها قرار دارد بدین صورت بیان می‌شود که افراد در حال مرگ

مغزی مرده محسوب می‌شوند. برخلاف نظر اول که نظر مشهور فقها بود، فقط آیات عظام ناصر مکارم شیرازی و عبدالکریم موسوی اردبیلی جواز قطع اعضای رئیسه را مشروط به اینکه مرگ مغزی قطعی و غیرقابل برگشت احراز گردد و نجات جان مسلمان دیگر منحصر به پیوند عضو باشد، صادر نموده‌اند (محمدی کرجی، ۱۳۸۹، ش ۶۲: ۴۸۴). از این جواز می‌توان به روشنی فهمید که فرد مبتلا به مرگ مغزی را زنده تلقی نکرده‌اند، چرا که اگر زنده بود اولویتی برای مسلمانان دیگر که احتیاج به عضو رئیسه فرد در حال مرگ مغزی دارند، ایجاد نمی‌شد.

در میان حقوق‌دانان نظر دوم بیش‌تر مورد قبول واقع شده است و حقوق‌دانان در نگارشات خود به صراحت اعلام داشته‌اند که «مرگ مغزی در هیچ‌کدام از حوزه‌های حیات مستقر و یا غیرمستقر قرار نمی‌گیرد. مرگ مغزی مرگ قطعی است و اصلاً حیاتی در فردی که دچار مرگ مغزی شده باقی نیست تا بخواهیم آن را تفکیک نماییم» (عباسی و فرحزادی و رحمتی، ۱۳۹۰: ۳۱). هم‌چنین بیان شده است که «اگر انسانی دچار مرگ تمام مغز شود و کلیه آزمایشات تکمیلی معتبر برای تشخیص مرگ مغزی انجام گیرد پیکر شخص تعلق روح را از دست داده و می‌توان به مرگ قطعی او حکم کرد، ولی اگر در قشر مغز یا ساقه مغز دچار از کار افتادگی شود فرد زنده تلقی می‌شود» (نظری توکلی، ۱۳۸۲: ۱۰۲) و در مورد اخیر، کسی قائل به مرگ فرد مبتلا به مرگ قشری مغز نشده است (امانی، ۱۳۸۸: ۱۶۲). در جای دیگر عنوان شده است که:

امروزه برای تشخیص حدوث توقف فعالیت قلبی - ریوی، عدم فعالیت مغزی نیز مورد توجه قرار می‌گیرد. به صورتی که در صورت توقف فعالیت قلب و تداوم فعالیت مغز بیمار زنده تلقی می‌گردد و پزشکان موظف به احیای وی می‌باشند. برعکس اگر فعالیت‌های مغز متوقف شده باشد علی‌رغم وجود ضربان قلب، فرد مرده محسوب می‌شود (حاتمی و مسعودی، ۱۳۸۹: ۷۸).

عده‌ای دیگر معتقدند که فرد مبتلا به مرگ مغزی دارای حیات غیرمستقر می‌باشد. بعضی از فقها حالت بیمار مرگ مغزی را حالت بینابین مرده و زنده اعلام کرده‌اند، به همین جهت معتقدند که در برخی از جهات احکام میت و در برخی جهات دیگر احکام زنده بر وی مترتب می‌گردد. بر مبنای این نظر، مرده مغزی را نمی‌توان کفن و دفن کرد و غسل داد، چون بدن وی گرم است، ولی احکام زندگان نیز بر وی جاری نمی‌شود (حاتمی و مسعودی، ۱۳۸۹: ۷۸). با این بیان، این آیات عظام نظر به این دارند که بیمار مبتلا به مرگ مغزی، در حالت حیات غیرمستقر قرار دارد. این نظر در

میان برخی از حقوق دانان نیز مطرح شده است و عده‌ای مرگ مغزی را در صورتی که امکان بازگشت حیات در آن منتفی باشد از مصادیق روشن حیات غیرمستقر دانسته‌اند (تقی‌زاده، ۱۳۸۹: ۷۳). هم‌چنین بیان شده است که در حالتی که فرد دچار مرگ مغزی شود و قلب و دیگر جوارح او در حال ادامه فعالیت باشد چنین فردی در حکم مرده و از مصادیق ماده ۳۷۲ قانون مجازات اسلامی است که پایان دادن به حیات وی منجر به جنایت بر مرده می‌گردد (نظری توکلی، ۱۳۸۲: ۹۹)، اما این نظریه مورد قبول همه واقع نشده است.

برخی دیگر از حقوق دانان نیز حالت حیات غیرمستقر را جدای از مرگ مغزی می‌دانند و بدین صورت بیان می‌دارند که نمی‌توان مرگ مغزی را برابر حیات غیرمستقر دانست، زیرا حیات غیرمستقر مربوط به موجودی است که برخی از علائم حیات را از خود نشان داده، گرچه بدنش قابلیت ادامه حیات ندارد، اما در مرگ مغزی توانایی بدن برای بقا به واسطه گردش خون و تبادل اکسیژن باقی است (چه به خودی خود و چه به وسیله عملیات احیا) زیرا آنچه حیات انسان بدان بستگی دارد ارسال خون و اکسیژن به بافت‌ها است (حاتمی و مسعودی، ۱۳۸۹: ۷۵).

از دیدگاه قانون پیوند اعضای بیماران فوت شده یا بیمارانی که مرگ مغزی آنان قطعی است (مصوب ۱۳۷۹/۱/۱۷) می‌توان گفت با وجود اینکه در ماده واحده راجع به پیوند اعضا و آیین‌نامه اجرایی آن هیچ سخنی از فوت قلمداد شدن مرگ مغزی به میان نیامده است، اما با توجه به اینکه تمایزی بین قطع اعضای رئیسه یا غیررئیس قائل نشده است، می‌توان چنین برداشت کرد که این افراد را زنده تلقی نمی‌کند (حاتمی و مسعودی، ۱۳۸۹: ۷۵). پس مرگ مغزی را یا در حالت مرگ دانسته و یا حیات غیرمستقر، و در این مورد میان حقوق دانان اختلاف است. عده‌ای معتقدند که با دقت بیش‌تر در این قانون، به نظر قانون‌گذار مبنی بر مرگ قطعی دانستن مرگ مغزی پی می‌بریم، بدین جهت که قانون‌گذار در این قانون بیماران مرگ مغزی را هم ردیف مردگان قرار داده و این نشانگر وجه تشابه این دو می‌باشد و هم‌چنین، در این قانون پیوند اعضا منوط به وصیت یا موافقت ولی دم دانسته شده است که هر دوی این موارد در مورد متوفی و مرگ مغزی یکسان است. بدون شک زمانی این امر مطابق اصول حقوقی است که بیمار مرگ مغزی را مرده بدانیم، چرا که «وصیت» و نظر «ولی دم» فقط در مورد متوفی مورد استفاده است.

علاوه بر این، در تبصره ۳ ماده واحده نیز آمده است که پزشکان تیم جراحی به خاطر مرگ اعضا از جهت جراحت وارده بر میت، مشمول دیه نیستند و در این باره تفاوتی بین متوفی و بیمار

مبتلا به مرگ مغزی قائل نشده است، پس لفظ میت را در مورد بیمار مرگ مغزی نیز به کار برده است. هم‌چنین در مواد ۵، ۶ و ۷ و تبصره‌های آنها عبارات «وصیت بیمار» و «ولی میت» آورده شده است. در ماده ۹ نیز واژه «متوفی» به روشنی در مورد بیمار در حال مرگ مغزی به کار برده شده است و همه اینها نشان‌دهنده این است که از نظر قانون‌گذار بین مرگ قطعی و مرگ مغزی تفاوتی نیست (حاتمی و مسعودی، ۱۳۸۹: ۷۸-۷۶). در مقابل برخی دیگر از حقوق‌دانان با استدلالی مشابه بیان می‌دارند که از نظر قانون‌گذار در آن قانون، فرد مبتلا به مرگ مغزی در حکم مرده است و کشتن او قتل محسوب نمی‌گردد و این نظر را به حقوق‌دانان دیگر نیز تعمیم می‌دهند (محمدی کرجی، ۱۳۸۹: ۱۱۴).

۳. وجوه تمایز اغماء با مرگ مغزی

از وجوه تمایز بین مرگ مغزی و اغماء این است که در مرگ مغزی - همان‌طور که مطرح شد - قابلیت بقا بسیار محدود است و در آینده نزدیک حیات فرد به پایان می‌رسد، اما در حالت اغماء، بسته به میزان و شدت آسیب وارده، احتمال دارد فرد سال‌های طولانی در این حالت باقی بماند و طول این مدت معلوم نیست و حتی احتمال برگشت هوشیاری فرد بسیار است. با این بیان به هیچ وجه نمی‌توان فرد مبتلا به مرگ مغزی را که مغز وی مرده است با فرد در حال اغماء که با اختلال کارکرد مغز مواجه است منطبق دانست، فقط در ظاهر ممکن است فرد در حال مرگ مغزی شباهت‌هایی با افراد در حال اغماء داشته باشد و ممکن است به اشتباه این دو را مانند یکدیگر پنداشت.

هم‌چنین در مطالب گذشته بیان داشتیم که اساسی‌ترین شاخصه‌ای که پزشکان برای مرگ مغزی برشمرده‌اند، عدم قابلیت بازگشت فرد به حالت هوشیاری است. بیماری که به حالت مرگ مغزی دچار می‌شود، هیچ وقت به حالت طبیعی برنمی‌گردد، علت این امر نیز آن است که در اثر آسیب‌های وارده به مغز و کاهش اکسیژن‌رسانی به مغز، صدمه‌ای سنگین به سلول‌های مغز وارد می‌شود و سلول‌های مغز می‌میرند و با ادامه این روند، اکسیژن‌رسانی به مغز متوقف می‌شود و تنها با دستگاه‌های مصنوعی اکسیژن‌رسانی به اعضا انجام می‌گیرد. در حالی که در حالت اغماء آسیب وارده به حدی نیست که سلول‌های مغز از بین بروند، فقط اکسیژن‌رسانی به مغز کاهش می‌یابد که نتیجه آن عدم هوشیاری است و برخلاف مرگ مغزی که سلول‌های مغز می‌میرند و نواز مغزی فرد

مبتلا به مرگ مغزی، خطی صاف را نشان می‌دهد، در حالت اغماء سلول‌های مغز، زنده و نوار مغزی، فعل و انفعالات مغز را نمایان می‌کند. این مطلب مبین احتمال بالای بهبود فرد در حال اغماء است. این مسئله قابل طرح است که جهت تمیز مرگ مغزی از اغماء، باید بررسی شود که آیا عدم هوشیاری در فرد برگشت‌پذیر است یا خیر. اگر عدم هوشیاری در فرد برگشت‌پذیر و موقت باشد، مشخص می‌گردد که فرد در حال اغماء است و این عدم هوشیاری موقت ممکن است در اثر عوامل خاص مثل مسمومیت دارویی یا مسمومیت با تریاک نیز ایجاد شود (دیایی، ۱۳۸۴: ۱۱۶)، اما اگر پس از بررسی معلوم شود که عدم هوشیاری دائمی و برگشت‌ناپذیر است، فرد دچار مرگ مغزی می‌گردد و این قطع دائمی می‌تواند باعث مرگ سلول‌های مغز باشد.

نتیجه‌گیری

در اغماء، بخش‌هایی از مغز به علل مختلفی آسیب می‌بیند و هوشیاری از دست می‌رود، اما قلب، ریه، کلیه و کبد کار می‌کنند و به دلیل کار کردن این اعضای حیاتی هنوز زندگی و زنده بودن شخص وجود دارد، اما هوشیاری و شعور او از کار افتاده است. این بی‌هوش ماندن طولانی به شدت ضایعه مغزی بستگی دارد و امکان دارد از هفته‌ها تا ماه‌ها یا سال‌ها طول بکشد.

مفهوم بیهوشی عمومی با اغماء و مرگ مغزی کاملاً متفاوت است. بیهوشی توسط داروهای هوش‌بر انجام می‌شود و به طور موقت و کنترل شده، سطح هوشیاری پایین می‌آید، اما در مرگ مغزی همان‌طور که مرگ، امری ثبوتی و واقعی است و اگر موضوع حکم شرعی قرار گیرد، مفهوم عرفی آن ملاک نبوده، واقع آن، عنوان معیار است و همان‌نیز باید احراز گردد. از این رو، احراز حصول موت در مرگ مشتبّه، به ویژه مرگ مغزی، امری کاملاً تخصصی می‌نماید. بنابراین، اگر فقیه از رهگذر حکم قطعی و اتفاق نظر خبرگان پزشکی، به تحقق مرگ حقیقی فرد مبتلا به مرگ مغزی اطمینان یافت، می‌تواند حکم به حدوث مرگ نماید، اما کارشناسان نیز به صورت جزئی و با اجماع پزشکی، در فرضی که مغز فرد مبتلا به مرگ مغزی، شروع به نابودی کرده و تلاشی شده است، انسان را فاقد حیات می‌دانند (زهوق روح تحقق یافته است) و حرکت قلب یا برخی ارگان‌های او را در این وضعیت، بسان حیوان مذبوح تلقی می‌کنند. بنابراین، ادامه معالجه و مراحل درمانی با شبهه تبذیر مال مواجه می‌گردد.

هم‌چنین در این وضعیت اصولاً اقتضای ترتب احکام و آثار فقهی حقوقی مرگ در اموری

چون بطلان زوجیت، شروع زمان عده، حال گشتن دیون، بطلان انواع نمایندگی‌ها، اجرای وصیت، تقسیم ارث و... وجود خواهد داشت؛ ولی از سوی دیگر، مبتلایان به مرگ مغزی، به خاطر حیات عضوی موجود در بدن، هنوز به جسد و نعشی سرد و بی جان مبدل نشده‌اند و مستفاد از ادله احکام اموات، آن است که امور مربوط به تجهیز آنان و تکالیف شرعی چون وجوب غسل مس میت در این حالت، واجب نیست.

هم‌چنین از آنچه بیان شد، درمی‌یابیم که در پدیده مرگ مغزی اگرچه هنوز قلب و برخی از دستگاه‌های داخلی چون ریه‌ها به کمک دستگاه‌های نگاه‌دارنده حیات می‌توانند به عملکرد خود ادامه دهند، اما چنین شخصی به دلیل از کار افتادن فعالیت‌های مغزی و عصبی، میت یا در حکم میت است. بنابراین چنین فردی را نمی‌توان زنده دانست، بلکه به مجرد وقوع مرگ مغزی، مرگ حقیقی او نیز محقق شده است؛ چراکه عرف جامعه نیز چنین حکم می‌کند و مبتلای به مرگ مغزی را زنده نمی‌داند. مرگ دارای حقیقت شرعی و مشروع نیست، بلکه مفهومی عرفی دارد و شارع حقوق اسلامی، ما را در مفهوم‌شناسی مرگ به عرف جامعه ارجاع داده است.^۳ آثار حقوقی وقوع مرگ مغزی حاصل می‌گردد، هرچند که قلب و ریه‌ها به واسطه فعالیت دستگاه‌های نگاه‌دارنده به عملکرد خود ادامه می‌دهند و آثار حقوقی نه از لحظه ایست مغز و مرگ مغزی، بلکه از لحظه پایان فعالیت‌های قلبی و ریوی حاصل می‌گردد.

پی‌نوشت

۱. «ان الذی ینظر من المنقول عن العالمین بطبیعة الانسان انه مادام الانسان حیا تنتشر من مخه و من قلبه امواج خاصة هی امارات حیاته و اذا انقطعت هذه الامواج من ناحية المخ و القلب - بالمرة - فهو میت قطعاً، الا انه یمکن تحریک قلبه و جهازه التنفسی لمدة ما فتدوم حیاته النباتیة بواسطة هذه الاداة الخارجیة بحیث لو انقطعت عنه وقف قلبه و جهازه» (مؤمن قمی، ۱۴۱۵: ۱۹۴).
۲. «محمد بن یعقوب عن علی بن ابراهیم عن ابیه عن ابن ابی عمیر عن هشام بن الحکم عن ابی الحسن^(ع) فی المصعوق و الغریق قال ینتظر به ثلثة ایام - الا ان یتغیر قبل ذلک»، «و عنه محمد بن عیسی عن یونس عن اسماعیل بن عبد الخالق ابن اخی شهاب بن عبد ربه قال: قال ابو عبد الله خمس ینتظر بهم الا ان یتغیروا الغریق و المصعوق و المبطو و المهدوم و المدخن» (شهید اول، ۱۳۷۸ ج ۱: ۴۲؛ حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲: ۴۷۴).
۳. «انه لا ریب فی انه لیس للشارع فی مفهوم الموت و الحیاة اصطلاح خاص، بل الموت عنده ایضا هو

نفس مفهومه العرفی، و الظاهر ان ملاک الحياة الحيوانية انما هو حركة القلب و فعالیتة الموجبة لحركات النبض و دوران الدم، فما لم يتوقف القلب عن الحركة فالانسان او الحيوان حی و ان عرض له حالة الاغماء المحض.» (مؤمن قمی، ۱۴۱۵: ۱۹۴).

منابع

- قرآن کریم
- امانی، حمید رضا. (۱۳۸۸) «جنایت نسبت به بیمار مرگ قشر مغز»، مجله حقوقی دادگستری، سال ۷۳، شماره ۶۸.
- تقی‌زاده، المیرا. (۱۳۸۹) «نحوه احتساب میزان دیه اشخاص دارای زندگی نباتی»، مجله تعالی حقوق، سال دوم، شماره ۶.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۹۰) وسیط در ترمینولوژی حقوق، تهران: نشر گنج دانش، چاپ چهارم.
- حاتمی، علی اصغر، و ندا مسعودی. (۱۳۸۹) «آثار حقوقی مرگ مغزی»، مجله مطالعات حقوقی شیراز، دوره دوم، شماره ۱.
- حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشرعیه، قم: مؤسسه آل بیت علیهم السلام، چاپ اول.
- دیبایی، امیر. (۱۳۸۴) چکیده طب قانونی، اهواز: نشر دانشگاه علوم پزشکی اهواز، چاپ دوم.
- روحانی، محمود، و فاطمه نوغانی. (۱۳۷۶) احکام پزشکی، تهران: انتشارات تیمورزاده، چاپ اول.
- زراعت، عباس. (۱۳۸۴) حقوق جزای اختصاصی، تهران: نشر فکر سازان، چاپ اول.
- سراجی، محمود. (۱۳۸۹) «ماهیت مرگ مغزی از نظر قرآن و روایت»، مجله علمی پژوهشی دانشگاه علوم پزشکی اراک، سال ۱۳، شماره ۴، ویژه نامه ۲.
- سلطانیان، حمید. (۱۳۷۷) «مرگ مغزی»، مجله فقه اهل بیت، سال چهارم، شماره ۱۴.
- شهید اول، محمد بن جمال الدین مکی العاملی. (۱۳۷۸) لمعه دمشقیه، ترجمه محسن غرویانی و علی شیروانی، قم: انتشارات دار الفکر، چاپ دوازدهم.
- شیرزاد، جلال. (۱۳۸۹) پلیس و پزشکی قانونی، تهران: اداره چاپ و نشر معاونت پژوهش دانشگاه علوم انتظامی ناجا، چاپ دوم.
- صادقی، سید عباس. (۱۳۸۰)، «استفاده از پاسخ‌های شنیداری در تأیید مرگ مغزی»، مجله علمی پزشکی قانونی، سال هفتم، شماره ۲۲.

- صادقی، محمد هادی. (۱۳۷۴) «حیات غیر مستقر»، مجله علمی پزشکی قانونی، سال دوم، شماره ۵.
- عباسی، محمود. (۱۳۸۹) حقوق جزای پزشکی، تهران: انتشارات حقوقی، چاپ دوم.
- عباسی، محمود، علی اکبر فرحزادی و محمد رحمتی. (۱۳۹۰) «مطالعه مرگ مغزی از منظر فقه و حقوق جزا»، مجله اخلاق و حقوق پزشکی، دوره چهارم، شماره ۲.
- علیدوست، ابوالقاسم. (۱۳۸۳) «مرجعیت عرف در تطبیق مفاهیم بر مصادیق»، مجله فقه و حقوق، سال اول، شماره ۲.
- گودرزی، فرامرز، و مهرزاد کیانی. (۱۳۹۰) پزشکی قانونی برای دانشجویان حقوق، تهران: انتشارات سمت، چاپ هشتم.
- محمدی کرجی، رضا. (۱۳۸۹) «ماهیت مرگ مغزی و آثار فقهی و حقوقی آن»، مجله فقه اهل بیت، سال شانزدهم، شماره ۶۲.
- مؤمن قمی، محمد. (۱۴۱۵ق.) کلمات سدیدیه فی مسائل جدیدیه، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- میر هاشمی، سرور. (۱۳۸۵) «مبانی مشروعیت پیوند اعضا»، مجله ندای صادق، سال یازدهم، شماره ۴۴.
- نظری توکلی، سعید. (۱۳۸۲) «مقایسه مرگ مغزی با حیات غیر مستقر»، مجله مقالات و بررسی‌ها، دفتر ۷۳.

مقایسه عقد رهن با معامله با حق استرداد با رویکرد رویه قضایی

غلامعلی صدقی^۱

چکیده: معامله با حق استرداد، هر عقد تملیکی و معوض است که در آن انتقال دهنده حق دارد با رد عوضی که دریافت کرده است ملک تملیک شده را استرداد کند. از منظر قانون ثبت، معاملات با حق استرداد ترکیبی از عقد قرض و رهن است. با وجود این، بین معاملات با حق استرداد با رهن تفاوت‌هایی وجود دارد، از جمله اینکه منافع مورد معامله با حق استرداد به انتقال گیرنده اختصاص دارد، اما منافع عین مرهونه به راهن اختصاص می‌یابد. با عنایت به م. ۳۴ ق.ث. و رویه قضایی منافع اختصاص به خریدار دارد، و این اثر با توجه به مقررات شرعی همان سود بدهی است. با وجود این، اگر منافع را متعلق به خریدار ندانیم، با توجه به تورم و کسر ارزش پول، عدالت معاوضی در مورد وی نادیده گرفته می‌شود. از این رو، تعلق منافع به وی در قالب تهاتر و تحقق تعادل نسبی موجه می‌نماید.

کلیدواژه‌ها: معامله با حق استرداد، رهن، بیع شرط، قرض، مالکیت عین و منافع.

۱. ماهیت و اوصاف عقد رهن

برای مقایسه عقد رهن با معامله با حق استرداد بایسته است نخست ماهیت عقد رهن و معامله با حق استرداد روشن گردد.

۱-۱. ماهیت عقد رهن

«رهن» مصدر است و در لغت به معنی ثبوت و دوام آمده و به بازداشتن نیز گفته می‌شود. «رهن» گاه به معنی حبس نیز به کار می‌رود، چنانکه در آیه ۳۸ سوره مبارکه مدثر: «کل نفس بما کسبت رهینه» به این معناست. رهن را در اصطلاح فقه اینگونه تعریف کرده‌اند: «هو وثیقه علی الدین».

«وثیقه لدین المرتهن»، «عقد شرع للأستيثاق علی الدین» (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۴: ۷؛ امام خمینی ۱۳۷۷، ج ۴: ۴)؛ یعنی رهن، عقدی است که به موجب آن، مال مدیون وثیقه طلب قرار می‌گیرد. بدین ترتیب، معنای اصطلاح حقوقی از معنای لغوی فاصله چندانی ندارد؛ زیرا در عقد رهن، عین مرهونه از نقل و انتقال بازداشته می‌شود و مالک نمی‌تواند تصرفات مالکانه خود را به صورت کامل نسبت به آن انجام دهد. ماده ۷۷۱ ق.م. ایران در تعریف رهن اعلام داشته است: «رهن عقدی است که به موجب آن مدیون مالی را برای وثیقه به داین می‌دهد. رهن‌دهنده را رهن و طرف دیگر را مرتهن می‌گویند».

ضمناً به مال مورد وثیقه، «رهن»، «مورد رهن»، «مال مرهون» و یا «عین مرهونه» نیز گفته می‌شود (امامی، ۱۳۷۴، ج ۲: ۴۱۲).

۱-۲. اوصاف عقد رهن

با ملاحظه متن قانون و نظر فقهای امامیه می‌توان اوصاف عقد رهن را بدین گونه خلاصه کرد:

۱-۲-۱. تبعی بودن عقد رهن

عقد رهن، عقد تبعی است (امام خمینی، ۱۳۷۷، ج ۲: ۹)، بدین معنی که پیش از آنکه مالی مورد رهن قرار گیرد می‌بایست دینی موجود باشد تا برای تضمین آن مال، رهن داد (مستبیط از مواد ۷۷۱ و ۷۷۵ قانون مدنی).

در حقوق مصر نیز رهن عادی، حق تبعی شناخته شده است، لیکن مطابق ماده ۱۰۴۰ قانون مدنی مصر می‌توان برای دین مشروط و مؤجل و یا احتمالی رهن داد که در صورت معین بودن دین، عقد رهن صحیح است. در حقوق ایران وثیقه دادن برای دین آینده، برابر موازین حقوق مدنی، امکان ندارد و وجود سبب دین، همانند آنچه در ماده ۶۹۱ ق.م. در مبحث ضمان بیان شده، از شرایط صحت عقد رهن است (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۴: ۴۹۷). رهن دینی که سبب آن ایجاد شده، از قبیل قرض گرفتن و سلف دادن مال یا خریدن یا اجاره کردن عین، صحیح است؛ از این رو، رهن دینی است که سبب آن وجود ندارد.

اشکالی که ممکن است مطرح شود این است که با توجه به رویه عملی بانک‌ها زمانی وثیقه اخذ می‌شود که مشتری هنوز از بانک تسهیلاتی نگرفته است. به عبارت دیگر، هنوز دینی محقق

نشده است تا به تبع آن عقد رهن معنا پیدا کند. مضافاً اینکه قبضی در کار نیست تا عقد رهن کامل شود. بنابراین ممکن است این عمل توسعه در مفهوم عقد کفالت و یا عقد جدید دیگری تلقی شود نه عقد رهن. در پاسخ اشکال گفته شده است که این رویه عملی، مانع تلقی از عقد موجود به عنوان عقد رهن مصطلح نمی شود، زیرا اولاً، این امر ممکن است در مراودات عادی اشخاص هم عملی شود، یعنی ابتدا فردی سند یا وثیقه از مدیون آینده بگیرد و سپس وجه را به وی بدهد و این اختصاص به بانک‌ها ندارد.

ثانیاً، این تقدم و تأخر عرفاً قابل تسامح است و در عرف اینگونه امور را قابل قبول می دانند؛ مثلاً در عقد نکاح قبل از اینکه زوجین نکاح نامه را امضا نمایند و حتی صیغه عقد نکاح خوانده شود، عاقد از شهود امضا می گیرد!

ثالثاً، اقرار طرفین به وقوع عقد به صورت رسمی برای اثبات عقد رهن مصطلح کفایت می کند و از طرفی قبض هر چیزی عرفاً به طریق خاص آن مال تحقق می یابد و تنظیم سند رسمی که اعتبار آن از قبض بیش تر است قبض عرفی عین مرهونه تلقی می شود (عمید زنجانی، ۱۳۸۲: ۲۲۹).

۲-۲-۱. عقد رهن و سلطنت بر عین به نفع داین

عقد رهن، موجب سلطنت بر عین، به نفع داین از طرف مالک می باشد (آل کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ج ۲: ۳۳۲). در ماده ۷۷۲ ق.م مقرر شده است: «مال مرهون باید به قبض مرتهن یا به تصرف کسی که بین طرفین معین می گردد داده شود، ولی استمرار قبض شرط صحت معامله نیست»؛ در حقوق مصر نیز عقد رهن حق عینی است و از تمام ضمانات حق عینی برخوردار است (سنهوری، ۱۸۹۵، ج ۱۰: ۲۷۱؛ سعد، ۲۰۱۰: ۴۱). بنابراین برای تحقق رهن، ایجاب و قبول کافی نیست؛ بلکه محتاج به قبض عین مرهونه به وسیله مرتهن می باشد و این قبض توسط راهن، به مرتهن به عمل می آید و در صورتی که مرتهن بدون اذن راهن عین مرهونه را تصرف و قبض کند عقد رهن منعقد نمی شود و راهن می تواند استرداد آن را بخواهد و به نوعی می توان آثار کیفری تصرف عدوانی را بر این عمل بار نمود (متین دفتری، ۱۳۹۸، ج ۱: ۹۲). همچنین است هرگاه راهن به مرتهن اذن دهد که عین مرهونه را قبض نماید، ولی قبل از قبض از اذن خود عدول کند زیرا آثار اذن، با رجوع از آن، مرتفع می گردد و قبض بدون اجازه راهن، تصرف در ملک غیر، بدون مجوز مالک می باشد و فاقد اثر قانونی است.

۳-۲-۱. لازم بودن عقد رهن از سوی رهن و جایز بودن آن از سوی مرتهن

عقد رهن، از سوی رهن لازم و از جانب مرتهن جایز است. در ماده ۷۸۷ ق.م.آ آمده است «عقد رهن نسبت به مرتهن جایز است و نسبت به رهن لازم است. بنابراین مرتهن می تواند هر وقت بخواهد آن را بهم بزند، ولی رهن نمی تواند قبل از اینکه دین خود را اداء نماید و یا به نحوی از انحاء قانونی از آن بری شود رهن را مسترد دارد».

لازم است ذکر شود که جایز بودن عقد رهن از سوی مرتهن با تصویب ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت منتفی گشته و به لزوم تبدیل شده است، زیرا لحن ماده چنان است که هیچ راهی جز استیفای حق از عین مرهونه برای طلبکار باقی نمی گذارد (امامی، ۱۳۷۴، ج ۱: ۱۶۳).

۳-۱. تکالیف رهن نسبت به عین مرهونه

عمده تکلیف رهن درمورد رهن، حفظ و نگهداری آن است، زیرا رهن مالک عین و منافع مال مرهونه است پس طبعاً هزینه نگهداری مال مرهونه هم با اوست. ماده ۷۸۶ ق.م.راجع به تعلق منافع مالی مرهونه به رهن ظهور دارد، لکن راجع به هزینه نگهداری آن سخن نگفته و تکلیفی معین نکرده است. در این مورد از عموم ماده ۳۰۶ ق.م.می توان استفاده کرد. از این ماده معلوم است که هزینه نگهداری هر مال به عهده مالک آن است و مال مرهونه از این قاعده مستثنی نیست. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۱۰۶).

تکلیف دیگر رهن، ادای دین در سررسید رهن است که باید پردازد و در صورت تأخیر در پرداخت دین، خسارت تأخیر به میزان مقرر قانونی را نیز می بایست، پرداخت نماید. مطابق ماده ۱۰۴۷ قانون مدنی مصر «رهن، ضامن سلامت رهن است. بستانکار مرتهن می تواند به هر عمل یا تغییری که موجب کاهش شدید تأمین او شود، اعتراض کند».

۲. معامله با حق استرداد

۱-۲. تعریف معامله با حق استرداد

«استرداد» از منظر لغت شناسان به معنای طلب باز پس گرفتن، داده را واپس خواستن، رد کردن خواستن (دهخدا، ۱۳۷۷، ج ۲: ۱۸۱۳) و بازگرداندن خواستن (عمید، ۱۳۶۵، ج ۱: ۱۶۸؛ معین، ۱۳۶۰، ج ۱: ۲۴۷) است و در اصطلاح حقوق، مقصود هر عقد تملیکی و معوض است که در آن انتقال دهنده

حق دارد با ردّ عوضی که دریافت کرده است ملک تملک شده را استرداد کند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۵: ۱۷۷).

اصطلاح «معاملات با حق استرداد» برخاسته قانون ثبت اسناد و املاک است، اگرچه اصطلاح معامله با حق استرداد از نقل مال حکایت می‌کند و این معنا با مفهوم معاملات شرطی فقهی و قانون مدنی نیز سازگار است، با وجود این، از منظر قانون ثبت معاملات با حق استرداد، ترکیبی از عقد قرض و رهن است. از این رو، برخی از حقوق‌دانان در تعریف آن نوشته‌اند: «معامله با حق استرداد، معامله‌ای است که به موجب آن شخص مال خود را در ازای وجهی صورتاً به دیگری انتقال می‌دهد ولی حق استرداد آن را در مدت معین با پرداخت وجهی که دریافت کرده و اجور عقب افتاده و زیان دیرکرد، برای خود حفظ می‌کند» (صفایی، ۱۳۹۵، ج ۲: ۴۵۳).

با عنایت به مفاد ماده ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت، معامله با حق استرداد عقد مستقلی است که به موجب آن احد از طرفین مبلغی را به دیگری قرض می‌دهد و در مقابل، مالی را به عنوان وثیقه برای مدت معینی می‌پذیرد که پس از انقضای مدت طلب خود را دریافت و وثیقه را مسترد دارد. بنابراین معامله با حق استرداد عقد واحدی است که از نظر تحلیل حقوقی دارای اثر قرض و وثیقه است (امامی، ۱۳۷۷، ۵۴۸). برخی از حقوق‌دانان در این زمینه نوشته‌اند:

هر عقدی که موضوع آن مال غیرمنقول بوده و به‌عنوان وثیقه دین یا حسن انجام تعهد در اختیار قانون بستانکار قرار داده شود تا تحت شرایط قانونی در صورت امتناع مدیون از پرداخت دین از محل آن وثیقه طلب خود را تأمین کند، چون در این معاملات اساساً نقل عین نمی‌شود (ماده ۳۴ مکرر قانون ثبت) لذا ذکر کلمه استرداد که موهم نقل مال است درست نیست و عنوان صحیح این معاملات را باید معاملات وثیقه‌ای غیر منقول نهاد. معاملات استقراضی اعم از معاملات بالا است زیرا ممکن است قرض بدون وثیقه باشد یا وثیقه منقول باشد (تبصره دوّم ماده ۳۴ قانون ثبت و ماده ۳۵ قانون مذکور) (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸).

از مجموع مباحث ارائه‌شده این نتیجه حاصل می‌شود که معاملات با حق استرداد مستفاد از قانون ثبت عبارت است از اینکه یکی از طرفین، مالی را به‌عنوان قرض به دیگری تملیک می‌کند، اما برای اطمینان از اینکه وام در زمان مقرر به او برمی‌گردد، مطالبه وثیقه و رهن می‌کند تا در سررسید، در صورت عدم دریافت طلب خود بتواند از محل وثیقه، طلب خود را مسترد کند.

۲-۲. پیشینه معاملات با حق استرداد

در تاریخ حقوق ایران، غازان خان در سال ۶۹۸ ق. فرمان حرمت ربا را صادر کرد (صالح، ۱۳۸۳: ۱۸۶). از این رو، عده‌ای از مردم، بیع شرط را از صورت حقیقی خود خارج ساخته و آن را به قصد استقراض با گرفتن ربح منعقد می‌کردند. برای مثال مقترض در ازای مبلغی که دریافت می‌داشت مالی را به مقرض می‌فروخت و ضمن آن شرط خیار فسخ در مدت معین برای خویش می‌نمود که چنانچه در موعد مقرر آن مبلغ را تأدیه کند بیع قطعی و مبیع به ملکیت مشتری درآید. از جانب دیگر، مقرض برای دریافت ربح مال مورد معامله را به مقترض اجاره می‌داد و ماهیانه مبلغی دریافت می‌داشت. اگر بائع در رأس موعد، اخذ به خیار نمی‌کرد مبیع بر ملکیت قطعی مشتری در می‌آمد. از این رو، ناصرالدین شاه در دوره قاجار فرمانی صادر کرد. در این فرمان آمده است: «املاک مردم، بیع شرط نشود، به این معنا که هر وقت مقروض ادای دین خود را اصلاً اضافه نمود، صاحب طلب، حق خود را دریافت کرده و ملک را رد کند» (روزنامه دولت علیه ایران، ۱۲۸۱: ۵). وی پس فرمان دیگری صادر کرد که در آن آمده است:

قرار بیع شرط یک سال است به این معنا که بعد از انقضای موعد، طلب کار تا یک سال حق نخواهد داشت که ملک مزبور را تصرف کند و این مدت مهلت خواهد بود که هر وقت مقروض دین خود را ادا نمود ملک را متصرف شود و پس از انقضای یک سال، اگرچه یک روز باشد دیگر هیچ وجه حق نخواهد داشت و صاحب طلب مأذون است ملک بیع شرطی را موافق حکم شرح به ملکیت تصاحب کند و امنای دیوان عدالت، ابداً مأذون نیستند به عرض مدیون رسیدگی کنند و عرض او به هیچ وجه محل اعتنا نخواهد بود» (روزنامه دولت علیه ایران، ۱۲۸۱: ۵).

قانون مدنی در سال ۱۳۰۷ براساس فقه امامیه، قواعد حاکم بر این نوع معادله را در مواد ۴۵۸ تا ۴۶۴ با عنوان بیع شرط مقرر داشت. قانون‌گذار در ماده ۴۶۳ ق. م. مقرر نمود: «اگر در بیع شرط معلوم شود که قصد بائع حقیقت بیع نبوده است احکام بیع در آن مجری نخواهد بود». این ضمانت اجرایی کارآمدی نبود چون کشف قصد حقیقی طرفین، دشوار بود.

قانون‌گذار در متمم دوم قانون ثبت اسناد و املاک مصوب سال ۱۳۰۷ مقرر کرد:

نسبت به املاکی که با شرط خیار یا به عنوان قطعی، و یا شرط نذر خارج و یا شرط وکالت منتقل شده است و به طور کلی، نسبت به املاکی که به عنوان صلح یا به هر

عنوان دیگر با شرط استرداد انتقال داده شده و مدت خیار یا عمل به شرط، و به طور کلی مدت حق استرداد هنوز باقی است، انتقال دهنده حق دارد تقاضای ثبت کند ولی مکلف است حق طرف را نیز در تقاضانامه خود قید کند.

هرگاه انتقال دهنده در ظرف مدت بخواهد از حق خود استفاده کند باید با اطلاع اداره ثبت محل ملک نماید. اگر انتقال دهنده در طرف مدت از حق خود استفاده نکرد. طرف می تواند صدور سند مالکیت قطعی خود را نسبت به ملک مورد معامله که در دفتر املاک به اسم انتقال دهنده ثبت شده است تقاضا نماید.

قانون گذار در سال ۱۳۱۰ در ماده ۳۳ قانون ثبت اعلام کرد: «... اعم از اینکه مدت خیار یا عمل به شرط و به طور کلی مدت حق استرداد منقضی شده یا نشده باشد و اعم از اینکه ملک در تصرف انتقال دهنده باشد یا در تصرف انتقال گیرنده، حق تقاضای ثبت با انتقال دهنده است. مگر در موارد ذیل ...» و برای انتقال مال به انتقال گیرنده باید تشریفات ماده ۳۴ قانون ثبت رعایت شود. با این بیان، بیع شرط از حالت بیع بودن خارج گردید و به عقد رهن ملحق شد.

پس از آن نیز بند سوم ماده ۳۳ ق. ث. مصوب ۱۳۱۲ و ماده ۳۴ ق. ث. مصوب مرداد ماه ۱۳۲۰ در ضمن ماده ۳۴ مکرر ق. ث. در سال ۱۳۲۰ تصویب شد. در سال ۱۳۵۱ نیز ماده ۳۴ ق. ث. اصلاح گردید. بعد از انقلاب اسلامی، شورای نگهبان در تاریخ ۶۴/۹/۱۹ اعلام کرد که ترتیب مقرر در ماده ۳۴ اصلاحی ق. ث. با موازین شرعی سازگار نیست. متن اظهار نظر به شرح زیر است: شورای عالی محترم قضایی، چون راجع به ماده ۳۴ ق. ث. اصلاحی قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۵۱/۱۰/۱۸ از لحاظ انطباق آن با موازین شرعی سؤال شده بود، در جلسه رسمی فقهای شورای نگهبان ماده مذکور مورد بحث و بررسی قرار گرفت و به شرح زیر به اکثریت آراء مغایرت آن با موازین شرعی اعلام شد:

۱- در بیع به شرط خیار و نحو آن مثل شرط وکالت فروشنده در انتقال مبیع به خود، پس از انقضای مدت و عدم اخذ به خیار و انتقای موضوع شرط، مورد معامله ملک طلق مشتری است و بنابراین ترتیبات مقرر در این ماده در مورد آن مغایر با موازین شرعی است.

۲- در مورد رهن نیز از لحاظ اینکه مرتهن در صورتی که از جانب راهن وکالت در فروش نداشته باشد، نمی تواند مستقلاً اقدام نماید و بعد از مطالبه و امتناع راهن باید رفع

امر، به حاکم شرعی نماید و همچنین از لحاظ واگذاری کل عین مرهونه به مرتهن در صورتی که قیمت آن بیش تر از دین باشد مغایر با موازین شرعی است.

۳- تأخیر در وصول دین در مواردی که حال و مؤجل شده باشد به مدت هشت ماه یا کم تر یا بیش تر نیز با موازین شرعی مغایرت دارد (مهرپور، ۱۳۷۱، ج ۳: ۲۹۵).

نهایتاً در تاریخ ۱۳۸۶/۱۱/۲۹ با اصلاح ماده ۳۴ ق.ث. و حذف ماده ۳۴ مکرر به شرح ذیل اصلاح شد. بنابر ماده ۳۴:

در مورد کلیه معاملات رهنی و شرطی و دیگر معاملات مذکور در ماده ۳۳ قانون ثبت، راجع به اموال منقول و غیر منقول، در صورتی که بدهکار ظرف مهلت مقرر در سند، بدهی خود را نپردازد، طلبکار می تواند از طریق صدور اجراییه، وصول طلب خود را توسط دفترخانه تنظیم کننده سند درخواست کند، چنانچه بدهکار ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ اجراییه نسبت به پرداخت بدهی خود اقدام ننماید، بنا به تقاضای بستانکار، اداره ثبت پس از ارزیابی تمام مواد معامله و قطعیت آن، حداکثر ظرف دو ماه از تاریخ قطعیت ارزیابی، یا برگزاری مزایده نسبت به وصول مطالبات مرتهن به میزان طلب قانونی وی اقدام و مازاد را به رهن مسترد می نماید. تبصره ۱- در مواردی هم که مال با ملکی، وثیقه دین یا انجام تعهد یا ضمانتی قرار داده می شود مطابق مقررات این قانون عمل خواهد شد.

با توجه به اصلاحات به عمل آمده در ماده ۳۴ اصلاحی معامله شرطی توسعه یافته و به صورت ذیل تغییر نموده است:

الف) کلیه معاملات رهنی و شرطی و دیگر معاملات مقرر در ماده ۳۳ قانون ثبت، رهن، فروشنده در بیع شرط و دیگر مدیونین مذکور در ماده ۳۳ قانون ثبت صرفاً تکلیف به پرداخت بدهی مقرر در سند حاکم بین طرفین را دارند، به عبارت دیگر، در معاملات رهنی و شرطی با هر شرطی که بین طرفین باشد از قبیل شرط وکالت و غیره، طرف معامله صرفاً مدیون تلقی و با پرداخت دین خود (مقرر در سند) بری الذمه می شود و سند رهنی آزاد می گردد. در نتیجه، در این ماده برای خریدار بیع شرطی هیچ حق مالکیت چه در عین و چه در منافع آن قایل نگردیده است و ضمانت اجرایی تخلف از حکم ماده فوق هم صرفاً حق مراجعه طلبکار و خریدار بیع شرطی تقاضای صدور اجراییه و مراجعه و واحد اجرای ثبت می باشند.

ب) علاوه بر معاملات رهنی و شرطی مذکور در ماده ۳۳ قانون ثبت، قانون گذار در تبصره ۲ ماده ۳۴ اضافه نموده است «در مواردی که مال یا ملکی وثیقه دین یا انجام تعهد با ضمانت قرارداد

می‌شود مطابق مقررات این قانون عمل خواهد شد.» یعنی اعمال ماده ۳۴ قانون ثبت علاوه بر بیع شرط و معامله رهنی شامل وثایق تعهدات یا ضمانت می‌شود که ارتباطی به بیع شرط یا معامله رهنی ندارد. مثلاً کسی که تعهد کرده است اگر ظرف مدت یک سال ساختمانی را احداث نکرده است، مکلف باشد ملکی را به نام متعهدله بنماید یا کسی ضامن شخصی شود و ضمانت اجرای آن مقرر شود که اگر نتواند ضامن در موعد مقرر به تعهد خود عمل کند ملکی یا مالی را به نام مضمونله انتقال دهد. این موارد هم به معامله شرطی و رهنی اضافه شده است. نمونه دیگر در این خصوص، صدور چک است. شخصی چکی صادر کرده است و هم‌زمان تعهد نموده است، اگر چک در موعد کارسازی نشود، ملکی که متعلق به صادرکننده چک بوده است به نام دارنده منتقل شود. این مورد هم شامل احکام معامله با حق استرداد می‌شود.

۳. تفاوت‌های رهن با معاملات با حق استرداد

تفاوت‌های رهن با معاملات با حق استرداد به شرح ذیل می‌باشد:

۱- در رهن، قبض از شرایط صحت است (م ۷۴۴ ق.م.) و پیش از آن هیچ التزامی به وجود نمی‌آید؛ ولی در انعقاد بیع شرط و سایر معاملات با حق استرداد، قبض مورد معامله اثری ندارد و تراضی طرفین کافی است.

۲- پس از انعقاد عقد رهن، منافع عین مرهون هم‌چنان از آن راهن است، مگر اینکه شرط خلاف شود (م ۷۸۶ ق.م.) ولی در معامله با حق استرداد منافع مورد معامله به انتقال گیرنده تعلق دارد.

۳- عقد رهن نسبت به مرتهن جایز است (م ۷۸۷ ق.م.) و او می‌تواند هرگاه بخواهد از رهن اعراض کند ولی، معامله با حق استرداد از دو طرف لازم است حتی با شرط نیز نمی‌توان این لزوم را به جواز تبدیل کرد (م ۳۹ ق.ث.) و تنها بدهکار می‌تواند با تأدیه دین، مال خود را از قید حق طلبکار برهاند.

۴- در مورد شیوه استیفای حق نیز، با اینکه ماده ۳۴ معاملات شرطی و رهنی را یکسان کرده است، در ماده ۳۳ مقرراتی وجود دارد که ویژه معامله با حق استرداد است و در رهن راه ندارد، هر نوع انتقالی از سوی انتقال‌دهنده یا انتقال گیرنده نافذ نیست و بر همین مبنا قانون‌گذار تنها از «متصرف ثالث» سخن می‌گوید (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۴: ۶۰۰).

در پایان ماده ۳۳ آمده است :

در صورتی که مال مورد معامله با حق استرداد در تصرف شخص دیگری غیر از انتقال دهنده یا وارث او باشد، انتقال گیرنده یا قائم مقام قانونی او برای وصول طلب خود، بابت اصل وجه و متفرعات، می تواند به هر یک از انتقال دهنده یا وارث او و یا کسی که عین مورد معامله را متصرف است اقامه دعوی نماید و رجوع به هریک مانع مراجعه به دیگری نخواهد بود. هر گاه به متصرف رجوع شده و حاصل از فروش ملک کفایت اصل و متفرعات را نکرده مدعی نمی تواند برای بقیه به انتقال دهنده رجوع کند و انتقال گیرنده می تواند، در صورتی که متصرف عالم به معامله اولیه بوده، برای بقیه طلب خود در حدود مدتی که مورد معامله در تصرف متصرف بوده به مشارالیه مراجعه کند، اعم از اینکه متصرف استیفای منفعت کرده یا نکرده باشد.

۵- در معامله با حق استرداد جهت استیفای حق چون معامله اثر تملیکی ندارد، طلبکار باید به مقامات عمومی مراجعه کند، ولی در بیع شرط یا رهن در صورت وکالت، احتیاجی به مراجعه به مقامات عمومی برای تملک نیست.

۶- مبنای ماده ۳۴ (قانون اصلاحی ثبت) یا معامله با حق استرداد، نظم عمومی است، ولی مبنای بیع شرط و رهن اصل حاکمیت اراده و قراردادی است.

شورای نگهبان در اظهار نظر راجع به ماده ۳۴ سابق اعلام کرد که در صورت حصول شرط (انقضای مدت و عدم اخذ به خیار و انتفای موضوع شرط) مورد معامله ملک مشتری است و ترتیبات ماده ۳۴ را قبول نکرده است، در حالی که در اظهار نظر راجع به ماده ۳۴ اصلاحی جدید، مهر تأیید بر آن نهاد و به ترجیح نظم عمومی بر حقوق خصوصی رضایت داد.

۷- در معاملات باحق استرداد، حق طلبکار محدود به مورد معامله است انتقال دهنده مسئولیتی از نظر عدم برابری مورد معامله با طلب ندارد؛ ولی در رهن، اگر مرتهن این نابرابری را مشاهده کرد می تواند از رهن اعراض کند.

۴. نقد و بررسی رویه قضایی

در زمینه وضعیت منافع مال در معامله به شرط استرداد دیوان عالی کشور در رأی خویش اعلام کرده است که منافع اختصاص به خریدار دارد. بایسته است این رأی مورد بازخوانی و بررسی قرار گیرد.

۱-۴. گردش کار پرونده وحدت رویه شماره ۱۵۵۴-۱۳۴۴/۹/۲۲ هیأت عمومی دیوان عالی کشور

بین شعب اول و دهم دیوان عالی کشور راجع به استفاده انتقال گیرنده معاملات با حق استرداد از منافع ملک مورد معامله رویه مختلف اتخاذ گردیده است که طبق ماده واحده قانون وحدت رویه قضایی مصوب تیرماه ۱۳۲۸ تقاضای طرح موضوع را در هیأت عمومی دیوان عالی کشور دارد تا موضوع مختلف فیه را بررسی نموده نسبت به آن اتخاذ نظر فرماید.

۱- کسی ملکی را از دیگری با سند رسمی خریداری کرده و در همان روز معامله میباید را به مدت پانزده سال به فروشنده اجاره داده است و شرط شده است در صورتی که مستأجر یکی از اقساط اجاره بها را در مدت مقرر نپردازد، مؤجر (انتقال گیرنده) حق فسخ اجاره و خلع ید مستأجر (انتقال دهنده) را از ملک مورد معامله خواهد داشت که چون مستأجر در بین مدت مال الاجاره را نپرداخته مؤجر اجاره را فسخ و خود را مستحق اجرت المثل از تاریخ فسخ اجاره تا تاریخی که ملک به تصرف او داده شود دانسته و به دادگاه تقدیم دادخواست نموده است. بعد از صدور حکم از دادگاه شهرستان، دادگاه استان معامله را با حق استرداد تشخیص و استحقاق خواهان را در مطالبه منافع که مستند آن اسناد رسمی است محرز دانسته و خوانده را محکوم به پرداخت وجوهی بابت اجور نموده و بر اثر فرجام خواهی شعبه اول دیوان عالی کشور به موجب پرونده ۳۵۰۱/۲۵ چنین رأی داده است:

حکم فرجام خواسته مخدوش است زیرا دادگاه استان با اینکه موضوع را معامله با حق استرداد تلقی کرده به استناد ماده ۷۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی فرجام خوانده را مستحق اجرت المثل از زمان فسخ اجاره به بعد دانسته در صورتی که ماده ۷۲۲ مذکور دلالتی بر این معنی نداشته و به طور کلی طبق مقررات راجع به معاملات با حق استرداد برای طلبکار حق زیان دیرکرد مقرر شده و اصولاً صدور حکم به اجور متفرع بر عنوان مالکیت است و در معاملات استرداد داین مالک عین ملک نیست تا بتواند در مقام مطالبه از اجرت المثل برآید. از این جهت بر حکم فرجام خواسته اشکال وارد است و نقض می شود.

۲- به حکایت پرونده ۱۶/۳۵۴۲ شعبه دهم دیوان عالی کشور بعد از فسخ اجاره فوق الذکر مالک، اصلی ملک یعنی اولیه، مورد معامله با حق استرداد را به دو نفر ثالث اجاره می دهد و منتقل آلیه معامله با حق استرداد علیه مستأجرین جدید تقدیم می نماید و چون خود را مالک منافع

ملک عنوان می‌دارد مبلغی بابت منافع ملک مطالبه می‌کند. بعد از صدور حکم از دادگاه شهرستان علیه خواهان، دادگاه استان به استناد ماده ۳ قانون ثبت مصوب ۱۳۱۲ و مواد ۴۵۹ و ۵۰۰ قانون مدنی و ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت اظهار نظر می‌نماید که خواهان بدوی حق مراجعه به خواندگان را داشته و با فسخ حکم پژوهش خواسته هر یک از مستأجرین جدید را محکوم به پرداخت مبلغی بابت اجور که مجموعاً معادل خواسته است به ضمیمه خسارات در حق منتقل‌الیه معامله با حق استرداد می‌نماید و بر اثر فرجام‌خواهی شعبه دهم دیوان عالی کشور چنین رأی می‌دهد:

چون به حکایت مندرجات پرونده مورد معامله به تصرف مشتری داده شده و مشارالیه ثمن است و بنابراین از حیث شمول ماده ۳ قانون اصلاحی ثبت مصوب ۱۳۱۲ به مورد بحث اشکالی نیست و اعتراض فرجام‌خواهان وارد نیست و چون به طور کلی از حیث رعایت موازین قانونی و قواعد دادرسی هم اشکالی به نظر نمی‌رسد حکم فرجام‌خواسته به موجب ماده ۵۵۸ قانون آیین دادرس مدنی ابرام می‌شود.

به قسمی که ملاحظه می‌فرمایند، شعبه اول دیوان عالی کشور منتقل‌الیه معامله شرطی را علاوه بر اصل، مستحق زیان دیر کردن قانونی دانسته و شعبه دهم استحقاق او را برای اخذ اجور منافع ملک تصدیق نموده است که رفع اختلاف منوط به رأی هیأت عمومی دیوان عالی کشور است.

دادستان کل - دکتر عبدالحسین علی آبادی

به تاریخ روز چهارشنبه بیست و ششم آبان ماه ۱۳۴۴ جلسه هیأت عمومی به ریاست جناب آقای محمد سروری رئیس کل دیوان عالی کشور و با حضور جناب آقای دکتر عبدالحسین علی آبادی دادستان کل کشور و جنابان آقایان رؤسا و مستشاران شعب دیوان مزبور تشکیل و پس از طرح و قرائت گزارش مربوط به آرای مختلف و متضادی که از شعب اول و دهم دیوان عالی کشور در مورد استحقاق و عدم استحقاق مطالبه اجور در مدت خیار از طرف انتقال گیرنده در معامله با حق استرداد صادر شده، مورد بررسی قرار گرفته و با کسب نظریه جناب آقای دادستان کل به شرح زیر «در موضوع اختلاف میان شعبه اول و شعبه دهم دیوان عالی کشور مبنی بر اینکه آیا در معامله با حق استرداد انتقال گیرنده یعنی مشتری حق دارد اجور عقب افتاده را مطالبه نماید یا نه به جهات زیر رأی شعبه دهم که انتقال گیرنده را در معامله با حق استرداد

مستحق اجور عقب افتاده دانسته مورد تأیید است.

به طور کلی در معامله با حق استرداد مشتری که نمی تواند مالک عین شود اگر حاضر به چنین معامله ای می شود برای این است که از پول خود استفاده کند و چنانچه معامله برای او فایده نداشته باشد هرگز حاضر نخواهد شد پول خود را قرض دهد. در این صورت انتفاع او از دو راه صورت می گیرد:

اول. استفاده از اجور در مدت خیار که در سند مقرر می گردد.

دوم. استحقاق از خسارت تأخیر تأدیه که مربوط به بعد از مدت خیار است.

مواد زیر مؤید نظریه فوق به شمار می آیند:

۱. ماده ۷۲۲ آیین دادرسی مدنی چنین مقرر داشته است: «در معاملات با حق استرداد که مورد معامله به تصرف داین شده است، مدیون حق مطالبه اجرت المثل را نسبت به مدتی که مورد معامله در تصرف داین است، ندارد.»

از این ماده به خوبی مستفاد می گردد که مدیون نسبت به منافع ملک حقی ندارد و منافع آن متعلق به طلبکار است و چنانچه در این قسمت برای مدیون حقی وجود داشت مقنن نمی بایست او را در زمانی که ملک در تصرف داین است از مطالبه اجرت المثل محروم سازد.

۲- ماده سوم قانون اصلاحی ثبت مصوب ۱۳۱۲/۱۰/۲۸ مبنی بر: «در صورتی که مال مورد معامله با حق استرداد در تصرف شخص دیگری غیر از انتقال دهنده یا وارث او باشد، انتقال گیرنده یا قائم مقام قانونی او برای وصول طلب خود بابت اصل وجه متفرعات می تواند به هر یک از انتقال دهنده یا وارث او و یا کسی که عین مورد معامله را متصرف است، اقامه دعوی نماید و رجوع به هر یک مانع مراجعه به دیگری نخواهد بود.» مقنن برای وصول اصل وجه، داین و متفرعات آن که متضمن اجور عقب افتاده مربوط به مدت مقرر در سند است به قدری اتقان و استحکام قائل شده که هم انتقال دهنده و هم وارث و هم کسی که عین مورد معامله را متصرف است متضامناً مسئول دانسته است. یک قسمت از این مسئولیت تضامنی برای تثبیت حق داین نسبت به منافع ملک است. بنابراین با توجه به دو ماده فوق الذکر نظریه شعبه اول مبنی بر اینکه اجور متفرع بر عنوان مالکیت است، قابل تأیید نمی باشد، زیرا با اینکه مقنن معامله بیع شرط را که طبق ماده ۴۵۶ قانون مدنی به مجرد عقد، مبیع ملک مشتری می شود تبدیل به معامله با حق استرداد که نافی مالکیت انتقال گیرنده است نموده، مع ذلک منافع مال مورد معامله را متعلق حق او دانسته

است.

۳- ماده ۳۴ قانون ثبت مبنی بر: «هر گاه بدهکار در ظرف سه ماه از تاریخ ابلاغ اجرائیه اصل وجه مورد معامله را با اجور عقب افتاده و زیان دیرکرد نسبت به اصل از تاریخ انقضای مدت حق استرداد نپردازد، آگهی مزایده مال مورد معامله از همان مبلغی که در سند تعیین شده به علاوه اجور عقب افتاده و زیان دیرکرد نسبت به اصل وجه از تاریخ انقضای معامله تا روز مزایده و حقوق دیوانی و هزینه مزایده و مالیات حراج منتشر می شود». بدیهی است که جمله «اجور عقب افتاده» مندرج در این ماده مربوط به اجور در مدت خیار است که در سند مقرر گردیده است.

۴- ماده ۱۰۹ آیین اجرای اسناد رسمی حاکی از این است که:

بستانکار باید در درخواست خود مبالغ زیر را تعیین نماید:

۱- میزان اصل طلب.

۲- میزان اجور عقب افتاده (اگر قبوض اقساطی دارد باید پیوست نماید).

۳- میزان خسارت تأخیر تأدیه تا روز درخواست اجراییه.

به طوری که ملاحظه می شود در این ماده مقنن یکی از اقلام طلب داین را اجور عقب افتاده ذکر کرده است.

بنا به مراتب بالا معتقد بر تأیید حکم شماره ۲۶۱-۱۳۴۳/۳/۶-شعبه دهم می باشم.

دادستان کل - دکتر علی آبادی» (علی آبادی، ۱۳۷۵، ج ۴: ۵۶-۵۱).

در موضوع اختلاف رویه حاصل میان شعب اول و دهم دیوان عالی کشور مشاوره نموده به

اکثریت به شرح زیر رأی می دهند:

رأی اکثریت هیأت عمومی دیوان عالی کشور

در موضوع اختلاف رویه حاصل میان شعبه اول و شعبه دهم دیوان عالی کشور راجع به استحقاق یا عدم استحقاق مطالبه اجور در مدت خیار از طرف انتقال گیرنده در معامله با حق استرداد، نظر به ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت مصوب مردادماه ۱۳۱۰ که به موجب آن اصل وجه ثمن و اجور مال مورد معامله در مدت خیار متعلق حق انتقال گیرنده شناخته شده و نظر به ماده ۷۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی که به موجب آن در صورتی که مال مورد معامله در تصرف انتقال گیرنده باشد، انتقال دهنده در مدت تصرف حق مطالبه اجرت المثل از انتقال گیرنده ندارد. رأی شعبه دهم نتیجتاً مورد تأیید

است. این رأی طبق ماده واحده وحدت رویه قضایی مصوب تیرماه سال ۱۳۲۸ در مورد مشابه لازم‌الاتباع است.

۲-۴. خلاصه پرونده‌های موضوع رأی وحدت رویه و نقد و بررسی آن

بند اول. خلاصه پرونده‌ها: با توجه به مطالعه دو فقره پرونده موضوع وحدت رویه خلاصه اختلاف بین شعب دیوان این است که شعبه اول دیوان با استنباط از قوانین حاکم و با تشخیص موضوع به معامله با حق استرداد راجع به مالکیت منافع مبیع از زمان وقوع معامله تا زمان پرداخت دین نظرش این بوده که چون اجور متفرع بر مالکیت است و در معاملات با حق استرداد طلبکار مالک عین نیست نمی‌تواند به تبع آن در مقام مطالبه منافع (اجرت ملک) برآید از این حیث رأی بدوی را مخدوش دانسته است. لیکن شعبه دهم دیوان عالی کشور با استنباط از همان قانون نظرش بر این بوده که چون مورد معامله به تصرف مشتری داده شده و مشارئله آن را به بایع اجاره داده قانوناً منافع ملک متعلق به مشتری است. به عبارت دیگر، شعبه دهم دیوان عالی کشور اعتقاد داشته با وقوع معامله با حق استرداد اگرچه مدیون مالکیت خود را حفظ می‌کند و با پرداخت دین ملک آزاد می‌شود، اما به این معنا نیست که قرض دادن مال از ناحیه مقترض (خریدار) بلاعوض بوده و بدون قید و شرط مورد قرض را به بایع داده است، همان‌طور که بایع (مدیون) از پول مشتری استفاده کرده است، مشتری معامله با حق استرداد (داین) از ملک یا خانه وی به رایگان بهره برده است.

بند دوم. همان‌طور که دادستان وقت کل کشور در چهار فقره استدلال رأی شعبه دهم دیوان را تأیید کرده است به دلایل ذیل رأی شعبه مذکور صحیح و صائب است:

اولاً، ممکن است در یک قرارداد چند عقد قابل تحقق باشد. در مسأله مورد بحث اگرچه دعوی راجع به یک معامله است (معامله شرطی یا با حق استرداد) اما به نظر می‌رسد از نظر تحلیل حقوقی دو عقد در داخل آن واقع شده است: عقد قرض و عقد اجاره. به عبارت دیگر، قرض مال خود را مقترض قرض می‌دهد تا وی ملک خود را به اجاره به مقترض بدهد، آن هم به رایگان، و مطابق قواعد حقوقی این معامله بلاشکال است.

ثانیاً، شرط ممکن است اینطور تحلیل شود که داین مالی که به مدیون قرض می‌دهد با این

شرط باشد که از وثیقه مأخوذه (غیر مرهونه) به رایگان استفاده کند و اگر این مال را بخواهد به مدیون بدهد معادل آن اجاره بگیرد. اگرچه اصل معامله شرطی و رهنی تبدیل به معامله با حق استرداد شده است، اما مقنن متعرض اینگونه قرارداد و شروط صحیح آن نشده است و اصل هم عدم تسری قواعد آمره در موارد مشکوک می‌باشد.

ثالثاً، رهن تصرف ممکن است اینطور تحلیل شود داین ملکی را به رهن از مدیون می‌گیرد با حق تصرف بنابراین قرارداد و شرط مندرج در آن صحیح و نافذ می‌باشد از این حیث نیز خدشه‌ای به تصرفات مجانی داین در مال مورد وثیقه نمی‌باشد.

رابعاً، «العقود تابعة للقصود» (عقدها تابع قصدها هستند) قصد مقرض در دادن قرض این است که قرض دادن وی در عوض تملک مجانی منافع ملک مورد وثیقه یا بیع شرط است، ولو اینکه اصل معامله شرطی باطل باشد، با تملک مجانی منافع توسط داین منافاتی ندارد.

نتایج

۱. معامله با حق استرداد هر عقد تملیکی و معوض است که در آن انتقال دهنده حق دارد با رد عوضی که دریافت کرده است ملک تملیک شده را استرداد کند.

۲. از منظر قانون ثبت، معاملات با حق استرداد، ترکیبی از عقد قرض و رهن است که در یک زمان پس از ایجاب و قبول به وجود می‌آید. به تعبیر دیگر، در معامله با حق استرداد یکی از متعاقدين، مالی را به دیگری به عنوان قرض تملیک می‌کند، اما برای اطمینان از اینکه قرض در زمان مقرر به او برگردد وثیقه اخذ می‌کند تا در سررسید، در صورت عدم دریافت طلب خود بتواند از محل وثیقه، طلب خود را مسترد کند.

۳. علی‌رغم اینکه قانون‌گذار، معاملات شرطی را به معاملات رهنی ملحق کرده است، با وجود این، بین معاملات با حق استرداد با عقد رهن تفاوت‌هایی وجود دارد، از جمله این تفاوت‌ها این است که منافع مورد معامله با حق استرداد با توجه به (م. ۳۴ ق.ث.) به انتقال گیرنده اختصاص دارد اما منافع عین مرهونه به راهن اختصاص دارد مگر اینکه شرط خلاف شود (م. ۷۸۶ ق.م.).

۴. با توجه به م. ۳۴ ق.ث. رویه قضایی، منافع اختصاص به خریدار دارد، و این اثر با توجه به موازین شرع، همان سود بدهی است. با وجود این، اگر منافع را متعلق به خریدار ندانیم، با عنایت به نقش تورم و کسر ارزش پول به عدالت معاوضی در مورد وی نادیده گرفته می‌شود. از این رو،

تعلق منافع به وی در قالب تهاتر و تحقق تعادل نسبی موجّه می نماید.

فهرست منابع

- قرآن کریم.
- قانون مدنی.
- قانون ثبت.
- آل کاشف الغطاء، محمدحسین. (۱۳۵۹) *تحریرالمجله*، قم: انتشارات فیروزآبادی.
- امام خمینی، روح الله موسوی. (۱۳۷۷) *تحریر الوسیله*، قم: انتشارات دارالعلم.
- امامی، سیدحسن. (۱۳۷۴) *حقوق مدنی*، تهران: کتابفروشی اسلامیة.
- _____. (۱۳۷۷) *حقوق مدنی*، تهران: کتابفروشی اسلامیة.
- آملی، میرزا هاشم. (۱۳۸۶) *المحاضرات فی فقه الرهن: تقریرات درس آقا ضیاء الدین عراقی*، تحقیق و تعلیق سید مصطفی محقق داماد، نشر علوم اسلامی.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۶۸) *ترمیمی‌لوی حقوق*، تهران: نشر گنج دانش.
- _____. (۱۳۷۰) *حقوق مدنی (رهن و صلح)*، تهران: نشر گنج دانش.
- دهخدا، علی اکبر. (۱۳۷۷) *لغت نامه*، تهران: دانشگاه تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ: روزنه، ۱۵جلدی.
- *روزنامه دولت علیه ایران* (۵ شنبه ماه صفر ۱۲۸۱ ق.) شماره ۵۶۲.
- سعد، نبیل ابراهیم. (۲۰۱۰م.) *التأمینات العینیة و الشخصیة*، منشورات الحلبي الحقوقية.
- سنهوری، عبدالزراق. (۱۸۹۵م.) *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید*، بیروت - لبنان: احیاء تراث اسلامی.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی. (۱۴۱۳ق.) *مسالك الافهام فی شرح شرایع الاسلام*، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۵ جلدی.
- صالح، علی پاشا. (۱۳۸۳) *مباحثی از تاریخ حقوق*، تهران: دانشگاه تهران.
- صفایی، حسین. (۱۳۹۵) *دوره مقدماتی حقوق مدنی*، تهران: نشر میزان، ۲جلدی.
- علی آبادی، عبدالحسین. (۱۳۷۵) *موازین قضایی هیأت عمومی دیوان عالی کشور*، تهران: نشر گنج دانش.
- عمید زنجانی، عباسعلی. (۱۳۸۲) *آیات الاحکام*، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- عمید، حسن. (۱۳۶۵) *فرهنگ فارسی عمید*، تهران: انتشارات امیر کبیر، ۳جلدی.

- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۶) عقود معین (عقود اذنی، وثیقه‌های دین)، تهران: انتشارات مدرس.
- _____. (۱۳۸۷) حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۵جلدی.
- متین دفتری، احمد. (۱۳۷۸) مجموعه رویه قضایی (حقوقی)، تهران: انتشارات کیهان.
- _____. (۱۳۹۸) آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- معین، محمد. (۱۳۶۰) فرهنگ فارسی، تهران: انتشارات امیرکبیر، ۶جلدی.
- مهرپور، حسین. (۱۳۷۱) مجموعه نظریات شورای نگهبان، تهران: نشر دادگستر.

نحوه اشتراک دوفصلنامه فقه و حقوق خصوصی

❖ مبلغ ۲۴۰/۰۰۰ ریال بابت حق اشتراک دو شماره از دوفصلنامه فقه و حقوق خصوصی، برای مدت یک سال، به شماره حساب ۰۱۰۲۴۴۵۴۳۳۰۰۰ به نام انتشارات مدرسه عالی شهید مطهری نزد بانک صادرات شعبه سرچشمه کد ۰۰۶۲ واریز گردد.

❖ اصل فیش بانکی، به همراه فرم اشتراک تکمیل شده از طریق پست یا نمابر یا ایمیل به دفتر دوفصلنامه فقه و حقوق خصوصی ارسال گردد:

نشانی: تهران، میدان بهارستان، دانشگاه شهید مطهری، کد پستی ۱۱۵۷۶۱۳۱۱۷، صندوق پستی ۴۱۷۹-۱۱۳۶۵، دفتر دوفصلنامه فقه و حقوق خصوصی.

پست الکترونیکی: jurisp.priv.law@gmail.com

تلفن و دورنگار: ۰۲۱-۳۳۵۶۳۱۳۱

مشترکین گرامی در صورت تغییر آدرس، نشانی جدید را سریعاً به دفتر دو فصلنامه اطلاع دهند.

(فرم اشتراک پشت صفحه)



فرم اشتراک
دوفصلنامه فقه و حقوق خصوصی

نام و نام خانوادگی:

نام مؤسسه / نهاد:

شغل:

تحصیلات:

تاریخ شروع اشتراک:

متقاضی شماره‌های:

آدرس دقیق پستی:

کد پستی:

تلفن تماس:

نشانی پست الکترونیکی:

امضا و تاریخ

توضیحات:

A Comparison of Mortgage Contract and Transaction with Right of Restitution through an Approach based on Existing Precedent

Gholamali Sedghi¹

Abstract: Transaction with right of restitution refers to any supplementary and commutative contract in which the assignor reserves the right for himself to reject consideration and restitute transferred property. In view of the law on registration of deeds and real estates, transaction with right of restitution is a combined contract of rendable property and mortgage. There are, however, differences between transaction with right of restitution and mortgage including this that the contract interests belongs to the transferee in the transaction with the right of restitution while corpus interests of the mortgaged property belong to the mortgagee. By virtue of Article 324 of the law on registration of deeds and real estates and the existing precedent, all the benefits belong to the purchaser and given religious rules and regulations, this stipulation is the same as the debt interest. However, if we ignore the right of the purchaser to collect interests, given the degree of inflation and devaluation of money, we have equally ignored commutative justice in his case. Therefore, belongingness of the interests to him seems to be possible via bartering and realization of relative balance.

Keywords: transaction with right of restitution, mortgage, revocable sale, debt, corpus and interest ownership.

1. Judge, The Supreme Court of Iran, and University Lecturer.
Email: Sedghi9992@gmail.com

A Comparative Study of Coma and General Anesthesia and Brain Death in Iran's Jurisprudence and Law

Morteza Chitsazan¹

Hamed Hasaninia²

Abstract: In this paper, we have first tried to define coma and then compare it with general anesthesia and brain death by resorting to the opinions of the jurists and latest medical findings. Unlike common belief, coma is not a disease; rather, it is a prolonged state of unconsciousness that results from damage to the person's brain. In this paper, we will investigate the nature of coma and compare and contrast it with similar states of unconsciousness in the science of jurisprudence and law. The most important outcome of this study and the aforesaid comparison and contrast will emerge in the answer to the following question: What state of life is "the person in coma" in? There is an in-depth relation between humans' life and death on one side and jurisprudence and law on the other side, in the sense that some rules are only applicable to death and the dead person while on the contrary, there are rules that are applicable to the person as long as he is alive and become inapplicable with the passing away of the person. Therefore, a precise examination of the concepts of life and death will be inevitable toward realizing the purpose of this paper.

Keywords: coma, general anesthesia, brain death, incompetent, capacity.

1. Associate Professor, Shahid Motahari University.

E-mail:morteza.chitsazian@yahoo.com

2. MA (Jurisprudence and Private Law), Shahid Motahari University (Corresponding Author).

E-mail:h.hasaninia@gmail.com

Fundamentals of “Principle of Unconditionality of Commercial Paper Obligations” in Iran’s Jurisprudence and Law

Akram Safiri¹

Farzaneh Karimi²

Abstract: The role commercial papers play in transactions and economic relations is this that they are appropriate substitutes for cash in payments. Along with easy, fast and safe transfer and turn-over, they guarantee the rights of the owner as well. Realization of this will be possible when obligations of the signatories of the papers are expressed absolutely and clearly, not conditioned to anything else. The prerequisites calling for unconditionality of commercial papers are considered among the fundamentals of this principle, which we have studied in this paper in two sections of “legal requirements” (the need for using commercial papers instead of cash, the need for meeting speed, ease and security in carrying and transfer of commercial papers and the need for protecting the rights of the commercial paper owners) and “jurisprudential requirements” (exigency of protecting property and preventing disruption in economic system).

Keywords: commercial papers, commercial paper obligations, unconditionality of commercial papers, principle (legal principle).

1. Associate Professor, Shahid Motahari University.

E-mail:university_motahari@yahoo.com

2. MA (Jurisprudence and Private Law), Shahid Motahari University (Corresponding Author).

E-mail:f_karimi_69@yahoo.com

Theory of Extinction of Original Obligations by Signing Commercial Papers

Alireza Alipanah¹

Somayeh Ahmadi Majdabadi Farahani²

Abstract: The issuance and delivery of commercial papers do not mean fulfilment of payments or extinction of previous obligations; rather, it is with the hand-over of the commercial papers that both obligations under the commercial papers are met and the original obligations become extinct. Although commercial papers bear obligation per se, until before payments for commercial papers are made, the criterion for action will be original obligations.

There is, of course, difference of opinion among jurists on this rule, while it has been confirmed in the majority of the legal systems. However, there is another theory stipulating that issuing a commercial paper and handing it over to the creditor suffices for extinction of original obligations. The proponents of this theory believe in the “substitution of commercial papers”. Although they accept the fact that a commercial paper means ‘commitment to pay’ not ‘payment per se’, they believe that the obligation coming from the commercial paper shall be replaced with the original obligation, suggesting that somehow a shift of obligation takes place.

Keywords: shift of obligation, obligation per se, extinction of obligation, commercial papers, original obligations.

1. Associate Professor, Shahid Beheshti University.

E-mail:alipanah_a@yahoo.com

2. PhD Student, Department of Jurisprudence and Principles of Islamic Law, University of Islamic Sects (Corresponding Author).

E-mail:ahmadimajd@iran.ir

A Study of Conceptual Authority in Discerning the Condition of Banning *Halal* and Authorizing *Haram* in Imamiya Jurisprudence

Seyed Abulghasem Naghibi¹
Sajjad Razaghi²

Abstract: The condition of banning *Halal* and authorizing of *Haram* is one of the most important discussions in Imamiya jurisprudence. Jurists consider the proviso enforceable in case the condition does not ban *Halal* nor authorize *Haram*. There is difference of opinion among them on conceptual authority in discerning the condition of banning *Halal* and authorizing *Haram*. Some jurists like Sheikh Ansari are of the opinion that the condition leading to authorization of an unchangeable rule on *Haram* and banning an unchangeable rule on *Halal*, shall be considered an instance of banning *Halal* and authorizing of *Haram*. Some other jurists, like Mohaqeq Yazdi and Nayini believe that the verdicts must first be divided into mandatory and conditional rules before expressing any authorization or banning. In mandatory rules, the late Naraqi – like Sheikh Ansari – only considers commitment to unchangeable rules (Wajib or religiously obligatory act and *Haram* or religiously forbidden) against the Book and Sunnah or tradition, however, commitment to act or avoid to act in permissible rules is allowed. Also, he says any change in conditional rules by setting a condition is against the Sharia law. Some other jurists, like Imam Khomeini, have resorted to the common law in expressing the quality of authority in its discernment.

Keywords: condition, proviso, banning Halal, authorizing Haram, validity of condition, condition against the Book and Sunnah, jurisprudential authority.

1. Associate Professor, Shahid Motahari University.

E-mail: da.naghibi@yahoo.com

2. MA (Jurisprudence and Private Law), Shahid Motahari University (Corresponding Author).

E-mail: sd.razaghi@gmail.com

English Abstracts Essays

Role of Injustice in Jurisprudential Inference

Seyed Alireza Foroghi¹

Mahdi Mohammadi²

Abstract: Justice and injustice are two influential and highly debated issues in human schools of thought. One key discussion in this regard, is the role the concept of injustice can play in the procedures related to inference of the religious rules. This paper intends to clarify the role of injustice in this procedure. Based on the dictionaries, especially those belonging to the immediate post-Revelation period, injustice means “trespassing limits”. It also means the same in religious texts, the Holy Quran in particular. On this basis, in jurisprudential inference, injustice takes place whenever one trespasses the limits specified by the legislator. The valid limits in jurisprudence are the same specified by the legislator as well as the rational and common limits based on which the legislator has set the limits or avoided prohibition. Consequently, injustice is a criterion at work throughout the totality of jurisprudence and legal inference. Two major roles have been considered for injustice: First, in cases where attribution of something or reasoning is in incompatibility with general guidelines of Sharia law, it can restrict reason or dissuade the case. Second, it can serve as a proof of judgment in jurisprudential ramifications and newly raised issues.

Keywords: injustice, justice, inference, jurisprudence, trespass, limits.

1. Assistant Professor, Shahid Motahari University.

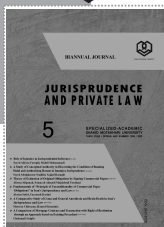
E-mail:nomune24@gmail.com

2. MA (Jurisprudence and Private Law), Shahid Motahari University (Corresponding Author).

E-mail:loshto@yahoo.com

Table of Contents

❖ Editorial	1
❖ Role of Injustice in Jurisprudential Inference.....	3
Seyed Alireza Foroghi Mahdi Mohammadi	
❖ A Study of Conceptual Authority in Discerning the Condition of Banning <i>Halal</i> and Authorizing <i>Haram</i> in Imamiya Jurisprudence.....	23
Seyed Abulghasem Naghibi Sajjad Razaghi	
❖ Theory of Extinction of Original Obligations by Signing Commercial Papers	49
Alireza Alipanah Somayeh Ahmadi Majdabadi Farahani	
❖ Fundamentals of “Principle of Unconditionality of Commercial Paper Obligations” in Iran’s Jurisprudence and Law	65
Akram Safiri Farzaneh Karimi	
❖ A Comparative Study of Coma and General Anesthesia and Brain Death in Iran’s Jurisprudence and Law	89
Morteza Chitsazan Hamed Hasaninia	
❖ A Comparison of Mortgage Contract and Transaction with Right of Restitution through an Approach based on Existing Precedent	107
Gholamali Sedghi	
❖ English Abstracts Essays.....	125



BIANNUL JOURNAL

JURISPRUDENCE AND PRIVATE LAW

5

SPECIALIZED – ACADEMIC
SHAHID MOTAHHARI UNIVERSITY
THIRD YEAR / SPRING AND SUMMER 1399 / 2020

In The Name of God

Proprietor: Shahid Motahhari University

Managing Editor: Seyed Alireza Foroughi

Editor-in-Chief: Seyed Abulqasem Naqibi

Editorial Board Members:

- ❖ Mohammad Imami Kashani: Custodian and President of Shahid Motahhari School and University
- ❖ Seyed Mostafa Mohaqeq Damad: Professor, Shahid Beheshti University
- ❖ Seyed Mohammad Moosavi Bojnourdi: Professor, Khawrazmi University
- ❖ Seyed Hossien Safai: Professor, the University of Tehran
- ❖ Seyed Mohammad Sadeq Moosavi: Associate Professor, Shahid Motahhari University
- ❖ Seyed Abulqasem Naqibi: Associate Professor, Shahid Motahhari University
- ❖ Mohammad Bahrami: Associate Professor, Shahid Motahhari University
- ❖ Mohsen Ismaili: Associate Professor, the University of Tehran
- ❖ Mohammad Roshan: Associate Professor, Shahid Beheshti University

Managing Director: Atiyeh Zandiyeh

Editor: Maral Naser Roosta

Proofreader: Azam Suleimani

English Translator: Seyed Sadroddin Moosavi Jashni

Cover Design and Layout: Amir Rajabinejad

Mailing Address: Office of *Biannual Journal of Jurisprudence and Private Law*,
Shahid Motahhari University Baharestan Square, Tehran, Iran

P.O. Box 11365-4785

Postal Code: 1157613117

Tel & Fax: +98 – 21 33563131

Website Address: www.motahari.ac.ir

Email Address: jurisp.priv.law@gmail.com

- ❖ *Biannual Journal of Jurisprudence and Private Law* reserves the right to edit, correct or summarize the received articles.
- ❖ Materials included in *Biannual Journal of Jurisprudence and Private Law* fail to necessarily express the viewpoints of the Shahid Motahhari University.
- ❖ Quotation of contents has no legal prohibition provided the source is cited.