



دوفصلنامه

فقه و حقوق خصوصی

۱

علمی - تخصصی
دانشگاه شهید مطهری
سال اول / بهار و تابستان ۱۳۹۷



صاحب امتیاز: دانشگاه شهید مطهری
مدیر مسئول: سید علیرضا فروغی
سر دبیر: 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
- ❖ سید علیرضا فروغی: استادیار دانشگاه شهید مطهری

مدیر اجرایی: عطیه زندیه
ویراستار: عطیه زندیه
نمونه خوان: اعظم سلیمانی
مترجم انگلیسی: سید صدرالدین موسوی جشنی
طراح جلد و صفحه آرا: امیر رجیبی 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: ۱۲۰۰۰ 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/ نویسنده‌گان 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
❖ بررسی فقهی و حقوقی مفهوم حق و حکم.....	۳
سید علیرضا فروغی	
❖ بررسی فقهی و حقوقی حکم شروط ضمن عقد پس از اقاله.....	۳۷
سید محمد هادی ساعی	
مریم ثقفی	
❖ بازفروش کالا در کنوانسیون بیع بین‌المللی و امکان توجیه آن بر اساس	
تقااص در فقه و حقوق ایران.....	۵۳
الهام شریعتی نجف‌آبادی	
عباس کریمی	
❖ بررسی فقهی تضمین اصل سرمایه در اوراق استصناع.....	۷۵
معصومه مظاهری	
حمیده گۆشی دهقی	
❖ تشکیلات قضایی اسلامی و پیشنهاد تنوع دادگاه.....	۹۵
محمد جعفری هرندي	
❖ مبانی عقلی منجزیت علم اجمالی.....	۱۲۵
سید ابوالقاسم نقیبي	
محمد حسین سهیلی	
❖ چکیده مقالات به زبان انگلیسی.....	۱۵۶

یادداشت سردبیر

«فقه» به معنای فهم دقیق و استنباط روشمند احکام و مقررات عملی اسلامی از منابع و مدارک مربوط، از مهم‌ترین شاخه‌های علوم اسلامی است. برخی فقیهان مباحث فقه را در چهار مبحث عبادات، عقود، ایقاعات و احکام ساماندهی کرده‌اند. عقود و ایقاعات گسترده‌ترین مباحث متون فقهی را تشکیل داده و متضمن قواعدی هستند که روابط خصوصی اشخاص را تنظیم می‌کنند. لذا این دو حوزه، اصلی‌ترین قلمرو مشترک فقه و حقوق خصوصی را تشکیل می‌دهند. این قلمرو مشترک از بسترهای مهم تعامل فقه با حقوق خصوصی است. حقوق‌دانان و فقیهان در این قلمرو مشترک، قواعد حاکم بر مناسبات اشخاص را یافته و ارائه می‌دهند.

فقیه با به کارگیری روش اجتهادی، قواعد فقه معاملی را از کتاب، سنت، اجماع و عقل، استنباط و ارائه می‌کند. عالم حقوق نیز به دنبال یافتن مهم‌ترین و عادلانه‌ترین قواعد حقوقی برای تنظیم روابط اجتماعی است. از آنجا که قواعد فقه معاملی خود متضمن قواعد حقوقی هستند، قواعد حقوقی فراوانی در نظام حقوقی ایران از خاستگاه فقهی برخوردارند. وحدت قلمرو قواعد حقوقی با قواعد و مسائل فقه معاملی (عقود و ایقاعات) ایجاب می‌نماید تا پژوهش‌گران فقه و حقوق خصوصی، قواعد حقوقی متناسب با زمان و مکان را یافته و ارائه دهند. تاریخ پژوهش‌های فقهی و حقوقی نشان می‌دهد غالب این پژوهش‌ها بر محور قاعده و مسأله فقهی و قاعده حقوقی انجام پذیرفته است. این پژوهش‌ها در قالب فقه تفریعی و فقه قاعده‌ای ظهور نموده و میراث گران‌سنگی از علم فقه و دانش حقوق را در تمدن علمی انسانی و اسلامی به جای نهاده‌اند.

فقیه برای وصول به قواعد فقهی از دلیل‌های لفظی، قیاسی و استقرایی بهره می‌جوید. حقوق‌دان نیز برای کشف قاعده حقوقی به دلیل‌های زبان‌شناختی، تعبیرهای منطقی و اصولی نیازمند می‌باشد. قیاس اولویت، قیاس منصوص‌العله و مستنبط‌العله، مفهوم مخالف و مانند آن در فرض وجود نص یا ظاهر در ادله اجتهادی و متن قانونی و اصول عملی مانند برائت، استصحاب، احتیاط و تخییر از جمله مفاهیم و تعبیری هستند که گستره مشترک روش و متدولوژی فقه و حقوق خصوصی

به شمار می آیند. وحدت قلمرو، منطق و روش مشترک فقه و حقوق در عقود و ایقاعات، تعامل مؤثر بین این دو دانش و مطالعات و پژوهش های تطبیقی و مقایسه ای را فراهم می نماید تا در سایه این وحدت قلمرو و روش علمی، اشتراک و افتراق مبانی، ادله قواعد فقه معاملی و قواعد حقوقی به شکل تحلیلی و تطبیقی تبیین گردد.

دانشگاه شهید مطهری در مقطع تحصیلات تکمیلی، در دوره های کارشناسی ارشد و دکتری، رشته فقه و حقوق خصوصی را طراحی و اجرا کرده است تا دانشجویان با درک صحیح از نیازهای انسان معاصر، قواعد حقوقی و احکام معاملی حاکم بر مسائل و مناسبات نوپدید را از منابع یافته و ارائه نمایند و در فرآیند نظریه پردازی های بدیع در تنظیم حوزه های حیات انسان مسلمان معاصر مشارکت فعال داشته باشند. دوفصلنامه فقه و حقوق خصوصی با چنین رویکردی مقالات علمی و پژوهشی فرهیختگان و پژوهش گران را مورد پذیرش و نشر قرار می دهد.

بررسی فقهی و حقوقی مفهوم حق و حکم

سید علیرضا فروغی^۱

چکیده: حق در اصطلاح فقهی دارای دو معناست: نخست، حق در معنای عام که شامل ملک، حکم و حق به معنای خاص می‌باشد. شاهد این مدعا مواردی نظیر حق ابوت، حق ولایت برای حاکم، حق وصایت، حق حضانت و نظایر آن است که گرچه در لسان اخبار و کلمات فقها از آن به حق تعبیر شده لکن همه از مصادیق حکم است. دوم، حق به معنای خاص که در مقابل ملک و حکم است. لذا توجه داده شده فقهایی که حق را در مقابل ملک و حکم می‌دانند مقصودشان از حکم، حکم تکلیفی است و از آن با تعبیر حکم شرعی و خطاب شارع نیز یاد می‌کنند اما در صورتی که ما حکم را به معنای عام آن، اعم از تکلیفی و وضعی، بدانیم روشن است که حق (به مانند ملک) از اقسام حکم وضعی بوده و به این اعتبار حکم اعم از حق به معنای خاص - معنای دوم - می‌شود.

بر این اساس، زمانی که حق با حکم مقایسه می‌شود معنای اخص این دو، مورد نظر بوده و لذا هرگاه در فقه سخن از آثار و ویژگی‌های حق، نظیر قابلیت اسقاط، نقل و انتقال می‌رود مقصود آن است که حق به عنوان حکم وضعی و اعتبار عقلایی مستقل دارای این آثار است و در مقابل حکم تکلیفی فاقد این ویژگی‌هاست.

در این مقاله درباره رابطه حکم تکلیفی و حکم وضعی و بیان نظرات اصولیان و نظر مختار نیز بحث و بررسی شده است. هم‌چنین در مورد اینکه ملاک و ضابط تشخیص حق از حکم چیست و در آخر اینکه هرگاه در موردی شک شود که از حقوق است یا احکام، مقتضای قاعده و اصل چیست؟ در این صورت مقتضای قاعده و در صورت فقدان آن مقتضای اصل عملی چیست؟

کلیدواژه‌ها: حق، حکم، حکم وضعی، حکم تکلیفی، فقه، حقوق.

مقدمه

حق از جمله مفاهیم و تأسیساتی است که مقایسه آن با مفاهیم و نهادهای مشابه موجب می‌شود تا شناخت دقیق‌تر و عمیق‌تری از ماهیت آن به دست آید. بر این اساس، فقهای امامیه حق را با مفاهیمی نظیر ملک، حکم و تکلیف سنجیده و با تدقیق در این موضوع تحقیقات بسیار ارزنده‌ای ارائه نموده‌اند. در این مقاله، حق با مفهوم حکم تطبیق داده شده و سعی شده ویژگی‌های این دو مفهوم و وجوه تمایز آن نسبت به یکدیگر تبیین شود. مقاله در دو گفتار سازماندهی شده که به ترتیب درباره حق و حکم ارائه می‌گردد.

گفتار اول: حق

۱. تعریف حق در لغت

واژه حق در زبان عربی به صورت مصدر، اسم و صفت به کار رفته است. لغت‌دانان بزرگ عرب درباره معنای حق اتفاق نظر داشته و سخنان مشابهی ابراز نموده‌اند. از جمله در *لسان العرب* آمده است: «حق نقیض باطل است و جمع آن حقوق و حقائق است و حق به معنای ثبوت است» (ابن منظور، ۱۴۰۸، ج ۳: ۲۵۶-۲۵۵). جوهری حق را خلاف باطل و مفرد حقوق می‌داند (جوهری، ۱۹۷۴، ج ۱: ۲۸۱). در *تاج العروس* حق همان موجود ثابت معنا شده است (زبیدی، ۱۴۰۶، ج ۶: ۳۷۵). جرجانی نیز در تعریف لغوی حق آورده است: «حق آن ثابتی است که انکار آن جایز نیست» (جرجانی، ۱۴۲۴: ۷۲). برخی نیز اشاره نموده‌اند اگرچه بعضاً معانی متعددی برای حق ذکر شده اما این معانی به معنای واحدی برمی‌گردد و آن مفهوم ثبوت و ثابت است (قیومی، ۱۹۸۷: ۵۵).

بنابراین می‌توان گفت حق در معنای مصدری، به معنای ثبوت و در معنای وصفی، به معنای ثابت می‌باشد. به همین اعتبار بر خداوند متعال نیز حق اطلاق می‌شود «وَيَعْلَمُونَ أَنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَقُّ الْمُبِينُ» (نور: ۲۵) زیرا ثبوت حق تعالی برترین ثبوت‌هاست که به تعبیر فلسفی با عدم یا عدمی اختلاط ندارد. هم‌چنین به کلام راست، حق گفته می‌شود؛ زیرا مضمون آن در واقع ثبوت دارد (غروی اصفهانی، ۱۴۲۵، ج ۱: ۳۸).

لازم است ذکر شود که فقهای برجسته یک‌صد سال اخیر نیز که مبحث حق را به تفصیل و دقت مورد بررسی قرار داده‌اند، علی‌رغم اختلاف نظر گسترده در معنای اصطلاحی حق، بر این

نکته که حق در لغت به معنای ثبوت و ثابت است اتفاق نظر دارند (غروی اصفهانی، ۱۴۲۵، ج ۱: ۳۸؛ طباطبائی حکیم، بی‌تا، ج ۱: ۸؛ غروی، ۱۴۲۵، ج ۳۶: ۲۹). این امر نشان می‌دهد که در باب معنای لغوی حق اختلاف نظر خاصی وجود ندارد.

از نکات قابل ذکر درباره کاربرد واژه حق در زبان فارسی آن است که برای شکل جمع آن، یعنی حقوق و نام علم حقوق یک لفظ وجود دارد و این اشتراک لفظی خود منشأ مشکلات زیادی در ترجمه متون حقوق جدید شده است. این در حالی است که در برخی زبان‌های دیگر دو لفظ برای این دو معنا وجود دارد. به طور مثال در انگلیسی برای حقوق به معنای جمع حق «Rights» و برای علم حقوق «Law» را به کار می‌برند. این مشکل در زبان عربی نیز وجود ندارد چون برای جمع حق از لفظ «حقوق» و برای علم حقوق از واژه «قانون» استفاده می‌شود.

بر این اساس، روشن می‌گردد که در بیان معنای اصطلاحی، حق و شکل جمع آن حقوق به عنوان معادل «Rights» مقصود می‌باشد که در بند مربوط به معنای اصطلاحی حق درباره آن توضیح داده می‌شود.

۲. معنای حق در قرآن کریم و روایات

حق به صورت مصدر، اسم و صفت و مشتقات آن به شکل فعل ماضی، مضارع، صفت مشبیه، اسم تفضیل و اسم فاعل در قرآن کریم به کار رفته است. در قرآن ماده حق و مشتقاتش ۲۸۷ مرتبه استعمال شده است.^۱

مفسران قرآن کریم اگرچه بعضاً معانی مختلفی را برای حق ذکر نموده‌اند لکن به نظر می‌رسد که حق در قرآن کریم نیز به معنای لغوی آن، یعنی ثبوت، ثابت و ضد باطل به کار رفته است. مؤلف المیزان در تفسیر معنای آیه «یجادلونک فی الحق بعد ما تبیین/ با تو درباره حق بعد از آنکه روشن گردید مجادله می‌کنند» (انفال: ۶)، می‌نویسد: «مراد از حق مقابل باطل است و آن امر ثابتی است که آثار واقعی مطلوبش بر آن مترتب می‌شود» (طباطبائی، ۱۴۰۳، ج ۹: ۱۳). مؤلف التحقیق نیز حق را مخالف باطل و «حقّ الشیء» را به معنای «اذا وجب و ثبت» می‌داند (مصطفوی، ۱۳۶۰، ج ۲: ۲۸۲).

قابل ذکر است که در برخی آیات قرآن کریم حق بر معنای خاصی اطلاق شده است؛ از جمله در آیه «وَاللّٰهُ یَقْضِیْ بِالْحَقِّ» (غافر: ۲۰)، حق بر عدل در مقابل ظلم به کار رفته و یا در آیه «وَالَّذِیْنَ

فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ لِّلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ» (معارج: ۲۴-۲۵)، حق به معنای نصیب و سهم معین استعمال شده است. باید توجه داشت که اولاً، این موارد در مقایسه با موارد مذکور در فوق اندک بوده و در این موارد خاص نیز، معنای مورد نظر با عنایت به مضمون آیه فهمیده شده و ثانیاً، این معانی خاص نیز دور از معنای ثبوت و ثابت نیست.

تذکر این نکته لازم است که ما در این مقاله درصدد تبیین معنای حق در اصطلاح فقهی و حقوقی آن هستیم و در ادامه می‌آید که حق در این اصطلاح امر اعتباری است و در مصادیق خود مشترک معنوی است. اما حق در استعمالات قرآنی حتی اگر منحصر به معنای ثبوت بدانیم بر مصادیق بسیاری از جمله خداوند متعال اطلاق می‌گردد که در این صورت حق حاکی از امر حقیقی و امر اعتباری به‌طور اعم است. به هر حال، حق در معنای قرآنی نیز بنا بر نظر صحیح مشترک معنوی است و حقیقی بودن و اعتباری بودن محکی حق - آنچنان که برخی تصور کرده‌اند - موجب اشتراک لفظی آن نمی‌شود. این بحث شبیه آن چیزی است که در باب اشتراک معنوی وجود نسبت به دو قسم ممکن و واجب گفته می‌شود.

با بررسی اخبار و روایات ملاحظه می‌شود که حق در لسان اخبار در معانی مختلفی به کار رفته است و اینکه ادعا شود واژه حق صرفاً به معنای لغوی آن استعمال شده، صحیح نمی‌باشد. این درست است که واژه حق در اخبار بسیاری - به مانند قرآن - در معنای لغوی آن به کار رفته اما کاربرد وسیع آن در مفاهیمی همچون حکم، ملک و حق به معنای خاص آن نشان می‌دهد که حق در روایات در یک معنای گسترده استعمال شده و دارای اصطلاح خاصی است که به طور مفصل مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۳. معنای حق در اصطلاح فقهی و حقوقی

حق از جمله واژگانی است که در زبان روزمره بسیار به کار می‌رود و علی‌رغم اینکه اشخاص عادی در کاربرد و درک مفهوم آن در محاورات روزمره هیچ‌گونه احساس سختی و دشواری نمی‌کنند لکن درباره معنای آن در اصطلاح فقهی و حقوقی اختلاف نظر شدیدی وجود دارد. البته این ویژگی اختصاصی به واژه حق ندارد و برخی اصطلاحات و مفاهیم عامه نظیر آزادی و عدالت نیز از این خصیصه برخوردارند و لذا در باب تعریف و تحدید معنای آنها اختلاف نظر شدیدی وجود دارد. به هر حال، درباره حق باید متذکر شد که از یک سو فقهای امامیه و اهل

سنت درباره معنای آن اختلاف نظر گسترده‌ای دارند که در بحث تبیین ماهیت حق بدان اشاره می‌شود. از سوی دیگر، حقوق‌دانان نیز در معنای حقوقی آن آرای گوناگونی را ابراز نموده‌اند. بنابراین در این بند به ترتیب معنای اصطلاحی حق در فقه امامیه، عامه و حقوق جدید اشاره می‌گردد.

۱-۳. اصطلاح حق در فقه امامیه

نگاهی به روایات معصومین^(ع) و عبارات فقیهان امامی نشان می‌دهد که حق در اصطلاح فقهی آن دارای دو معناست: نخست، حق در معنای عام که شامل ملک، حکم و حق به معنای خاص می‌باشد. شاهد این مدعا مواردی نظیر حق ابوت، حق ولایت برای حاکم، حق وصایت، حق حضانت و نظایر آن است که گرچه در لسان اخبار و کلمات فقها از آن به حق تعبیر شده لکن همه از مصادیق حکم است. هم‌چنین تعبیری مانند «حق الله علی عباد» و «حق الراعی علی الرعیه» و «حق الراعی علی الراعی» و سایر مواردی که در رساله الحقوق امام سجاد^(ع) آمده همه از مصادیق حکم بوده و داخل در حق به معنای عام است.

دوم، حق به معنای خاص که در مقابل ملک و حکم است. در این معنا تعاریف مختلفی از حق ارائه شده که در ادامه بدان اشاره می‌شود. اما اجمالاً برخی گفته‌اند حق عبارت از سلطنت بر فعل است اعم از اینکه به عین یا عقد یا شخص یا غیر آن تعلق گیرد (مکارم شیرازی، ۱۴۱۳: ۳۱-۳۰). و یا اینکه حق عبارت از سلطنت ضعیفی از سنخ سلطنت موجود به مرتبه‌ای قوی‌تر در ملک است (حسینی حائری، ۱۴۲۳، ج ۱: ۱۲۳).

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 اعم 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. این معنا در عبارات فقها مورد تصریح قرار گرفته است و از جمله مؤلف رساله حق و حکم آورده است:

اما سؤال از فرق بین حق و حکم، پس جواب آن این است که حکم به معنای اعم شامل حق نیز می‌شود، زیرا حق نیز حکم وضعی است و لکن گاهی اوقات حق بر

حکم شارع اطلاق می‌گردد بنابراین در مقابل حق (به معنای خاص) بوده ... و آن (معنای خاص) عبارت از سلطنت ناقص بر مال یا شخص است (طهرانی، ۱۳۷۴: ۱۷۱).

بنابراین باید توجه داشت که مقصود از حق در این مقاله معنای دوم آن به عنوان یک حکم وضعی - همچون ملک - در مقابل حکم به معنای خاص آن یعنی حکم تکلیفی - که از آن غالباً با عنوان حکم شرعی یاد می‌شود - قرار می‌گیرد. بنابراین زمانی که سخن از آثار و ویژگی‌های حق نظیر اسقاط، نقل و انتقال حق می‌رود مقصود آن است که حق به عنوان حکم وضعی دارای این خصوصیات است در مقابل حکم تکلیفی که فاقد این ویژگی‌هاست.

اما در مقابل این دو معنای عام و خاص که از نظر فقهای امامیه به عنوان دیدگاه صحیح بیان شد، نظر محقق یزدی و نائینی است که تفسیر دیگری از معانی حق دارند. ایشان معتقدند حق دارای دو معناست: نخست، حق بر یک عنوان عام اطلاق می‌گردد که شامل حکم، عین، منفعت و حق به معنای خاص است. از نظر ایشان اطلاق حق بر عین و منفعت به مانند اطلاق حق بر حکم اطلاق شایعی است. دوم، حق به معنای خاص که در مقابل آن سه مفهوم است (خوانساری، ۱۴۲۴، ج ۱: ۱۰۵-۱۰۶؛ طباطبائی یزدی، ۱۳۷۸: ۵۵).

قابل ذکر است که محقق یزدی و نائینی این نظر را بدین مناسبت مطرح نموده‌اند که شیخ انصاری در بخش بیع مکاسب در مبحث شروط عوضین بعد از بحث درباره اینکه عین و منفعت از نظر قرار گرفتن به عنوان مثنی و ثمن چه حکمی دارند در مورد اینکه حق به معنای خاص آن ثمن قرار داده شود می‌نویسد: «اما الحقوق الآخر فان لم يقبل المعاوضة ...» (شیخ انصاری، ۱۴۱۰، ج ۱: ۲۲۳). این عبارت موجب شده که شارحان و محشیان مکاسب برای توجیه متن به این نظر قائل شوند که قید «آخر» برای این است که عین و منفعت، حق به معنای عام بوده و با این قید مصنف حق به معنای خاص را به طور جداگانه مورد بحث قرار داده است.

به نظر می‌رسد این توجیه - همان‌گونه که برخی فقیهان اشاره نموده‌اند - صحیح نباشد، زیرا اولاً، قید «آخر» فقط در برخی نسخه‌ها آمده و به احتمال قوی ناشی از اشتباه ناسخان است. ثانیاً، قراردادن عین و منفعت در شمار حقوق به معنای اعم صحیح نیست، زیرا این دو خود حق نبوده بلکه متعلق حق قرار می‌گیرند و لذا از جمله حقوق نمی‌باشند (غروی اصفهانی، ۱۴۲۵، ج ۳۶: ۲۷).

مؤلف جامع‌المدارک نیز در نقد سخن محقق نائینی معتقد است اینکه گفته شود حق در معنای اعم عنوان عامی است که شامل مجعولات شرعی مثل حکم، عین، منفعت و حق به معنای اخص

می‌شود صحیح نیست، زیرا مسلّم است که عین و منفعت از مجعولات شرعی نیستند بلکه متعلق حکم شرعی قرار می‌گیرند (خوانساری، ۱۳۵۴، ج ۳: ۶۹).

قابل ذکر است که در تبیین مفهوم و ماهیت حق دیدگاه‌های متفاوتی در بین فقهای امامیه وجود دارد که در اینجا به اختصار نظریات^۲ ارائه شده ذکر می‌گردد:

۱- نظریه سلطنت: حق از نظر مشهور فقهای امامیه به معنای سلطنت می‌باشد (شیخ انصاری، ۱۴۱۰، ج ۱: ۲۲۴) که از آن با لفظ سلطه نیز تعبیر می‌کنند. لفظ سلطه برخلاف لفظ سلطنت در زبان فارسی نیز کاربرد دارد. مقصود فقها از سلطنت، همان مفهوم تسلط، اقتدار و چیرگی در زبان فارسی است. از نظر ایشان حق سلطنت فعلیه‌ای است که تصور آن بر یک طرف ممکن نیست بلکه در هر حقی دو طرف وجود دارد؛ یکی صاحب حق - که از آن منتفع می‌شود - و دیگری کسی که حق بر عهده اوست - که از او به من علیه الحق تعبیر می‌گردد.

۲- نظریه ملک: برخی دیگر از فقهای امامیه حق را مترادف معنای ملک و آن را از مراتب ملکیت بلکه ضعیف‌ترین مرتبه آن می‌دانند. محقق یزدی و نائینی این نظر را اختیار نموده‌اند (طباطبائی یزدی، ۱۳۷۸: ۵۵؛ خوانساری، ۱۴۲۴، ج ۱: ۱۰۷).

۳- نظریه اعتبار خاص: قائل این نظریه فقیه و اصولی برجسته معاصر محقق اصفهانی است. مطابق این نظر، حق در هر موردی اعتبار خاصی است که با معنای حق در موارد دیگر متفاوت است، بنابراین حق دارای یک معنای واحد که در همه مصادیق آن شایع باشد نبوده و در ذیل مفاهیم عامی همچون سلطنت و ملک نیز تعریف نمی‌گردد. مثلاً حق ولایت چیزی جز اعتبار ولایت حاکم، پدر نیست و از احکام این اعتبار تصرف ولی در اموال مولی علیه از نظر حکم تکلیفی و وضعی می‌باشد و به جعل اعتبار دیگری نیاز نیست (غروی اصفهانی، ۱۴۲۵، ج ۱: ۴۴).

۴- نظریه ماهیت اعتباری مستقل: در این نظریه حق به حسب مفهوم عرفی و ارتکاز عقلایی یک ماهیت اعتباری مستقل و جدا از مفاهیم سلطنت و ملک است و به مانند نظریه اول و دوم حق در ذیل مفاهیم سلطنت و ملک قرار نمی‌گیرد. در این معنا حق دارای یک معنای واحد در جمیع موارد و مصادیق است و به اصطلاح نسبت به آنها اشتراک معنوی دارد. بنابراین مطابق این نظر آنچه متفاوت است معنای حق نیست بلکه متعلق حق است که در مصادیق گوناگون مختلف است و برخلاف نظریه سوم در هر مورد حق دارای معنای جداگانه و اعتبار خاص نمی‌باشد. امام خمینی در بین فقهای معاصر این نظریه را ابتکار و تبیین نموده است (موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۱: ۳۹).

در باب معنای حق در فقه سخن مؤلف ترمینولوژی حقوق نیز قابل توجه است. ایشان معتقد است حق در فقه به دو معنای زیر به کار می‌رود:

الف: 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.

ب: نوعی از مال است و در این صورت در مقابل عین، دین، منفعت و انتفاع به کار می‌رود چنانکه گویند مالکیت عین، مالکیت دین، مالکیت منفعت، مالکیت انتفاع و مالکیت حق مانند مالکیت حق خیار و مالکیت حق تحجیر (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸: ۲۱۶).

به نظر می‌رسد که جمع‌بندی مؤلف ترمینولوژی حقوق درباره معنای اول صحیح و دقیق است، زیرا در متون فقهی به طور گسترده مفهوم حق به معنای اول - در برابر حکم - به کار برده می‌شود. اما درباره معنای دوم باید متذکر شد که قرارداد حق به عنوان مال مورد قبول همه نیست و بحث مبنایی است.

توضیح مطلب اینکه در فقه اسلامی اشیاء بر سه قسم می‌باشند: ۱- اعیان که مقصود همان اشیای مادی است. ۲- منافع که مقصود فایده‌ای است که از اعیان برده می‌شود. ۳- حقوق که گاهی متعلق آن مال است مانند حق مرور و گاهی متعلق آن مال نیست مانند حق حضانت. از قسم دوم و سوم به اشیای غیر مادی تعبیر می‌شود. به هر حال، در فقه امامیه و اکثر مذاهب فقه عامه درباره مال بودن اعیان و منافع با وجود دو شرط امکان حیازت و امکان انتفاع متعارف اتفاق نظر است. البته حنفی‌ها مال را به اعیان محدود نموده و منافع را مال نمی‌دانند. به همین دلیل است که ایشان از اصطلاح اموال به جای اعیان استفاده می‌کنند. همچنانکه در عدم مالیت حقوق متعلق به غیر مال مثل حق حضانت نیز اختلافی نیست. اما درباره حقوق متعلق به مال اختلاف نظر است؛ حنفی‌ها این قسم را مال نمی‌دانند، چون معتقدند امکان حیازت وجود ندارد و حقوق معدوم بوده و با به وجود آمدن هر جزء، جزء دیگر از بین می‌رود. در مقابل مذاهب دیگر این قسم را جزء اموال دانسته و معتقدند حیازت حقوق به اعتبار حیازت اصل ممکن بوده و حقوق مقصود از اعیان هستند. ثمره این اختلاف هم در مواردی نظیر غصب، میراث و اجاره ظاهر می‌شود. بنابراین اگر کسی چیزی را غصب کند و مدتی از آن استفاده کند سپس آن را به صاحبش برگرداند آن شخص قیمت منفعت

را نزد غیر حنفیه ضامن است اما نزد حنفیه ضامن نیست مگر اینکه موقوفه یا مال یتیم باشد. هم‌چنین در نزد حنفی‌ها اجاره با فوت مستأجر پایان می‌پذیرد، زیرا منفعت مال نیست تا ارث برده شود اما غیر حنفیه معتقدند ورثه جانشین مورث می‌شوند تا زمانی که مدت اجاره پایان پذیرد (شلبی، ۱۴۰۵: ۳۳۱-۳۳۳؛ زحیلی، ۱۴۱۸، ج ۴: ۲۸۷۷-۲۸۷۸).

در فقه شیعه مطلب نیازمند تفصیل بیش‌تری است اما اجمالاً باید گفت برخی فقها مانند محقق خوئی که سخن وی را در نقد دیدگاه نائینی آوردیم معتقدند متعلق حق می‌تواند عین یا منفعت باشد؛ یعنی مصادیق حق به عنوان عین یا منفعت از مالیت برخوردارند و حق به اعتبار متعلق آن مالیت دارد و اصطلاحاً به آن حق مالی اطلاق می‌گردد.

بنابراین بند دوم عبارت دکتر جعفری که مالکیت حق را در کنار مالکیت عین، مالکیت دین، مالکیت منفعت و مالکیت انتفاع آورده به اعتبار متعلق حق صحیح است، اما واضح است که مقصود ایشان ناظر به خود حق است نه مصادیق آن، زیرا همان‌طور که در بحث نظریه‌ها اشاره شد حق یا در ذیل مفهوم سلطنت و ملک (ظاهر عبارت دکتر جعفری نشان می‌دهد که وی حق را ملک می‌داند) قرار می‌گیرد و یا به عنوان اعتبار خاص یا اعتبار مستقل در برابر آنهاست و در همه آنها به عنوان مفهوم مورد بحث قرار می‌گیرد، لذا آنچه به اعتبار موضوع دارای مالیت بوده و متعلق ملکیت قرار می‌گیرد خود حق نیست بلکه مصادیق آن است و مصادیق چیزی جز عین و منفعت نیست.

البته ممکن است گفته شود که ایشان حقوق مزبور را به عنوان حق مالی متعلق ملکیت قرار داده که در این صورت با عبارت وی در بند دوم که حق را نوعی مال می‌داند سازگار نیست. به هر حال، نظر مختار در باب مفهوم حق آن است که حق به عنوان یک حکم وضعی مستقل در ذیل ملکیت که خود از احکام وضعی است قرار نمی‌گیرد همان‌طور که ملکیت نیز در ذیل حق قرار نمی‌گیرد.

۲-۳. اصطلاح حق در فقه اهل سنت

نویسندگان و مؤلفان آثار فقهی معاصر اهل سنت تصریح نموده‌اند که در فقه عامه فقها کمتر در مقام تعریف حق برآمده و در متون متقدمان تعریفی ملاحظه نمی‌گردد تا جایی که مؤلف المدخل للفقهاء الاسلامی اشاره می‌کند که در فقه اهل سنت تعریفی از حق نشده است (مدکور، ۱۹۹۶:

۴۱۹-۴۲۰). اما در بین متأخران بعضاً به تعریف حق اشاره شده که این هم بسیار معدود است. از جمله آورده‌اند که لکنوی در حاشیه‌اش به نام قمرالاقمار که بر نور الانوار در شرح المنار در علم اصول فقه است حق را چنین تعریف کرده: «الحق هو الحكم الثابت شرعاً» (زحیلی، ۱۴۱۸، ج ۴: ۲۸۳۹؛ زرقاء، ۱۴۲۰، ج ۳: ۲۲).

مؤلف الفقه الاسلامی و ادلته در انتقاد از این تعریف می‌گوید: این تعریف جامع همه آنچه لفظ حق نزد فقها بر آن اطلاق می‌گردد نیست، زیرا حق گاهی بر مال مملوک - که از مقوله احکام نیست - و بر خود ملک و یا بر وصف شرعی مانند حق ولایت، حضانت و خیار اطلاق می‌گردد. هم‌چنین حق بر مرافق مال غیر منقول مانند حق عبور و حق مجرا و یا بر آثار مترتب بر عقود نظیر تعهد به تسلیم ثمن و مبیع نیز اطلاق می‌شود (زحیلی، ۱۴۱۸، ج ۴: ۲۸۳۹-۲۸۳۸).

تعریف دیگری که از سوی شیخ علی خفیف از فقهای معاصر در کتاب الحق و الذمه ارائه شده چنین است: «الحق هو مصلحة مستحقة شرعاً» (به نقل از زرقاء، ۱۴۲۰، ج ۳: ۲۳).

استاد مصطفی زرقاء تعریف استاد خفیف را از جهات زیر مورد نقد قرار می‌دهد:

۱- این تعریف نیز به مانند تعریف لکنوی تبیین‌کننده ویژگی‌های ممیز حق نمی‌باشد.

۲- حق به معنای مصلحت که استاد خفیف آن را به منفعت تفسیر می‌کند، نیست.

۳- در این تعریف دور است، زیرا مفهوم حق متوقف بر فهم معنای مستحقة است که فهم آن نیز متوقف بر معنای حق است (زرقاء، ۱۴۲۰، ج ۳: ۲۳).

دکتر زحیلی نیز معتقد است این تعریف ناظر به غایت حق است و نه تبیین ماهیت و ذات حق. بنابراین ایشان تعریف زیر را پیشنهاد می‌کند: «الحق هو علاقة اختصاصیه بین صاحب الحق و المصلحة التي يستفيد منها» (زحیلی، ۱۴۱۸، ج ۴: ۲۸۳۹).

جالب است که این تعریف را زرقاء با عبارتی مشابه در بند دوم نقد خود از تعریف خفیف

آورده است: «الحق هو العلاقة الاختصاصية بها لصاحب الحق» (زرقاء، ۱۴۲۰، ج ۳: ۲۳).

به هر حال استاد زرقاء بعد از انتقاد از تعاریف ارائه شده درباره حق به مفهوم عام آن تعریف حق را این چنین می‌آورد: «الحق هو اختصاص يقرّ به الشرع سلطه او تكليفاً» (زرقاء، ۱۴۲۰، ج ۳: ۱۹). دکتر زحیلی این تعریف را مناسب می‌داند به دلیل اینکه حقوق دینی مثل حق الهی بر بندگان نظیر نماز و روزه، حقوق مدنی مثل حق تملک، حقوق مالی مثل حق منفعت و حقوق غیر مالی مثل ولایت بر نفس را شامل می‌گردد (زحیلی، ۱۴۱۸، ج ۴: ۲۸۳۹).

به هر حال با استناد به جمع‌بندی که برخی محققان اهل سنت ارائه نموده‌اند حق در فقه عامه نیز (مانند فقه امامیه) دارای دو معنای عام و خاص می‌باشد اما در بیان این دو معنا بین ایشان اختلاف نظر وجود دارد که ما در اینجا به دو تقسیم‌بندی اشاره می‌کنیم:

۱- حق در معنای اعم بر عین، ملک و منافع اطلاق می‌گردد و در معنای خاص آن در مقابل اعیان و منافع استعمال می‌گردد. حق در این معنای خاص عبارت از منافع اعتباری شرعی است که وجودی جز اعتبار شارع و فرض آن ندارد (شلبی، ۱۴۰۵: ۳۳۲-۳۳۱).

در واقع پیش فرض این تفکیک بین معنای اعم و اخص مطلبی است که در بند قبل به نقل از استاد شلبی آمد مبنی بر اینکه اشیاء در فقه اسلامی بر سه قسم می‌باشد: ۱- اعیان، ۲- منافع، ۳- حقوق. بنابراین حق در معنای اعم شامل دو قسم دیگر و در معنای اخص در مقابل آن دو قرار می‌گیرد.

در ارزیابی این نظر باید اظهار نمود اگرچه این نظر تا حدّ زیادی شبیه نظر محقق نائینی است اما یک تفاوت مهم با آن دارد و آن عدم در نظر گرفتن حکم در معنای اعم حق است.

۲- استاد مصطفی زرقاء در بحث معنای کلمه حقوق دو معنا را ذکر می‌کند که حاکی از دقت و صحت معانی ذکر شده دارد. وی می‌نویسد:

حقوق دارای دو معنای اصلی است: ۱- حقوق به معنای مجموعه قواعد و نصوص قانونی که به طور الزامی روابط مردم را از حیث اشخاص و اموال تنظیم می‌کند. حقوق در این مفهوم نزدیک است به مفهوم خطاب شارع که مترادف معنای حکم در اصطلاح علمای اصول فقه یا معنای قانون در اصطلاح علمای حقوق است. این معنا مراد ماست زمانی که مثلاً می‌گوییم «حقوق مدنی» یا «قانون مدنی». ۲- حقوق جمع حق و به معنای سلطه و قدرت مشروع یا به معنای مطلبی که برای شخص بر دیگران واجب است. این معنا مقصود است زمانی که می‌گوییم صاحب مال مغضوب حق استرداد مال خود را در صورت باقی بودن دارد و حق گرفتن قیمت یا مثل در صورت تلف آن، و یا مشتری حق بازگرداندن میع را در صورت معیوب بودن دارد و اینکه تصرف بر صغیر حق ولی یا وصی است و مانند آن. حق به این مفهوم دوم غالباً موضوع بررسی است (زرقاء، ۱۴۲۰، ج ۲: ۱۸-۱۹).

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود استاد زرقاء با دقت تمام و به درستی به این دو معنا اشاره کرده است؛ بنابراین نتیجه گرفته می‌شود که حق در فقه عامه نیز در معنای اعم آن گاهی اوقات بر الزام

شرعی و قانونی به عنوان حکم اطلاق می‌گردد و گاهی اوقات بر حق به معنای خاص به معنای سلطه به کار می‌رود.

۳-۳. اصطلاح حق در حقوق

همان‌طور که در بند معنای لغوی حق آوردیم لفظ حق و جمع آن حقوق که معادل «rights» در زبان انگلیسی است در این مقاله مورد بحث قرار می‌گیرد. قابل ذکر است که حق به معنای «right» یک مفهوم اعتباری است و دارای دو معنا می‌باشد: ۱- حق به معنای اعم که هر دو نوع حق حقوقی (legal right) و حق اخلاقی (ethical right) را شامل می‌شود. ۲- حق به معنای اخص که همان حق حقوقی است. اما در اینجا بحث اصلی این است که کدام یک از دو معنای فوق در فقه مورد بحث قرار می‌گیرد؟ اگر معنای اعم مقصود باشد، این سؤال مطرح است که ملاک تمایز حق حقوقی و حق اخلاقی چیست؟ پاسخ رایج این است که حق الزامی همان حق حقوقی است و حق اخلاقی الزام‌آور نیست. اما اگر حق به معنای اخص مراد باشد، بدین معناست که وقتی می‌گوییم کسی دارای حقی بر دیگری است مقصود حق حقوقی است. برخی با تبیین مذکور در فوق معتقدند که با نگاه امروزی به فقه هر دو معنای حق حقوقی و حق اخلاقی باید مورد بحث قرار گیرد، زیرا دست کم برخی حقوق اخلاقی در فقه بحث می‌شود (صرامی، ۱۳۸۵: ۲۰۲-۲۰۱).

به نظر می‌رسد بحث فوق ناظر به مباحث حق و تکلیف در فقه به معنای جامع آن است که فقه مدنی، فقه جزایی، فقه سیاسی، فقه حکومتی و ... را در برمی‌گیرد. بر این اساس، مباحث فقه حقوق بشر یکی از حوزه‌های مهم فقهی است که مباحث و موضوعات چالشی را پیش روی فقه معاصر قرار می‌دهد و دیدگاه فوق درباره حق از نظر فقه در مقایسه با بحث فقه حقوق بشر و حوزه‌هایی از این دست صحیح است. اما در مباحث حق در حقوق مدنی همان معنای خاص باید مورد بحث قرار گیرد، زیرا از نظر مشهور فقها حوزه اخلاق و فقه دو حوزه کاملاً مجزاست که از آن به ترتیب به نام فقه اکبر، و فقه اصغر یاد می‌شود. شایان ذکر است که علی‌رغم تأکید بسیار زیادی که از سوی فقها بر فقه اکبر یعنی علم اخلاق می‌شود لکن منصفانه باید گفت امر اخلاقی در ساختار استنباط و شیوه اجتهادی مصطلح و رایج جایگاه و نقش تعریف شده و مشخصی ندارد. لذا می‌توان اذعان نمود که از نظر مشهور، حقوق اخلاقی را نمی‌توان برشمرد که به عنوان حقوق مدنی الزامی - با صرف نظر از دلیل لفظی - مورد اشاره قرار گرفته باشد. از اینجا روشن می‌گردد اگر در مواردی

فقها حکم و جوب یا حرمت را استنباط نموده‌اند، مستند ایشان گزاره اخلاقی نبوده بلکه به تبعیت از دلیل لفظی بوده است.

اما بحث دیگر این است که آیا اصطلاح حق (و حکم) در حقوق جدید دارای معادل هستند یا خیر؟ برخی حقوق دانان بر این عقیده‌اند که دو اصطلاح قانون امری و قانون تکمیلی^۳ معادل حکم و حق است؟

در عبارتی که از مؤلف ترمینولوژی حقوق آوردیم: «ولی حق [در مقابل حکم] در اصطلاحات کنونی کم‌تر استقبال شده است و به جای آن قانون تفسیری به کار می‌رود» (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸: ۲۱۶) به این امر اشاره شد. البته استاد جعفری در جایی دیگر تصریح می‌کند که طرح بحث حق و حکم در رساله‌های مربوط نشان می‌دهد که قلمرو این بحث به حقوق خصوصی اختصاص ندارد و شامل شعب حقوق عمومی نیز می‌شود. بنابراین نباید بحث را معادل و مساوی بحث تقسیم قانون در حقوق خصوصی به دو قسم آمره و تفسیری در حقوق فرانسه دانست (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۶، ج ۳: ۱۳۷). برخی استادان دیگر با اشاره به اینکه حق و حکم هر دو نتیجه قانون هستند اعتقاد دارند تمیز حق و حکم تا حدودی بستگی به تشخیص قوانین امری و تکمیلی دارد؛ بنابراین نتیجه گرفته‌اند که در مواردی که مصلحت مورد نظر در وضع قانون چنان مهم است که اراده اشخاص در برابر آن ارزش نداشته باشد این قانون امری بوده و موقعیتی را که به وجود می‌آورد حکم است. اما در جایی که هدف اصلی قانون‌گذار حفظ منافع خصوصی افراد یا تکمیل اراده ایشان و رعایت عدالت در قراردادهاست قانون تکمیلی بوده و موقعیت ناشی از آن حق است (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۲۵۱). البته ایشان در ادامه با ذکر این نکته که راه‌های تشخیص قوانین امری و تکمیلی همه اشکال‌های تمیز حق و حکم را از بین نمی‌برد، و لذا نباید این اصطلاحات را یکسان دانست به دو مورد به عنوان نقض اشاره می‌کند: ۱- حق حضانت و نگهداری اطفال که هم حق و هم تکلیف ابوین است یا اتفاق به زوجه و اقارب که حق ایشان و در عین حال تکلیف شوهر و خویشان اوست؛ ۲- مواردی نظیر شفعه (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۲۵۲-۲۵۱).

به نظر می‌رسد علی‌رغم همپوشی این اصطلاحات رابطه مفهومی بین آنها تساوی نیست، زیرا حق مفهوم وسیع‌تری از قانون تفسیری دارد و در ابواب مختلف فقه مثل عبادات، معاملات و احکام دارای مصداق است برخلاف قانون تفسیری که محدود به بحث قراردادها در حقوق خصوصی است. حکم نیز معنایی فراگیرتر از قانون امری دارد و محدود به الزام و جوبی و حرمت

نمی‌شود و شامل سایر اقسام حکم تکلیفی مثل اباحه - که شباهت زیادی با اباحه ناشی از حق دارد - می‌شود.

گفتار دوم: حکم

۱. تعریف حکم

اصطلاح حکم در فقه در معانی مختلفی به کار رفته است که به اجمال بدان اشاره می‌گردد:

۱- حکم شرعی به معنای اعم که شامل حکم تکلیفی و حکم وضعی در همه ابواب فقه می‌گردد. این معنا شایع‌ترین کاربرد را در بین معانی مختلف حکم دارد.

۲- حکم به معنایی که محقق حلی در تقسیم ابواب فقه به عنوان قسم چهارم در نظر گرفته است. می‌دانیم که محقق کتاب شرائع الاسلام را در چهار بخش عبادات، عقود، ایقاعات و احکام تبویب نموده است و مقصود وی از احکام اموری است که غرض اهم از آن دنیا می‌باشد و برای تحقق آن احتیاج به لفظ نمی‌باشد. شهید اول در توضیح و تبیین وجه حصر این تقسیم و تبویب به چهار باب می‌نویسد:

احکام فقهی بر چهار قسم است، زیرا حکم شرعی یا غایت آن آخرت است و یا غرض اهم از آن دنیا است، اول: عبادات است. و دوم یا محتاج عبارت است یا خیر؛ دوم: احکام است. و اول: یا عبارت از دو طرف است - تحقیقاً یا تقدیراً - یا خیر، اول عقود است و دوم ایقاع است (شهید اول، بی‌تا، ج ۱: ۳۱-۳۰).

با این توضیح روشن می‌شود که در تقسیم محقق حلی در شرائع الاسلام حکم به معنای اول مقسم برای اقسام چهارگانه است، در حالی که در معنای دوم حکم به عنوان قسم چهارم اخص از آن بوده و در برابر اقسام سه گانه دیگر است.

۳- حکم به معنای حکم حاکم که در هنگام ترافع و دعوا و در مقام فصل خصومت و پایان دادن به نزاع صادر می‌شود. در واقع در این قسم حکم، حاکم به عنوان قاضی به انشای حکم می‌پردازد. شهید اول این حکم را چنین تعریف کرده است: «حکم انشای رهایی یا الزام در مسائل اجتهادی و غیر اجتهادی - به شرط نزدیکی اجتهادات در اعتبار مدارک - در مواردی است که خصمین برای مصالح دنیوی نزاع می‌کنند» (شهید اول، بی‌تا، ج ۱: ۳۲).

۴- حکم به معنای حکم حاکم که در مفهومی گسترده‌تر و وسیع‌تر از معنای سوم مشتمل بر

حکم حاکم در غیر دعاوی نیز می‌شود. در این تعریف حکم حاکم به عنوان رهبر و زعیم مسلمین به منظور حل مشکلات جامعه اسلامی صادر می‌گردد و به مانند معنای سوم اختصاصی به موارد نزاع و مرافعه ندارد. مؤلف *جوهر الکلام* در تعریف این قسم می‌نویسد: «حکم عبارت از انشای اجرای حکم شرعی یا وضعی یا موضوعشان در شیء مخصوص از سوی حاکم نه از جانب خدای متعال است» (نجفی، ۱۹۸۱، ج ۴۰: ۱۰۰).

به هر حال در بحث از حکم شرعی و نسبت آن با حق، حکم به معنای اول مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد. هم‌چنین در باب تعریف حکم توجه به این نکته لازم است که تعاریف ارائه شده از سوی فقها غالباً ناظر به معنای جامع حکم نیست و از طرف دیگر تفکیک بین حکم تکلیفی و حکم وضعی و ارائه تعریف جداگانه برای هر یک با توجه به تفاوت اساسی و ماهوی بین آن دو صحیح‌تر به نظر می‌رسد. بنابراین مناسب است تعریف بعد از بحث اقسام حکم آورده شود و از ارائه تعریف جامع صرف نظر شود.

۲. اقسام حکم: حکم تکلیفی و حکم وضعی

حکم دارای تقسیمات مختلفی است که در این بین دو تقسیم از اهمیت و کاربرد بیشتری برخوردار است: نخست، تقسیمی که بیش‌تر در علم اصول فقه مطرح است و در واقع مبنای تقسیم مباحث این علم است و آن انقسام حکم به حکم واقعی و ظاهری می‌باشد که فعلاً موضوع بحث ما نیست. دوم، انقسام حکم شرعی به دو قسم تکلیفی و وضعی است که این تقسیم و فروع آن اگرچه بیش‌تر در علم فقه و لسان فقها کاربرد دارد، اما اصل تعریف و رابطه بین این دو قسم حکم در علم اصول فقه مطرح می‌گردد و موضوع یکی از دقیق‌ترین مباحث تحلیلی و فلسفه فقه است که موضوع اصلی بحث ما می‌باشد.

در ابتدا تذکر این نکته لازم است که فقیهان امامیه اگرچه در باب حکم تکلیفی سخنان و عبارات مشابهی دارند، اما در باب حکم وضعی اختلاف نظر اساسی مشاهده می‌شود. بنابراین مناسب است اول نگاهی به تعریف مشهور و بزرگان از فقها در یک سیر تاریخی داشته باشیم.

شهید اول در تعریف حکم می‌نویسد: «حکم خطاب شرعی است که به افعال مکلفین به نحو اقتضا یا تخیر تعلق می‌گیرد» (شهید اول، بی‌تا، ج ۱: ۳۹). وی در ادامه تعریف متذکر می‌گردد که برخی کلمه وضع را اضافه کرده‌اند که در این صورت تعریف شامل حکم وضعی نیز می‌گردد.

اشاره شهید به تعریف برخی فقهای عامه و امامیه است. تعریف شهید اول ناظر به حکم تکلیفی است و شامل حکم وضعی نمی‌شود. از این تعریف دو مطلب فهمیده می‌شود:

- ۱- حکم تکلیفی یا متضمن اقتضاست؛ بدین معنا که در آن طلب به طور مطلق وجود دارد که شامل احکام چهاگانه و خوب، استحباب، حرمت و کراهت می‌شود، یا متضمن تخییر است که همان اباحه می‌باشد و مقصود تخییر مکلف است بین اینکه فعلی را انجام دهد یا انجام ندهد.
- ۲- حکم تکلیفی به طور مستقیم به اعمال و افعال اختیاری مکلفین تعلق می‌گیرد، زیرا تعلق احکام پنج‌گانه تکلیفی به غیر افعال اختیاری ممکن نیست.

اما شهید اول وضع را - که مقصود همان حکم وضعی است - چنین تعریف کرده است: «حکم بر چیزی به اینکه سبب یا شرط یا مانع باشد» (شهید اول، بی‌تا، ج ۱: ۳۹). این تعریف از حکم وضعی جامع نبوده و فقط شامل قسم دوم احکام وضعی است.

برخی اصولیان، اعم از شیعه و اهل سنت نظیر علامه حلی، فاضل مقداد و ابن حاجب، حکم را چنین تعریف کرده‌اند: «حکم خطاب شرعی است که به افعال مکلفین به نحو اقتضا یا تخییر یا وضع تعلق می‌گیرد» (علامه حلی، ۱۹۸۰: ۳؛ سیوری، ۱۴۰۳: ۹؛ ابن حاجب، بی‌تا: ۳۴).

ملاحظه می‌شود که تعریف فوق اگرچه شامل هر دو قسم حکم تکلیفی و وضعی می‌شود اما قسمت مربوط به حکم وضعی بسیار مختصر و ناقص است، زیرا فقط به احکام وضعی که به افعال مکلفین تعلق می‌گیرد اشاره دارد، در حالی که متعلق حکم وضعی می‌تواند ذات یا چیزهایی باشد که مربوط به مکلف است.

شیخ انصاری درباره حکم وضعی آورده است: «این امور (ملکیت، زوجیت و ...) به خودی خود احکام شرعی نیستند. بلکه، حکم به ثبوتشان شرعی است و حقیقت آنها یا امور اعتباری منتزع از احکام تکلیفی است ... و یا امور واقعی است که شارع از آنها کشف کرده است» (شیخ انصاری، ۱۴۱۹، ج ۳: ۱۳۰).

شیخ در عبارت فوق احکام وضعی را مردد بین امور اعتباری منتزع از احکام تکلیفی و یا امور واقعی که شارع از آنها کشف کرده می‌داند، در حالی که روشن است که احکام، اعم از تکلیفی و وضعی، از امور اعتباری بوده، لذا واقعی دانستن آنها و اینکه شارع از آنها کشف کرده صحیح نبوده و منطبق با واقع نیست. اما بحث درباره انتزاع احکام وضعی از احکام تکلیفی در ادامه به تفصیل می‌آید.

شهید صدر در تعریف حکم شرعی به طور کلی می نویسد: «همانا حکم شرعی تشریعی است که از طرف خداوند برای تنظیم حیات انسان صادر می گردد و خطابات شرعی در کتاب و سنت میرز حکم و کاشف از آن بوده و خود حکم شرعی نیستند» (صدر، ۱۹۸۰، ج ۱: ۶۳).^۴

ایشان معتقد است در پرتو این تعریف خطای تعریف قدماي اصولیان از جمله شهید اول آشکار می گردد، چرا که خطابات های شرعی در کتاب و سنت خود حکم نیستند بلکه کاشف و حاکی از حکم بوده و حکم همان مدلول خطاب است. اشتباه دوم آن است که حکم شرعی دائماً به افعال مکلفین تعلق نمی گیرد بلکه گاهی اوقات به ذوات مکلفین یا اشیای دیگر در رابطه با مکلف تعلق می گیرد، زیرا هدف از قانون گذاری و جعل حکم شرعی تنظیم و سر و سامان دادن به حیات معنوی و مادی انسان است و این هدف همچنانکه با خطاب به افعال مکلفین حاصل می شود مانند «صل» (نماز بخوان) و «صم» (روزه بگیر)، هم چنین با خطاب متعلق به ذات مکلف و امور مرتبط با او - که در حیاتشان دخالت دارد - حاصل می گردد؛ مثل احکامی که رابطه زوجیت را تنظیم می کند و زن به عنوان زوجه مرد با شروط معینی اعتبار می شود یا حکمی که رابطه مالکیت را تنظیم می کند و شخص به اعتبار شروط خاصی مالک می گردد. بنابراین احکام فقط متعلق به افعال مکلفین نیستند بلکه گاهی اوقات به ذوات مکلفین یا اشیای مرتبط به ایشان نیز تعلق می گیرد. لذا بهتر است در تعریف حکم همان طور که در فوق آمد گفته شود: «همانا حکم شرعی تشریعی است که از طرف خداوند برای تنظیم حیات انسان صادر می گردد».

شهید صدر در ادامه احکام شرعی را به دو قسم تکلیفی و وضعی تقسیم نموده و در تعریف آن دو، به ترتیب، می نویسد:

حکم شرعی که به افعال انسان تعلق می گیرد و مستقیماً به سلوک انسان در زمینه های مختلف حیات شخصی، عبادی، خانوادگی و اجتماعی که شریعت تنظیم کرده، توجه می کند مانند حرمت شرب خمر، وجوب نماز و وجوب انفاق بر بعض نزدیکان.

حکم شرعی که مستقیماً متوجه انسان در افعال و سلوکش نمی گردد و آن هر حکمی است که وضعیت معینی را که برای آن تأثیر غیر مستقیم در سلوک انسان است تشریع می کند؛ مانند احکامی که رابطه زوجیت را تنظیم می کند. پس احکام زوجیت به طور مستقیم رابطه بین زن و مرد را تنظیم می کند و به صورت غیر مستقیم در سلوک مکلف تأثیر می کند؛ به طور مثال، زن بعد از نکاح به سلوک معینی در برابر شوهرش الزام می شود که این احکام وضعی نامیده می شود (صدر، ۱۹۸۰، ج ۱: ۶۴).

بحث دیگر در باب حکم تکلیفی و وضعی بحث تعداد این احکام است. درباره حکم تکلیفی اتفاق نظر وجود دارد که پنج قسم است و اینکه برخی آن را با حذف اباحه چهار قسم دانسته‌اند قابل اعتنا نیست. به هر حال، با توجه به اینکه بحث اقسام حکم تکلیفی بحث اصلی ما نیست و معنای اجمالی آن نیز روشن است از طرح آن صرف نظر می‌شود.

اما در باب حکم وضعی، اینکه برخی سعی نموده‌اند آن را در عدد سه یا پنج یا هفت محصور نمایند صحیح نبوده و بهتر است گفته شود هر حکم شرعی که از جمله احکام پنج‌گانه تکلیفی نباشد حکم وضعی است و هر دو قسم احکام وضعی نظیر ملکیت، زوجیت، صحت، فساد، ضمان و جزئیت، شرطیت، مانعیت و ... داخل در حکم وضعی است (موسوی بجنوردی، بی‌تا، ج ۲: ۳۹۶). به نظر می‌رسد بحث تعریف حکم تکلیفی و حکم وضعی با یک بحث مهم دیگر نیز مرتبط است و آن بحث رابطه این دو نوع حکم است که در بند بعد کیفیت ارتباط این دو قسم حکم دنبال می‌گردد.

۳. رابطه بین حکم تکلیفی و حکم وضعی

در باب رابطه حکم تکلیفی و حکم وضعی همه بر این نکته اتفاق نظر دارند که بین این دو رابطه وثیق و نزدیکی وجود دارد؛ بدین معنا که به طور معمول در کنار هر حکم تکلیفی یا وضعی یک حکم وضعی یا تکلیفی وجود دارد لکن در اینجا این سؤال اساسی مطرح است که کدام یک از حکم تکلیفی و حکم وضعی منشأ دیگری است و کدام یک از دیگری انتزاع می‌شود؟ در این باب نظریات مختلفی ارائه شده که به مهم‌ترین این دیدگاه‌ها و نظر مختار اشاره می‌گردد:

۱-۳. **نظریه مشهور:** شیخ انصاری در کتاب *رسائل* با نسبت دادن قول انتزاع احکام وضعی از احکام تکلیفی به مشهور و محققان از اصولیان می‌نویسد:

همانا مشهور - همچنانکه در شرح زبده آمده - بلکه آنچه رأی محققان بر آن استقرار یافته - همچنانکه در شرح *وافیه* سید صدر است - این است که بازگشت خطاب وضعی به خطاب شرعی (تکلیفی) است (شیخ انصاری، ۱۴۱۹، ج ۳: ۱۲۶).

شیخ انصاری در اینجا و در عبارتی که در تعریف حکم وضعی بیان شد تصریح می‌کند که حکم تکلیفی منشأ حکم وضعی است و حکم وضعی از حکم تکلیفی انتزاع و ناشی می‌شود. به عبارت دیگر، شیخ برای حکم وضعی جعل مستقل و ابتدایی قائل نبوده و آن را مرتب بر حکم

تکلیفی می‌داند (شیخ انصاری، ۱۴۱۹، ج ۳: ۱۳۰).

محقق خوئی در انتقاد از این دیدگاه مبنی بر انتزاع ملکیت به عنوان حکم وضعی از حکم تکلیفی می‌نویسد:

ملکیت از احکام تکلیفی انتزاع نمی‌شود، زیرا ملکیت در موارد عدم ثبوت حکم تکلیفی در مثل صبی و مجنون - که گاهی مالک می‌شوند اما تکلیفی ندارند - ثابت است. گاهی نیز برعکس است؛ یعنی ملکیت نیست اما تکلیف هست؛ مانند مکلف نسبت به مال غیر که تکلیف در حق وی ثابت است بدون اینکه مالک باشد. گاهی نیز ملکیت و تکلیف هر دو ثابت است؛ مانند مکلف نسبت به اموال خودش؛ بنابراین بین ملکیت و تکلیف عموم و خصوص من وجه است (غروی اصفهانی، ۱۴۲۵، ج ۳۶: ۲۸-۲۷).

بنابراین از دیدگاه محقق خوئی ملکیت مجعول اعتباری مستقل و غیر منتزع از حکم تکلیفی است؛ همچنانکه از نظر ایشان از اعراض مقولی (مقولات نه گانه ارسطویی که با جوهر مقولات عشر گفته می‌شود) نیز نیست بلکه قسمی از احکام وضعی است (غروی اصفهانی، ۱۴۲۵، ج ۳۶: ۲۹).
۲-۳. نظریه انتزاع حکم تکلیفی از حکم وضعی: برخی دیگر از فقهای امامیه معتقدند حکم وضعی منشأ حکم تکلیفی است و حکم تکلیفی از حکم وضعی انتزاع می‌شود. شهید صدر در تبیین این دیدگاه می‌نویسد:

ارتباط بین احکام وضعی و احکام تکلیفی وثیق است، چه آنکه هیچ حکم وضعی یافت نمی‌شود مگر اینکه در کنارش حکم تکلیفی وجود دارد. پس زوجیت حکم شرعی وضعی است که در کنارش احکام تکلیفی مثل وجوب انفاق زوج بر زوجه و وجوب تمکین بر زوجه وجود دارد. ملکیت، حکم شرعی وضعی است که در کنار آن احکام تکلیفی مثل حرمت تصرف غیر مالک در مال مگر با اذن مالک مطرح می‌باشد (صدر، ۱۹۸۰، ج ۱: ۶۴).

۳-۳. نظریه تفصیل بین اقسام حکم وضعی: بدین معنا که در قسم اول حکم وضعی منشأ حکم تکلیفی است و حکم تکلیفی از حکم وضعی انتزاع می‌شود و در قسم دوم حکم تکلیفی منشأ حکم وضعی است و حکم وضعی از حکم تکلیفی انتزاع می‌شود (آخوند خراسانی، ۱۴۱۷: ۴۰۲). شهید صدر در توضیح این تفصیل آورده است:

۱- احکامی که خود موضوع حکم تکلیفی هستند؛ مانند زوجیتی که موضوع وجوب

انفاق است یا ملکیتی که موضوع حرمت تصرف غیر در مال دیگری بدون اذن مالک است.

۲- احکامی که منتزع از حکم تکلیفی هستند؛ مانند جزئیت سوره در نماز که منتزع از امر به مرکب یعنی نماز می‌باشد و شرطیت زوال برای وجوب نماز ظهر که منتزع از جعل وجوب مشروط به زوال است (صدر، ۱۹۸۰، ج ۳: ۲۲).

با توجه به عبارت فوق روشن می‌شود که کلیت نظر مشهور و از جمله شیخ انصاری در باب اینکه احکام وضعی امور اعتباری منتزع از احکام تکلیفی هستند - علاوه بر نقدی که از سوی محقق خوئی ذکر شد - نسبت به قسم اول سخن درستی نیست، زیرا قرار گرفتن زوجیت و ملکیت به عنوان موضوع حکم تکلیفی، مقتضی تقدم رتبی موضوع بر حکم است، در حالی که انتزاع حکم وضعی از حکم تکلیفی مقتضی تأخر آن است. لذا برخلاف نظر شیخ، در قسم اول این احکام وضعی هستند که منشأ انتزاع احکام تکلیفی هستند اما نظر ایشان اگرچه نسبت به قسم دوم احکام وضعی نظیر جزئیت و شرطیت صحیح است لکن اشکال آن این است که در عبارت شیخ انصاری برای انتزاع حکم وضعی از حکم تکلیفی به زوجیت و ملکیت مثال زده شده که از مصادیق قسم اول بوده و با توضیح فوق قطعاً صحیح نیست.

۴. تفاوت‌های حق و حکم

محقق یزدی در بیان تفاوت حق و حکم معتقد است که فرق بین این دو اگرچه به حسب مفهومی و ماهوی واضح است، زیرا حق گونه‌ای از سلطنت است که گاهی بر شیء است و گاهی بر شخص؛ سلطنت بر شیء نیز گاهی به عین تعلق می‌گیرد؛ مانند حق تحجیر، حق رهنان و حق طلبکاران نسبت به دارایی متوفی و گاهی به غیر عین تعلق می‌گیرد؛ مانند حق خیار که به عقد تعلق می‌گیرد. سلطنت بر شخص نیز مانند حق قصاص و حق حضانت و حق قسم است. ایشان در جمع‌بندی بحث معتقد است حق مرتبه ضعیف ملک است بلکه نوعی از آن است و صاحب حق مالک چیزی است که امر آن به دست اوست همچنانکه در ملکیت، شخص مالک چیزی از قبیل عین یا منفعت است. با این تبیین ایشان معتقد است که بنابراین حق برخلاف حکم است چه آنکه حکم صرف جعل رخصت در انجام یا ترک چیزی است یا آنکه حکم به ترتب اثر بر انجام یا ترک چیزی است مثل حق خیار در عقود لازم در صورتی که ثابت شود از جمله حقوق است اما

تفاوت بین این دو به حسب مصادیق و صغریات بسیار مشکل است چون در همه موارد هر دو وجه قابل تطبیق است و به ناچار باید به دلیل و مبنا مراجعه کرد (طباطبائی یزدی، ۱۳۷۸: ۵۵).

جالب است که شیخ محمد هادی طهرانی به عنوان اولین فردی که در باب حق و حکم و تفاوت‌های آن دو رساله مستقل نوشته است در مقابل دیدگاه محقق یزدی معتقد است تمیز موارد و مصادیق حق برای کسی که کم‌ترین آشنایی را با فقه دارد در نهایت سهولت است (طهرانی، ۱۳۷۴: ۱۷۴-۱۷۳) که این اظهار نظر بسیار عجیب به نظر می‌رسد.

محقق نائینی نیز معتقد است اگر مجعول شرعی دو ویژگی اضافی بودن و سلطنت را نداشته باشد حکم است و نامیده شدن آن به حق به اعتبار معنای لغوی است. اما به اعتبار معنای اصطلاحی فرق بین حق و حکم روشن و واضح است، زیرا حکم مجعول شرعی است که به عمل مکلفین به صورت اقتضا و تخییر تعلق می‌گیرد و حکم اگرچه در برخی آثار با حق مشترک است اما از یک سنخ نبوده و بین آنها تباین برقرار است؛ مانند جواز رجوع و اهب از هبه و جواز فسخ از طرف صاحب خیار که اولی حکم است و دومی حق است، زیرا ویژگی ملک و اضافه را دارد. بنابراین جواز در هبه مثل لزوم در نکاح از احکام شرعی است لکن جواز در بیع خیار و لزوم در بیع غیر خیار از جمله حقوق هستند (خوانساری، ۱۴۲۴، ج ۱: ۱۰۷-۱۰۶).

محقق خوئی در این باره دارای نظر خاصی است ایشان معتقد است که حق با حکم مغایرتی جز در اصطلاح ندارد. بدین معنا که در اصطلاح علمی حق همان حکم شرعی است که اختیار آن از نظر اسقاط و ابقا به دست صاحب حق است. بنابراین حق نسبت به صاحبش حکم تکلیفی الزامی یا ترخیصی یا وضعی جوازی یا لزومی است. البته مراد از حکم وضعی در اینجا خصوص نفوذ تصرف - که همان جواز است - و عدم نفوذ تصرف که همان لزوم است، می‌باشد نه سایر احکام وضعی مانند ملکیت و زوجیت.

در نتیجه، حق در اصطلاح حکم شرعی است که از دلیل قابل اسقاط بودن آن استفاده می‌شود در مقابل حکم که قابل اسقاط نمی‌باشد. بنابراین مطابق نظر محقق خوئی مجالی برای اینکه در موردی بحث کنیم که حق است یا خیر تا اینکه ثابت کنیم قابل اسقاط یا نقل یا انتقال به ارث است یا خیر وجود ندارد (غروی اصفهانی، ۱۴۲۵، ج ۳۶: ۳۰).

در نقد نظر محقق خوئی باید بگوییم که حق از نظر عرف عقلا دارای ماهیت اعتباری مستقل به عنوان یک حکم وضعی است و احکام وضعی مانند ملکیت در همه نظام‌های حقوقی به عنوان

یک اعتبار عقلایی پذیرفته شده است. اینکه نظام‌های غیر دینی نیز این اعتبار را پذیرفته‌اند نشان می‌دهد که این اعتبارات محصول اندیشه بشری و توافق عقلا بوده و شارع نیز این اعتبارات را پذیرفته است. بنابراین از این نظر که حق دقیقاً به مانند ملک اعتبار عقلایی است می‌توان گفت اینکه محقق خوئی احکام وضعی را به مانند حکم تکلیفی مجعول شرعی دانسته، سخن صحیحی نیست.

قابل ذکر است که ملاعبداله مامقانی تنها شارح مکاسب است که در شرح خود به نام *نهایه المقال فی تکملة غایة الآمال*^۵ ضمن اشاره به ماهیت حق و حکم و بیان تفاوت‌های این دو، ویژگی‌های سه‌گانه حق را به عنوان ملاک و ضابط تشخیص حق از حکم زیر سؤال برده است. نظر به اهمیت و بدیع بودن نظر وی در بیان ضابط اصلی در تمایز بین حق و حکم سخن وی نقل می‌گردد. وی می‌نویسد:

سخن محققان درباره فرق بین حق و حکم بسیار است اما ایشان نتوانسته‌اند ضابطی را برای رفع اشکال در تشخیص صغریات (مصادیق) بیاورند و لذا امر در برخی موارد بر ایشان مشتبه شده است و این امر نه به دلیل قصور فهمشان بلکه به دلیل قصور خود مسأله است، زیرا این دو اصطلاح از شرع گرفته نشده و هیچ‌یک از این دو، موضوع حکمی در کتاب و سنت قرار داده نشده است. همانا این دو اصطلاح بر زبان متأخران جاری شده و لذا تطویل کلام به نقل آنچه گفته شده یا گفته می‌شود نیاز نیست. ... شکی نیست که حق و حکم هر دو مجعول شرعی هستند و لکن حق مرتبه ضعیفی از ملک است که شخص در جعل آن ملاحظه شده به گونه‌ای که حق بدون آن قوام نمی‌یابد و (لکن) در جعل حکم شخص ملاحظه نشده و لذا حق - به خلاف حکم - ارث برده می‌شود و با اسقاط ساقط می‌شود. و از آنجا که در جعل حق شخص ملاحظه شده، اثر این ملاحظه جعل ربط بین حق و شخص است؛ مانند ریسمانی که بین حق و شخص کشیده شده، پس ریسمان به دست شخص است هر زمان که آن را رها کند یا به طریق اعراض و اسقاط و یا به این طریق که زمام آن را به غیر واگذار کند، بنا بر اول حق از بین می‌رود، زیرا فاقد صاحب حق است و بنا بر دوم حق به غیر منتقل می‌شود و هر زمان صاحب حق فوت کند وارث جانشین وی می‌گردد. و این برخلاف حکم است که شخص در آن ملاحظه نشده و ربط بین حکم و شخص قراردادده نشده تا اینکه زمام حکم به دست شخص باشد با اسقاط او ساقط شود و با

نقل او به غیر منتقل شود و با موتش به وارث منتقل گردد (مامقانی، بی تا: ۳۴).

از نظر مامقانی ضوابطی مثل اسقاط، نقل و انتقال به عنوان ممیز و فارق حق از حکم پذیرفته نیست و ایشان ضابطه جدیدی را ارائه می کنند که از آن به «جعل ربط بین حق و شخص» تعبیر می کند. در واقع وی ملاک اصلی در تفاوت حق و حکم را ارتباط حق با شخص می داند و اینکه زمام حق به دست شخص است و این برخلاف حکم است که شخص در آن ملاحظه نشده و ارتباط بین حکم و شخص قرار داده نشده تا اینکه زمام حکم به دست شخص باشد؛ با اسقاط او ساقط شود و با نقل او به غیر منتقل شود و با موتش به وارث منتقل گردد.

به نظر می رسد مامقانی در نفی این آثار به عنوان ضابط تشخیص حق از حکم مبالغه نموده و سخن وی با واقعیت منطبق نیست، زیرا همان گونه که می دانیم در بحث اسقاط حق هیچ فقیهی در ملاک بودن آن تردید نکرده و در بحث نقل به غیر و انتقال به ارث نیز نظر صحیح این است که این دو ویژگی نیز به عنوان ملاک و مناط حق بودن باید مورد ملاحظه قرار گیرد (فروغی، ۱۳۹۱: ۵۱۳). با این وصف باید انصاف داد که ملاک بیان شده از سوی مامقانی یعنی ارتباط حق با شخص در توصیف ماهیت حق و تمایز آن از حکم مفید بوده و این نکته ای است که حقوق دانان برجسته حقوق غرب از جمله استاد دابن سال ها بعد به آن رسیده اند و از این نظر مامقانی بر وی فضل تقدم دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ج ۳: ۳۳۶-۳۳۴).

۵. ضابطه تمیز حق و حکم از دیدگاه شهید صدر

شهید صدر معتقد است که قابل اسقاط بودن حق - بر خلاف حکم - به عنوان ارتکاز عقلایی واضح و روشن است و جست و جوی این ضابط از سه طریق امکان دارد:

۱- ابتدا موارد و مصادیق حق و حکم یعنی تشریعاتی که قابل اسقاط است و تشریعاتی که غیر قابل اسقاط است بررسی شده، سپس جامعی بین گروه اول و جامعی بین گروه دوم اخذ شود. ایشان در این باره معتقد است که این راه در مقام استنباط به ما کمکی نمی کند بلکه اثر آن در این است که به استنباط در مقام تنظیم و تطبیق کلیات بر مصادیق کمک می کند.

۲- موارد و مصادیقی که دلیل دلالت بر قابلیت اسقاط در آنها دارد بررسی شده و نکته مشترکی از آن موارد کشف شود، در نتیجه در هر تشریعی که این نکته در آن وجود دارد حکم به حق بودن شود، اگرچه دلیل خاص در آن مورد دلالت بر حق بودن و قابلیت اسقاط نکند. ایشان

درباره این طریق نیز می‌گوید اگر این وجه تمام باشد در مقام استنباط کمک می‌کند اما این نوع استقرا منوط به این است که مفید قطع باشد لکن از آنجایی که این استقرا ظنی و اغلبی است خصوصاً در جایی که یک یا دو مورد نقض پیدا شود دیگر به عنوان قاعده حجت نیست.

۳- در ابتدا عطف نظر به مرتکبات و تشریعات عقلایی با قطع نظر از احکام شرعی شود که در این صورت نکته مشترک را از طریق رجوع به ارتکازات عقلایی کشف کنیم. ایشان درباره حجیت این طریق می‌گوید این وجه تمام و مفید است و در مقام استنباط کمک می‌کند. البته بعد از اینکه این ویژگی را به عنوان ویژگی شرعی از یکی از سه طریق زیر اثبات کنیم:

۳-۱. اثبات امضای این ارتکاز عقلایی از طریق عدم ردع همان‌گونه که در امضای سایر سیره‌های عقلایی گفته می‌شود.

۳-۲. رجوع به ظاهر ادله تشریع بعد از اینکه این ارتکازات را در ظهورشان تأیید کردیم. به طور مثال، حقّ خيار بعد از اسقاط دیگر دارای ظهوری در اطلاق نیست، زیرا ارتکاز عقلایی حقّ خيار را قابل اسقاط می‌داند. بنابراین ارتکازات عقلایی در ظهورشان تحکیم می‌یابند، همچنانکه وضع لغوی در ظهورشان تحکیم دارند. ایشان در ادامه می‌گوید صحیح آن است که این وجه امضا را ثابت نمی‌کند بلکه حداکثر عدم اطلاق ادله را نسبت به بعد از اسقاط ثابت می‌کند اما سقوط به سبب اسقاط ثابت نمی‌شود بلکه مشکوک باقی مانده و رجوع به قواعد در آن مورد واجب می‌شود.

۳-۳. رجوع به اخباری که ظهور در امضای این ارتکاز عقلایی دارد؛ مانند صحیحۀ محمد بن مسلم که از امام باقر (ع) روایت کرده است: «سؤال کردم: مردی به من جنایتی وارد کرده، عفو کنم یا پیش سلطان شکایت کنم؟ امام فرمود: آن حق توست، اگر عفو کنی خوب است و اگر به امام شکایت ببری همانا حقّت را طلب کرده‌ای». شهید صدر می‌گوید روایت ظهور در صغری دارد اما در کبری احاله به ارتکاز عقلایی داده است. بنابراین روایت دلالت بر امضای این ارتکاز در حدود عقلایی آن دارد.

ایشان در ادامه می‌فرماید این راه سوم، یعنی تمسک به سیره عقلایی و تأیید و اثبات امضا از سوی شارع از طریق عدم ردع یا رجوع به اخباری که ظهور در امضا دارد با یک یا دو مورد مخالف موجب نقض قاعده نمی‌شود، زیرا حداکثر آن است که آن سیره عقلایی در این موارد نقض امضا نشده اما در سایر موارد با طریق اول و سوم - یعنی عدم ردع و رجوع به اخبار ظاهر در

امضا - سیره امضا شده است (حسینی حائری، ۱۴۲۳، ج ۱: ۱۳۵-۱۳۳).

با این جمع‌بندی روشن می‌شود که نظریه ایشان منتهی به نظر محقق خوئی مبنی بر بسته بودن راه کشف حق و حکم نمی‌شود بلکه در اینجا ضابط عقلایی وجود دارد و شارع نیز آن را تأیید کرده است.

۶. مقتضای اصل عملی در تشخیص حق از حکم

هرگاه در موردی شک شود که از حقوق است یا احکام، مقتضای قاعده و اصل چیست؟ آیا در موردی که نتوانیم با مراجعه به دلیل اجتهادی بیان‌کننده تشریع، حق بودن یا حکم بودن را کشف کنیم، در اینجا چه اصلی تعیین می‌کند که این مورد مشکوک از مصادیق کدام‌یک از آنهاست؟

در پاسخ به این سؤال برخی از بزرگان فقه‌های معاصر، از جمله سید محمد کاظم یزدی و محقق نائینی، معتقدند در جایی که شک در حق یا حکم بودن امری شود قاعده‌ای که تعیین کند مورد از کدام قسم است وجود ندارد و باید به اصول عملیه مراجعه کرد و مقتضای اصل عملی، عدم سقوط است، زیرا استصحاب دلیل بقای حالت سابقه قبل از اسقاط است (طباطبائی یزدی، ۱۳۷۸: ۵۶؛ خوانساری، ۱۴۲۴، ج ۱: ۱۰۸).^۶

لازم است ذکر شود که در این بین محقق خوئی در پاسخ به این پرسش، بر مبنای دیدگاه رایج یعنی به کارگیری اصول عملیه بیان مفصل و دقیقی دارد که نظر به اهمیت آن اشاره می‌گردد. ایشان در ابتدا حکم شک در قبول اسقاط را بیان نموده است:

سپس اینکه هرگاه در قابلیت حکمی برای اسقاط یا نقل یا انتقال شک شود، مقتضای قاعده چیست؟

می‌گوییم: هرگاه در قبول حکم برای اسقاط شک شود، پس اگر دلیل آن حکم دارای اطلاق باشد که این اطلاق ثبوت حکم در بعد از اسقاط را شامل شود، تمسک به این اطلاق جایز است؛ همچنانکه اگر در جواز اکل مارّه بعد از اسقاط آن شک شود، به اطلاق دلیل آن تمسک می‌شود.

و اگر دلیل آن حکم دارای اطلاق نباشد کما اینکه به اجماع و مانند آن ثابت شود، پس اگر به جریان استصحاب در احکام کلی قائل شویم همچنانکه مشهور [بین

اصولیین^[۱] است، بنابراین مانعی از تمسک به استصحاب نیست و حکم بعد از اسقاط آن نیز ثابت است و نتیجه استصحاب عدم قابلیت حکم برای اسقاط است. این در جایی است که حکم تکلیفی باشد اما اگر حکم وضعی باشد جریان استصحاب علاوه بر آنچه گفته شد، متوقف بر جریان آن در احکام تعلیقی است. اما اگر قائل به عدم جریان استصحاب در احکام شویم همچنانکه مختار [محقق خوئی]^[۲] است و بنابر فرض برای دلیل ثبوت حکم اطلاقی نباشد، چاره‌ای جز مراجعه به سایر اصول چه لفظی و چه عملی نیست و این اصول به حسب اختلاف موارد مختلف است لکن نتیجه آن سقوط است و اینکه حکمی که قابلیت آن برای اسقاط و عدم آن مشکوک است قابل اسقاط است. بنابراین در مثل مورد حق قصاص هرگاه شک کنیم قبول اسقاط می‌کند یا خیر، بعد از فرض عدم اطلاق دلیل مثبت حکم و عدم جریان استصحاب بنا بر فرض، ناگزیر از رجوع به سایر اصول لفظی و عملی بوده و مقتضای این اصول در مقام عدم جواز قتل احدی در اسلام است و همانا حق قصاص برای وارث برخلاف قاعده جعل شده و متیقن از این حکم مخالف قاعده در جایی است که وارث حق خود را ساقط نکرده باشد و در نتیجه احدی حق مزاحمت برای وی در کشتن قاتل پدرش را ندارد اما بعد از اسقاط حقش، مقتضای قاعده این است که قتل قاتل برای وی جایز نیست و دیگران می‌توانند به دلیل حرمت خون مسلمان در اسلام، برای او در قتل قاتل مزاحمت کنند و برای اوست که از کشتن امتناع کند و دیگری نمی‌تواند به وجهی از وجوه او را الزام کند (غروی اصفهانی، ۱۴۲۵، ج ۳۶: ۳۵-۳۶).

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود در موارد عدم وجود عموم یا اطلاق دلیل ثابت کننده حکم، تمسک به استصحاب به طور مطلق ثابت نمی‌باشد و فقیهانی مانند محقق خوئی که استصحاب را در احکام کلی جایز نمی‌دانند نتیجه‌گیری ایشان موافق مشهور نمی‌باشد.

اما به نظر می‌رسد در اینجا می‌توان پاسخ دیگری را نیز به نظر مشهور ارائه داد و آن نظری است که اساساً استفاده از اصل عملی را در چنین مواردی صحیح ندانسته و با استناد به اصل آزادی اراده عمل صاحب حق را معتبر می‌داند. استاد جعفری در اثر ارزشمند خود با عنوان مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام، با انتقاد از مکتب شک - که در واقع پاسخ فقهای معاصر در چهارچوب آن مکتب ارائه شده - معتقد است مکتب شک علی‌رغم آثار مثبت آن دچار افراط گردیده و در مواردی که نباید به کار گرفته شود به آن استناد شده است. ایشان در این باره به نکته بسیار مهمی

اشاره نموده و می‌نویسد:

این فرض قانونی [اصل عملی] که ابتکار [افتخار] کشف آن را شافعیه دارند در دو قرن اخیر در فقه امامیه چنان گسترش و رشدی یافته است که باعث شگفتی است و خبره این علم، آثار افراط را در آن می‌بیند. موارد فراوانی داریم که نباید استصحاب را در آنها به کاربرد مع ذلک افراطیون در آن موارد دست به استصحاب می‌زنند؛ مانند موارد ذیل: اول مصداق مشتبه حق و حکم ... (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۴۹).

ایشان در ادامه با اشاره به پنج مورد از مصادیق مشتبه حق و حکم، پاسخ مکتب شک را صحیح ندانسته و معتقد است بر مبنای اصل آزادی اراده عمل صاحب حق که به اسقاط یا نقل حق دست زده معتبر بوده و نمی‌توان آن را با شک از بین برد. عبارت چنین است:

از نظر ما به جای آنکه شک بی‌مورد کنیم و خود را اسیر امواج شکوک گردانیم بهتر است به اصول مسلم و بدیهی حقوق متوسل شویم. اصل آزادی اراده از بدیهیات است تا وقتی که مانع مسلم برای نفوذ اراده در مقررات نباشد نمی‌توان جلوی نفوذ اراده را به صرف شک گرفت. رشد عاقلانه اراده سرچشمه فیاض زندگی است حیث نیست که به استناد شکوک و اوهام این چشمه را گل آلود کنیم؟ رهاکردن یک اصل بدیهی حقوق و تسلیم شکوک شدن، نوعی بی‌تعادلی در اندیشیدن است. این افراط و نظایر آن خصیصه مکتب شک را روشن می‌کند و باید به وجود این مکتب اذعان کرد و از نواقص کار آن بر حذر بود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۴۹).

به نظر می‌رسد همان‌گونه که استاد جعفری آورده اساساً در این گونه موارد محلی برای جریان اصل استصحاب وجود ندارد و با استناد به اصول مسلمی همچون اصل آزادی اراده می‌توان قائل به سقوط مورد مشکوک شد. بنابراین از نظر ایشان در مصادیق مشتبهی نظیر نفقه زوجه (موضوع ماده ۱۱۰۶ ق.م.) اسقاط آن به استناد اصل آزادی اراده صحیح می‌باشد.

قابل ذکر است که ما در مقاله دیگری که درباره حکم مصادیق مورد اختلاف از دیدگاه فقه و قانون مدنی (فروغی، ۱۳۹۱: ۵-۱۳) است به طور مفصل موارد مشتبه را مورد بحث و بررسی قرار داده و در آنجا نظر صحیح را با توجه به مبنای مورد اختیار و لسان ادله آورده‌ایم. بنابراین باید متذکر شویم که این امر بدین معنا نیست که به طور کلی می‌بایست در همه موارد مشتبه، قائل به حق بودن و جریان ویژگی‌های سه گانه حق شویم، بلکه آنچه بیان شد از نظر ما قاعده و حکم کلی است و

این منافاتی ندارد که در برخی موارد مثل حق رجوع زوج به زوجه در عده رجعیه با توجه به تحلیلی که ارائه می‌گردد قائل به حکم بودن آن شویم و آن را به اصطلاح حقوقی از قوانین امری بدانیم.

اما صورت دیگری را نیز برخی فقها مطرح نموده‌اند و آن صورتی است که اگر ما در اصل حق بودن امری یقین داشتیم اما شک کردیم که قابل اسقاط، نقل و انتقال است یا خیر، مقتضای اصل چیست؟

در پاسخ به این صورت گفته شده که اصل عدم سقوط حق به اسقاط است و درباره نقل و انتقال نیز اصل عدمشان می‌باشد. بله، اگر ما در مورد حقی از حقوق - که نزد عرف و عقلا قابلیت‌های سه‌گانه یا برخی را دارا می‌باشد - شک کنیم امکان دارد با توجه به عدم ردع آن از طرف شارع قائل به امضای آن از ناحیه شارع شویم. بنابراین به طور مثال، اگر حق شفعه در نزد عرف قابلیت اسقاط یا انتقال داشته باشد و شک در جواز آن از نظر شرع شود قول به امکان جواز آن ممکن است. اما در غیر چنین مواردی دلیلی بر جواز اسقاط نیست و جایی برای تمسک به «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «أَحْلَ اللَّهُ الْبَيْعَ» و «الصلح جائز بین المسلمین» نیست، زیرا از مصادیق شبهه مصداقیه محسوب شده، علاوه بر این اگر این خصوصیات عرفاً ثابت شود نیازی به این عمومات نیست (مکارم شیرازی، ۱۴۱۳، ج ۱: ۳۲).

به نظر می‌رسد اساساً تفکیک بین این دو صورت صحیح نمی‌باشد و صورت دوم در واقع به همان صورت اول برمی‌گردد و این سخن که اگر ما در اصل حق بودن امری یقین داشتیم اما شک در قابلیت اسقاط، نقل و انتقال آن داشته باشیم نوعی مصادره به مطلوب است، زیرا در موارد مشکوک بین حق و حکم، آثار سه‌گانه فوق ملاک و معیار تعیین مصادیق و افراد این دو مفهوم از یکدیگر است. بنابراین این سخن که در اصل حق بودن یقین داشته باشیم اما در قبول آثار فوق شک کنیم چه معنایی می‌تواند داشته باشد؟ به عبارت دیگر، فرض سخن فقها این است که این دو مفهوم بسیار به هم نزدیک می‌باشد و این آثار ضابط و شاخص تفکیک این دو از یکدیگر است. بنابراین یقین به حق بودن جز از راه این آثار ممکن نیست و در نتیجه چنین صورتی تحقق خارجی ندارد و همان صورت اول است.

به هر حال اگر بخواهیم تعبیر صحیحی از این سخن ارائه کنیم شاید اشاره به همان نکته‌ای باشد که در بند قبل در تبیین دیدگاه شهید صدر پیرامون ضابط در تشخیص حق از حکم آوردیم

مبنی بر اینکه وجود این آثار در نزد عرف به عنوان ارتکاز عقلایی مطرح است و تأیید و امضای این ارتکاز عقلایی یا از طریق راه اول، یعنی عدم ردع آن از طرف شارع (همان گونه که در امضای سایر سیره های عقلایی گفته می شود) و یا راه سوم، یعنی رجوع به اخباری که ظهور در امضای این سیره دارد، ثابت می گردد. بنابراین همان گونه که ملاحظه می شود در مواردی که حق بودن مسلم است و عرف این آثار سه گانه یا دست کم قابلیت اسقاط را به رسمیت می شناسد نوبت به جریان اصل استصحاب و حکم به عدم اسقاط حق نمی رسد.

در واقع هدف ما از بیان نظر محقق خوئی در صورت اول روشن نمودن این نکته بود که استناد به اصول عملیه و نتیجه گیری فقهای معاصر تنها راه حل مسئله نبوده و از دقت لازم و کافی نیز برخوردار نیست. اما با توجه به نقل نظر شهید صدر و برخی فقهای دیگر و دیدگاه دکتر جعفری اساساً نوبت به اجرای اصول عملیه و استصحاب بقای حق ساقط شده نمی رسد.

نتیجه گیری

در خاتمه بحث مقایسه حق با حکم، جمع بندی را که در تبیین معنای حق در گفتار اول آوردیم مجدداً یادآوری می نماییم که کسانی که حق (به معنای خاص) را در مقابل ملک و حکم می دانند مقصودشان از حکم، حکم تکلیفی است که از آن با تعبیر حکم شرعی و حکم شارع نیز یاد می کنند. اما در صورتی که ما حکم را به معنای عام آن اعم از تکلیفی و وضعی، بدانیم روشن است که حق (به مانند ملک) از اقسام حکم وضعی بوده و به این اعتبار حکم اعم از حق به معنای خاص (معنای دوم) می شود. لذا باید توجه داشت که مقصود از حق در این مقاله معنای دوم آن، به عنوان یک حکم وضعی در مقابل حکم به معنای خاص آن یعنی حکم تکلیفی قرار می گیرد. بنابراین زمانی که سخن از آثار و ویژگی های حق نظیر اسقاط، نقل و انتقال حق می رود مقصود آن است که حق به عنوان حکم وضعی دارای این آثار است در مقابل حکم تکلیفی که فاقد این ویژگی هاست.

از جمع بندی فوق روشن می گردد اینکه برخی استادان حقوق تصریح کرده اند که آنچه در برابر حق قرار می گیرد تکلیف است و نه حکم (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۲۵۲) صحیح نیست؛ زیرا اولاً، دانستیم که حکم در اصطلاح اعم آن شامل حکم تکلیفی و وضعی است و حکم در این معنا شامل حق نیز می گردد اما حکم در معنای اخص خصوص حکم تکلیفی است. بنابراین حکم تکلیفی

شامل تکلیف (واجب) نیز می‌باشد و مقصود فقها همین معنای دوم است و الا حکم به معنای اعم شامل حق نیز می‌شود.

اشکال دیگر این نظر آن است که وقتی گفته می‌شود حق در برابر حکم است همه‌جا حکم مفاد تکلیف ندارد و گاهی اوقات مفاد حکم اباحه است که در این موارد شباهت بین حق و حکم بسیار زیاد است. اما روشن است که اباحه ناشی از حق قابل اسقاط است اما اباحه ناشی از حکم قابل اسقاط نیست. بنابراین روشن می‌گردد که حق در برابر حکم است نه تکلیف به معنای واجب که خود یکی از اقسام حکم تکلیفی است.

پی‌نوشت‌ها

۱. کاربرد حق و مشتقات آن از نظر لفظ و تکرار آن در قرآن کریم بدین شرح است: الحق و حق (اسم یا صفت): ۲۲۷ بار؛ حَقًّا (مصدر): ۱۷ بار؛ احَقَّ (اسم تفضیل): ۱۰ بار؛ حَقَّ (فعل ماضی): ۱۲ بار؛ حَقَّتْ (فعل ماضی): ۵ بار؛ حُقَّتْ (فعل ماضی): ۲ بار؛ حَقَّهُ (اسم): ۳ بار؛ يُحِقُّ و يُحَقُّ (فعل مضارع): ۴ بار؛ يَحِقُّ (فعل مضارع): ۱ بار؛ اسْتَحَقَّ (فعل ماضی): ۱ بار؛ اسْتَحَقَّا (فعل ماضی): ۱ بار؛ الْحَاقَّةُ (اسم فاعل): ۳ بار؛ حَقِيق (صفت مشبیه): ۱ بار.
۲. «نظریه‌های حق در فقه اسلامی و حقوق غرب» موضوع مقاله مستقلی است که نگارنده به تفصیل پنج نظریه از فقه اسلامی و پنج نظریه از حقوق غرب را مورد بررسی قرار داده است. ر.ک: فصلنامه رهنمون، سال هشتم، شماره ۳۰-۲۹، زمستان و بهار ۱۳۸۸-۸۹.
۳. در وجه نام‌گذاری قانون تکمیلی یا تفسیری یا تعویضی اشاره شده است از این نظر که قوانین مزبور اراده اشخاص را تکمیل یا در صورتی که مبهم باشد تفسیر می‌کنند یا جایگزین آن می‌شوند (صفائی، ۱۳۸۷، ج ۲: ۵۱).
۴. «هو التشريع الصادر من ... تعالى لتنظيم حياة الانسان و الخطابات الشرعية في الكتاب و السنة مبرزه للحکم و کاشفه عنه و لیست هی الحکم الشرعی نفسه» (صدر، ۱۹۸۰، ج ۱: ۶۳).
۵. غایة الآمال شرح مکاسب شیخ انصاری تألیف حسن (محمد حسن) مامقانی نجفی (۱۲۳۷-۱۳۲۳ ق). است. این کتاب مشتمل بر شرح مکاسب محرمة، بیع و خیارات (به طور ناقص) بوده که توسط فرزندش ملاعبداله مامقانی تکمیل شده است.

۶. عبارت منیة الطالب (تقریرات محقق نائینی) چنین است: «لو شك في شيء انه من الحق او الحكم فليس هنا اصل يعيّن كونه من اى منهما فالمرجع هو الاصول العملية، و الاصل يقتضى عدم سقوطه لاستصحاب بقاء ما كان قبل الاسقاط» (خوانساری، ۱۴۲۴، ج ۱: ۱۰۸).

منابع

- قرآن کریم.
- آخوند خراسانی، محمد کاظم. (۱۴۱۷ق.) کفایة الاصول، قم: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، الطبعة الثانية.
- ابن حاجب، عثمان بن عمر. (بی تا) مختصر منتهی الاصول، چاپ سنگی.
- ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۰۸ق.) لسان العرب، بیروت: دار احیاء التراث العربی، الطبعة الاولى.
- جرجانی، علی بن محمد. (۱۴۲۴ق.) کتاب التعریفات، بیروت: دار احیاء التراث العربی، الطبعة الاولى.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۶۸) ترمینولوژی حقوق، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ چهارم.
- _____. (۱۳۵۶) دانشنامه حقوقی، تهران: امیرکبیر، چاپ دوم.
- _____. (۱۳۷۰) مکتبهای حقوقی در حقوق اسلام، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ دوم.
- جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۹۷۴) الصحاح فی اللغة و العلوم، اعداد و تصنیف: ندیم مرعشلی و اسامه مرعشلی، بیروت: دار الحضارة العربیة، الطبعة الاولى.
- حسینی حائری، سید کاظم. (۱۴۲۳ق.) فقه العقود، قم: مجمع الفکر الاسلامی، الطبعة الثانية.
- خوانساری، آقا موسی. (۱۴۲۴ق.) منیة الطالب فی شرح المکاسب (تقریرات میرزای نائینی)، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، الطبعة الثانية.
- خوانساری، سید احمد. (۱۳۵۴) جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، تهران: مکتبة الصدوق، الطبعة الثانية.

- زبیدی، محمد مرتضی. (۱۴۰۶ق.) تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت: دار مکتبة الحیاة، الطبعة الاولى.
- زحیلی، وهبه. (۱۴۱۸ق.) الفقه الاسلامی و ادلته، دمشق: دارالفکر و بیروت: دارالفکر المعاصر، الطبعة الرابعة.
- زرقاء، مصطفى احمد. (۱۴۲۰ق.) المدخل الى نظرية الالتزام العامة في الفقه الاسلامی (اخراج جدید)، دمشق: دارالقلم، الطبعة الاولى.
- سیوری (فاضل)، مقداد بن عبدالله. (۱۴۰۳ق.) نصد القواعد الفقهیه علی مذهب الامامیه، قم: منشورات مکتبة آية الله العظمی المرعشی النجفی، چاپ اول.
- شلبی، محمد مصطفی. (۱۴۰۵ق.) المدخل فی التعریف بالفقه الاسلامی و قواعد الملكية و العقود فيه، بیروت: دارالنهضة.
- شهید اول، محمد بن مکی. (بی تا) القواعد و الفوائد، تحقیق: دکتر عبدالهادی حکیم، قم: منشورات مکتبة المفید.
- شیخ انصاری، مرتضی. (۱۴۱۹ق.) فرائد الاصول (رسائل)، قم: مجمع الفکر الاسلامی، الطبعة الاولى.
- _____. (۱۴۱۰ق.) کتاب المکاسب، بیروت: مؤسسه النعمان.
- صدر، سید محمد باقر. (۱۹۸۰) دروس فی علم الصول، الحلقات الثلاث، بیروت: دار الکتاب اللبنانی - قاهره: دار الکتاب المصری، الطبعة الاولى.
- صرامی، سیف اله. (به کوشش) (۱۳۸۵) حق، حکم و تکلیف، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، چاپ اول.
- صفائی، سید حسین. (۱۳۸۷) قواعد عمومی قراردادها (دوره مقلداتنی حقوق مدنی)، تهران: بنیاد حقوقی میزان، چاپ ششم.
- طباطبائی، سید محمد حسین. (۱۴۰۳ق.) المیزان فی تفسیر القرآن، بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، الطبعة الخامسة.
- طباطبائی حکیم، سید محسن. (بی تا) نهج الفقاهه، قم: انتشارات ۲۲ بهمن، چاپ اول.
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم. (۱۳۷۸ق.) حاشیه المکاسب، تهران: دارالمعارف الاسلامیه.

- طهرانی، محمد هادی. (۱۳۷۴) «رساله حق و حکم»، تصحیح: نعمت‌الله صفری، نامه مفید، سال اول، شماره ۴.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۹۸۰ق.) تهذیب الوصول الى علم الاصول، تحقیق: محمد حسین رضوی کشمیری، لندن: مؤسسه الامام علی^(ع)، چاپ اول.
- غروی اصفهانی، محمد حسین. (۱۴۲۵ق.) حاشیه کتاب المکاسب، قم: پایه دانش، الطبعة الاولى.
- غروی، میرزا علی. (۱۴۲۵ق.) التفتیح فی شرح المکاسب، کتاب البیع (تقریرات المحقق الخوئی)، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، الطبعة الاولى.
- فروغی، سید علیرضا. (زمستان و بهار ۱۳۸۸-۸۹) «نظریه‌های حق در فقه اسلامی و حقوق غرب»، فصلنامه رهنمون، سال هشتم، شماره ۲۹-۳۰.
- _____. (بهار و تابستان ۱۳۹۱) «آثار و ویژگی‌های حق از دیدگاه فقه امامیه و قانون مدنی»، دو فصلنامه علمی - پژوهشی دانش حقوق مدنی، سال اول، شماره نخست.
- قیومی، احمد. (۱۹۸۷) المصباح المنیر، بیروت: مکتبة لبنان.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۵) مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجاه و سوم.
- _____. (۱۳۸۱) فلسفه حقوق: (منطق حقوق)، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم.
- مامقانی، عبدالله (بی‌تا)، نهاییه المقال فی تکملة غایة الآمال، چاپ سنگی.
- مجموعه قوانین اساسی - مدنی. (۱۳۷۰) تهران: مؤسسه انتشارات جهاد دانشگاهی (ماجد).
- محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۳ق.) شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، بیروت: دار الاضراء، الطبعة الثانية.
- مدکور، محمد سلام. (۱۹۹۶) المدخل للفقہ الاسلامی، قاهره: دار الكتاب الحديث، چاپ دوم.
- مصطفوی، حسن. (۱۳۶۰) التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، تهران: بنگاه ترجمه و نشر کتاب.
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۱۳ق.) انوار الفقاهه (کتاب البیع)، قم: مدرسه الامام امیرالمؤمنین^(ع)، الطبعة الثانية.
- موسوی بجنوردی، سید حسن (بی‌تا)، منتهی الاصول، قم: مکتبة بصیرتی، الطبعة الثانية.

- موسوی خمینی، سید روح الله (بی تا)، *البیع*، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
- نجفی، محمد حسن (۱۹۸۱)، *جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام*، بیروت: دار احیاء التراث العربی، الطبعة السابعة.

بررسی فقهی و حقوقی حکم شروط ضمن عقد پس از اقاله

سید محمد هادی ساعی^۱

مریم تقفی^۲

چکیده: اقاله تراضی طرفین بر انحلال عقد است. این امر منجر به زوال آثار عقد و تعهدات ناشی از آن می‌گردد. اما این امر مربوط به آینده است؛ لذا همچون بطلان عقد نبوده، اثر قهقرایی ندارد و در نتیجه به آثار قبل از اقاله خدشه‌ای وارد نمی‌کند. این نکته‌ای است که برخی به آن توجه نکرده‌اند و در تبیین سرنوشت شروط ضمن عقد پس از اقاله، حکم به سقوط تمامی شروط اعم از صفت، فعل و نتیجه نموده‌اند؛ همچنانکه قانون مدنی نیز پیرو همین نظر در ماده ۲۴۶ شروط ضمن عقد پس از اقاله را محکوم به بطلان می‌نماید. در حالی که احکام و آثار هر یک از شروط ضمن عقد متفاوت بوده و حکم ماده ۲۴۶ در تمام آنها جاری نیست. به این ترتیب که شرط صفت موضوعاً خارج از بحث ماده مزبور بوده و نه تنها باطل نمی‌شود بلکه به تبع مورد معامله به مالک اولیه باز می‌گردد. شرط نتیجه نیز به دلیل ماهیت ویژه‌ای که دارد به محض عقد محقق می‌شود و قابل اسقاط و بطلان نیست. در این میان صرفاً شرط فعل اعم از مثبت و منفی است که به موجب اقاله باطل می‌گردد ولیکن آثاری بر جای می‌گذارد که قابل تحلیل است.

کلیدواژه‌ها: اقاله، شروط ضمن عقد، شرط صفت، شرط فعل، شرط نتیجه، شرط به نفع شخص ثالث.

E-mail: Sm_h_saei@yahoo.com

۱. استادیار دانشگاه بین‌المللی امام خمینی^(ره)

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی و عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد واحد بوئین زهرا

E-mail: m.saqafi@hotmail.com

مقدمه

عقود لازم را نمی‌توان منحل کرد مگر در دو صورت: یکی با داشتن خيار و دیگری از طریق اقاله. هنگامی که عقد لازم از طریق اقاله منحل می‌شود، مورد معامله و عوض آن به وضعیت سابق خود و به مالکیت مالک قبل از عقد باز می‌گردد و این امری مسلم و مورد پذیرش تمامی فقها و حقوق‌دانان است. لیکن از آنجا که برخی عقود دارای شروط و تعهداتی ضمنی می‌باشند که علاوه بر تعهدات اصلی عقد مورد توافق متعاملین قرار می‌گیرند، نکته مبهم تکلیف این شروط و تعهدات پس از اقاله است. به عبارت دیگر، آیا می‌توان گفت پس از اقاله شروط ضمن عقد نیز همچون عقد زایل می‌شوند؟ آیا این حکم در تمامی شروط جاری است؟

قانون‌گذار به منظور تعیین تکلیف شروط ضمن عقد پس از اقاله معامله صرفاً به وضع یک ماده پرداخته است و در ماده ۲۴۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «در صورتی که معامله به واسطه اقاله یا فسخ به هم بخورد شرطی که در ضمن آن شده است باطل می‌شود و اگر کسی که ملزم به انجام آن شرط بوده است عمل به شرط کرده باشد می‌تواند عوض او را از مشروط‌له بگیرد.» همان‌گونه که مشاهده می‌شود این ماده به طور مبهم و بدون تعیین این موضوع که منظور از شرط کدام یک از شروط ضمن عقد است وضع شده است. لذا معین نیست که شرط مورد نظر این ماده شرط صفت است، فعل و یا نتیجه؟ و یا اینکه قانون‌گذار این حکم را برای تمامی شروط مذکور وضع نموده است؟ اگر چنین باشد آیا حکم مذکور با احکام اقاله و شروط ضمن عقد سازگار است یا خیر؟

در متون حقوقی و فقهی مسئله مذکور به صورت اجمالی بررسی شده، لیکن در برخی مواقع تکلیف روشنی معین نشده است. هم‌چنین برخی بدون توجه به ماهیت اقاله و شروط ضمن عقد به بررسی این مبحث پرداخته‌اند. از سوی دیگر، تکلیف شرط به نفع ثالث و امکان اسقاط یا استقرار آن پس از اقاله مشخص نشده است و این در حالی است که شرط مزبور به لحاظ ارتباط به حقوق اشخاصی غیر از متعاملین عقد، اهمیت ویژه‌ای دارد.

لذا مقاله مذکور به دنبال تبیین سرنوشت شروط ضمن عقد اعم از شرط صفت، فعل و نتیجه و هم‌چنین شرط به نفع ثالث به عنوان زیر مجموعه‌ای از شروط ضمن عقد است که با بررسی متون فقهی، نظریات فقها و حقوق‌دانان صورت می‌پذیرد. هم‌چنین، در مقاله حاضر سعی شده که با توجه به آثار اقاله که مربوط به آینده بوده و نسبت به گذشته اثری ندارد تعهدات و شروط ضمن

عقد بررسی شود، امری که به ظاهر توجه چندانی به آن نشده است.

۱. کلیات

«اقاله» در لغت به معنای «فسخ قرارداد یا معامله است» (سیاح، ۱۳۸۶: ذیل اقاله) و در اصطلاح «بهم زدن عقد لازم است به تراضی یکدیگر و آن را تفاسخ و تقایل نیز می‌نامند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۶۸). هم‌چنین، بیان شده اقاله فسخ عقد از دو طرف است، خواه به انشای مستقل و خواه انشای فسخ و قبول از یک طرف، یا درخواست از طرفی و انشای فسخ از سوی دیگری باشد (جمعی از نویسندگان، ۱۴۲۶، ج ۱ و ۲: ۵۹۸۵۹۹).

در باره ماهیت اقاله دو نظر موجود است. برخی اقاله را عقد یا بیع می‌دانند (طاهری، ۱۴۱۸، ج ۲: ۱۵۷) و در مقابل عده‌ای دیگر معتقدند اقاله فسخ حق متعاقدين است و بیع نمی‌باشد. از این رو اموری چون حق شفعه در اقاله جاری نیست (علامه حلی، بی‌تا، ج ۱: ۱۹۸). در فقه امامیه اکثر فقها با نظر دوم موافق بوده و حتی برخی معتقدند که در مورد نظر اخیر اجماع شده است (طبرسی، ۱۴۱۰، ج ۱: ۵۳۲). قانون مدنی ما نیز در ماده ۲۶۴^۱ از نظر دوم پیروی نموده و اقاله را یکی از راه‌های سقوط تعهدات معرفی می‌کند. اما تفاوت این روش با سایر طرق سقوط تعهد در این است که اقاله صرفاً وسیله‌ای برای قطع آثار تعهد و قرارداد نبوده، بلکه به تعهد و قرارداد لطمه‌ای وارد نمی‌سازد؛ زیرا با ایفاء تعهدات قبل از اقاله، تعهدات مذکور خاتمه می‌یابد و دیگر موردی برای اسقاط آنها نیست (شهیدی، الف ۱۳۸۶: ۱۱۲). به عبارت دیگر، زمانی که طرفین قصد خود را بر اقاله معامله اعلام می‌دارند، معامله منحل می‌گردد اما آثار آن نسبت به ما قبل باقی است. در نتیجه، اقاله اثر قهقرایی ندارد. ماده ۲۸۷ قانون مدنی نیز مؤید همین مطلب است:

نمات و منافع منفصله که از زمان عقد تا زمان اقاله در مورد معامله حادث می‌شود مال کسی است که به واسطه عقد مالک شده است ولی نمات متصله مال کسی است که در نتیجه اقاله مالک می‌شود.

اکنون با توجه به مطالب فوق و به خصوص این مطلب که اقاله اثر قهقرایی نداشته و آثار قبل از تحقق آن بر جای خود باقی می‌مانند، به تشریح و تحلیل شروط ضمن عقد، شرط صفت، فعل، نتیجه و شرط به نفع شخص ثالث و تأثیر اقاله بر این شروط می‌پردازیم.

۲. شرط صفت پس از اقاله

شرط صفت آن است که شرط کننده وجود صفتی را در مبيع شرط نماید که ایجاد این صفت برای مشروط‌علیه مقدور باشد (بجنوردی، ۱۴۰۱، ج ۲: ۴۱۸). ماده ۲۳۴ قانون مدنی در تعریف شرط صفت بیان می‌دارد: «... شرط صفت عبارت است از شرط راجعه به کیفیت یا کمیت مورد معامله.» در نتیجه، شرط صفت مربوط به صفتی از اوصاف مورد معامله است که این اوصاف یا مربوط به چگونگی معامله است (مانند رنگ مبيع یا نوع چوب آن) یا به کمیت و مقدار مربوط می‌شود (مانند مساحت زمین).^۲ قانون مدنی درباره سرنوشت شروط ضمن عقد پس از اقاله یا فسخ، حکمی کلی ارائه نموده و در ماده ۲۴۶ مقرر می‌دارد: «در صورتی که معامله به واسطه اقاله یا فسخ به هم بخورد شرطی که در ضمن آن شده باطل می‌شود» اما آیا این حکم کلی عام بوده و تمامی شروط ضمن عقد را شامل می‌شود؟ آیا شروط صفت، فعل و نتیجه با اقاله عقد باطل می‌گردند، یا ماده مذکور صرفاً وضعیت برخی شروط را مقرر کرده و برخی دیگر موضوعاً خارج از این ماده قرار می‌گیرند؟

همچنانکه در تعریف شرط صفت بیان شد، شرط صفت مربوط به اوصاف مورد معامله است؛ لذا وابسته به موصوف یعنی مورد معامله می‌باشد. بنابراین برای تعیین سرنوشت این شرط می‌بایست سرنوشت مورد معامله معین شود.

اقاله موجب می‌شود هریک از عوضین به مالک پیش از عقد بازگردد؛ از این رو بیان شده چون شرط صفت وجود مستقلی ندارد به تبع مورد معامله به مالک آن باز می‌گردد (شهیدی، ب ۱۳۸۶: ۱۳۰). اما اگر وصف شرط شده در زمان اقاله زایل شده باشد و زوال آن موجب عیب یا تلف بعض شود، عوض داده می‌شود (امامی، بی‌تا، ج ۱: ۲۹۵). برای مثال می‌توان گفت اگر یک فرش فروشی به شرط داشتن ۲۰۰۰ تخته فرش به فروش رسد و قبل از اقاله، در اثر آتش سوزی ۳۰۰ تخته فرش سوخته و تلف شود، هنگام اقاله خریدار می‌بایست مثل آن را به فروشنده برگرداند.

در نتیجه همان‌گونه که مورد معامله با اقاله از بین نمی‌رود بلکه صرفاً مالکیت آن تغییر می‌کند، شرط صفت نیز که وابسته به مورد معامله است از بین نرفته و باطل نمی‌شود، بلکه به تبع مورد معامله انتقال می‌یابد. بنابراین شرط صفت به دلیل خروج تخصصی^۳ مشمول حکم ماده ۲۴۶ نمی‌شود.

۳. شرط فعل پس از اقاله

شرط فعل آن است که در ضمن عقد انجام فعل یا ترک فعلی مادی یا حقوقی بر یکی از متعاقدين و یا شخص ثالث شرط شود (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲: ۴۲). از این رو شرط فعل را به مثبت (انجام فعل) و منفی (ترک فعل) تقسیم می کنند. در این مبحث می خواهیم تأثیر اقاله بر شرط فعل مثبت و منفی را بررسی نماییم. اینکه آیا اقاله موجب ابطال اعمال انجام شده در شرط فعل مثبت می شود یا اینکه تأثیر اقاله بر انجام شرط فعل منفی و ترک فعل و بعضاً خسارات وارد شده از این ترک فعل بر مشروط علیه چیست؟

۳-۱. شرط فعل مثبت

همان گونه که بیان شد در شرط فعل مثبت انجام دادن عملی شرط می شود که گاه این عمل مادی و گاه حقوقی است. هرگاه شرط فعل انجام یک عمل حقوقی باشد، شرط فعل مثبت حقوقی است؛ نظیر اینکه در ضمن عقد بیع شرط شود که خریدار اتومبیل خود را به بائع یا شخص ثالث هبه کند. در مقابل در شرط فعل مثبت مادی، انجام یک عمل مادی نظیر حمل کالا از مکانی به مکان دیگر، نقاشی ساختمان و یا تعمیر اتومبیل شرط می گردد.

چنانچه در ضمن عقد یکی از شروط فعل مثبت، اعم از مادی یا حقوقی، گنجانده شود، پس از اقاله عقد مذکور با توجه به نوع شرط و هم چنین با توجه به انجام یا عدم انجام شرط، آثار متفاوتی حکم فرماست که هریک به طور جداگانه بررسی می گردد.

اگر شرط ضمن عقد، شرط فعل مثبت مادی باشد و تا زمان اقاله ایفا نشده باشد، این تعهد و شرط در اثر اقاله ساقط می شود (امامی، بی تا، ج ۱: ۳۲۹). همچنین است اگر شرط انجام عمل حقوقی نظیر دادن ضمان و یا رهن برای ثمن یا مبیع باشد که در این صورت نیز به دلیل وابستگی این تعهدات به تعهد اصلی عقد، به تبع عقد زایل می شوند (امامی، بی تا، ج ۱: ۲۹۷). این امر نتیجه ای است که از ماده ۲۴۶ قانون مدنی حاصل می شود که در مبحث پیشین بیان شد و مطابق آن شرط ضمن عقد در اثر اقاله باطل می گردد.

اما اگر به شرط عمل شده باشد وضعیت چگونه است؟ فقها در مورد ایفای شرط فعل بیان می دارند که اگر در معامله شرط فعل مثبتی شده باشد مثل اینکه طرف مقابل پارچه ای را خیاطی کند، به دلیل اینکه اقاله موجب سقوط شرط می شود، خیاط در صورت عمل به شرط مستحق

اجرت است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۵: ۱۹۴). در قانون مدنی نیز از این نظر پیروی شده و در ادامه ماده ۲۴۶ آمده است: «... و اگر کسی که ملزم به انجام شرط بوده عمل به شرط کرده باشد، می تواند عوض او را از مشروطه بگیرد.»

نکته قابل ذکر این است که در ماده مزبور و همچنین در نظر فقها نوع اجرت مشخص نشده است. به این معنا که مشخص نشده عوض قابل مطالبه برای مشروط علیه اجرت المثل عمل است یا اجرت المسمی؟

برخی از حقوق دانان عوض مذکور در این ماده را اجرت المثل می دانند (امامی، بی تا، ج ۱: ۲۹۷؛ شهیدی، ۱۳۸۶، ۱۳۰). اما آیا می توان در تمام موارد متعهد را مستحق اجرت المثل دانست؟ آیا این حکم به تمام مصادیق قابل تسری است؟ آیا می توان خیاطی را که برای دوخت لباس درخواست اجرت مشخصی نموده و به تعهد خود نیز عمل کرده است وادار به دریافت اجرت المثل عمل خود نمود؟ به نظر می رسد پاسخ مثبت به سؤالات مذکور خالی از اشکال نباشد. اجرت المثل هنگامی عوض اقدام انجام شده است که در عقد اجرتی برای انجام آن عمل تعیین نشده باشد. به عبارت دیگر، حکم به دریافت اجرت المثل هنگامی عادلانه و منطقی است که مشروط علیه ایفای شرط را صرفاً برای انعقاد عقد پذیرفته باشد و عوض مجزایی برای انجام عمل معین نشده باشد. از این رو، اگر در عقد برای انجام شرط فعل، خواه مادی و خواه حقوقی، اجرت المسمی غیر از عوضین عقد مشخص شده باشد، مشروط علیه با ایفای آن شرط مستحق اجرت المسمی است؛ زیرا همان گونه که بیان شد اقاله اثر قهقراپی نداشته و آثار قبل از اقاله پس از آن نیز باقی می ماند.

از سوی دیگر، حقوق دانان در جایی به سقوط شرط فعل حکم می دهند که شرط تابعی از تعهد اصلی باشد و لذا اگر شرط مستقل و نیازمند تشریفات و شرایط خاصی باشد (مانند نکاح یا طلاق) که ضمن عقد شرط شده نمی توان به صرف اقاله حکم به سقوط این شروط نمود. زیرا همان گونه که برای عمل به این شروط تشریفات خاصی نیاز است، زوال آنان نیز نیازمند انجام تشریفات است (امامی، بی تا، ج ۱: ۲۹۷).

۲-۳. شرط فعل منفی

شرط فعل منفی شرطی است که به موجب آن مشروط علیه از انجام عملی مادی یا حقوقی منع می شود. برای مثال، در ضمن عقد بیع بر خریدار شرط می گردد که مبیع را تا ده سال اجاره ندهد

یا به شخص معینی نفروشد (شرط فعل منفی حقوقی) و یا از احداث دیوار جدیدی در جوار دیوار مشترک امتناع نماید (شرط فعل منفی مادی).

به منظور تحلیل تأثیر اقاله بر این شرط، در ابتدا، عدم ایفای شرط و ترک فعل و ضمانت اجرای آن و سپس انجام تعهد و ترک فعل و تأثیر اقاله بر این ایفای شرط را بررسی می‌کنیم. درباره ضمانت اجرای شرط فعل منفی یا ترک فعل دو نظر مطرح شده است: برخی معتقدند در جایی که ترک عملی بر مشروط‌علیه شرط شده و او برخلاف تعهد خود اقدام می‌کند؛ برای مثال خانه‌ای را که از اجاره آن منع شده اجاره می‌دهد، این اجاره باطل است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹: ۷۵-۷۸). اما برخی دیگر عدم رعایت شرط و نه بطلان عمل انجام شده را موجب ایجاد خیار فسخ برای مشروط‌له می‌دانند (حکیم، ۱۴۱۶، ج ۱۲: ۹۱-۹۰).

از ماده ۲۳۹ قانون مدنی چنین برداشت می‌شود که قانون‌گذار ضمانت اجرای دوم را پذیرفته است، زیرا در این ماده مقرر می‌دارد:

هرگاه اجبار مشروط‌علیه برای انجام فعل مشروط ممکن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت.

اگرچه به نظر می‌رسد این ماده درباره شرط فعل مثبت است و فعل منفی را شامل نمی‌شود، لیکن با توجه به ماده ۲۳۷ این قانون می‌توان گفت که حکم فوق درباره شرط فعل منفی نیز قابل اعمال است؛ چرا که ماده مزبور در مقام بیان ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل مثبت و منفی است:

هرگاه شرط در ضمن عقد شرط فعل باشد اثباتاً یا نفیاً کسی که ملتزم به انجام شرط شده است باید آن را به جا بیاورد و در صورت تخلف طرف معامله می‌تواند به حاکم رجوع نموده تقاضای اجبار به وفای شرط بنماید.

اما فارغ از صحت و سقم نظریات فوق، تحلیل این نظریات به دو فرض منتج می‌شود: اول اینکه اگر ضمانت اجرای اقدام انجام شده بطلان باشد، چون در زمان عقد حکم به بطلان آن نموده‌ایم پس از اقاله نیز این بطلان باقی است و اقاله موجب تنفیذ اقدام انجام شده و در مثال ما تنفیذ اجاره نمی‌شود؛ هر چند که با اقاله عقد، مانع اجاره که شرط ضمن عقد بوده برداشته می‌شود.

اما در فرض دوم اگر ضمانت اجرای تخلف مشروط‌علیه را تحقق حق فسخ برای مشروط‌له بدانیم، عدم استفاده از این حق، موجب استقرار اجاره بوده و چون اقاله ماهیتی متفاوت از حق فسخ دارد، پس از اقاله نیز اجاره باقی است. به عبارت دیگر، این ضمانت اجرا در دستان مشروط‌لهی بوده که از آن بهره‌مند نشده، در نتیجه ضمانت اجرا منتفی و اجاره یا هر اقدام دیگری که برخلاف شرط انجام شده صحیح است و اقاله صرفاً حقی را از بین می‌برد که ذی‌حق (مشروط‌له شرط فعل منفی) از آن منتفع نشده است.

اما در جایی که مشروط‌علیه پایبند شرط بوده و به آن عمل می‌نماید، برای مثال، اگر مشروط‌علیه در ضمن معامله یک قطعه زمین، از فروش ملک هم‌جوار زمین منع شده باشد و اتفاقاً این ممنوعیت در زمان رشد تصاعدی نرخ ملک باشد و مشروط‌علیه نیز به شرط عمل نموده و از فروش ملک خودداری نماید، آیا اگر پس از اقاله این نرخ رکود شدیدی نماید و مشروط‌علیه از این باب متحمل خسارت شود مطالبه خسارات وارده امکان‌پذیر نیست؟ آیا این موضوع چهره‌ای از عدم‌النفع یا تفویت منفعت نیست؟ آیا نمی‌توان به استناد ماده ۲۴۶ قانون مدنی و عوضی که برای مشروط‌علیه فعل مثبت در نظر گرفته شده، عوض یا خسارتی برای مشروط‌علیه شرط فعل منفی منظور داشت؟ در پاسخ باید گفت که در تمامی متون فقهی و حقوقی صحبت از عوض و اجرت انجام کار است و در هیچ یک برای ترک فعل و عدم انجام عمل اجرتی تعیین نکرده‌اند. لذا این مبحث را صرفاً می‌توان از باب خسارات ناشی از تفویت منفعت و عدم‌النفع دنبال کرد.

در راستای خسارات ناشی از عدم‌النفع و تفویت منفعت نظریات متعددی مطرح شده است. برخی معتقدند عدم‌النفع در دو فرض قابل تصور است: فرض اول، در نفعی است که قانون به تبع عین می‌شناسد و متعه‌له در اثر عدم انجام تعهد از آن محروم شده است و فرض دیگر منفعتی است که از عمل مورد تعهد نشأت می‌گیرد (شهیدی، ۱۳۸۶: ۲۵۷). ماده ۵۱۵ آیین دادرسی مدنی نیز مؤید این امر است.^۴

هم‌چنین برخی معتقدند تفویت منفعت با عدم‌النفع متفاوت بوده و «ناظر به محرومیت متعه‌له از منفعت مال معین است» (فصیحی زاده، ۱۳۹۰: ۲۶۲).

با مشاهده نظریات فوق در وهله اول به نظر می‌رسد که فرض مبحث ما در هیچ یک از مسائل مطرح در باب عدم‌النفع و یا حتی تفویت منفعت جای نمی‌گیرد؛ اما برخی دیگر نمونه عدم‌النفع یا تفویت منفعت را ممانعت صاحب مال از فروش مالش می‌دانند که پس از رفع ممانعت قیمت مال

مورد فروش تنزل می‌یابد. در این نظر بیان شده که رها کردن عامل بدون اینکه ضمانی بر او بار باشد نه تنها با عقل و منطق سازگار نیست بلکه عرفاً نیز معقول نمی‌باشد (سامت، ۱۳۷۷: ۵۸).

لازم است ذکر شود که اگر دلایل فوق و توسل به نهاد عدم‌النفع نیز برای مطالبه خسارات مشروط‌علیه قابل قبول نباشد این خسارات از باب تسبیب قابل مطالبه است؛ چرا که گنجاندن چنین شرطی از سوی مشروط‌له سبب ورود خسارت به مشروط‌علیه شده است. هم‌چنین، عادلانه نیست که قانون‌گذار در ماده ۲۴۶ برای مشروط‌علیهی که به شرط عمل کرده عوض و اجرت تعیین نماید، لیکن از خسارات وارده به متعهدی که به عهد و پیمان خود پایبند بوده چشم پوشی کند.

در نهایت، در جمع‌بندی این مبحث می‌توان نتیجه گرفت که شرط فعل، اعم از مثبت و منفی، با اقاله عقد زایل می‌شود، لیکن آثار این زوال متفاوت است. به این ترتیب که اگر مشروط‌علیه به شروط ضمن عقد پایبند بوده و به آن عمل کرده باشد مستحق اجرت - خواه اجرت المثل و خواه اجرت المسمی - است و هم‌چنین مستحق مطالبه خسارات ناشی از ترک فعل نیز می‌باشد و چنانچه به شروط مذکور اقدام نکرده باشد، این شروط ساقط می‌شوند.

۴. شرط نتیجه پس از اقاله

شرط نتیجه، اشتراط تحقق اثر یک عمل حقوقی در ضمن عقد است، اعم از آنکه عمل مزبور عقد باشد یا ایقاع، مانند شرط اختیار در ضمن عقد بیع (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲: ۴۱-۴۲) یا شرط تملیک صندوق جواهرات خانوادگی در ضمن فروش زمین بین اعضای یک خانواده. ماده ۲۳۴ قانون مدنی در تعریف این شرط بیان می‌دارد: «... شرط نتیجه آن است که تحقق امری در خارج شرط شود.» در فقه به این شرط، شرط غایت می‌گویند (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۲: ۱۲۷). این شرط نیازمند اقدامی از سوی متعهد و مشروط‌علیه نیست و به محض انعقاد عقد و به خودی خود محقق می‌شود. هم‌چنانکه در مثال‌های فوق به محض عقد بیع، مشروط‌له صاحب‌اختیار و به محض فروش زمین، مشروط‌له صاحب صندوقچه جواهرات می‌گردد.

حال با توجه به این تعاریف آیا شرط نتیجه به سبب اقاله از بین می‌رود؟ آیا پس از اقاله مشروط‌له مثال فوق به استرداد صندوقچه جواهرات ملزم می‌گردد؟

در نظری بیان شده با اقاله یا فسخ عقد، شرط نتیجه حاصل از معامله نیز به تبع معامله به حالت اول اعاده می‌شود. بنابراین اگر شرط نتیجه برای دین باشد با اقاله یا فسخ، ذمه مشروط‌له مجدداً

مشغول می‌شود (شهیدی، ب ۱۳۸۶: ۱۳۰). هم‌چنین در نظر دیگری آمده مطابق قواعد حاکم بر عقود، در صورت فسخ و اقاله، شرط ضمن عقد نیز باز می‌گردد مگر در مواردی که موضوع برای برگشت منتفی باشد (گلپایگانی، ۱۴۰۹، ج ۵: ۳۱۰). اما آیا این نظرات با ماهیت اقاله و شرط نتیجه هماهنگ است؟ مگر نه اینکه در شرط نتیجه عمل حقوقی به محض انعقاد عقد محقق می‌شود و اقاله اثر قهقرایی ندارد؟ پس چگونه می‌توان پذیرفت که اقاله در شرط نتیجه‌ای که به محض انعقاد عقد محقق شده تأثیر گذاشته و آن را به حالت اولیه بازگرداند؟ در پاسخ بیان شده که مطابق بخش اول ماده ۲۴۶، اگرچه شرط نتیجه به نفس اشتراط و وقوع عقد واقع می‌شود لیکن به دلیل اینکه تابع عقد است و اعتبار آن وابسته به اعتبار عقد می‌باشد، شرط نیز بی‌اعتبار می‌گردد (قاسم زاده، ۱۳۸۴: ۱۴۸). اما در واقع امر می‌بایست از ظاهر این ماده گذشت چرا که همان‌گونه که بیان شد اثر اقاله مربوط به آینده است و آثار آن به گذشته باز نمی‌گردد (قاسم زاده، ۱۳۸۴: ۱۴۸). هم‌چنین در راستای این نظر می‌گویند امکان انتفای شرط نتیجه در برخی موارد موجود است، لیکن این امر به اقاله باز نمی‌گردد بلکه به سبب انتفای موضوع شرط است. مانند هنگامی که ضمن عقد بیع زمین شرط شود، تابلوی نقاشی خریدار مال فروشنده باشد و سپس کشف شود که تابلوی مذکور پیش از آن به فرد دیگری فروخته شده است (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲: ۷۵). در اینجا خواه عقد بیع، اقاله شود و خواه نشود شرط نتیجه زایل می‌گردد چرا که از ابتدا به سبب تعلق موضوع آن به غیر قابل تحقق نبوده است.

بنابراین از آنجا که ماهیت شرط نتیجه با سایر شروط از قبیل شرط صفت و فعل متفاوت است نمی‌توان حکم ماده ۲۴۶ قانون مدنی را در مورد این شرط جاری نمود و خلاف این امر، مغایر ماهیت شرط نتیجه و اقاله می‌باشد.

۵. شرط به نفع ثالث پس از اقاله

اگرچه تعهد به نفع ثالث به طور مستقل از اقسام شروط ضمن عقد محسوب نمی‌شود و خود زیر مجموعه این شروط است - به این ترتیب که گاه به شکل شرط فعل و گاه شرط نتیجه محقق می‌شود - لیکن به دلیل اهمیت و ویژگی خاص این شرط که ارتباط آن با حقوق شخص ثالثی غیر از طرفین عقد است، به صورت جداگانه بررسی می‌شود.

۱-۵. تعهد به نفع ثالث

در فقه امامیه نهادی با عنوان تعهد به نفع ثالث به صورت مجزا شناسایی نشده است، اما بسیاری از فقها با تمسک به آیات «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده: ۱) و «... إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ...» (نساء: ۲۹) هر عقدی را که مخالف شرع و اخلاق نباشد معتبر دانسته‌اند (حکیم، ۱۴۱۶، ج ۱۲: ۱۶۸-۱۶۷؛ نراقی، ۱۴۱۷: ۵) و همچنین به استناد حدیث نبوی «المؤمنون عند شروطهم» اصل آزادی در شروط ضمن عقد را پذیرفته‌اند (مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۲۷۶-۲۷۵). نمونه‌ای از این نوع تعهد را نیز می‌توان در عقود نظیر هبه، صلح و وصیت مشاهده کرد که در آنها بر منتقل‌آلیه شرط می‌شود که مبلغی را به عنوان نفقه به شخص ثالث بپردازد (امامی، بی‌تا، ج ۱: ۲۵۷).

این تعهد در ماده ۱۹۶ قانون مدنی نیز شناسایی شده است^۵ و نمونه آن نیز در مواد ۷۶۸ و ۷۷۷ این قانون بیان شده است.^۶

اما شرط به نفع ثالث نهاد پیچیده‌ای است که مناقشات فراوانی را موجب شده است. عده‌ای معتقدند پس از قرارداد این شرط حقی برای ثالث ایجاد می‌شود بدون اینکه نیازمند قبولی او باشد. در نتیجه ثالث می‌تواند برای مطالبه حق خود بر مشروط‌علیه اقامه دعوی نماید (امامی، بی‌تا، ج ۱: ۲۵۷). اما بسیاری از فقها بر لزوم تراضی در تملیکات استناد نموده‌اند: «الغالب فی التملیکات تراضی اثنین و قد یکفی الواحد فی مواضع» (شهید اول، بی‌تا، ج ۱: ۳۵۰) و به استناد این قاعده در تملیک و تملک اموال دو شخص اراده هر دو آنان را لازم می‌دانند؛ به این معنا که هم کسی که مال از مالکیت او خارج می‌شود و هم کسی که مال به ملکیت او در می‌آید می‌بایست راضی باشند و این تملیک و تملک را اراده نمایند. هم‌چنین بر اساس اصل نسبی بودن قراردادها «لا یدخل فی ملک انسان شیء قهراً الا الارث و الوصیه للحمل» معتقدند اصولاً نمی‌توان بدون رضای کسی و به صورت قهری مالی را وارد مالکیت او نمود مگر در موارد استثنایی نظیر ارث و وصیت برای حمل. در نتیجه، مطابق مبانی بیان شده بسیاری از فقها تملیک مال به ثالث را بدون رضای او باطل می‌دانند (سیوری حلی، ۱۴۰۳: ۳۴۵).

اکثر حقوق‌دانان نیز به تبع فقها تحقق تعهد به نفع ثالث را منوط به دخالت مستقیم یا غیر مستقیم اشخاص ثالث می‌دانند. به این معنا که معتقدند علاوه بر توافق متعاقدين، قبولی ثالث منتفع نیز ضروری است (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۵۸۴-۵۸۰).

اما چنانچه تحقق اثر عقد را موکول به رضایت شخص ثالث نماییم، نتیجه این می‌شود که در

صورت فوت یا حجر ثالث قبل از قبولی، توافق متعاملین و قرارداد آنها بی اثر گردد (محمدی، ۱۳۸۸: ۲۷۴). لذا برای حل این معضل نظریه‌ای تحت عنوان تعهد مستقیم ناشی از قرارداد مطرح شده که حق ثالث را مستقیماً ناشی از قرارداد و بدون نیاز به قبولی او مؤثر می‌داند که به نظر می‌رسد این دیدگاه با مقتضیات جامعه و به‌خصوص در قراردادهایی نظیر بیمه سازگارتر است (محمدی، ۱۳۸۸: ۲۸۵-۲۸۴).

۲-۵. تأثیر اقاله بر تعهد به نفع ثالث

فایده مبحث لزوم قبول شخص ثالث در تعهد به نفع او در این است که برخی با توجه به نظریه عدم لزوم قبولی ثالث، رد و قبول او را بی تأثیر دانسته و معتقدند به دلیل اینکه اراده ثالث نقشی در شرط به نفع او ندارد و صرفاً اراده متعاقدين، در عقد و شرایط ضمن آن مؤثر است، با اقاله عقد به اراده متعاقدين، عقد و به تبع آن شرط به نفع ثالث از بین می‌رود (امامی، بی تا، ج ۱: ۲۵۷). هم‌چنین برخی فقها معتقدند که در چنین شرطی حق مستقل برای ثالث ایجاد نشده و حق او تابع شرط است و در نتیجه طرفین قرارداد می‌توانند این شرط را اسقاط نمایند (مافی، کاویار، ۱۳۸۷: ۲۰۴).

در مقابل برخی دیگر معتقدند اگرچه حق ثالث را طرفین عقد به وجود می‌آورند، لیکن اختیار ایجاد آن به معنای اختیار در اسقاط آن نیست، همچنانکه در فقه هم بیان می‌شود: «لکل ذیحق اسقاط حقه» (طاهری، ۱۴۱۸، ج ۲: ۱۰۴). بنابراین اسقاط حق صرفاً برای ثالث است و هیچ یک از طرفین عقد نمی‌توانند حق ایجاد شده را حتی از طریق اقاله پیمان اصلی از بین ببرند (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۸۴).

در تقویت نظر اخیر می‌توان گفت در فقه نیز هنگامی که بحث حقوق اشخاص ثالث مطرح می‌شود، فقها با احتیاط اقدام می‌کنند و برای مثال در بطلان حواله هنگام اقاله بیع زمانی که برای ثمن مبیع حواله داده شده، چون حق غیر متعاقدين در حواله مطرح است اقاله یا فسخ را سبب بطلان حواله نمی‌دانند (محقق ثانی، ۱۴۱۴، ج ۵: ۳۷۱؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۶: ۱۸۴).

از سوی دیگر، حتی اگر حق مستقلی نیز برای ثالث قائل نشویم چنانچه این حق به شکل شرط نتیجه ایجاد شود، با توجه به مباحث شرط نتیجه با اقاله عقد از بین نمی‌رود. برای مثال، اگر در ضمن عقد صلح شرط شود که اتومبیل یک طرف برای برادر دیگری باشد با اقاله صلح، اتومبیل به مالک سابق مسترد نمی‌شود. اما اگر به صورت شرط فعل باشد و برای نمونه پرداخت نفقه به

شخص ثالث، تا هنگامی که عقد مستقر بوده، نفقه پرداخت شده صحیح و مشروطاً علیه می‌تواند مطابق بخش دوم ماده ۲۴۶ نفقه پرداخت شده را مطالبه نماید و پس از اقاله اگر حق مستقلی برای ثالث قائل نشویم، نفقه ساقط می‌شود.

نتیجه‌گیری

ماهیت اقاله عقد با بطلان آن متفاوت است و اگرچه هر دو سبب انحلال عقد می‌شوند، لیکن نکته قابل توجه این است که اثر بطلان به ابتدای عقد بازگشته و به عبارت دیگر، بطلان اثر قهقریایی دارد ولیکن اثر اقاله مربوط به آینده است. در نتیجه سرنوشت شروط ضمن عقد نیز در بطلان و اقاله متفاوت است. لذا مباحث مطرح شده در باب سرنوشت شروط ضمن عقد در برخی موارد مباحثی جدید و گاه مغایر با نظریات برخی فقها و حقوق‌دانان می‌نماید؛ لیکن این نظریات با توجه به قوانین و قواعد حاکم بر شروط ضمن عقد و اقاله بوده و کلامی مغایر قانون مطرح نشده است و چنانچه مغایرتی مشاهده می‌شود به دلیل خلط آثار اقاله و بطلان از سوی برخی نظریه‌پردازان است. از سوی دیگر، ممکن است نظریات مطرح شده در برخی موارد نظیر بقای شرط نتیجه برای مشروط‌له در حالی که مبنای شرط، یعنی عقد از بین رفته، ناعادلانه جلوه کند، اما این امر را نمی‌توان با نادیده گرفتن احکام و قوانین و قواعد پذیرفته شده اصلاح نمود. به عبارت دیگر، شرط نتیجه‌ای را که تحقق آن خارج از اختیار طرفین عقد است نمی‌توان با اراده آنان ساقط کرد، اگرچه از این باب مشروط‌علیه متحمل خسارت شود. اگر در ایراد به این نظر نیز بیان شود که شرط وابسته به عقد است و با انحلال عقد شرط نیز منحل می‌شود، باید پاسخ داد که شرط وابسته به عقد بوده و در زمان وجود و تحقق عقد اثر کرده و محقق شده و بنابراین این انحلال که با توجه به ماهیت اقاله به گذشته باز نمی‌گردد نمی‌تواند موجود محقق شده را از بین ببرد. لذا برای جبران بی‌عدالتی که در حق مشروط‌علیه می‌شود باید به دنبال راه حل قانونی بود.

در نتیجه برای تبیین سرنوشت شروط ضمن عقد پس از اقاله نباید ماهیت و احکام اقاله و شروط مذکور را نادیده گرفت یا تغییر داد. لذا در نهایت نتیجه می‌شود که با اقاله عقد، شرط صفت باطل نشده و از حکم ماده ۲۴۶ قانون مدنی تخصصاً خارج است. زیرا این شرط وابسته به موضوع و مورد عقد بوده و همچنانکه مورد عقد باطل نمی‌شود بلکه به ملکیت مالک قبلی خود باز می‌گردد شرط صفت نیز باطل نشده و همراه و تابع مورد معامله منتقل می‌گردد. هم‌چنین شرط

نتیجه نیز که با انعقاد عقد محقق شده به صرف اقاله از بین نمی‌رود و سقوط آن نیازمند اسباب دیگری است. لذا در بین شروط بیان شده اعم از صفت و فعل و نتیجه تنها شرط فعل است که، خواه مثبت و خواه منفی، مشمول حکم ماده ۲۴۶ گشته و اقاله از موجبات بطلان آن است. از این رو متضمن آثاری از جمله پرداخت اجرت المسمی در صورت تعیین آن در عقد و اجرت المثل در صورت عدم تعیین بوده و هم‌چنین می‌تواند از اسباب مطالبه خسارات ناشی از ترک فعل و عمل به شرط باشد. از سوی دیگر، شرط به نفع ثالث به لحاظ دخالت حقوق ثالث اهمیت ویژه‌ای دارد که عدم تأثیر اقاله در موجودیت آن عادلانه‌تر است. لذا اگر بقای شرط به نفع ثالث را نیز در ید اراده متعاقدين بدانیم، این امر صرفاً در جایی ممکن است که شرط به صورت نتیجه محقق نشده باشد که در این صورت همچون شرط نتیجه قابل اسقاط و یا بطلان نیست.

پی‌نوشت‌ها

۱. ماده ۲۶۴ قانون مدنی: «تعهدات به یکی از طرق ذیل ساقط می‌شود: ۲... به وسیله اقاله ...».
۲. ماده ۳۵۵ قانون مدنی: «اگر ملکی به شرط داشتن مساحت معین فروخته شده باشد ...».
۳. خروج تخصصی: از اصطلاحات علم اصول فقه و به معنای خروج حقیقی چیزی از موضوع دلیل است. مانند خروج زید جاهل از دلیل وجوب اکرام عالمان و سرکه از موضوع دلیل حرمت شراب (ر.ک: به جمعی از نویسندگان ۱۴۲۶، ج ۲: ۳۹۱).
۴. ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی: «خواهان حق دارد ضمن تقدیم دادخواست یا در اثنای دادرسی و یا به طور مستقل، جبران خسارات ناشی از دادرسی یا تأخیر انجام تعهد یا عدم انجام آن را که به علت تقصیر خوانده نسبت به ادای حق یا امتناع از آن به وی وارد شده یا خواهد شد، هم‌چنین اجرت المثل را به لحاظ عدم تسلیم خواسته یا تأخیر تسلیم آن از باب اتلاف و تسبیب از خوانده مطالبه نماید...».
۵. ماده ۱۹۶ قانون مدنی: «...ممکن است در ضمن معامله که شخص برای خود می‌کند تعهدی هم به نفع شخص ثالثی بنماید.»
۶. ماده ۷۶۸ قانون مدنی: «در عقد صلح ممکن است احد طرفین در عوض مال‌الصلحی که می‌گیرد متعهد شود که نفقه معینی همه ساله یا همه ماهه تا مدت معین تأدیه کند. این تعهد ممکن است به نفع طرفین مصالحه یا به نفع شخص یا اشخاص ثالث واقع شود.»
- ماده ۷۷۷ قانون مدنی: «...در ضمن عقد رهن یا به موجب عقد علیحده ممکن است راهن مرتهن را

وکیل کند و نیز ممکن است قرار دهد و کالت مزبور بعد از فوت مرتهن با ورثه او باشد و بالاخره ممکن است که وکالت به شخص ثالث داده شود.»

منابع

- قرآن کریم
- امامی، سید حسن. (بی تا) حقوق مدنی، تهران: انتشارات اسلامی.
- بجنوردی، سید محمد بن حسن. (۱۴۰۱ق.). قواعد فقهیه، تهران: مؤسسه عروج، چاپ سوم.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۸۸) مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ چهارم.
- جمعی از نویسندگان، زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی. (۱۴۲۶ق.). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (ع)، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، چاپ اول.
- حکیم، سید محسن طباطبایی. (۱۴۱۶ق.). مستمسک العروة الوثقی، قم: مؤسسه دارالتفسیر، چاپ اول.
- سامت، محمد علی. (۱۳۷۷) «فوت منفعت یا عدم النفع» در حقوق ایران و اسلام، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۴۲.
- سیاح، احمد. (۱۳۸۶) ترجمه المنجد الابیجدی، تهران: انتشارات فرحان، چاپ سوم.
- سیوری حلی، مقداد بن عبدالله. (۱۴۰۳ق.). نضد القواعد الفقهیه علی مذهب الامامیه، قم: انتشارات کتابخانه آیت مرعشی نجفی (د)، چاپ اول.
- شهید اول، محمد بن مکی عاملی. (بی تا) القواعد و الفوائد، قم: کتابفروشی مفید، چاپ اول.
- شهیدی، مهدی. (۱۳۸۶) آثار قراردادها و تعهدات، تهران: انتشارات مجد، چاپ سوم.
- _____. (۱۳۸۶) شروط ضمن عقد، تهران: انتشارات مجد، چاپ هشتم.
- _____. (۱۳۸۶) سقوط تعهدات، تهران: انتشارات مجد، چاپ اول.
- طاهری، حبیب الله. (۱۴۱۸ق.). حقوق مدنی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۱۹ق.). العروة الوثقی فیما تعم به البلوی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول.
- _____. (۱۴۱۵ق.). سؤال و جواب، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ اول.

- طبرسی، فضل بن حسن. (۱۴۱۰ق.) *المؤتلف من المختلف بین ائمة السلف*، مشهد: مجمع البحوث الاسلامیه، چاپ اول.
- علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (بی تا) *تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه*، مشهد: مؤسسه آل البیت^(ع)، چاپ اول.
- فصیحی زاده، علیرضا. (۱۳۹۰) «تفویت منفعت و مبانی ضمان آوری آن»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، دوره ۴۱، شماره ۳.
- قاسم زاده، سید مرتضی. (۱۳۸۴) «بازتاب حکومت اراده در قالب شرط نتیجه»، *فصلنامه در دیدگاه های حقوقی*، شماره ۳۴-۳۵.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۵) *اعمال حقوقی*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ یازدهم.
- گلپایگانی، سید محمد رضا موسوی. (۱۴۰۹ق.) *مجمع المسائل*، قم: دارالقرآن الکریم، چاپ دوم.
- مافی، همایون و حسین کاویار. (۱۳۸۷) «تأملی فقهی حقوقی در تعهد به نفع شخص ثالث»، *ادبیات و علوم انسانی (دانشگاه شهرکرد)*، شماره ۱۰ و ۱۱.
- محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۸۸) *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ اول.
- _____. (۱۴۰۶ق.) *قواعد فقه*، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوازدهم.
- محقق ثانی، علی بن حسین عاملی. (۱۴۱۴ق.) *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم: مؤسسه آل البیت^(ع)، چاپ دوم.
- محمدی، سام. (۱۳۸۸) «ماهیت حقوقی تعهد به نفع شخص ثالث»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، دوره ۳۹، شماره ۱.
- مراغی، سید میر عبدالفتاح بن علی حسینی. (۱۴۱۷ق.) *العناوین الفقهیه*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول.
- نائینی، میرزا محمدحسین غروی. (۱۳۷۳) *منیة الطالب فی حاشیة المکاسب*، تهران: المکتبه المحمدیه، چاپ اول.
- نجفی، محمد حسن. (۱۴۰۴ق.) *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، لبنان - بیروت: دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم.
- نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی. (۱۴۱۷ق.) *عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام*، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول.

بازفروش کالا در کنوانسیون بیع بین‌المللی و امکان توجیه آن بر اساس تقاص در فقه و حقوق ایران

الهام شریعتی نجف آبادی^۱

عباس کریمی^۲

چکیده: بازفروش کالا، موضوع ماده ۸۸ کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین‌المللی کالا، اقدامی است غیر قضایی و استثنایی که بدون نیاز به فسخ معامله پیشین علاوه بر جلوگیری از ورود خسارت، راه حلی برای برون رفت از حالت بلاتکلیفی به شمار می‌آید. هدف از این مقاله بررسی امکان توجیه این اقدام براساس حقوق ایران است. نگارنده با به کاربردن روش تحلیلی، توصیفی و تطبیقی، ضمن شناخت بازفروش در کنوانسیون، نهادهای مشابه در فقه و حقوق ایران را مورد بررسی قرار داده است. «تقاص» از جمله مواردی است که امکان توجیه بازفروش بر مبنای آن وجود دارد.

کلیدواژه‌ها: بازفروش، کنوانسیون بیع بین‌المللی، فسخ، تقاص، مدیون.

مقدمه

در عقد بیع، امتناع از ایفای تعهدات از سوی متعهد و ایراد ضرر به متعهدله، مسئله شایعی است. به همین دلیل نظام‌های حقوقی مختلف در صدد وضع مقرراتی جهت حفظ منافع متعهدله برآمده‌اند. این مسئله در کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین‌المللی کالا، مورخ ۱۹۸۰ وین نیز مورد توجه قرار گرفته و بازفروش کالا که موضوع ماده ۸۸ کنوانسیون بیع بین‌المللی

E-mail:shariatelham4@gmail.com

E-mail:Abkarimi@ut.ac.ir

۱. استادیار دانشگاه الزهرا (س)

۲. استاد دانشگاه تهران

است، یکی از ضمانت‌های اجرایی است که بدون نیاز به فسخ معامله، جهت حفظ و حمایت از حقوق متعهدله به کار می‌رود.

اهمیت این موضوع زمانی روشن می‌شود که در یک قرارداد تجاری، یکی از متعاملین، ایرانی بوده و طرف دیگر از اتباع کشوری باشد که یا دولت متبوع وی به کنوانسیون بیع بین‌المللی ملحق شده یا اینکه خود شخص معامله‌گر، مقررات کنوانسیون را بر قرارداد حاکم بداند. بنابراین لازم است تجار و شرکت‌های بازرگانی ایرانی که با چنین اتباعی طرف معامله واقع می‌شوند از مقررات کنوانسیون مطلع گردند. از سوی دیگر، شناخت دقیق مقررات این کنوانسیون لازمه تصمیم‌گیری دولت ایران برای الحاق به کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین‌المللی ۱۹۸۰ وین است و همین امر موجب اهمیت بیش از پیش موضوع این مقاله می‌گردد.

کتاب‌ها و مقالاتی در زمینه این موضوع نگاشته شده اما در هیچ یک امکان توجیه بازر فروش در حقوق ایران مشاهده نمی‌شود. هدف از این مقاله ضمن بررسی ماده ۸۸ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، مقایسه بازر فروش و بررسی امکان توجیه آن براساس نهادهایی نظیر تقاص در فقه و حقوق ایران است. البته نهادهای دیگری همچون اداره مال غیر، خیار تأخیر ثمن و خیار مایفسد لیومه نیز به عنوان مواردی که امکان توجیه بازر فروش را در حقوق ایران فراهم می‌کند مطرح شده که طرح و پرداختن به آن تحقیق مستقلی را می‌طلبد.

مبحث اول: شناخت بازر فروش در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا

۱. مفهوم بازر فروش

ماده ۸۸ کنوانسیون مقرر می‌دارد:

۱. طرفی که طبق مواد ۸۵ یا ۸۶ کنوانسیون، ملزم به محافظت از کالا است، در صورت تأخیر غیرمتعارف طرف مقابل نسبت به تصرف یا پس دادن کالا یا پرداخت ثمن کالا و یا پرداخت هزینه‌های محافظت از آن، می‌تواند کالا را به هر طریق مناسبی به فروش رساند، مشروط بر اینکه اخطار متعارفی مبنی بر قصد فروش به طرف دیگر داده باشد.

۲. در صورتی که کالا در معرض فساد سریع بوده یا محافظت از آن مستلزم هزینه

غیرمتعارفی باشد، طرفی که طبق مواد ۸۵ یا ۸۶ وظیفه حفظ کالا را دارد، باید جهت فروش آن کالا، اقدام متعارفی انجام دهد. وی در صورت امکان لازم است اختطاری مبنی بر قصد فروش به طرف دیگر بدهد.

۳. طرفی که کالا را می‌فروشد، حق دارد از محل فروش کالا، مبلغی معادل هزینه‌های متعارف محافظت از کالا و فروش آن برای خود نگه دارد. وی وظیفه دارد حساب باقیمانده را به طرف مقابل بدهد.

این ماده هر چند متضمن واژه «Resale» نمی‌باشد، لیکن به تفصیل به توضیح بازفروش و ارکان تحقق آن، تشریفات، بازفروش امتیازی و الزامی و وضعیت سود حاصل از بازفروش پرداخته است. این ماده حاوی نکات قابل توجهی در خصوص بازفروش است:

نکته اول: بازفروش گاهی به عنوان یک حق و گاهی به منزله یک تکلیف قلمداد می‌شود. عبارت «طرف ملزم به محافظت از کالا، می‌تواند کالا را به هر طریق مناسبی به فروش رساند» که در بند ۱ ماده ۸۸ آمده، ناظر به حق بودن بازفروش است؛ یعنی مواردی که بازفروش به عنوان امتیاز به فرد داده می‌شود.

عبارت «طرف ملزم به محافظت از کالا باید جهت فروش آن کالا اقدام متعارفی انجام دهد» که در بند ۲ این ماده آمده، اشاره به مواردی دارد که بازفروش به عنوان یک تکلیف تلقی می‌شود.

نکته دوم: اطلاق عبارت «طرف ملزم به محافظت از کالا طبق ماده ۸۵ یا ۸۶ کنوانسیون» شامل فروشنده و خریدار هر دو می‌گردد. مثلاً در فرضی که کالا در دست فروشنده است و خریدار از پرداخت ثمن قصور کرده، فروشنده حق بازفروش دارد و در صورتی که کالا فاسدشدنی بوده یا متضمن هزینه‌های غیر متعارف است، تکلیف به بازفروش بر عهده وی خواهد آمد. در فرضی هم که خریدار کالایی را دریافت کرده و حق رد آن کالا را دارد، حق یا تکلیف به بازفروش برای وی نیز قابل تصور است. بر همین اساس حتی می‌توان بازفروش را به «بازفروش در معنای اعم» شامل بازفروش از سوی فروشنده و خریدار، و «بازفروش در معنای اخص» که تنها شامل بازفروش از سوی فروشنده است، تقسیم کرد.

نکته سوم: ارکان ایجاد حق بازفروش عبارتند از: «تأخیر غیرمتعارف خریدار در تصرف کالا»، «تأخیر غیرمتعارف خریدار در پرداخت ثمن»، «تأخیر غیرمتعارف فروشنده در بازپس گیری کالا»

و «تأخیر غیرمتعارف خریدار یا فروشنده در پرداخت هزینه‌های محافظت از کالا».

نکته چهارم: مؤلفه‌های تحقق تکلیف به بازفروش عبارت است از: «فساد سریع کالا» و «متضمن بودن هزینه‌های غیرمتعارف در نگهداری کالا».

نکته پنجم: بازفروش در مواردی که به عنوان امتیاز یا حق می‌باشد مشروط است بر رعایت تشریفاتی همچون اعلام قصد بازفروش به طرف مقابل.

نکته ششم: در صورتی که بازفروش به عنوان یک تکلیف بر عهده طرفی از قرارداد گذاشته شود باید حتی الامکان به طرف مقابل اعلام شود.

نکته هفتم: هرچند صدر این ماده اطلاق داشته و مقید به انحلال یا فسخ قرارداد نشده، هم‌چنین وضعیت‌های انتقال و عدم انتقال مالکیت کالا به مشتری را در بر می‌گیرد، اما بر اساس ذیل بند ۳ این ماده، وضعیت انتقال مالکیت به خریدار یا مشتری اول تقویت می‌شود، بنابراین می‌توان گفت ماده ۸۸ کنوانسیون مبتنی بر فسخ قرارداد نیست.

نکته هشتم: در این ماده، صرفاً از کلمه «Sell» استفاده شده است. به همین علت برخی از مفسرین کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، عملی را که شخص محافظت کننده از کالا به استناد ماده ۸۸ کنوانسیون انجام می‌دهد، «Self-help Sale» نامیده‌اند (Schlechtriem, 1998: 679). این اصطلاح برای حق بازفروش به کار رفته و در مقابل، تکلیف به بازفروش تحت عنوان «فروش اضطراری» مطرح شده است. «Self-help» در اصطلاح حقوق به معنی تقاص می‌باشد. برخی تقاص را راه حل قضایی اضافی و فوق‌العاده‌ای می‌دانند که مالک می‌تواند به واسطه آن مثلاً شخص متجاوز را با استفاده از نیروی منطقی در آن شرایط بیرون کند (گلکاریان و دیگران، ۱۳۸۴: ۵۳۳). البته معنای لغوی این عبارت «خودداری، خودیاریگری، خودیاریگر و خودیار» می‌باشد (جعفری، ۱۳۸۵: ۸۱۳).

با این توضیحات می‌توان اصطلاح «Self-help Sale» را به «فروش تقاص گونه» معنا کرد. در بسیاری از تفاسیر حقوق بیع بین‌المللی، عنوان این عمل، «Resale» می‌باشد (Honnold, 1999: 609; Schwenger and Fountoulakis, 2007: 238). برخی از محققان نیز از هر دو اصطلاح استفاده کرده‌اند (Dimatteo, 2005: 162). در برخی از تفاسیر بازفروش به منزله راهی برای خاتمه بی تکلیفی قلمداد شده است (Honnold, 1999: 238; Schwenger and Fountoulakis, 2007: 607).

تأکید این نکته نیز ضروری است که «Self-help Sale» یا «Resale» ارتباط تنگاتنگی با وظیفه محافظت از کالا، موضوع مواد ۸۵ و ۸۶ کنوانسیون دارد.

براساس مطالب عنوان شده می‌توانیم بازفروش را در اصطلاح کنوانسیون چنین تعریف کنیم: «فروش دوبارهٔ مبیع به خریدار دیگر». مثلاً در فرضی که فروشنده وظیفهٔ محافظت از کالا را بر عهده داشته و به موجب تأخیر غیرمتعارف خریدار در پرداخت ثمن، حق بازفروش کالا را پیدا می‌کند، اگر کالا را به خریدار دیگری بفروشد، بازفروش را تحقق بخشیده است. در چنین فرضی بازفروش سه طرف دارد: ۱- فروشنده؛ ۲- خریدار اول؛ ۳- خریدار دوم.

۲. مبنای بازفروش

در برخی از سیستم‌های حقوقی، نظیر حقوق کشور فرانسه، مبنای بازفروش کالا، بر انحلال قرارداد و یا به تعبیری فسخ معامله استوار است. شاهد در این زمینه عدم نیاز به ارسال اخطار بازفروش به طرف دیگر معامله است که این امر نشانهٔ این است که بدون مراجعه به دادگاه، قرارداد فسخ و منحل شده می‌باشد و حتی اگر عرف تجاری اقتضای ارسال اخطار را بنماید، باز هم می‌توان این اخطار را به منزلهٔ اعلام فسخ به شمار آورد. عدم تکلیف به بازگرداندن مابقی حساب بازفروش به طرف مقابل این نظریه را تقویت می‌کند. طبق قانون فرانسه، ثمن حاصل از بازفروش، حتی اگر بیش از قیمت قرارداد و مخارج و هزینه‌های وارده باشد، باز هم متعلق به بازفروش‌کننده کالا است و او وظیفه‌ای نسبت به بازگرداندن مابقی آن به مشتری ندارد. دلیل این امر، انحلال قرارداد است. بنابراین باز فروش‌کننده، کالا را به عنوان مالک مال، به شخص ثالث فروخته است. البته در صورتی که بهای بازفروش کمتر از قیمت قرارداد باشد، بازفروش‌کننده حق مطالبه مابه‌التفاوت را به عنوان خسارت دارد. چنین روشی در حقوق فرانسه «ارزیابی عینی» نام داشته و روشی برای تعیین خسارت به شمار می‌رود (Treitel, 1991, VII:41).

در حقوق انگلیس هم می‌توان مبنای بازفروش را بر اساس انحلال عقد توجیه کرد. بر اساس قوانین انگلستان، اگر فروشنده کالای فروخته شده را به شخص دیگری بازفروش کند، گویا مال خود را که مجدداً به او بازگشته است به شخص ثالث منتقل نموده است.

برخی از حقوق‌دانان انگلیسی در این زمینه معتقدند که حتی اگر مالکیت مال مثلاً به شخص «ب»، به عنوان خریدار اول، منتقل شده باشد، در صورتی که فروشنده، شخص «الف»، آن کالا را

بازفروش کند، چنین عملی نشان دهنده انحلال یا فسخ قرارداد سابق و بازگشت مالکیت به فروشنده و سپس انتقال به خریدار جدید، یعنی شخص «ج» است (Guest, 1997:805; Macintyre, 2001: 302-303). به عبارت دیگر، بایع فروش اول را منحل یا فسخ نموده و سپس آن را به دیگری فروخته است.

بر این اساس، بازفروش در واقع، یک فروش جدید است و طرفین آن عبارتند از:

۱- فروشنده یا شخص «الف»؛

۲- خریدار جدید یا شخص «ج».

حال آنکه در بازفروش، موضوع مقررات کنوانسیون، حداقل به سه طرف نیاز است:

۱- بایع؛

۲- خریدار اول؛

۳- خریدار جدید.

لذا می‌توان گفت بر اساس این مبنا، مسامحه‌ای در به کار بردن بازفروش وجود دارد. زیرا پیش‌تر دانستیم که بازفروش در اصطلاح کنوانسیون به عملی اطلاق می‌شود که علی‌رغم انتقال مالکیت به خریدار نخست و بدون اینکه قرارداد فسخ شده باشد، کالا توسط محافظت‌کننده که ممکن است فروشنده یا خریدار باشد، مجدداً به شخص دیگری فروخته شود. با این توضیح، نقش آفرینی سه نفر در بازفروش روشن می‌گردد که عبارتند از: «فروشنده»، «خریدار اول» و «خریدار دوم یا خریدار جدید». البته بهتر است به اعتبار اینکه باز فروش کننده ممکن است فروشنده یا خریدار باشد، این اشخاص را تحت نام‌های «بازفروش کننده»، «خریدار اول» و «خریدار دوم» بشناسیم. اما در صورتی که مبنای بازفروش انحلال یا فسخ باشد، فروشی که پس از فسخ یا انحلال صورت می‌گیرد، یک بیع جدید است که طرفین آن فروشنده و خریدار می‌باشد.

نظریه نمایندگی به عنوان یکی از مباهای بازفروش در حقوق برخی از کشورها مطرح شده است. به طور مثال، در یک قرارداد و در صورت وجود برخی شرایط، فروشنده به عنوان نماینده خریدار اقدام به فروش کالای مورد معامله به شخص ثالث می‌نماید. برخی از قضات دادگاه‌ها نیز این نظریه را پذیرفته‌اند (صفایی، ۱۳۷۵: ۴۵۱). ایرادی که این نظریه دارد این است که چنین مبنایی فقط هنگامی درست است که پیش از بازفروش، مال مورد معامله به خریدار نخست منتقل شده باشد، که این وضعیت بیش‌تر در مواردی که مبیع، عین معین است، رخ می‌دهد. لیکن در مورد

قراردادهای راجع به مبیع عهده‌ی یا کالای ما فی الذمه، فروشنده حق بازفروش را نسبت به مال خود اعمال می‌کند نه نسبت به مال خریدار و به نمایندگی از جانب او (Secundum, 1991, 78: 41; (Williston, 1993: 408).

در پاسخ به این ایراد می‌توان گفت با توجه به اینکه بازفروشی که طبق ماده ۸۸ کنوانسیون صورت می‌گیرد، مبتنی بر انحلال قرارداد نیست، لذا مالکیت مبیع نسبت به خریدار اول مفروض بوده و بایع به نمایندگی از خریدار اقدام به بازفروش مال او کرده است.

بیان برخی از مفسرین کنوانسیون مؤید استدلال فوق است. ایشان بر این عقیده‌اند که طرف ذی‌حق در واقع به نمایندگی از طرف مالک کالا که دچار تخلف شده است، کالا را مجدداً می‌فروشد (Huet, 1996: 572).

از دیگر مؤیدات نظریه نمایندگی، لزوم اخطار و اعلام بازفروش پیش از اقدام به آن، از سوی شخص بازفروش کننده است که این اعلام می‌تواند نشانگر این باشد که شخص بازفروش کننده، بازفروش را به نمایندگی از طرف مقابل انجام می‌دهد. البته آنچه این استدلال را تضعیف می‌کند عدم اشاره به لزوم انتظار برای پاسخ از سوی شخص مقابل است.

به نظر می‌رسد نظریه نمایندگی به طور ضمنی از اطلاق ماده ۸۸ کنوانسیون قابل استنباط است؛ زیرا مفهوم ماده هر دو حالت انتقال و عدم انتقال مالکیت کالا به خریدار اول را در برمی‌گیرد. لزوم استرداد باقیمانده سود به خریدار نیز، مؤید نظریه نمایندگی بر اساس این ماده است. برخی از محققین نیز در این باره معتقدند که فروش مجدد کالا، از سوی طرف مقابل و به نفع اوست (ارسطا، ۱۳۸۱: ۹۳). این عبارت حاکی از پذیرش مبنای نمایندگی از سوی ایشان می‌باشد.

۳. ارکان بازفروش

بازفروش کالای مورد معامله طبق مقررات کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، گاهی به عنوان یک حق مطرح شده و برای تحقق نیاز به مؤلفه‌هایی دارد؛ هم‌چنانکه گاهی نیز به منزله یک تکلیف بوده و مستلزم تحقق شرایطی است. از این رهگذر لازم است شرایط و ارکان ایجاد حق بازفروش و مؤلفه‌های ایجاب کننده آن مورد بررسی قرار گیرد.

۳-۱. مؤلفه‌های تحقق حق بازفروش

اجرای حق بازفروش فقط زمانی ممکن است که طرف دیگر تأخیر غیرمتعارفی نسبت به موارد زیر داشته باشد:

- تصرف کالا؛
- پرداخت ثمن (به طور کلی یا در جایی که شرط شده تسلیم مبیع و پرداخت ثمن هم‌زمان صورت گیرد)؛
- پس دادن کالا؛
- پرداخت هزینه نگهداری.

تأخیر غیرمتعارف، لازمه این چهار شرط است. غیرمتعارف بودن هم یعنی تأخیری بیش از آنچه که معمولاً در یک مورد خاص وجود دارد. بنابراین لازم است در هر موردی به نوع عمل و اوضاع و احوال آن توجه شود، لذا نمی‌توان ضابطه‌ای برای آن در نظر گرفت. برخی از استادان حقوق معتقدند مدت زمان متعارف برای انجام عملی، عبارت است از زمانی که انتظار می‌رود و نباید از زمان متوقع فراتر رود و در صورتی که یکی از طرفین نسبت به انجام تعهدات خود به طور صریح خودداری ورزد، تأخیر غیر متعارف تلقی گشته و لزومی به گذشت مدت زمانی جهت صدق تأخیر غیر متعارف نیست (Schlechtriem, 1998: 681).

۳-۱-۱. تأخیر غیر متعارف خریدار در تصرف کالا

پس از ارسال مدارک و اعلام مکان و زمان تحویل کالا از سوی فروشنده و پرداخت ثمن از سوی خریدار، تصرف یا تحویل کالا، تعهدی است که خریدار مطابق ماده ۵۳ کنوانسیون برعهده دارد. ماده ۶۰ کنوانسیون درباره تحویل کالا عنوان می‌دارد:

تعهد مشتری به تحویل کالا عبارت از الف: انجام کلیه اقداماتی که به طور متعارف از مشتری مورد انتظار است تا فروشنده را بر تسلیم قادر سازد؛ ب: تصرف کالا.

بدین ترتیب قبض، تصرف یا تحویل کالا بر عهده خریدار است. تأخیر خریدار در تحویل کالا، طبق ماده ۸۵ کنوانسیون، موجب می‌گردد فروشنده علاوه بر وظیفه محافظت از کالا، حق حبس نیز داشته باشد.

براساس بند ۱ ماده ۸۸ کنوانسیون، اختیار تصمیم گیری نسبت به بازفروش یا انتظار برای تسلّم کالا اقدامی است که فروشنده در پی طولانی شدن غیر متعارف مدت انتظار برای تحویل کالا می تواند داشته باشد.

۲-۱-۳. تأخیر غیر متعارف خریدار در پرداخت ثمن

طرفین هر معامله ای می توانند نسبت به پرداخت هم زمان ثمن و مثنی یا پرداخت پیش از تحویل توافق نمایند. حال اگر خریدار نسبت به پرداخت ثمن، طبق توافق صورت گرفته تأخیر ورزد، و مدت انتظار برای پرداخت ثمن، طولانی شود، فروشنده طبق بند ۱ ماده ۸۸ کنوانسیون، حق بازفروش کالا به شخص ثالث را دارا می شود.

به نظر می رسد شرط تحقق حق بازفروش در اینجا، تأخیر خریدار نسبت به تأدیه کل ثمن معامله است، لذا اگر بخشی از ثمن توسط خریدار پرداخت شده باشد، این ماده شامل آن نمی گردد.

۳-۱-۳. تأخیر غیر متعارف فروشنده در بازپس گیری کالا

براساس مواد کنوانسیون، خریدار حق دارد در صورت مغایرت مبیع با اوصاف شرط شده، کالا را به فروشنده پس دهد. در مواردی هم طرفین در متن قرارداد ذکر می کنند که مثلاً اگر مبیع فاقد وصف خاصی بود، خریدار حق دارد که کالا را بازپس فرستد. بنابراین اگر خریدار پس از تحویل کالا متوجه شود که کالا فاقد وصف ذکر شده در قرارداد است می تواند تصمیم به رد کردن کالا نماید، و در صورتی که فروشنده در پس گرفتن کالا تأخیر غیر متعارفی کند، خریدار حق خواهد داشت که کالا را بازفروش نماید. بند ۱ ماده ۸۸ کنوانسیون نیز اشاره به همین امر دارد.

یکی از پیش شرط های تحقق حق بازفروش، تأخیر غیر متعارف در پرداخت مخارج نگهداری از کالا است. طبق مواد ۸۵ یا ۸۶ کنوانسیون، خریدار یا فروشنده ممکن است وظیفه نگهداری از کالا را برعهده داشته باشند و مسلماً این نگهداری مستلزم هزینه هایی است که بر دوش محافظت کننده تحمیل می شود. ماده ۸۸ کنوانسیون، بند ۱، مقرر می دارد که اگر طرف مقابل نسبت به پرداخت هزینه ها و مخارج نگهداری از کالا، قصور ورزیده و مرتکب تأخیر غیر متعارف شود،

برای شخص نگهداری کننده حق بازفروش ایجاد می شود.

۳-۲. مؤلفه های تحقق تکلیف به بازفروش

گاهی مواقع بازفروش کالای مورد معامله جنبه الزامی و تحمیلی پیدا می کند. چنین تکلیفی فقط در صورت وقوع حالت فوق العاده است. به جهت فوق العاده بودن این موارد، برخی از مفسرین کنوانسیون، واژه «فروش اضطراری» را برای آن به کار برده اند (Schlechtriem, 1998: 680). زیرا به طور قطع نگهداری کالای فاسدشدنی و یا قرار دادن آن در انبار شخص دیگر در حالی که مخارج نامعقولی به دنبال دارد، راه مناسبی نمی باشد و نگهداری از چنین کالایی به ارزش و کیفیت آن صدمه جدی خواهد زد.

۳-۲-۱. فساد سریع کالا

مواردی همچون فساد پذیر بودن کالا، بازفروش را به صورت تکلیفی بر عهده متصرف کالا تحمیل می کند. بند دوم ماده ۸۸ کنوانسیون مقرر می دارد که اگر کالا در معرض فساد سریع باشد، شخص نگهدارنده کالا، مکلف است اقدام متعارفی جهت بازفروش آن کالا بنماید. دلیل این حکم، جلوگیری از ورود ضرر و زیان بیش تر است. اگر نگهدارنده کالا به این تکلیف عمل ننماید، مسئولیت جبران خسارت های صاحب مال بر عهده وی خواهد بود و برای طرف مقابل حق مطالبه خسارت ایجاد می کند (Schlechtriem, 1998: 680, 683-684).

۳-۲-۲. دربرداشتن هزینه های غیرمتعارف در نگهداری کالا

بالا بودن هزینه های انبارداری و حفظ کالا از مواردی است که براساس بند ۲ ماده ۸۸ کنوانسیون، تکلیف به بازفروش را تحمیل می کند. این در جایی است که هزینه ها از ارزش کالا بیش تر بوده یا در صورت عدم بازفروش، ضرر و زیان قابل توجهی به وجود آید (Schwenzer and Fountoulakis, 2007: 609).

۴. تشریفات بازفروش

بازفروش کالا عملی است ویژه و استثنایی، لذا کنوانسیون، تشریفات را برای آن مقرر کرده است.

عدم رعایت این تشریفات، آثاری را در پی دارد؛ از این رو لازم است طریقه اعمال بازفروش و آثار عدم رعایت آن طبق مقررات کنوانسیون تبیین گردد.

طبق بند ۱ ماده ۸۸ کنوانسیون، بازفروش می تواند به هر شکل مناسب و معقولی صورت گیرد. هم چنین لازم است در نحوه بازفروش، علاوه بر توجه به ماهیت کالا، منفعت حقوق طرفین قرارداد نیز مورد لحاظ قرار گیرد.

یکی از تشریفات تصریح شده در خصوص بازفروش، این است که در تمام مواردی که حق بازفروش وجود دارد باید قبل از اقدام به بازفروش، به طرف مقابل اخطار و اعلامی در این زمینه داده شود، زیرا چه بسا وی پس از آگاهی از تصمیم بازفروش، اقدام به ایفای تعهد خویش نموده و با این کار از هزینه ها و زیان ها و حتی بازفروش جلوگیری نماید (Schwenzer and Fountoulkis, 2007: 607) در چنین حالتی ملاک جواز بازفروش از بین خواهد رفت. بنابراین دادن اخطار پیش از بازفروش از تشریفات قانونی این عمل تلقی می گردد و لازم است به روش متعارف و معقولی انجام شود. معنای متعارف و معقول در اینجا این است که طرف مقابل از آن مطلع شود یا از آن اطلاع یابد. برخی معتقدند این اخطار باید خیلی زود به طرف مقابل داده شود تا او بتواند در اقدامی سریع خطای خود را جبران کند (Enderlein and Maskow, 1992: 360).

بر اساس اطلاق ماده ۲۷ کنوانسیون، به نظر می رسد کتبی بودن اخطار شرط نبوده بلکه اطمینان یافتن از وصول اخطار به طرف مقابل کافی است؛ هم چنین اطلاع بالفعل طرف مقابل نیز در اینجا شرط نمی باشد؛ زیرا در برخی موارد چنین اطلاعی، بسیار سخت و دشوار بوده و می تواند از مصادیق عسر و حرج محسوب گردد. لذا در اینجا، نظریه ارسال ملاک عمل قرار گرفته و نظریه وصول اخطار منشأ اثر تلقی نمی گردد.

به دلیل وجود چنین خطاری است که به نظر می رسد بازفروش کالا مثلاً توسط بایع، به حساب مشتری بوده و در واقع قرارداد فسخ نشده است (صفایی و دیگران، ۱۳۸۴: ۳۴۳).

۵. آثار بازفروش

بررسی وضعیت سود حاصل از بازفروش و نحوه جبران خسارت ها و هزینه های ناشی از آن، مهم ترین آثار بازفروش به شمار می رود.

۱-۵. وضعیت سود حاصل از بافروش

به طور کلی قاعده‌ای که از مواد کنوانسیون بیع بین‌المللی به دست می‌آید این است که سود حاصل از بافروش باید در تعیین خسارت منظور گردد. بند ۳ ماده ۸۸ کنوانسیون درباره وضعیت عواید حاصل از بافروش عنوان می‌دارد:

طرفی که اقدام به فروش کالا می‌کند حق دارد از عواید فروش، مبلغی معادل مخارج [باز] فروش و هزینه‌های متعارف نگهداری کالا برای خود نگه دارد. او وظیفه دارد حساب باقیمانده را به طرف دیگر بدهد.

طبق این مقرر کسی که اقدام به بافروش کالا نموده است، نسبت به طرف مقابل از محل سود بافروش در استیفای حقوق خود، از قبیل هزینه‌های متعارف نگهداری از کالا و مخارج بافروش، اولویت دارد. بنابراین لازم است ابتدا مخارج معقول و متعارفی را که جهت نگهداری از کالا و یا بافروش، نظیر حق الزحمه حق‌العمل کاری که ترتیب بافروش را داده است، انبارداری، هزینه حمل کالا، مخارج آگهی‌های بافروش و... برداشت نموده و در صورتی که مبلغی باقی مانده بود، آن را به طرف مقابل بپردازد (Schlechtriem, 1998: 680). هم‌چنین در فرض بافروش کالا توسط فروشنده به علت عدم پرداخت بهای کالا از سوی خریدار، لزوم ردّ مابقی ثمن، مانع از تهاتر ثمن معامله نیست. این بدان معناست که در مواردی که خریدار ثمن را نپرداخته، فروشنده می‌تواند پس از احتساب مخارج بافروش و نگهداری کالا، تا میزان ثمن معامله از سود بافروش کسر نماید و در این خصوص به تهاتر استناد کند.

۲-۵. جبران خسارت‌های ناشی از بافروش کالا

بند ۳ ماده ۸۸ کنوانسیون به بافروش کننده حق می‌دهد که از عواید بافروش، هزینه‌های متعارف خویش نسبت به نگهداری و بافروش کالا را نگه دارد. هزینه‌هایی که بافروش کننده متحمل شده مواردی از قبیل حق الزحمه حق‌العمل کار، هزینه حمل کالا به محل بافروش، آگهی‌ها و پیشنهادهای عمومی برای بافروش و مخارج اداری و قضایی که برای اقدام به بافروش لازم بوده است، می‌باشد. برای هزینه‌های متعارف نگهداری کالا نیز مواردی مثل مخارج نگهداری کالا، تغذیه حیوانات و انبارداری را می‌توان برشمرد. به همین دلیل بند ۳ ماده ۸۸ به شخص بافروش کننده حق می‌دهد که اگر به طور متعارف اقدامات لازم را انجام داده از محل بافروش،

خسارت‌های ناشی از بازفروش را بردارد.

معقول بودن یا متعارف بودن هزینه‌های بازفروش چنین برآورد می‌شود که اگر یک تاجر سخت کوش، وظیفه شناس و با وجدان تصمیم به بازفروش و یا فروش اضطراری می‌کرد، چه هزینه‌هایی را متقبل می‌گردید. ضمن این برآورد که با در نظر گرفتن شرایط کالا، نگهداری مناسب چه هزینه‌هایی را در پی می‌داشت. با چنین احتسابی، بازفروش کننده حق خواهد داشت که از محل بازفروش، این هزینه‌ها را کسر نماید.

مسئله‌ای که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا بازفروش کننده می‌تواند کالا را به خودش بفروشد و خسارت‌های ناشی از بازفروش را از عواید آن بردارد؟

پاسخ این سؤال روشن است، زیرا به طور منطقی و با در نظر گرفتن قواعد عمومی مسئولیت مدنی به نظر می‌رسد که بازفروش کالا به شخص دیگر در جبران خسارت‌های ناشی از بازفروش موضوعیتی ندارد، ضمن اینکه با رعایت شرط معقول و متعارف بودن هزینه‌های پرداختی، ایرادی در داخل بودن این فرض وجود ندارد. بنابراین پس از آنکه بازفروش کننده، کالا را به حساب خود خریداری نمود و سود به دست آمده را با در نظر گرفتن هزینه‌ها محاسبه کرد، لازم است باقیمانده را به طرف مقابل برگرداند. مفسرین کنوانسیون هم همین رأی را برگزیده‌اند (Enderlein and Maskow, 1992: 362).

مبحث دوم: توجیه بازفروش بر مبنای تقاض در فقه و حقوق ایران

به دلیل عدم پیش بینی بازفروش در حقوق ایران، بررسی امکان توجیه این اقدام بر اساس نهادهای مشابه در حقوق ایران ضروری است. در حقوق ایران «تقاض» به عنوان نهادی مشابه با بازفروش مطرح شده است.

۱. تعریف تقاض در اصطلاح فقه و حقوق

نمونه‌هایی از تعریف‌هایی که علما برای تقاض ذکر کرده‌اند عبارت است از:

- «تصاحب مال دیگری بدون اذن وی در ازای مال خود» (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۴، ج ۲: ۵۸۶)؛

- «تصرف مال مدیون که اصل دین را انکار نموده و یا از پرداخت آن سر باز می‌زند توسط

طلبکار بدون آنکه به حاکم مراجعه نماید» (مختاری مازندرانی و مرادی، ۱۳۷۷: ۵۲)؛

- «قادر ساختن طلبکار بر گرفتن حق مالی اش از بدهکار» (حسینی، ۱۳۸۵: ۱۳۳)؛
- «تقاص در اصطلاح یعنی شخصی حقش را از دیگری بدون اطلاع یا رضای او بگیرد ... مشروط به اینکه آن شخص از ادای حق ممتنع باشد» (مشکینی، ۱۳۷۹: ۱۵۵)؛
- «تملك مال کسی به قصد يك جانبه به اذن قانون عليه ممتنع از ادا یا مماطل» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۲: ۱۹۵)؛
- «کسی از دیگری طلبی دارد ولی برای طلب خود دلیل کافی ندارد و مطمئن است که اگر به دادگاه مراجعه کند بدهکار قسم خورده و حق او از بین خواهد رفت. لذا شرعاً می تواند مالی را از او به دست آورده و بفروشد و حق خود را از آن وصول کند» (نایب زاده، ۱۳۸۶: ۱۲۲)؛
- «رتق و فتق امور به وسیله خود شخص، رفع مزاحمت یا احقاق حق به طور مستقیم و شخصی (بدون مراجعه به مراجع قضایی)، خودیاری» (رضائی نوری، ۱۳۸۰: ۶۷۹).
- در مجموع می توان این نکات را از تعریف های فوق به دست آورد:
- تقاص ممکن است بدون اطلاع مدیون یا بدون رضایت او صورت گیرد؛
- در تقاص آنچه برداشته می شود به ازای طلبی است که تقاص کننده دارد؛
- در تقاص قصد يك جانبه وجود دارد؛
- در تقاص قصد تمليك از سوی تقاص کننده لازم است؛
- امکان ترافع قضایی در تقاص محدود است.
- در میان کتب فقهی امامیه، عبارت «التوصل بالحق» معادل واژه تقاص بوده (حسینی شیرازی، بی تا، ج ۲: ۱۰۸؛ موسوی گلپایگانی، بی تا، ج ۲: ۹۵) و نزد علمای اهل سنت نیز عبارت «الظفر بالحق» هم معنای آن می باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۳۳۷).

۲. ماهیت حقوقی تقاص

تقاص به عنوان یک حکم شرعی و راهی جهت رسیدن به حق می باشد که البته لازم است جهت جلوگیری از هرج و مرج و سوء استفاده افراد، علاوه بر تبیین ماهیت حقوقی تقاص به قلمرو تحقق آن و شرایط و ارکان تشکیل دهنده این نهاد پرداخت.

نکته مهم درباره تقاص، استثنایی بودن این راهکار شرعی است که باعث می گردد در هنگام عمل، قدر متیقن لحاظ شود. حقوق دانان معتقدند نباید با وسعت دادن به حکم تقاص، به افراد

اجازه داده شود که خود، قانون را در دست گرفته و بدون مراجعه به محاکم نسبت به احقاق حق خویش تلاش کنند (میر محمد صادقی، ۱۳۷۹: ۱۶۷).

از میان فقیهان، صاحب مستند الشیعه، بر این اعتقاد است که تقاض امری است که شارع به عنوان عقوبت عمل مدیونی که منکر دین می باشد جایز شمرده است (نراقی، ۱۴۱۵، ج ۱۷: ۴۵۲). ایشان تقاض را نوعی گروکشی و بدل حیلولة معرفی کرده و آن را یک معاوضه جایز (غیر لازم) می داند (نراقی، ۱۴۱۵، ج ۱۷: ۴۵۹). صاحب مذهب الاحکام نیز تقاض را معاوضه مادامیه می داند (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۷: ۱۵۱). عده ای دیگر از فقیهان نیز تقاض را موجب ملکیت و نوعی معاوضه دائم بر شمرده اند (آشتیانی، ۱۴۲۵، ج ۲: ۸۶۲). مرحوم مامقانی نیز معتقد است اگر مدیون منکر، استرداد آن مال را طلب کند، نیاز به انعقاد معاوضه ای جدید است (مامقانی، بی تا: ۴۸۵).

ثمره این دو نظریه در جایی ظاهر می شود که اگر تقاض را بدل حیلولة بدانیم، هر زمانی که بدهکار دست از انکار دین برداشته و بخواهد دین را ادا کند می تواند مال خود را از تقاض کننده پس بگیرد و در صورتی که تقاض را مفید مالکیت لازم بدانیم، بدهکار نمی تواند مال تقاض شده را پس بگیرد، لذا حکم به استرداد آن جایز نیست.

در هر حال، چه تقاض را مفید ملکیت دائم بدانیم یا آن را یک معاوضه مادامیه تلقی کنیم، در ایقاع بودن تقاض اختلافی وجود ندارد؛ زیرا در تقاض، شخص طلبکار، معادل طلب خود را از مال مدیون منکر یا ممتنع یا مماطل تملک می کند و در این تملک نیازی به جلب رضایت مدیون نیست و صرف قصد انشاء در این تصرف کفایت می کند. حتی در مواردی ممکن است صاحب حق، مخفیانه اقدام به اخذ مال خویش کند، لذا طلبکار به طور یک جانبه و با اراده واحد، قصد ایجاد اثر حقوقی خاص نموده، شارع نیز همان اثر را بر قصد یک طرفه بار نموده است. بنابراین تقاض مال، به جهت شرط بودن قبض یا تصرف عملی مال مورد تقاض، از جمله ایقاعات عینی محسوب می گردد (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۰: ۱۵۱).

نتیجه اینکه در تملک از راه تقاض تنها اراده انشائی تقاض کننده مؤثر بوده و نیازی به اراده صاحب مال یا شخص دیگری نیست.

۳. عناصر تقاض

پیش از پرداختن به عناصر تقاض، به ارکان تشکیل دهنده و یا طرفین [اطراف] تقاض اشاره

می شود:

۳-۱. شرایط طرفین تقاص

الف: «من له حق المقاصه»؛ یعنی کسی که طلبکار است و حق تقاص و مقاصه کردن دارد که به او «متقاص» یا «تقاص کننده» هم گفته می شود.

ب: «من علیه حق المقاصه»؛ یعنی کسی که مدیون بوده و علیه او تقاص می شود که به او «متقاص من» یا «تقاص شونده» هم گفته می شود.

ج: «متقاص علیه»؛ منظور از آن دین یا حقی است که موضوع تعهد مدیون یا تقاص شونده می باشد.

د: «متقاص به»؛ یعنی مالی که در اختیار طلبکار قرار گرفته و او می خواهد از آن مال به اندازه طلبش بردارد.

در هر یک از ارکان مذکور لازم است که عناصر یا شرایطی موجود باشد تا تقاص تحقق یابد.

۳-۲. شرایط تقاص کننده

الف: وجود کلیه شرایط صحت اعمال حقوقی نظیر «قصد و رضا»، «اهلیت تقاص کننده» و «مشروعیت جهت تقاص»؛

ب: تقاص کننده نسبت به میزان طلب و حق خویش علم داشته باشد (موسوی خمینی، بی تا، ج ۲: ۴۳۸؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ج ۲: ۲۱۲)؛

ج: قبض مال (موسوی خمینی، بی تا، ج ۲: ۴۳۹)؛

د: قصد انشاء (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۰: ۴۲۵).

۳-۳. شرایط تقاص شونده

الف: ماطله، امتناع و یا انکار دین. در صورتی که بدهکار بدهی خود را انکار می کند یا بدون عذر شرعی نسبت به ادای بدهی خود ماطله می ورزد، طلبکار می تواند از اموال او تقاص کند (حسینی خامنه ای، ۱۹۹۹، ج ۲: ۲۴۹).

ب: دلیل ماطله یا انکار بدهکار، وجود حق متقابل نباشد (موسوی خمینی، بی تا، ج ۲: ۴۳۶)؛

ج: داشتن اهلیت تقاص شونده؛

د: ملء بودن تقاص شونده (علامه حلی، ۱۴۱۰، ج ۲: ۱۴۴؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۷: ۱۵۷؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ج ۲: ۲۱۴)؛

هـ: اموال تقاض شوند محترم باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۲: ۱۹۶).

۴-۳. شرایط متقاض علیه

الف: عین یا منفعت و یا دین بودن (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ج ۲: ۲۱۵)؛

ب: عدم امکان اقامه دعوی در محاکم قضایی.

برخی از فقها معتقدند در صورت امکان ترافع قضایی، تقاض جایز نیست (خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۶: ۶۹؛ مامقانی، بی تا، ۴۸۴). لذا اگر موضوع تعهد از طریق مراجع قضایی مطالبه شده، قابل تقاض نبوده و حتی اگر تقاض صورت گیرد، مال به ملکیت تقاض کننده در نمی آید (موسوی خمینی، بی تا، ج ۲: ۴۴۰).

عده‌ای از حقوق دانان این عنصر را تحت عنوان «عدم استمداد از قوای عمومی» مطرح کرده‌اند. با این عنصر، تهاثر قضایی از موضوع بحث خارج می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۳۴۰). عده‌ای از فقها نیز بر این باورند که از تمسک به اطلاق آیات و روایات استنادی در مقام جواز تقاض، به دست می‌آید که حتی در صورت امکان ترافع قضایی، تقاض بلاشکال است (حسینی عاملی، بی تا، ج ۱۰: ۱۳۰؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲، ج ۲۵: ۵۴ و ۵۵؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۷: ۱۴۹). به نظر می‌رسد به دلیل استثنایی بودن تقاض و اینکه خلاف قاعده بوده و امکان سوء استفاده از آن و ایجاد هرج و مرج وجود دارد، لذا باید به قدر متیقن در آن، که صورت عدم امکان ترافع است، اکتفا نماییم.

ج: عدم وجود خوف فتنه و فساد در انجام تقاض (موسوی خمینی، بی تا، ج ۲: ۴۳۷).

۵-۳. شرایط متقاض به

الف: مفروز بودن (موسوی خمینی، بی تا، ج ۲: ۴۳۸)؛

ب: معلوم و معین بودن؛

ج: متقاض به نباید از مستثنیات دین باشد (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۷: ۱۵۷)؛

د: متقاض به نباید به حق غیر تعلق داشته باشد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ج ۲: ۲۱۵).

۴. وجوه اشتراک و افتراق بازفروش و تقاض

از وجوه افتراق میان بازفروش و تقاض می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

۱- بازفروش به عنوان یکی از ضمانت اجرای غیر قضایی مطرح شده، حال آنکه تقاض یک

راه شرعی استثنایی و ویژه جهت رسیدن به حق قلمداد شده است.

۲- بازفروش عقدی است دو جانبه که طرفین آن فروشنده و خریدار دوم و یا خریدار اول و خریدار دوم می‌باشند، لیکن تقاص بنابر نظر اکثر فقها، ایقاع و یک جانبه می‌باشد.

۳- بازفروش گاهی به عنوان حق و گاهی به عنوان تکلیف مطرح می‌شود، در حالی که تقاص صرفاً یک حق به حساب می‌آید.

۴- نتیجه بازفروش انتقال کالا از خریدار اول به خریدار دوم است، اما نتیجه تقاص، ملکیت دائم یا متزلزل مال برای تقاص کننده است.

۵- بنابر یک قول، از عناصر اصلی تقاص، جحد یا انکار عالمانه مدیون می‌باشد، در حالی که چنین عنصری در بازفروش نقشی ندارد.

۶- از دیگر عناصر مهم در تحقق جواز تقاص، عدم امکان ترافع قضایی است، در حالی که در بازفروش امکان اقامه دعوی وجود دارد.

خلاصه اینکه علی‌رغم شباهت‌های متعدد از جمله «غیر قضایی بودن بازفروش و تقاص»، «لزوم بازگرداندن مابقی حق»، «ضرورت اهلیت داشتن بازفروش کننده و تقاص کننده» و...، نمی‌توان وجوه افتراق این دو نهاد را نادیده گرفت. بنابراین شاید این احتمال تقویت شود که تفاوت‌های میان بازفروش تقاص بنیادین بوده و نمی‌توان بازفروش را از طریق تقاص توجیه نمود.

در پاسخ به این احتمال می‌توان چنین استدلال کرد که به هر حال هر عمل یا واقعه حقوقی، خواه عقد و خواه ایقاع، ویژگی‌های خاص خود را داشته و به عنوان وجه تمایز آن با سایر اعمال و وقایع مطرح می‌شود به گونه‌ای که بدون آنها امکان به وجود آمدن و تحقق ندارد. تفاوت‌های برشمرده شده از جمله ویژگی‌های خاص هریک از دو نهاد بازفروش و تقاص به شمار آمده و نمی‌توان نتیجه این تفاوت‌ها را وجود اختلاف بنیادین میان آنها تلقی کرد. هم‌چنانکه معتقدیم بازفروش راهی جهت استیفای حقوق متعهده بدون لزوم مراجعه او به محاکم قضایی است، تقاص نیز راهی جهت رسیدن به حق ذکر گردیده است. به بیان دیگر، هم‌چنانکه بازفروش یک روش استثنایی برای برون رفت از بلا تکلیفی محسوب شده و راهی جهت استیفای حقوق متعهده بدون لزوم مراجعه او به محاکم قضایی است، تقاص نیز تأسیسی است شرعی که خلاف قاعده بوده و در شرایط خاصی برای توصل به حق تلقی می‌شود. عقد بودن بازفروش یا ایقاع بودن تقاص خدشه‌ای به تقریب این دو تأسیس وارد نمی‌کند و حتی می‌توان بازفروش را یکی از روش‌های توصل به

حق و در نتیجه عملی کردن تقاض مطرح نمود. به طور مثال، فروشنده‌ای کالای مورد معامله را به جهت تأخیر غیر متعارف خریدار در پرداخت ثمن، از باب تقاض تملک کرده و به شخص ثالثی بازفروش می‌نماید.

هر چند این استدلال مستلزم غمض عین از «لزوم انکار از جانب مدیون در تحقق تقاض»، «عدم امکان ترافع قضایی به عنوان یکی از عناصر تقاض» و «تحقق تملک در تقاض» است، لیکن از آنجایی که برخی از فقها «مماطله» را نیز شرط تحقق تقاض دانسته و «امکان ترافع قضایی» را هم مانعی در تحقق تقاض نمی‌دانند، چنین مسامحه‌ای قابل قبول می‌باشد و تنها «تحقق تملک در تقاض» با «انجام بازفروش به نمایندگی از طرف مقابل» در تعارض خواهد بود که صرف این اختلاف را نمی‌توان بنیادین تلقی کرد. بنابراین می‌توان گفت اگر مماطله را از ارکان تقاض دانسته و امکان ترافع قضایی را در تقاض بپذیریم، تقاض و بازفروش شبیه یکدیگر می‌شوند. بنابراین هر زمان که شرایط تقاض جمع باشد، می‌توان ضمن تملک مال به قصد تقاض، آن را بازفروش کرده و حساب مابقی را به شخص مقابل بازگرداند.

نتیجه‌گیری

بر اساس مواد کنوانسیون، بازفروش یک روش استثنایی برای برون رفت از بلا تکلیفی محسوب می‌شود؛ بنابراین در شرایط متعارف، امکان بازفروش وجود ندارد. به دلیل استثنایی بودن بازفروش، لازم است شرایط و موجبات آن به طور کامل مهیا باشد، زیرا تعمیم بدون قید و شرط این روش در تمام موارد موجب بی‌اعتمادی طرفین معامله، به‌ویژه خریدار می‌گردد و باعث می‌شود هیچ خریداری نتواند با خیال راحت طرف قبول معاملات قرار گیرد. بازفروش اجرای عین تعهد را محدود می‌نماید. هم‌چنین از ویژگی‌های اصلی بازفروش در کنوانسیون، استیفای حقوق متعهدله بدون لزوم مراجعه او به دادگاه و اقامه دعوی است.

طبق ماده ۸۸ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، بازفروش بدون اینکه مبتنی بر فسخ معامله سابق باشد گاهی به عنوان یک حق و گاهی به منزله یک تکلیف قلمداد می‌شود.

آنچه به عنوان بررسی امکان بازفروش می‌توان عنوان داشت این است که چنین اقدامی در حقوق ایران حکم معاملات فضولی را خواهد داشت، مگر اینکه از باب تقاض شود. بازفروش مخالف صریح قانون نبوده و طرفین معامله می‌توانند آن را به عنوان یک شرط ضمن عقد میان

خود قرار دهند که در این صورت به استناد ماده ۱۰ قانون مدنی چنین اشتراطی نافذ خواهد بود.

منابع

- آشتیانی، میرزا محمد حسن. (۱۴۲۵ق.) کتاب القضاء، قم: زهیر، چاپ اول، دو جلدی.
- ارسطا، محمد جواد. (۱۳۸۱) «بازفروش کالا»، پژوهشنامه حکمت و فلسفه اسلامی (طلوع)، شماره ۳ و ۴.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۴۰) تأثیر اراده در حقوق مدنی، تهران: گنج دانش، چاپ اول.
- _____. (۱۳۸۱) فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت عمل موازنه، تهران: گنج دانش، چاپ اول.
- _____. (۱۳۸۶) الفارق، تهران: گنج دانش، چاپ اول، دو جلدی.
- جعفری، محمد رضا. (۱۳۸۵) فرهنگ نشر نو، تهران: دانشیار، چاپ دوم.
- حسینی خامنه‌ای، سید علی. (۱۹۹۹) اجوبه الاستفتائات، کویت: دار النبأ، چاپ اول، دو جلدی.
- حسینی روحانی، سید صادق. (۱۴۱۲ق.) فقه الصادق (ع)، قم: دار الکتب، چاپ اول، بیست و پنج جلدی.
- حسینی شیرازی، سید محمد. (بی تا) الفقه (کتاب القضاء)، قم: مطبعة سید الشهداء، بی چاپ.
- حسینی عاملی، سید محمد جواد. (بی تا) مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، لبنان: دار احیاء التراث العربی، چاپ اول، ده جلدی.
- حسینی، سید محمد. (۱۳۸۵) فرهنگ لغات و اصطلاحات فقهی، تهران: سروش، چاپ دوم.
- خوانساری، سید احمد. (۱۴۰۵ق.) جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، شش جلدی.
- رمضان‌نوری، محمود. (۱۳۸۰) فرهنگ حقوقی، تهران: خط سوم، چاپ چهارم.
- سبزواری، سید عبدالاعلی. (۱۴۱۳ق.) مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، قم: المنار، چاپ چهارم، بیست و هفت جلدی.
- صفایی، سید حسین و دیگران. (۱۳۸۴) حقوق بیع بین المللی، تهران: دانشگاه تهران، چاپ اول.
- صفایی، سید حسین. (۱۳۷۵) مقالاتی درباره حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، تهران: میزان، چاپ اول.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۱۴ق.) تکملة العروة الوثقی، قم: داوری، چاپ اول، دو جلدی.

- علامه حلی، حسن ابن یوسف. (۱۴۱۰ق.) *ارشاد الالذهان الی احکام الایمان*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، دو جلدی.
- فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۲۰ق.) *تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیله (القضاء و الشهادت)*، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار، چاپ اول.
- گلکاریان، قدیر و دیگران. (۱۳۸۴) *فرهنگ حقوق انگلیسی به فارسی*، تهران: دانشیار، چاپ اول.
- مامقانی، عبدالله. (بی تا) *مناهج المتقین فی فقه الائمة الحق و الیقین*، چاپ سنگی.
- مختاری مازندرانی، محمد حسین و علی اصغر مرادی. (۱۳۷۷) *فرهنگ اصطلاحات فقهی*، تهران: انجمن قلم ایران، چاپ اول.
- مشکینی، علی. (۱۳۷۹) *مصطلحات الفقه*، قم: الهادی، چاپ دوم.
- موسوی خمینی، سید روح الله. (بی تا) *تحریر الوسیله*، قم: دار العلم، چاپ اول، دو جلدی.
- موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا. (بی تا) *کتاب القضاء*، به قلم سید علی میلانی، قم: دارالقرآن، بی چاپ، دو جلدی.
- میر محمد صادقی، حسین. (۱۳۷۹) *جرایم علیه اموال و مالکیت*، تهران: میزان، چاپ هفتم.
- نایب زاده، اکبر. (۱۳۸۶) *اصطلاحات حقوقی در زبان عربی*، قزوین: طه، چاپ اول.
- نراقی، مولی احمد. (۱۴۱۵ق.) *مستند الشیعه فی احکام الشریعه*، قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام، چاپ اول، هفده جلدی.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود. (۱۳۸۴) *فرهنگ فقه*، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، چاپ اول، دو جلدی.
- Dimatteo, Larry A. et al. (2005), *International Sales Law and a Critical Analysis of CISG Jurisprudence*, U.S.: Cambridge University Press, First edition.
- Enderline, Fritz and Dietrich Maskow (1992), *International Sales Law*, Oshna Press.
- Guest, A. G. (General Editor) (1997), *Benjamin's Sale of Goods*, London: Sweet and Maxwell, Fifth edition.
- Honnold, John O. (1999), *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, U.S., Third edition.
- Huet, Jérôme (1996), *Les Principaux Contrats Spéciaux, Traité de Droit Civil*, Paris: L.G.D.J. Press.
- Macintyre, Ewan (2001), *Business Law*, Harlow: Longman / Pearson Education, First edition.
- Schlechtriem, Peter (1998), *Commentary on the UN Convention on*

the International Sale of Goods, New York: Oxford University Press, First edition.

- Schwenger, Ingeborg and Christiana Fountoulakis (2007), *International Sales Law*, New York: Routledge, Cavendish, First edition.
- Secundum, (1991), *Corpus Juris Secundum*, U.S.A.: West.
- Treitel, Guenter Heinz (1991), *Remedies for Contract: A Comparative Account*, U.S.A.: Clarendon Press.
- Williston (1993), *Williston on Contracts*, London: Sweet & Maxwell, Limited, Forth edition.

بررسی فقهی تضمین اصل سرمایه در اوراق استصناع

معصومه مظاهری^۱

حمیده گوشتی دهقی^۲

چکیده: در شریعت اسلام با توجه به قاعده ملازمه بین سود و زیان، اصل این است که در عملیات تجاری بازگشت اصل سرمایه تضمین نمی‌شود و به دست آوردن سود حقیقی همیشه با احتمال ضرر و خسارت همراه است. حال آنکه در ابزارهای مالی اسلامی از جمله اوراق استصناع، پرداخت مبلغ اسمی مندرج در اوراق در سررسید توسط ناشر اوراق تضمین می‌شود. به این ترتیب، دارندگان اوراق که سرمایه‌گذاران عملیات تجاری می‌باشند، همان‌طور که در فرض کاهش ارزش پروژه با دریافت مبلغ اسمی اوراق (اصل سرمایه)، ضرری را متحمل نخواهند شد در فرض افزایش ارزش پروژه نیز با دریافت مبلغ اسمی اوراق، نسبت به ارزش افزوده پروژه هیچ استحقاقی نخواهند داشت. اما با تحلیل فرآیند انتشار این اوراق مشخص خواهد شد که در اوراق استصناع مبتنی بر تنزیل دریافت مبلغ اسمی اوراق بر اساس استحقاق خریدار دین در سررسید نسبت به دریافت کل مبلغ دین می‌باشد. هم‌چنین تضمین اصل سرمایه توسط ناشر اوراق استصناع تنزیلی مطابق با مسئولیت بایع نسبت به تأدیه میبایست می‌باشد. به علاوه دارندگان اوراق به عنوان خریدار دین تنها مالک دین در ذمه مدیون شده و نسبت به سبب ایجاد دین یعنی پروژه سفارش داده شده هیچ گونه مالکیتی نخواهند داشت؛ به این ترتیب افزایش یا کاهش ارزش پروژه در میزان مطالبه آنها از ناشر تأثیری نخواهد داشت. در حالی که دارندگان اوراق استصناع به همراه اجاره به شرط تملیک مالکان مشاع پروژه می‌باشند، در صورت افزایش قیمت پروژه نسبت به مبلغ اسمی اوراق، حق مطالبه این ارزش افزوده را خواهند داشت؛

E-mail:mmzi5678@yahoo.com

۱. استادیار دانشگاه شهید مطهری

E-mail:Gh.tasnim@gmail.com

۲. دانشجوی دکتری فقه و حقوق خصوصی دانشگاه شهید مطهری

دریافت مقاله: ۱۳۹۶/۹/۳ تأیید مقاله: ۱۳۹۶/۱۱/۱۴

زیرا طبق قاعده ملازمه بین نماء و درك، مالك عين همان‌طور كه متحمل خسارات وارد بر عين می‌شود، مستحق برخورداری از افزایش ارزش عين نیز خواهد بود. هم‌چنین کاهش ارزش پروژه نسبت به قیمت اسمی اوراق استصناع به همراه اجاره به شرط تملیک، باید به مالکان مشاع آن یعنی سرمایه‌گذاران وارد شود.

کلیدواژه‌ها: عقد استصناع، تضمین اصل سرمایه، ملازمه بین سود و زیان، اوراق استصناع تنزیلی، اوراق استصناع به همراه اجاره به شرط تملیک.

مقدمه

اوراق استصناع، مجموعه‌ای از ابزارهای مالی هستند، که برای تأمین مالی در پروژه‌های مختلف بر پایه عقد استصناع منتشر می‌شود.

عقد استصناع: استصناع واژه‌ای عربی است که در لغت از ماده «صَنَعَ» به معنای «ساخت، تولید، عمل و کار» (احمد بن فارس بن زکریا، ۱۴۰۴، ج ۱۱: ۲۸۴) مشتق شده است. استصناع از باب استفعال، مصدر فعل ثلاثی مزید «اِسْتَصْنَعَ» به معنای «درخواست ساخت کالا از کسی، یا کسی را به ساختن چیزی گماردن» (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۸: ۲۰۹) می‌باشد. این صیغه در اکثر موارد در معنای طلب انجام کاری از دیگری استعمال می‌شود، بدین ترتیب استصناع نیز به معنای طلب ساختن شیئی از دیگری است.

در کتب حقوقی معادل‌هایی مانند «بیع آیندگان یا بیع آیندان» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۶۹) برای این واژه در نظر گرفته شده است؛ اما با توجه به معنای لغوی استصناع در زبان عربی، بهترین معادلی که در زبان فارسی برای این واژه می‌توان برگزید «سفارش ساخت» است.

فقه‌های متقدم شیعه، تنها در موارد محدودی از این قرارداد سخن به میان آورده‌اند و در همان موارد اندک نیز تعریف خاصی از استصناع ارائه ننموده‌اند؛ بلکه صرفاً به بیان برخی احکام و اوصاف آن به صورت بسیار مختصر پرداخته‌اند. برخلاف متقدمین، فقه‌های معاصر شیعه ضمن بررسی احکام، اوصاف و شرایط استصناع، تعاریف دقیقی از این واژه به عنوان یک عقد ارائه کرده‌اند. برای مثال، برخی فقه‌های معاصر شیعه در تعریف عقد استصناع می‌گویند:

مراد از عقد استصناع این است که کسی به نزد صنعت‌گر بیاید و از او بخواهد که تعدادی از کالاهایی را که می‌سازد به ملکیت او درآورد. در این حال قراردادی میان این دو به امضا می‌رسد که صاحب صنعت تعداد مورد توافق کالا را برای او بسازد و قیمت

آن را دریافت کند - در این قرارداد ساخت و ساز و مواد مورد استفاده، هر دو به عهده سازنده می‌باشد (مؤمن قمی، ۱۴۱۵: ۱۹۹).

قرارداد استصناع در حقوق ایران تاکنون به عنوان یک تأسیس حقوقی، به صورت خاص شناخته نشده بود؛ اما اخیراً شورای پول و اعتبار در راستای تصویب «دستورالعمل اجرایی انتشار صکوک استصناع در سیستم بانکی» در ماده ۱ به تعریف قرارداد استصناع پرداخته است: استصناع قراردادی است که به موجب آن یکی از طرفین (سازنده) در مقابل مبلغی معین، متعهد به تولید، تبدیل و تحویل کالا یا اجرای طرح با مشخصات مورد تقاضا و تحویل آن در دوره زمانی معین به طرف دیگر (سفارش دهنده) می‌گردد.

به‌طور خلاصه می‌توان گفت استصناع یک قرارداد معاوضی است که بین دو شخص حقیقی یا حقوقی برای ساخت کالایی که در زمان عقد معدوم است، منعقد می‌گردد. در این قرارداد ویژگی‌های شیء سفارش داده شده و عوض آن، کاملاً معلوم است.

بدین ترتیب برای کسب مجوز شرعی جهت انتشار اوراق استصناع، در مرحله نخست باید یک قرارداد مشروع و صحیح استصناع، بین سفارش دهنده و سازنده منعقد گردد. در این قرارداد سازنده موظف به تهیه مواد اولیه و ساخت کالا در مدت زمان مشخصی می‌باشد و سفارش دهنده، پرداخت هزینه تهیه مواد اولیه و ساخت کالا را به صورت اقساط یا نقد - هنگام انعقاد قرارداد یا هنگام تحویل کالا - به عهده دارد.^۱

اوراق استصناع: با توجه به نوظهور بودن اوراق استصناع در نظام اقتصادی ایران، تنها در یک مورد شورای پول و اعتبار در دستورالعمل اجرایی انتشار صکوک استصناع در سیستم بانکی، به تعریف اوراق استصناع پرداخته است. در ماده ۱ این دستورالعمل آمده است: «اوراق بهادار بانام یا بی‌نام قابل نقل و انتقالی است که دارنده آن مالک مشاع دارایی پایه قرارداد استصناع می‌باشد».

کمیته فقهی سازمان بورس و اوراق بهادار، در یکی از مصوبات خود، پس از ارائه کلیاتی راجع به اوراق بهادار اسلامی، به ذکر انواع مختلف این دسته از ابزارهای مالی اسلامی می‌پردازد. در این مصوبه نیز تعریف خاصی از اوراق استصناع ارائه نشده؛ بلکه برای معرفی آن، نحوه شکل‌گیری این اوراق بیان گردیده است:

وزارت‌خانه‌ها، شهرداری‌ها، شرکت‌های دولتی و خصوصی که در صدد احداث یا توسعه پروژه خاصی چون احداث مسکن به صورت انبوه هستند و اعتبار مالی لازم

برای انجام آن را به صورت نقد ندارند، می‌توانند با استفاده از اوراق بهادار استصناع به احداث پروژه اقدام کنند و قیمت آن را طبق زمان‌بندی معینی از بودجه سالانه یا از طریق واگذاری واحدهای ساخته شده به تدریج پردازند (مصوبات کمیته فقهی سازمان بورس و اوراق بهادار WWW.RDIS/RECORDSKE.ASP).

مشخصاتی که در این مصوبه برای اوراق استصناع بیان شده عبارتند از:
اول: این اوراق برای تأمین مالی پروژه‌های تولیدی گوناگون مانند ساخت مسکن به کار می‌رود؛

دوم: این اوراق بر پایه یک عقد استصناع منتشر می‌شود؛
سوم: این اوراق را سفارش‌دهنده به عنوان عوضی که در عقد استصناع باید پردازد، به سازنده تحویل می‌دهد؛

چهارم: این اوراق نشان‌دهنده میزان بدهی سفارش‌دهنده به سازنده است.
این تعاریف برخی از ویژگی‌های اوراق استصناع و همچنین برخی از انواع اوراق استصناع را شامل نمی‌شود؛ زیرا برخی از این اوراق، نشان‌دهنده میزان بدهی سفارش‌دهنده به سازنده می‌باشد، در صورتی که تنها یکی از انواع این اوراق، بیانگر مالکیت مشاع دارنده در طرح سفارش داده شده است. لذا با افزودن این قیود تعریف کامل‌تری از اوراق استصناع به دست می‌آید:

اوراق بهادار بانام یا بی‌نام قابل نقل و انتقالی که بر مبنای عقد استصناع منتشر می‌شوند و مبلغ اسمی مندرج در آن از میزان بدهی سفارش‌دهنده یا مالکیت مشاع دارنده در پروژه‌ای خاص، حکایت می‌کند. دارنده اوراق در سررسید با ارائه آنها و دریافت مبلغ اسمی به سود معینی دست خواهد یافت.

مبلغ اسمی مندرج در این اوراق، از میزان بدهی سفارش‌دهنده یا مالکیت مشاع دارنده در پروژه‌ای خاص، حکایت می‌کند. دارنده اوراق استصناع در سررسید با ارائه آنها به ناشر و دریافت مبلغ اسمی مندرج در آن به سود معینی دست خواهد یافت.
دو نوع متداول این اوراق عبارتند از: اوراق استصناع تنزیلی و اوراق استصناع به همراه اجاره به شرط تملیک.

۱- اوراق استصناع تنزیلی: در اوراق استصناع تنزیلی شرکت واسطه، برای احداث یا تکمیل پروژه‌ای که بانی از وی درخواست نموده، با واسطه‌ای مانند بانک وارد معامله شده و طبق

قرارداد استصناع، ساخت آن را به بانک سفارش می‌دهد (موسویان، ۱۳۸۶: ۳۰؛ موسویان، ۱۳۸۹: ۱۵۱).^۲ در این حالت بانک (یا هر واسطه دیگری) می‌تواند با منابع مالی که در اختیار دارد به تأمین مالی پروژه بپردازد و در سررسید کل مبلغ اسمی را از انتشاردهنده آن (مقتضای طرح) دریافت کند یا اینکه با فروش اوراق، در بازار اولیه به وجه نقد دست یابد و با این مبالغ دریافتی، هزینه طرح را به پیمان‌کاران بپردازد (نظر پور، ۱۳۸۵: ۵۳). واضح است که در این صورت متناسب با مدت باقی‌مانده تا سررسید، قیمت فروش اوراق از مبلغ اسمی مندرج در آن کم‌تر خواهد بود. خریداران بازار اولیه نیز می‌توانند این اوراق را تا زمان سررسید نگه دارند و یا در بازار ثانویه به فروش رسانند.

در سررسید دارنده اوراق، اعم از سرمایه‌گذار اولیه یا خریدار اوراق در بازار ثانویه، با ارائه آن به ناشر اوراق، مبلغ اسمی مندرج در اوراق استصناع را دریافت می‌کند.

۲- اوراق استصناع به همراه اجاره به شرط تملیک: در اوراق استصناع به همراه اجاره به شرط تملیک، بانی (سفارش‌دهنده‌ای مانند وزارتخانه، شهرداری و...) با مراجعه به شرکت واسطه، متعهد می‌گردد در صورتی که واسطه کالا یا پروژه خاصی را تولید یا احداث کند، آن را از واسطه به شکل اجاره به شرط تملیک دریافت نماید. واسطه نیز طبق قرارداد استصناع، ساخت کالا یا پروژه مورد نظر را به پیمان‌کار سفارش می‌دهد و در مقابل متعهد می‌گردد، قیمت کالا یا پروژه را طبق زمان‌بندی مشخص بپردازد. واسطه پس از کسب مجوزهای لازم، اوراق استصناعی را منتشر می‌کند و از طریق بانک سرمایه‌گذاری در بازار اولیه به مردم واگذار می‌نماید، مردم با خرید این اوراق، مالک کالای ساخته شده خواهند شد.

واسطه وجوهی را که از مردم جمع‌آوری نموده است، به وکالت از آنان به عنوان قیمت پروژه به پیمان‌کار می‌پردازد.

واسطه پس از اینکه کالا را از پیمان‌کار تحویل گرفت به وکالت از طرف دارندگان اوراق، آن را به بانی اجاره خواهد داد. بانی از طریق واگذاری دارایی ساخته شده و یا از محل بودجه خود، اصل سرمایه و سود صاحبان اوراق را در قالب اجاره بها و استرداد مبلغ اسمی در سررسید به آنان می‌پردازد.^۳

در سررسید دارنده اوراق، اعم از سرمایه‌گذار اولیه یا خریدار اوراق در بازار ثانویه، با ارائه آن

به ناشر اوراق، مبلغ اسمی مندرج در اوراق استصناع را دریافت می‌کند.

در هر یک از انواع اوراق استصناع، واسط هنگام واگذاری اوراق در بازار اولیه به سرمایه‌گذاران، پرداخت مبلغ اسمی اوراق در سررسید را تعهد می‌کند. به این ترتیب، دارندگان اوراق در سررسید، تنها استحقاق دریافت مبلغ اسمی اوراق و به عبارتی همان اصل سرمایه را دارند. این در حالی است که در فاصله زمانی بین خرید اوراق و سررسید، امکان افزایش ارزش پروژه یا ایراد خسارت به آن که باعث کاهش ارزش دارایی مبنای انتشار اوراق می‌شود، وجود دارد. با وجود تعهد واسط نسبت به پرداخت مبلغ اسمی اوراق در سررسید، سرمایه‌گذاران همان‌طور که زیان وارد بر طرح را متحمل نمی‌شوند، از ارزش افزوده دارایی پایه، نیز بی‌بهره خواهند بود.

تضمین پرداخت قیمت اسمی ابزارهای مالی اسلامی، از جمله اوراق استصناع در سررسید، برگرفته از تضمین مبلغ اسمی اوراق قرضه می‌باشد؛ زیرا ناشر اوراق قرضه، بازپرداخت اصل و سود اوراق را در سررسید برای دارندگان آن تضمین می‌کند و این امر اثر انگیزی بالایی برای خریداران اوراق قرضه دارد. ناشرین اوراق بهادار اسلامی (صکوک) نیز برای جذب سرمایه‌گذاران به بازارهای مالی اسلامی، سعی در ارائه چنین تضمینی به سرمایه‌گذاران دارند (تسخیری، ۱۳۸۶: ۱۵).

بدین ترتیب لازم است ابتدا تضمین اصل سرمایه از دیدگاه شریعت بررسی گردد و سپس حکم تعهد به استرداد مبلغ اسمی اوراق استصناع (تضمین اصل سرمایه) در انواع مختلف آن بیان شود.

۱. تضمین اصل سرمایه از دیدگاه اسلام

از نظر شریعت اسلام، اصل این است که در عملیات تجاری بازگشت اصل سرمایه تضمین نمی‌شود و به دست آوردن سود حقیقی همیشه با احتمال ضرر و خسارت همراه است. این مطلب ذیل عنوان «قاعده ملازمه بین سود و زیان» مطرح شده است که در ادامه به برخی مستندات آن اشاره می‌شود.

۱- ۱. قاعده ملازمه بین نماء و درک (سود و زیان)

خسارات وارد بر اموال متوجه کسی می‌شود که سود حاصل از آن اموال به نفع وی می‌باشد. فقها این مطلب را تحت یک قاعده کلی به صورت «مَنْ لَهُ الْغَنَمُ فَعَلَيْهِ الْغُرْمُ» بیان نموده‌اند. این قاعده بیان می‌کند هر کس از چیزی سود (غُنْم) ببرد، خودش باید متحمل زیان‌های (غُرْم) حاصل از آن نیز بشود. این قاعده به «تلازم میان نماء و درک» نیز مشهور است^۴ (شیخ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۵: ۲۳۸؛ رشتی گیلانی نجفی، ۱۴۰۷: ۵۸۰؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج ۴: ۶۱۶).

بسیاری از فقها تصریح کرده‌اند این قاعده، قاعده‌ای عقلی است (شهید صدر، ۱۴۰۱، ج ۸: ۳۰۱؛ حسینی شیرازی، بی‌تا، ج ۱۲: ۱۹۴) زیرا از دیدگاه عقلاً صحیح نیست فردی از منافع اموال برخوردار گردد، در حالی که دیگری متحمل زیان‌های وارد بر آن شود. بدین ترتیب می‌توان گفت روایات وارد شده در این باب، مؤید این قاعده عقلی می‌باشند:

روایت اول: فردی خانه‌ای را از دیگری خرید به طوری که سه سال آن خانه نزد بایع باشد تا در طی این مدت مشتری مبلغ توافق شده را بیاورد. از امام صادق علیه‌السلام پرسیدند: اگر در این مدت سودی از آن خانه به دست آید برای کیست؟ امام فرمودند: برای مشتری است. سائل دلیل آن را پرسید. امام فرمودند: اگر خانه آتش بگیرد، مال چه کسی تلف شده است؟ سائل جواب داد: مال مشتری^۵ (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۸: ۲۰).

در این حدیث به صراحت ملازمه بین زیان و سود حاصل از اموال بیان شده است. همان‌طور که ضرر حاصل از تلف خانه به عهده مشتری (مالک خانه) می‌باشد، سودی هم که از این خانه به دست آید، به نفع مشتری خواهد بود.

روایت دوم: فردی غلام و خانه‌ای را به رهن نزد دیگری گذاشت. آسیبی به مورد رهن وارد شد. فردی از امام پرسید: ضرر به چه کسی وارد می‌شود؟ امام پاسخ دادند: به مولا. وقتی سائل از دلیل آن پرسید، امام فرمودند: اگر قیمت عبد از صد دینار به دویست دینار افزایش یابد، مالک این افزایش کیست؟ سائل جواب داد: برای مولا. امام فرمودند همان‌طور که افزایش قیمت (سود) برای اوست، زیان هم برای او خواهد بود^۶ (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵: ۲۳۴).

امام پس از اینکه زیان وارد شده به عبد و ارزش افزوده آن را متعلق به مولی بیان می‌کند در انتهای روایت با ذکر عبارت «یکون علیه، ما یکون له» قاعده کلی تلازم بین نماء و درک را ارائه می‌نماید.

روایت سوم: الخراج بالضمان است. در این حدیث مراد از خراج، فواید مال می‌باشد و مراد از ضمان، غرامت حاصل از زیان مترتب بر اموال است. شیخ انصاری در بیان معنای این حدیث می‌فرماید: غنیمت و فایده (سود) در إزای متحمل شدن غرامت (خسارت) می‌باشد (شیخ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳: ۲۰۲). از آنجا که این قاعده، عقلی و مورد اتفاق فقها می‌باشد از بررسی بیش‌تر مدارک این قاعده صرف‌نظر می‌شود.

۱-۲. تطبیق قاعده ملازمه بین نماء و درک بر تضمین اصل سرمایه

همان‌طور که زیان‌های وارد بر اموال، بر عهده کسی است که از آن اموال سود می‌برد؛ شریعت اسلام در فعالیت‌های اقتصادی نیز، تحمل سود و زیان را توأم با یکدیگر در نظر گرفته است. در سرمایه‌گذاری‌های مورد تأیید فقه اسلامی، صاحب سرمایه علاوه بر استحقاق دریافت سود حاصل از سرمایه‌گذاری، باید متحمل زیان‌های احتمالی وارد بر آن نیز بشود؛ اما از آنجا که فعالیت‌های تجاری عمدتاً با مشارکت افراد انجام می‌گیرد، شریعت اسلام با در نظر گرفتن هر یک از حالات شراکت، احکام خاصی را برای اصل سرمایه و سود و زیان مترتب بر آن بیان نموده است. این سرمایه‌گذاری‌ها در سه قالب مشارکت، مضاربه و وکالت خواهد بود که در ادامه به بررسی هریک از این سه حالت پرداخته می‌شود:

حالت اول: مشارکت

افراد صاحب سرمایه، گاه با مشارکت سرمایه‌ها به صورت جمعی اقدام به یک فعالیت تجاری می‌نمایند که در این صورت عقد شرکت منعقد می‌گردد. در این فرض از آنجا که هر یک از شرکا مقداری سرمایه آورده‌اند، سود حاصل از این فعالیت به نسبت سرمایه، تا وقتی که خلاف آن را توافق نکرده باشند، بین آنها تقسیم خواهد شد؛ اما زیان وارد بر کل سرمایه را هر یک از شرکا باید به نسبت آورده خود متحمل گردد (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۵: ۱۹؛ محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲: ۱۰۶؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۴: ۳۱۱؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹، ج ۵: ۲۸۰). به این ترتیب تضمین اصل سرمایه توسط یکی از شرکا به نفع شریک دیگر جایز نیست، زیرا بهره‌مندی صاحب سرمایه از سود حاصله بدون تحمل زیان وارد بر آن موافق با قاعده تلازم بین سود و زیان نیست. به علاوه، این تضمین باعث می‌شود شرکت شرکا در حالت ورود خسارت منقطع شود.

حالت دوم: مضاربه

گاه صاحب سرمایه، سرمایه خود را برای انجام فعالیت تجاری خاصی در اختیار دیگری قرار می‌دهد، به طوری که در سود حاصل از فعالیت، هر دو شریک باشند (موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۱: ۶۰۸). در این صورت عقد مضاربه بین صاحب سرمایه و عامل، شکل می‌گیرد. در این فرض از آنجا که سرمایه ملک صاحب سرمایه است، سود در ملک وی حاصل شده و در نتیجه متعلق به اوست؛ اما مقداری از آن را در مقابل فعالیتی که عامل انجام داده، به نسبتی که مورد تراضی طرفین می‌باشد، به عامل می‌پردازد. بدین ترتیب به دلیل قاعده تلازم بین سود و زیان، خسارات وارده نیز تنها بر عهده صاحب مال می‌باشد. در نتیجه، تضمین اصل سرمایه توسط عامل و به نفع صاحب سرمایه خلاف قاعده تلازم و مقتضای عقد مضاربه بوده و صحیح نمی‌باشد^{۸۷} (اشتهاردی، ۱۴۱۷، ج ۲۸: ۱۷۰).

حالت سوم: وکالت

در برخی موارد صاحب سرمایه، اموال خود را ضمن عقد وکالت در اختیار وکیل قرار می‌دهد. وکیل با أخذ اجرت، فعالیت مورد نظر موکل را انجام خواهد داد. در این فرض نیز با توجه به امین بودن وکیل در عقد وکالت، تضمین اصل سرمایه توسط وی و به نفع موکل خلاف مقتضای عقد بوده و در نتیجه صحیح نخواهد بود^۹ (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲: ۳۶۳؛ محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲: ۱۶۱). هم‌چنین تضمین اصل سرمایه توسط وکیل با قاعده تلازم بین نماء و درک منافات دارد؛ زیرا سرمایه ملک موکل است و سود در ملک وی حاصل می‌شود، به‌این ترتیب موکل، خود باید زیان وارد بر سرمایه را نیز متحمل گردد.

بنابراین با توجه به نوع همکاری افراد در فعالیت‌های تجاری که تحت عنوان مشارکت، مضاربه و یا وکالت است، بهره‌مندی افراد از سود حاصل و یا متضرر شدن آنان از زیان فعالیت انجام شده، متفاوت خواهد بود. در هر یک از انواع اوراق استصناع نیز پس از مشخص نمودن جایگاه اوراق در ذیل یکی از این عناوین (مشارکت، مضاربه یا وکالت) و اجرای قاعده ملازمه بین نماء و درک، حکم سود و زیان مترتب بر آن و در نتیجه تضمین پرداخت مبلغ اسمی اوراق واضح خواهد شد.

۲. تضمین پرداخت مبلغ اسمی در اوراق استصناع

واسط در اوراق استصناع، پرداخت مبلغ اسمی اوراق را در سررسید و یا در صورتی که خساراتی به پروژه وارد شود، تضمین می‌کند. دارنده اوراق در فرض افزایش قیمت پروژه تنها حق مطالبه مبلغ اسمی اوراق را در سررسید خواهد داشت و در فرض کاهش ارزش پروژه، از تحمل این خسارات مصون خواهد بود؛ در حالی که طبق قاعده از آنجا که افزایش ارزش پروژه در ملک سرمایه‌گذاران (خریداران اوراق) حاصل می‌شود، این سود متعلق به آنهاست.

طبق قاعده تلازم بین سود و زیان، دارندگان اوراق به عنوان مالک سود حاصل از پروژه، باید خسارات وارد بر آن را نیز متحمل شوند؛ اما تضمین ارائه شده توسط واسط، مانع از اجرای این قواعد در فرآیند انتشار اوراق استصناع می‌شود. با توجه به توضیحات فوق لازم است در هر یک از انواع اوراق استصناع، حکم تضمین مبلغ اسمی مورد بررسی قرار گیرد.

۲-۱. تضمین پرداخت مبلغ اسمی توسط واسط

با توجه به تفاوت ماهوی بین انواع اوراق استصناع، حکم تضمین اصل سرمایه توسط واسط، در هر یک از انواع این اوراق به صورت مجزا بررسی خواهد شد.

۱-۱-۲. تضمین پرداخت مبلغ اسمی توسط واسط، در اوراق استصناع تنزیلی

همان‌طور که در توضیح فرآیند انتشار اوراق استصناع تنزیلی بیان شد، سرمایه‌گذاران در بازار اولیه، دین حاصل از قرارداد استصناع بین بانی و واسط را به قیمت کم‌تر از مبلغ اسمی اوراق، تهیه می‌کنند. به این صورت که بانی به عنوان سفارش‌دهنده، مسئول پرداخت هزینه ساخت کالا در قرارداد استصناع می‌باشد؛ اما به جای پرداخت وجه نقد، اوراقی که میزان بدهی وی به واسط را بیان می‌کند، با سررسید مشخص به وی ارائه می‌نماید.

واسط به عنوان دائن در قرارداد استصناع، برای تبدیل این اوراق به وجوه نقد، آنها را به قیمتی کم‌تر از مبلغ اسمی به خریداران، در بازار اولیه می‌فروشد. بدین ترتیب خریداران، مالک کل دین در ذمه بانی شده و در سررسید حق مطالبه کل دین را از بانی دارند.

واسط در این فرآیند، پرداخت مبلغ اسمی اوراق استصناع در سررسید را به نفع خریداران تضمین می‌نماید. این تضمین باعث می‌شود، اگر ارزش بازاری پروژه در سررسید افزایش یابد،

خریداران اوراق از این ارزش افزوده، بی بهره باشند و حق مطالبه مبلغی بیش از قیمت اسمی اوراق را نداشته باشند، و در صورتی که پروژه در اثر خسارات وارده ارزشی کم تر از مجموع ارزش اسمی اوراق، پیدا کند، این خسارات در میزان مطالبه خریداران اوراق نیز تأثیر نخواهد داشت و آنان در هر حال حق مطالبه کل مبلغ اسمی اوراق را دارند.

هر چند تضمین اصل سرمایه طبق آنچه بیان شد، صحیح نیست؛ اما با توجه به موارد آتی، این تضمین از جانب واسط در اوراق استصناع تنزیلی مانعی نخواهد داشت:

اول: در اوراق استصناع مبتنی بر تنزیل رابطه حقوقی بین واسط و سرمایه گذاران، رابطه خریدار و فروشنده می باشد. به این ترتیب واسط، شریک (در عقد شرکت)، عامل (در عقد مضاربه) یا وکیل (در عقد وکالت) دارندگان اوراق نیست، تا تضمین مبلغ اسمی اوراق توسط وی، برخلاف قواعد مذکور در این عقود (تلازم بین نماء و درک و امین بودن شریک و عامل و وکیل) باشد. دوم: در فرآیند انتشار اوراق استصناع تنزیلی، دارندگان اوراق، خریدار دین حاصل از قرارداد استصناع می باشند. در بیع دین، خریدار، تنها مالک دین در ذمه مدیون می شود و نسبت به سبب ایجاد دین، هیچ گونه حقی نخواهد داشت.^{۱۰} دارندگان اوراق استصناع نیز تنها مالک دین در ذمه بانی شده و نسبت به پروژه که سفارش ساخت آن، سبب ایجاد دین بر عهده بانی است، هیچ گونه مالکیتی نخواهند داشت.

با توجه به توضیحات فوق افزایش ارزش پروژه در ملک خریداران اوراق حاصل نمی شود، تا آنان حق مطالبه سود حاصل از این افزایش ارزش را داشته باشند؛ بلکه این سود در ملک بانی که در اثر عقد استصناع مالک پروژه شده است، حاصل می گردد. حال با توجه به اینکه ارزش افزوده پروژه به عنوان سود متعلق به بانی می باشد، طبق قاعده ملازمه بین سود و زیان، بانی مسئول تحمل خسارات وارد بر پروژه نیز می باشد و دارندگان اوراق همان طور که از منافع پروژه بهره ای ندارند، خسارات وارد بر آن نیز، تأثیری در کاهش میزان مطالبه مبلغ اسمی اوراق برای آنان در پی نخواهد داشت.

سوم: خریدار در بیع دین، حق مطالبه کل مبلغ دین را از مدیون اصلی دارد. در صورتی که مدیون در سررسید به هر دلیلی — مانند عدم تحویل پروژه به وی یا معیوب بودن پروژه و ... — از ادای دین استنکاف ورزد، طبق تصریح فقها، خریدار دین، حق مراجعه به دائن اولیه (فروشنده)

برای دریافت مبلغ بدهی را خواهد داشت؛ زیرا بایع ثمن را دریافت نموده و مسئول پرداخت مبیع به مشتری می‌باشد^{۱۱} (شیخ طوسی، ۱۴۰۰: ۳۱۱).

در اوراق استصناع نیز، واسط به عنوان فروشنده دین، پس از دریافت ثمن از خریدار، مسئول پرداخت مبیع (مبلغ اسمی دین) خواهد بود. در صورتی که بانی به هر دلیل، دین را در سررسید به مشتری نپردازد، خریدار اوراق، حق مراجعه به واسط را دارد.

با توجه به توضیحات فوق، واسط حتی در صورت عدم تضمین پرداخت مبلغ اسمی اوراق در سررسید، با استنکاف بانی از پرداخت مبلغ دین، چنین مسئولیتی خواهد داشت. بدین ترتیب تضمین پرداخت مبلغ اسمی توسط واسط، نه تنها با مقتضای فرآیند بیع دین منافات ندارد؛ بلکه طبق قواعد در هر بیعی بایع مسئول پرداخت مبیع به مشتری می‌باشد و چنین تضمینی در بیع دین نیز وجود دارد.

هم‌چنین خریداران اوراق در بازار ثانویه، در صورت عدم استیفای دین، می‌توانند به فروشندگان قبلی مراجعه نمایند، که در نهایت فروشنده اصلی دین، یعنی واسط مسئول پرداخت خواهد بود.

۲-۱-۲. تضمین پرداخت مبلغ اسمی توسط واسط، در اوراق استصناع به همراه اجاره به شرط تملیک

در فرآیند انتشار اوراق استصناع به همراه اجاره به شرط تملیک، ابتدا بانی تعهد به اجاره و تملیک نهایی پروژه ساخته شده توسط واسط می‌نماید. واسط پس از گفتگوهای مقدماتی با پیمانکار طبق مبلغ توافق شده با وی، به انتشار اوراق استصناع و واگذاری آن به خریداران، جهت تأمین هزینه پروژه اقدام می‌کند. سرمایه‌گذاران با خرید این اوراق به عنوان سفارش‌دهنده در عقد استصناع، مالک سهم مشاعی از پروژه خواهند شد. در این فرآیند، واسط به عنوان وکیل از طرف سرمایه‌گذاران قرارداد استصناع را به هزینه آنان و با پیمانکار منعقد می‌نماید. به علاوه، واسط برای اطمینان خاطر سرمایه‌گذاران، تعهد به پرداخت مبلغ اسمی اوراق، در سررسید می‌نماید. خریداران اوراق نیز در سررسید حق مطالبه مبلغی بیش از قیمت اسمی اوراق را نخواهند داشت. تعهد واسط به پرداخت مبلغ اسمی اوراق در سررسید، در دو فرض افزایش و کاهش ارزش پروژه، با اشکال مواجه می‌باشد:

اشکال اول: در فرض افزایش ارزش پروژه

پروژه، ملک مشاع دارندگان اوراق می‌باشد. به این ترتیب اگر ارزش آن تا سررسید افزایش یابد، از آنجا که این افزایش در ملک خریداران حاصل شده، باید متعلق به آنان باشد؛ در حالی که واسط خود را، تنها به پرداخت قیمت اسمی اوراق متعهد نموده و دارندگان اوراق در سررسید، حق مطالبه ارزش افزوده پروژه را نخواهند داشت. اگر بانی، پروژه را به مجموع قیمت اسمی اوراق، تملیک کند ارزش افزوده داخل در ملک وی می‌شود و در صورتی که بانی به قیمت واقعی، پروژه را تملیک کند، و واسط تنها موظف به پرداخت مبلغ اسمی اوراق به دارندگان آن باشد، مابه‌التفاوت این دو قیمت به نفع واسط خواهد بود. و در هر صورت خریداران اوراق، از ارزش افزوده بی‌بهره می‌باشند.

پاسخ به اشکال اول: واسط ضمن انعقاد قرارداد استصناع - به وکالت از سرمایه‌گذاران - با پیمان کار، در مورد اجاره و تملیک نهایی پروژه به بانی نیز از خریداران اوراق، وکالت می‌گیرد. واسط می‌تواند این وکالت را به تملیک پروژه به قیمت اسمی اوراق، مقید نماید. با توجه به اینکه وکالت بر تملیک به قیمت معین، در ضمن عقد لازم استصناع، بیان شده است، سرمایه‌گذاران به انجام مفاد آن ملزم می‌باشند و در حقیقت سرمایه‌گذاران با پذیرش این شرط، حق خود را اسقاط نموده‌اند. اما در صورتی که وکالت بر تملیک، مقید به قیمت اسمی اوراق نگردد، یا به دلیلی عمل به آن بر سرمایه‌گذاران لازم نباشد، سرمایه‌گذاران حق مطالبه ارزش بازاری پروژه را خواهند داشت و بدین ترتیب طبق قاعده، ارزش افزوده آن داخل در ملک دارندگان اوراق خواهد شد.

اشکال دوم: در فرض کاهش ارزش پروژه

همان‌طور که طبق قاعده، دارندگان اوراق باید از افزایش قیمت پروژه بهره‌مند گردند، به دلیل اصل تلازم میان نماء و درک، اگر پروژه با خسارت یا کاهش قیمت روبه‌رو شود، خریداران اوراق به عنوان مالکان مشاع پروژه که از منافع آن بهره‌مند می‌شوند، موظف به تحمل این زیان می‌باشند؛ اما واسط با تعهد به پرداخت مبلغ اسمی در سررسید، زیان‌های وارد بر پروژه را، خود متحمل می‌گردد. در حالی که واسط در فرآیند انتشار این نوع اوراق، به وکالت از خریداران اوراق، به انعقاد قرارداد استصناع با پیمان کار اقدام نموده است. در عقد وکالت نیز، وکیل امین محسوب

می‌شود و جز در صورت تعدی و تفریط، مسئولیتی به عهده ندارد. در نتیجه این تعهد خلاف مقتضای عقد وکالت است.

پاسخ به اشکال دوم: هر چند وکالت عقد امانی است و وکیل جز در صورت تعدی و تفریط ضامن نمی‌باشد؛ اما باید توجه داشت شرط ضمان در آن، مخالف مقتضای عقد نیست؛ زیرا در این نوع عقود، امانی بودن، اقتضای ضمان ندارد؛ نه اینکه اقتضای عدم ضمان داشته باشد. بدین ترتیب نفس عقد وکالت با توجه به امانی بودن، اقتضای ضمان ندارد؛ لکن می‌توان به سبب دیگری مانند شرط، ضمان را در آن داخل نمود. برخی از فقها این مطلب را در مورد صحت شرط ضمان، در عقود امانی مانند وکالت، عاریه، اجاره و رهن تصریح نموده‌اند (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۳: ۲۷۱ و ج ۷: ۷۸؛ شهید صدر، ۱۴۰۱: ۱۹۴).^{۱۲}

در صورت عدم پذیرش این پاسخ، می‌توان گفت، هر چند واسط به عنوان وکیل و امین، نمی‌تواند تعهد به ضمان مبلغ اسمی اوراق نماید؛ اما تضمین سرمایه‌گذاران توسط واسط به صورت داوطلبانه و به عنوان شخص ثالث در معامله، توسط واسط بلاشکال خواهد بود.^{۱۳} به این صورت که واسط جبران ضرر احتمالی وارده به اصل سرمایه را به صورت شرط فعل در قرارداد می‌گنجانند و متعهد می‌گردد در صورتی که خسارتی متوجه صاحبان سرمایه شود آن را از اموال خود جبران نماید (تسخیری، ۱۳۸۶: ۱۸-۱۹).

۲-۲. تضمین پرداخت مبلغ اسمی توسط ثالث

حکم تضمین پرداخت مبلغ اسمی اوراق توسط شخص ثالث نیز با توجه به نوع معامله‌ای که بین سرمایه‌گذاران و واسط صورت می‌گیرد متفاوت خواهد بود.^{۱۴}

۲-۲-۱. تضمین پرداخت مبلغ اسمی توسط ثالث در اوراق استصناع مبتنی بر تنزیل

در عقد بیع، بایع موظف به تسلیم مبیع است. هر گاه بایع تعهد به تسلیم مبیع در آینده نماید، مبیع به صورت دین در ذمه وی قرار می‌گیرد. پرداخت هر دینی را شخص ثالث می‌تواند ضمانت نماید^{۱۵} (بحرانی، ۱۴۲۸: ۳۹۴؛ امامی، ۱۳۷۴، ج ۲: ۲۶۰). در اوراق استصناع تنزیلی رابطه واسط و سرمایه‌گذاران، رابطه بایع و مشتری است. واسط (بایع) تعهد به تسلیم مبیع (مبلغ دین) در سررسید

دارد، شخص ثالث می‌تواند - اعم از اینکه حقیقی یا حقوقی باشد - پرداخت آن را در سررسید تضمین نماید و این تضمین قطعاً بلا مانع است.

۲-۲-۲. تضمین پرداخت مبلغ اسمی توسط ثالث در اوراق استصناع به همراه اجاره به شرط تملیک

در این فرض تعهد به پرداخت مبلغ اسمی اوراق در سررسید، از طریق نهادهای بیمه‌گذار امکان دارد. به این صورت که دارایی حاصل از عقد استصناع (پروژه) با پرداخت مبلغی در مقابل زیان‌های وارده بیمه می‌شود. باید توجه داشت، این تضمین در فرض ورود خسارت یا زیان‌های دیگر، باعث می‌شود پروژه با قیمت اسمی اوراق خریداری شده و در نتیجه هر یک از دارندگان به اصل سرمایه خود دست می‌یابد؛ اما این تضمین در فرض افزایش قیمت پروژه نمی‌تواند دلیلی بر عدم استحقاق دارندگان اوراق نسبت به ارزش افزوده پروژه گردد؛ زیرا همان‌طور که قبلاً گفتیم پروژه ملک مشاع دارندگان اوراق بوده و هر گونه افزایش ارزش، در ملک آنان حاصل می‌شود و متعلق به آنان است.

بدین ترتیب در اوراق استصناع نیز می‌توان، نهادی مستقل از بانی و واسطه را برای تضمین پرداخت مبلغ اسمی اوراق در نظر گرفت.

نتیجه‌گیری

۱- دریافت مبلغ اسمی اوراق استصناع تنزیلی در سررسید، توسط سرمایه‌گذاران صحیح است؛ زیرا به تصریح فقهای امامیه و با تأیید شورای نگهبان، خریدار دین در سررسید مستحق دریافت کل مبلغ دین می‌باشد؛ هرچند قیمت کم‌تری را برای خرید دین پرداخته است.

هم‌چنین در بیع دین در صورتی که مدیون در سررسید به هر دلیل از ادای دین خودداری نماید، خریدار دین با توجه به مسئولیت بایع به تأدیه مبیع، حق مراجعه به دائن به عنوان بایع در بیع دین را خواهد داشت. به این ترتیب، تضمین اصل سرمایه توسط ناشر اوراق استصناع تنزیلی مطابق با مسئولیت بایع نسبت به تأدیه مبیع می‌باشد.

۲- با توجه به اینکه با فروش اوراق به سرمایه‌گذاران، ناشر، پرداخت مبیع (دین ناشی از عقد استصناع) را به صورت دین مؤجل به عهده دارد؛ هر شخص ثالثی می‌تواند پرداخت مبلغ اسمی

اوراق استصناع را در سررسید تضمین نماید. بدین ترتیب، تضمین اصل سرمایه (مبلغ پرداختی جهت خرید اوراق) و سود متعلق به اوراق (مابه‌التفاوت قیمت خرید اوراق و مبلغ اسمی مندرج در آن) با اشکال مواجه نخواهد بود.

۳- در فرآیند انتشار اوراق استصناع تنزیلی دارندگان اوراق به عنوان خریدار دین تنها مالک دین در ذمه مدیون شده و نسبت به سبب ایجاد دین، یعنی پروژه سفارش داده شده هیچ‌گونه مالکیتی نخواهند داشت. به این ترتیب، افزایش یا کاهش ارزش پروژه در میزان مطالبه آنها از بانی تأثیری نخواهد داشت.

۴- از آنجا که دارندگان اوراق استصناع به همراه اجاره به شرط تملیک مالکان مشاع پروژه می‌باشند، در صورت افزایش قیمت پروژه نسبت به مبلغ اسمی اوراق، حق مطالبه این ارزش افزوده را خواهند داشت؛ زیرا طبق قاعده ملازمه بین نماء و درک، مالک عین همان‌طور که متحمل خسارات وارد بر عین می‌شود، مستحق برخورداری از افزایش ارزش عین نیز خواهد بود. البته در صورتی که واسط وکالت بر اجاره و تملیک نهایی پروژه به بانی را به قیمت اسمی اوراق مقید نماید؛ پرداخت مبلغ اسمی اوراق بدون برخورداری از ارزش افزوده پروژه قابل توجیه است؛ در غیر این صورت تضمین اصل سرمایه در سررسید، دلیلی بر عدم استحقاق دارندگان اوراق نسبت به ارزش افزوده پروژه نخواهد بود.

۵- کاهش ارزش پروژه نسبت به قیمت اسمی اوراق استصناع به همراه اجاره به شرط تملیک، باید به مالکان مشاع آن، یعنی سرمایه‌گذاران وارد شود و واسط به عنوان وکیل در انعقاد عقد استصناع، مسئول جبران خسارات نخواهد بود؛ مگر اینکه به صورت یک شخص ثالث پرداخت مبلغ اسمی اوراق را به عهده بگیرد.

پی‌نوشت‌ها

۱. با توجه به اینکه هدف اصلی در مقاله حاضر اثبات صحت شرعی عقد استصناع نمی‌باشد، از ذکر ادله در این باره صرف‌نظر نموده و صحت شرعی این عقد را مفروض دانسته و صرفاً موضوع چالش انگیز تضمین اصل سرمایه در اوراق استصناع بررسی می‌شود.
۲. برای مثال وزارت‌خانه‌ای ساخت و تحویل یک فرودگاه بین‌المللی را به یک شرکت واسط سفارش می‌دهد. شرکت واسط پس از دریافت سفارش با بانک وارد معامله می‌شود و ساخت فرودگاه را با

انعقاد یک قرارداد استصناع به عهده بانک قرار می‌دهد. بانک متعهد می‌شود در قبال مبلغ مشخصی که در طول زمان‌بندی معین (برای مثال ده سال) دریافت می‌کند، طرح را در مدت سه سال بسازد و تحویل دهد. سپس بانک، برای ساخت کالا با سازنده یا سازنده‌های دیگر (پیمانکار)، قرارداد استصناع دوم را منعقد می‌کند. این قرارداد می‌تواند در زمان‌بندی متفاوت از استصناع اول باشد.

۳. برای مثال شهرداری در راستای نوسازی بافت‌های فرسوده شهر، متعهد می‌شود؛ چنانچه شرکت واسط ۱۰۰۰ واحد مسکونی در مناطق قدیمی شهر بسازد؛ آنها را در مقابل هزار میلیارد ریال به صورت اجاره به شرط تملیک از وی اجاره خواهد کرد. واسط بر اساس قرارداد استصناع، ساخت پروژه را به پیمانکار خاصی واگذار می‌کند. پیمانکار متعهد می‌گردد پروژه را طبق زمان‌بندی مشخص (مثلاً سه ساله) در مقابل پانصد میلیارد ریال تحویل دهد. سپس واسط اوراق استصناعی منتشر می‌کند و از طریق بانک سرمایه‌گذاری یا شرکت تأمین سرمایه این اوراق را به عموم عرضه می‌نماید. آنگاه از محل وجوه به دست آمده، به وکالت از طرف صاحبان اوراق، قیمت قرارداد استصناع را به پیمانکار می‌پردازد. شهرداری نیز با واگذاری (اجاره به شرط تملیک) تدریجی واحدهای مسکونی به متقاضیان، اوراق استصناع را تسویه می‌کند.

۴. قاعدة «الملازمة بين النماء والدرك»

۵. «سَمِعْتُ أَبَا الْجَارُودِ يَسْأَلُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ^(ع) عَنْ رَجُلٍ بَاعَ دَارًا لَهُ مِنْ رَجُلٍ وَكَانَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الرَّجُلِ الَّذِي اشْتَرَى مِنْهُ الدَّارَ حَاصِرٌ فَشَرَطَ إِنَّكَ إِنِ اتَّيْنِي بِمَالِي مَا بَيْنَ ثَلَاثِ سِنِينَ فَلَدَارُكَ دَارُكَ فَأَتَاهُ بِمَالِهِ قَالَ لَهُ شَرْطُهُ قَالَ لَهُ أَبُو الْجَارُودِ فَإِنَّ ذَلِكَ الرَّجُلَ قَدْ أَصَابَ فِي ذَلِكَ الْمَالِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ قَالَ هُوَ مَالُهُ وَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ^(ع) أَرَأَيْتَ لَوْ أَنَّ الدَّارَ اخْتَرَقَتْ مِنْ مَالٍ مَنْ كَانَتْ تَكُونُ الدَّارُ دَارَ الْمُشْتَرِي.»

۶. «قُلْتُ لِأَبِي إِبْرَاهِيمَ ^(ع) الرَّجُلُ يَرْهَنُ الْعُلَامَ وَالدَّارَ، فَتُصِيبُهُ آفَةٌ عَلَى مَنْ يَكُونُ؟ قَالَ عَلَى مَوْلَاهُ... ثُمَّ قَالَ أَرَأَيْتَ لَوْ كَانَ ثَمَنُهُ مِائَةَ دِينَارٍ فَرَادَ وَبَلَغَ مِائَتِي دِينَارٍ لِمَنْ كَانَ يَكُونُ؟ قُلْتُ لِمَوْلَاهُ قَالَ كَذَلِكَ يَكُونُ عَلَيْهِ مَا يَكُونُ لَهُ.»

۷. «إذا اشترط المالك على العامل ضمان رأس المال لو تلف، فالظاهر عدم صحة الشرط، لمخالفة لمقتضى العقد، ومخالفته لقاعدة التلازم بين الضمان والملک المستفاد من قوله صلى الله عليه وآله الخراج بالضمان، لأن المفروض أن المال باق على ملك المالك والربح له أيضا، غاية الأمر تعاقد بمقدار منه في مقابل عمل الآخر.»

۸. زیان وارد بر عامل در فرض ایراد خسارت، بی ثمر بودن فعالیت وی می‌باشد.

۹. «الوكيل أميناً لا يضمن ما تلف في يده إلا مع التفريط أو التعدى.»

۱۰. در عقد بیع مشتری با پرداخت ثمن، مالک میباید می شود. در بیع دین، بیع عبارت است از دینی که در ذمه مدیون می باشد. بدین ترتیب مشتری با انعقاد بیع دین، مالک آن دین می شود؛ اما حقی نسبت به سبب ایجاد دین نخواهد داشت.
۱۱. «إِنْ وَفَّى الَّذِي عَلَيْهِ الدَّيْنُ الْمُشْتَرَى، وَ إِلَّا رَجَعَ عَلَى مَنْ اشْتَرَاهُ مِنْهُ بِالْدرَكِ».
۱۲. «عدم اقتضاء الأمانة المالكية للضمان غير اقتضائه عدم الضمان».
۱۳. در مبحث آینده صحت تضمین مبلغ اسمی اوراق توسط شخص ثالث بررسی خواهد شد.
۱۴. ماده ۶ دستورالعمل انتشار صکوک استصناع در سیستم بانکی، در اوراق استصناع به همراه اجاره به شرط تملیک تضمین پرداخت مبلغ اجاره بها و بهای خرید دارایی را به عهده ثالثی که از میان مؤسسات اعتباری تحت نظارت بانک مرکزی، بیمه ها، شرکت ها تأمین سرمایه، شرکت های سرمایه گذاری و نهادهای عمومی غیر دولتی انتخاب می شود، گذاشته است. و در تبصره اول همین ماده استقلال ضامن از بانی مورد تأکید قرار گرفته است.
۱۵. «اشتر منه هذا الشيء و أنا ضامن لك بتسليم المبيع، وهو منصوص و مفتی به...».

منابع

- ابن منظور، جمال الدین محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ق). *لسان العرب*، بیروت: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، چاپ سوم.
- احمد بن فارس بن زکریا، ابوالحسن. (۱۴۰۴ق). *معجم مقاییس اللغة*، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول.
- اشتهااردی، علی پناه. (۱۴۱۷ق). *مدارک العروة*، تهران: دار الأسوة للطباعة و النشر، چاپ اول.
- امامی، سید حسن. (۱۳۷۴) *حقوق مدنی*، تهران: کتابفروشی اسلامی، چاپ دوازدهم.
- بحرانی، محمد سند. (۱۴۲۸ق). *فقه المصارف و النقود*، قم: مکتبه فذک، چاپ اول.
- تسخیری، محمد علی. (پاییز ۱۳۸۶) «مبانی شرعی اوراق بهادار اسلامی»، *فصلنامه اقتصاد اسلامی*، شماره بیست و هفتم.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۸۲) *صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق*، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ اول.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). *وسائل الشیعه*، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ اول.

- حسینی شیرازی، سید محمد. (بی تا) *ایصال الطالب إلى المكاسب*، تهران: منشورات اعلمی، چاپ اول.
- رشتی گیلانی نجفی، میرزا حبیب الله. (۱۴۰۷ق.) *فقه الإمامیه: قسم الخیارات*، قم: کتابفروشی داوری، چاپ اول.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی جبعی عاملی. (۱۴۱۳ق.) *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه، چاپ اول.
- شهید صدر، سید محمد. (۱۴۲۰ق.) *ماوراء الفقه*، بیروت: دار الأضواء للطباعة و النشر و التوزیع، چاپ اول.
- _____. (۱۴۰۱ق.) *البنک اللاریوی، بیروت: دار التعارف للمطبوعات*، چاپ هفتم.
- شیخ انصاری، مرتضی محمد بن امین. (۱۴۱۵ق.) *کتاب المكاسب*، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول.
- شیخ طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق.) *المبسوط فی فقه الإمامیه*، تهران: المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه، چاپ سوم.
- _____. (۱۴۰۰ق.) *النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی*، بیروت: دار الکتاب العربی، چاپ دوم.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۱۹ق.) *العروة الوثقی*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول.
- کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق.) *الکافی*، تهران: دار الکتب الإسلامیه، چاپ چهارم.
- محقق حلّی، نجم الدین جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق.) *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم.
- مصوبات کمیته فقهی سازمان بورس و اوراق بهادار WWW.RDIS/RECORDSKE.ASP.
- موسویان، سید عباس. (پاییز و زمستان ۱۳۸۶) «اوراق بهادار استصناع: مکمل بازار سرمایه ایران»، دو فصلنامه جستارهای اقتصادی، سال چهارم، شماره ۸.
- _____. (۱۳۸۹) «نقش اوراق استصناع در تأمین مالی مسکن»، مجموعه مقالات گفتارهایی درباره اوراق بهادار (صکوک)، به اهتمام مجتبی کاوند. تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، چاپ اول.
- موسوی بجنوردی، سید حسن. (۱۴۱۹ق.) *القواعد الفقهیه*، قم: نشر الهادی، چاپ اول.
- موسوی خمینی، سید روح الله. (۱۴۲۱ق.) *کتاب البیع*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ع)، چاپ اول.

- _____ . (بی تا) *تحریر الوسیلہ*، قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم، چاپ اول.
- مؤمن قمی، محمد. (۱۴۱۵ق.). *کلمات سدیدہ فی مسائل جدیدہ*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول.
- نظر پور، محمد نقی. (تابستان ۱۳۸۵) «عملیات بازار باز از طریق اوراق استصناع، مشکلات و راه حل ها»، فصلنامه تخصصی اقتصاد/اسلامی، شماره ۲۲.

تشکیلات قضایی اسلامی و پیشنهاد تنوع دادگاه

محمد جعفری هرنندی^۱

چکیده: جهان امروز نسبت به گذشته دچار دگرگونی‌ها و تحولات فراوانی گشته است. بسیاری از امور مأنوس در نزد انسان دیروز، امروز با رویه‌ای کاملاً متفاوت صورت می‌پذیرد. نحوه قضا و داوری اسلامی، بخشی از احکام فقهی است که هنوز تحولی در آن صورت نگرفته است. پرسش ما در این مقاله این است که آیا با عنایت به تحولات عصری، نیازی به تغییر در شیوه امر قضا و تشکیلات قضایی اسلامی وجود دارد؟

در پاسخ به این سؤال نویسنده بر آن است تا با در نظر گرفتن مبانی دینی و به‌خصوص مشروع بودن قاضی تحکیم فی‌الجمله و تفکیک داوری در حق‌الله و حق‌الناس در مسائل فقهی و با طرح این موضوع که حقوق اجتماعی امری سواى حق‌الله می‌باشد، اثبات نماید که می‌توان دادگاه‌های متنوعی به اقتضای دعاوی مطروحه مبتنی بر هر یک از: حقوق شخصی افراد، حق‌جامعه و حق‌الله، تعریف کرد که قاضیان رسیدگی کننده به دو نوع حقوق نخست را مردم بر می‌گزینند و برای رسیدگی به حق‌الله و آنچه در مرز آن قرار می‌گیرد از قاضی منصوب از سوی حاکم استفاده خواهد شد.

کلیدواژه‌ها: حق‌الله، حق‌الناس، حق‌جامعه، تشکیلات قضایی، دادرسی، قاضی تحکیم.

مقدمه

هدف از این نوشته پاسخ به این سؤال است که آیا همراه تحولاتی که در جهان صورت گرفته و بسیاری از آنچه بشر در قرون گذشته بدان مأنوس شده و هم اکنون به طور کل متحول گشته، نحوه قضا و داوری اسلامی هم که جایگاه ویژه‌ای در احکام فقهی دارد – اگر نیاز به تحول آن احساس شود – قابل تحول است یا نه؟

۱. دانشیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد یادگار امام خمینی^(ره) شهر ری

بی‌شک پاره‌ای از مبانی دینی چه نیاز به تغییر آن احساس شود یا نه، به هیچ وجه قابل تغییر نیست و در مقابل بعضی از احکام دینی به تبعیت از تغییراتی که در شرایط و موضوعات به وجود می‌آید دچار تحول شده و می‌شود. اکنون باید دید سیستم قضایی اسلام که فضایی بین عبادات و معاملات را به خود اختصاص داده (نجفی، ۱۳۶۸، ج ۴۰: ۵۱)^۱ در کدام یک از آن دو نوع می‌گنجد. یافتن پاسخ این سؤال بیش‌تر بدان جهت ضروری و لازم است که قضا در جامعه بشری و فقه اسلامی اهمیت فوق‌العاده دارد و در طول زمان دچار تحولاتی کند و تند شده است. منتهی نه از نوع تحولی که جامعه جهانی فعلی با آن مواجه است.

در اروپا بعد از رنسانس و حتی کمی پیش از آن مسأله قضا دل‌مشغولی مردم و متفکران شده بود و در نتیجه «حکومت اردالی» به موجب تصمیم چهارمین شورای مذهبی لاتران در سال ۱۲۱۵ میلادی لغو شد و از آن پس کشیشان از شرکت در محاکم منع شدند (داوید، ۱۳۷۵: ۴۴-۴۳). همین امر باعث شد که در قرون هفده و هیجده ابتدا مکتب حقوق فطری و آن گاه مکتب تحقیقی حقوق شکل گیرد که پایه و اساس این مکاتب اندیشه و عقل، و هدف آنها تأمین عدالت است. گرچه عدالت از دیدگاه این دو مکتب متفاوت معنا می‌شود.

چنین تحولاتی منجر بدان گشت تا حقوق و از آن جمله مسأله دادرسی همانند علوم طبیعی تا حدی از قواعد نسبتاً ثابت برخوردار شود و به جای آنکه در کلیسا و با آرمان «ایجاد شهرهای خدایی بر روی زمین» مطرح گردد، در دانشگاه‌ها و با «هدف عدالت و انصاف» دنبال شود و استادان و دانشجویان با ابزار عقل مسائل حقوقی را بررسی نمایند و درصدد ایجاد نظم و عدالت در جامعه برآیند.

گرچه در حوزه اسلامی چنین مشکلاتی پدید نیامد و چندان تعارضی میان یافته‌های عقلی و دینی دیده نشد اما از قرن بیستم میلادی بدین سو و با گسترش مباحث عقلی و فلسفی و آشنایی ملت‌ها با حقوق یکدیگر و تأثیری که فرهنگ غربی همراه تکنولوژی بر باورهای مردم داشت، رفته رفته نوعی تعارض بین حقوق دینی و حقوق عرفی در جامعه اسلامی مشاهده شد. امروزه این تعارض در صحنه سیاسی، ابزاری برای حمله به ارزش‌های دینی گشته که گاه به ناهنجاری‌هایی منتهی می‌شود.

به نظر می‌رسد بهتر باشد پیش از آنکه شرایط ایجاد کند تا در باورها تجدید نظر گردد، هم اکنون و بدون فوت وقت در همه این نوع مسائل نگرشی عمیق و دلسوزانه و به دور از جنجال و

تعصب به خرج داد تا اگر لازم باشد موضعی غیر از آنچه غریبان یا دیگران باور دارند اتخاذ شود. موضعی که ثابت و قاطع و با دوام باشد و اجباری به کنار نهادن یا تعدیل آن به وجود نیاید. یادآور می‌شود که در اوایل انقلاب زنانی که به شغل قضا - حتی دادیاری و بازپرسی - در دادگستری اشتغال داشتند، با این باور که مسند قضا خاص مردان واجد شرایط است، به کارهای اداری وادار شدند و هم اکنون با گذشت چندین سال از پیروزی انقلاب از زنان در چنین منصبی استفاده می‌شود؟!!

غرض خرده گیری بر این تصمیمات نیست، بلکه تذکر این نکته است که هر قدر کار با تأمل و همه جانبه‌نگری انجام شود ضایعات آن کم‌تر خواهد بود. این امر وقتی بیش‌تر ضرورت می‌یابد که باور دینی را همراه داشته باشد. چه تغییر مواضع دینی تا حدی در ایمان و باور نوجوانان و جوانان تأثیر نامطلوب به‌جا خواهد گذاشت. بر این اساس، باید دید قضا در جامعه اسلام آن هم از دیدگاه فقها چه موقعیتی دارد. احکام فقهی که از تقدس ویژه‌ای برخوردار است و انعکاس باورهای دینی مردم متدین محسوب می‌شود، در بستر اجتماع خود را نشان می‌دهد. چه بسا احکام مسلم فقهی است که افراد بعضی از جوامع از وجود آن آگاه نیستند چون موضوع آن احکام در جامعه آنان یا اصلاً وجود ندارد یا به‌ندرت یافت می‌شود. مثلاً، شاید به جرأت بتوان گفت مواردی همچون «ایلاء» و «ظهار» در جامعه ایرانی اصلاً مفهوم نبوده و نیست و لذا اگر موردی برای اجرای چنین احکامی فراهم نشود مانعی ندارد؛ یا بحث «ولاء» و «ضمان جریره» مدت‌هاست در جامعه اسلامی فراموش شده چون مردم نیازی به ایجاد چنین عقدی نداشته‌اند. از سویی، پاره‌ای از احکام اگرچه موضوعات آنها مبتلا به است ولی مردم رغبتی بدان نداشته و گاه از آنها دوری می‌گزینند با اینکه شاید تا حدی مورد تأکید هم باشد، مانند نکاح منقطع.

منظور از ذکر این مطلب این است که جامعه خود به خود اهمیت احکام دینی را به لحاظ نیازی که بدان دارد، تعیین می‌کند. البته نباید فراموش کرد که در پاره‌ای از موارد، باور دینی برای مردم تکالیفی مقرر داشته - جامعه بخواهد یا نخواهد - و تخلف از چنین تکالیفی را موجب عقاب اخروی یا مجازات دنیوی دانسته است. اما همین احکام هم به تفاوت در جوامع مورد اقبال یا ادبار قرار می‌گیرد.

بر این اساس، وقتی ضرورت بازبینی در احکام فقهی مطرح می‌شود لازم است علاوه بر دیدگاه فقها و منابع اصلی حکم، به چگونگی آن حکم در تاریخ یا چگونگی عمل مردم بدان توجه ویژه

شود. دادرسی اسلامی از جمله اموری است که جایگاه اجتماعی مداوم، زنده، پویا و مورد نیاز همگان داشته و می‌طلبد که هنگام بررسی جوانب مختلف آن به تاریخ اجتماعی مسلمانان با نگرش همه جانبه توجه شود.

هدف از این نوشته آن است که با عنایت به باورهای دینی و سابقه دادرسی در جامعه اسلامی از یک سو، و موازین فقهی مجمع‌علیه یا مشهور فقها از سوی دیگر، و با در نظر گرفتن شرایط اجتماعی فعلی از ناحیه دیگر، اقتراحاتی را در ایجاد تشکیلات جدید مطرح سازد. بدین ترتیب تمام مباحث مورد نظر در دو بخش مطرح خواهد شد:

بخش اول: تشکیلات قضایی در اسلام؛

بخش دوم: تنوع دادگاه‌ها با توجه به نوع حقوق.

۱. تشکیلات قضایی در اسلام

منظور از تشکیلات، مجموعه‌ای از افراد و اداره‌ها و سازمان‌هایی است که تحت یک نظام هدف خاصی را دنبال می‌کنند. تشکیلات قضایی مجموعه‌ای است که هدف آن دادرسی میان مردم یا میان مردم و دولت است. بدین ترتیب شامل: دادگاه‌ها، دادرها، قسمت‌های اداری دادگستری و قسمتی از تشکیلات پلیس و نیروی انتظامی و نظامی مرتبط با امور قضا می‌شود.

هم اکنون دستگاه قضایی عملاً به سه قسمت عمده تقسیم می‌شود که هر قسمت برای خود زیر مجموعه‌ای دارد و در ارتباط با قوای دیگر از موازین ویژه‌ای تبعیت می‌نماید. این سه قسمت عبارت است از:

۱- دادگاه‌ها و دادرها و به طور کل مجموعه‌ای که امر دادرسی و قضا را عهده‌دار است.

۲- قسمت اداری که عموماً در جهت تسهیل کار قضا و امر داوری است و بدون آنکه بتواند یا بخواهد در کار داوری دخالت نماید به انجام خدماتی می‌پردازد که قاضیان و دادگاه‌ها و مراجعان نیاز دارند. عمده وظایف این قسمت تأمین و تخصیص بودجه و فراهم نمودن مکان، پرسنل و ابزار برای امر قضا است.

۳- پلیس قضایی یا نیروی اجرایی که در اجرای احکام و دستورات قضات به کار گرفته می‌شود و در بعضی از کشورها پلیس به طور عام چنین وظیفه‌ای را عهده‌دار است.

در جامعه نخستین اسلام، به دلیل ابتدایی بودن، چنین تشکیلات و تفکیک وظایفی وجود

نداشت و همه وظایف مزبور به عهده حکومت بود و حکومت هم در پیامبر (ص) یا جانشین او و یعنی خلیفه خلاصه می‌شد. رفته رفته و با گسترده‌گی جامعه اسلامی وظایف و امور یاد شده - نه در حد گستره کنونی - با کسب مشروعیت از سوی دستگاه خلافت، به نوعی تفکیک و استقلال نایل گشت.

پیش از اسلام، در جامعه عرب کاهنان و عاقلان قوم کار قضاوت را عهده‌دار بودند و مردم داوطلبانه در مخاصمات کسی را که شایسته قضاوت می‌دانستند با توافق به داوری برمی‌گزیدند. پس از آمدن پیامبر اسلام (ص) به مدینه، به موجب پیمان نامه‌ای که میان آن حضرت و مسلمانان و یهودیان و دیگر ساکنان آن شهر به وجود آمد، مقرر شد رسول خدا (ص) در مسائل اختلافی، قاضی باشند و در همین زمان بود که بعضی از مسلمانان به اتکای عادت جاهلیت می‌خواستند دعوای خود را نزد دیگری ببرند که آیه ۶۰ سورة النساء نازل شد^۲ و این کار را سرزنش کرده و داوری طاغوت را گمراهی خواند.

زمانی که پیامبر (ص) بین مردم بود دعوای نزد او مطرح می‌شد یا آن حضرت کسی را بدین امر منصوب می‌فرمود. پس از رحلت پیامبر (ص) تا زمانی که جامعه اسلامی توسعه نیافته بود کار قضا به عهده خلیفه بود. منتهی خلیفه در اموری که تصریح و نصی از کتاب و سنت نمی‌یافت نظر مشورتی اصحاب را می‌گرفت و آنگاه اقدام به صدور رأی می‌کرد.

مرحوم احمد امین در کتاب فجر الاسلام از المبسوط سرخی نقل می‌کند که «عمر با اصحاب مشورت می‌کرد تا بدان جا که چون دعوایی نزدش طرح می‌شد می‌گفت علی را نزد من فراخوانید، زید را نزد من بیاورید،... و آن‌گاه با آنان مشورت می‌کرد و سپس برابر آنچه آنان اجماع می‌کردند رأی می‌داد» (احمد امین، ۱۹۶۴: ۲۳۹).

هنگامی که عیدالله بن عمر به خون‌خواهی پدر، جفینه را که نصرانی بود کشت، عثمان پس از احراز منصب خلافت با مهاجر و انصار به رأی زنی پرداخت تا مجازات عیدالله را که بدون حکم قاضی یک فرد را کشته بود تعیین کنند. همه مهاجر و انصار طرف مشورت، بر آن بودند که باید عیدالله به قتل برسد، اما عمرو بن عاص به عثمان گفت چون حادثه در زمانی رخ داده که وی ولایت مسلمانان را نداشته نباید چنین مجازاتی را اجرا نماید. اتفاقاً بعضی از فقهای اهل سنت با استناد به چنین رویدادی برآنند که قتل عمد موجب قصاص است ولو آنکه قاتل مسلمان و مقتول ذمی باشد.

وقتی جامعه اسلامی توسعه یافت به ناچار خلیفه قاضیانی را برای این امر منصوب می کرد و آنان در سرزمین های اسلامی که به دور از مرکز خلافت بود با کسب مشروعیت از خلیفه به داوری بین مردم می پرداختند.

تعیین قاضیان برای شهرها و سرزمین های اسلامی از زمان خلیفه دوم آغاز شد و این امر بدان جهت بود که کشور اسلامی گسترش یافت و امکان نداشت که یک نفر، یعنی خلیفه به تمام مراجعات و جرایم رسیدگی کند. قاضیان علاوه بر آنکه به دعاوی و تعیین مجازات مجرمین می پرداختند، در اموری که کتاب و سنت حکم آن را تعیین نکرده بود دست به اجتهاد می زدند و به رأی خود عمل می کردند و در واقع قاضی در چنین شرایطی هم مفتی و هم داور بود.

همراه توسعه جامعه اسلامی، تفکیک امور ضرورت بیش تری یافت و در پی همین توسعه بود که سمت تصدی بیت المال از والی گری جدا شد چنانکه قضا هم از حکومت منفک گشت. البته در زمان خلفای راشدین، در شهر مدینه، امر قضا و اداره بیت المال همراه حکومت کلی بر جهان اسلام به عهده خلیفه بود، ولی بعد از آنان حتی در مرکز حکومت اسلامی هم رفته رفته این گونه امور از هم جدا شد. گسترده گی جهان اسلام و دوری مراکز از یکدیگر و پیشامدهای متنوع موجب گشت تا قاضیان برای حل و فصل امور به اجتهاد دست بزنند و در پی اجتهاد آنان طبیعی بود که اختلاف آرا پدید می آید.

در نهج البلاغه، کلام ۱۸، آمده است:

دعوی نزد یکی از آنان (قضات) برند و او رأی خود را در آن می گوید و همان دعوا را بر دیگری عرضه می کنند و او به خلاف وی راه پوید. پس قاضیان فراهم می شوند و نزد امامی که آنان را به قضا گمارده می روند و او رأی همه را صواب می شمارد. در حالی که خدای آنان یکی است پیامبرشان یکی است و کتابشان یکی است.

حضرت علی^(ع) در این گفتار قاضیان را بر اختلاف رأی مذمت کرده و این می رساند که چنین اختلافی از آن زمان آغاز شده بود. بعدها این اختلافات بالا گرفت به خصوص که قاضیان تقوی و پارسایی یاران پیامبر^(ص) را نداشتند. ابن مقفع، دانشمند ایرانی ژرف نگری که دوره اموی و عباسی را درک کرده بوده، در کتاب رساله الصحابة به آشفته گی امر قضا در زمان خود (نیمه اول قرن دوم هجری) پرداخته و می گوید:

در دادرسی، قانون حاکم نیست و حکم هر واقعه‌ای بستگی به رأی قاضیان دارد و در نتیجه احکام متناقضی حتی در یک شهر از سوی قاضیان صادر می‌شود و چه بسا خون‌ها و نوامیسی در ناحیه‌ای از کوفه حلال شمرده می‌شود و نظیر آن در ناحیه دیگر حرمت نهاده می‌شود، و این همه بستگی به رأی و حکم قاضی دارد و قضات دو گونه‌اند: گروهی می‌پندارند آنچه انجام می‌دهند برخاسته از سنت است و در تعریف سنت راه مبالغه را پیموده و چه بسا خونی را بدون دلیل و بینه بر زمین ریخته و می‌پندارند که به سنت عمل کرده‌اند و چون گفته شود که برای چنین کاری در زمان رسول خدا (ص) مجازات قتل انجام نشده، می‌گویند که عبدالملک بن مروان یا امیر دیگری از همین قماش چنین کرده است [و این را سنت می‌پندارند].

گروهی دیگر از قاضیان خود را اهل رأی می‌پندارند و در هر کاری به رأی خود عمل می‌کنند و هیچ ابایی ندارند که در امر بزرگی نظری ابراز کنند که موافق نظر هیچ کس نباشد و اندک ترسی از عدم موافقت دیگران هم نداشته بلکه اقرار می‌کنند که آن حکم، رأی آنان است و در آن نیازی به کتاب و سنت نیست و آشفتگی در کار قضا چنین است (احمد امین، ۱۹۶۲، ج ۱: ۲۰۹).

وقتی حکومت امویان شکل گرفت به دلیل آنکه حاکمان از تقدس و پیشینه قابل قبول چندانی برخوردار نبودند و صحابه پیامبر (ص) کم و بیش در میان مردم بودند، مسلمانان بیش تر مایل بودند امور اختلافی خود را نزد صحابه یا تابعین حل و فصل کنند و حاکمان اموی هم چنین خواسته‌ای را ارج نهاده و کسانی را که نسبتاً خوش‌نام و مورد قبول مردم بودند، به کار قضا می‌گماردند و چون حاکمان بنی امیه مقبولیت خلفای راشدین را نداشتند، بعضی از فقها و پارسایان از پذیرش منصب قضا در دوره آنان خودداری کرده به طوری که گاه دچار مشکلات و آزار هم می‌شدند.^۳

در دوره عباسیان که امپراطوری اسلامی پایه‌گذاری شد و خلیفه از نوعی تقدس برخوردار گشت، قضات در دستگاه حکومت جایگاه ویژه‌ای یافتند و ظاهراً برای اولین بار ابویوسف که شاگرد ابوحنیفه بود منصب قاضی القضاات را در دستگاه خلافت عباسی عهده دار شد.

از آن تاریخ به بعد قاضیان اهمیت یافته و به همان اندازه که از قدرت خلفا کاسته می‌شد بر نفوذ قدرت قاضیان افزوده می‌گشت، تا جایی که در تاریخ آمده که چند تن از خلفای عباسی با فتوای قاضیان از خلافت بر کنار شدند که البته فشار و اسلحه نظامیان هم در این کار تأثیر به‌سزایی

داشته است.

در قرن چهارم ابن حربویه، قاضی بغداد، از مقام و منزلت والایی برخوردار بود تا بدان حد که هیچ‌گاه در مقابل صاحب منصبی بر نمی‌خاست و در صدور رأی مقید به هیچ یک از مذاهب چهارگانه نبود و به اجتهاد خود عمل می‌کرد (احمد امین، ۱۹۶۲، ج ۲: ۴۹).

ابوحامد اسفراینی که در سال ۴۰۶ق. بدروود حیات گفت قاضی بغداد بود و در نامه‌ای به خلیفه چنین نوشت: «بدان که تو نمی‌توانی مرا از منصبی که خدا به من داده عزل کنی اما من می‌توانم دو یا سه کلمه به خراسان بنویسم و تو را از منصب خلافت عزل کنم» (احمد امین، ۱۹۶۲، ج ۲: ۲۵۰).

گرچه در آن زمان دادگاه و دادسرا وجود نداشت اما این باور در مردم وجود داشت که باید مراجعه به قاضی برای همگان روا و آسان باشد و به همین جهت قاضیان در مسجد یا در جایی که همه بتوانند مراجعه کنند می‌نشستند و ارباب رجوع نامه‌هایی را که در آنها نام مدعی و مدعی علیه برده شده بود تسلیم آنان می‌کردند و آنان هم داوری می‌نمودند (احمد امین، ۱۹۶۲، ج ۲: ۲۵۰).

حاکمان اندلس که باقیمانده امویان بودند برای قاضیان احترام ویژه‌ای قائل بودند و بزرگ‌ترین مقام نزد آنان منصب قضا بود قاضیان تسلط فوق‌العاده‌ای بر امور داشتند تا جایی که قاضی می‌توانست خلیفه یا امیر را نزد خود احضار کند. سرکرده قضات در اندلس را «قاضی الجماعه» می‌نامیدند و او حق داشت فرمان قتل هر کسی را که مستحق مجازات اعدام می‌دانست بدون جلب نظر حاکم صادر نماید (احمد امین، ۱۹۶۲، ج ۲: ۲۵۰). گرچه در طول زمان بر اثر آشفتگی امور، منصب قضا از حرمت نخستین فروافتاد و قاضیان به جای آنکه داد مظلومان را از ظالمان بستانند بیش‌تر مواقع به کارگزاران حکومت و دست‌نشانده‌گان ستمگران تبدیل شدند، اما جایگاه قاضی ویژگی خود را به صورت اسمی حفظ کرد و در سرزمین‌های اسلامی و از آن جمله ایران تنها مفتیان و عالمان دینی بودند که می‌توانستند کار دادرسی را عهده دار شوند و باز از میان آنان قاضیان نیک نفس و پرهیزگار - اگرچه نادر - پیدا می‌شدند که زاهدانه می‌زیستند و عادلانه حکم می‌کردند. از سویی، اکثر فقها از تصدی امر قضا - که خود آن را مخصوص فقیهان عادل می‌پنداشتند - پرهیز داشتند و بیش‌تر به مرجعیت در فتوا اکتفا می‌کردند تا تصدی قضا.

دادرسی در ایران بعد از اسلام در دست فقیهان بود. شاهان تا حد زیادی احکام فقها را اجرا می‌کردند و به خصوص از دوره صفویه به این سو قدرت فقیهان فزونی گرفت.

در دوره قاجار که آشفتگی همه شئون کشور را فرا گرفته بود، مردم رنجور از غم بی‌عدالتی به پا خاسته و از شاه خواستند تا عدالت‌خانه تأسیس کند و به امر قضا سرسامان دهد. این خیزش که بعداً منجر به درخواست و تأسیس حکومت «قانون مشروطه» شد حاکی از اهمیت قضا، از یک سو، و نابسامانی آن در آن دوره، از سوی دیگر، است. پس از ایجاد حکومت قانون در ایران دادگستری هم به وجود آمد و تحولاتی را به خود دید که در تاریخ عدلیه ایران مسطور است و نیازی به بازگو کردن آن در اینجا نمی‌باشد.

۱-۱. تشکیلات قضایی در جمهوری اسلامی ایران

فصل یازدهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران که مشتمل بر اصول ۱۵۶ تا ۱۷۶ است به قوه قضاییه اختصاص دارد. در این اصول تعریف قوه قضاییه، اختیارات، وظایف و روابط آن با قوای دیگر تشریح شده و به استناد همین اصول است که تشکیلات قضایی جمهوری اسلامی ایران به وجود آمده است.

اصل ۱۵۶ چنین است:

قوه قضاییه قوه‌ای است مستقل که پشتیبان حقوق فردی و اجتماعی و مسئول تحقق بخشیدن به عدالت و عهده دار وظایف زیر است:

۱- رسیدگی و صدور حکم در مورد تظلمات، تعدیات، شکایات، حل و فصل دعاوی و رفع خصومات و اخذ تصمیم و اقدام لازم در آن قسمت از امور حسبه که قانون معین می‌کند؛

۲- احیای حقوق عامه و گسترش عدل و آزادی‌های مشروع؛

۳- نظارت بر حسن اجرای قوانین؛

۴- کشف جرم و تعقیب و مجازات و تعزیر مجرمین و اجرای حدود و مقررات مدون جزایی اسلام؛

۵- اقدام مناسب برای پیشگیری از وقوع جرم و اصلاح مجرمین.

در اصول ۱۵۷ تا ۱۷۴ وظایف رئیس قوه قضاییه، وزیر دادگستری، دیوان عالی کشور، وظایف و اختیارات قضات و تشکیلات دادگستری بیان شده است.

علاوه بر اصول یاد شده که به خصوص در مورد قوه قضاییه بحث می‌کند اصول ۳۲ تا ۳۹ از

فصل سوم قانون اساسی ناظر به حقوق قضایی و در ارتباط کامل با امور قضایی تدوین شده است. به علاوه که قانون اساسی در اصل ۲۱، ایجاد دادگاه صالح برای حفظ کیان و بقای خانواده را لازم دانسته است. اصل ۳۲، دستگیری افراد را بدون حکم منع کرده و تفهیم اتهام با ذکر دلایل را لازم دانسته است. اصل ۳۳، منع تبعید و منع اقامت اجباری را بیان می‌کند. اصل ۳۴، دادخواهی را حق مسلم همه کس دانسته و دسترسی به دادگاه‌ها را نیز حق همه می‌داند. هم‌چنین تصریح می‌دارد که نمی‌توان هیچ کس را از مراجعه به دادگاهی که حق اوست منع کرد. اصل ۳۵، داشتن وکیل را در دعوا حق طرفین دعوا دانسته است. در اصل ۳۶، حکم به مجازات و اجرای آن فقط از طریق دادگاه مجاز دانسته شده است. اصل ۳۷، اصل را بر براءت اشخاص از هرگونه حق یا بزه قرار داده است. در اصل ۳۸، هرگونه شکنجه برای گرفتن اقرار یا کسب اطلاع و اجبار به شهادت و اقرار و سوگند ممنوع شده است. بالاخره در اصل ۳۹، هتک حرمت و حیثیت افراد بازداشت شده ممنوع اعلام شده است.

غیر از آنچه به طور روشن و صریح در قانون اساسی به عنوان وظایف قوه قضاییه ذکر شده است و تشکیلات یاد شده را ایجاب می‌کند، دادگستری برای رسیدن به اهداف خود ناچار است اشخاص و سازمان‌های دیگری هم داشته باشد. به عنوان مثال، چون دادگاه می‌بایست به تظلمات و رفع خصومت بین افراد و حل و فصل امور پردازد و موجبات اجرای عدالت و حفظ حقوق مردم را فراهم نماید و از تعدیات و ظلم و تجاوز جلوگیری کند و این امور مستلزم اسناد و مدارک مثبت است، لذا سازمان ثبت اسناد و املاک به وجود آمده تا قراردادهای تحت نظر قوه قضاییه برابر قوانین ثبت گردد و هنگام لزوم بدان‌ها استناد شود. اشخاص و سازمان‌های وابسته به دادگستری که وظایف آنها در قوانین مربوط بیان شده به شرح ذیل است:

- الف: اشخاص: ۱- وکلا؛ ۲- سازمان ثبت اسناد و املاک کشور- ضابطین دادگستری؛ ۳- مدیران دفاتر؛ ۴- کارشناسان رسمی؛ ۵- مترجمان رسمی.
- ب: سازمان‌ها: ۱- سازمان ثبت اسناد و املاک کشور؛ ۲- دادسرا و دادگاه انتظامی قضات؛ ۳- سازمان پزشکی قانونی.

ج: نهادهای دیگر: این نهادها نیز در ارتباط با اشخاص یا سازمان‌های وابسته به دادگستری وجود دارد، اما چون این نهادها از استقلال برخوردارند نمی‌توان آنها را همانند موارد پیشین کاملاً وابسته به قوه قضاییه تلقی کرد. البته اهداف و وظایف این نهادها هم سرانجام به امور قضا و

دادگستری مربوط می‌شود. نهادهایی مانند: ۱- کانون وکلا؛ ۲- کانون سر دفتران اسناد رسمی؛ ۳- کانون کارشناسان رسمی.

۱-۲. زمینه فقهی تشکیلات قضایی

در فقه اسلامی تشکیلات یاد شده به صورت خاصی ذکر نشده و چنین تشکیلاتی در جامعه ایران و جهان اسلام یک‌باره به وجود نیامده، بلکه همان‌طور که پیش از این بیان شد رفته رفته و در پی گسترش اسلام، وظایف مربوط به حکومت و اداره جامعه که در آغاز منحصر به پیامبر^(ص) و بعد خلیفه او بود، تفکیک یافت. در زمان حاضر، که به دلیل گستردگی و پیچیدگی روابط، حکومت‌ها مجبورند برای انتظام جامعه، در هر مورد تشکیلات خاص مربوط بدان را به وجود آورند، در امر قضا هم می‌بایست تشکیلات مناسب آن را ایجاد کنند. این امر در آینده هم بنابر تحولات اجتماعی ادامه خواهد یافت و تغییرات و جابه‌جایی صورت خواهد گرفت. با توجه به اینکه متون فقهی در زمانی تدوین شده است که نیاز به چنین نهادهایی در جامعه مطرح نبوده است، فقها هم – که پاسخگوی نیازهای مردم در امور شرعی بودند – طبعاً به دلیل عدم طرح سؤال از سوی افراد جامعه نسبت به بیش‌تر موضوع‌های یاد شده نظری ابراز نکرده‌اند. با وجود این، می‌توان زمینه‌هایی در فقه یافت که ناظر به تشکیلات مزبور باشد.

مشروعیت قضا و شرایط کسی که حق صدور رأی و نصب و عزل قضات را داراست در کتاب *القضاء* فقه بیان شده است. رسیدگی به دادخواهی و تعقیب مجرمان هم جزء وظایف کسی است که در رأس امر قضا (امام معصوم^(ع) یا فقیه جامع‌الشرایط) قرار می‌گیرد. بدین ترتیب سمت‌هایی مانند «دادستانی کل»، «تشکیل دیوان عالی کشور و نصب اعضای آن» و «تشکیل دادگاه‌ها و نصب قضات» مخصوص رئیس قوه قضاییه خواهد بود. دیگر تشکیلات دادگستری هم چون مقدمه یا لازمه کار قضاست می‌بایست ایجاد گردد و اگر در بحث قضای فقه تصریح یا اشاره مخصوصی در مورد آنها دیده نمی‌شود، منعی هم از ایجاد آنها نشده و انجام هر امری که شرعاً ممنوع نباشد، رواست. به علاوه، همان‌طور که اشاره شد استفاده از سازمان‌ها و اشخاص یاد شده مقدمه یا لازمه دادرسی است: مقدمه واجب، عقلاً واجب است و اذن در شیء، اذن در لوازم آن نیز است. بنابراین به موجب این دو قاعده می‌توان هر آنچه را که برای کار قضا لازم باشد یا از پیامدهای آن محسوب گردد، مشروع دانست.

به علاوه، در باب قضا و شهادت به پاره‌ای موارد اشاره هم شده است که ذیلاً یادآوری می‌گردد:

۱-۲-۱. امور مالی و اداری

در فقه آمده است که «قاضی می‌تواند از بیت المال ارتزاق کند و نیازهای زندگی خود را بر طرف سازد».^۴ هم‌چنین «کسانی که در ارتباط با کار قضا یا حل و فصل امور اداری و مالی عمومی هستند حق ارتزاق از بیت المال را دارند».^۵

این نظریه در معنای گسترده‌اش و در ارتباط با دادگستری بدین معناست که قسمتی از درآمد بیت‌المال می‌بایست برای حقوق قضات و کارکنان دستگاه قضایی و تأمین نیازهای دادرسی به کار گرفته شود. بنابر اصطلاحات فقه می‌توان گفت که فقها اجازه داده‌اند بیت‌المال «بودجه کشور» در کار قضا مصرف شود. در عین حال، آنان گرفتن اجرت از صاحبان دعوا را ممنوع نموده و در نتیجه اجرای عدالت و صدور حکم را که جزء وظایف شرعی امام یا نایب اوست برای افراد مجانی دانسته‌اند، چنانکه انجام هر امر واجب دیگری را مجانی می‌دانند.

۱-۲-۲. نگاهداری و ثبت اسناد

در کتاب/المبسوط شیخ طوسی آمده است: «چون قاضی به حوزه قضایی خود رسید اول کاری که می‌بایست بکند این است که از قاضی معزول بخواهد تا «دیوان حکم» را نزد او بفرستد و مقصود از دیوان حکم مجموعه مستندات مردم، مانند صورت جلسات و نوشتجات، است. چه رویه قضات آن است که وقتی حکمی صادر می‌کنند آن را در دو نسخه می‌نویسند، یک نسخه را به محکوم‌له می‌دهند و نسخه دیگر را احتیاطاً در دیوان حاکم نگاهداری می‌کنند (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۸: ۸۹). از عبارت بالا که در یکی از کتب معتبر فقهی شیعه آمده معلوم می‌شود در همان زمان (قرن ۵۴۵) «دیوان» که در اصطلاح فعلی بدان «وزارت» گفته می‌شود برای دادگستری و محاکمات وجود داشته و آرای صادره در جایی ثبت می‌شده است. ثبت آرا و صورت جلسات را می‌توان به منزله ثبت اسناد و «صدور آرای کتبی دادگاه‌ها» دانست.

۳-۲-۱. بازرسی و نظارت بر اجرای قوانین

مرحوم شیخ طوسی در همان کتاب می‌فرماید: «چون قاضی در جایگاه قضا قرار گرفت اول کاری که می‌بایست انجام دهد آن است که به وضع زندانیان، که زمان حاکم معزول به زندان افتاده‌اند، برسد چون حبس عذاب است و می‌بایست آنان را نجات دهد و چه بسا که گروهی بی‌جهت به زندان افکنده شده‌اند» (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۸: ۸۹). آن‌گاه شیخ چگونگی این رسیدگی را مفصل بیان می‌کند و مقرر می‌دارد که قاضی می‌بایست فرد مورد اطمینان خود را به زندان بفرستد و نام زندانیان را جدا جدا در ورقه‌ای ثبت کند. هم‌چنین، نام شاکیان زندانیان را نیز ثبت کند. پس از آن جارچی را امر کند تا سه روز اعلام نماید که قاضی برای رسیدگی به دعاوی آن افراد آمادگی دارد و از روز چهارم به بعد با ذکر نام زندانی از شاکی او بخواهد که موضوع دعوا و دلیل و مستندات دعوا را ارائه داده تا مورد رسیدگی قرار داده و حکم لازم را صادر نماید.

پس از آنکه قاضی از کار زندانیان فراغت یافت می‌بایست به امور «اوصیا» پردازد که چگونه در مورد وصیت عمل کرده‌اند و آیا وظایف خود را انجام داده‌اند یا نه. پس از رسیدگی به کار اوصیا به امور مربوط به «أمناء» پردازد و آن‌گاه امور مربوط به اموال بدون صاحب «لقطه» را مورد توجه قرار می‌دهد.

مرحوم شیخ طوسی در هر یک از موارد یاد شده وظایف قاضی را مفصلاً ذکر می‌کند و از این مطالب معلوم می‌شود که نظارت عالی بر اجرای قوانین، به ویژه در امور حسیه، مخصوص قضات بوده و قسمتی از این امور در تشکیلات فعلی دادگستری به بازرسی کل کشور و قسمتی به دادستان و قسمتی هم به دادگاه‌ها واگذار شده است.

۴-۲-۱. کارشناسی

در باب قضا عمدتاً در دو مورد استفاده از کارشناسی مطرح شده است: یکی در جایی که شخص قاضی نداند خواهان و خوانده چه می‌گویند (به خاطر علیل بودن یا تفاوت زبان) که می‌بایست از مترجم مورد اطمینان استفاده شود. مورد دوم، در باب قسمت مال است که فقها می‌گویند «مقسم» باید علاوه بر عدالت «محاسب» هم باشد. البته در هر موردی که نیاز به اظهار نظر خبره باشد چه در باب قضا و چه در موارد دیگر- فقها موضوع کارشناسی را مطرح کرده و استفاده از آن را لازم دانسته‌اند.

۲. تنوع دادگاه‌ها با توجه به نوع حقوق

«احکام شرعی» اعم از تکلیفی و وضعی، قابل تخلف نیست چون از ناحیه شارع وضع شده است. فی‌المثل نمی‌توان با لازم بودن یا ایجاد ملکیت کردن عقد بیع که حکم وضعی است مخالفت کرد، چنانکه نمی‌توان گفت ربا حلال است یا نماز یومیه واجب نیست.

البته احکام تکلیفی (غیر واجب و حرام) را می‌توان انجام داد یا ترک کرد، یا احکام وضعی ممکن است بر اثر فعل شخص ایجاد شود یا ایجاد نشود. مثلاً، شخص می‌تواند بیع یا حیات مباحات را انجام دهد و می‌تواند ترک کند و اینکه موارد یاد شده را می‌توان ترک کرد با مخالفت با اصل آنها تفاوت دارد چون ترک و انجام مقتضای حکم است ولی مخالفت با اصل حکم انکار حکم محسوب می‌شود.

احکام شرعی علاوه بر آنکه برای مکلفان ایجاد تکلیف می‌کند حقوقی را نیز ایجاد می‌کند. فی‌المثل ادای زکات برای کسی که مال او به حد نصاب ادای زکات رسیده واجب است و این وجوب (حکم تکلیفی)، برای مستحقان زکات ایجاد حق می‌کند و لذا چنانچه کسی که ادای زکات بر وی واجب است از پرداخت آن خودداری کند حاکم چنین حقی را از او استیفا می‌کند و چون ادای زکات عبادت است به جای وی نیت هم می‌نماید (علامه حلی، ۱۴۱۲، ج ۳: ۲۵۶).

«حق» عبارت است از تسلط فرد بر فرد دیگر یا بر مال یا بر هر دو و یا بر هر چیزی که عقلاً ارزشمند باشد. چون ممکن است یک انسان به موجب قانون بر انسان دیگر چنین تسلطی داشته باشد، می‌گوییم فلانی بر فلانی حقی دارد و چون خداوند به موجب قوانین تشریعی یا تکوینی بر مردم و اشیاء تسلط دارد، گفته می‌شود فلان امر حق خداست. از اینجاست که در موازین فقهی به اصطلاح «حق‌الله» و «حق‌الناس» برمی‌خوریم.

در فقه «حق‌الله» تسلطی است که خداوند به موجب قوانین تشریعی بر مردم دارد و مردم می‌بایست آن را رعایت کنند. «حق‌الناس» تسلطی است که افراد بر یکدیگر دارند و باید آن را رعایت نمایند، چون حق‌الله و حق‌الناس هر دو به موجب شریعت مقرر شده، نادیده انگاشتن آنها گناه است.

ادای هر نوع حقی، تکلیف است و از این طریق حق با تکلیف مرتبط می‌شود و چون کسی از انجام تکلیفی خودداری کرد گناهکار محسوب می‌شود و زمینه برای اجبار او فراهم می‌گردد. چنین زمینه یا ضامن اجرایی در دین اسلام عمدتاً جزای اخروی است که در حوزه رسالت از

آن به «تبشیر» و «انذار» تعبیر شده، ولی برای عدم انجام پاره‌ای تکالیف علاوه بر عقاب اخروی مجازات دنیوی هم منظور گشته است.

از سویی، نادیده انگاشتن حق مردم، افزون بر آنکه گناه و موجب عقاب اخروی است، می‌تواند با درخواست صاحب حق مورد رسیدگی قضایی قرار گرفته و تضییع کننده حق مجبور به جبران گردد؛ هم‌چنانکه نادیده انگاران حقوق الهی هم در پاره‌ای موارد، افزون بر عذاب اخروی، در دنیا هم می‌بایست مجازات شوند. بنابراین هرگاه هر یک از حقوق (حقّ الله و حقّ الناس) نادیده گرفته شود می‌بایست در محکمه و دادگاهی بدان رسیدگی شود.

حال اگر به حقوقی رسیدگی شود که برای تخلف از آنها مجازات دنیوی هم مقرر شده باشد به این گونه حقوق «حقوق جزا» می‌گویند و دادگاه‌هایی را که به این امور رسیدگی می‌کنند «دادگاه‌های کیفری» می‌نامند. اگر به حقوقی رسیدگی شود که تخلف از آنها مجازات ندارد و مجازات نادیده انگاشتن آنها موکول به قیامت شده باشد به این گونه حقوق «حقوق خصوصی یا مدنی» می‌گویند.

پس می‌توان گفت دادگاه‌ها به دو نوع حقوق رسیدگی می‌کنند: ۱- حقوق مدنی؛ ۲- حقوق کیفری. حقوق مدنی کلاً مربوط به روابط انسان‌هاست و حقوق کیفری ممکن است متضمن حقوق انسان‌ها و یا حقوق الهی باشد.

حقوق انسان‌ها هم به نوبه خود دو گونه است: یکی حقوق مربوط به اشخاص حقیقی یا حقوقی، دیگری حقوق مربوط به مجموعه جامعه که انسان‌ها جزء آن و به وجود آورنده آنند. از میان سه عنوان یاد شده، در فقه اسلامی می‌توان عناوین «حقّ الله» و «حقّ الناس» را یافت، اما از «حقوق اجتماعی» در فقه نامی برده نشده است، اگرچه می‌توان زمینه آن را در موازین فقهی یافت. فی‌المثل از «حقّ الله» و «حقّ الناس» در عمل کردن قاضی به علم خود در دادرسی سخن به میان آمده که آیا قاضی می‌تواند در این امور به علم خود عمل کند یا نه؟ بعضی از فقها مجاز دانسته‌اند قاضی در هر دو مورد به علم خود عمل کند، اما بعضی چنین اجازه‌ای نداده‌اند و گروهی هم قائل به تفصیل شده‌اند؛ یعنی در حقّ الله اجازه داده و در حقّ الناس اجازه نداده‌اند و یا بالعکس (آشتیانی، ۱۳۶۳: ۵۲-۵۳).

هم‌چنین، در بیان حقوق که چگونه با ادای شهادت قابل اثبات است بحث از حقّ الله شده و فقها گفته‌اند آنچه مربوط به حقّ الله می‌باشد با شهادت همراه قسم و نیز شهادت زنان اثبات

نمی‌شود.

در خصوص «حقوق اجتماعی»، چنانکه گفته شد، در فقه عنوان خاصی یافت نمی‌شود، اما در باب اجرای حدود، پاره‌ای از تعزیرات را که مقدار و چگونگی اجرائیش به نظر حاکم واگذار شده، مخصوص جلوگیری از فساد یا ریشه‌کن کردن ماده فساد دانسته‌اند و این امور به «حفظ نظم اجتماعی» باز می‌گردد. در باب بعضی از احکام و قواعد حقوقی هم به «اختلال نظام» اشاره رفته است (آشتیانی، ۱۳۶۳: ۳۴۳).

در علم حقوق به معنای خاص آن، رشته‌های مختلفی از حقوق مانند حقوق عمومی - مشتمل بر حقوق اساسی و اداری - و حقوق خصوصی - شامل حقوق مدنی، حقوق کیفری، حقوق تجاری، حقوق کار و امثال آن - به صورت جداگانه و مستقل مورد بحث است، ولی در فقه چنین امری اتفاق نیفتاده اگرچه الزامات فعلی مباحث فقهی را بدین سمت سوق می‌دهد.

اینکه چرا در مباحث فقهی حقوق جامعه به نحوی که حقوق دانان هم اکنون مورد بحث قرار می‌دهند به بحث گذاشته نشده و بعضی از نویسندگان معاصر وقتی به حقوق جامعه رسیده و خواسته‌اند زمینه فقهی برای آن بیابند آن را از مصادیق «حق الله» دانسته و یا «حق الله» را همان حقوق جامعه دانسته‌اند، سؤالی است که باید در جای دیگر بدان پاسخ داد. با این تفصیل و با در نظر گرفتن شرایطی که برای قاضی در فقه مقرر شده می‌توان برای رعایت موازین قانونی و شرعی و تسهیل در امر رسیدگی پیشنهاد کرد که سه نوع دادگاه به وجود آید:

۱- دادگاه‌های حقوقی: برای رسیدگی به دعاوی مطروحه میان اشخاص، اعم از اشخاص حقیقی یا حقوقی.

۲- دادگاه‌های کیفری: برای رسیدگی به امور عامه که مربوط به اجتماع یا اشخاص است و برای انجام یا ترک آن قانوناً مجازات تعیین شده است.

۳- دادگاه‌های شرعی: برای رسیدگی به کارهایی که جنبه حق الهی دارد و برای انجام یا ترک آن شرعاً مجازات تعیین شده است.

تنوع دادگاه‌ها به لحاظ جرایم یا حقوق مورد نظر امری است که هم اکنون همه حقوق دانان آن را پذیرفته‌اند و دستگاه‌های قضایی هم بدان عمل می‌کنند. اگر این شبهه وجود داشت که شاید برابر موازین قضایی اسلامی، به دلیل آنکه صلاحیت قاضی را در رسیدگی به دعوی عام می‌داند، نمی‌توان رسیدگی به دعاوی را تفکیک کرد، هم اکنون به دلیل فراز و فرودهایی که در تشکیلات

دادگستری به وجود آمده و در عمل ناموفق بودن قانون دادگاه‌های عام تجربه شده^۵ این شبهه مرتفع گشته و از لحاظ نظری و عملی ترجیح داده‌اند که دعاوی به لحاظ قانونی تفکیک و هر دعوایی به اقتضای ماهیت آن در دادگاه خاصی مطرح گردد. با این تفصیل، نظر نگارنده بر آن است که بهتر است دادگاه‌ها به سه دسته تقسیم گردد.^۶

۱-۲. دادگاه‌های حقوقی

با در نظر گرفتن اینکه قسمتی از دعاوی به حقوق اشخاص مربوط می‌شود، این گونه حقوق در فقه اسلامی قسیم حقوق الله است. این دو قسم از حق در مقام اثبات تفاوت‌هایی دارند، از جمله آنکه: الف: حقوق مردم با شهادت، قسم و اقرار اثبات می‌گردد در حالی که حقوق الله فقط با شهادت و اقرار قابل اثبات است و نمی‌توان آن را با سوگند اثبات کرد.

ب: شهادت زنان به طور اصولی در اثبات حقوق الله قابل استماع نیست (مگر در موارد معدود آن هم منضم به گواهی مردان).

ج: «حدود» یا «مجازات‌های دنیوی گناهان» و نیز «تعزیرات» با شبهه لغو می‌گردد (قاعده درء) درحالی که تأمین حقوق مردم مبتنی بر احتیاط است.

د: در تعارض حقوق الله و حقوق الناس همواره استیفای حقوق مردم مقدم بر استیفای حقوق الله است.

به نظر می‌رسد که رسیدگی به حقوق مردم در اولویت قضایی قرار دارد و به همین جهت مباحث باب قضا در فقه عمدتاً توجه به چنین حقوقی دارد لذا بحث از مدعی و مدعی علیه در آن به میان می‌آید، در حالی که در حقوق الله به خصوص در جرایم حدی از «مدعی مصطلح» بحثی به میان نیامده است.

بر این اساس وجود دادگاه‌هایی که کار آنها صرفاً رسیدگی به دعاوی مردم در حقوق خصوصی آنان باشد بیش و پیش از دادگاه‌هایی که بخواهد به اجرای حدود الهی بپردازد ضرور می‌نماید. این نظر را می‌توان به امور یاد شده مستند کرد:

۱- چنین دادگاه‌هایی مصادیق عمده عدالت و ایفا و استیفای حقوق مردم را که هدف بزرگ شرع است، پیاده خواهند کرد. به نظر می‌رسد روایاتی هم که در مآخذ شیعه در مورد منع رجوع به قضات جور وارد شده مربوط به چنین مواردی است. چنانکه مقبوله عمر بن حنظله در این امر

صراحت دارد. در این مقبوله به آیه شریفه مرتبط با حکومت نزد طاغوت بردن هم اشارت رفته و چنانکه می‌دانیم شأن نزول آیه هم حکایتی در خصوص کشاندن دعوای مسلمان و غیرمسلمان نزد یهودی است.

۲- از طرفی، در بحث قضایی از قاضی تحکیم سخن به میان آمده است، اگرچه در خصوص شرایط و چگونگی قاضی تحکیم اختلاف است، اما فی الجمله پذیرفته شده که مردم می‌توانند در امور خصوصی خود داوری برگزینند، در حالی که در حقوق‌الله گزینش قاضی تحکیم به‌ندرت مورد توجه فقها بوده است.

۳- آیات شریفه هم که ناظر به اختلاف زن و شوهر است به طور صریح داوری را در چنین مراغه‌ای مورد تأکید بلکه الزام قرار داده است. بنابراین می‌توان با تنقیح مناط و یا اتحاد طریق پذیرش حکم، انتخاب قاضی را در تمام امور حقوقی مشروع دانست، ولی در حقوق‌الله هیچ زمینه‌ای برای ارجاع امر به حکمیت وجود ندارد.

۴- وانگهی طبیعت حقوق مردم ایجاب می‌کند که در هر مرحله شخص از حق خود صرف‌نظر کند و حتی دفاع از حق خود را که امری عقلایی و مستحسن است (البته به استثنای دفاع نفس) ترک نماید. در حالی که حقوق‌الله چون اثبات شد قابل گذشت نیست و آنچه در مورد تعطیل حقوق‌الله و مذمت آن وارد شده ناظر به جایی است که حدی با رأی محکمه اثبات شده، ولی اجرای آن موقوف یا فراموش گشته است.

با در نظر گرفتن موارد یاد شده، چون طبیعت حق‌الله از حق‌الناس متمایز است و مردم در حقوق خود می‌توانند به هر نحو تصمیم بگیرند می‌توان گفت: مردم در اثبات حقوق خود هم می‌توانند هر نوع محکمه‌ای را گزینش کنند.

شاید بر این اظهار نظر خرده گرفته شود که اگر مردم در گزینش قاضی مجازند پس چگونه عدالت و آگاهی از فقه عموماً در قاضیان شرط شده و به خصوص در همان روایت عمر بن حنظله، شیعیان از طرح دعوا نزد قاضیان جور منع گشته‌اند.

در پاسخ این اشکال باید گفت که عدالت - خصوصاً در امر قضا - پیش از آنکه یک شرط شرعی باشد یک امر عقلی محسوب می‌شود و هیچ عاقلی دادرسی را نزد قاضی غیر عادل نخواهد برد. از طرفی، اینکه امام (ع) در روایت یاد شده و روایات دیگر مقرر می‌فرماید نزد قاضیان جور مروید عمدتاً و به استناد سیاق روایت به خاطر آن است که چنین قاضیانی بر خلاف فقه امامیه نظر

می‌داده‌اند و در واقع آنچه را حق نبوده حق جلوه می‌دادند. شاید به همین جهت در باب تعادل و تراجیح یکی از مرجحات دو روایت معارض مخالفت با آرای عام و قضات آنان ذکر شده است، و گرنه سیاق روایت به‌خصوص در آنجا که امام^(ع) می‌فرماید: «ینظران من کان منکم قد روی حدیثنا و نظر فی حلالنا و حرامنا و عرف احکامنا فلیرضوا به حکماً فانی قد جعلته علیکم حاکماً...» دلالت دارد بر اینکه نگرانی امام از آن بوده که مبدا حکم الهی تعطیل گردد و به همین جهت تأکید می‌فرماید بر «معرفت احکام ما» و «به شناخت حلال و حرام ما» یعنی آنچه را امامان شیعه – علیهم السلام – بیان فرموده‌اند. با این همه می‌فرماید: «بنگرند (بیابند) کسی را که حدیث ما را روایت می‌کند...» و او را قاضی قرار دهند. به عبارت دیگر، گزینش قاضی را امام معصوم^(ع) به عهده دو نفری گذاشته که منازعه دارند. آن‌گاه حضرت برای رفع هرگونه ابهام که در ذهن پرسش‌گر بوده، که شاید نیاز به حکم امام و خلیفه مسلمانان دارد، می‌فرماید: «من چنین کسی را حاکم (قاضی) قرار می‌دهم و نباید با حکم او مخالفت شود.»

به همین جهت چندان تعجب انگیز نیست که مرحوم صاحب‌جوهر می‌فرماید:

نصوص دیگر هم وجود دارد که به طور قطع دلالت بر آن دارد که ملاک (در قضا) حکم بدان چیزی است که نزد محمد – و آل محمد صلوات الله علیهم – حق باشد و هیچ تردیدی وجود ندارد که هر کس از آنان – علیهم السلام – احکام خاصی شنیده باشد و بدان احکام میان مردم قضاوت نماید، اگرچه دارای مرتبه اجتهاد هم نباشد مشمول آن روایات می‌باشد (نجفی، ۱۳۶۸، ج ۴۰: ۱۶).

از اینها گذشته حقوق مردم عمدتاً ناشی از قراردادها (عقود) یا کارهایی مانند حیا زت است که انجام می‌دهند چنانکه مردم در کار و قرارداد مختارند در دادرسی آنها هم باید مختار و مجاز باشند. بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که:

- ۱- حقوق، طبیعت ویژه دارد و لذا داوری ویژه می‌طلبد.
- ۲- شارع مقدس در قرآن مجید، عمل معصوم و گفتار امامان – علیهم السلام – به صراحت به مردم حق داده که در حقوق خویش قاضی برگزینند.
- ۳- چون حقوق مردم عمدتاً ناشی از افعال آنان است پس داوری در مورد این حقوق هم باید مرجوع به خود آنان باشد.

۴- حقوق مردم طرق اثبات متفاوتی با حقوق الله دارد و تصمیم در مورد اجرای حقوق راجع به حاکم است.

۵- دادگاه‌های حقوقی می‌تواند با اراده مردم ایجاد شود. گرچه حاکم مسلمانان هم حق ایجاد محکمه حقوقی را داراست و چون مردم مراجعه کردند باید رسیدگی و اقدام به صدور و رأی کند.

۶- بنابراین وقتی بپذیریم چنین خصوصیتی برای حقوق مردم است و بپذیریم که مردم حق انتخاب قاضی را دارند باید قبول کنیم که می‌توان قضات چنین محاکمی را از راه آرای مردم به طور مستقیم گزینش کرد.^۷

۲-۲. دادگاه‌های کیفری

گفته شد که پاره‌ای از حقوق به جامعه مربوط می‌شود. این حقوق ناشی از حکومت و مردم است و در اصطلاح حقوق موضوعه جزء «حقوق عمومی» به حساب آمده است.

در فقه اسلامی چنین عنوانی وجود ندارد و لذا وقتی فقها یا حقوق‌دانان با این اصطلاح مواجه شدند آن را معادل یا زیر مجموعه «حقوق الله» قرار دادند. هم اکنون چنین اصطلاحی متداول و تا حدی پذیرفته شده است.

نگارنده معتقد است «حقوق اجتماعی» جزء مقولاتی است که در زمان تشریع مطرح نبوده و لذا نمی‌توان حکم خاصی برای آن از ناحیه شرع به دست آورد و آنچه مربوط به حدود الهی و حق الله است نمی‌تواند به خوبی بیانگر حقوق اجتماعی یا نظم باشد. مثلاً، در مسئله سرقت که ارتباط تنگاتنگی با امنیت عمومی دارد و برای آن در قرآن مجازات قطع دست مقرر شده است فقها برآنند که امام یا حکومت اسلامی بدون طرح دعوا از طرف «صاحب مال حق کشاندن سارق به محکمه را ندارد» (محقق حلی، ۱۳۸۹، ج ۲: ۱۷۸).^۸

بدین معنا که اگر حاکم مشاهده کند شخصی مال دیگری را می‌رباید، حق ندارد دزد را به دادگاه آورده و او را مجازات کند مگر آنکه مال باخته خود به شکایت مبادرت ورزد. حتی اگر مال باخته پیش از رسیدگی محکمه بخواهد که بر سارق حد شرعی جاری نگردد حاکم نخواهد توانست دزد را به مجازات حد که صراحت قرآن است محکوم نماید (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۹: ۲۷۹). برعکس، اگر شرب خمر یا زنا در خفا انجام شود ولی در محکمه با شهادت شهود اثبات

گردد، اگرچه جامعه از آن مطلع نباشد یا مثلاً شوهر راضی به زنا دادن زن خود باشد، حاکم نمی‌تواند از اجرای حدّ شرب خمر یا حدّ زنا خودداری کند، با اینکه در فرض یاد شده هیچ لطمه‌ای به جامعه وارد نشده و شاید شارب خمر و مزنی‌بها هم منکر کار خود باشند، اما وقتی شهادت بر چنین اعمالی داده شد بی‌تردید باید مجازات آن مجری گردد.

بنابراین نمی‌توان حدود الهی را با طبیعت خاصی که دارند جزء حقوق اجتماع و مردم دانست، بلکه مقوله حق جامعه چیزی غیر از حقوق الهی و حقوق مردم است. لذا باید به نحو دیگری بدان‌ها رسیدگی کرد.

البته سادگی و محدودیتی که در جامعه نخستین اسلام حاکم بود ایجاب نمی‌کرد که حقی به نام حق جامعه به وجود آید و لذا در زمان پیامبر^(ص) جز در مورد «افساد فی الارض» که مورد آن هم به دلیل شأن نزول آیه مشخص است، موارد چندانی از مقوله حق جامعه به چشم نمی‌خورد. پس از گسترده‌گی جامعه اسلامی رفته رفته این مقوله توسعه یافت و فقها ناچار شدند پاره‌ای از رخدادهای را تحت عنوان «افساد» بگنجانند و برای بقیه حکم تعزیری مقرر دارند. حکم تعزیری هم به نظر حاکم بستگی دارد و لذا با اینکه برابر یک قاعده کلی نباید تعزیر بیش از حد باشد، در پاره‌ای موارد فقها اجازه داده‌اند برای حفظ نظم عمومی تعزیر همان قتل باشد (نجفی، ۱۳۶۸، ج ۴۱: ۴۳۲-۴۳۱).^۹

برابر موازین فقهی هر آنچه گناه باشد اگر حدی برای آن قرار داده نشده باشد می‌توان فاعل آن را تعزیر کرد، چنین گناهی می‌تواند به جامعه یا به شخص مربوط باشد. فقها می‌گویند حاکم می‌تواند «هر کس را که مرتکب فعل حرام شود یا واجبی را ترک نماید تعزیر کند به شرط آنکه تعزیر به میزان حد نرسد. تعیین تعزیر به نظر امام است» (محقق حلی، ۱۳۸۹، ج ۲: ۱۶۸) طبیعی است که هر قدر جامعه پیچیده‌تر و روابط گسترده‌تر گردد جرایم اجتماعی متنوع‌تر خواهد شد.

حقوقی که مردم به لحاظ شرکت آنان در جامعه دارند غیر از حقوق خصوصی آنان است که قابل استیفا و قابل صرف نظر کردن است. حقوق اجتماعی اگرچه در بیش‌تر موارد از «قرارداد» به وجود می‌آید اما چنین قراردادی قرارداد اجتماعی است و با قرارداد خصوصی متفاوت است. شاید بتوان گفت در اسلام شئون دولت عمدتاً ناشی از یک قرارداد اجتماعی به نام بیعت است که نطفه اصلی حکومت را ایجاد می‌کند و به موجب چنین قراردادی مردم تصمیم‌گیری در بسیاری از موارد اجتماعی را به حاکم یا هیأت حاکمه وامی‌نهند و همین واگذاری موجب می‌شود که حاکم

بتواند الزاماتی در جامعه به وجود آورد و در مقابل برای تخلف از این الزامات مجازات‌هایی مقرر دارد و برای رسیدگی به اجرا یا عدم اجرای مقررات محاکمی را مأمور نماید.

پس وقتی حقوق خصوصی اشخاص و حقوق الله را کنار گذاریم و به حقوق عمومی مردم که ناشی از حضور و وابستگی افراد به جامعه خویش است بنگریم نوعی خاص از حقوق خواهیم یافت که می‌توانیم در فقه اسلامی زمینه آن را بیابیم، اگرچه مصادیق آن در تاریخ فقه کم‌تر یافت شده است. در مورد چنین حقوقی حاکم می‌تواند به اقتضای نظر خود و مصالح عمومی تصمیم بگیرد. در تاریخ آورده‌اند که حضرت علی^(ع) از اسبان هم زکات گرفتند، ولی فقها این عمل را سنت لازم‌الاتباع تلقی نکرده بلکه به اصطلاح آن را «قضیه فی واقعه» دانسته و روایات وارده در این خصوص را حمل بر استحباب نموده‌اند. در حالی که حضرت امیر^(ع) چنین زکاتی را اخذ می‌فرمود (حر عاملی، بی‌تا، ج ۹: ۷۷) پس حاکم وقت مسلمانان حق داشته در آن زمان چنین زکاتی را اخذ کند ولی بر ما لازم نیست که همان حکم را اجرا نماییم. این روایت و اظهار نظر فقها می‌رساند که حاکم می‌تواند حقوقی را برای حفظ جامعه مقرر دارد اگرچه حاکم دیگر در زمان قبل و بعد از او چنین حکمی را پذیرا نباشد. این گونه حقوق به طور مفصل در فقه نیامده و می‌تواند به اقتضای شرایط به وجود آید. بیش‌تر این گونه احکام مجازات‌هایی است که اجرای آنها ضامن حفظ جامعه و امنیت عمومی است و حاکمان منتخب مردم (از راه بیعت) حق دارند در محدوده قوانین کلی شریعت برای تخلف از الزامات اجتماعی مجازات‌هایی تعیین کنند.

بر این اساس باید پذیرفت که به همان میزان که تعیین میزان چنین مجازات‌هایی به نظر حاکم بستگی دارد نحوه اثبات آنها هم می‌تواند با نظر حاکم مقرر گردد. به عنوان مثال، در اثبات گناه سرقت که موجب قطع دست است نمی‌توان طرقی جز آنچه را شرع مقرر داشته به کار گرفت و مثلاً به وسیله اثر انگشت آن را اثبات کرد یا در اثبات عمل زنا باید از راه شهادت یا اقرار استفاده کرد و قرائن دیگر، ولو یقین آور هم باشد، کافی نیست.

این دو مورد و موارد مشابه از مصادیق حدود الهی است اما به نظر می‌رسد که حاکم مسلمانان بتواند توطئه علیه حکومت و خیانت به مملکت را از طرقی غیر از آنچه گفته شد اثبات نموده و کیفر دهد. بنابراین، رسیدگی به جرایم موجب تعزیر، آن هم در امور مربوط به جامعه و حفظ حقوق عمومی مردم مقررات ویژه می‌خواهد و باید دادگاه‌های ویژه‌ای هم برای آن ایجاد شود.

نکته قابل تأمل این است که معمولاً فقها وقتی از گناهان موجب حد یا تعزیر نام می‌برند اجرای

مجازات و پیگیری آنها را منتسب به حاکم می‌کنند ولی در حقوق خصوصی چنین نگاهی ندارند و بیش‌تر ناظر به خود اشخاصند.

با چنین دیدگاهی است که لزوم دادگاه‌های کیفری همراه قانون مجازات اسلامی را پیشنهاد می‌کنیم که صرفاً باید متضمن احکام تعزیری باشد. هم‌چنین، در اینجا متذکر می‌شویم که حدود، قصاص و دیات می‌بایست از ذیل عنوان مجازات اسلامی حذف گردد. زیرا حدود، مجازات‌های مقرر شده از ناحیه شارع است و نیاز به تصویب قوه مقننه ندارد. قصاص و دیات هم موازین تعیین شده وسیله تشریع است و جزء حقوق خصوصی افراد، و لذا به راحتی می‌توان از آن صرف نظر کرد. در قرآن مجید، قصاص، حق ولی دم به حساب آمده (اسراء: ۳۳) و عفو از آن مورد تأکید (بقره: ۷۸) است.

رسیدگی به افعالی که منجر به قصاص یا دیه می‌شود با نگاه فقهی جزء حقوق خصوصی افراد محسوب می‌گردد و فقها هم آنها را عموماً جزء حقوق آدمیان و نه حقوق الهی یا اجتماعی محسوب کرده‌اند.^{۱۰} البته ممکن است قتل یا جرح عمدی یا خطایی تحت عنوان دیگر، جزء حقوق عمومی و موجب تعزیر باشد اما با توجه به حکم شارع که قتل عمد را موجب قصاص یا مواردی را موجب دیه دانسته است، نمی‌توان قصاص و دیه را مجازات عمومی یا حق الله دانست و به همین جهت می‌گوییم جای بحث از آن در مجازات عمومی نیست. حال، اگر دادگاه‌های حقوقی و کیفری را ویژه رسیدگی به حقوق خصوصی افراد و حقوق جامعه بدانیم و حقوق یاد شده را، چنانکه گفته شده، تلقی کنیم مشکل شرایط قاضی هم تا حد زیادی حل خواهد شد. چه در حقوق الناس می‌توان از قاضی تحکیم – که لزوماً نباید واجد همه شرایط (قاضی به عنوان نایب عام امام معصوم^(ع)) باشد – استفاده کرد و در اجرای مجازات‌های تعزیری هم، چون نظر حاکم ملاک است می‌توان نظر حاکم را در داوری ملاک عمل قرار داد و قاضی را به انتخاب وی و نهاد. چنین قاضی‌ای ممکن است با سمت نیابت نظر حاکم را اجرا نماید.

۳-۲. دادگاه‌های شرعی

ابتدا یادآور می‌شود که تا پیش از مشروطیت و حتی تا مدتی پس از آن داوری بین مردم و امر قضا مخصوص فقها بود. لذا وقتی دولت مردان بر آن شدند تا دادگستری نوین را پایه‌گذاری کنند نگران شدند که در این کار توفیق نیابند. این نگرانی بیش‌تر از آنجا ناشی می‌شد که مردم به

صورت سنتی مایل بودند دعاوی خود را نزد عالمان دینی مطرح نمایند. در تصویب قانون اصول محاکمات دغدغه شرعی بودن آن ذهن دولت‌مردان صدر مشروطیت را، که هم مقید به موازین دینی بودند و هم آگاه از اقتضائات جامعه، سخت به خود مشغول کرده بود به طوری که مرحوم ذکاءالملک (فروغی)، که خود دست اندر کار امر سیاسی و حقوقی بوده، اظهار داشت:

حکومت واقعی را علمای دین، حق واقعی خود می‌دانستند... و تا مدت مدیدی محاکم عدلیه احکامی را که صادر می‌کردند حکم نمی‌نامیدند و جرأت نمی‌کردند عنوان صدور حکم به آن بدهند و رأی خود را در دعاوی «راپورت به مقام وزارت» عنوان می‌کردند... زیرا با وجود قانون شرع قانون دیگری محل احتیاج نبوده و جایز هم نیست و حتی چیز دیگر را قانون نمی‌توان نامید. این بود که در مجلس شورای ملی وضع قوانین برای عدلیه مشکل بلکه محال می‌نمود (آخوندی، ۱۳۷۲، ج ۱: ۹۷).

وی پس از آنکه مشکلات و نحوه ارجاع قوانین عدلیه را به کمیسیون عدلیه توضیح می‌دهد می‌گوید:

خلاصه با مرارت و خون دل فوق‌العاده و با رعایت بسیار که نسبت به نظرهای آقایان به عمل آمد که مبدا حکومت شرعیه از میان برود، اول قانونی که از کمیسیون گذشت قانون تشکیلات عدلیه بود که بر طبق آن عدلیه ایران دارای محاکم صلح و محاکم استیناف و دیوان تمیز و متفرعات آنها گردید و دوم قانونی که گذشت، قانون اصول محاکمات حقوقی بود که تهیه آن را مرحوم مشیرالدوله دیده و زحمت گذراندنش را از کمیسیون کشیده بود، اما هنوز رسمیت نیافته بود. تا اول سال ۱۳۳۰ قمری که من [فروغی] وزیر عدلیه شدم و آن قانون را به رسمیت رسانیدم و حکم به اجرای آن دادم.

در همان تاریخ مرحوم مشیرالدوله و حسن پیرنیا و مرحوم سید نصرالله تقوی و دو سه نفر دیگر کمیسیونی تشکیل دادند و به تهیه و تنظیم قانون اصول محاکمات جزایی پرداخته و این کار موقعی بود که مجلس شورای ملی در حال تعطیل بود و «تعطیلی قریب سه سال طول کشید و مجدداً منعقد نشد مگر بعد از شروع جنگ بین‌الملل». مع‌هذا وقتی که قانون اصول محاکمات جزایی آماده شد آن را هم به عنوان قانون موقتی به جریان انداختند (وزارت فرهنگ، بی‌تا: ۷۲۹).

تصویب نامه هیأت دولت، منضم به قانون اصول محاکمات جزایی، جریان و کیفیت تصویب قانون فوق را به شرح زیر توضیح می‌دهد:

قوانین موقتی اصول محاکمات جزایی، مشتمل بر پانصد و شش ماده که چهارصد و نود و دو ماده آن از طرف وزارت عدلیه پیشنهاد کمیسیون عدلیه مجلس شورای ملی شده و در کمیسیون مزبور پس از نظریات جناب مسیو ادلف پرنی، مستشار عدلیه، مطرح شور اول شده و در اثنای شور ثانوی به واسطه انفصال مجلس شورای ملی مذاقه کامل در قانون مزبور به عمل نیامده، لزوم ضرورت قوانین موقتی مزبور کاملاً احساس می‌شد. لهذا کمیسیون مخصوص از طرف وزارت عدلیه اعظم از آقایان مفصله زیر نظر حجت الاسلام سید حسن مدرس و آقای نصرالله تقوی و آقای ذکاء الملک و آقای مشیر الدوله جناب مسیو ادلف پرنی پروکور دولت جمهوری فرانسه در مأموریت مستشاری وزارت عدلیه اعظم به عمل آمده و چهارده ماده (از ماده ۴۱۶ الی ماده ۴۲۹) از طرف کمیسیون مخصوص به قانون مزبور آورده شده که مجموع این ۵۰۶ ماده به تصویب و امضای کمیسیون مزبور و تصدیق حضرت حجت الاسلام آقای مدرس که از آقایان علمای نظار طراز اول هستند رسیده و از طرف جناب مستطاب آقای ممتاز الدوله، وزیر عدلیه، به هیأت وزرا پیشنهاد شده بود. در جلسه پنجشنبه نهم رمضان المبارک ۱۳۳۰ وزرا تصویب کردند که وزیر عدلیه مواد مزبور را به موقع به اجرا گذارد (وزارت فرهنگ، بی تا: ۷۲۹).

چنین سابقه‌ای به خوبی موقعیت امر قضا را در جامعه ایرانی تبیین می‌کند. بالاخره باگذشت زمان و تحولاتی که در جامعه رخ داد به ناچار تشکیلات دادگستری نوین به وجود آمد ولی هم‌چنان دغدغه رعایت موازین شرعی دل‌مشغولی علاقه‌مندان به مبانی دینی بود تا اینکه پس از انقلاب اسلامی ایران دادگستری تحولاتی همه جانبه را تجربه کرد و در طول این سال‌ها بسیاری از تنظیماتی که در دادرسی جهانی متعارف است در دادگستری جمهوری اسلامی ایران هم پذیرفته شد. با اینکه زمانی با حذف دادرسی‌ها بر آن شدند تا رسیدگی به دعاوی را به فقه سنتی نزدیک و نزدیک‌تر نمایند ولی سرانجام مجبور شدند دادرسی‌ها را احیا کنند.

هم‌چنین توجه به این نکته ضرورت دارد که حدود الهی از چنان اهمیتی برخوردار است که گروهی از فقها اجرای آن را مخصوص امام معصوم^(ع) دانسته و در زمان غیبت حکم به حرمت اجرا داده‌اند، زیرا دخالت در اجرای آن را نوعی دخالت در وظایف و حقوق خاص امام معصوم^(ع) به حساب می‌آورند و اجرای آن را در زمان غیبت مجاز نمی‌دانند.^{۱۱}

بر این اساس و به لحاظ اهمیت حدود باید در اجرای آن دقت و تأمل بیش‌تر شود و آن را -

چنانکه فقها هم فرموده‌اند - مخصوص امام معصوم^(ع) یا نایب (خاص یا عام) وی دانسته‌اند و در همین جاست که باید گفت مجازات‌هایی که جنبه حدی یا تعزیری - مربوط به ترک واجبات یا فعل محرّمات - دارد از دو ویژگی مهم برخوردار است:

اول آنکه حدود الهی به وسیله شارع تعیین شده و نحوه اثبات آنها هم طرق ویژه دارد و نمی‌توان با هر طریقی آن را اثبات کرد.

دوم اینکه مجری این مجازات‌ها باید امام معصوم^(ع) یا نایب او باشد و هر کس حق اجرای آنها را ندارد.

این دو ویژگی می‌طلبند که دادگاه خاصی جدای از دو دادگاهی که پیش‌تر بیان شد برای اثبات موجبات حدود و اجرای آنها به وجود آید، زیرا:

الف: دلایل اثبات موجبات حد - چنانکه گفته شد - متفاوت از دلایل اثبات موجبات حقوق انسان‌هاست. اگر برای اثبات حق انسانی یک‌بار اقرار کافی است برای اثبات موجب حد نیاز به دو بار اقرار یا بیش‌تر است (در مورد اثبات محاربه فقط یک‌بار اقرار کافی است) و نیز شهادت زنان به طور اصولی و طبق یک قاعده کلی در موجبات حد (جز در موارد معدود) پذیرفته نمی‌شود. هم‌چنین، از سویی، اقامه حدود نیاز به اقامه دعوی ندارد بلکه به نحوی اقامه دعوی در خصوص آن ممنوع است، زیرا دعوا ممکن است منجر به اثبات یا عدم اثبات گردد و عدم اثبات بعضی از ادعاها مانند زنا موجب می‌گردد تا مدعی محکوم به حدّ قذف گردد و علاوه بر آن نسبت دادن فعل مجرمانه موجب حد به اشخاص - بدون آنکه بتوان آن را ثابت کرد - گناه است و باعث سلب عدالت از نسبت دهنده می‌شود. اینها و موارد دیگری که در کتب فقهی مذکور است موجب گشته تا حدود الهی به راحتی اجرا نشود شاید بنای شارع مقدّس هم بر این بوده که در عین حفظ نوامیس و ترس افراد از ارتکاب گناه، پرده دری نشود و حدود به راحتی اثبات نگردد.

ب: از سویی، فقهای که اجرای حدود را در زمان غیبت روا می‌دانند همه متفق القولند که فقیه جامع شرایط افتاء می‌تواند حدود الهی اقامه نماید نه شخص دیگر، و اگر در باب قضا از قاضی تحکیم سخن گفته‌اند ناظر به انتخاب قاضی از سوی طرفین دعوی بوده و در اجرای حدود اشاره‌ای به قاضی تحکیم ندارند، زیرا در این مورد «تحکیم» عملاً و موضوعاً منتفی است چه مدعی و مدعی علیه در چنین دعاوی وجود ندارد.

ج: احکام حدود الهی را فقها در باب امر به معروف و نهی از منکر و باب دیگری از فقه به نام

حدود به بحث گذاشته‌اند و در این دو باب مجری حکم را حاکم یا امام دانسته و حتی بسیاری از فقها وقتی نام امام را آورده جمله «علیه السلام» را در پی آن ذکر کرده‌اند. این نوع تعبیر می‌رساند که اجرای حدود - به دلیل اهمیت خاص - جزء شئون حکومتی است و لذا می‌بایست مجری آن واجد شرایط ویژه باشد، در حالی که قضا بین مردم برای فصل خصومت یا حفظ نظم (به عنوان امور حسبی) است. در نتیجه باید گفت دادگاهی هم که به این گونه امور رسیدگی می‌کند در مرتبه والا و بالایی قرار دارد و قاضی آن باید مجتهد جامع شرایط افتاء باشد و در این صورت برابر موازین شرعی - خواه در قانون آمده باشد یا نه - عمل خواهد کرد.

د: تاکنون از اجرای حدود الهی یا حق‌الله سخن گفتیم در حالی که پاره‌ای از امور هم وجود دارد که اگرچه مستلزم اجرای حدّ الهی یا تعزیر نیست ولی باید به چنین دادگاه‌هایی ارجاع داد، زیرا در ماهیت این امور نوعی حقّ الهی مستتر است. مثلاً، انجام مراسم لعان یا رسیدگی به ایلاء - در جایی که نوبت به حکومت و دادرسی می‌رسد - و یا طلاق غیابی. این گونه امور اگرچه مستلزم اجرای حد یا تعزیر نیست و بلکه معطوف به حقوق انسان‌هاست، اما از آنجا که حقوق این چینی به نحوی تقدیس شده و می‌توان آنها را هم در مرز حقوق الله دانست، لذا داوری در خصوص آنها هم باید به دادگاه‌های نوع سوم (دادگاه شرعی) ارجاع شود.

نتیجه‌گیری

از مجموع آنچه بیان شد می‌توان نتیجه گرفت که:

- ۱- حقوق مطرح برای مردم و جامعه از منظر فقهی سه نوع است: الف: حقوق انسان‌ها؛ ب: حقوق جامعه و آنچه مربوط به حفظ اجتماع می‌شود؛ ج: حقوق الله.
- ۲- حقوق انسان‌ها مورد توجه فقها بوده و برای اثبات و استیفا و داوری درباره آنها راه‌ها و مسائلی را مقرر داشته‌اند.
- ۳- حقوق جامعه یا حقوق عمومی کم‌تر مورد توجه و بحث بوده و آنچه را بعضی از علما به عنوان حقوق جامعه تحت عنوان «حق‌الله» یا مساوی با حق‌الله تلقی کرده‌اند چندان دقیق و منطبق با تعریف حقوق عمومی نیست.
- ۴- حقوق الله که در فقه از آن بسیار نام برده شده از لحاظ نحوه اثبات و استیفا با دو نوع حق پیشین متفاوت است.

۵. پیشنهاد شد برای اثبات و استیفای هر یک از حقوق یاد شده دادگاه‌هایی تحت عناوین ذیل به وجود آید:

الف: دادگاه‌های حقوقی؛

ب: دادگاه‌های کیفری؛

ج: دادگاه‌های شرعی.

البته این یک اقتراح است که می‌تواند با بحث‌های همه جانبه مورد نقد و اصلاح و یا رد قرار گیرد. اما شاید راهگشایی باشد برای رفع بعضی از تنگناها و تعارضاتی که هم اکنون دستگاه قضایی و قانون‌گذاری دینی در ارتباط با حقوق عرفی دچار آن است.

پی‌نوشت‌ها

۱. صاحب‌جوهر در باب مسئله جواز یا عدم جواز ارتزاق قاضی از بیت‌المال می‌فرماید: «و لو طلب جاز لانه من المصالح المعد لها التي من جملتها القضا الذي فيه قيام النوع و المعروف لكن قد يشكل ذلك بانه يؤدي واجبا و ان لم يكن متعينا عليه فلا يجوز اخذ العوض عنه بل لو قلنا يكون القضا من العبادات كما عساه يظهر من بعضهم اشكل اخذ العوض عليه مطلقا ايضا» (نجفی، ۱۳۶۸، ج ۴۰: ۵۱).

۲. «أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا أُنْزِلَ إِلَيْكَ وَمَا أُنْزِلَ مِنْ قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَيَّ الطَّاعُونَ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ وَيُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُضِلَّهُمْ ضَلَالًا بَعِيدًا».

۳. ابن هبیره عامل مروان بن محمد، آخرین خلیفه اموی در عراق، از ابوحنیفه خواست که کار قضاوت را عهده‌دار شود ولی او نپذیرفت و ابن هبیره او را شلاق زد (احمد امین، ۱۹۶۲، ج ۲: ۱۸۳).

۴. «و يجوز ارتزاق القاضي من بيت المال مع الحاجة و لايجوز الجعل من الخصم» (شهید اول، ۱۳۷۷: ۵۹).

۵. «و المرتزقة المؤذن و القاسم و الكاتب و معلّم القرآن و الادب و صاحب الذیوان و والی بیت المال» (شهید اول، ۱۳۷۷: ۵۹).

۶. این تقسیم یک پیامد حکومتی و سیاسی هم دارد که بحث کلانی را می‌طلبد و در این نوشتار بدان اشاره خواهد رفت و توضیح آن به جا و فرصت دیگر موکول می‌گردد.

۷. نکته جالب‌تر این است که مرحوم صاحب‌جوهر در باب قضا، همه شیعیان عالم به احکام را وقتی

- برابر موازین فقهی شیعی عمل کنند، خواه مجتهد باشند یا نه، مجاز می‌داند که در تمام اموری که معصوم حق دخالت داشته دخالت نمایند (نجفی، ۱۳۶۸، ج ۴۰: ۱۸۱۹).
۸. در شرایع آمده است: «قطع السارق موقوف علی مطالبة المسروق منه فلو لم يرافعه ام يرفعه الامام و ان قامت البينة...».
۹. برابر موازین فقهی اگر کافران یکدیگر را قذف کنند، حدّ قذف بر آنان اجرا نمی‌گردد، هم‌چنین است اگر به یکدیگر دشنام دهند. اما اگر خوف فتنه رود امام به هر نحو که بخواهد و صلاح بداند آتش فتنه را خاموش خواهد کرد (نجفی، ۱۳۶۸، ج ۴۱: ۴۳۱).
۱۰. در *اللمعة الدمشقية* آمده است: «فی الشهادة علی الشهادة و محلّها حقوق الناس كافة سواء كانت عقوبة كالقصاص او غير عقوبة كالطلاق و النسب و العتق او مالا كالقرض و عقود المعاوضات و عيوب النساء و الولادة و الاستهلال و الوكالة بقسميها» (شهید اول، ۱۳۷۷: ۶۴). در عبارت بالا قصاص و طلاق و نظایر آنها جزء حقوق الناس آمده است.
۱۱. در کتاب *السرائر* ابن ادریس می‌خوانیم: «اما اقامة الحدود فليس يجوز لاحد اقامتها الا سلطان الزمان المنصوب من قبل الله تعالى او من نصبه الامام لاقامتها و لا يجوز لاحد سواهما اقامتها علی حال و قد رخص فی حال قصور ایدی ائمة الحق و تغلب الظالمين ان یقیم الانسان الحد علی ولده و اهله و ممالیکه اذا لم یخف فی ذلك ضرراً من الظالمين... قال محمد بن ادریس مصنف هذا الكتاب و الاقوی عندي انه لا يجوز له ان یقیم الحدود الاعلی عبده فحسب دون ما عداه من الاهل و القرابات....» (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲: ۲۴).
- از عبارت یاد شده استفاده می‌شود که بعضی از فقها اقامه حد را برای فقها هم (که اکثراً جایز می‌دانند) روا نمی‌دانند به همین جهت مرحوم علامه حلی در کتاب *المختلف* کوشیده است این نظر را رد کند و اثبات نماید که در زمان غیبت فقها به استناد اجازه عام حق اجرای حدود را دارند.

منابع

- قرآن مجید
- نهج البلاغه
- قانون اساسی
- آخوندی، محمود. (۱۳۷۲) *آیین دادرسی کیفری*، تهران: سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول، سه جلدی.

- آشتیانی، حاج میرزا محمد. (۱۳۶۳) کتاب القضاء، قم: انتشارات هجرت، چاپ اول، یک جلدی.
- ابن ادریس، محمد بن منصور. (۱۴۱۰ق.). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، سه جلدی.
- احمد امین. (۱۹۶۲) ظهرا لاسلام، قاهره: مكتبة النهضة المصرية، چاپ اول، سه جلدی.
- _____. (۱۹۶۴) فجر الاسلام، قاهره: مكتبة النهضة المصرية، چاپ اول، یک جلدی.
- حر عاملی، محمد بن حسن. (بی تا) تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعه، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- داوید، رنه. (۱۳۷۵) نظام های بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه حسین صفایی، محمد آشوری و عزت الله عراقی تهران: نشر دانشگاه تهران، چاپ اول.
- شهید اول، شمس الدین محمد. (۱۳۷۷) اللمعة الدمشقیة، تهران: الهام، چاپ اول، یک جلدی.
- شهید ثانی، جمال الدین مکی عاملی. (۱۴۱۰ق.). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، قم: داوری، چاپ اول، ده جلدی.
- شیخ طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق.). المبسوط فی فقه الامامیه، تهران: مكتبة المرتضویة لاحیاء التراث الجعفریة، چاپ اول، هشت جلدی.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۲ق.). مختلف الشیعة فی احکام الشریعة، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، نه جلدی.
- محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن. (۱۳۸۹ق.). شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، نجف اشرف: مطبعة الآداب، چاپ اول، سه جلدی.
- نجفی، محمد حسن. (۱۳۶۸) جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، تهران: دارالکتب الاسلامیة چاپ سوم، چهل و یک جلدی.
- وزارت فرهنگ، (بی تا) مجله تعلیم و تربیت، شماره دهم، سال ششم.

مبانی عقلی منجزیت علم اجمالی

سید ابوالقاسم نقیبی^۱

محمد حسین سهیلی^۲

چکیده: تبیین مبانی صحیح منجزیت علم اجمالی ضمن دو بخش مجزای قابل پیگیری است: اول، منجزیت علم اجمالی از لحاظ عقلی یعنی با صرف نظر از جریان اصول عملی ترخیصی شرعی. دوم، منجزیت علم اجمالی از لحاظ شرعی و با نظر به جریان آن اصول. مقاله حاضر متکفل بررسی بخش اول است. بدین منظور، حرمت مخالفت قطعی و وجوب موافقت قطعی جداگانه مورد بررسی قرار می گیرد. در این بحث مشخص می شود با وجود اینکه حرمت مخالفت قطعی به سادگی قابل اثبات است؛ ولی اثبات وجوب موافقت قطعی تنها دو راه معقول دارد: اول، قاعده اشتغال است که تنها بر اساس نظریه محقق عراقی در تفسیر علم اجمالی قابل استناد است. دوم، منجزیت احتمال تکلیف در هر یک از اطراف علم اجمالی است که تنها بر اساس انکار قاعده قبح عقاب بلایان صحیح خواهد بود. هم چنین در این مقاله به شبهات مخالفین حرمت مخالفت قطعی و وجوب موافقت قطعی و به نقض شهید صدر به قاعده قبح عقاب بلایان، پاسخ داده خواهد شد.

کلیدواژه‌ها: علم اجمالی، حرمت مخالفت قطعی، وجوب موافقت قطعی، قاعده اشتغال، منجزیت احتمال، ماهیت علم اجمالی.

طرح مسأله

حجیت علم اجمالی تا حدّ وجوب موافقت قطعی مورد اتفاق اکثر فقهای متقدم و متأخر است، اما

E-mail: da.naghibi@yahoo.com

۱. دانشیار دانشگاه شهید مطهری

۲. دانشجوی دکتری فقه و حقوق اسلامی، دانشگاه آزاد واحد علوم و تحقیقات

E-mail: mhsoheily@yahoo.com

دریافت مقاله: ۱۳۹۶/۷/۱۳ تأیید مقاله: ۱۳۹۶/۹/۲۸

برای تحلیل اصولی آن لازم است در دو مرحله، منجزیت عقلی علم اجمالی و عدم جریان اصول ترخیصی شرعی در اطراف آن ثابت گردد. بنابراین این مسئله، ابتدا، از نظر عقلی و با صرف نظر از جریان اصول عملی ترخیصی شرعی در اطراف علم اجمالی و سپس از نظر شرعی و بر اساس مقتضای آن اصول مورد بررسی قرار می‌گیرد. بدین منظور لازم است به این سؤالات به ترتیب پاسخ داده شود تا مبانی صحیح منجزیت علم اجمالی شناسایی گردد: علم اجمالی به خودی خود چگونه مستلزم حرمت مخالفت قطعی می‌گردد؟ علم اجمالی به خودی خود چگونه و از چه راه‌هایی مستلزم وجوب موافقت قطعی می‌گردد؟ آیا اصول ترخیصی قابلیت جریان در تمام اطراف علم اجمالی دارند؟ بر فرض امکان آیا از ادله چنین ترخیصی استفاده می‌شود؟ آیا در بعض اطراف علم اجمالی جریان آنها امکان‌پذیر است؟ بر فرض امکان آیا از ادله چنین ترخیصی استفاده می‌گردد؟

مبانی مختلف که در هر یک از این مسائل اتخاذ می‌شود، در نهایت دو مسلک در منجزیت علم اجمالی را نتیجه می‌دهند که عبارتند از: مسلک علیت و مسلک اقتضا. مسلک علیت بیان می‌دارد که علم اجمالی فی حدّ ذاته و به طور مستقیم مستلزم موافقت قطعی می‌گردد، و در این حالت مادامی که علم اجمالی پابرجاست و منحل نشده، شمول اصول ترخیصی شرعی حتی در بعض اطراف علم اجمالی، صحیح نیست. اما بنا بر مسلک اقتضای علم اجمالی در طول تعارض و تساقط اصول ترخیصی، مستلزم وجوب موافقت قطعی می‌گردد.

نوشتار حاضر متکفل بحث از دو سؤال اول از سؤالات پیش گفته می‌باشد و پاسخ به سؤالات بعدی و به تبع آن داوری میان مسلک اقتضاء و علیت را به مقاله «مبانی نقلی منجزیت علم اجمالی» می‌سپارد. در راستای بررسی مبانی عقلی منجزیت علم اجمالی به دلیل تأثیر ماهیت علم اجمالی بر تنجیز آن، ابتدا در فصلی مستقل، به بررسی آن خواهیم پرداخت. سپس مبانی عقلی حرمت مخالفت قطعی و وجوب موافقت قطعی در دو فصل جداگانه مورد کنکاش قرار می‌گیرد؛ بنابراین فصول این مقاله به ترتیب عبارتند از: ماهیت علم اجمالی، اثبات عقلی حرمت مخالفت قطعی و اثبات عقلی وجوب موافقت قطعی.

فصل اول: ماهیت علم اجمالی

در موارد علم اجمالی آنچه متن واقع را تشکیل می‌دهد عبارت است از اینکه متعلق تکلیف فعلی

مولی در نظر قاطع ضمن یکی از اطراف علم اجمالی وجود دارد. اکنون محل بحث اینجاست که به چه مقدار از این واقعیت علم تعلق گرفته است تا میزان منجزیت بر اساس آن تعیین گردد. از آنجا که نزد اکثر فلاسفه اسلامی، مناط کاشفیت علم از واقع، تطابق ماهوی صورت ذهنی با واقعیت خارجی است؛ پس در موارد علم اجمالی می‌خواهیم ببینیم چه ماهیتی از واقع خارجی، وجود ذهنی بر تن کرده و متعلق علم قرار گرفته است. اکنون به بررسی سه نظر معروف پیرامون ماهیت علم اجمالی می‌پردازیم:

الف) تعلق علم اجمالی به فرد مردد

مدعای این نظر آن است که همان‌طور که قاطع در تشخیص فرد واقعی دچار تردید است، همین تردید در صورت علمیه متعلق بالذات او وارد می‌شود و ماهیتی که خصوصیت شخصی آن مردد بین خصوصیت هر یک از اطراف علم اجمالی است، متعلق بالذات قرار می‌گیرد. در نتیجه متعلق علم اجمالی، ماهیت مردد بین دو حدّ شخصی است. محقق خراسانی در بحث واجب تخییری *کفایة الاصول* بعد از اینکه ذکر می‌کند یکی از اقوال در تفسیر واجب تخییری تعلق وجوب به فرد مردد (احدها لا بعینه) میان عتق، اطعام و صیام است، در حاشیه کتاب اشاره به اعتراضی نسبت به این تفسیر می‌نماید مبنی بر اینکه از آنجا که وجوب یک صفت است، تعلق آن به واحد مردد معقول نیست؛ زیرا موصوف باید در واقع متعین باشد. سپس در جواب به این اعتراض می‌گوید وقتی جایز است واحد مردد متعلق وصف حقیقی ذات اضافه‌ای مثل علم در موارد علم اجمالی قرار گیرد، تعلق صفتی اعتباری مانند وجوب به آن به طریق اولی صحیح خواهد بود و اشکال این تفسیر از واجب تخییری از جهت دیگری است (آخوند خراسانی، ۱۳۲۹، ج ۱: ۲۶۲). از ظاهر این کلام آخوند معلوم می‌شود که نزد وی تعلق علم به فرد مردد در موارد علم اجمالی امری مفروغ‌ عنه بوده است (شهید صدر، ۱۴۱۷، ج ۸: ۴۰۵).

محقق اصفهانی به این تفسیر ایراد کرده است که ثبوت فرد مردد در افق نفس به عنوان وجودی ذهنی، معقول نیست تا اینکه بخواهد معروض صفتی از صفات، چه تکوینی و چه اعتباری، واقع شود (غروی اصفهانی، ۱۴۲۹، ج ۴: ۲۳۷-۲۳۶). پس مبنای ایراد به تعلق وجوب یا علم به فرد مردد، لزوم تعین معروض و عدم امکان تعلق صفات به امر مردد نیست، بلکه مشکل اساسی، استحالة ثبوت و وجود فرد مردد می‌باشد (شهید صدر، ۱۴۱۸، ج ۲: ۳۵۵).

ب) تعلق علم اجمالی به جامع منتزع از اطراف

میرزای نائینی، محقق اصفهانی و آیت‌الله خویی قائل شدند به اینکه ذهن حدّ جامعی بین خصوصیات اطراف علم اجمالی (احدها مفهومی) انتزاع می‌کند و ماهیت همین جامع در افق نفس انسان وجود ذهنی پیدا کرده و متعلق علم اجمالی می‌باشد (خویی، ۱۴۲۲، ج ۲: ۱۲۲). میرزای نائینی در این باره می‌فرماید: «علم اجمالی عبارت از خلط علم با جهل است و قضیه معلوم بالاجمال به قضیه‌ای معلوم بالتفصیل به نحو مانعة‌الخلو در ضمن جمیع اطراف و دو قضیه مورد شک نسبت به هریک از اطراف علم اجمالی به طور خاص منحل می‌گردد» (نائینی، ۱۳۷۶، ج ۴: ۱۲-۱۱).^۱

از کلمات محقق اصفهانی برهانی برای صحت مسلک تعلق علم به جامع استفاده شده که از این قرار است: تصور متعلق علم اجمالی از چهار حالت خارج نیست: اول، متعلقی نداشته باشد. دوم، متعلقش فرد به عنوان تفصیلی معین (حدّ شخصی معین) باشد. سوم، متعلق آن فرد به عنوان تفصیلی مردد (حدّ شخصی مردد بین چند حد) باشد. چهارم، متعلق آن جامع بین اطراف باشد. حالت اول محال است؛ زیرا علم از صفات ذات اضافه است، در نتیجه محال است که بدون متعلق باشد. حالت دوم نیز خلاف وجدان است؛ زیرا اگر عالم به اجمال، به حدّ شخصی معین علم می‌داشت، علم او تفصیلی می‌بود و از فرض علم اجمالی خارج می‌شد. استحالة حالت سوم نیز به خاطر استحالة فرد مردد می‌باشد. در نتیجه، توسط برهان سبر و تقسیم، تنها حالت باقی مانده یعنی تعلق علم به جامع، متعین می‌گردد (غروی اصفهانی، ۱۴۲۹، ج ۴: ۲۳۷؛ شهید صدر، ب ۱۴۱۷، ج ۸: ۴۰۶).

در تقریرات درس شهید صدر به این برهان این گونه پاسخ داده شده است: لازمة این مبنا تعلق علم به صرف جامع و عدم سرایت آن به افراد می‌باشد؛ در حالی که مسلماً علم ما به بیش از جامع تعلق گرفته است. توضیح آنکه همان‌طور که در منطق و فلسفه به اثبات رسیده است جامع و کلی فقط ضمن خصوصیت و حصّة خاصی از حصص آن می‌تواند در خارج وجود داشته باشد، به همین دلیل وقتی در موارد علم اجمالی به جامع علم داریم، به ناچار باید به امر دیگری نیز علم داشته باشیم؛ آنگاه آن امر اگر خود جامع و کلی است، همین سخن درباره آن جاری می‌شود و باید علمی به امری بیش از آن تعلق گرفته باشد و به خاطر بطلان تسلسل، امر زاید باید جامع و کلی نباشد. به این ترتیب معلوم می‌شود که علم در موارد علم اجمالی به جامع مشتمل بر علم به امر دیگر و زاید بر جامع، تعلق گرفته است (شهید صدر، ب ۱۴۱۷، ج ۸: ۴۰۷).

ج) تعلق علم اجمالی به جامع حاکی از فرد واقعی

محقق عراقی معتقد است در موارد علم تفصیلی، علم به صورت تفصیلی شیء تعلق می‌گیرد که حاکی از تمامی وجود شیء است یعنی صورتی واضح از امر خارجی؛ ولی در موارد علم اجمالی، علم به صورت اجمالی آن امر خارجی تعلق می‌گیرد و از لوازم علم به عنوان و صورت اجمالی شیء، شک تفصیلی به عنوان هر یک از اطراف علم اجمالی است. بنابراین به سبب جهل به صورت تفصیلی، خصوصیت هیچ یک از اطراف علم اجمالی در دایره معلوم واقع نمی‌شود و عناوین تفصیلی هر یک از اطراف متعلق شک است (عراقی، ۱۴۱۷، ج ۳: ۲۹۹). شهید صدر در تبیین مبنای محقق عراقی مثالی ذکر می‌کند: حالتی را تصور کنیم که ما از دور شبحی را می‌بینیم ولی در تشخیص هویت او مردد می‌شویم که مثلاً زید است یا عمرو. سپس آن فرد که نزدیک‌تر آمد، متوجه می‌شویم که او زید است؛ حال می‌گوییم در هر دو رؤیت، محکی علم ما خود زید است؛ اما در حالت اول رؤیت ما همراه با اجمال و غموض بوده و ماهیت او برای ما به طور کامل مبین نگشته است؛ در حالی که در رؤیت دوم ماهیت او به وضوح برای ما مشخص شده و هیچ اجمالی در کار نیست (شهید صدر، ۱۴۱۸، ج ۲: ۳۵۶).^۲

از کلمات محقق عراقی می‌توان دلیلی بر صحت نظر او و بطلان نظر قبل پیدا کرد و آن اینکه در مواردی که تردید برطرف شده و علم اجمالی تبدیل به علم تفصیلی می‌شود، وجداناً هر فردی احساس می‌کند و حتی آن را بر زبان می‌آورد که این همان معلوم بالاجمال من بود. حال این امر وجدانی طبق تفسیر محقق عراقی به وضوح تحلیل می‌شود، زیرا از نظر ایشان جامع از آن جهت که حاکی و مرآت از خصوصیت واقعی است که نزد قاطع بین خصوصیات اطراف مردد شده، متعلق علم اجمالی می‌باشد و در این حال نسبت جامع به خصوصیت واقعی مردد، نسبت اجمال به تفصیل خواهد بود و در فرضی که علم اجمالی به علم تفصیلی تبدیل گردد، معلوم بالاجمال عین معلوم بالتفصیل خواهد بود و تماماً بر آن منطبق خواهد شد. در حالی که جامع مورد ادعای میرزای نائینی و محقق اصفهانی صرفاً از اطراف انتزاع شده و حالت حکایت و مرآتیت نسبت به خصوصیت واقعی ندارد. در نتیجه، اگر علم اجمالی به علم تفصیلی تبدیل گردد، معلوم بالاجمال بر جزء تحلیلی معلوم بالتفصیل منطبق خواهد بود نه بر تمام آن، و این خلاف وجدان پیش گفته است (عراقی، ۱۴۱۷، ج ۳: ۲۹۹).

با توجه به این دلیل و با نظر به ایراداتی که به دو تفسیر قبل وارد شد، این تفسیر از علم اجمالی

متعین می‌گردد. تعیین ماهیت علم اجمالی چنانکه در آینده خواهیم دید، هم در تقریب و خوب موافقت قطعی و هم در استفاده ترخیص از ادله شرعی نسبت به موارد علم اجمالی، مؤثر خواهد بود.

فصل دوم: اثبات عقلی حرمت مخالفت قطعی

در اثبات حرمت مخالفت قطعی آنچه در نزد مؤلفین قدیمی تر، مرسوم بوده به وجود مقتضی و فقد مانع تنجز، استدلال می‌شده است (کرباسی، بی تا: ۴۰۸؛ شیخ انصاری، ۱۴۲۸، ج ۲: ۲۰۰؛ فشارکی، ۱۴۱۳: ۸۷). ما در گفتار اول این فصل وجود مقتضی را ثابت می‌کنیم، اما منظور از عدم مانع در درجه اول، موانع عقلی است که آنها را ضمن شبهات مخالفین در گفتار دوم بررسی می‌کنیم و در مرتبه بعد موانع شرعی (ترخیص شارع) مراد است که به طور مفصل در مقاله «مبانی نقلی منجزیت علم اجمالی» به آن خواهیم پرداخت.

گفتار اول: ادله حرمت مخالفت قطعی

می‌دانیم علم اجمالی هم متضمن علم به وجود تکلیف مولی ضمن اطراف بوده و هم متضمن شک و احتمال به عدد اطراف آن می‌باشد. حال برای اینکه معلوم گردد تکلیف در موارد علم اجمالی از نظر عقلی منجز می‌گردد یا خیر و در فرض اول میزان تنجز آن تا چه حد می‌باشد، باید ملاحظه کرد که مقتضای علم و احتمال‌های موجود در اطراف علم اجمالی با قطع نظر از جریان اصول ترخیصی چیست؟ در این گفتار سعی می‌شود از لابلای کلمات عالمان علم اصول، وجود مقتضی تنجز در حد مخالفت قطعی را در ضمن چهار استدلال بررسی کنیم.

استدلال اول: قاعده اشتغال

در مباحث ماهیت علم اجمالی معلوم شد که تنها دو تصور معقول در تفسیر آن وجود دارد و تفسیر آن به تعلق علم به فرد مردد اساساً ممکن نیست و به همین جهت این نظر طرفدار پیدا نکرده است. اما دو تفسیر دیگر آن، عبارت بودند از: جامع متزع از اطراف و جامع حاکی از فرد واقعی. حال می‌گوییم بر طبق هر دو مبنا موضوع قاعده اشتغال یعنی شغل یقینی احراز گشته و حکم عقل به فراغ یقینی نسبت به آن، سبب حرمت مخالفت قطعی می‌گردد؛ زیرا بر طبق تفسیر اول اشتغال

نسبت به همان جامعی که متعلق علم است، ثابت می‌گردد و مکلف مأمور ایجاد آن جامع در خارج می‌گردد و از آنجا که ایجاد جامع در خارج، ضمن یکی از اطراف رخ خواهد داد، پس مکلف بر طبق قاعده اشتغال برای یقین به فراغت ذمه نسبت به اشتغال به جامع، باید حتماً تکلیف را ضمن یکی از اطراف امثال کند که این به معنای لزوم موافقت احتمالی است که مساوق با حرمت مخالفت قطعی می‌باشد. بر طبق تفسیر دوم نیز، جامعی که ضمن تحقق فرد واقعی ایجاد می‌شود، متعلق تکلیف بوده و اشتغال نسبت به آن ثابت می‌گردد و در نتیجه عدم امثال تکلیف در هیچ یک از اطراف علم اجمالی، مخالفت قطعی با آن جامع منجز محسوب می‌شود، در نتیجه مخالفت قطعی جایز نمی‌باشد.

استدلال دوم: منجزیت احتمال

طبق نظر مشهور اصولیان تنجز دایره مدار علم بوده و منجزیت احتمال به دلیل قاعده قبح عقاب بلایان معقول نمی‌باشد. در نتیجه طبق این نظر، برای اثبات عقلی منجزیت علم اجمالی، تمام توجه به جنبه علم در موارد علم اجمالی و میزان قابلیت آن برای تنجز تکلیف می‌باشد که در استدلال اول مطرح گردید. اما طبق نظر جمع محدودی از اصولیان متأخر نظیر محقق طباطبایی یزدی، آیت‌الله محقق داماد، شهید محمد باقر صدر و آیت‌الله مکارم شیرازی تکلیف مولای حقیقی از نظر عقلی به وسیله احتمال نیز منجز می‌گردد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۶، ج ۲: ۲۴۹؛ محقق داماد، ۱۳۸۲، ج ۲: ۲۳۷؛ شهید صدر، الف ۱۴۱۷، ج ۵: ۲۳ به بعد؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۸، ج ۳: ۴۵ به بعد). در نتیجه از آنجا که احتمال تکلیف بالوجدان در اطراف علم اجمالی موجود است، تنجز تکلیف حتی تا حدّ وجوب موافقت قطعی به راحتی ثابت می‌شود. زیرا، وقتی بر طبق مبنای این بزرگان، حکم عقلی در شبهات بدوی، احتیاط می‌باشد، به طریق اولی در موارد علم اجمالی منجزیت عقلی ثابت می‌گردد.

استدلال سوم: بنای عقلا

استدلال دیگری که برای اثبات حرمت مخالفت قطعی بیان شده عبارت است از اینکه علم اجمالی در عرف عقلا نسبت به تکلیف مولی بیان محسوب می‌شود و با صدق این بیانیت عرفی از موضوع قاعده قبح عقاب بلایان خارج می‌شود. توضیح آنکه به برهان آنی از اینکه عقلا بین مخالفت با

تکلیف معلوم بالتفصیل و تکلیف معلوم بالاجمال فرقی نمی گذارند و هر دو را معصیت می شمارند، به صدق بیانیت برای علم اجمالی پی می بریم. وقتی که بیانیت آن نسبت به تکلیف ثابت شد، تنجز نیز به تبع آن می آید و حداقل مقتضای این تنجز حرمت مخالفت قطعی می باشد. شیخ انصاری در *مطرح الانظار* در این باره می فرماید:

علاوه بر این، عقل به مساوی بودن علم اجمالی و تفصیلی در تنجز تکلیف به وسیله آنها حکم می کند، همان گونه که بنای عقلا از این مساوی بودن (یا از این حکم عقل) حکایت می کند. البته تمسک به بنای عقلا در مواردی این چنینی بی ایراد به نظر نمی رسد؛ به خاطر اینکه احتمال دارد احتیاط به این خاطر در اذهان عقلا مرتکز شده باشد که مقصود آنها در این نوع از امور وصول به مصالح و (احتراز از) مفسد موجود در اشیاء باشد و تعبد به امر مولی در این بناها لحاظ نشده باشد. اما با این حال وجدان سلیم اگر به این بنای خاص محل بحث دقت کند ولو با صرف نظر از آنچه ذکر شد (توجه عقلا به احراز مصالح و مفسد) و بر روی (عنوان) اطاعت و معصیت که لازمه تعبد می باشد تمرکز کند، حکم به عدم فرق میان علم اجمالی و تفصیلی خواهد کرد (شیخ انصاری، ۱۳۸۳، ج ۳: ۵۰۳).

با وجود این، این استدلال در کلام اصولیان بیش تر جنبه مؤید وجدانی دارد و به عنوان استدلال مستقل ارائه نشده است (شیخ انصاری، ۱۴۲۸، ج ۲: ۲۷۹؛ آشتیانی، ۱۳۸۸، ج ۴: ۲۵۶؛ حائری یزدی، ۱۴۱۸، ج ۲: ۱۷).

استدلال چهارم: اجماع

شیخ انصاری در *مطرح الانظار* ادعا کرده که با بررسی کلام فقها و اصولیان می توان ادعای اجماع بر حرمت مخالفت قطعی را مطرح کرد، و در واقع وجه مشترک نظر مشهور و پیروان مقدس اردبیلی حرمت مخالفت قطعی است (شیخ انصاری، ۱۳۸۳، ج ۳: ۴۴۵). توضیح آنکه همان طور که قبلاً گفته شد مشهور فقها و اصولیان قائل به منجزیت علم اجمالی تا حدّ وجوب موافقت قطعی هستند.^۳ اما قول مطرح دیگر عبارت است از تخییر در شبهه تحریمی موضوعی که نظر محقق اردبیلی (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱: ۲۸۲ و ۳۴۱؛ ج ۲: ۶۷، ۱۲۴-۱۲۳)، صاحب *ملارک* (موسوی عاملی، ۱۴۱۱، ج ۱: ۱۰۷؛ ج ۳: ۱۳۶)، صاحب *معالم* (عاملی، ۱۴۱۸، ج ۱: ۳۷۸؛ ج ۲: ۵۸۰)، محقق سبزواری (سبزواری، بی تا، ج ۱: ۶۶ و ۸۴) مولی مهدی نراقی (نراقی، ۱۳۸۸، ج ۱: ۳۹۴)، مولی احمد نراقی (نراقی،

۱۴۱۵: ۱۲۰) و ... می‌باشد. اقوال نادر در مسئله نیز عبارتند از قول به قرعه (سید بن طاووس، ۱۴۰۹: ۹۳-۹۴)؛ قول به جریان برائت در تمام اطراف علم اجمالی در شبهات موضوعی تحریمی در کتاب /ربیعین علامه مجلسی (به نقل از: میرزای قمی، ۱۴۳۰، ج ۳: ۷۲)؛ عدم منجزیت علم اجمالی مطلقاً مگر در صورت وجود نص یا اجماع (خوانساری، بی‌تا: ۳۸۷؛ میرزای قمی، ۱۴۳۰، ج ۳: ۶۶-۶۷)؛ تفصیل میان موارد متجانس بودن اطراف علم اجمالی و میان غیر متجانس بودن آنها که در اولی احتیاط و در دومی برائت جاری شود (محقق بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۱: ۵۱۷). با توجه به این اقوال ادعا شده که وجه مشترک قول مشهور و قول به تخییر، حرمت مخالفت قطعی است و اقوال شاذ نیز که مربوط به متأخرین است مضر به اجماع نخواهد بود.

با توجه به اقوال مزبور می‌توان گفت امکان احراز شهرت فتوایی یا حتی اجماع بر حرمت مخالفت قطعی وجود دارد، اما به لحاظ اینکه مسئله عقلی و عقلایی می‌باشد اجماع در آن مدرکی محسوب می‌شود و هر فقیهی موظف است در این مسئله به وجدان و اجتهاد خود رجوع کند. امام خمینی در اول بحث از علم اجمالی می‌فرماید: «و از آنجا که این مسئله عقلی محض است، پرداختن به اقوال برای ما سودمند نیست» (امام خمینی، ۱۴۲۳، ج ۲: ۳۵۴).

گفتار دوم: شبهات مخالفین حرمت مخالفت قطعی

از کلمات محقق خوانساری و محقق قمی استفاده می‌شود که اقتضای عقلی تنجز تکلیف به وسیله علم اجمالی حتی در حدّ حرمت مخالفت قطعی را منکر هستند و حرمت مخالفت قطعی را دایر مدار وجود نص یا اجماعی در هر مورد می‌دانند. اکنون ادله‌ای که بر این مطلب اقامه شده است، مورد بررسی قرار می‌گیرد:

دلیل اول: اشتراط تنجز یا فعلیت احکام به علم تفصیلی

از بعضی عبارات محقق قمی استفاده می‌شود که تنجز یا بلکه فعلیت احکام را مشروط به علم تفصیلی می‌داند:

بطلان تمسک به این استدلال که اجتناب از حرام و نجس واجب است و ترک واجب و نجس فقط با اجتناب از همه اطراف شبهه محصوره حاصل می‌شود، واضح است. به خاطر اینکه حرمت چیزی که حرمت آن دانسته نشده و نجاست چیزی که به نجاست آن علم نداریم را نمی‌پذیریم. توضیح آنکه متصف شدن اشیاء به حلیت و

حرمت و نجاست و طهارت، با ملاحظه حالت فعل مکلف صورت می گیرد، هر چند که حکمتی که سبب حکم می شود (ملاک) در خود اشیاء خارجی نهفته است؛ پس اگرچه اشیاء به خودی خود (به خاطر دارا بودن ملاک) بدون تقيید به علم و جهل، متصف به حرمت و نجاست می شوند؛ ولی اتصاف آنها (اشیاء) به آن دو صفت با ملاحظه فعل مکلف، فقط در فرض علم خواهد بود (میرزای قمی، ۱۴۳۰، ج ۳: ۶۸-۶۷).

در جواب می گوئیم این کلام ایشان خود دارای ظرفیت های مختلفی است که به بررسی آنها می پردازیم. اگر مراد آن است که اساساً احکام به واقع تعلق نمی گیرند، بلکه تنها احکامی در حق ما فعلی می شود که نسبت به آنها علم داشته باشیم، در کلمات شیخ انصاری سه پاسخ به آن می توان پیدا کرد: اولاً، ادله شرعی لفظی و لبی به نحو ضروری دلالت بر تعلق احکام به واقع دارد (شیخ انصاری، ۱۳۸۳، ج ۳: ۴۲۷). ثانیاً، مختص کردن احکام به عالمین مستلزم دور است. ثالثاً، لازمه و تالی فاسد آن قبح عقاب جاهل مقصر بر ترک واجبات واقعی و فعل محرمات می باشد (شیخ انصاری، ۱۳۸۳، ج ۲: ۲۸۱-۲۸۰). اگر مراد از این کلام آن است که موضوع حکم عقل به وجوب اطاعت تکلیف مولی، احراز تکلیف به نحو علم تفصیلی است، در پاسخ می گوئیم: اولاً، این ادعایی بدون دلیل است و بطلان آن از مطالبی که در بیان وجود مقتضی تنجز بیان شد، ثابت می گردد. ثانیاً، بر فرض صحت این مبنا، در موارد علم اجمالی اصل وجود الزام و بنا بر نظر عده ای علم به جامع، به نحو تفصیلی برای ما معلوم است و عقل حکم به لزوم انبعاث از آن می کند. اما اگر منظور محقق قمی آن است که به دلیل محاذیر عقلی، باید از اطلاق ادله احکام نسبت به موارد علم اجمالی دست کشید، محاذیر مورد ادعای او را در ادامه پاسخ می دهیم.

دلیل دوم: قبح تکلیف به مجمل و قبح تأخیر بیان از وقت حاجت

میرزای قمی در این باره می فرماید:

تکلیف به شیء مجمل که افراد متعددی محتمل آن می باشند به این ترتیب که فرد معینی نزد شارع اراده شده باشد که نزد مخاطب مجهول واقع شده، مستلزم تأخیر بیان از وقت حاجت می باشد که عدلیه بر استحاله آن اتفاق دارند و می توان هر تکلیفی که ادعا شود به این نحو بر مکلف تعلق گرفته را رد کرد؛ زیرا نهایت چیزی که در موارد قصر و اتمام و ظهر و جمعه و مانند آنها مسلم می باشد، این است که اجماع

داریم بر استحقاق عقاب کسی که همه اطراف را ترک کند؛ نه اینکه اجماع داشته باشیم کسی که فرد واقعی معین نزد شارع که برای ما مبهم است را ترک کند — به این صورت که هیچ طرفی را امتثال نکند — مستحق عقاب است (میرزای قمی، ۱۴۳۰، ج ۳: ۸۵).^۴

به این دلیل، هم به صورت کبروی و هم به صورت صغروی ایراد شده است. ایراد کبروی اینکه آن مجملی که علمای عدلیه بر قبح تکلیف بدون بیان نسبت به آن اتفاق دارند، عبارت است از مجملی که مکلف راهی برای امتثال آن نداشته باشد؛ اما تکلیف به مجمل و تأخیر بیان از وقت حاجت در حالی که مکلف متمکن از اطاعت ولو به نحو احتیاط باشد، قبیح نیست (وحید بهبهانی، ۱۴۱۵: ۳۹۲؛ حائری اصفهانی، ۱۴۰۴: ۳۵۸؛ شیخ انصاری، ۱۴۲۸، ج ۲: ۲۸۷). به لحاظ صغروی نیز می‌گوییم بر فرض تمامیت کبروی، موارد علم اجمالی که ما با آنها سر و کار داریم، از قبیل تکلیف به مجمل نیست، چون در آنها خطاب دارای اجمال نبوده، بلکه بعد از صدور و وصول کلام مبین از شارع، به جهت عروض سببی از اسباب مخفی ماندن احکام، مکلف به آن خطاب، نزد مکلف میان چند شیء مردد شده است؛ آنگاه از بین بردن این تردد عارضی، بر شارع مقدس واجب نمی‌باشد تا اینکه تأخیر آن از وقت حاجت، قبیح باشد (شیخ انصاری، ۱۴۲۸، ج ۲: ۲۸۶؛ نائینی، ۱۳۵۲، ج ۲: ۲۷۹).

دلیل سوم: قبح تکلیف بمالایطاق

از آنجا که در نیت عبادات قصد تمییز دخیل است، در موارد علم اجمالی به عبادات، به علت اینکه علم به وجوب هیچ یک از اطراف بخصوصه نداریم، نمی‌توانیم این شرط واجب را اتیان کنیم. پس وقتی اتیان متعلق تکلیف به همراه تمام شرایط معتبر در آن امکان پذیر نیست، نمی‌توان مکلف را به انجام عملی که در محدوده قدرت او نیست، مأمور کرد. در نتیجه، علم اجمالی در شبهات وجوبی عبادی نمی‌تواند منجز تکلیف باشد، زیرا مستلزم تکلیف بمالایطاق می‌گردد. این مطلب را می‌توان از مفهوم مخالف عبارات محقق خوانساری و محقق قمی یافت:

بله، اگر فرض شود اجماع یا نصی دال بر وجوب شیء معینی نزد خداوند که نزد ما مردد بین چند شیء شده، حاصل و وارد شود و وجوب آن مشروط به علم نباشد که در نتیجه مستلزم اسقاط قصد تعیین گردد، قول به احتیاط صحیح خواهد بود... ولی

این فرضی است که قابل اثبات نیست (میرزای قمی، ۱۴۳۰، ج ۳: ۸۵).^۵

به این محدور نیز شیخ انصاری این گونه پاسخ می‌دهد که بر فرض پذیرش مبنای لزوم قصد تعیین و تمیز در نیت واجبات عبادی، آن را منحصر به موارد علم تفصیلی می‌دانیم. به این ترتیب که به مجرد حصول تردد و اجمال در واجب، قصد تعیین سقوط می‌کند و سقوط آن منوط به احراز عدم اشتراط تکلیف به علم نمی‌باشد (شیخ انصاری، ۱۴۲۸، ج ۲: ۲۸۹-۲۸۸).

فصل سوم: اثبات عقلی وجوب موافقت قطعی

در این فصل نیز ضمن دو گفتار ابتدا ادله وجوب موافقت قطعی را بررسی کرده و مبانی صحیح آن را تبیین می‌کنیم و سپس به شبهات مخالفین آن پاسخ می‌گوییم.

گفتار اول: ادله وجوب موافقت قطعی

اثبات وجوب موافقت قطعی را با بررسی پنج دلیل پیگیری می‌کنیم:

دلیل اول: قاعده اشتغال

ادعا شده در موارد علم اجمالی پس از اثبات اشتغال ذمه به تکلیف، برای فراغ ذمه نسبت به آن، عقل بر اساس قاعده اشتغال، حکم به وجوب موافقت قطعی می‌نماید. اکنون ما اثبات اشتغال به وسیله علم اجمالی را بر اساس دو تفسیر معتبر از علم اجمالی پی می‌گیریم:

الف) اثبات اشتغال بر اساس تفسیر علم اجمالی به صرف جامع: میرزای نائینی و محقق اصفهانی مانند بسیاری از اصولیان، برای اثبات وجوب موافقت قطعی به قاعده اشتغال تمسک کرده‌اند (نائینی، ۱۳۷۶، ج ۴: ۲۴؛ غروی اصفهانی، ۱۴۲۹، ج ۴: ۱۲۱). اما محقق عراقی مدعی است که بر طبق تفسیر علم اجمالی مورد ادعای میرزای نائینی و محقق اصفهانی، همان‌طور که خود علم به خصوصیت سرایت نمی‌کند و فرد واقعی متعلق علم نمی‌گردد، تنجز نیز به خصوصیت و فرد واقعی سرایت نمی‌کند. در نتیجه آنچه که ذمه مکلف به آن مشغول می‌گردد، فقط ایجاد جامع در خارج خواهد بود و جامع نیز تنها با ایجاد یکی از افراد خود تحقق می‌یابد. بنابراین با اتیان هر یک از اطراف علم اجمالی، ذمه مکلف از آنچه به آن اشتغال پیدا کرده بود، فراغ می‌یابد. در نتیجه قاعده اشتغال نسبت به وجوب موافقت قطعی دلالتی نخواهد داشت (عراقی، ۱۴۱۷، ج ۳: ۳۰۸).

شهید صدر معتقد است این ایراد محقق عراقی وارد است، ولی در همه موارد این طور نیست و باید قائل به تفصیل شد. به این صورت که بین علم اجمالی در شبهه موضوعی که ناشی از تردد در قیدی که علم به اخذ آن قید در واجب داریم و بین سایر موارد علم اجمالی، تفاوت قائل شویم؛ زیرا در حالت اول، تقید داخل در عهده شده و ذمه به آن اشتغال یقینی پیدا کرده است. پس باید نسبت به آن فراغ یقینی صورت گیرد که فقط با اتیان همه افراد حاصل می شود. مثلاً بدانیم که اکرام هر عالمی واجب است ولی در خارج علم اجمالی داشته باشیم یکی از زید و عمرو عالم است، در اینجا علم به وجوب اکرام عالم، وجوبی مقید است و تقید اکرام به عالم، داخل در امر بوده و در صدق امثال نیز احراز عالم بودن متعلق اکرام شرط است. به همین جهت اگر غیر عالم اکرام شود امثالی صورت نگرفته است. پس در این حالت خروج از عهده فقط با اکرام هر دو فرد محقق می شود؛ اما در سایر موارد علم اجمالی، علم به بیش از جامع تعلق نگرفته و صرف جامع، بدون لحاظ هیچ قید دیگری منجز شده و داخل در عهده می آید که امثال آن نیز در ضمن یکی از افراد حاصل می شود (شهید صدر، ب ۱۴۱۷، ج ۸: ۴۲۸-۴۲۳).

ب) اثبات اشتغال بر اساس تفسیر علم اجمالی به جامع حاکی از فرد واقعی: بر طبق تفسیر مورد ادعای محقق عراقی، اگرچه خود علم از جامع به فرد سرایت نمی کند ولی تنجز سرایت می کند. علت عدم سرایت علم به طرفین این است که علم به «صورت اجمالی» واقع تعلق گرفته که با «صورت تفصیلی» تباین دارد؛ در نتیجه نمی تواند به اطراف سرایت کند، اما تنجز از تبعات واقع تکلیف معلوم بالاجمال (احدهما به حمل شایع صناعی) می باشد و با احتمال وجود آن در هر یک از اطراف، تنجز نیز در پی آن می رود و وقتی احتمال وجود آن فرد واقعی در ضمن هر یک از اطراف علم اجمالی وجود دارد، تنجز نیز به محتملات آن سرایت می کند و سبب وجوب موافقت قطعی می گردد. در نتیجه تنجز به هر چه که جامع بر آن منطبق می شود، سرایت می کند و آن را منجز می گرداند (عراقی، ۱۴۱۷، ج ۳: ۴۷؛ عراقی، ۱۴۲۰، ج ۲: ۳۳).

ایراد شهید صدر به این نظر آن است که طبق قاعده قبح عقاب بلایان، تنجز تابع علم است و قدم هایش را در جایگاه آن قرار می دهد. حال که خود محقق عراقی معترف است که بر طبق تفسیر او نیز علم به فرد سرایت نمی کند، معنا ندارد که در ناحیه تعلق علم، قائل به عدم سرایت به فرد شویم و در عین حال تنجز و اشتغال را نسبت به فرد ثابت بدانیم. در نتیجه شهید صدر معتقد است، در صورت پذیرش قاعده قبح عقاب بلایان حتی با این تفسیر از علم اجمالی نیز، باید قائل به

تفصیل مورد ادعای وی شویم (شهید صدر، ب ۱۴۱۷، ج ۸: ۴۲۴).

به این ایراد دو پاسخ می‌دهیم: اولاً، مفاد قاعده قبح عقاب بلایان مساوی با قبح عقاب بلاعلم نمی‌باشد و مراد از بیان، خصوص بیان علمی نیست بلکه بیان، مطلق راه‌هایی است که عقل و عرف یا تعبد شارع آن را بیان نسبت به تکلیف بدانند و به همین خاطر است که احکام ظاهری قاعده قبح عقاب بلایان را تخصیص نمی‌زنند بلکه بیانیت آنها نسبت به تکالیف واقعی به واسطه سیره عقلا یا تعبد شارع اعتبار می‌گردد.

حال که معلوم شد تنجز تابع بیان می‌باشد نه تابع علم، سؤال می‌کنیم علم اجمالی نزد عقل و عرف نسبت به چه امری بیان محسوب می‌شود؟ آیا نسبت به خود صورت جامع موجود در ذهن (احدها مفهومی) بیان محسوب می‌شود یا نسبت به تکلیف واقعی (احدها مصداقی)؟ واضح است که مولی هیچ‌گاه به احدها مفهومی، امر یا نهی نکرده است، بلکه این مفهوم توسط ذهن مترع شده تا دلالت کند بر اینکه تکلیف مولی به مصداق یکی از احدها تعلق گرفته است. بنابراین متعلق بالذات علم اجمالی که همان مفهوم احدهاست، نسبت به تکلیف واقعی مردد بین اطراف بیان محسوب می‌شود.

بر این اساس می‌گوییم علم تفصیلی و علم اجمالی در اصل بیانیت نسبت به تکلیف واقعی تفاوتی ندارند، منتها چون متعلق تکلیفی که به وسیله علم اجمالی ثابت می‌گردد، همیشه مردد بین چند فرد است، برای یقین به امثال آن همه اطراف منجز می‌گردند؛ اما امثال تکلیفی که با علم تفصیلی ثابت می‌گردد معمولاً با یک امثال حاصل می‌گردد و اگر در امثال آن نیز مانند موارد علم اجمالی شک شود، قاعده اشتغال، حکم به اتیان همه احتمالات آن خواهد کرد. ثانیاً، خود محقق عراقی که گویی منتظر این ایراد بوده می‌فرماید:

اگر تسلیم شویم به اینکه تنجز از جامع به افراد سرایت نمی‌کند، تنجز جامعی که مورد ادعای ماست، مستلزم وجوب موافقت قطعی می‌باشد؛ زیرا جامع مورد ادعای ما جامعی است که حاکی از خصوصیت واقعی مردد می‌باشد؛ در نتیجه این جامع فقط ضمن تحقق فرد واقعی، محقق می‌شود؛ زیرا همان‌طور که در جای خود ثابت گشته، رابطه کلی با افرادش رابطه اب به اولاد نیست، بلکه رابطه آباء به اولاد می‌باشد. بنابراین، برای یقین به فراغ ذمه از ایجاد جامعی که فرد واقعی ضمن آن تحقق می‌یابد، باید همه اطراف را اتیان کرد (عراقی، ۱۴۱۷، ج ۳: ۴۷؛ ۱۴۲۰، ج ۲: ۳۳).

شهید صدر بعد از آنکه اثبات می‌کند که بنابر هر دو تفسیر از ماهیت علم اجمالی در صورت پذیرش قاعده قبح عقاب بلایان باید قائل به تفصیل ادعای وی شویم، این مطلب را به عنوان نقضی بر مسلک قبح عقاب بلایان مطرح می‌کند. ایشان معتقد است قائلین به مسلک قبح عقاب بلایان زیر بار این تفصیل نخواهند رفت و آنها طبق وجدان عرفی خود قائل به وجوب موافقت قطعی به طور مطلق خواهند بود. در نتیجه این مطلب شاهدی بر بطلان قاعده قبح عقاب بلایان می‌باشد که از تحلیل اصولی وجوب موافقت قطعی که وجدان عرفی بر آن شهادت می‌دهد عاجز شده است (شهید صدر، ب ۱۴۱۷، ج ۸: ۴۳۹-۴۳۸؛ ۱۴۱۸، ج ۲: ۳۶۰).

در جواب به این نقض شهید صدر، می‌توان گفت که اولاً، صحت مسلک محقق عراقی هم در تفسیر علم اجمالی و هم در تبیین وجوب موافقت قطعی در مطالب گذشته به اثبات رسید. ثانیاً، وقتی مدعای شهید صدر ناسازگاری وجوب موافقت قطعی با قبول قاعده قبح عقاب بلایان است، چرا خود ایشان نسبت به موالی عرفی این هر دو مطلب را توأمان می‌پذیرد؟ توضیح آنکه در حالی که ایشان مدعی است که وجوب موافقت قطعی امری است که وجدان عرفی آن را از واضحات به شمار می‌آورد (شهید صدر، ب ۱۴۱۷، ج ۸: ۴۳۸). از برخی عبارات ایشان در مبحث حجیت قطع استفاده می‌شود که نظریه حق الطاعه در مورد موالی عرفی جاری نیست و در آنجا قاعده قبح عقاب بلا بیان جاری می‌شود و اینکه مشهور حق اطاعت مولای حقیقی را محدود به موارد علم به تکلیف کرده‌اند به خاطر قیاس با حق اطاعت برخی از موالی عرفی بوده است (شهید صدر، ب ۱۴۱۷، ج ۸: ۵۰).

حال می‌گوییم همان‌گونه که در مورد اطاعت موالی عرفی که قاعده قبح عقاب بلایان جاری می‌شود، وجوب موافقت قطعی ثابت گشته و ارتکاز بر آن حاصل شده، نسبت به تکالیف مولای حقیقی نیز که مشهور در آن قائل به قاعده قبح عقاب بلایان می‌باشند، پذیرش این قاعده، مانع وجوب موافقت قطعی نخواهد شد.

دلیل دوم: منجزیت احتمال

همان‌طور که در فصل گذشته دانسته شد بر طبق نظر معدودی از اصولیان که منکر قاعده قبح عقاب بلایان هستند و احتمال تکلیف را عقلاً منجز تکلیف می‌دانند، وجوب موافقت قطعی از نظر عقلی به خاطر احتمال‌های موجود در هر یک از اطراف علم اجمالی به آسانی اثبات می‌گردد، زیرا آنها شبهه بدوی را از لحاظ عقلی منجز می‌دانند و بحث از منجزیت عقلی علم اجمالی بر طبق

مسلک آنها لغو خواهد بود (شهید صدر، الف ۱۴۱۷، ج ۴: ۱۶۱).

آیت الله خوئی با توجه به اینکه ماهیت علم اجمالی را مانند میرزای نائینی تفسیر می‌کند و گویا خود ملتفت است که بر طبق آن نمی‌توان وجوب موافقت قطعی را ثابت کرد، می‌خواهد وجوب موافقت قطعی را از باب احتمال عقاب در اطراف علم اجمالی ثابت کند که به ظاهر نظری عجیبی می‌نماید؛ زیرا ایشان ضمن قبول قاعده قبح عقاب بلا بیان قائل به این نظر شده است.

ایشان ابتدا به عنوان مقدمه ذکر می‌کند: ملاک لزوم اطاعت تکلیف و منجزیت آن، احتمال عقاب است و هر جا مؤمنی نسبت به احتمال عقاب وجود نداشته باشد، احتمال عقاب سبب تنجز تکلیف می‌گردد. حتی در موارد علم یا حجت معتبر به تکلیف مولی نیز منجزیت به دلیل احتمال عقاب می‌باشد؛ زیرا در این موارد نیز به دلیل احتمال شمول عفو و مغفرت الهی یا شفاعت اولیای الهی یا قبولی توبه، قطع به مؤاخذه و عقاب بر مخالفت با تکلیف واصل وجود ندارد؛ پس احتمال تکلیف الزامی که مساوق یا حداقل مستلزم احتمال عقاب می‌باشد نیز به همین ملاک منجز خواهد بود. پس در هر موردی که احتمال تکلیف الزامی وجود داشته باشد، عقل حکم به تحرز از مخالفت خواهد داشت، مگر اینکه مؤمنی از عقاب در مورد آن وجود داشته باشد؛ چه مؤمن عقلی نظیر قاعده قبح عقاب بلا بیان و چه مؤمن شرعی مانند ادله برائت شرعی (خوئی، ۱۴۲۲، ج ۱: ۴۰۴-۴۰۳).

بنابراین ایشان معتقد است در موارد احتمال تکلیف حکم اولی عقل احتمال عقاب است اما حکم ثانوی عقل یعنی قبح عقاب بلا بیان یا برائت شرعی، با منتفی کردن احتمال عقاب در اکثر موارد بر آن مقدم می‌شود. سپس آیت الله خوئی از تطبیق آن مقدمه با محل بحث نتیجه می‌گیرد که در موارد علم اجمالی منجزیت دایر مدار جریان و عدم جریان اصول تریخی در اطراف آن خواهد بود و نیازی به بحث از تأثیر علم اجمالی در منجزیت تکلیف نیست؛ زیرا مقتضی تنجیز که همان احتمال عقوبت می‌باشد در هریک از اطراف علم اجمالی بالوجدان موجود است و تنها باید موانع تنجیز که همان قواعد مؤمنه عقلی و شرعی می‌باشد، مورد بررسی قرار گیرد (خوئی، ۱۴۲۲، ج ۱: ۴۰۴-۴۰۳).

سپس ایشان با اثبات تعارض و تساقط اصول تریخی شرعی در اطراف علم اجمالی و عدم جریان برائت عقلی در اطراف آن به علت تمامیت بیان نسبت به تکلیف، بی‌مانع بودن منجزیت احتمال عقاب در اطراف علم اجمالی را نتیجه می‌گیرد (خوئی، ۱۴۲۲، ج ۱: ۴۱۱).

شهید صدر به این نظر ایراد می‌کند که اولاً، اساساً احتمال عقاب نمی‌تواند منشأ تنجز باشد، بلکه از لحاظ رتبه متأخر از آن می‌باشد. به این معنا که اگر تکلیفی به مرحله تنجز برسد به سبب آن مستحق عقاب می‌گردیم؛ ولی اگر تکلیفی به مرحله تنجز نرسد دلیلی برای عقاب به خاطر مخالفت با آن، وجود نخواهد داشت. پس احتمال عقاب نیز نسبت به آن داده نمی‌شود.

بنابراین احتمال عقاب فرع قطع یا احتمال تکلیف منجز می‌باشد. (شهید صدر، الف ۱۴۱۷، ج ۵: ۲۰۰). ثانیاً، ادعا شد ملاک برائت عقلی که همان عدم بیان است در اطراف علم اجمالی وجود ندارد؛ اما با توجه به تفسیری که آیت الله خویی از علم اجمالی دارد، علم اجمالی فقط علم به جامع میان اطراف است و خصوصیت هر یک از اطراف علم اجمالی از آن جهت که خصوصیت است، بیان نسبت به آن تمام نشده است.

بنابراین هر یک از آنها مجرای برائت عقلی است، اما هر یک از خصوصیات از آن جهت که مصداق جامع می‌باشد، از آنجا که بیان نسبت به جامع تمامیت دارد، خارج از برائت عقلی می‌باشد. پس تکلیف واقعی به مقدار جامع بیان بر آن تمام شده و منجز می‌گردد، ولی به مقدار فرد و خصوصیت بیان نسبت به آن تمام نشده و منجز نمی‌گردد، (شهید صدر، ب ۱۴۱۷، ج ۴: ۱۶۵؛ ج ۸: ۴۳۱). پس قاعده منجزیت احتمال عقاب در اطراف علم اجمالی با مانع برائت عقلی مواجه است و توانایی اثبات وجوب موافقت قطعی را ندارد.

به نظر می‌رسد ایراد اخیر شهید صدر از آن جهت که آیت الله خویی، ماهیت علم اجمالی را علم به جامع منتزع از اطراف می‌داند، صحیح است اما طبق تفسیر صحیح از ماهیت علم اجمالی که تعلق علم به صورت اجمالی واقع است، بیان عقلاً نسبت به واقع تمام شده است. بنابراین، محتملات آن واقع منجز نیز منجز گردیده و از شمول قاعده قبح عقاب بلا بیان خارج می‌گردند. در نتیجه موضوع احتمال عقاب بی‌مانع خواهد شد و وجوب موافقت قطعی ثابت می‌شود. با وجود این، حتی اگر آیت الله خویی قائل به این تفسیر از علم اجمالی شود، باز هم تمسک به منجزیت احتمال عقاب در اثبات وجوب موافقت قطعی صحیح نیست زیرا تمسک به احتمال‌های موجود در اطراف علم اجمالی و عدم تقدیم برائت عقلی بر آنها به علت منجزیت ناشی از مقتضای ماهیت علم اجمالی، تبعید مسافت ناروا می‌شود و در این صورت صحیح آن است که از همان ابتدا به منجزیت حاصل از علم توجه شود نه منجزیت ناشی از احتمال.

دلیل سوم: استقرا

محدث بحرانی در سه مسئله از مصادیق شبهه محصوره، بعد از نقل نظر مشهور و نظر شاگردان محقق اردبیلی و بیان ادله هر دو گروه، حق را به مشهور می‌دهد؛ ولی از راه تمسک به قاعده اشتغال وارد نمی‌شود، بلکه تلاش می‌کند از طریق استقرا موارد شبهه محصوره و غیر محصوره در روایات مربوط به مصادیق آنها، حکم کلی شبهه محصوره و شبهه غیر محصوره را کشف نماید. ایشان در ابتدا در ضمن مقدمه‌ای بیان می‌دارد که قواعد شرعی کلی همان‌گونه که به وسیله ورود نصی که سور کلی داشته باشد، ثابت می‌شود، از راه تتبع در روایات بیانگر حکم مصادیق آن کلی نیز حاصل می‌گردد و اتفاقاً اکثر قواعد کلی شرعی از همین راه دوم به اثبات می‌رسد (محقق بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۱: ۵۰۳، ۱۴۸-۱۴۹؛ ج ۵: ۲۸۲). ایشان بعد از بیان این مقدمه می‌فرماید:

اگرچه در روایات به آن فتوایی که مشهور نسبت به حکم شبهه محصوره و غیر محصوره ارائه داده‌اند به عنوان قاعده‌ای کلی تصریح نشده است؛ اما این حکم از اخباری که بیانگر حکم افرادی است که صلاحیت شمول در دو قاعده محصور و غیر محصور دارند به گونه‌ای که جای هیچ شکی را باقی نمی‌گذارد، قابل استفاده خواهد بود (محقق بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۱: ۵۰۳).

شیخ انصاری این استدلال را نمی‌پسندد به این دلیل که حجیت استقرا منوط به حصول یقین بوده و موارد استقرا شده به حدی نیست که از آن یقین حاصل کنیم به اینکه حکم هر شبهه محصوره‌ای همین است (شیخ انصاری، ۱۴۲۸، ج ۲: ۲۲۱).

دلیل چهارم: بنای عقلا

شیخ انصاری در رابطه با استدلال به بنای عقلا در اثبات وجوب موافقت قطعی در شبهات تحریمی می‌فرماید:

چه بسا برای اثبات لزوم موافقت قطعی به بنای عقلا استدلال شود به این ترتیب که آنها در موردی که قطع به وجود سم در یکی از دو ظرف داشته باشند، بر اساس طبیعت و خلق و خویشان، حکم به لزوم احتراز از هر دو ظرف می‌کنند و کسی را که مرتکب هر دو ظرف می‌شود به دیوانگان و دارندگان مالیخولیا ملحق می‌کنند (شیخ انصاری، ۱۳۸۳، ج ۳: ۴۶۲).

صاحب فصول نیز نسبت به حکم به احتیاط در شبهه وجوبی می‌فرماید:

آیا نمی‌بینی کسی که مثلاً می‌داند زندگی‌اش به استفاده از یکی از دو دارو وابسته است و بداند استفاده از دیگری نیز برای او ضرری ندارد؛ آن‌گاه اگر این دو دوا مشتبه گردد، نزد عقلا واجب است که چنین فردی هر دو دارو را استفاده کند تا حدی که اگر هیچ کدام را استفاده نکند و یا بر استفاده از یکی اکتفا کند، عقلا به ذم او خواهند پرداخت و او را احمق خواهند دانست. این احتیاط در مسائل شرعی که مربوط به حیات اخروی می‌شود، به طریق اولی لازم خواهد بود (حائری اصفهانی، ۱۴۰۴: ۳۵۸).

شیخ انصاری با اینکه وجود چنین بنایی در میان عقلا را تصدیق می‌کند، ولی معتقد است که چنین بنای عقلایی نمی‌تواند در محل بحث و مانند آن حجت باشد؛ زیرا الزام به احتیاط از سوی عقلا در این گونه موارد به جهت منحصر بودن نگاه آنها به احراز مصالح و مفاسدی است که در خود اشیاء قرار دارد و در این موارد نظری به تعبد و لزوم اطاعت تکلیف آمر ندارند و گویا آنها احتیاط را فقط در مسائل راجع به خودشان و نسبت به ملاکاتی که خودشان با آنها سروکار دارند واجب می‌دانند و چنین بنایی نسبت به اوامری که می‌دانیم در آنها به صرف مصالح و مفاسد اکتفا نشده، بلکه تعبد نیز در آنها دخیل است مانند مسائل شرعی تمام نخواهد بود (شیخ انصاری، ۱۳۸۳، ج ۳: ۴۶۲).

به نظر می‌رسد مثال‌هایی که برای این بنای عقلا ذکر کرده‌اند از جمله مواردی است که آیت‌الله بروجردی از آن تعبیر به «علم وجدانی اجمالی» می‌نماید.^۶ حال آنکه در چنین مواردی که یقین به اراده قطعی شخص یا مولی برای تحقق متعلق تکلیف وجود دارد، حتی محقق خوانساری و محقق قمی نیز قائل به وجوب احتیاط خواهند بود. در نتیجه باید به بنای عقلا در مواردی تمسک جست که یقین به اراده حتمی تحقق متعلق، وجود نداشته باشد و فقط از راه اطلاق دلیل میرز اراده مولی، ظن به بقای اراده در فرض تردد متعلق داشته باشیم. حال در این فرض اگر بنای عقلا ثابت شود، به نظر می‌رسد در اثبات وجوب موافقت قطعی راهگشا خواهد بود.

دلیل پنجم: اجماع منقول

در مدارک الاحکام احتیاط در مطلق شبهه محصوره در کلمات اصحاب مقطوع به دانسته شده

(موسوی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱: ۱۰۷) و در شرح وافیه نیز صراحتاً ادعای اجماع شده است (شیخ انصاری، ۱۴۲۸، ج ۲: ۲۱۰). شیخ انصاری در رسائل این اجماع منقول را سبب تقویت روایات دال بر احتیاط می‌داند (شیخ انصاری، ۱۴۲۸، ج ۲: ۲۱۹)؛ اما ایشان و سایر اصولیان بعد از وی هیچ‌گاه آن را به عنوان دلیل مستقلی مطرح نکرده‌اند. شاید علت آن مدرکی بودن اجماع باشد چون در بعضی از مسائل مانند مسئله نجاست احد الانائین، روایتی دال بر لزوم احتیاط وجود دارد و در سایر مسائل نیز اگر اجماعی حاصل گردد، احتمال دارد هر کس به برداشت عقلی و عقلایی خود در مسئله عمل کرده باشد و مثل هر مسئله اصولی عقلی دیگری، اجماع نمی‌تواند حجیت آن را اثبات کند. بنابراین، این دلیل نیز مستمسک مناسبی برای اثبات وجوب موافقت قطعی نیست و فقط می‌توان به عنوان مؤید از آن استفاده کرد.

گفتار دوم: شبهات مخالفین وجوب موافقت قطعی

دلیل اول: استلزام بدعت

محقق قمی معتقد است که قول به احتیاط در اطراف علم اجمالی مستلزم بدعت است؛ زیرا یکی از اطراف علم اجمالی، مورد تکلیف مولی نیست؛ ولی به سبب قول به احتیاط، در شبهه وجوبی قائل به وجوب آن عمل و در شبهه تحریمی قائل به حرمت آن می‌گردیم (میرزای قمی، ۱۴۳۰، ج ۳: ۹۰). صاحب فصول به این اشکال پاسخ می‌دهد:

الزامی که نسبت به طرفی که در واقع مورد تکلیف نیست و به سبب قول به احتیاط به وجود می‌آید، به شارع نسبت داده نمی‌شود؛ بلکه الزامی عقلی بوده و از قبیل مقدمه علمی واجب می‌باشد که وجوب عقلی دارد (حائری اصفهانی، ۱۴۰۴: ۳۶۰).

دلیل دوم: عدم امکان قصد قربت نسبت به واجب واقعی

در موارد علم اجمالی در شبهات وجوبی عبادی، امکان قصد قربت وجود ندارد؛ زیرا بر طبق قول به احتیاط، اگر فقط در انجام یکی از اطراف علم اجمالی قصد قربت شود یقین به اتیان واجب واقعی با قصد قربت حاصل نمی‌شود و اگر در انجام همه اطراف نیت واجب واقعی شود، موجب بدعت و تشریع می‌شود زیرا این کار سبب می‌شود که امری غیر عبادی با قصد قربت انجام شود پس بنا بر قول به احتیاط انجام قصد قربت ممکن نیست.

شیخ انصاری در جواب می‌فرماید: اولاً، بر فرض صحت سخن مزبور، مقتضای آن سقوط قصد قربت در این موارد می‌باشد. ثانیاً، این ایراد به کسی که معتقد است در هر یک از اطراف علم اجمالی باید به خصوص آن قصد قربت کرد مربوط می‌شود، اما ما معتقدیم در اتیان هر یک از اطراف علم اجمالی، قصد تقرب به خدا به وسیله واجب واقعی مردد می‌شود، به این نحو که مکلف در امتثال هر طرف قصد می‌کند که آن را انجام می‌دهد تا به سبب آن یا به سبب طرف دیگر، تعبد به واجب واقعی حاصل شود (شیخ انصاری، ۱۴۲۸، ج ۲: ۲۹۲-۲۹۰). بنابراین، این ایراد هم وارد نیست.

نتیجه‌گیری

در این مقاله معلوم شد دو دلیل اصلی منجزیت عقلی علم اجمالی عبارتند از: قاعده اشتغال و منجزیت احتمال تکلیف در اطراف علم اجمالی. در مورد قاعده اشتغال به این نتیجه رسیدیم که هر چند اثبات حرمت مخالفت قطعی به وسیله آن آسان است اما تنها طبق تفسیر ماهیت علم اجمالی به جامع حاکی از فرد واقعی می‌توان، وجوب موافقت قطعی را به وسیله آن اثبات کرد. منجزیت احتمال تکلیف نیز تنها نزد منکرین قاعده قبح عقاب بلایان، اثبات‌گر تنجیز عقلی علم اجمالی تا حدّ وجوب موافقت قطعی می‌باشد.

هم‌چنین در این مقاله به شبهات منکرین منجزیت عقلی علم اجمالی در دو سطح حرمت مخالفت قطعی و وجوب موافقت قطعی به طور جداگانه پاسخ گفته شد. پاسخ به نقض شهید صدر بر قاعده قبح عقاب بلایان از دیگر دستاوردهای این مقاله است.

پی‌نوشت‌ها

۱. البته نظر محقق اصفهانی با نظر میرزای نائینی و آیت‌الله خویی تفاوت‌هایی دارد (ر.ک: غروی اصفهانی، ۱۴۲۹، ج ۴: ۲۳۷).
۲. از طرفداران تفسیر علم اجمالی به تعلق آن به جامع حاکی از فرد واقعی می‌توان از این بزرگان نام برد: آیت‌الله بروجردی (بروجردی، ۱۴۱۵: ۴۲۰-۴۱۹) آیت‌الله سید سعید حکیم (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۴، ج ۳: ۱۰۴).
۳. برای اطلاع بیش‌تر ر.ک: (محقق حلی، ۱۴۰۷، ج ۱: ۱۰۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۲، ج ۱: ۱۷۶؛ حائری

اصفهانی، ۱۴۰۴: ۳۵۷-۳۶۱؛ نجفی، بی تا، ج ۱: ۲۹۰؛ شیخ انصاری، ۱۴۲۸، ج ۲: ۲۱۱-۲۱۰؛ نائینی، ۱۳۷۶، ج ۴: ۲۴؛ عراقی، ۱۴۲۰، ج ۲: ۲۹ به بعد؛ غروی اصفهانی، ۱۴۲۹، ج ۴: ۲۴۰). نظر برخی دیگر از قدمای فقهای امامیه به لزوم احتیاط نیز از خلال مصادیق علم اجمالی مثل مسئله نجاست احد الاناتین، اشتباه لباس طاهر با لباس نجس، اشتباه قبله و... قابل برداشت است: (شیخ مفید، ۱۴۱۳: ۶۹؛ شریف مرتضی، ۱۴۱۷: ۸۱؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۱: ۱۹۶؛ ابن براج، ۱۴۰۶، ج ۱: ۲۹؛ طبرسی، ۱۴۱۰، ج ۱: ۲۰؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰، ج ۱: ۸۵؛ شهید اول، ۱۴۱۲: ۱۰۳؛ شهید ثانی، ۱۴۰۲، ج ۱: ۴۱۵).

۴. از عبارت فوق توهم نشود که تکلیف به مجمل نزد محقق قمی دلیل مستقلى نیست زیرا ایشان در جای دیگری می فرماید: تکلیف به مجمل تا زمانی که حقیقت و معنای آن دانسته نشود از حکیم جایز نیست خصوصاً اگر در مقام حاجت باشد (میرزای قمی، ۱۴۲۷، ج ۲: ۸۵۷).

۵. «نعم، لو فرض حصول الإجماع أو ورود النصّ علی وجوب شیء معین عند الله مردّد عندنا بین أمور، من دون اشتراطه بالعلم به المستلزم ذلك الفرض لإسقاط قصد التعین فی الطاعة لَمْ ذلك (القول بوجوب تلك الأمور)... و لكن من أين هذا الفرض، و آئی يمكن إثباته» برای ملاحظه عبارت محقق خوانساری ر.ک: (خوانساری، بی تا، ج ۱: ۳۸۷).

۶. آیت الله بروجردی و امام خمینی در تأثیر علم اجمالی میان قطع وجدانی به تکلیف فعلی و اراده حتمی مولی که احتمال رضایت او نسبت به ترک آن داده نمی شود ولی تردد در مصداق آن صورت گرفته و میان علم به حجت که احتمال صدق و کذب آن وجود دارد، تفاوت قائل شده اند.

حالت دوم اعم است از اینکه اساساً حکم مسئله حتی در فرض علم تفصیلی نیز با اماره ثابت شده باشد یا اینکه دلیل قطعی بر وجود تکلیف واقعی دلالت کند ولی شمول آن نسبت به موارد علم اجمالی توسط عموم و اطلاق آن دلیل قطعی فهمیده شود، مانند اطلاق دلیل حرمت شرب خمر که شامل فرض علم اجمالی هم می شود. (بروجردی، ۱۴۱۵: ۴۲۳-۴۲۲؛ امام خمینی، ۱۴۲۳، ج ۳: ۱۷۹-۱۷۸).

منابع

- آخوند خراسانی، محمد کاظم. (۱۳۲۹ق). کفایة الأصول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ ششم، سه جلدی.

- آشتیانی، محمدحسن. (۱۳۸۸) بحر الفوائد فی شرح الفرائد، قم: ذوی القربی، چاپ اول، هشت جلدی.
- ابن ادریس حلی، محمد بن منصور. (۱۴۱۰ق.) السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، سه جلدی.
- ابن براج، عبد العزیز طرابلسی. (۱۴۰۶ق.) المذهب، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، دو جلدی.
- امام خمینی، سید روح الله. (۱۴۲۳ق.) تهذیب الأصول، مقرر: جعفر سبحانی، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی^(ره)، چاپ اول، سه جلدی.
- بروجردی، سید حسین. (۱۴۱۵ق.) نهاییه الأصول، مقرر: حسین علی منتظری، تهران: نشر تفکر، چاپ اول، یک جلدی.
- حائری اصفهانی، محمد حسین. (۱۴۰۴ق.) الفصول الغریبه فی الأصول الفقهیه، قم: دار احیاء العلوم الاسلامیه، چاپ اول، یک جلدی.
- حائری یزدی، عبدالکریم. (۱۴۱۸ق.) درر الفوائد، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ ششم، یک جلدی.
- خوانساری، آقا حسین بن محمد. (بی تا) مشارق الشمس فی شرح الدروس، بی جا: بی نا، چهار جلدی.
- خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۲۲ق.) مصباح الاصول، مقرر: محمد سرور حسینی بهسودی، قم: مؤسسه احیای آثار الامام الخویی، چاپ اول، دو جلدی.
- سبزواری، محمد باقر. (بی تا) کفایه الأحکام، اصفهان: انتشارات مهدوی، چاپ اول، دو جلدی.
- سید بن طاووس، رضی الدین حلی. (۱۴۰۹ق.) الأمان من أخطار الأسفار والأزمان، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ اول، یک جلدی.
- شریف مرتضی، علی بن حسین موسوی. (۱۴۱۷ق.) المسائل الناصریات، تهران: رابطه الثقافت و العلاقات الاسلامیه، چاپ اول، یک جلدی.
- شهید اول، محمد بن مکی عاملی. (۱۴۱۲ق.) البیان، قم: بی نا، چاپ اول، یک جلدی.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی. (۱۴۰۲ق.) روض الجنان فی شرح إرشاد الأذهان، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، دو جلدی.

- شهید صدر، سید محمد باقر. (الف ۱۴۱۷ق.) بحوث فی علم الأصول، مقرر: سید محمود هاشمی شاهرودی، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، چاپ سوم، هفت جلدی.
- _____. (ب ۱۴۱۷ق.) بحوث فی علم الأصول، مقرر: حسن عبد الساتر، بیروت: الدار الاسلامیه، چاپ اول، سیزده جلدی.
- _____. (۱۴۱۸ق.) دروس فی علم الأصول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ پنجم، دو جلدی.
- شیخ انصاری، مرتضی. (۱۳۸۳) مطارح الأنظار، مقرر: ابوالقاسم کلانتری، قم: مجمع الفکر الاسلامی، چاپ دوم، چهار جلدی.
- _____. (۱۴۲۸ق.) فرائد الأصول، قم: مجمع الفکر الاسلامی، چاپ نهم، چهار جلدی.
- شیخ طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق.) الخلاف، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، شش جلدی.
- شیخ مفید، محمد بغدادی. (۱۴۱۳ق.) المقنعه، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، چاپ اول، یک جلدی.
- طباطبایی حکیم، سید محمد سعید. (۱۴۱۴ق.) المحکم فی أصول الفقه، قم: مؤسسه المنار، چاپ اول، شش جلدی.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۲۶ق.) حاشیه فرائد الأصول، مقرر: محمد ابراهیم یزدی نجفی، قم: دارالهدی، چاپ اول، سه جلدی.
- طبرسی، فضل بن حسن. (۱۴۱۰ق.) المؤلف من المختلف بین ائمة السلف، مشهد: مجمع البحوث الاسلامیه، چاپ اول، دو جلدی.
- عاملی، حسن بن زین الدین. (۱۴۱۸ق.) معالم الدین و ملاذ المجتهدین، قم: مؤسسه الفقه للطباعة و النشر، چاپ اول، سه جلدی.
- عراقی، ضیاء الدین. (۱۴۱۷ق.) نهایه الأفكار، مقرر: محمد تقی بروجردی، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ سوم، چهار جلدی.
- _____. (۱۴۲۰ق.) مقالات/الأصول، قم: مجمع الفکر الاسلامی، چاپ اول، دو جلدی.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۲ق.) منتهی المطلب فی تحقیق المذهب، مشهد: مجمع البحوث الاسلامیه، چاپ اول، پانزده جلدی.
- غروی اصفهانی، محمد حسین. (۱۴۲۹ق.) نهایه الدراية فی شرح الکفایه، بیروت: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، چاپ دوم، پنج جلدی.

- فشارکی، محمد باقر. (۱۴۱۳ق.). *الرسائل الفشارکیه*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين، چاپ اول، یک جلدی.
- کرباسی، محمد ابراهیم. (بی تا) *إشارات الأصول*، بی جا: بی نا، چاپ اول، یک جلدی.
- محقق اردبیلی، احمد. (۱۴۰۳ق.). *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، چهارده جلدی.
- محقق بحرانی، یوسف. (۱۴۰۵ق.). *الحلائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، بیست و پنج جلدی.
- محقق حلّی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۷ق.). *المعتبر فی شرح المختصر*، قم: مؤسسه سید الشهدا علیه السلام، چاپ اول، دو جلدی.
- محقق داماد، سید محمد. (۱۳۸۲) *المحاضرات*، مقرر: جلال الدین طاهری، اصفهان: مبارک، چاپ اول، سه جلدی.
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۸ق.). *انوار الأصول*، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع)، چاپ دوم، سه جلدی.
- موسوی عاملی، محمد بن علی. (۱۴۱۱ق.). *مدارک الأحکام فی شرح عبادات شرائع الإسلام*، بیروت: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ اول، هشت جلدی.
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن. (۱۴۲۷ق.). *رسائل المیزان القمی*، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، شعبه خراسان، چاپ اول، دو جلدی.
- _____. (۱۴۳۰ق.). *القوانين المحكمة فی الأصول*، قم: احیاء الکتب الاسلامیه، چاپ اول، چهار جلدی.
- نائینی، محمد حسین. (۱۳۵۲) *أجود التقريرات*، مقرر: سید ابوالقاسم خویی، قم: مطبعة العرفان، چاپ اول، دو جلدی.
- _____. (۱۳۷۶) *قوائد الأصول*، مقرر: محمد علی کاظمی، محشی: ضیاء الدین عراقی، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، چهار جلدی.
- نجفی، محمد حسن. (بی تا) *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، بیروت: دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم، چهل و سه جلدی.
- نراقی، احمد. (۱۴۱۵ق.). *مستند الشیعة فی أحكام الشریعة*، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ اول، یک جلدی.

- نراقی، محمد مهدی. (۱۳۸۸) *انیس المجتهدین فی علم الأصول*، قم: مؤسسه بوستان کتاب، چاپ اول، دو جلدی.
- وحید بهبهانی، محمد باقر بن محمد اکمل. (۱۴۱۵ق.) *الفوائد الحائریة*، قم: مجمع الفکر الاسلامی، چاپ اول، یک جلدی.

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 ۱۱۷۹-۱۱۳۶۵، 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:

Rational Fundamentals for Absoluteness of Collective Knowledge

Seyed Abolqasem Naqibi¹

Mohammad Hossein Soheily²

Abstract: The fundamentals of absoluteness of collective knowledge can be accurately explained in two separate categories: First, absoluteness of collective knowledge in rational terms, i.e. free from practical canonical principles. Second: Absoluteness of collective knowledge in terms of Sharia law and with a view on those principles. This paper intends to study the first section. To that end, prohibition of the conclusive discord and the necessity of the conclusive consent has been studied. In the course of these discussions, it will become clear that although the prohibition of the conclusive discord is easily provable, proving of the necessity of conclusive consent has only two logical solutions: First, the rule of incumbency that is attributable only according to Mohaqeq Araqi's theory of interpretation of collective knowledge. Second, absoluteness of the probability of religious duty in each segment of the collective knowledge that will be accurate only based on the negation of the rule of indecency of punishing the one who has not received the penal warrant. Also in this paper, attempts have been made to provide responses to the doubts posed by the opponents of the prohibition of the conclusive discord and the necessity of conclusive consent and the refutation expressed by Shahid Sadr to the rule of punishment of the one who has not received the penal warrant.

Keywords: Collective knowledge, prohibition of conclusive discord, necessity of conclusive consent, rule of incumbency, absoluteness of probability, nature of collective knowledge.

1. Associate Professor at Shahid Motahhari University/ E-mail: da.naghbi@yahoo.com

2. PhD student of Islamic Jurisprudence and Law, University of Science and Research / E-mail: mhsoheily@yahoo.com

Islamic Judicial System and Diversity of Courts

Mohammad Ja'fari Harandi¹

Abstract: The world today, compared to the past, has undergone several changes. Many of the yesteryear man's usual issues are done quite in a different manner. The procedure of Islamic judgement and arbitration is a part of jurisprudence that has not undergone the necessary changes yet. The question of this paper is: what are the needs to change Islamic juridical procedures and judicial system? Taking into account the religious principles, particularly legitimacy of the judge as well as distinction between arbitration on the divine rights and the people's rights based on jurisprudence, and also, arguing that social rights are distinct from the divine rights, attempts have been made in this research to propose some changes in the juridical procedures which include: setting up of different courts congruent with the nature of the forwarded cases such as individual personal rights, society's rights, and divine rights. The judges dealing with the first two groups of rights are to be elected by the people, while the judges handling the cases related to the divine rights and pertaining issues are to be appointed by the ruler of the Islamic state.

Keywords: Divine rights, society's rights, judicial system, judge, arbitration.

1. Associate Professor, Islamic Azad University, Yadgar Imam Khomeini Branch, Shahr Rey/ E mail: harandi_lawyer@yahoo.com

A Jurisprudential Study of Guaranteeing Principal Capital in Commissioned Manufacture Bonds

Masoumeh Mazaheri¹

Hamideh Goushi Dehaqi²

Abstract: In Islamic Sharia law, with respect to the rule of the association of profit and loss, basically the principal capital return is not guaranteed. Therefore, gaining real profit is always associated with the possibility of loss and damage. Whereas in Islamic financial mechanisms such as commissioned manufacture bonds, the payment of the nominal value included in the bonds is guaranteed by the publisher in due date. Therefore, the owners of the bonds who are the investors of transactions will not sustain a loss or receive a reward for the reduction or increase in the value of the project upon receiving the nominal value of the bonds (principal capital). However, an analysis of the procedure for publication of the bonds, makes it clear that in commissioned manufacture bonds based on interest, the receipt of nominal value of the bonds will be realized according to the entitlement of the owners in due date proportionate to the total value of the amount due. Also guaranteeing the principal capital by the publisher of the commissioned manufacture bonds is according to the liability of the seller to pay for the object of sale. Moreover, the owners of the bonds as the buyers only own the amount due in duty of the debtor and they shall have no right in project thus commissioned. In this sense, any increase or reduction in the value of the project will have no effect in the amount of their claim.

Whereas the owners of commissioned manufacture bonds along with rent with an ownership option are the joint owners of the project, thus in case of increase in project value in connection with the nominal value of the bonds, they are entitled to claim the value added. This is because according to the rule of logics the owner of actual property deserves to take a share of the increase in value of actual property value as he is to sustain the damages incurred on the actual property. Similarly, the reduction in project value in proportion to the nominal value of the commissioned manufacture bonds along with the rent with an ownership option, must be attributable to the joint owners, i.e. investors.

Keywords: Commissioned manufacture contract, guaranteeing principal capital, association between profit and loss, commissioned manufacture on interest, commissioned manufacture bonds along with the rent with an ownership option.

1. Assistant Professor at Shahid Motahhari University/ E-mail: mmzi5678@yahoo.com

2. PhD student of Islamic Jurisprudence and Private Law at Shahid Motahhari University/ E-mail: Gh.tasnim@gmail.com

Resale of Goods in Convention on Contracts for the International Sale of Goods and Possibility of Its Justification based on Property Seizure of Debtor in Iranian Law and Jurisprudence

Elham Shariati Najafabadi¹

Abbas Karimi²

Abstract: Resale of goods, by virtue of the Article 88 of UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) is a non-judicial practice and an exception that in addition to preventing incurrence of losses, is a solution to the undecided state of contracts without having to nullify the previous contract.

This paper intends to study the possibility of justification of this practice based on Iranian law. The author has applied an analytical, descriptive and comparative method to first understand the resale of goods according to the Convention, and identify similar institutions in Iranian law and jurisprudence. Seizure of property of debtor is among the cases that can justify resale of the property accordingly.

Keywords: Resale, Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), nullification, seizure of property, debtor.

1. Assistant Professor at Al-Zahra University/ E-mail: shariatielham4@gmail.com

2. Professor at Tehran University/ E-mail: Abkarimi@ut.ac.ir

Jurisprudential and Legal Study of Provisos after Cancellation

Seyed Mohammad Hadi Saei¹

Maryam Saqafi²

Abstract: Cancellation is reached when both parties have consent over the termination of the contract. This means the end of the contract effects and the resulting commitments. This, however, relates to the future; therefore, it is not like nullification of the contract. It does not have retrospective impact, and consequently it does not affect the pre-cancellation consequences. This point has been neglected by some and in their explanation of rules regarding provisos after cancellation they maintain that all conditions are nullified including attributes, performance and collateral events. Pursuant to this, the Civil Code in Article 246 stipulates that when a contract is terminated by mutual consent, its terms become null and void, whereas rules regarding and effects of each proviso are different and Article 246 shall not be attributable to all of them. This means that the condition of attribute is not within the prerogative of the said article and hence it is not nullified, but also it returns to the initial owner according to the subject of transaction. The condition of collateral events, due to its certain characteristics, is realized immediately after the conclusion of the contract, thus it cannot be nullified or waived either. In the meantime, only the condition of performance, either negative or positive, is nullified due to cancellation although it leaves behind consequences that are analyzable.

Keywords: Cancellation, provisos, condition of attributes, condition of performance, condition of collateral events, condition in favor of third party.

1. Assistant Professor at Imam Khomeini International University/ E-mail: Sm_h_saei@yahoo.com

2. PhD student of Private Law and Faculty Member at Islamic Azad University of Buin Zahra Branch/ E-mail: m.saqafi@hotmail.com

English Abstracts Essays

Jurisprudential and Legal Study of the Concepts of Right and Decree

Seyed Alireza Foroughi¹

Abstract: Right in Islamic jurisprudence entails two meanings: First, right in its general sense, means property and decree and in its specific sense it means right. The examples for this denotation of right are the right of fatherhood, right of guardianship for the ruler, right of administratorship, right of custody and the like. Although these are interpreted as right in the literature of the jurists, they are all examples of decree. Second, right in its particular sense is vis-à-vis property and decree. Therefore, it has been said that the jurists who put right in front of property and decree, they mean a type of religiously obligatory decree, which is also called religious decree or the decree of the Legislator. However, in cases we consider decree in its general sense, either obligatory or enacted, it is clear that right (like property) is a type of enacted decree. Therefore, decree in its general sense is attributable to its particular meaning (second meaning).

On this basis, when right is compared and contrasted with decree, the denotative meaning of the two is involved and when in jurisprudence, jurists talk about the effects and consequences of right, like the capacity to waiver, and transfer, they mean that right possesses these effects as an enacted decree and its independent rational validity. On the contrary, the obligatory decree lacks such characteristics.

This paper is an attempt to study the relationship between obligatory decree and enacted decree, and as well as the viewpoints of theoreticians at law and the independent viewpoints. Attempts also have been made to discuss the criteria for distinguishing right from decree and the procedure and criteria for judgment when doubt is raised about right and decree. In case of the absence of criteria, what shall be the basis for performance?

Keywords: Right, decree, enacted decree, obligatory decree, jurisprudence, laws.

1. Assistant Professor at Shahid Motahhari University/ E-mail: nomune24@gmail.com

Table of Contents

❖	Editorial	1
❖	Jurisprudential and Legal Study of the Concepts of Right and Decree	3
	Seyed Alireza Foroughi	
❖	Jurisprudential and Legal Study of Provisos after Cancellation	37
	Seyed Mohammad Hadi Saei	
	Maryam Saqafi	
❖	Resale of Goods in Convention on Contracts for the International Sale of Goods and Possibility of its Justification based on Property Seizure of Debtor in Iranian Law and Jurisprudence	53
	Elham Shariati Najafabadi	
	Abbas Karimi	
❖	A Jurisprudential Study of Guaranteeing Principal Capital in Commissioned Manufacture Bonds	75
	Masoumeh Mazaheri	
	Hamideh Goushi Dehaqi	
❖	Islamic Judicial System and Diversity of Courts	95
	Mohammad Ja'fari Harandi	
❖	Rational Fundamentals for Absoluteness of Collective Knowledge	125
	Seyed Abolqasem Naqibi	
	Mohammad Hossein Soheily	
❖	English Abstracts Essays.....	156



BIANNUL JOURNAL

JURISPRUDENCE AND PRIVATE LAW

1

SPECIALIZED – ACADEMIC
SHAHID MOTAHHARI UNIVERSITY
FIRST YEAR/ SPRING AND SUMMER 1397/ 2018

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
- ❖ Seyed Alireza Foroughi: Assistant Professor, Shahid Motahhari University

Managing Director: Atiyeh Zandiyeh

Editor: Atiyeh Zandiyeh

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.motahhari.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.