



دوفصلنامه

فقه و حقوق خصوصی

۲

علمی - تخصصی

دانشگاه شهید مطهری

سال اول / پاییز و زمستان ۱۳۹۷



صاحب امتیاز: دانشگاه شهید مطهری

مدیر مسئول: سید علیرضا فروغی

سرمدبیر: سید ابوالقاسم نقیعی

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 نقیعی: 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: ۱۲۰۰۰۰ ریال

❖ دوفصلنامه فقه و حقوق خصوصی در ویرایش، تلخیص و اصلاح مطالب آزاد است.

❖ مطالب مندرج در دوفصلنامه فقه و حقوق خصوصی لزوماً بیانگر دیدگاه‌های دانشگاه شهید مطهری نیست.

❖ نقل مطالب با ذکر مأخذ آزاد است.

راهنمای نگارش مقالات

❖ مشخصات کلی مقاله

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

❖ شیوه ارجاع به منابع

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

❖ مشخصات نویسنده

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

فهرست مطالب

- ❖ یادداشت سردبیر..... ۱
- ❖ تسلیم کالا جهت معامله آتی و ضمان آن از منظر فقه امامیه
و حقوق موضوعه..... ۳
- سید محمد صادق موسوی
مریم پورطلوعی
- ❖ بازخوانی تأثیر قاعده احسان بر سقوط مسئولیت پزشکی در
حقوق ایران (در مطالعه تطبیقی با قاعده یاری رسان
نوع دوست در حقوق کانادا)..... ۲۷
- زهرا تابش
- ❖ گواهی عدم امکان سازش بر مبنای تراضی زوجین و اجرای آن
در انطباق با فقه و حقوق موضوعه..... ۴۷
- لیلا سادات اسدی
- ❖ مطالعه تطبیقی انعقاد عقد رهن و استقرار آن در نظام حقوقی
ایران و امریکا..... ۷۳
- فریده شکری
- ❖ مبانی اجرای عین تعهد در حقوق اسلام و ایران..... ۱۰۵
- سیامک توانگر
- ❖ رهن مال مشاع از منظر فقه مذاهب خمس و حقوق ایران..... ۱۲۷
- سعید فرساد
- ❖ چکیده مقالات به زبان انگلیسی..... ۱۵۶

یادداشت سردبیر

فقه امامیه متناسب با زمان همواره پاسخ‌گوی نیازها بوده و فقیهان با پژوهش‌های عالمانه خود ضمن پاسخ‌گویی به مسائل عصری، به توسعه آن اهتمام نموده‌اند. آنان با ایجاد تحول کیفی در روش اجتهاد از منابع و ادله فقهی و تلاش در جهت استخراج و استنباط قواعد و ضوابط کلی پیرامون موضوعات، ساختار مباحث فقهی را تکامل بخشیده‌اند.

برخی از فقیهان با رویکرد کشف نظامات اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی از آموزه‌های فقهی، پژوهش‌های فقهی را از مطالعات تفریعی به نظریه‌های فقهی ارتقا بخشیده‌اند و ظرفیت‌های جدیدی را پیش روی ما قرار داده‌اند تا موضوعات نوپدید را با بهره‌گیری از مفاهیم بنیادی در جهان‌بینی اسلامی و با عنایت به اهداف و مقاصد دین، سنت‌های فقهی و دستاوردهای علوم انسانی و تجارب بشری توصیف، تبیین و تحلیل نماییم.

دانش حقوق با پیشرفت‌هایی که در زمینه شناسایی قواعد کارآمد در زندگی انسان معاصر داشته است امکان دست‌یابی به موضوعات نوپدید را فراهم آورده است تا فقیه با آگاهی از نحوه مواجهه دانش حقوق با آن موضوعات و با مطالعات تطبیقی و مقایسه‌ای به توسعه فقه مبادرت نماید. عالمان حقوق، قواعد حقوقی حاکم بر مناسبات اجتماعی و اقتصادی را با عنایت به نیازها، بنای عقلا و سیره نهادینه شده در عرف معاملی انسان معاصر، ارزش‌های دینی، اجتماعی و فرهنگی، کشف و ارائه می‌دهند تا قانون‌گذاران در قانون‌گذاری و قضات در دادرسی این قواعد را مورد پذیرش و عمل قرار دهند و در نتیجه ضمن تأمین عدالت، نظم عمومی را تضمین کنند.

ایجاد تعامل بین فقه و حقوق در زمینه قواعد حقوقی مذکور با مطالعات میان‌رشته‌ای و تطبیقی موجب پیوند آن قواعد به درخت تنومند فقه امامیه می‌شود و به شکوفایی و کارآمدی آن در نظام حقوقی حاکم بر جمهوری اسلامی ایران می‌انجامد و امکان تفسیر و تکمیل قوانین را فراهم می‌آورد. این تعامل موجب یافتن پایه‌های فقهی و مذهبی قوانین می‌گردد و به اجرای سریع و همگانی شدن آن کمک فراوان می‌کند. مطالعات تطبیقی هم برای شناخت بهتر فقه و هم برای

اصلاح و تکمیل حقوق ایران سودمند است، چنان که برخی از علمای حقوق تطبیقی اذعان نموده‌اند حقوق تطبیقی مانند نور افکنی است که بر حقوق داخلی می‌تابد و ریزه‌کاری‌های آن را روشن می‌کند از این رو، با مطالعات تطبیقی می‌توان در مسائلی که قانون درباره آنها ساکت است راه حل‌های مناسبی که با نظام حقوقی حاکم بر کشور هماهنگ باشد، ارائه کرد. حقوق تطبیقی تقلید کورکورانه از حقوق بیگانه نیست، بلکه پژوهش‌گر با ملاحظه سنت‌ها، اعتقادات، فرهنگ دینی و ملی، نیازها و ضرورت‌های جامعه، پیوندی معقول بین حقوق خارجی با حقوق داخلی ایجاد می‌کند. بدون تردید مطالعات تطبیقی علاوه بر ارزش علمی، در زمینه عمل نیز راهنما و راهبرد به دست می‌دهد، یعنی به کارآمدی حقوق داخلی می‌افزاید.

دوفصلنامه فقه و حقوق خصوصی با چنین رویکردی وظیفه خود می‌داند که در تحقق این رسالت عظیم گام بردارد و پژوهش‌های تطبیقی، میان رشته‌ای و کاربردی پژوهش‌گران را در قلمرو فقه و حقوق خصوصی، تمهید و به چاپ رساند. برخی مقالات این شماره از جمله مقاله‌های «بازخوانی تأثیر قاعده احسان بر سقوط مسئولیت پزشک در حقوق ایران (در مطالعه تطبیقی با قاعده یاری‌رسان نوع‌دوست در حقوق کانادا)» و «مطالعه تطبیقی انعقاد عقد رهن و استقرار آن در نظام حقوقی ایران و امریکا» با چنین رویکردی نگاشته شده است.

تسلیم کالا جهت معامله آتی و ضمان آن از منظر فقه امامیه و حقوق موضوعه

سید محمد صادق موسوی^۱

مریم پورطلوعی^۲

چکیده: هنگامی که کالایی جهت معامله آتی از سوی مالک به طرف مقابل تسلیم می‌شود، رابطه طرفین می‌تواند در قالب عقد، ایقاع یا اذن صرف باشد. بنابراین ماهیت این رابطه بستگی به نیت طرفین داشته و منعی از لحاظ شرع نسبت به آن وجود ندارد. این فعل در هر صورت آثاری دارد که مشخص شدن این آثار در تعیین نوع روابط معامله کنندگان و دادرسی بین آنان ضروری است. از جمله این آثار ضمان نقص و تلف کالا است که از نظر برخی فقها و حقوق دانان بر عهده مالک و از نظر برخی دیگر بر عهده گیرنده می‌باشد. اما از آنجا که مالک با رضایت و اذن خود کالا را به طرف مقابل تسلیم می‌کند، بعید است بتوان گیرنده را ضامن دانست، مگر در فرض تفریط یا تعدی. در نتیجه، ضمان کالا در صورت نقص یا تلف بر عهده مالک است. در تحقیق حاضر با ارزیابی آرای مختلفی که در باب ماهیت و آثار نهاد مذکور وجود دارد، می‌توان آنها را به عنوان نظر واحد برگزید. در این صورت مشکلات احتمالی تجار در این حوزه برطرف شده و زمینه برای دادرسی نسبت به آن هموار خواهد شد.

کلیدواژه‌ها: تسلیم کالا، معامله آتی، ضمان، عقد، ایقاع.

مقدمه

قوانین حاکم بر معاملات و روابط تجاری عموماً از نوع قوانین امضایی هستند، چراکه این روابط از

E-mail:mousavi4535@gmail

۱. دانشیار دانشگاه شهید مطهری

۲. کارشناسی ارشد فقه و حقوق خصوصی دانشگاه شهید مطهری

E-mail:mpo1987@yahoo.com

دریافت مقاله: ۱۳۹۷/۲/۱۰ تأیید مقاله: ۱۳۹۷/۳/۲۵

طریق عرف پدید آمده و موضوعاتی عرفی محسوب می‌شوند. بنابراین شارع نیز یا بر آنها مهر تأیید زده یا با اندکی تغییر در صدد اصلاح آنها برآمده است. البته در مواردی نیز به کلی از ایجاد رابطه نهی نموده است. در واقع، دین مبین اسلام برای معاملاتی که در بین مردم رواج دارد، حدودی را مشخص کرده که نباید از آن حدود فراتر روند. در این صورت معاملات جنبه اسلامی به خود می‌گیرد و اقتصاد جامعه در راستای اهداف اسلام پیشرفت خواهد کرد. در نتیجه، معاملات عرفی تا جایی که شرع اجازه دهد، قابل تغییرند و می‌توانند به طرق مختلف ایجاد گردند.

یکی از انواع شکل‌گیری معاملات آن است که جهت انجام یک معامله، مالک به طرف مقابل خود اذن می‌دهد که کالا را گرفته و حتی در مواردی از آن بهره‌مند شده و استفاده نماید. در اینجا جهت انطباق این رابطه با مبانی شرعی، ابتدا باید به بررسی این مسأله پرداخت که دقیقاً چه عملی در خارج رخ داده و به چه طریقی می‌تواند ایجاد گردد. در این صورت می‌توان مسأله مورد بحث را از لحاظ فقهی و حقوقی مورد بررسی قرار داد.

در بررسی ماهیت تسلیم کالا جهت معامله آتی لازم است به تحلیل قصد طرفین پردازیم، زیرا یکی از ارکان و شرایط ایجاد اعمال حقوقی وجود قصد و اراده است. بنابراین با تشخیص قصد طرفین می‌توان به ماهیت عمل مذکور پی برد.

در تسلیم کالا جهت معامله آتی، مالک با انگیزه انجام معامله، کالا را به طرف مقابل خود تسلیم نموده و او را بر آن مسلط می‌سازد. نحوه سلطه شخص بر مال دیگری تعیین‌کننده وجود و عدم ضمان اوست. بنابراین ابتدا باید ماهیت و چگونگی این سلطه معلوم شود تا بتوان آثار آن را تعیین کرد.

فقها و حقوق‌دانان در بحث حاضر، به تبیین نوع ید پرداخته، ضمان و عدم ضمان گیرنده را مشخص کرده‌اند، اما وارد این موضوع نشده‌اند که ماهیت نهاد مذکور چیست. البته برخی به طور گذرا اقوالی مطرح کرده‌اند که نیازمند بحث و بررسی بیش‌تری است. هم‌چنین این نظرات در فرضی است که معامله آتی بیع باشد. در میان فقها - برای مثال، فقهای از جمله صاحب‌جوهر، شهید ثانی، مقدس اردبیلی و علامه حلی - راجع به آثار آن اختلاف نظرهایی مشاهده می‌شود. در چند کتاب حقوقی نیز این بحث به همین شکل مطرح شده و نظراتی ارائه گردیده است. هم‌چنین در این زمینه مقالاتی نگاشته شده که اقوال فقها و حقوق‌دانان در آنها بررسی شده است. علاوه بر این، پایان‌نامه‌ای نیز با عنوان «مقبوض بالسوم» وجود دارد که مقبوض بالسوم را به عنوان یک

قاعده فقهی بررسی نموده و در آخر ضمان نقص و تلف کالا را بر عهده مشتری قرار داده است. با توجه به تغییر شرایط در جوامع، معاملات نیز ممکن است به اشکال گوناگون و مختلفی صورت گیرد. اما این تغییرات باید در قالب شرع و قانون بوده و از حدود آن خارج نگردد. موضوع تسلیم کالا جهت معامله آتی نیز اگرچه مسأله‌ای قدیمی بوده و فقهای متقدم نظراتی راجع به آن داده‌اند، اما هم‌اکنون این امر گسترش یافته، به طوری که گاه همراه با تسلیم کالا، مالک به طرف مقابل فرصت می‌دهد که تا مدت قابل توجهی کالا را مورد استفاده قرار دهد. بنابراین بحث ماهیت و آثار این نهاد بیش‌تر مورد توجه قرار گرفته و جهت انطباق این امر با قوانین شرع، تحقیق حاضر ضروری می‌نماید. لذا در اینجا لازم است به سؤالات ذیل پاسخ دهیم:

۱- ماهیت تسلیم کالا جهت معامله آتی چیست؟

۲- ضمان در تسلیم کالا جهت معامله آتی بر عهده چه کسی است؟

واژه‌شناسی

جهت شناخت بیش‌تر موضوع حاضر، معنای واژه‌هایی که در آن مورد استفاده قرار گرفته است ارائه می‌گردد:

تسلیم: تسلیم بر وزن تفعیل و از ریشه سلم، در لغت دارای معانی مختلفی است که عبارتند از: اعطا و دادن، رضایت دادن به حکم (جوهری، ۱۴۱۰، ج ۵: ۱۹۵۲؛ ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۱۲: ۲۹۵). در اصطلاح فقهی نیز تسلیم به معنای وصول و رساندن به غیر آمده است (شیخ انصاری، ۱۴۱۱، ج ۳: ۱۳۱). هم‌چنین تسلیم را به «تحویل معقود علیه در عقود معوض به منتقل الیه» تعریف کرده‌اند (جعفری لنگرودی، ب ۱۳۷۸، ج ۲: ۱۲۱۹)، یا آن را به معنای مسلط کردن طرف مقابل بر مال به طوری که عرف آن را تسلیم بدانند دانسته و اضافه کرده‌اند که در واقع تسلیم باید متناسب با مورد آن صورت گیرد که در بیش‌تر موارد جنبه منفی به خود گرفته و صرف رها کردن و در اختیار دیگری قرار دادن، لحاظ شده است. اما در برخی موارد هم نیازمند انجام اعمال خاصی متناسب با مورد آن می‌باشد (کاتوزیان، الف ۱۳۷۶: ۱۶۷-۱۶۶). ماده ۳۶۷ قانون مدنی بیان می‌کند: «تسلیم عبارت است از دادن مبیع به تصرف مشتری به نحوی که متمکن از انحای تصرفات و انتفاعات باشد و قبض عبارت است از استیلائی مشتری بر مبیع».

بنابراین تسلیم عملی است قائم به دو شخص که به اعتبار دهنده، تسلیم و به اعتبار گیرنده،

تسلّم و قبض نام دارد.

کالا: کالا در لغت به معنای متاع، اسباب‌خانه و مال‌التجاره می‌باشد (دهخدا، ۱۳۶۶، ج ۳۹: ۲۳۸؛ عمید، بی‌تا: ۹۲۲). در واقع، کالا به شیء قابل رؤیت گفته می‌شود که بتوان آن را مورد داد و ستد قرار داد.

در اصطلاح حقوق، کالا را در معنای مال منقول (غیر از درهم و دینار) به کار برده‌اند (جعفری لنگرودی، ب ۱۳۷۸، ج ۴: ۲۹۹۸). بنابراین، از این جهت که مالیت دارد و با ارزش است با معنای لغوی تناسب دارد. در عرف، کالا را به اشیائی اطلاق می‌کنند که مادی بوده و بتوان آنها را مشاهده کرد.

معامله: معامله مصدر باب مفاعله (امامی، بی‌تا، ج ۱: ۱۵۹)، در لغت به معنای با هم عمل کردن و کار کردن، با هم داد و ستد کردن و خرید و فروش است (دهخدا، ۱۳۶۶: ذیل واژه عمل؛ عمید، بی‌تا: ۱۱۰۹). معامله معنای عامی هم دارد که علاوه بر عقد، ایقاع را نیز دربرمی‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۴۵۰).

عقد: عقد در لغت به معنای عهد (حمیری، ۱۴۲۰، ج ۷: ۴۶۴۱)، بستن ریسمان (دهخدا، ۱۳۶۶: ذیل واژه عقد)، الزام و نقیض گشودن و باز کردن (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۳: ۲۹۶) است. اما در اصطلاح حقوقی عقد را به «توافق دو انشای متقابل به منظور ایجاد اثر حقوقی» تعبیر کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۳۹).

از آنجا که معامله در اصطلاح حقوق همان عقد است (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۳۲) می‌توان از تعریفی که قانون مدنی برای عقد کرده استفاده کرد و آن را تعریف نمود. در ماده ۱۸۳ قانون مدنی چنین بیان شده است: «عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد.» البته این تعریف، عقود جایز، معوض و عقود را که اثر مستقیم آنها تملیک مال است، در بر نمی‌گیرد. به همین علت دکتر کاتوزیان با نقدی که بر این تعریف می‌کند عقد را «توافق دو انشای متقابل به منظور ایجاد اثر حقوقی» (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۳۲) می‌داند، به طوری که ایرادات وارد بر تعریف قانون مدنی در آن وجود ندارد.

معامله آتی: معامله آتی، معامله و قراردادی است که طرفین آن قصد دارند در صورت وجود شرایط مورد توافق خود به ایجاد آن در آینده پردازند (امامی، بی‌تا، ج ۲: ۱۶۹). در این معامله یکی از طرفین کالا را به دیگری می‌دهد تا او به بررسی آن پردازد. در این صورت اگر

موافق با شرایط موجود بود می تواند آن را قبول کند. این معامله می تواند تملیکی یا عهدهی باشد. اما از آنجا که بحث اصلی در باب تسلیم کالا است، تنها معاملاتی مد نظر است که کالا از ارکان آن محسوب شود. البته آن دسته از معاملات عهدهی نیز که یکی از طرفین تعهد می کند تا بر روی کالای طرف مقابل کاری را انجام دهد، مشمول بحث می باشد، زیرا در این نوع معامله نیز تسلیم کالا شرط است و طرف مقابل باید کالا را به متعهد تسلیم کند.

بررسی ماهیت تسلیم کالا جهت معامله آتی در فقه و حقوق

به طور کلی بحث اصلی این است که تسلیم کالا جهت معامله آتی عمل حقوقی است یا صرفاً یک عمل فیزیکی محسوب می شود و اگر یک عمل حقوقی است، جزء کدام یک از اعمال حقوقی قرار دارد: عقد یا ایقاع؟

در صورتی که نهاد مذکور در زمره اعمال حقوقی قرار گیرد، اثر آن ممکن است اباحه در تصرف، انتقال حق انتفاع یا امر دیگری باشد، که هر یک نیز آثار خاص خود را خواهد داشت. اما اگر عمل حقوقی نباشد، صرفاً اذنی از سوی مالک به گیرنده است. در این قسمت به بررسی هر یک از این فرضیه ها خواهیم پرداخت.

الف) نظریه عقد بودن و آثار آن

در تسلیم کالا جهت معامله آتی، ممکن است طرفین قصد انشاء داشته و خود را ملزم به مفاد آن بدانند. هم چنانکه در عرف تجارت این امر بسیار رخ می دهد. به طور مثال، گاهی فروشنده های اتومبیل آنها را برای مدت زیادی به خریداران سپرده و حتی به آنان اجازه انتفاع هم می دهند تا در این صورت به خرید آن پردازند. اما این را نیز در نظر دارند که خریدار پس از استفاده و عدم رضایت، آن را برگردانده و مجبور به انجام معامله نشود. این عمل در فقه و حقوق با عنوان مقبوض بالسوم شناخته می شود. در اینجا نمی توان گفت که با وجود اذن در استفاده از کالا و تعیین مدت برای آن هیچ معامله ای واقع نگردیده است.

همین طور از نظر فقهای مانند شهید ثانی، علامه حلی و مقدس اردبیلی که ید گیرنده را در اینجا امانی می دانند (به نقل از: کاشانی، ۱۳۰۲: ۱۷۵) نیز چنین برمی آید که طرفین هر دو قصد انشاء داشته و به انعقاد قرارداد می پردازند. برخی از حقوق دانان نیز صریحاً قائلند که در اینجا قراردادی

مقدماتی بین طرفین بسته می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۱: ۳۷۷) و از این جهت ید گیرنده امانی است. از آنجا که در مقبوض بالسوم هیچ خصوصیت ممتازی وجود ندارد، می‌توان احکام و آثار آن را به موارد دیگری که معامله آتی در آنها غیر از بیع است نیز سرایت داد. بنابراین، نهاد مذکور می‌تواند عقدی باشد مستقل از معامله آتی که احتمال وقوع آن در آینده می‌رود، اما باید دید که مفاد و مضمون این عقد چیست و در واقع طرفین خود را ملزم به چه امری می‌نمایند. اگر نهاد مورد بحث نوعی عقد باشد، ممکن است مالک قصد اباحه تصرف داشته، یا آنکه فراتر از آن حق انتفاع از مال را به او منتقل نماید. هم‌چنین فروض دیگری در باب آثار آن مطرح است که به بیان و بررسی هر یک خواهیم پرداخت.

۱. اباحه تصرف

از جمله آثار برخی عقود اباحه در تصرف است، مانند بیع و اجاره که به تبع مالکیت عین و منفعت، اباحه نیز ایجاد می‌شود. مراد از اباحه تصرف اذنی است که باعث حلیت تصرف شخص در مال غیر یا مالی می‌شود که مالک خاصی ندارد. اگر این اذن از سوی شارع باشد، اباحه شرعی است و اگر از سوی مالک مال باشد، اباحه مالکی نام دارد (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳، ج ۲: ۲۸۹؛ جعفری لنگرودی، ب ۱۳۷۸، ج ۱: ۶۶-۶۷).

اباحه مالکی ممکن است مجانی یا در مقابل عوض باشد که در صورت اول عقدی ایجاد نمی‌گردد، اما اباحه معوض به عوض مسمی نوعی عقد است (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳، ج ۲: ۲۹۳) که باعث جواز انتفاع از مال می‌شود (جعفری لنگرودی، الف ۱۳۷۸: ۱۳۶). اما ملکیت عین، منفعت و یا حق دیگری را منتقل نمی‌سازد (طاهری، ۱۴۱۸، ج ۱: ۲۷۲-۲۷۳). در هر صورت اباحه معوض به عوض مسمی یک عقد و معامله مستقل است. هم‌چنانکه شیخ انصاری^(ره) نیز این احتمال را داده و در صحت آن به عموم «الناس مسلطون علی اموالهم» و «المؤمنون عند شروطهم» استناد کرده است (شیخ‌انصاری، ۱۴۱۱، ج ۱: ۳۴۶).

دلیل دیگری که بر صحت آن اقامه شده عبارت از سیره عقلاییه است. همان‌طور که در اجاره مغازه و شبه آن متعارف است که شخص آن را به مدت یک ماه به طور معین اجاره کرده، سپس بنا می‌گذارند بر اینکه تا هر وقت مستأجر باقی ماند، به همان مقدار اجاره بپردازد. هم‌چنین استفاده از حمام، مسافرخانه و مثل آن همگی از این قبیل است (حسینی روحانی قمی، ۱۴۱۲، ج ۱۵: ۲۹۷).

در باب لزوم چنین عقدی پس از فرض صحت میان فقها اختلاف است، اما اکثراً قائل به لزوم و عدم جواز فسخ آن از هر دو طرف هستند (هاشمی و جمعی از پژوهش‌گران، ۱۴۲۶، ج ۱: ۲۱۰)، به طوری که شیخ انصاری^(ره) لزوم عقد را اقوی دانسته و برای آن به حدیث «المؤمنون عند شروطهم» استناد کرده است (شیخ‌انصاری، ۱۴۱۱، ج ۱: ۳۴۶).

همان‌طور که گذشت، اباحه صرف و مجانی در زمره عقود قرار نمی‌گیرد. بر طبق این اذن، گیرنده تنها می‌تواند در حدود اباحه در مال تصرف کند، اما حق و یا ملکیتی فراتر از آن برای مأذون ایجاد نمی‌شود تا بتواند آن را به غیر منتقل سازد (هاشمی و جمعی از پژوهش‌گران، ۱۴۲۳، ج ۲: ۱۸۲). هم‌چنین اذن دهنده می‌تواند هر زمان خواست از اذن خود رجوع کند، مگر آنکه قانون او را منع کرده یا او خود را ملزم به مفاد آن نماید (امامی، بی‌تا، ج ۱: ۱۱۳؛ طاهری، ۱۴۱۸، ج ۱: ۲۷۳-۲۷۲). در ماده ۱۲۰ قانون مدنی نیز چنین بیان شده است:

اگر صاحب دیوار به همسایه اذن دهد که بر روی دیوار او سرتیر بگذارد یا روی آن بنا کند، هر وقت بخواهد می‌تواند از اذن خود رجوع کند، مگر اینکه به وجه ملزومی این حق را از خود سلب کرده باشد. وجه ملزم در اینجا می‌تواند قالب عقد صلح و یا شرط ضمن عقد لازم باشد (جعفری لنگرودی، الف ۱۳۷۸: ۱۴۹).

بنابراین اگر همین اباحه با قصد انشای طرفین همراه باشد عقد بوده، مفاد آن بر طرفین الزام‌آور است. به طوری که مالک مستحق عوض مورد توافق گشته (هاشمی و جمعی از پژوهش‌گران، ۱۴۲۳، ج ۲: ۱۸۲) و گیرنده کالا می‌تواند در حدود اباحه و اذن مالک در آن تصرف نماید. اما ملکیت عین و منفعت کالا به او منتقل نمی‌شود. به همین دلیل تصرفات متوقف بر ملکیت کالا نیز بر او مباح نمی‌گردد (شیخ‌انصاری، ۱۴۱۱، ج ۱: ۳۴۶).

اگر تسلیم کالا جهت معامله آتی در زمره عقود قرار گیرد، باید دید هدف طرفین از این قبض و اقباض چیست تا مفاد آن تعیین گردد. هدف اصلی در تسلیم کالا جهت معامله آتی بررسی و آزمایش کالا است تا در صورت پذیرش، طرفین به انجام معامله بپردازند. بنابراین اولاً و بالذات، اباحه تصرف مقصود طرفین نیست، بلکه لازمه بررسی کالا، قبض و اقباض و اباحه تصرف گیرنده در آن می‌باشد. پس نمی‌توان گفت که نهاد مذکور عقدی با عنوان اباحه تصرف است. هم‌چنانکه در عقد عاریه نیز اباحه تصرف در مال رخ می‌دهد، اما این اثر فرعی بوده و از لوازم ثانویه آن محسوب می‌گردد. به طوری که اولاً و بالذات سببی است جهت انتقال حق انتفاع که به تبع آن

اباحه هم صورت می گیرد.

۲. انتقال حق انتفاع

انتفاع از نفع و مصدر انتفع (عبدالرحمان، بی تا، ج ۱: ۳۰۲)، در لغت به معنای بهره بردن از شیء (حمیری، ۱۴۲۰، ج ۱۰: ۶۷۰۹) می باشد. در اصطلاح حقوقی نیز انتفاع به معنی دست یافتن به منفعت است که بر دو طریق استعمال و استثمار می باشد؛ یعنی گاه با بقای عین است که «استعمال» نام دارد، مثل سوار شدن بر اتومبیل و گاه با از بین رفتن عین مال که «استثمار» می باشد، مانند استفاده از میوه باغ یا شیر گوسفند (جعفری لنگرودی، ب ۱۳۷۸، ج ۱: ۳۰۲).

طبق ماده ۴۰ قانون مدنی حق انتفاع عبارت است از: «حقی که به موجب آن شخص می تواند از مالی که عین آن ملک دیگری است یا مالک خاصی ندارد، استفاده کند». بنابراین حق انتفاع حقی عینی نسبت به شیء مادی منقول یا غیر منقول می باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۲۰۸؛ صفایی، ۱۳۸۵: ۲۴۰؛ امامی، بی تا، ج ۱: ۳۲-۵۶).

موضوع این حق یا مالی است که مالکی ندارد و یا مال متعلق به غیر است. در جایی که مال متعلق به شخصی نباشد، این حق با اذن شارع و قانون گذار پدید می آید (صفایی، ۱۳۸۵: ۲۴۰ و ۲۴۳). ماده ۹۲ قانون مدنی در این خصوص بیان می دارد: «هر کس می تواند با رعایت قوانین و نظامات راجعه به هر یک از مباحات از آنها استفاده کند». اما در مورد مال غیر، حق انتفاع به تبع عین مال از آن مالک و از شاخه ها و مراتب مالکیت است. در این صورت، حق انتفاع می تواند با عقد به دیگران انتقال یابد. این حق برآمده از عقد ممکن است محدود به مدت خاصی باشد که «رقبی» نام دارد، اگر به مدت عمر شخصی باشد «عمری» است و اگر راجع به سکونت در محلی باشد «سکنی» نام دارد. اگر هم مدت معینی نداشته باشد، «حبس مطلق» می باشد. اما اگر به طور ابدی این حق ایجاد شود «وقف» نام دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۲۰۸-۲۰۹؛ مدنی، ۱۳۸۲، ج ۱: ۲۶۶-۲۶۲؛ امامی، بی تا، ج ۱: ۵۶-۶۲). لازم است ذکر شود که مورد معامله در این عقود باید به گونه ای باشد که عین آن در اثر استفاده باقی بماند، در غیر این صورت عقد باطل است و موجب انتقال حق انتفاع نمی گردد (صفایی، ۱۳۸۵: ۲۴۴؛ امامی، بی تا، ج ۱: ۵۶).

با عقد حق انتفاع، منتفع دارای حق عینی بر مال می شود که این حق، خود در زمره اموال قرار دارد. بنابراین منتفع در صورتی که مالک او را منع نکرده باشد، می تواند آن را به غیر انتقال دهد.

(کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۲۰۸ و ۲۱۸؛ مدنی، ۱۳۸۲، ج ۱: ۲۷۲؛ صفایی، ۱۳۸۵: ۲۴۲). چه بسا بتوان گفت با تسلیم کالا جهت معامله آتی مالک حق انتفاع از مال خود را به گیرنده انتقال می‌دهد. این در صورتی است که مالک در پی ایجاد عقدی این حق را منتقل نماید، زیرا همان‌طور که ذکر شد حق انتفاع از مال غیر، صرفاً با عقد قابل انتقال خواهد بود.

۳. استنابت در حفظ

مراد از استنابت در حفظ، طلب حفظ مال از دیگری است که به طور خاص در معنای عقد ودیعه لحاظ می‌شود (حلی، ۱۴۰۸، ج ۲: ۱۲۹). در واقع، استنابت در حفظ معمولاً با عقد ودیعه حاصل می‌شود، اما در عقود دیگر جزء تعهدات فرعی به شمار می‌آید (امامی، بی‌تا، ج ۲: ۱۶۸-۱۶۷). در حقیقت مالک مال خود را به دیگری می‌سپارد تا آن را حفظ کند. همان‌طور که قانون مدنی در ماده ۶۰۷ بیان می‌کند:

ودیعه عقدی است که به موجب آن یک نفر مال خود را به دیگری می‌سپارد برای آنکه آن را مجاناً نگاه دارد. ودیعه گذار، مودع و ودیعه گیر را مستودع یا امین می‌گویند.

بنابراین هدف اصلی و اولیه او از این کار حفظ مال است. چه بسا بتوان گفت که تسلیم کالا جهت معامله آتی نیز نوعی استنابت در حفظ است. زیرا اگرچه مالک به طرف مقابل خود اذن در تصرف می‌دهد، اما این اذن مقید به نگهداری مال در حد متعارف است. در واقع، هر وقت مالک به دیگری اذن دهد که در مالش تصرف کند، اگر مقید به عدم ضمان و مجانی باشد، ید متصرف امانی بوده و فقط با تفریط و تعدی ضامن است (اسدی حلی، ۱۴۲۰، ج ۳: ۱۵۸؛ محقق داماد یزدی، ۱۴۰۶، ج ۱: ۹۷-۹۱). اما اگر اذن مالک مطلق یا مقید به ضمان و عوض باشد، ید گیرنده ید ضمان است و با تلف مال باید از عهده خسارت آن برآید، حتی اگر تعدی و تفریط نکرده باشد (محقق داماد یزدی، ۱۴۰۶، ج ۱: ۶۱ و ۱۰۵-۱۰۲). در همه این فروض، گیرنده مسئول حفظ و نگهداری مال بوده و باید به طور متعارف از آن مراقبت نماید، زیرا حتی اگر ید او امانی باشد و مال تلف شود، در فرض تفریط و تعدی ضامن است. پس باید از آن مراقبت کند تا تفریط یا تعدی صدق نکند.

استنابت در حفظ به این شکل در تمامی عقود اذنی جاری است ولی با این حال بر همه آنها

اطلاق نمی‌شود، زیرا این هدف جز در عقد ودیعه، در ضمن عقد و به عنوان هدف فرعی عقد می‌باشد (کاتوزیان، پ ۱۳۷۶: ۱۱-۱۲؛ طاهری، ۱۴۱۸، ج ۴: ۳۳۴).

در تسلیم کالا جهت معامله آتی نیز هدف اصلی از اعطای مال به طرف مقابل بررسی آن جهت انجام معامله است، اما طبق دلیلی که ذکر شد، در ضمن آن گیرنده موظف به حفظ کالا در حد متعارف نیز می‌باشد. بنابراین نمی‌توان مفاد تسلیم کالا جهت معامله آتی را استنابت در حفظ دانست.

۴. وعده یک طرفه

طبق نظر برخی از حقوق‌دانان در فرض مذکور به طور صریح یا ضمنی قراردادی مقدماتی بین طرفین بسته می‌شود تا بر آن مبنا بتوانند کالایی را قبض و اقباض نموده و آثاری را بر آن بارکنند (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۱: ۶۸۷۴؛ قاسم‌زاده و خسروی فارسانی، ۱۳۸۶-۱۳۸۵: ۶۹). در واقع، در اینجا قصد انشاء وجود دارد و می‌تواند ایجاد تعهد و التزام نماید. پس تسلیم کالا در اینجا عملی حقوقی است و جزء قراردادهای مقدماتی محسوب می‌شود. چنانکه طبق نظر دکتر کاتوزیان در موردی که معامله آتی بیع باشد، با تسلیم کالا یک وعده یک طرفه به بیع رخ داده است. ایشان بین معاملات کوچک و بزرگ نیز فرقی قائل نشده و مطلقاً آن را وعده یک طرفه می‌دانند. بر طبق این وعده که از برخورد اراده‌های طرفین آن پدید می‌آید، مالک اذن می‌دهد که گیرنده جهت بررسی در آن تصرف نماید. بنابراین مفاد این قرارداد اذن و اباحه در تصرف است و گیرنده تنها می‌تواند در حدود اذن در کالا تصرف کند. از سوی دیگر نیز گیرنده متعهد می‌شود به اینکه یا به انجام معامله بپردازد یا اگر راضی به آن نشد، کالا را سالم بازگرداند. در واقع، هر دو طرف متعهد به انجام امری شده و قصد انشاء دارند. بنابراین در اینجا عقدی با مضمون اباحه در تصرف واقع می‌شود. اما همواره چنین نیست که طرفین تسلیم قصد انشاء داشته باشند، بلکه گاه فقط یک طرف خود را ملتزم به عمل خود می‌سازد و برخی اوقات نیز ممکن است هیچ‌یک قصد انشاء نداشته باشند، بلکه فقط مالک اذن در تصرف می‌دهد. البته همان‌طور که قبلاً ذکر شد، برخی از فقها این اذن را نیز ایقاع دانسته و معتقدند که اذن دهنده قصد انشاء دارد.

از سوی دیگر، اگرچه طرفین تسلیم هردو دارای قصد انشاء باشند، اما نباید آن را صرف وعده به قرارداد دانست، زیرا ممکن است تسلیم در قالب عقد دیگری مانند عاریه رخ دهد. در واقع،

مالک می‌تواند کالا را به شکل رایگان و با هدف انتفاع از آن به دیگری سپرده و گیرنده هم آن را قبول نماید. اگرچه هدف اصلی مالک از تسلیم کالا، ایجاد معامله آتی است، اما مضمون عمل او چیزی جز عقد عاریه نیست. در نتیجه نمی‌توان به طور مطلق قائل شد که نهاد مذکور وعده یک طرفه به معامله است.

(ب) نظریه ایقاع بودن

ایقاع از باب افعال در لغت به معنی ایجاد، واقع ساختن و تحقق بخشیدن است (حمیری، ۱۴۲۰، ج ۱۱: ۷۲۵۹).

در اصطلاح فقه و حقوق ایقاع همانند عقد یک عمل حقوقی است که نیاز به قصد انشاء دارد، اما تفاوتی که با عقد دارد در یک‌جانبه بودن آن است. به این صورت که در ایقاع قصد و رضای یک طرف برای ایجاد اثر مقصود در عالم حقوق کافی است؛ برخلاف عقد که نیازمند قصد و رضایت هر دو طرف است (امامی، بی‌تا، ج ۱: ۱۶۰؛ صفایی، ۱۳۸۳: ۱۲۰؛ طاهری، ۱۴۱۸، ج ۲: ۸۹؛ غروی‌نائینی، ۱۳۷۳، ج ۱: ۳۳؛ قنوتی و دیگران، ۱۳۸۸، ج ۱: ۹۱). ایقاع از لحاظ آثار حقوقی شبیه عقد است و باعث نقل ملک، قطع یک رابطه حقوقی یا وصل آن، استحقاق حق یا سقوط آن و یا عقوبت می‌گردد (کرکی عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱: ۱۷۶). دکتر امامی نیز آن را موجد یا مسقط حق دانسته‌اند (امامی، بی‌تا، ج ۱: ۱۸۴). بنابراین ایقاع یک عمل حقوقی است که با وجود شرایط مذکور در عرف و شرع نافذ می‌باشد و باید به آن پایبند بود.

ایقاعات منحصر است به آنچه در فقه بیان شده است. به‌طوری‌که ایقاع بی‌نام و غیرمعین در حقوق اسلام پیش‌بینی نشده (قنوتی و دیگران، ۱۳۸۸، ج ۱: ۹۹) و ایقاعات نافذ در شرع عبارتند از: طلاق، رجعت، ظهار، ایلاء، لعان، عتق، تدبیر، ایمان، نذور، عهود، حجر، شفعه، و حکم (کرکی عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱: ۱۷۶-۱۷۷).

البته در حقوق تعدادی ایقاع نامعین دیده می‌شود که آثار و احکام معینی در قانون ندارند: مانند ایقاع‌های اذنی. اما در اصل آزادی انعقاد آنها تردید وجود دارد، حتی برخی وجود ایقاعات نامعین را انکار کرده و قائل به اصل آزادی ایقاع نیستند. هم‌چنین به دسته سومی اشاره شده که نام و نفوذ آنها در قانون بیان شده، اما احکام واضحی ندارند، بلکه باید به قواعد عمومی ایقاعات رجوع کرد (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ج ۱: ۴۴۱).

در کنار ایقاعات معینی که بیان شد، نهاد دیگری به نام اذن وجود دارد که البته در ایقاع بودن آن تردید است. به طوری که برخی آن را ایقاع (موسوی خمینی، بی تا: ۲۱۱؛ خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۳: ۲۷۶) و برخی اذن صرف می دانند (امامی، بی تا، ج ۱: ۱۰۱؛ کمپانی اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۲: ۲۴۷). البته نظر دیگری نیز وجود دارد مبنی بر اینکه اگر همراه با قصد انشاء باشد، ایقاع بوده و بدون آن اذن صرف است (هاشمی و جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳، ج ۲: ۱۱۴). در این میان آنچه اولی به نظر می رسد، قول سوم است، زیرا با توجه به عرفی که در میان مردم وجود دارد، نمی توان اذن را به طور مطلق ایقاع یا اذن صرف دانست.

در تسلیم کالا جهت معامله آتی می توان چنین فرض کرد که مالک به طرف مقابل خود اذن می دهد تا جهت معامله آتی مال او را بررسی کند. در این صورت، اگر اذن همراه با قصد انشاء باشد، ایقاع و در غیر این صورت یک اذن صرف است که در زمره اعمال حقوقی قرار نمی گیرد.

ج) نظریه اذن صرف

اذن در لغت به معنای اباحه و اطلاق فعل (سعدی، ۱۴۰۸: ۱۹) و رفع منع (عبدالرحمان، بی تا، ج ۱: ۱۲۷) است. در اصطلاح نیز اذن از معنای لغوی خود دور نشده، به معنای رخصت و رفع مانع از تصرف در مال می باشد که گاه از سوی مالک یا شخص به منزله مالک است (هاشمی و جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶ ج ۱: ۳۳۱) و گاه از سوی شارع است (جعفری لنگرودی، ب ۱۳۷۸، ج ۱: ۶۲؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۵۰۶). در واقع با اذن، اباحه تصرف حاصل می شود که گاه به جای هم به کار می روند. در جای دیگر اذن چنین تعریف شده است: «اذن عبارت است از ازاله منع قانونی به سود یک یا چند نفر معین یا اشخاص غیر معین از طرف مقنن یا شخص معین» (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸، ج ۱: ۲۸۷).

اذن و اباحه مالکی از جهت منشأ بر سه قسم است: اذن مطلق، اذن حاصل از ایقاع، و اذن حاصل از عقد (هاشمی و جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳، ج ۸: ۲۷۴).

آنچه در این بحث مورد نظر است، قسم اول از اذن می باشد، یعنی اذن مجرد که مالک آن را صادر می کند. در واقع، گاهی اذن به طور مطلق از مالک صادر می شود که باعث اباحه تصرف در حدود اذن است، اما گاهی ناشی از یک عقد یا ایقاع است که مفاد آنها امر دیگری بوده و به تبع آن اذن در تصرف هم ایجاد می شود.

ما در این مقام به دنبال نهادی هستیم که اثر اولیه آن اباحه و اذن در تصرف باشد که فقط قسم اول را دربرمی گیرد. این اذن می تواند در مقابل عوض یا مجانی باشد که در صورت اول عقد است، زیرا معوض بودن حاکی از وجود تراضی است (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳، ج ۲: ۲۹۳-۲۹۲). به طوری که مالک با توافق طرف دیگر و رضایت او به پرداخت عوض، راضی به تصرف او در مال شده است. بنابراین الزام و التزام وجود داشته و هر دو دارای قصد انشاء هستند. اما اگر اذن مالک رایگان بوده و عوضی در برابر آن قرار نگیرد، مانند اذن به خوردن غذا که صاحب خانه به میهمان می دهد، دو قول در باب ماهیت آن وجود دارد:

۱- یک نظر مبتنی بر این است که اذن نه عقد است و نه ایقاع، بلکه صرفاً رفع مانع کرده و باعث حلیت تصرف در مال می گردد. بنابراین اذن در زمره اعمال حقوقی قرار ندارد (امامی، بی تا، ج ۱: ۱۰۱؛ کمپانی اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۲: ۲۴۷؛ سیوری حلی، ۱۴۰۳: ۳۸۵).

۲- نظر دوم حاکی از ایقاع بودن اذن است. در واقع، مالک به طور یک طرفه قصد انشاء نموده و تصرف در مال خود را بر دیگری مباح می سازد. بنابراین او اثری را در عالم حقوق انشاء می کند که ایقاع نام داشته و در زمره اعمال حقوقی قرار دارد (موسوی خمینی، بی تا: ۲۱۱؛ خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۳: ۴۷۶؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۷: ۹۷) زیرا اذن کاری ارادی است و آثار قانونی آن منطبق با خواست اذن دهنده می باشد (قاسم زاده و خسروی فارسانی، ۱۳۸۶-۱۳۸۵: ۶۴).

طبق قول اول می توان برای اذن ماهیت مستقلی در نظر گرفت و آثار خاصی بر آن بار کرد. به طوری که اثر اصلی آن اباحه تصرف در حدود اذن است، اما حقی فراتر از آن برای گیرنده ایجاد نمی کند، زیرا مالک صرفاً استفاده از مالی را اباحه نموده ولی بر آن تعهد نکرده و لذا حقی را از خود سلب نکرده است. بنابراین، این اذن قابل رجوع است و او می تواند هر زمان که خواست از اذن خود برگردد (امامی، بی تا، ج ۱: ۱۰۱)، اما از آنجا که این اذن نیاز به ایجاب و قبول ندارد، حتی اگر مأذون له اذن مالک را قبول نکند، مؤثر در بطلان نبوده و مادامی که مالک از اذن خود رجوع نکرده، تصرف در مال بر او جایز است (هاشمی و جمعی از پژوهش گران، ۱۴۲۳، ج ۲: ۱۱۵-۱۱۴؛ عاملی، ۱۴۱۳، ج ۵: ۲۴۳).

در تسلیم کالا جهت معامله آتی نیز گاه رخ می دهد که طرفین قصد انشاء نداشته و خود را از لحاظ حقوقی پایبند به مفاد آن نمی سازند. به طور مثال، در معاملات کوچکی که بررسی کالا نیاز به زمان طولانی ندارد، بعید است که بتوان برای طرفین قصد انشاء تصور کرد، بلکه مالک صرفاً

اذن در تصرف می دهد بدون اینکه در مقابل آن عوضی باشد. بنابراین گیرنده در حدود اذن، یعنی تنها جهت بررسی آن برای معامله آتی و به طور متعارف می تواند در کالا تصرف کند. این اثر در واقع یک اباحه تکلیفی است که موجب اباحه تصرف گیرنده در حدود اذن می گردد، اما حقی برای او ایجاد نمی شود.

قول مشهور فقها نیز که ید گیرنده را در مقبوض بالسوم ضمانی می دانند مطابق با همین نظر است، زیرا دلیل اصلی آنان بر ضمان، حدیث مشهور «علی الید ما أخذت حتی تؤدیه» است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۷: ۷۱؛ نجفی کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ج ۱: ۲۱؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۴۸۳؛ اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۸: ۱۹۲) و این حدیث در جایی جاری می شود که قراردادی موجود نباشد. البته ممکن است اخذ کالا همراه با اذن مالک باشد، اما گیرنده در هر صورت ضامن است. در اینجا نیز مالک با اذن خود مال را به دیگری می دهد، اما با این بیان فقها معلوم می شود که قراردادی بین طرفین منعقد نمی گردد، بلکه صرفاً یک اذن در تصرف است.

از گفته برخی از حقوق دانان نیز چنین برمی آید که نهاد مذکور یک اذن صرف است که الزام و التزامی از آن پدید نمی آید. اگر هم گیرنده ملزم به سالم بازگرداندن کالا می باشد، به دلیل حکمی است که به موجب شرع و قانون بر عهده گیرنده قرار می گیرد نه قرارداد و توافق طرفین. دلیل این عده به تبعیت از مشهور فقها قاعده «علی الید ما أخذت حتی تؤدیه» است. درحقیقت، این قاعده در جایی جاری می شود که عقد و معامله ای وجود نداشته باشد.

البته برخی از حقوق دانان معاصر قاعده فوق را به عنوان مستند ضمان درک نیز ذکر کرده اند (محقق داماد یزدی، ۱۴۰۶، ج ۲: ۲۲۳)؛ یعنی در صورتی که پس از انجام معامله معلوم شود که مبیع از آن شخص دیگری بوده و او معامله را تنفیذ نکند، معامله فاسد است و طرفین قرارداد به موجب این قاعده ضامن عوضین هستند. در واقع، طبق نظر این حقوق دانان، این مسأله از مصادیق ضمان قهری است (کاتوزیان، الف ۱۳۷۶: ۲۲۳-۲۲۲)، زیرا با اینکه از قبل قراردادی وجود داشته، اما فاسد است و اثری در عالم حقوق ندارد. به بیان دیگر، فساد معامله به منزله عدم وجود قرارداد است. به همین علت نیز برای اثبات ضمان طرفین باید به دلیل دیگری رجوع کرد که شارع یا قانون گذار آن را صادر کرده باشد، زیرا در حقیقت توافق و قراردادی وجود ندارد. در نتیجه، اگر قاعده مذکور مستند ضمان درک نیز واقع شود نباید چنین پنداشت که این قاعده در جایی مورد استدلال واقع شده که قرارداد و معامله ای موجود است.

با توجه به آنچه گفته شد، ماهیت نهاد مورد بحث می‌تواند عقد، ایقاع یا اذن صرف باشد. این امر با توجه به شرایط و قصد طرفین تعیین می‌گردد که در هر یک آثار خاصی متصور است.

ضمان تسلیم کالا جهت معامله آتی در فقه و حقوق

فقه‌های امامیه و حقوق‌دانان در این باب به ارائه دو نظر پرداخته‌اند: برخی قائلند که ضمان بر عهده مالک بوده و برخی عکس آن نظر داده و معتقدند که ضمان بر عهده گیرنده است. در ادامه به توضیح و بررسی هر یک از این نظرات می‌پردازیم.

الف) نظریه امانی بودن ید

به طور کلی استیلا بر مال غیر یا با اذن مالک است یا با اذن شارع و قانون‌گذار، یا بدون اذن می‌باشد. اگر اذن از طرف مالک یا قائم مقام قانونی او باشد «امانت مالکیه» نام دارد و اگر از سوی شارع باشد «امانت شرعیه» است. در هر صورت متصرف امان می‌باشد و از این جهت به او امانین گویند که به اذن مالک یا شارع متصرف در مال غیر است و به آن خیانت نکرده، یعنی کاری نمی‌کند که موجب تلف یا نقصان مال گردد (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۲: ۱۴-۱۳). به همین علت ید او امانی است. به این شکل که با تلف و نقص مال مورد امانت ضامن نیست مگر با تعدی یا تفریط در استعمال و نگهداری مال (نجفی کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ج ۲: ۵؛ امامی، بی‌تا، ج ۲: ۳۷-۳۶ و ۱۶۸؛ طاهری، ۱۴۱۸، ج ۲: ۲۶۹)، زیرا با تعدی و تفریط از حدود اذن خارج شده و از مصادیق خائن می‌گردد (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۲: ۱۴-۱۳؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱، ج ۱: ۱۹۲).

دیگر آنکه بر امان واجب است آن مال را به صاحبش بازگرداند (نجفی کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ج ۲: ۵). بنابراین هیچ‌گاه مالکیت عین مال امانی به امان منتقل نخواهد شد. از این نکته چنین فهمیده می‌شود که اگر امانت از نوع امانت مالکانه باشد، مالک قصد انتقال عین مال به امانین را ندارد. هم‌چنانکه این امر را به عنوان یکی از شرایط امانت ذکر کرده‌اند (کاشانی، ۱۳۰۲: ۱۷۵). در امانت علاوه بر اذن عنصر دیگری نیز لازم است و آن رایگان و بلاعوض بودن آن می‌باشد (پیرهادی، ۱۳۹۰: ۲۱۵؛ محقق داماد یزدی، ۱۴۰۶، ج ۱: ۹؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۵۱۳). به عبارت دیگر، اذن در صورتی رافع ضمان گیرنده است که مقید به ضمان نباشد.

بنابراین هر وقت مالک به دیگری اذن دهد که به طور رایگان در مال او تصرف نموده و سپس با درخواست او مال را برگرداند، قاعده امانت جاری شده و ید گیرنده، امانی محسوب می‌شود.

در تسلیم کالا جهت معامله آتی نیز چه بسا بتوان قاعده امانت را جاری کرد، هم‌چنانکه برخی از فقها و حقوق دانان قائل به امانی بودن ید گیرنده در مقبوض بالسوم هستند (مؤمن سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۲: ۶۳۸؛ اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۸: ۱۹۲؛ حلی، ۱۳۸۷، ج ۲: ۱۶۷؛ عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱۲: ۱۷۴؛ جعفری لنگرودی، ب ۱۳۷۸، ج ۱: ۶۴)، زیرا مالک به طور رایگان به طرف مقابل خود اذن می‌دهد که در مال او تصرف نموده، سپس آن را برگرداند یا به انجام معامله بپردازد. درواقع، عناصر امانت که عبارت است از اذن و بلاعوض بودن، در آن وجود دارد. بنابراین ید گیرنده امانی خواهد بود.

دلیل دیگر بر این امر آن است که طبق موادی از قانون مدنی که راجع به اجاره، عاریه، ودیعه و مانند اینها می‌باشد، هرگاه شخص به اذن مالک بر مال او تسلط یابد، امین است. در مقبوض بالسوم نیز کالا به اذن و رضایت مالک و طبق توافق طرفینی در ید گیرنده قرار گرفته است. بنابراین در اینجا نیز باید قاعده امانت جاری شود. هم‌چنانکه طبق نظر دکتر کاتوزیان گیرنده براساس قرارداد مقدماتی بیع، مأذون بوده و از این رو ید او امانی است. البته در تحلیل مسئولیت گیرنده، در نظر دکتر کاتوزیان با فقهایی که ید او را امانی می‌دانند تفاوت‌هایی وجود دارد. به طوری که ایشان قائل است که گیرنده طبق قراردادی که با مالک بسته، متعهد شده که یا به انجام معامله پرداخته و ثمن کالا را تحویل دهد، یا کالا را سالم برگرداند. پس او متعهد به حفظ کالا نشده است. به همین دلیل در دعوای بین مالک و گیرنده در تلف یا نقص کالا، مالک نیاز به اثبات تعدی یا تفریط گیرنده ندارد، زیرا گیرنده تعهد به نتیجه کرده و اگر نتواند کالا را سالم تحویل دهد، اصل بر آن است که او مقصر است، مگر آنکه عدم تقصیر خود را اثبات کند. بنابراین اگرچه او امین است اما از آنجا که رابطه او با مالک مبتنی بر معامله است نه احسان و مسامحه، باید به یکی از دو واجب عمل کند و در غیر این صورت ملزم به پرداخت خسارت است (قاسم‌زاده و خسروی فارسانی، ۱۳۸۶-۱۳۸۵: ۶۸-۶۹؛ کاتوزیان، الف ۱۳۷۶: ۷۶-۷۴). درحالی که فقهایی که ید گیرنده را در نهاد مذکور امانی می‌دانند، مسئولیت او را همانند مسئولیت مستودع در ودیعه دانسته و معتقدند که او باید در حفظ کالا تلاش نماید (اسدی حلی، ۱۴۱۳، ج ۲: ۱۸۳؛ ۱۴۱۴، ج ۱۶: ۱۸۷) و تنها در صورتی مسئول است که در نگهداری آن تعدی یا تفریط نماید. بنابراین او مسئول اثبات عدم

تقصیر خود نیست، چون اصل بر امین بودن اوست (امامی، بی تا، ج ۲: ۱۷۲؛ اسدی حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۶: ۲۱۲؛ ۱۴۲۰، ج ۳: ۱۹۲).

همان طور که در بحث ماهیت گذشت، اذن در تسلیم کالا می تواند در قالب عقد یا ایقاع رخ دهد، اما از لحاظ عدم ضمان با یکدیگر فرقی ندارند. بنابراین اگر مالک یا طرفین هر دو قصد انشاء داشته باشند و عوضی هم در مقابل تسلیم قرار ندهند، کالا در دست گیرنده امانت است و ضمانی بر او نیست. هم چنانکه طبق نظر یکی از فقها تسلیم می تواند در قالب عاریه رخ دهد که در این صورت گیرنده امین است (منتظری نجف آبادی، بی تا، ج ۳: ۲۷۵). البته او فقط باید در حدود اذن مالک در مال تصرف کند، زیرا در غیر این صورت دیگر مأذون نیست و تحت قاعده ضمان قرار می گیرد.

اگر هم مالک در قالب اذن صرف و به طور رایگان کالا را تسلیم کند که مبنی بر یک نظر نه عقد است و نه ایقاع، باز هم اثر فوق را دارد؛ یعنی اگر مالک قصد انشاء هم نداشته باشد، کالا حکم امانت را دارد، زیرا عناصر امانت در اینجا نیز تکمیل است.

البته لازم است ذکر شود که انتظار و توقع معامله از سوی مالک سبب خروج موضوع از امانت نمی شود و مادامی که معامله ای رخ نداده، آن کالا در دست گیرنده امانت است (کاشانی، ۱۳۰۲: ۱۷۶). چون این انتظار به معنای آن نیست که در مقابل تسلیم کالا، عوضی لحاظ شده باشد، بلکه گیرنده می تواند معامله نکرده و کالا را برگرداند. هم چنانکه عقود امانی عاریه و ودیعه، که در آنها امین باید با درخواست مالک کالا را بازگرداند، در زمره عقود غیر معوض قرار دارند. بنابراین بعد از آنکه در قبض کالا اذن مالک وجود دارد، اصل بر براءت گیرنده بوده و نباید او را ضامن دانست (کاشانی، ۱۳۰۲: ۱۷۵).

ب) نظریه ضمانی بودن ید گیرنده

ممکن است تصرف در مال غیر همراه با ضمان باشد، به این نحو که او باید عین مال و در صورت تلف یا نقص، مثل یا قیمت آن را به مالک اصلی بپردازد (مغنیه، ۱۴۲۱، ج ۵: ۱۱؛ محقق داماد یزدی، ۱۴۰۶، ج ۱: ۹۱؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۱، ج ۷: ۱۴۱؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۴۱۶).

به طور کلی به صرف وضع ید بر مال غیر، اصل آن است که ضمان بر عهده شخص قرار می گیرد، حتی اگر یک رابطه حقوقی هم در میان نباشد (حلی، ۱۴۱۵: ۲۷)، مگر آنکه تصرف به

نحو امانت باشد که در این صورت قاعده استیمان استثنایی بر قاعده ضمان می‌شود، یعنی اگر شیء در ید گیرنده بدون اذن مالک یا در مقابل عوض باشد، گیرنده امین نبوده و ضامن است (محقق داماد یزدی، ۱۴۰۶، ج ۱: ۹۴-۹۱).

برخی فقها و حقوق‌دانان نیز بر نهاد مقبوض بالسوم که شبیه نهاد مذکور است قاعده ضمان ید جاری کرده و معتقدند با وجود اذن صاحب کالا، گیرنده به صرف قبض، ضامن است تا آن را به صاحبش بازگردانده یا به انجام معامله بپردازد (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۴۸۳؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۷: ۷۳). چراکه طبق ماده ۶۳۱ قانون مدنی:

هرگاه کسی مال غیر را به عنوانی غیر از مستودع متصرف باشد و مقررات این قانون او را نسبت به آن مال امین قرار داده باشد، مثل مستودع است. بنابراین مستأجر نسبت به عین مستأجره، قیم یا ولی نسبت به مال صغیر یا مولی علیه و امثال آنها ضامن نمی‌باشد، مگر در صورت تفریط یا تعدی....

بنابراین تنها افرادی امین محسوب می‌شوند که قانون آنها را به این عنوان شناخته باشد. حال آنکه گیرنده در نهاد مورد بحث امین معرفی نشده است (کاتوزیان، الف ۱۳۷۶: ۷۴؛ امامی، بی‌تا، ج ۲: ۱۷۰).

هم‌چنین از ملاک ماده ۳۰۱ قانون مدنی که می‌گوید: «کسی که عمدتاً یا اشتهاً چیزی را که مستحق نبوده است دریافت کند ملزم است آن را به مالک تسلیم کند» چنین برمی‌آید که گیرنده کالا جهت معامله آتی ضامن است و با تلف یا نقص کالا حتی بدون تعدی و تفریط باید از عهده خسارت آن برآید (امامی، بی‌تا، ج ۲: ۱۷۰).

دلیل دیگری که در فقه به آن اشاره شده آن است که اذن مالک در اینجا مقید به ضمان است؛ یعنی اگرچه مالک اذن به تصرف می‌دهد، اما نمی‌توان اذن او را بلاعوض دانست، بلکه در عوض پرداخت کالا ضمان وجود دارد (محقق داماد یزدی، ۱۴۰۶، ج ۱: ۱۰۴). زیرا توقعی که او نسبت به انجام معامله دارد، باعث می‌شود که روح امانت از آن جدا شود. در واقع، مالک با این کار اقدام به استیفای مالیت کالا می‌کند، حال یا از طریق گرفتن قیمت کالا در صورت ایجاد معامله یا گرفتن عین آن در صورت عدم ایجاد معامله (کاشانی، ۱۳۰۲: ۱۷۶). به بیان دیگر، تسلیم با هدف انجام معامله‌ای رخ می‌دهد که در آن ضمان مسمی وجود دارد (اعرج حسینی عمیدی، ۱۴۱۶، ج ۱: ۶۴۹)، از طرف دیگر نیز گیرنده با این نیت کالا را می‌گیرد که مقدمه‌ای باشد بر دفع قیمت یا ردّ عین

آن (کاشانی، ۱۳۰۲: ۱۷۶). در واقع، اخذ در اینجا مقدمه خرید کالا است که در آن ضمان مسمی و مورد توافق طرفین وجود دارد. در نتیجه، موضوع تخصصاً از امانت خارج است.

اما در مقابل گفته شده که اخذ به عنوان مقدمه خرید باعث خروج آن از عنوان امانت نمی‌گردد، زیرا مال به اذن مالک در تصرف گیرنده است و غرض مالک از این اذن آن است که با خواست گیرنده معامله محقق شود. بنابراین مقدم بودن اخذ سبب تسری حکم ذی‌المقدمه به مقدمه نمی‌گردد. مخصوصاً در صورتی که گیرنده راضی به انجام معامله نشده و معامله صورت نگیرد. بنابراین مقبوض بالسوم امانت است و ید گیرنده امانی خواهد بود (موحدی لنگرانی، ۱۴۱۶: ۳۹۴۰).

در تسلیم کالا جهت معامله آتی نیز همین قاعده جاری می‌شود، زیرا همان‌طور که قبلاً ذکر شد، فرقی میان مقبوض بالسوم و این نهاد نیست (قاسم‌زاده و خسروی فارسانی، ۱۳۸۶-۱۳۸۵: ۶۲). ضمن آنکه اگر تسری حکم ذی‌المقدمه به مقدمه صحیح باشد، در تسلیم کالا جهت معامله آتی به طریق اولی باید قاعده امانت جاری شود، زیرا اگر معامله آتی مانند عاریه از جمله عقود باشد که ضمان مسمی نداشته و کالا در دست گیرنده حکم امانت را داشته باشد، تا قبل از انجام معامله نیز کالا امانت است و گیرنده با عدم تعدی و تفریط امین خواهد بود.

هم‌چنین در عقود مثل رهن و عاریه گیرنده با قبول خود به طور ضمنی متعهد شده که کالا را سالم به صاحبش برگرداند، ولی تا وقتی تعدی و تفریطی نکرده، امین است. پس در تسلیم کالا جهت معامله آتی گیرنده باید امین محسوب شود (کاشانی، ۱۳۰۲: ۱۷۵). زیرا عناصر امانت در نهاد مذکور نیز وجود داشته و فرقی در اینجا مشاهده نمی‌شود. یعنی علاوه بر اذن و بلاعوض بودن، قصد مالک بر عدم انتقال کالا به گیرنده است.

بنابراین اگرچه نظر مشهور فقها در اینجا ضمانی بودن ید گیرنده است، اما با توجه به دلایلی که ذکر شد، باید کالا را امانت دانست و احکام امانت جاری نمود.

نتیجه‌گیری

۱- به‌طور کلی تسلیم کالا می‌تواند در قالب عقد، ایقاع یا اذن صرف رخ دهد. البته اگر اذن را نیازمند قصد انشاء بدانیم، نوعی ایقاع است که در این صورت فقط دو حالت برای تسلیم کالا متصور است: عقد و ایقاع.

- ۲- تسلیم کالا جهت معامله آتی در هر صورت و قالبی موجب اباحه تصرف در کالا برای گیرنده می شود. البته این تصرف تا حدی که عرف تعیین کرده جایز است. هم چنین می تواند طبق قصد یک طرف یا طرفین در این نهاد تعیین گردد.
- ۳- تسلیم کالا جهت معامله آتی می تواند در قالب عقودی رخ دهد که علاوه بر اباحه تصرف موجب انتقال حق انتفاع می گردند.
- ۴- علاوه بر آثاری که مختص هر قالب است، تسلیم کالا جهت معامله آتی می تواند آثار مشترکی نیز داشته باشد. از جمله این آثار ضمان نقص و تلف کالا است.
- ۵- قول اقوی آن است که ضمان نقص و تلف کالا بر عهده مالک بوده و ید گیرنده امانی است، زیرا مالک با رضایت کامل و اذن خود کالا را به طرف مقابل تسلیم می کند. از طرف دیگر، فرض بر این است که گیرنده در حفظ و نگهداری آن دقت کافی می کند. بنابراین دلیلی باقی نمی ماند که ید او را از امانی بودن خارج سازد، مگر آنکه در حفظ آن افراط و تفریط نماید که از بحث حاضر خارج است.
- ۶- با توجه به آنکه تسلیم کالا جهت معامله آتی همگام با پیشرفت جوامع در حال تغییر بوده و به عناوین مختلفی صورت می گیرد، مسائل و مشکلاتی نیز دامن گیر آن خواهد شد، اما در حقوق ایران اصول و قوانینی که به طور خاص به این موضوع پرداخته باشد، وجود ندارد. بنابراین شایسته است که حقوق دانان و قانون گذاران به بررسی و تبیین ماهیت و آثار این موضوع پردازند و نظر واحدی را در این باب صادر کنند. به طوری که حتی قوانین و مقرراتی متحد راجع به آن تعیین نموده و اجرای آن را بر همگان واجب سازند.
- هم چنین لازم است در قوانین آیین دادرسی ضمانت اجرایی بر این مسأله قرار دهند که تاجران و دیگر مردم در روابط تجاری خود اجرای قوانین مربوطه را بر خود لازم دانسته و از آن تخلفی نکنند.

منابع

- ابن منظور، ابوالفضل جمال الدین محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ق.). *لسان العرب*، بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
- اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق.). *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان*، قم: دفتر

- انتشارات اسلامي، چاپ اول.
- اسدي حلي، حسن بن يوسف بن مطهر. (۱۴۱۳ق.) قواعد الاحكام في معرفة الحلال و الحرام، قم: دفتر انتشارات اسلامي، چاپ اول.
- _____ . (۱۴۱۴ق.) تذكرة الفقهاء، قم: مؤسسه آل البيت (ع) .
- _____ . (۱۴۲۰ق.) تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول.
- اعرج حسيني عميدى، عميدالدين بن محمد. (۱۴۱۶ق.) كنزالفوائد فى حل مشكلات القواعد، قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، چاپ اول.
- امامي، سيد حسن. (بى تا) حقوق مدنى، تهران: انتشارات اسلاميه.
- پرهادي، محمدرضا. (۱۳۹۰) انتقال مالکيت در عقد بيع، تهران: انتشارات جنگل، چاپ دوم.
- جعفرى لنگرودى، محمدجعفر. (۱۳۷۸ق.) حقوق مدنى: رهن و صلح، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ دوم.
- _____ . (ب ۱۳۷۸) مبسوط در ترمينولوژى حقوق، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ اول.
- _____ . (۱۳۶۸) حقوق اموال، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ اول.
- جوهرى، اسماعيل بن حماد. (۱۴۱۰ق.) الصحاح: تاج اللغة و صحاح العربية، بيروت: دارالعلم للملايين، چاپ اول.
- حسيني روحانى قمى، سيد صادق. (۱۴۱۲ق.) فقه الصادق (ع)، قم: دارالکتاب، چاپ اول.
- حسيني مراغى، سيد مير عبدالفتاح بن على. (۱۴۱۷ق.) العناوين الفقهية، قم: دفتر انتشارات اسلامي، چاپ اول.
- حلي، نجم الدين جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق.) شرائع الإسلام فى مسائل الحلال و الحرام، قم: مؤسسه اسماعيليان، چاپ دوم.
- حلي، حسين. (۱۴۱۵ق.) بحوث فقهيه، قم: مؤسسه المنار، چاپ چهارم.
- حلي، محمدبن حسن بن يوسف. (۱۳۸۷ق.) إيضاح الفوائد فى شرح مشكلات القواعد، قم: مؤسسه اسماعيليان، چاپ اول.
- حميرى، نشوان بن سعيد. (۱۴۲۰ق.) شمس العلوم و دواء كلام العرب من الكلوم، بيروت: دارالفكر للمعاصر، چاپ اول.

- خوانساری، سید احمد بن یوسف. (۱۴۰۵ق.) جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم.
- دهخدا، علی اکبر. (۱۳۶۶) فرهنگ دهخدا، تهران: انتشارات مجلس شورای ملی.
- سعدی، ابوحیب. (۱۴۰۸ق.) القاموس الفقهی لغته و اصطلاحه، دمشق: دارالفکر، چاپ دوم.
- سیوری حلی، مقداد بن عبدالله. (۱۴۰۳ق.) نضد القواعد الفقهیه علی مذهب الإمامیه، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی^(ره)، چاپ اول.
- شیخ انصاری، مرتضی بن محمد امین. (۱۴۱۱ق.) کتاب المکاسب، قم: منشورات دار الذخائر، چاپ اول.
- صفایی، سید حسین. (۱۳۸۵) اشخاص و اموال، تهران: نشر میزان، چاپ پنجم.
- _____. (۱۳۸۳) قواعد عمومی قراردادها، تهران: نشر میزان، چاپ دوم.
- طاهری، حبیب الله. (۱۴۱۸ق.) حقوق مدنی، قم: انتشارات اسلامی، چاپ دوم.
- عاملی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳ق.) مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، قم: مؤسسه معارف اسلامی، چاپ اول.
- عبدالرحمان، محمود. (بی تا) معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهیه، بی جا: بی نا.
- عمید، حسن. (بی تا) فرهنگ عمید، بی جا: بی نا.
- غروی نائینی، محمدحسین. (۱۳۷۳ق.) منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، تهران: المكتبة المحمدیه، چاپ اول.
- قاسم زاده، مرتضی و علی خسروی فارسانی. (زمستان ۱۳۸۵ و بهار ۱۳۸۶) «مسئولیت مدنی آخذ بالسوم در فقه و قانون مدنی»، فصلنامه دیدگاه های حقوقی، شماره چهل و یکم.
- قنوتی، جلیل و حسن وحدتی شبیری و ابراهیم عبدی پور. (۱۳۸۸) حقوق قراردادها در فقه امامیه، تهران: انتشارات سمت، چاپ دوم.
- کاتوزیان، ناصر. (الف ۱۳۷۶) حقوق مدنی: معاملات معوض: عقود تملیکی، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ ششم.
- _____. (ب ۱۳۷۶) حقوق مدنی: عقود اذنی: وثیقه های دین، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم.
- _____. (۱۳۷۸) دوره مقدماتی حقوق مدنی: اموال و مالکیت، تهران: نشر دادگستر، چاپ دوم.

- _____ . (۱۳۸۸) حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ هشتم.
- _____ . (۱۳۸۹) دوره مقدماتی حقوق مدنی: اعمال حقوقی: قرارداد- ایقاع، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم.
- کاشانی، ابوالقاسم بن ملا عبدالعلی. (۱۳۰۲ق.) مقبوض بالسوم، بی جا: بی نا.
- کرکی عاملی، علی بن حسین. (۱۴۰۹ق.) رسائل المحقق الکرکی، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی و دفتر نشر اسلامی.
- کمپانی اصفهانی، محمد حسین. (۱۴۱۸ق.) حاشیه کتاب المکاسب، قم: أنوار الهدی، چاپ اول.
- محقق داماد یزدی، سیدمصطفی. (۱۴۰۶ق.) قواعد فقه، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوازدهم.
- مدنی، جلال الدین. (۱۳۸۲) حقوق مدنی، تهران: نشر پایدار، چاپ اول.
- مغنیه، محمد جواد. (۱۴۲۱ق.) فقه الإمام الصادق (ع)، قم: مؤسسه انصاریان، چاپ دوم.
- منتظری نجف آبادی، حسین علی. (بی تا) رساله استفتائات، قم: بی نا.
- موحدی لنگرانی، محمد فاضل. (۱۴۱۶ق.) القواعد الفقهية، قم: چاپخانه مهر، چاپ اول.
- موسوی بجنوردی، سید حسن. (۱۴۱۹ق.) القواعد الفقهية، قم: نشر الهادی، چاپ اول.
- موسوی بجنوردی، سید محمد. (۱۴۰۱ق.) قواعد فقهیه، تهران: مؤسسه عروج، چاپ سوم.
- موسوی خمینی، سید روح الله. (بی تا) کتاب البیع، تقرير محمد حسن قدیری، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول.
- مؤمن سبزواری، محمد باقر بن محمد. (۱۴۲۳ق.) کفایة الأحكام، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول.
- نجفی کاشف الغطاء، محمد حسین بن علی بن محمد رضا. (۱۳۵۹ق.) تحرير المجلة، نجف: المكتبة المرتضوية، چاپ اول.
- نجفی، محمد حسن. (۱۴۰۴ق.) جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت: دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود. (۱۴۲۳ق.) قرائات فقهية معاصرة، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، چاپ اول.

- هاشمي، سيد محمود و جمعي از پژوهش گران. (۱۴۲۳ق.) موسوعة الفقه الاسلامي طبقا لمذهب أهل البيت عليهم السلام، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامي بر مذهب اهل بيت^(ع).
- _____. (۱۴۲۶ق.) فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بيت عليهم السلام، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامي بر مذهب اهل بيت عليهم السلام، چاپ اول.

بازخوانی تأثیر قاعده احسان بر سقوط مسئولیت پزشک در حقوق ایران (در مطالعه تطبیقی با قاعده یاری رسان نوع دوست در حقوق کانادا)

زهره تابش^۱

چکیده: حرفه پزشکی به دلیل قدمت و حساسیت ویژه آن، همواره مورد چالش های جدی حقوقی در موازنه میان حقوق پزشک و بیمار بوده است. سال هاست که قاعده احسان به عنوان یکی از مسقطات ضمان مورد مطالعه و استفاده فقها و حقوق دانان ایرانی - اسلامی قرار گرفته است. علی رغم آنکه نوع دوستانه بودن اعمال پزشکی مورد اذعان است، اما در قانون و رویه قضایی کشور، محسن دانستن ارائه دهندگان خدمات پزشکی با مشکل روبه روست. لذا هر چند بحث از اصل مسئولیت پزشک و قاعده احسان پیشینه ای دیرین دارد، اما نگاهی نو به این قاعده با ملاحظه قاعده یاری رسان نوع دوست به عنوان مشابه کامن - لایی آن، توانسته است افق های جدیدی را در تبیین مسئولیت پزشک بگشاید. مطابق با یافته های این پژوهش، قاعده یاری رسان نوع دوست در مسئولیت خارج از قرارداد و صرفاً در موقعیت های اورژانس و غالباً در خصوص غیرپزشک کاربرد دارد، اما قاعده احسان قلمرو عامی دارد و می تواند در فرض فراهم بودن ارکان آن، همه اقسام مسئولیت پزشک را دربرگیرد. وجه اثباتی قاعده احسان در ایجاد حق برای مطالبه اجرت توسط محسن، یکی از برتری های این قاعده بر قاعده یاری رسان نوع دوست به شمار می رود.

کلیدواژه ها: قاعده احسان، سقوط مسئولیت، مسئولیت پزشک، قاعده یاری رسان نوع دوست.

طرح مسأله

برای تسکین آلام، مراجعه به طبیب رویه معمول و مرسوم سالیان بشر بوده است. اما ناکامی در به

۱. دکتری فقه و حقوق خصوصی

دست آوردن نتایج مطلوب، همواره او را وادار به جستجو و تدقیق کرده که آیا کوتاهی و تقصیر پزشک موجب این نتایج نابهنجار شده یا عوامل دیگری نیز مؤثر بوده است. با توجه به تخصصی بودن حوزه فعالیت‌های پزشکی و نداشتن تصویری روشن از چگونگی عملکرد پزشک، معمولاً بیماران نمی‌توانند پاسخ مناسبی برای این قبیل سؤالات بیابند. در راستای این کنجکاوی در حق بشر، دغدغه مسئولیت پزشک و تعیین حدود آن وارد عرصه حقوقی شد. لذا یکی از قدیمی‌ترین چالش‌های جدی حقوقی، ایجاد توازن میان حقوق پزشک و بیمار است.

برای حل این چالش‌ها، هر نظام حقوقی در جستجوی راه‌حلی متناسب با شرایط زمانی، مکانی، اجتماعی و اعتقادی خود برآمده، اگرچه این راه‌حل‌ها گاه ثمربخش و گاه سرمنشأ مشکلات جدیدی بوده‌اند. نظام حقوقی اسلامی نیز از این قاعده کلی مستثنا نیست و علمای اسلامی همواره در صدد برقراری و حفظ این تعادل و توازن بوده‌اند. جای تأمل آنجاست که هرچند قاعده احسان به‌عنوان یکی از مسقطات ضمان مورد مطالعه و استفاده فقها و حقوق‌دانان ایرانی - اسلامی قرار گرفته، اما در حیطه مسئولیت پزشک شاهد نقش کم‌رنگی از این قاعده هستیم. دلیل این مطلب علاوه بر اطلاقات لفظی موجود در ضمان پزشک، آن است که اجیر یا صاحبان حرف را از مجرای قاعده احسان خارج نموده‌اند.

نادیده گرفته شدن قاعده احسان در این زمینه، مشکلاتی را به‌وجود آورده است. از آنجا که پویایی فقه شیعه فرصت بهره‌مندی از نظام‌ها و تئوری‌های دیگر را نیز فراهم می‌کند می‌توان با حفظ مبانی و حیانی و لایتغیر مکتبی، با کمک گرفتن از مطالعه در مواضع دیگر قانون‌گذاران در این زمینه، با نگرشی نو نظر شارع مقدس را بازخوانی نمود و به مناسب‌ترین راه‌حل‌ها دست یافت. انتظاری که از نظام حقوقی مبتنی بر آموزه‌های اسلامی می‌رود، آن است که در ارائه مناسب‌ترین راه‌حل برای پاسخ به دغدغه‌های قضایی پیشرو باشد. اما در مواجهه با پرونده‌های پزشکی ایران فقدان یک رویه ثابت برای تشخیص مسئولیت یا عدم مسئولیت پزشک جلب توجه می‌کند. این مطالعه بر آن است با نگاهی به قاعده یاری رسان نوع‌دوست قاعده احسان را بازنگری کرده و آن را به عنوان یکی از کلیدهای برقراری تعادل میان حقوق پزشک و بیمار تبیین نماید. امید است وارد کردن این قاعده در حیطه مسئولیت پزشکی کمکی در جهت روشن‌تر شدن قواعد مسئولیت نموده و با تدوین قوانینی شفاف در این حوزه از برخوردهای چندگانه جلوگیری و روال قابل قبولی در مسئولیت پزشکی ایجاد کند.

مسئولیت پزشک در فقه و حقوق ایران

هنگامی که سخن از مسئولیت پزشک به میان می‌آید ابتدا باید مسئولیت وی را در بستر قواعد عام ضمان بررسی نمود و سپس به بررسی ادله خاص این حیطة پرداخت. علی القاعده در صورت وجود شرایط عام، مسئولیت در فرض عدم قرارداد صحیح مابین پزشک و بیمار، می‌بایست ضمان قهری برای پزشک ایجاد شود مگر آنکه به عوامل رافع مسئولیت استناد کرده باشد. یکی از عوامل رافع مسئولیت، «مجاز بودن عمل» از منظر قانون و شرع است. در خصوص مسئولیت قهری پزشک به عنوان یک قاعده کلی می‌توان گفت اعمال پزشک در حیطة اذن شرع، رافع مسئولیت قهری او خواهد بود؛ چراکه داشتن اذن در عمل، از مسقطات ضمان است (موسوی خمینی، ۱۳۷۹، ج ۲: ۵۶۵).^۱ در خصوص پزشک حاذق، هم اذن عقلی قابل اثبات است و هم اذن قانونی و شرعی. اذن قانونی مذکور، در ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی آمده است. تبصره ۱ این ماده مقرر می‌دارد: «در صورت عدم قصور یا تقصیر پزشک در علم و عمل، برای وی ضمان وجود ندارد هر چند برائت اخذ نکرده باشد.» اذن شرعی نیز از روایات این باب به روشنی قابل استنباط است (تابش، ۱۳۹۵: ۱۹۷-۱۹۲).

بعضی گمان کرده‌اند دلیل عدم ضمان پزشک غیر مقصر، اذن و رضایت بیمار است اما به نظر می‌رسد اذن و رضایت بیمار به معالجه به تنهایی نمی‌تواند مسقط ضمان پزشک باشد؛ چراکه در واقع بیمار به درمان و بهبودی اذن داده است نه به تلف یا اتلاف (عوده، بی‌تا، ج ۲: ۸۷ - ۸۵؛ برای مطالعه بیش‌تر ر.ک: جمعی از پژوهش‌گران زیر نظر شاه‌رودی ۱۴۲۳، ج ۸: ۳۱۸).

علاوه بر اذن شرعی و قانونی مذکور، بین عدم جواز امتناع طبیب از معالجه و عدم ضمان او ملازمه عقلی برقرار است و می‌توان صدمات غیر عمدی وارده توسط پزشک را معاف از مسئولیت تلقی کرد. یکی از فقهای برجسته معاصر می‌نویسد:

و اما پزشک ماهر مباشر در معالجه اگر بگوییم که مکلف به معالجه به منظور حفظ نفس محترمه می‌باشد در این مورد قائل شدن به ضمان وی امری نامعقول است و گرنه باب معالجات به کلی مسدود خواهد گشت (غروی اصفهانی، ۱۴۰۹: ۳۸۴).

آنچه را که پزشک به دستور تجربه و دانش متعارف کنونی و با احتیاط انجام می‌دهد، درواقع، اجرای تکلیف حرفه‌ای است و انجام دادن وظیفه با ضمان جمع نمی‌شود و معقول به نظر نمی‌رسد که از یک‌سو، پزشک مکلف به کاری باشد که احتمال ضرر در آن کم و بیش هست و از سوی

دیگر، ضمان چنین اقدامی بر دوش او قرار گیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۳۷۹). هم‌چنین در فرض شک در ضمان یا عدم آن، اصل برائت در ضمان قهری پزشک اقتضای معافیت از مسئولیت دارد و مدعی مسئولیت (بیمار) باید آن را اثبات نماید.

نکته قابل توجه آن است که «اخذ برائت» مصرّح در قول فقها و ماده مذکور، درخصوص مسئولیت قهری بی‌معناست. چراکه با اخذ برائت در خصوص عمل درمانی مورد توافق، قطعاً قراردادی ضمنی میان پزشک و بیمار منعقد شده و فرض مسئولیت قهری منتفی است، ولی باید به این مسأله دقت شود که عمل پزشکی بدون اعلام رضایت بیمار یا ولی او اساساً مشروع نیست و از حیطة اذن شرعی و قانونی مزبور خارج است و در فرض چنین اقدامی، اقتضای مسئولیت پزشک وجود دارد مگر آنکه به دلیل شرایط اضطراری و اورژانس امکان اخذ رضایت از بیمار وجود نداشته و به استناد قواعد دیگری برای رفع مسئولیت بتوان پزشک را از مسئولیت معاف دانست. اما در خصوص مسئولیت قراردادی پزشک در حقوق ایران، باید توجه داشت که تعهد قراردادی پزشک علی‌القاعده تعهد به وسیله است نه نتیجه. مقصود از «تعهد به وسیله»^۲ آن است که پزشک متعهد می‌شود نهایت تلاش و کوشش و همه توان‌مندی‌های خود را به منظور دستیابی به نتیجه مطلوب و بهبودی بیمار به کار ببندد؛ خواه این نتیجه حاصل گردد خواه نگردد. با توجه به این مطلب، در حیطة روابط قراردادی پزشک و بیمار خسارات یا عدم موفقیت‌های غیرعمدی، نقض تعهد محسوب نمی‌شود تا نیازمند شرط برائت باشد. بدیهی است نقض تعهد یا خسارات عمدی نیز تخصّصاً از شمول شرط برائت خارج خواهد بود. پس دلیل ذکر شرط برائت در قانون و فقه چیست؟ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مقرر می‌دارد:

هرگاه پزشک در معالجاتی که انجام می‌دهد موجب تلف یا صدمه بدنی گردد، ضامن دیه است مگر آنکه عمل او مطابق مقررات پزشکی و موازین فنی باشد یا اینکه قبل از معالجه برائت گرفته باشد و مرتکب تقصیری هم نشود و چنانچه أخذ برائت از مریض به دلیل نابالغ یا مجنون بودن او، معتبر نباشد و یا تحصیل برائت از او به دلیل بیهوشی و مانند آن ممکن نگردد، برائت از ولی مریض تحصیل می‌شود.

هرچند مطابق با قواعد عام مسئولیت، پزشک تحت قرارداد که تلاش خود را در معالجه به کار بسته، نمی‌توان عدم حصول نتیجه مطلوب مسئول دانست، اما ماده فوق به پیروی از روایاتی که در این زمینه وارد شده، در خصوص مسئولیت قراردادی پزشک اصل تقصیر پزشک را پذیرفته است.

دلیل این مطلب آن است که امور پزشکی کاملاً تخصصی محسوب می‌شود و اثبات تقصیر پزشک توسط بیمار بسیار مشکل و بعید خواهد بود. به همین دلیل، بار اثبات آن از دوش بیمار برداشته شده و بر عهده پزشک قرار گرفته است. لازم است ذکر شود که این اصل، اختصاص به پزشک نداشته و مطابق با نظر مشهور فقها در مورد کلیه صاحبان حرف جاری است (ر.ک: میرزای قمی، ۱۴۱۳، ج ۳: ۴۷۷؛ محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۱: ۱۰۷).

نکته قابل توجه در این زمینه آن است که فرض تقصیر مذکور را باید حمل بر «تأسیس اماره» کرد نه مسئولیت محض (ر.ک: صفایی، ۱۳۹۱: ۱۵۶-۱۵۴)؛ چراکه قانون مجازات از نظر مشهور فقها که مستخرج از روایات موجود در این حیطه است، تبعیت نموده است: روایات این باب در بدو امر، متعارض به نظر می‌رسند (ر.ک: تابش، ۱۳۹۵: ۱۹۷-۱۹۲). اما در جمع عرفی بین این روایات متعارض، می‌توان روایات دالّ بر لزوم اخذ برائت را ناظر به مسئولیت قراردادی پزشک و جابه‌جایی بار اثبات مسئولیت و روایات مشعر به عدم ضمان مطلق را در مقام بیان مسئولیت قهری پزشک تعبیر کرد. روایاتی که دلالت بر ضمان مطلق پزشک دارند نیز در فرضی وارد شده که صدمات عمدی یا صدمه از روی اشتباه و زیاده‌روی بوده باشد. با پذیرش این جمع عرفی، در فرض عدم بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی، پزشک مسئول نیست اما باید این مطلب را اثبات نماید. اقتضای این مطلب آن است که «اصل مسئولیت پزشک» را بر اساس اماره تقصیر تفسیر کنیم و خلاف اماره را قابل اثبات بشماریم. در رویه قضایی ایران نیز «عدم رعایت نظامات دولتی و موازین فنی» مهم‌ترین رکن مسئولیت پزشک دانسته شده که در واقع همان «اماره قانونی تقصیر» است (ر.ک: تابش، ۱۳۹۵: ۲۴۵-۲۳۶).

مسئولیت پزشک در حقوق کانادا

حقوق کانادا به خاطر عضویت اجباری پزشکان کانادایی در این نهاد، که به عنوان نهادی غیر انتفاعی برای دفاع دو جانبه که «مشاوره» و «جبران خسارت حقوقی» را فراهم می‌کند، سیستم منحصر به فردی در مسئولیت پزشکی دارد. نظام حقوقی کانادا برای برقراری تعادل میان عناصر دخیل در حیطه مسئولیت پزشک، نهادی را به نام «انجمن‌های حفاظتی پزشکی کانادا»^۳ ایجاد نموده که از آن با نام اختصاری CMPA یاد می‌شود. این نهاد فقط یک انجمن یا صنف برای پزشکان نیست، چراکه در صورت وجود شرایط مقرر در اساسنامه، مسئولیت پرداخت غرامت بیماران را

که در نتیجه غفلت‌های پزشکی محقق شده، به دوش دارد، اما در عین حال نمی‌توان آن را به معنای خاص «بیمه مسئولیت» دانست. در مقابل پرداخت حق عضویت توسط پزشکان، بیمار به جای پزشک به طرفیت نهاد مزبور طرح دعوا کرده و برای دریافت غرامت باید ثابت کند که تخلف از استانداردها باعث آسیب شده است (The Canadian Medical Protective Association, 2005:3).

از دیگر ویژگی‌های نظام حقوق پزشکی کانادا این است که رسیدگی به دعاوی ناشی از خطاهای پزشکی کانادا در صلاحیت هیأت منصفه نیست و برای صدور حکم علیه پزشک، هیأت بررسی تشکیل می‌شود که باید «اصل عمل مورد اتهام»، «سوء رفتار بودن عمل مذکور» و «احتمال معقول مبنی بر آسیب‌زا بودن این عمل» را احراز کند. دعاوی مرتبط با خطاهای پزشکی مشمول مرور زمان یک‌ساله است، که از زمان عرفی علم به آسیب آغاز می‌گردد. ارکان ادعای غفلت پزشکی، به‌عنوان یکی از مهم‌ترین مصادیق مسئولیت پزشک عبارتند از: وجود وظیفه مراقبت، عمل نکردن پزشک مطابق با استانداردهای مراقبت، قابل پیش‌بینی بودن آسیب و بی‌واسطه بودن رابطه عمل پزشک با آسیب وارده بر بیمار. هرچند در رسیدگی به دعاوی ناشی از غفلت پزشکی، تفاوت‌های ایالتی در کانادا به چشم می‌خورد، اما اصل مسئولیت قهری پزشک و عدم توجه به مفاد قرارداد پزشک و بیمار در همه این قوانین مشترک است. نتیجه این مطلب، انتفای مسئولیت قهری برای پزشکان تحت پوشش CMPA است.

نقش قاعده احسان و قاعده یاری‌رسان نوع‌دوست در مسئولیت پزشک

۱. قاعده احسان در سقوط مسئولیت پزشک

در کلام فقها و حقوق‌دانان قاعده احسان به‌عنوان یکی از مسقطات ضمان مطرح شده است (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۴۷۴). بدین معنی که هر کس موجب ایراد ضرر مالی یا جانی به دیگری شود، بنابر ادله ضمان (شامل ضمان ید، اتلاف یا تسبیب) مسئول جبران خسارات وارد آورده است، اما اگر احراز شود که شخص مزبور تحت عنوان فقهی «محسن» داخل بوده و عمل او «احسان» تلقی گردد، ضمان مزبور ساقط گشته و شخص مسئول جبران خسارات نخواهد بود. برای آنکه قاعده احسان جاری شود، باید ارکان آن تحقق یافته باشد. مهم‌ترین رکن قاعده، قصد احسان یا حسن نیت است. تا آنجا که اکثریت فقها معتقدند که احسان از عناوین قصدیه است و بدون قصد محقق

نمی‌شود (ر.ک: محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲: ۳۰۶؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۴۷۸). علاوه بر قصد، عمل نیز باید محسنانه باشد. هرچند ظاهر کلام برخی صاحب‌نظران کفایت قصد است. در *القواعد الستة عشر* آمده است:

در اشتراط واقعیت در آنچه به جهت جلب منفعت یا دفع ضرر انجام داده دو نظر وجود دارد: ۱- گمان او به اینکه این فعل، جلب منفعت یا دفع ضرر است کفایت می‌کند. ۲- عمل باید در واقع هم جلب منفعت یا دفع ضرر باشد. قول قوی‌تر قول اول است هر چند قول دوم هم بعید نیست (نجفی، بی‌تا: ۸).

وقتی مثال‌هایی که برای بیان مطلوب خود استفاده کرده‌اند مورد توجه قرار دهیم خواهیم دید که هیچ‌یک به بیان موردی که عمل نوعاً غاصبانه یا عدوانی باشد، اما با قصد احسان محقق شده نپرداخته‌اند. یعنی هرچند ظاهر کلام ایشان صرف قصد را معتبر می‌شمارد، اما در واقع حُسن نوعی عمل انجام گرفته نیز مد نظر است مانند این عبارت:

مراد از احسان در اینجا عمل با قصد کمک به مسلمان است. هر چند در واقع به جلب منفعت و دفع مفسده منتهی نشود مانند شخصی که به قصد اطفای حریق از خانه مسلمانی دیوار را خراب می‌کند. چه اطفاء محقق بشود چه خیر این کمک‌رسانی همان احسان مد نظر قاعده است (مصطفوی، ۱۴۲۱: ۲۸).

پس این نظریه که صرف قصد احسان ولو همراه با عمل غیر محسنانه باشد در نفی مسئولیت کافی است قائلی ندارد. به علاوه اینکه بعضی از فحول به خلاف آن تصریح کرده‌اند. در عناوین آمده است:

ظاهر آن است که مصادفه با واقع در تحقق احسان شرط است و مجرد اعتقاد به اینکه فعل، احسان است کفایت نمی‌کند بلکه فعل باید در واقع دافع ضرر باشد چرا که متبادر از لفظ احسان همین است (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۴۷۷).

بحث بعدی آن است که ملاک تشخیص محسنانه بودن چیست؟ مطابق با نظر مشهور، ملاک عرف است. یعنی اگر عرف شخص را محسن بشمارد، معافیت از ضمان محقق می‌شود. واضح است که برای متعارف بودن عمل، لازم است محسن از مسامحه و تقصیر به دور باشد. یعنی نباید علت ضرر وارده تقصیر و عملکرد اشتباه فرد اقدام کننده باشد؛ زیرا در این صورت احسانی در حق طرف مقابل صورت نگرفته و عرفاً چنین فردی را محسن نمی‌دانند. چنانکه تصریح کرده‌اند:

«اگر ودیعه را ظالمی قهراً از مؤتمن بگیرد، او ضامن نیست ... چرا که تفریطی در حفظ آن نکرده و محسن محض است» (بحرانی آل عصفور، ۱۴۰۵، ج ۲۱: ۴۰۵).

عمل محسنانه، ممکن است برای دفع ضرری از محسن الیه یا جلب منفعت باشد. در خصوص دفع ضرر، اتفاق نظر وجود دارد اما نکته مهم این است که ضرری که به خاطر رفع آن اقدام به عمل خسارت آور شده است، مهم تر از ضرر وارد آمده باشد. یعنی ضرر وارده از ضرری که در صورت عدم اقدام و دخالت به طرف وارد می شد، کم تر باشد؛ چرا که اگر ضرر دفع شده کم تر از ضرر وارد شده باشد، احسان نیست و اسائه است و اگر این دو ضرر مساوی باشند باز هم احسان نیست و لغو است مگر آنکه جهت دیگری غیر از جهت مالی وجود داشته باشد تا عمل را از لغویت خارج کند بلکه چه بسا باید آن را احسان بدانیم اگر ضرر مالی مساوی را دفع کرده باشد (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۲، ج ۴: ۱۷). در ثانی دفع ضرر از خود محسن، نمی تواند معافیتی را محقق کند. به نظر می رسد با توجه به تعریف لغوی و اصطلاحی احسان (تابش، ۱۳۹۵: ۴۷) قدر متیقن در رفع مسئولیت، موضعی است که شخص بخواهد از دیگری دفع ضرر کند. با توجه به اینکه قاعده احسان، مخصص قواعد ضمان است، در صورت شک در تخصیص باید اصل عدم تخصیص را جاری دانست و به قدر متیقن اکتفا کرد.

در خصوص شمول قاعده احسان نسبت به جلب منفعت برای مجنی علیه، بین فقهای عظام اختلاف است. گروهی معتقدند در صدق عنوان احسان فرقی بین دفع ضرر و جلب منفعت نیست (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۲، ج ۴: ۱۵). گروهی دیگر، اعمالی را که برای رساندن منفعت به شخص باشد احسان نمی دانند و در نتیجه زیان ناشی از این اعمال باید جبران شود. مانند نظر کاشف الغطاء که تصریح می نماید:

قول قوی تر آن است که قاعده احسان اختصاص به دفع مضار دارد و جلب نفع را شامل نمی شود، چرا که در غیر این صورت برای وکالت و ولایت غالباً ثمره ای باقی نخواهد ماند و لازم می آید که هر عامل یا صنعت گری که از جانب مالک متبرعاً تصرفی در مال نموده، در صورت ایجاد خسارت و فساد، مسئول نباشد (نجفی، بی تا: ۸).

به عقیده نگارنده هر چند جلب منفعت در صدق احسانی بودن فعل خللی ایجاد نمی کند، اما به دلیل ماهیت خاص عمل پزشکی که باید با رضایت بیمار انجام شود، در حیطه مسئولیت پزشکی

نمی‌توان این عمل را محسنانه دانست مگر آنکه خدمت در شرایط اورژانس محقق شده و از اخذ رضایت بیمار، بی‌نیاز باشد. هر چند تحقق فرض جلب منفعت در شرایط اورژانس بعید به نظر می‌رسد.

نکته دیگر در خصوص تأثیر قاعده احسان در مسئولیت، لزوم تبرع و مجانی بودن عمل محسنانه است. اعاضمی تصریح نموده‌اند که در صورت دریافت جُعَل، شخص دیگر محسن نخواهد بود: «هنگامی که بدون جُعَل باشد، محسن است و در نتیجه قول او در رد پذیرفته می‌شود» (شهید ثانی، ۱۴۱۶: ۴۲). یا در جای دیگر آمده است: «وکیل بدون جعل چون به خاطر مصلحت مالک مال را قبض کرده، محسن محض است و قول او پذیرفته می‌شود مانند ودعی» (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۴: ۳۸۷؛ وجدانی، ۱۴۲۶، ج ۱۰: ۱۴۶).

از مشهور نقل شده که به استناد قاعده احسان، اگر وکالت با جُعَل باشد قول موکل مقدم می‌شود و اگر بدون جُعَل باشد قول وکیل مقدم است. وجه تمایز این دو صورت آن است که وکیل بدون جُعَل به خاطر مصلحت مالک، مال را قبض کرده به خلاف وکیل با جُعَل که به خاطر مصلحت خود این کار را انجام داده است (طباطبایی یزدی، بی‌تا، ج ۱: ۱۵۳).

در نقد این نظر می‌توان گفت علت قبول قول وکیل در رد، محسن بودن او نیست بلکه از آن جهت است که او «امین» است و به استناد قاعده «لیس علی الامین الا الیمین» است که قول او را می‌پذیریم؛ چه با جُعَل باشد و چه بدون جُعَل. علاوه بر این، نقد دیگری نیز به مطلب منقول از مشهور وارد است، چرا که مستفاد از آیه شریفه «مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» (توبه: ۹۱) تنها این مطلب است که غرامتی بر محسن نیست و این غیر از لزوم تصدیق محسن در قول به رد مال است. به علاوه اینکه وکالت با جُعَل هم به خاطر مصلحت موکل است به طوری که بتوان وکیل را محسن دانست. پس این تفصیل به نحو اطلاق پذیرفتنی نیست (خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۳: ۴۸۹). هم‌چنین گفته شده: «ودعی و وکیل بدون جُعَل، با هم متفاوتند؛ ودعی محسن محض است پس ضامن نیست به خلاف دومی» (بحرانی آل عصفور، ۱۴۰۵، ج ۲۲: ۱۰۴).

در مذهب الاحکام نگاه دیگری به همین نکته دیده می‌شود:

مقتضی قاعده علی‌الد آن است که هر کس مال غیر در دست دارد (چه با جُعَل باشد و چه بدون جُعَل) باید با طریق معتبر شرعی ایصال مال را به مالک اثبات کند، مگر مواردی که با دلیل خارج شده است مانند ودعی که به استناد اجماع از این حکم

خارج است اما دلیلی بر خروج وکیل بدون جُعل از این قاعده نداریم (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۱: ۲۳۰).

موضع دیگری که برای عدم ضمان، به احسان استناد شده در خصوص صاحب حمام است. اگر صاحب حمام امانت لباس را قبول کند، مانند ودعی است و چون امین محسوب می‌شود جز با تعدی و تفریط ضامن نیست. بعضی از متأخرین دلیل این امر را محسن بودن شخص ذکر کرده‌اند. به نظر می‌رسد بر فرض قبول قول صاحب حمام، باید احکام ودعی بر او اجرا گردد و بر فرض عدم قبول، اگر لباس را برداشته باشد، محسن محض است. در فرض محسن بودن صاحب حمام، عدم اخذ اجرت بر حفظ لباس، معتبر دانسته شده است (بحرانی آل عصفور، ۱۴۰۵، ج ۲۱: ۶۲۷).

به عقیده نگارنده از مجموع آنچه از فتاوی بزرگان نقل شده روشن می‌شود که ظاهراً محسن بودن با اخذ اجرت بر عمل قابل جمع است. یعنی قصد احسان را نباید با قصد تبرع یکسان دانست. بنابراین محسن می‌تواند به استناد قاعده احترام عمل مسلم، مخارج و اجرت عمل خود را دریافت کند. این قاعده در خصوص پزشک محسن نیز جاری است.

علاوه بر آنچه در مورد قصد و محسنانه بودن عمل گفته شد، یکی از شرایط تحقق احسان آن است که فعل، صرف نظر از فضولی بودن و نداشتن اذن مالک از نظر شرعی یا قانونی مباح باشد. به این معنی که اگر اذن مالک به آن ضمیمه گردد، دیگر منع قانونی و شرعی برای آن تصور نشود.

شیخ محمد حسین اصفهانی لزوم این شرط را این گونه توصیف می‌کند:

عناوینی که ذاتاً قبیح هستند، قبیح طبیعی‌شان با عروض عنوان حسن غیر لزومی، تغییر نمی‌کند. آیا نمی‌بینی که ایصال مال غیر حسن است اما به وسیله آن قبیح کذب برداشته نمی‌شود. به خلاف نجات مؤمن، در شرایطی که ترک دروغ، موجب هلاکت مؤمنی شود، قبیح کذب برداشته می‌شود، چون هلاک مؤمن، ظلم و بذاته قبیح است. واضح است که استیلاء بر مال غیر بدون اذن و رضایت مالک اسائه و ظلم بر اوست نه احسان. پس صرف انگیزه ایصال نفع به مالک، قبیح آن را از بین نمی‌برد. لذا اگر دلیلی بر جواز برداشتن مال، غیر از قاعده احسان وجود نداشته باشد این التقاط (برداشتن مال) جایز نیست (غروی اصفهانی، ۱۴۰۹: ۳۵).

نویسنده اظهار می‌دارد که این نظر بسیار قوی است. بنابراین می‌توان گفت در کلیه موارد، چنانچه عمل مزبور مصداق دخالت و تجاوز باشد، به صرف قصد احسان نمی‌توان آن را از ضمان

معاف دانست، بلکه احسان صرفاً در دخالت‌های ضروری لازم و مؤثر است. به نظر می‌رسد استدلال فوق در خصوص جلب منفعت قابل پذیرش باشد؛ اما در حالت دفع ضرر، پذیرش این امر که موجب احسان امری لزومی و ضروری باشد، قابل دفاع نیست؛ چرا که قاعده وسیع‌تر از این مورد است. در نقد نظر اصفهانی گفته شده قاعده، هر موردی را که عقلاً در آن اقدام به حفظ مال می‌کنند، در برمی‌گیرد. در حالی که در چنین شرایطی وجوب شرعی یا عقلی برای غیر نسبت به حفظ مال وجود ندارد. تنها مستند آن است که «عقلاً چنین اقدامی انجام می‌دهند». شاید بتوان گفت در چنین شرایطی اذن ضمنی مالک کشف می‌شود و به استناد آن است که محسن اجازه تصرف در مال را می‌یابد. حتی اگر این اذن ضمنی را نپذیریم لاقلاً نزد عقلاً چنین تصرفی جایز است و وضع ید بر مال به‌خاطر حفظ را، ید عدوانی ضمانی نمی‌شمارند (جمعی از پژوهش‌گران زیر نظر شاهرودی، ۱۴۲۳، ج ۷: ۳۸)

به نظر می‌رسد نقد مذکور قابل پذیرش نیست و از موضع استدلال خارج است زیرا اقدام عقلاً به عمل، در صدق عرفی احسان مؤثر است. اما مانعی وجود ندارد که علاوه بر صدق عرفی، شرط جواز شرعی یا قانونی فعل را در اجرای قاعده، معتبر بشماریم. اصل جواز فعل از نظر شرع و قانون، می‌تواند به‌عنوان شرطی مستقل در تحقق معافیت ناشی از احسان لحاظ گردد. یعنی فعلی که فی حدّ ذاته از نظر شرع و قانون غیرمجاز و از منظر عقل قبیح باشد نمی‌تواند به صرف وجود قصد احسان و پذیرش عرف، محسنانه تلقی گردد. برای روشن شدن مطلب می‌توان از این مثال استفاده کرد که اگر پزشکی با حسن نیت و صرفاً به قصد احسان، دست به اتانازی (قتل از روی ترحم) بزند، حتی اگر عرف عمل وی را محسنانه تلقی کرده باشد، از مسئولیت عمل خود معاف نیست، چراکه این عمل از نظر شرعی و قانونی جایز نبوده است. اما این مطلب که وجود این شرط را مرادف با «ضروری و لزومی بودن اقدامات» بدانیم جای ایراد خواهد داشت.

از مجموع آنچه بیان شد روشن می‌شود که در خصوص مسئولیت پزشکی در حقوق ایران و تأثیر قاعده احسان بر آن، مطابق با شرایط معتبر در قاعده احسان در فرض احراز قصد و صدق عرفی احسان به همراه اصل جواز عمل، مانعی در معافیت پزشکی از جبران خسارت ناشی از مسئولیت‌های قراردادی وجود ندارد و معوّض بودن قرارداد پزشکی تأثیری در محسن دانستن او نخواهد داشت. هرچند «تعهد پزشکی» به انجام اعمال درمانی، احراز قصد احسان را در این افعال دچار اشکال می‌کند. واضح است در فرض تحقق اماره قانونی تقصیر پزشکی، اعمال قراردادی او

از محسنانه بودن خارج است و از قاعده احسان خروج تخصّصی خواهد داشت. اما اگر پزشک بتواند بر خلاف اماره قانونی تقصیر، عدم تقصیر خود را اثبات کند می‌تواند از معافیت قاعده احسان بهره‌مند شود. ممکن است گفته شود در این شرایط معافیت از مسئولیت به تصریح قانون، محقق است و نیازی به قاعده احسان وجود ندارد و در مجموع به نظر نمی‌رسد قاعده احسان بتواند نقشی بیش از آنچه در قانون تصریح شده، در مسئولیت قراردادی پزشک ایفا نماید. به اعتقاد نگارنده شاید تغییر نظر قانون‌گذار مطابق با آنچه از روایات استفاده شده است، ریشه در محسن دانستن پزشک داشته باشد.

در مسئولیت خارج از قرارداد پزشک، برای برخورداری از مصونیت موجود در قاعده احسان باید فعل، نوعاً محسنانه، شرعاً و قانوناً جایز و همراه با حسن نیت باشد. در مسئولیت قهری پزشک مطالبه اجرت بعد از عمل، منافاتی با محسن بودن پزشک نخواهد داشت، اما چنان‌که گفته شد در فرض اقدام غیرقراردادی پزشک در جهت جلب منفعت برای بیمار، صدق محسن بر وی دشوار به نظر می‌رسد؛ از آن جهت که در انجام عمل مأذون نبوده و به همین خاطر یکی از شرایط اصلی «مشروع بودن» عمل از نظر شرع و قانون مفقود می‌باشد.

واضح است در مسئولیت قهری نیز تحقق اماره قانونی تقصیر، فعل پزشک را از محسنانه به عدوان تغییر می‌دهد و او را از شمول قاعده احسان خارج می‌سازد.

نکته جالب توجه در بررسی رویه قضایی ایران، آن است که استناد به قاعده احسان به عنوان رافع ضمان علاوه بر شرایط مصرّح در فقه، با دو شرط همراه است: «عدم وجود وظیفه و تکلیف نسبت به عمل انجام شده» و «عام المنفعه بودن عمل». به نظر می‌رسد با توجه به اینکه قضات در خصوص قواعد مستخرج از فقه، صلاحیت افزودن شرط یا قید را ندارند، این دو شرط، قید استقلالی تلقی نمی‌شوند و صرفاً به عنوان اماراتی برای احراز قصد احسان مورد توجه قرار گرفته‌اند.

۲. قاعده یاری‌رسان نوع‌دوست در مسئولیت پزشک

قاعده «یاری‌رسان نوع‌دوست» از قواعد مصونیت‌زا در نظام حقوقی کامن-لا می‌باشد. با اعمال قواعد یاری‌رسان نوع‌دوست اگر یک یاری‌رسان نوع‌دوست در خلال خدمات پزشکی اورژانسی، مرتکب خطایی شود، از نظر قانونی در دادگاه مسئول شناخته نمی‌شود، در صورتی که این دو شرط

وجود داشته باشد:

- ۱- کمک می‌بایست در صحنه اورژانس واقع شده باشد.
 - ۲- اگر داوطلب کمک، انگیزه‌های دیگر داشته باشد، مثلاً امید به دریافت هزینه یا جایزه، در این صورت قانون اعمال نمی‌شود.
- اولین و مهم‌ترین اثر اجرای قاعده، «عدم مسئولیت مدنی» است. این اثر چنان پررنگ و قابل توجه است که حتی در تعاریف مختلف قاعده از آن یاد می‌شود:

قانونی که شخصی را که داوطلبانه، در شرایط خطرناک، به کمک دیگری می‌شتابد، اما در حین یاری‌رسانی، از روی مسامحه موجب صدمه رساندن می‌شود، از مسئولیت معاف می‌کند (Black, 1990).

در تمام قوانین یاری‌رسانی نیز این اثر تصریح شده است و معمولاً با عبارت «معافیت از مسئولیت»^۴ یا «مسئول نبودن در قبال خسارات مدنی»^۵ و یا «مصونیت از مسئولیت مدنی»^۶ به چشم می‌خورد.

در بهره‌مندی پزشکان از مصونیت قاعده یاری‌رسان نوع‌دوست، میان قوانین متفاوت اختلاف نظر وجود دارد. قوانین برخی از ایالت‌های کانادا مکان‌ها و شرایطی را که یاری‌رسانی پزشکی توسط طبیبان صورت می‌گیرد، محدود یا مستثنی کرده‌اند. در اکثر ایالاتی که این قاعده را در قوانین خود جای داده‌اند،^۷ مصونیت این قاعده علاوه بر قشر آموزش‌دیده حیطه درمان، شامل حال هر داوطلبی که کمک‌های اولیه ارائه کرده باشد، می‌شود. در بعضی از قوانین، تفاوتی بین متخصص درمان و غیر آن قائل نشده‌اند،^۸ اما در بعضی دیگر، شرایط ایجاد مصونیت برای این قشر در بند خاص و با شروط ویژه بیان شده است.

مقصود از پرسنل درمانی نیز در ایالات مختلف متفاوت است. گاه عبارت «پزشک، اعضای ثبت‌نام شده رشته بهداشت و پرستاران ثبت‌نام شده» تصریح می‌شود^۹ و حتی در بند اول قانون به تعریف این عبارات می‌پردازد که: مقصود از «پزشک» کسی است که به طور قانونی در این ایالت حق طبابت دارد. در مورد پرستار نیز آمده است: «پرستار ثبت‌نام شده کسی است که دارای مجوز انجام حرفه پرستاری و عضو ثبت‌نام شده انجمن پرستاری ایالت مطابق با قانون آن، و شاغل در حرفه پرستاری باشد».^{۱۰} گاه نیز با عبارت عام «متخصصین مراقبت‌های بهداشتی»^{۱۱} همه شاغلین در این حرفه اعم از آنکه مجوز درمان ایشان مربوط به همان ایالت باشد یا جای دیگر را تحت پوشش

خود می گیرد.

نکته قابل توجه در این زمینه این است که در بعضی از قوانین، تصریح شده است که حرفه‌ای‌ها فقط در صورتی معافیت از مسئولیت خواهند داشت که صراحتاً برای همین منظور (مراقبت‌های اورژانس) استخدام نشده باشند.^{۱۲} در صورت استخدام برای خدمات اورژانس، تعیین مسئولیت ایشان به جای استفاده از قانون یاری‌رسان نوع دوست، طبق قانون اورژانس همان ایالات خواهد بود. کاملاً در نقطه مقابل این قانون، تحلیل‌هایی است که این حمایت را ابتداءً برای متخصصین نجات در نظر گرفته‌اند و سپس آن را به سایر افراد تعمیم داده‌اند.

در بعضی از قوانین و ایالت‌ها در خصوص پرسنل آموزش‌دیده و متخصص، تحقق شرایط اضطراری را مشروط به مکان خاص دانسته‌اند. به این صورت که پوشش حمایتی قوانین یاری‌رسان نوع دوست صرفاً در شرایطی خواهد بود که خدمات اورژانس در بیمارستان یا محلی که لوازم و تجهیزات لازم را داراست ارائه نشده باشد.^{۱۳} تنها در ایالت نوا اسکوشیا که قانون مصونیت را عیناً برای پزشک و غیر آن یکسان در نظر گرفته است، ارائه کمک یا خدمات داوطلبانه اورژانسی را «در هر مکان» تحت حمایت قانون حمایت از خدمات داوطلبانه یا همان یاری‌رسان نوع دوست می‌داند.^{۱۴}

ظاهر عبارت قانون‌گذار آن است که در این فرض، پزشک خارج از قرارداد فرض می‌شود و قواعد مسئولیت او می‌تواند تابع قاعده یاری‌رسان نوع دوست تفسیر شود. بنابراین باز هم مسئولیت قراردادی در چنین فرضی محل بحث نخواهد بود.

مقایسه جایگاه قاعده احسان و قاعده یاری‌رسان نوع دوست در مسئولیت پزشک

با توجه به مطالعات صورت گرفته دو قاعده از چند جهت با یکدیگر مشابهت دارند:

الف) همان‌طور که در فرض تحقق اماره قانونی مبنی بر تقصیر پزشک (به دلیل عدم رعایت نظامات دولتی و موازین فنی) نمی‌توان از قاعده احسان برای برائت پزشک از مسئولیت قراردادی یا قهری استفاده کرد، در قاعده یاری‌رسان نوع دوست نیز اگر اقدامات پزشک خارج از «متعارف» باشد، بهره‌مندی از معافیت را به دنبال نخواهد داشت.

ب) در هر دو قاعده اقداماتی از معافیت برخوردار است که با انگیزه خیرخواهانه و حسن نیت

محقق شده باشد.

ج) در فرضی که پزشک خارج از قرارداد نه به خاطر دفع ضرر که به خاطر جلب منفعتی برای بیمار دست به اقدام پزشکی زده باشد، مطابق با هر دو قاعده در فرض ایجاد ضرر مسئول شناخته می شود.

د) با توجه به مفاد هر دو قاعده اقدام شخص غیرمتخصص به درمان اگر «ضروری» و «متعارف» باشد می تواند معاف از مسئولیت تلقی گردد.

ه) در موقعیت های اورژانس فرقی میان پزشکان و سایر متخصصین بهداشت و افراد عادی در بهره مندی مصونیت وجود ندارد.

وجوه افتراق دو قاعده

مطابق با یافته های این پژوهش، پزشکان کانادایی جز در موارد مسئولیت قهری در شرایط اورژانس پزشکی نمی توانند از مصونیت قاعده یاری رسان بهره مند شوند. به خلاف قاعده احسان که در معافیت پزشک تحت قرارداد از مسئولیت مدنی احتمالی نیز مؤثر است.

به علاوه در فرض وجود شرایط معتبر در قاعده، صدمات وارده توسط پزشک تحت قرارداد که به دلیلی قرارداد او باطل و بلاثر بوده، معاف از مسئولیت تلقی می شود. اما قاعده یاری رسان نوع دوست چنین پزشکانی را حمایت نمی کند. وجه اثباتی قاعده احسان در ایجاد حق برای مطالبه اجرت توسط محسن یکی از برتری های این قاعده بر قاعده یاری رسان نوع دوست به شمار می رود. به این صورت که برای آنکه قاعده یاری رسان نوع دوست کارآیی داشته باشد لازم است که خدمت ارائه شده مجانی باشد در حالی که در اجرای قاعده احسان چنین شرطی معتبر نیست و پزشک می تواند بعد از انجام عمل مطالبه اجرت نماید.

علی رغم این مطلب، مطابق با آنچه از مطالعه رویه قضایی دو کشور مذکور به دست آمد، قاعده احسان نقش پررنگی در معافیت های پزشکی ندارد. در مقابل، قاعده یاری رسان همواره در مسئولیت اشخاص بالاخص - غیرپزشک - در موقعیت های اورژانس پزشکی مورد استناد قرار گرفته است.

نتیجه‌گیری: بازخوانی نقش قاعده احسان در مسئولیت پزشک

از مجموع وجوه شباهت و تفاوت قاعده، می‌توان به بازخوانی هر یک از این دو قاعده به کمک دیگری دست زد و برای بهبود عملکرد آن، از این مقایسه بهره برد. با توجه به اینکه دغدغه اصلی پژوهش‌گر، گام برداشتن در جهت استفاده صحیح از قاعده احسان در حقوق ایران است، در این قسمت به بازخوانی قاعده احسان پرداخته و از قاعده یاری‌رسان نوع‌دوست می‌گذریم.

چنانکه گفته شد قاعده یاری‌رسان نوع‌دوست دارای شمول و گستره محدودتری است، اما با توجه به اینکه در کانادا پزشکان موظف به استفاده از سیستم حمایتی شبه بیمه‌ای هستند، عدم شمول این قاعده نسبت به مسئولیت پزشکان در مواقع غیراضطراری، مشکلات چندانی ایجاد نمی‌کند در حالی که در ایران، پزشک صرفاً با قرارداد خصوصی می‌تواند از حمایت بیمه مسئولیت شغلی بهره‌مند گردد، بنابراین در فرض عدم شمول قاعده احسان، دچار مشکلات عدیده خواهد بود. ممکن است گفته شود که قانون‌گذار در قانون مجازات اسلامی فرض مصونیت پزشک در شرایط اورژانس را پیش‌بینی کرده و با تحقق این شرایط، اقدامات اورژانس و ضروری پزشک بدون نیاز به قاعده، دارای معافیت از مسئولیت است، بنابراین نیازی به قاعده احسان وجود ندارد. در پاسخ باید گفت کارکرد قاعده احسان اعم از فرض ضرورت و اورژانس است و دفع ضررهای غیر اورژانسی محسنانه را در برمی‌گیرد، البته باید شرایط اجرای قاعده، مانند اهم بودن عمل محسنانه نسبت به ضرری که وارد شده، لحاظ شود. البته در فرض اقدامات خیرخواهانه در جهت جلب منفعت برای بیمار در قرارداد درمان، نمی‌توان از قاعده احسان بهره برد.

نکته دیگر در خصوص مطالبه هزینه‌هایی است که پزشک محسن متحمل شده است. مطابق با قاعده یاری‌رسان نوع‌دوست پزشک نیکوکار، حتی بر فرض شمول قاعده بر او، نمی‌تواند هزینه‌های متحمل شده یا اجرت عمل خود را مطالبه نماید به‌خلاف آنچه در قاعده احسان بیان شد که مطالبه هزینه‌ها و حتی اجرة‌المثل، از محسنانه بودن عمل نمی‌کاهد. معافیت از مسئولیت، ملازمه‌ای با تبرعی بودن ندارد. این مطلب با هدف این قبیل قواعد سازگارتر است؛ چراکه فلسفه وجود چنین مصونیت‌هایی، تحریض مردم نسبت به یاری‌رسانی به بیگانه نیازمند کمک است و عدم دریافت هزینه‌ها می‌تواند این انگیزه را تحت تأثیر قرار داده و شخص را به سمت رد شدن از کنار اتفاق هدایت نماید.

چنانکه دیدیم در قاعده یاری‌رسانی بعضی ایالات، شرط عدم دسترسی به نیروهای

آموزش دیده در مواقع اورژانس به عنوان شرط بهره‌مندی از مصونیت به چشم می‌خورد. چنین شرطی در قاعده احسان تصریح نشده است؛ یعنی حتی اگر شخص دیگری امکان ارائه خدمت بهتر را داشته باشد، اما محسن وارد عمل شده و خسارتی وارد آورد، در معافیت وی نسبت به آسیب‌های احتمالی خللی وارد نمی‌شود. شاید بتوان گفت وجود این شرط در «صدق عرفی احسان» مورد اشاره قرار گرفته اما به عقیده نگارنده، مناسب‌تر آن است که این مطلب در قالب یکی از بندهای لازم در تحقق احسان بالاخص در حیطه مسئولیت پزشکی تصریح گردد، مشابه آنچه در اماره تقصیر و عدم رعایت نظامات دولتی و موازین فنی، صورت گرفته است.

به طور کلی، به نظر می‌رسد برای بهره‌مندی از قاعده احسان در حوزه مسئولیت پزشکان، نیازمند تدوین قوانین یا آیین‌نامه‌هایی در این خصوص هستیم که شروط و امارات قانونی لازم را برای محسن قلمداد نمودن پزشک، تصریح و تدوین نموده و از این رهگذر اقدامات داوطلبانه و خیرخواهانه پزشکان را گسترش داده و فضایی امن میان پزشک و بیمار ایجاد نماید.

پی‌نوشت‌ها

۱. «ما هو مأذون شرعاً لیس فيه ضمان» این نظر مخالفینی نیز دارد (ر.ک: گیلانی نجفی، بی‌تا: ۳۸).
2. Obligation de moyen
3. The Canadian Medical Protective Association
4. Exempt from liability
5. Not liable for civil damage
6. Civil immunity
7. *Emergency Medical Aid Act (Newfoundland and Labrador)*, (1997), c23, s13 Chapter E; *Emergency Medical Aid Act (Alberta)*, (2000) Chapter E-7; *Good Samaritan Act (Ontario)*, (2001), Chapter 2, Consolidation Period: From April 27, (2001); *Good Samaritan Act (British Columbia)*, (1996), Chapter 172 ; *The Good Samaritan Protection Act (Manitoba)* (2006).
8. *Good Samaritan Act (British Columbia)*, (1996), Chapter 172; *Volunteer Services Act ("Good Samaritan") (Nova Scotia)*, (1989), Chapter 497, Of Therevised Statutes.
9. *Emergency Medical Aid Act (Alberta)*, (2000), Chapter E-7.
10. *Emergency Medical Aid Act*, (1997), c23, s13 Chapter E.
11. *Good Samaritan Act (Ontario)*, (2001), Chapter 2.
12. *Good Samaritan Act (British Columbia)*, (1996), Chapter 172; *The*

- Good Samaritan Protection Act (Manitoba)* (2006).
13. *Emergency Medical Aid Act (Alberta)*, (2000), Chapter E-7; *Emergency Medical Aid Act (Newfoundland and Labrador)*, (1997), c23, s13 Chapter E; *Good Samaritan Act (Ontario)*, (2001), Chapter 2, Consolidation Period; *Good Samaritan Act (British Columbia)*, (1996), Chapter 172; *The Good Samaritan Protection Act (Manitoba)*, (2006).
14. *Volunteer Services Act ("Good Samaritan") (Nova Scotia)*, (1989), Chapter 497, Of Therevised Statutes.

منابع

- قرآن کریم.
- بحرانی آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم. (۱۴۰۵ق). *الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول.
- تابش، زهرا. (۱۳۹۵) «قاعده احسان در سقوط مسئولیت پزشکی در حقوق ایران و قاعده یاری رسان نوع دوست در حقوق کانادا»، رساله دکتری رشته فقه و حقوق خصوصی، دانشگاه شهید مطهری.
- جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، سید محمود هاشمی. (۱۴۲۳ق). *موسوعة الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت علیهم السلام*، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، چاپ اول.
- حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح بن علی. (۱۴۱۷ق). *العناوین الفقهیة*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول.
- خوانساری، سیداحمد بن یوسف. (۱۴۰۵ق). *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم.
- سبزواری، سید عبدالاعلی. (۱۴۱۳ق). *مهذب الأحكام*، قم: مؤسسه المنار، چاپ چهارم.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی جبعی عاملی. (۱۴۱۰ق). *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، المحشی: کلاتر، قم: کتابفروشی داوری، چاپ اول.
- _____. (۱۴۱۶ق). *تمهید القواعد الأصولیة و العربیة*، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول.
- صفایی، سید حسین. (تابستان ۱۳۹۱) «مبنای مسئولیت مدنی پزشک با نگاهی به لایحه جدید قانون

- مجازات اسلامی»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۵۸، صص ۱۵۶-۱۴۱.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (بی تا) تکملة العروة الوثقی، قم: کتابفروشی داوری، چاپ اول.
 - عوده، عبدالقادر. (بی تا) التشریع الجنایی الاسلامی مقارنا بالقانون الوضعی، بیروت: دارالکاتب العربی.
 - غروی اصفهانی، محمد حسین. (۱۴۰۹ق.). الإجارة، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم.
 - کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۲) دوره مقدماتی حقوق مدنی: وقایع حقوقی، تهران: انتشار، چاپ ششم.
 - گیلانی نجفی، میرزا حبیب الله رشتی. (بی تا) کتاب الغصب، نسخه خطی، کتابخانه دیجیتال مجلس شورای اسلامی.
 - محقق داماد، سید مصطفی (۱۴۰۶ق.). قواعد فقه، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوازدهم.
 - مصطفوی، سید محمد کاظم. (۱۴۲۱ق.). مائة قاعدة فقهية، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ چهارم.
 - موسوی خمینی، روح الله. (۱۳۷۹) تحریر الوسیلة، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم، چاپ اول.
 - موسوی بجنوردی، سید حسن. (۱۳۸۲) القواعد الفقهية، تحقیق: مهدی مهریزی، محمدحسین درایتی، قم: دلیل ما، چاپ چهارم.
 - میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن گیلانی. (۱۴۱۳ق.). جامع الشتات فی أجوبة السؤالات، تهران: مؤسسه کیهان، چاپ اول.
 - نجفی، جعفر بن خضر مالکی. (بی تا) القواعد الستة عشر، نجف اشرف: مؤسسه کاشف الغطاء.
 - وجدانی، قدرت الله. (۱۴۲۶ق.). الجواهر الفخرية فی شرح الروضة البهية، قم: انتشارات سماء قلم، چاپ دوم.
 - Black, Hennry Sampbell, (1990) *Blacks Law Dictionary*, West Publishing Co., 6th edition.
 - *Emergency Medical Aid Act* (1980).
 - *Emergency Medical Aid Act (Alberta)*, (2000) Current as of December 16, (2009).
 - *Emergency Medical Aid Act (Newfoundland and Labrador)* (1997).
 - *Good Samaritan Act (British Columbia)* (1996).
 - *Good Samaritan Act (Ontario)* (2001).

- *Good Samaritans Law & Legal Definition*, (2001-2016) at: <http://definitions.uslegal.com/g/good-samaritans>.
- The Canadian Medical Protective Association (August 2005), *Medical liability practices in Canada Towards the right balance*.
- *The Good Samaritan Protection Act (Manitoba)*. (2006)
- *Volunteer Services Act* ("Good Samaritan"), (Nova Scotia) (1989).

گواهی عدم امکان سازش بر مبنای تراضی زوجین و اجرای آن در انطباق با فقه و حقوق موضوعه

لیلا سادات اسدی^۱

چکیده: از مجاری صدور گواهی عدم امکان سازش، طلاق به توافق زوجین است که به لحاظ تراضی، دادگاه از ورود به ماهیت اختلاف معاف می‌باشد. قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ ضمن تعیین مدت اعتبار برای گواهی عدم امکان سازش صادره بر مبنای توافق زوجین، آن را صرفاً به درخواست زوج قابل اجرا دانسته و در مقابل، اجرای یک طرفه گواهی از سوی زوجه را میسر نمی‌داند. چنین ترجیحی، تضییع حقوق مالی زوجه را در پی دارد و نتیجه آن، بی‌اثر شدن حاکمیت اراده زوجه در طلاق توافقی است. هم‌چنین ماهیت طلاق توافقی و نوع صیغه طلاق، از موارد ابهام است که این مقاله، در پی پاسخ به آن است.

کلیدواژه‌ها: گواهی عدم امکان سازش، حقوق مالی زوجه، خلع، مبارات، بائن.

درآمد

اصطلاح «گواهی عدم امکان سازش» نخستین بار به موجب ماده ۶ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۴۶^۱ وارد ادبیات حقوقی ایران شد که متعاقباً در ماده ۸ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳^۲ تکرار شد. از آنجا که در این قانون، حق تقاضای طلاق برای زن و مرد به طور مساوی پذیرفته شده بود، قانون‌گذار برای تمامی موارد درخواست طلاق، از اصطلاح گواهی عدم امکان سازش استفاده نمود.

۱. دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی و معاون دادرسی عمومی و انقلاب تهران.

ویژگی اصلی قانون حمایت خانواده (۱۳۵۳) در موضوع طلاق، فارغ شدن از مقررات شرعی و تغییر ماهیت طلاق از حق به حکم^۳ بود. به همین جهت، حتی در «رجوع» که حقی برای مرد محسوب می‌شود و صرفاً در طلاق رجعی موضوعیت می‌یابد^۴، امکان رجوع را به توافق کتبی طرفین منوط نمود.^۵

با تصویب قانون تشکیل دادگاه مدنی خاص در سال ۱۳۵۸، تبصره ۲ ماده ۳ این قانون^۶، با بازگشت به مقررات قانون مدنی و احکام شرع در خصوص حق طلاق، به حاکمیت ماده ۸ قانون حمایت خانواده (۱۳۵۳) و گواهی عدم امکان سازش موضوع این قانون پایان داد و متعاقباً ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱، بار دیگر، عنوان گواهی عدم امکان سازش را احیا نمود.

به کار بردن اصطلاح گواهی عدم امکان سازش بدون تفکیک طلاق‌ها از جهت درخواست‌کننده آن و نیز بدون توجه به ماهیت طلاق به درخواست زوجین (طلاق توافقی)، تشتت آرا و مشکلاتی در نظام قضایی ایران ایجاد کرد و قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ به منظور رفع این مشکلات، در ماده ۲۶^۷ تصمیمات دادگاه در موضوع طلاق را به دو نوع حکم و گواهی عدم امکان سازش تفکیک کرد و طلاق از ناحیه زوج را مستلزم صدور حکم دانست، اما در طلاق به درخواست زوج یا زوجین، صدور گواهی عدم امکان سازش را تجویز نمود.

مباحث مربوط به تبیین آثار ناشی از تفکیک حکم از قرار، بر گواهی‌های صادره از سوی دادگاه و از جمله بر گواهی عدم امکان سازش قابل انطباق نیست، لذا در تشخیص ماهیت گواهی عدم امکان سازش با مشکل مواجه می‌شویم. تشریفات بودن ایقاعی تحت عنوان طلاق که از آن جمله، ضرورت تحقق آن با صیغه شرعی و شرایط حضور عدلین است، اجرای این گواهی را با ابهامات دیگری مواجه می‌سازد؛ این ابهامات ناشی از ملازمه اجرای صیغه طلاق با پرداخت حقوق مالی زوج است که در ماده ۲۹ قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱)^۸ مورد تصریح قرار گرفته است. با این وصف، مسأله پیش روی این نوشتار، نحوه اجرای گواهی عدم امکان سازش و مشکلات ناشی از آن در راستای حفظ حقوق مالی زوج است. لذا لازم است با تبیین ماهیت گواهی عدم امکان سازش، مقررات مربوط به اجرای آن را بررسی کرده و ایرادهای وارد بر آن، ناشی از عدم انطباق با موازین شرعی و قوانین مرتبط را طرح نموده و پاسخ دهیم.

۱. مفهوم و ماهیت گواهی عدم امکان سازش

مطابق ماده ۲۶ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ تصمیمات دادگاه خانواده بر طلاق در دو قالب حکم و گواهی عدم امکان سازش صادر می‌شود؛ این در حالی است که آرای صادره از دادگاه‌ها در دو عنوان حکم و قرار تقسیم‌بندی شده است که مطابق ماده ۲۹۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹^۹ رأی دادگاه چنانچه راجع به ماهیت دعوا و قاطع آن باشد، حکم است و در صورت فقدان هر یک از این دو ویژگی و یا هر دو وصف مذکور، عنوان قرار به خود می‌گیرد. با این حال، باید قائل به آن بود که قانون‌گذار گواهی را از جمله مصادیق رأی اعلام نکرده است؛ این در حالی است که امروزه گواهی نیز به عنوان یکی از تصمیمات نهایی مراجع قضایی شناخته شده است و از آن جمله می‌توان به گواهی (تصدیق) انحصار وراثت اشاره کرد که در قانون تصدیق انحصار وراثت مصوب ۱۳۰۹ در ردیف آرای مراجع قضایی آورده است.

با توجه به تعریف و ارکان هر یک از حکم و قرار، این پرسش مطرح می‌شود که ماهیت گواهی عدم امکان سازش چیست. آیا حکم است یا قرار و یا نوع سومی از تصمیمات قضایی است که در هیچ یک از دو عنوان مذکور جای نمی‌گیرد؟ شارحین حقوق در خصوص ماهیت گواهی عدم امکان سازش سخنی به میان نیاورده‌اند؛ برخی تنها اقسام احکام و قرارها را احصا نموده‌اند (بهرامی، ۱۳۸۷ ج ۲: ۱۵۷) و گروهی نیز صرفاً به تعریف و تفکیک این دو قسم تصمیم قضایی پرداخته‌اند. در کتب ترمینولوژی نیز، گواهی به معنای عرفی آن یعنی تصدیق یا شهادت دادن به کار رفته است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۵۸۴-۵۸۳). در معنای کلی، گواهی تصدیقی است که به صاحب حق داده می‌شود و بر این مبنا می‌توان گفت گواهی عدم امکان سازش تصدیقی است که دادگاه به صاحب حق طلاق می‌دهد و بدین گونه حق احراز شده وی در دادگاه را گواهی می‌نماید تا بتواند از آثار آن مانند اجرای صیغه طلاق و ثبت رسمی آن بهره‌مند شود.

در جایگاه صدور گواهی عدم امکان سازش و ماهیت این گواهی، توجه به دو فرض به شرح زیر لازم است:

فرض اول جایی است که دادگاه با ورود به ماهیت، احراز حق طلاق نموده و با صدور حکم به این مبنا، به منظور استفاده خواهان از این حق، گواهی عدم امکان سازش را صادر و تسلیم صاحب حق می‌نماید. این فرض که گواهی عدم امکان سازش را در طول حکم طلاق قرار می‌دهد، کم‌تر

به کار گرفته شده است، اما اداره حقوقی قوه قضاییه به موجب برخی نظرات، در راستای توجیه قانون تعیین مدت اعتبار گواهی عدم امکان سازش مصوب ۱۳۷۶ به آن اشاره کرده است.^{۱۰} در فرض دوم، گواهی عدم امکان سازش در مقابل حکم طلاق و به موازات آن قرار می گیرد؛ به این معنا که دادگاه در مواجهه با درخواست طلاق، حسب درخواست کننده طلاق (زوج یا زوجه و یا هر دو) تصمیم خود را در قالب حکم یا گواهی انشا می نماید.

معنای مندرج در فرض دوم که طبق آن گواهی عدم امکان سازش دارای ماهیتی مستقل از حکم است، در قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱) و رویه قضایی پذیرش شده است. البته در نظام حقوقی ایران، گواهی دارای هر دو مصداق است؛ از جمله گواهی انحصار وراثت، تصمیمی است که دادگاه پس از رسیدگی به دلایل و مدارک خواهان بر وجود رابطه توارث و حصول اطمینان ظاهری از اینکه افراد دیگری وارث نمی باشند، صادر می نماید. لذا گواهی انحصار وراثت به عنوان تصمیم نهایی دادگاه است که وضعیت موجود یعنی وراثت حین فوت را مشخص می نماید و در معنای دوم موضوع بحث است. همچنین گواهی رشد در معنای نخست صادر می شود؛ یعنی دادگاه در پایان رسیدگی به توانایی مدعی رشد در تشخیص سود و زیان خود در امور مالی و ورود به ماهیت حق وی، حکم رشد صادر می نماید و سپس در راستای استفاده خواهان از آثار این حکم، گواهی رشد به او ارائه می دهد و محکوم له می تواند تا زمان شمول اماره رشد بر خود (رسیدن به سن هجده سالگی) از این گواهی استفاده نماید.

همچنانکه بیان شد، در جایگاه گواهی عدم امکان سازش با توجه به دو معنای مذکور، باید به مفهوم مستقلی قائل شد و در فهم علت این انتخاب، تبیین مجاری صدور گواهی عدم امکان سازش مفید است. به موجب ماده ۲۶ قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱) در صورتی که طلاق، توافقی یا به درخواست زوج باشد، دادگاه به صدور گواهی عدم امکان سازش اقدام می نماید. رویه قضایی محاکم خانواده پیش از تصویب این قانون نیز بر همین قرار گرفته بود (معاونت آموزش قوه قضاییه، ۱۳۸۸: ۶۰). در طلاق به درخواست زوجه موضوع مواد ۱۰۲۹، ۱۱۲۹ و ۱۱۳۰ قانون مدنی، زوجه صرفاً حق درخواست الزام زوج به طلاق را دارد. قاضی یا حاکم نیز پس از احراز ادعای زوجه و احراز جهات طلاق (غیبت زوج، عدم پرداخت نفقه توسط زوج و یا عسر و حرج زوجه از ادامه زندگی مشترک) «حکم» طلاق را صادر و در صورت استنکاف زوج از اجرای صیغه طلاق، به ولایت از وی طلاق را واقع می سازد. همچنین در طلاق بر اساس شروط ضمن عقد نکاح، زوجه

از دادگاه می‌خواهد تحقق وکالت خود به طلاق از ناحیه زوج را احراز نماید تا بتواند با ارائه حکم دادگاه، وکالت خود در طلاق را اجرا نماید. بنابراین مجرای صدور گواهی عدم امکان سازش، دادخواست زوج بر طلاق و امر طلاق توافقی است. در خصوص طلاق به درخواست زوج باید به نظر فقهای اسلامی تمسک نمود. به استناد برخی ادله از آیات^{۱۱} و روایات،^{۱۲} اختیار طلاق در انحصار مرد است. پس طلاق از ناحیه زوج، فی نفسه دعوا نیست، بلکه زوج می‌تواند رأساً و حتی بدون اطلاع زوجه، صیغه طلاق را جاری سازد و صرفاً از جهت رعایت تشریفات مقرر قانونی برای ثبت واقعه طلاق و عدم تحمل مجازات موضوع ماده ۴۹ قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱)^{۱۳} درخواست خود را به دادگاه تقدیم نماید. بر این اساس، تصمیمی که دادگاه در این خصوص اتخاذ می‌کند، گواهی عدم امکان سازش است نه حکم. این فرض در مرحله اجرای گواهی نیز با ابهامی مواجه نیست؛ زیرا خواهان طلاق، زوج است و خود او نیز می‌تواند اجرای آن را مطالبه کند و یا از اجرای آن انصراف نماید. مجرای دوم برای صدور گواهی عدم امکان سازش، طلاق به تراضی زوجین است که جای بحث بیش‌تری دارد.

۲. ماهیت طلاق به تراضی زوجین

در فقه امامیه و قانون مدنی عنوان طلاق توافقی پیش‌بینی نشده است، اما عناوین خلع و مبارات در فقه قابلیت انطباق با این اصطلاح را دارد. هم‌چنین شارحین حقوق به تعیین ماهیت آن ورود کرده‌اند که در این قسمت به آن می‌پردازیم.

۲-۱. در فقه

اگر مقصود از طلاق با توافق، این باشد که اراده زن مانند اراده مرد و به همان اندازه در طلاق مؤثر باشد و طلاق یک قرارداد بین زوجین تلقی شود، یا آنکه صرف توافق اراده زن و شوهر، مبنای حکم دادگاه به طلاق قرار گیرد، طلاق با توافق بدین معنی در فقه امامیه (قول مشهور) پذیرفته نشده است، لیکن اگر مفهوم گسترده‌تری برای توافق زوجین و طلاق با توافق قائل شویم، طلاق خلع و مبارات را می‌توان نوعی طلاق با توافق محسوب داشت؛ زیرا این نوع طلاق، اگرچه ایقاع است، ولی بر اساس توافق زوجین واقع شده است.

در خصوص ماهیت خلع که عقد است یا ایقاع، میان فقهای امامیه اختلاف است: گروهی از

فقها آن را تابع قواعد معاوضه شمرده^{۱۴} و از آن نتیجه گرفته‌اند که اگر فدیة عین معین باشد و از آن غیر درآید، طلاق نیز باطل است (شهید ثانی، ۱۳۸۰، ج ۱۰: ۳۲۲؛ هم‌چنین ر.ک: امامی، ۱۳۶۸، ج ۵: ۵۴-۵۵)؛ طبق این نظر، خلع نوعی معاوضه است که به صرف توافق و پرداخت فدیة از سوی زوج و قبول آن از ناحیة زوج محقق می‌شود. گروه دیگر بخشیدن فدیة را جزء ماهیت خلع ندانسته و بطلان آن را به طلاق سرایت نداده‌اند (ر.ک: محقق داماد، ۱۳۸۲: ۳۳۳) و طبق این نظر خلع عقد محسوب نمی‌شود (موسوی خمینی، ۱۳۶۸، ج ۴: ۱۶۳) و گروه سوم در عین حال که رابطه بین فدیة و طلاق را به منزلة معاوضه ندانسته‌اند، معتقدند که باید بین موردی که شوهر با علم به بطلان فدیة طلاق خلع می‌دهد، با صورتی که به اعتقاد درست بودن فدیة، طلاق واقع می‌شود، تفاوت قائل شد. در مورد نخست، طلاق باطل است، زیرا شوهر ارادۀ طلاق خلع را که باید در برابر تملک فدیة باشد، نکرده است، ولی در مورد جهل به بطلان، طلاق صحیح است و باید مثل یا قیمت فدیة که منظور دو طرف بوده است به شوهر داده شود. پیروان این نظر، محقق حلّی، صاحب جواهر و علامه حلّی می‌باشند. مشهور فقها خلع را به تنهایی برای جدایی زوجین کافی دانسته‌اند (نجفی، ۱۳۷۴، ج ۳۳: ۱۰۷).

در تفاوت خلع و مبارات باید گفت: مبارات در جایی است که کراهت و انزجار طرفینی است. از این رو مبلغ عوض در مبارات نباید بیش از مهریه‌ای باشد که شوهر به زن داده است. در مبارات نیز همانند خلع، صیغۀ طلاق باید به دنبال اعلام بذل از سوی زوجۀ آورده شود (شهید اول ۱۳۸۷، ج ۲: ۹۰). پس می‌توان طلاق خلع و مبارات را از نوع توافقی دانست. هم‌چنین لازم است ذکر شود که اصطلاح «طلاق به عوض» نیز در فقه جایگاه داشته و ضمن تأکید بر صحت آن (شهید ثانی، ۱۴۱۶، ج ۹: ۱۴۷) قائلین به این طلاق، رکن کراهت را برای طلاق لازم ندانسته‌اند. اما مشهور، طلاق به عوض را نپذیرفته و بر آن می‌باشند که به عوض در صورت نبود کراهت، خلع واقع نمی‌شود (موسوی خمینی، ۱۳۶۸، ج ۴: ۱۶۷).

۲-۲. در حقوق موضوعه

بیان شد که شارحین حقوق به ماهیت طلاق توافقی ورود کرده‌اند. طبق یک نظر، طلاق خلع و مبارات را می‌توان توافقی نیز به شمار آورد؛ زیرا اگرچه ایقاع محسوب می‌شود، اما بر اساس توافق زوجین واقع شده است (صفایی و امامی، ۱۳۷۸، ج ۱: ۲۵۱). برخی نیز اصطلاحی با این نام را قابل

شناسایی ندانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۱۴۳). به هر حال، آنچه امروزه طلاق توافقی نامیده می‌شود، بر حالتی تعریف می‌شود که زوجین در شرایط طلاق به توافق رسیده‌اند و نیازی به بیان و توجیه علت آن نیست. لذا با ارائه درخواست طلاق با امضای زوجین و توافق پیرامون مصادیق حقوق مالی زوجه و فرزندان مشترک، دادگاه گواهی عدم امکان سازش صادر می‌کند.

پاسخ این سؤال که آیا دادگاه می‌تواند به رغم توافق زوجین بر طلاق، از صدور گواهی عدم امکان سازش خودداری نماید، منفی است؛ زیرا در نظام حقوقی ایران، طلاق حق است، نه حکم؛ و اگر رویکرد متقن در ماده ۲۷ قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱) را که برای نظر داوران اعتباری در حد نظر کارشناسی تعیین نموده،^{۱۵} مؤید حکم بودن طلاق بدانیم، باز هم باید گفت که استثنای طلاق توافقی از ارجاع به داوری، مانع از ورود این ابهام به حوزه چنین طلاق می‌شود. به هر حال، قانون حمایت خانواده، طلاق به تراضی را از مصادیق صدور گواهی عدم امکان سازش دانسته است؛ زیرا در این نوع طلاق، زوجین در خصوص طلاق و شرایط آن به توافق رسیده‌اند و دادگاه صرفاً با ارجاع موضوع به مرکز مشاوره خانواده بر اساس تکلیف مندرج در ماده ۲۵ قانون حمایت خانواده، سعی در ریشه‌یابی اختلاف می‌نماید.

در خصوص اینکه آیا توافق کتبی زوجین بر طلاق که به نوعی سازش تلقی می‌شود، زمینه صدور گزارش اصلاحی را برای دادگاه فراهم می‌آورد یا خیر، باید گفت گزارش اصلاحی، نه حکم است و نه قرار، بلکه عنوان خاصی است که طبق ماده ۱۸۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی^{۱۶} وضع شده است.^{۱۷} با توافق زوجین بر طلاق، دادگاه نمی‌تواند گزارش اصلاحی صادر نماید؛ زیرا حق طلاق از اموری نیست که به سازش بتوان به دیگری واگذار نمود. در مواردی که زوجه به استناد شرط ضمن عقد نکاح یا عقد خارج لازم دیگر، بر طلاق اختیار می‌یابد، این اختیار از جانب زوج و در قالب شرط ضمن عقد الزام‌آور است، اما سازش فی‌نفسه چنین قابلیت ندارد. به عبارتی، توافق زوجین بر طلاق که منتهی به صدور گواهی عدم سازش شود، صرفاً تعهد زوج به اجرای صیغه طلاق با شرایط مورد توافق با زوجه است و الزامی بر آن بار نیست.

قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ گواهی عدم امکان سازش را صرفاً از ناحیه زوجه (در صورت انصراف زوج) قابل اجرا ندانسته است، این حکم با ماهیت گواهی عدم امکان سازش منطبق است اما فرض معکوس آن، یعنی اجرای گواهی عدم امکان سازش به نحو یک طرفه از

ناحیه زوج، با این ماهیت همخوانی ندارد و ایرادهای وارد بر آن را در قسمت اجرای گواهی عدم امکان سازش مورد بحث قرار خواهیم داد.

اداره حقوقی قوه قضاییه نیز همین نظر را پذیرفته و با توجه به مقررات قانونی در امر طلاق، امکان صدور صلحنامه مطابق مواد قانون آیین دادرسی مدنی را منتفی دانسته و با جمله «امر طلاق مربوط به دادگاه می‌باشد»، صرفاً در صورت تمایل طرفین پرونده طلاق، امکان سازش در امور دیگر غیر از طلاق را ممکن دانسته است.^{۱۸}

۳. شرایط لازم جهت اجرای گواهی عدم امکان سازش

در این قسمت به دو شرط لازم که به طور کلی برای اجرای گواهی عدم امکان سازش لازم است، می‌پردازیم که عبارتند از: رعایت مدت اعتبار و ارائه گواهی به دفترخانه رسمی طلاق ظرف این مهلت؛ و شرط عدم انصراف زوج که به لحاظ اهمیت، ذیل قسمتی مستقل از آن بحث خواهیم کرد.

۳-۱. مدت اعتبار برای اجرای گواهی عدم امکان سازش

پیشینه تعیین مهلت برای اجرای گواهی عدم امکان سازش، به قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ و ماده ۲۱ آن برمی‌گردد که مدت اعتبار گواهی عدم امکان سازش را سه ماه از تاریخ صدور دانسته و چنانچه ظرف این مدت گواهی به دفتر طلاق تسلیم نمی‌گردید، آن را از درجه اعتبار ساقط می‌دانست. پس از پیروزی انقلاب اسلامی، ماده ۲۱ قانون حمایت خانواده به صورت صریح نسخ نشد و از جهت مغایرت با شرع مورد ایراد فقهای شورای نگهبان واقع نگردید، اما در عمل متروک ماند. متعاقباً قانون تعیین مدت اعتبار گواهی‌های عدم امکان سازش مصوب ۱۳۷۶ به صورت ماده واحده‌ای در سه بند، برای گواهی عدم امکان سازش مدت اعتبار مقرر نمود و مطابق صدور این ماده واحده: «گواهی صادره از مراجع قضایی در خصوص عدم امکان سازش بین زن و شوهر، چنانچه ظرف مدت سه ماه از تاریخ ابلاغ به دفتر ثبت تسلیم نشود، از اعتبار ساقط خواهد بود...». این شیوه با اصل دائمی بودن تصمیمات محاکم مغایر است و قاعده فراغ دادرسی را - که در سطور بعد مورد بحث قرار می‌گیرد - مخدوش می‌سازد.

پیش‌بینی مدت اعتبار برای اجرای گواهی عدم امکان سازش، با برخی عموماً و قواعد حاکم

بر تصمیمات دادگاه مغایر است که از جمله عبارتند از: اصل دائمی بودن تصمیمات دادگاه و قاعده فراغ دادرس، فرض صحت احکام ایجاب می‌نماید تا پس از دادرسی و اتخاذ تصمیم، مفتوح شدن پرونده یا طرح مجدد دعوا ممکن نباشد. به همین جهت، تصمیمات دادگاه از اعتباری برخوردار است که همان مرجع یا مرجع دیگر نمی‌تواند تصمیمی مخالف آن اتخاذ کند و آثار آن را از بین ببرد. تصمیم‌هایی که دادگاه در راه تمیز حق می‌گیرد و با آن دعوا را فصل می‌کند، به طور مطلق از اعتبار قضیه محکوم‌بها برخوردار است (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۷۵) اما گواهی از چنین ویژگی برخوردار نیست؛ زیرا تنها «گواهی وضعیت موجود» است که می‌تواند باز هم محقق شود. به واقع، گواهی عدم امکان سازش در صدد اعلام این مطلب است که در حال حاضر امکان سازش بین زوجین منتفی است. از آنجا که عدم سازش امری حادث است و وضعیت فوق می‌تواند به سازش و اصلاح روابط زوجین منتهی شود و به عنوان مثال، ممکن است زوجین حین درخواست طلاق از دادگاه، با یکدیگر سازش نداشته باشند و دادگاه با صدور گواهی، این وضعیت را تصدیق نماید و پس از آن، به جهاتی سازش حاصل شود و آنها با انصراف از طلاق، زندگی مشترک را ادامه دهند؛ در این صورت، چنانچه مجدداً اختلاف حاصل شد، می‌توانند صدور گواهی عدم امکان سازش را درخواست نمایند. شاید گفته شود این حالت مشمول قضیه محکوم‌بها نیست؛ زیرا آنچه موجب صدور گواهی عدم امکان سازش در سابق بوده، اختلاف حادث در آن زمان است و حال اختلاف جدیدی حاصل شده است و لذا آنچه مورد رسیدگی دادگاه قرار می‌گیرد، موضوع جدیدی است؛ اما با مراجعه به عناصر لازم برای شمول اعتبار قضیه محکوم‌بها شامل وحدت سبب، وحدت طرفین دعوا و وحدت موضوع و همچنین تعاریفی که حقوق‌دانان از این سه ارائه داده‌اند (ر.ک: مدنی، ۱۳۷۲، ج ۲: ۵۲۷)، باید گفت در مثال مذکور نیز وحدت هر سه رکن محقق است و در توجیه تعارض میان تعیین مدت اعتبار برای گواهی عدم امکان سازش با قضیه اعتبار محکوم‌بها، باید قائل بر این بود که مدت دار بودن گواهی عدم امکان سازش، حکمی استثنایی دارد.

تعیین مدت اعتبار برای گواهی عدم امکان سازش، به ظاهر با قاعده فراغ دادرس نیز در تغایر است. طبق این قاعده، پس از اتخاذ تصمیم نهایی، دادرس مجاز در تغییر رأی نیست.^{۱۹} ماده ۱۵۵ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸^{۲۰} به قاعده فراغ دادرس تصریح نموده بود. قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی در این خصوص تصریحی ندارد، اما درج استثنای وارد بر این قاعده در خصوص اصلاح رأی،^{۲۱} بر حاکمیت قاعده فراغ بر آرای صادره از

سوی دادگاه دلالت دارد. با این توضیح که ماده ۳۰۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی (۱۳۷۹) در مواردی که در انشای رأی سهو قلم رخ داده است، به دادرس اجازه داده پس از صدور رأی، به اصلاح آن پردازد. مفهوم مخالف این ماده آن است که در غیر از موارد سهو قلم، دادرس اختیار تغییر در رأی را ندارد.

بیان شد که گواهی عدم امکان سازش از قاعده فراغ دادرس پیروی نمی‌کند، لذا چنانچه قاضی احراز نماید که در صدور آن اشتباهی رخ داده است، می‌تواند از آن عدول کند و یا مفاد آن را تغییر دهد. شمول اعتبار امر مختوم و اعتبار قضیه محکوم‌بها ایجاب می‌نماید که حکم دارای اثر دائمی باشد^{۲۲} و اعتبار آن محدود به زمان نباشد. این در حالی است که اثر گواهی عدم امکان سازش دائمی نبوده و اعتبار آن مقید به زمان است. ماده ۳۴ قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱)^{۲۳} برای گواهی عدم امکان سازش مدت اعتبار قائل شده و برخلاف قانون تعیین مدت اعتبار گواهی‌های عدم امکان سازش که صرفاً یک مهلت سه ماهه برای تسلیم گواهی به دفتر رسمی طلاق مقرر نموده بود، دو مهلت زمانی سه ماهه را پیش‌بینی کرده است: نخست، مهلت سه ماهه برای تسلیم گواهی عدم امکان سازش به دفترخانه که مبدأ محاسبه آن، تاریخ ابلاغ رأی قطعی یا قطعی شدن رأی است. دوم، مهلت سه ماهه برای حضور و ارائه مدارک جهت اجرای صیغه طلاق. لذا این سؤال مطرح است که در زمان حاکمیت قانون قبلی مبنی بر اینکه اگر تسلیم کننده گواهی به دفترخانه، از پی‌گیری آن خودداری کند، آیا با هر فاصله زمانی از تسلیم، می‌تواند اجرای آن را پی‌گیری نماید، در قانون حمایت از خانواده جدید پاسخ داده شده که عدم رعایت هر یک از دو مهلت مذکور موجب ساقط شدن گواهی از درجه اعتبار است. با توجه به حرف «یا» در سطر آخر این ماده^{۲۴} می‌توان گفت انجام یکی از دو اقدام شامل حضور در دفترخانه یا ارائه مدرک از ناحیه تسلیم کننده گواهی به دفترخانه برای تعریف مهلت سه ماهه کافی است، لذا این ایراد به ماده وارد است که یک‌بار حضور در دفترخانه پس از تسلیم آن، موجب قطع مهلت سه ماهه و دائمی شدن اعتبار گواهی می‌شود. از این رو، اتصال دو اصطلاح «حضور» و «ارائه مدارک» با حرف عطف «و» به یکدیگر، این ایراد را برطرف می‌سازد. ماده ۶۲ آیین‌نامه اجرایی قانون حمایت خانواده (۱۳۹۳)^{۲۵} سردفتر طلاق را مکلف نموده است مراتب تسلیم گواهی عدم امکان سازش به دفترخانه را گواهی نماید. این گواهی باید حین اجرای صیغه طلاق به دفترخانه ارائه شود و در این صورت، تاریخ گواهی مبنای محاسبه مهلت سه ماهه برای اجرای گواهی است. عدم ارائه این گواهی از

سوی متقاضی (در طلاق به درخواست زوج) یا متقاضیان (در طلاق توافقی) موجب می‌شود دفترخانه تاریخ حضور یا ارائه مدارک را تاریخ تسلیم گواهی عدم امکان سازش تلقی نماید.

۲-۳. ارائه دهنده گواهی عدم امکان سازش

ماده ۳۴ قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱) از فعل «تسلیم نشود» استفاده کرده که به گواهی عدم امکان سازش برمی‌گردد؛ لذا معلوم نیست چه کسی گواهی را تسلیم دفترخانه نموده است. این سؤال در اجرای گواهی‌های صادر شده با توافق زوجین مطرح می‌گردد. با این توضیح که اگر زوجه گواهی را ظرف سه ماه تسلیم کند، آیا حق پی‌گیری سه ماهه منحصر به اوست یا زوج نیز می‌تواند در مهلت سه ماهه دوم حضور یابد و مدارک را ارائه کند. از بخش دوم این ماده که مقرر می‌دارد: «یا طرفی که آن را به دفترخانه رسمی طلاق تسلیم کرده، ظرف سه ماه از تاریخ تسلیم در دفترخانه حاضر نشود یا مدارک ارائه نکند»، می‌توان استنباط نمود که صرفاً تسلیم‌کننده گواهی به دفترخانه می‌تواند از مهلت سه ماهه بعدی بهره‌مند شود. پس لازم است مسئول دفتر رسمی طلاق نام ارائه دهنده گواهی را ثبت کند و هر یک از زوجین نیز برای بهره‌مندی از مهلت سه ماهه دوم، ملزم به تقدیم گواهی عدم امکان سازش به دفترخانه طلاق می‌باشند و البته این حکم مانع از آن نیست که زوجین به اتفاق گواهی را تسلیم دفترخانه نمایند.

در پاسخ به این سؤال که آیا شخص دیگری غیر از زوجین که عنوان ثالث بر آن بار می‌شود، می‌تواند گواهی را به دفترخانه تحویل دهد، باید قائل به عدم پذیرش چنین فرضی شد؛ زیرا ماده ۳۴ از واژه «طرفی» استفاده کرده که شامل ثالث نمی‌شود، اما از آنجا که طرف دعوی می‌تواند وکیل معرفی کند، پس وکلای زوجین نیز می‌توانند گواهی را تسلیم و پی‌گیری نمایند.

۴. اثر انصراف یکی از زوجین یا هر دو، از اجرای گواهی عدم امکان سازش

تا پیش از تصویب قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱)، یکی از مباحث مطرح در خصوص اجرای تصمیم دادگاه بر طلاق، انصراف یکی از زوجین در طلاق توافقی پس از صدور گواهی عدم امکان سازش و پیش از اجرای صیغه و نیز امکان اجرای صیغه طلاق در طلاق‌های به درخواست یکی از زوجین بدون حضور طرف دیگر بود. قانون تعیین مدت اعتبار گواهی عدم امکان سازش (۱۳۷۶) به تأسی از ماده ۲۱ قانون حمایت خانواده (۱۳۵۳) چنین امکانی را فراهم آورده بود.^{۲۶}

ترتیبات مندرج در این قانون برای اجرای صیغه طلاق بدون حضور طرف دیگر، مشکلات و ابهاماتی را در رویه قضایی ایجاد کرده بود که به متروک ماندن قانون فوق منتهی گردید. فراغت قانون‌گذار پیش از انقلاب از بایسته‌های شرعی، با توجه به ماده ۸ قانون حمایت خانواده (۱۳۵۳)، اجرای تبصره این ماده را نیز توجیه می‌کرد، اما بازگشت به مقررات قانون مدنی در خصوص طلاق در قانون تشکیل دادگاه مدنی خاص، ایجاب می‌نمود تدوین و تصویب قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق (۱۳۷۱) و نیز قانون تعیین مدت اعتبار گواهی عدم امکان سازش (۱۳۷۶) با دقت بیش‌تری صورت گیرد. مشکل اجرایی قانون اخیر در طلاق توافقی و طلاق از ناحیه زوج بود. در طلاق توافقی اجرای صیغه طلاق در صورت انصراف زوج از طلاق، با ایراد شرعی مواجه بود. هم چنین اجرای صیغه طلاق در صورت انصراف زوجه از توافق خود با زوج، اگرچه فاقد ایراد شرعی است، اما مخالف مفاد تبصره ۳ ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق (۱۳۷۰) بود که در ماده ۲۹ قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱) تکرار شد.

گواهی عدم امکان سازش که بر اساس توافق زوجین صادر شده است، بر اراده هر دو طرف عقد نکاح استوار است. به واقع، اگرچه که حق طلاق با زوج است، اما زوج که حاضر به اعمال یک طرفه طلاق نبوده، با بذلی که از سوی زوجه واقع شده، رضایت به اجرای صیغه طلاق داده است و به واقع، رابطه‌ای دو طرفه ایجاد شده است که یک طرف، پیشنهاد بذل حقوق مالی از سوی زوجه است و طرف دیگر، قبول بذل از سوی زوج. لذا باید قائل به آن بود که تداوم این گواهی بر اراده زوجین استوار است. به رغم استدلال پیش‌گفته، قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱) حکمی خلاف این ضرورت وضع نموده که در این قسمت به آن می‌پردازیم.

۱-۴. انصراف زوجین

قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱) در خصوص اثر انصراف زوجین بر گواهی عدم امکان سازش ساکت است، اما ماده ۳۴ این قانون^{۲۷} که حکم بر بی‌اعتباری گواهی عدم امکان سازش در صورت عدم تسلیم آن ظرف مدت سه ماه به دفترخانه داده است، به طور ضمنی دلالت بر اعتبار انصراف زوجین از اجرای گواهی دارد. به واقع، مهلت سه ماهه‌ای که توسط قانون‌گذار برای اعتبار گواهی عدم امکان سازش مقرر شده است، با فرض عدم توافق زوجین بر بی‌اعتباری گواهی تداوم می‌یابد

و چنانچه هر دوی زوجین از اجرای آن منصرف شده و بر ادامه زندگی مشترک توافق نمایند، قائل شدن اعتبار برای گواهی عدم امکان سازش فاقد مبنای قانونی است.

۲-۴. انصراف یکی از زوجین

با توجه به استدلال پیش گفته در خصوص استواری گواهی عدم امکان سازش بر اراده هر دو طرف باید قائل به آن بود که انصراف هر یک از این دو به تنهایی، باید موجب بی اعتباری گواهی گردد و به واقع توافق زوجین به طلاق، توافقی استمراری است نه بدوی. در عالم حقوق، هر نهادی که بر اساس اراده و قصد طرفین ایجاد می شود، بر همان اراده استوار می ماند. قانون حمایت خانواده حکمی مغایر این ضرورت پیش بینی کرده که با توجه به طرفی که از اجرای گواهی منصرف شده، به تفکیک مورد بحث قرار می گیرد.

۱-۲-۴. انصراف زوجه

قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱) اجرای گواهی عدم امکان سازش را که بر اساس توافق زوجین صادر شده است منوط به رضایت زوج به اجرای آن نموده است. بنابراین چنانچه زوج تا پیش از اجرای صیغه طلاق از اجرای گواهی عدم امکان سازش منصرف شود، جهتی برای اجرای آن پیش بینی نشده است، مگر آنکه زوجه در این خصوص وکالت بلاعزل داشته باشد. مطابق ماده ۳۵ قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱):

هرگاه زوج در مهلت مقرر به دفتر رسمی ازدواج و طلاق مراجعه و گواهی عدم امکان سازش را تسلیم کند، در صورتی که زوجه ظرف یک هفته در دفترخانه حاضر نشود، سردفتر به زوجین اخطار می کند برای اجرای صیغه طلاق و ثبت آن در دفترخانه حاضر شوند. در صورت عدم حضور زوجه، صیغه طلاق جاری و پس از ثبت به وسیله دفترخانه، مراتب به اطلاع زوجه می رسد.

این ماده اطلاق دارد و حاکی از آن است که عدم حضور زوجه مانع از اجرای گواهی عدم امکان سازش به درخواست زوج نیست.

امکان اجرای گواهی عدم امکان سازش که بر اساس توافق زوجین صادر شده توسط زوج و بدون حضور زوجه، اگرچه منطبق با حق انحصاری و بدون قید زوج بر اختیار طلاق است، اما با

حقوق مالی زوجه در تعارض است؛ زیرا چنانچه عدم حضور زوجه برای اجرای گواهی عدم امکان سازش، ناشی از انصراف او از توافق پیشین باشد، باید گفت گذشت زوجه از حقوق مالی یا غیر مالی خود در قبال طلاق بوده و حال با انصراف وی از طلاق، باید توافق صورت گرفته درباره حقوق مذکور را نیز غیر قابل اجرا دانست. هم‌چنین در طلاق توافقی، توافق باید تا زمان اجرای صیغه طلاق موجود باشد و با انصراف هر یک از طرفین توافق، طلاق یک طرفه محسوب می‌شود و باید با تقدیم دادخواست مجزا و به صورت توافقی مورد رسیدگی قرار گیرد.

۲-۲-۴. انصراف زوج

با توجه به اطلاق ماده واحد قانون تعیین مدت اعتبار گواهی عدم امکان سازش مصوب ۱۳۷۶ که پیش از تصویب قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱) حاکمیت داشت، اجرای گواهی عدم امکان سازش ناشی از تراضی زوجین به درخواست زوجه ممکن بود، اما رویه قضایی برداشت‌های متفاوتی از این قانون داشت که منطبق با حکم مقرر در قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱) بود. برخی معتقد بودند که طلاق حق ذاتی مرد است و فقط طلاق حاکم استثناء شده است که زوجه با اثبات یکی از علل مندرج در مواد ۱۱۳۰، ۱۱۲۹ و ۱۰۲۹ قانون مدنی حق طلاق پیدا می‌کند. هم‌چنین اعطای وکالت در طلاق توسط زوج به زوجه در قالب شروط ضمن عقد، با توجه به اصل «آزادی اراده طرفین» مندرج در ماده ۱۰ قانون مدنی و ماده ۱۱۱۹ همان قانون، از موارد دیگری است که زوج حق خود را در طلاق به زوجه تفویض می‌نماید. بنابراین، چنانچه گواهی عدم امکان سازش بر مبنای توافق طرفین صادر شده باشد، زوجه نمی‌تواند بدون رضایت زوج، درخواست اجرای صیغه طلاق را بنماید و اعزام نماینده به دفترخانه خلاف حدیث نبوی «الطلاق بید من اخذ بالساق» است (معاونت آموزش قوه قضاییه، ۱۳۸۷، ج ۴۰: ۱۱۳). برخی دیگر معتقدند که در طلاق توافقی، زوجین به اتفاق بر جدایی موافقت می‌کنند. لذا رضایت زوج به طلاق، مجوز اعزام نماینده از سوی دادگاه برای اجرای صیغه طلاق در صورت استنکاف بعدی وی است. در تأیید این نظر گفته شده است:

امکان فسخ پس از اعلام توافق وجود ندارد. به لحاظ اینکه مبنای طلاق، توافق و رضایت آنان بوده است و نمی‌توان از رضایت و توافق عدول نمود. به عبارتی، عدول احدی از طرفین بدون رضایت طرف مقابل مسموع نمی‌باشد و فقط توافق طرفین می‌تواند موجب فسخ توافق اولیه باشد و چنانچه قائل به فسخ از ناحیه یکی از طرفین

شویم، دیگر نمی‌توان برای توافقات اصحاب دعوی اعتبار قطعی قائل شد و مبنای توافقات متزلزل می‌گردد (معاونت آموزش قوه قضاییه، ۱۳۸۷، ج ۴۰: ۱۱۳).

نظر سوم نیز بر آن بود که توافق زوجین به طلاق در دادگاه، صرفاً تعهد به اجرای صیغه طلاق است. لذا بر اساس گواهی عدم امکان سازش، زوجه متعهد می‌شود تمام یا قسمتی از مهریه خود یا مال دیگری را در مقابل طلاق بذل نماید و زوج نیز متعهد به اجرای صیغه طلاق با قبول بذل می‌شود. با این تعهد، نه بذلی از طرف زوجه محقق شده و نه صیغه طلاقی اجرا گردیده است. بنابراین، هر یک از زوجین می‌توانند از اجرای آن خودداری کنند. در تأیید این نظر آمده است: «توافق، زمانی نهایی و قطعی می‌شود که صیغه طلاق اجرا و قرائت گردد و تا زمانی که اجرا و قرائت نشده، می‌شود آن را با اعلام یکی از طرفین فسخ نمود» (معاونت آموزش قوه قضاییه، ۱۳۸۷، ج ۴۰: ۱۱۳).

اداره حقوقی قوه قضاییه در این خصوص نظرات متفاوتی صادر کرده است. در برخی نظرات بدون تفکیک انواع طلاق با توجه به درخواست‌کننده آن، اجرای قانون تعیین مدت اعتبار گواهی عدم امکان سازش را در خصوص اعزام نماینده میسر دانسته است.^{۲۸} در جایی دیگر، گواهی عدم امکان سازش را گواهی بر اساس حکم دادگاه بر طلاق دانسته و قانون پیش‌گفته را بر تمام گواهی‌ها حاکم می‌داند.^{۲۹} در یک نظر، عدم حضور زوجه را برای اجرای صیغه طلاق در موردی هم که وی به همراه زوج خواهان دعوی طلاق بوده، مانع اجرای طلاق ندانسته است.^{۳۰} اختلاف رویه محاکم خانواده در نحوه اجرای گواهی عدم امکان سازش و مشکلات ناشی از آن، قوه قضاییه را وادار به صدور بخشنامه شماره ۱/۷۷/۱۳۳۶۳ به تاریخ ۱۳۷۷/۱۲/۹ نمود که بر اجرای بند «ب» قانون تعیین مدت اعتبار گواهی عدم امکان سازش و اعزام نماینده توسط دادگاه از ناحیه زوج مستکف تأکید داشت.

ماده ۳۶ قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱)^{۳۱} امکان اجرای گواهی عدم امکان سازش بدون حضور زوج را منوط به اعطای وکالت بلاعزل از سوی زوج دانسته است. این ماده دارای مفهوم مخالف است مبنی بر اینکه گواهی عدم امکان سازش که بر اساس توافق زوجین صادر شده است به درخواست زوجه (به تنهایی) قابل اجرا نیست. عبارت «یا به موجب سند رسمی» در ماده مذکور، با این ابهام مواجه است که آیا وکالت اعطا شده از سوی زوج به موجب سند رسمی باید مربوط به گواهی عدم امکان سازش صادره از سوی دادگاه باشد، یا وکالتی را که پیش از مراجعه زوجین

به دادگاه و به طور کلی برای طلاق اعطا شده است هم شامل می‌شود. به نظر می‌رسد با توجه به صدر ماده که به «توافق زوجین» تصریح نموده، وکالت رسمی نیز باید برای اجرای این توافق داده شده باشد؛ مگر آنکه زوج حین صدور گواهی عدم امکان سازش، وکالت قبلی را درباره این گواهی مجری بداند. استدلال ذیل این نظر آن است که اگر وکالت بلاعزل مذکور در ماده ۳۶ را شامل وکالت پیش از توافق زوجین بر طلاق بدانیم، آنگاه باید قائل به این باشیم که در صورت اعطای وکالت کلی که طی آن زوج به زوجه اختیار می‌دهد بدون تحقق هیچ شرطی با حضور در دادگاه و سپس دفترخانه و انتخاب نوع طلاق و قبول مابذل (در صورت انتخاب طلاق خلع) خود را مطلقه نماید، زوجه می‌تواند در قالب طلاق توافقی از دادگاه بخواهد که گواهی عدم امکان سازش صادر نماید؛ در حالی که مورد اخیر، طلاق یک طرفه از ناحیه زوجه محسوب می‌شود که طبق ماده ۲۶ قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱)، از جهات صدور «حکم» طلاق است.

۵. تأثیر انصراف زوج از اجرای گواهی عدم امکان سازش، در نوع طلاق و حقوق مالی زوجه

در خصوص نوع صیغه طلاق در طلاق توافقی باید گفت طبق قانون حمایت خانواده (۱۳۵۳)، صیغه طلاق با توافق، می‌توانست صورت خلع یا مبارات نداشته و رجعی باشد. تبصره ماده ۸ این قانون که مقرر می‌دارد: «طلاق که به موجب این قانون و بر اساس گواهی عدم امکان سازش واقع می‌شود، فقط در صورت توافق کتبی طرفین در زمان عده قابل رجوع است»، مؤید این استنباط است.

۵-۱. ماهیت طلاق خلع

حقوق‌دانان ایران، طلاق خلع و مبارات را به دو عمل حقوقی تحلیل می‌کنند: نخست، ایقاعی که سبب جدایی زن و شوهر است. دوم، قراردادی که سبب تملیک فدیة به شوهر می‌شود و در مقابل، حق رجوع شوهر را از بین می‌برد (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۱: ۳۹۹-۴۰۰).

آنها معتقدند این دو عمل را که در خلع و مبارات با هم مخلوط می‌شوند نباید به منزله دو رکن توافق در یک عقد به شمار آورد و آثار تعهد متقابل را بر آنها بار کرد. یکی از دلایل مهم

معاوضی نبودن خلع، منحل نشدن آن در اثر رجوع به فدیة است؛ زیرا مقتضای معاوضه این است که از بین بردن یکی از دو عوض، تعهد مقابل را نیز منتفی می‌سازد (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۱: ۴۱۰). بیان شد که در فقه، طلاق به عوض از نوع خلع و مبارات است؛ زیرا زوجه با بذل مال، زوج را راغب به طلاق می‌کند و زوج با قبول فدیة، صیغۀ طلاق را جاری می‌سازد. در اینجا لازم است ذکر شود که طلاق به درخواست زوجه نیز می‌تواند قالب خلع به خود بگیرد و از جمله طلاق قضایی است که در حقوق ایران به درخواست زوجه و بر اساس شروط ضمن عقد نکاح واقع می‌شود. با توجه به صدر بند «ب» نکاح‌نامه‌های رسمی، در مواردی که زوجه از زوج وکالت در طلاق دارد، در قبول بذل و انتخاب نوع طلاق نیز وکالت دارد. بنابراین زوجه می‌تواند به هر یک از انواع طلاق تمسک جوید. نظر مشورتی شماره ۷/۸۰۰۴ مورخ ۱۳۷۸/۱۱/۵ اداره حقوقی قوه قضاییه آورده است:

طلاق‌هایی که به استناد مواد ۱۱۲۹ و ۱۱۳۰ قانون مدنی داده می‌شود، بائن است، ولی طلاق موضوع ماده ۱۱۱۹ که زوجه به وکالت از زوج از آن استفاده می‌کند، مثل این است که خود زوج، زوجه را مطلقه کرده باشد و از حیث رجعی یا بائن بودن، تابع وکالتی است که داده شده است. در طلاق خلعی، بذل مهریه منوط به ارادۀ زوجه و قبول بذل منوط به رضایت شخص زوج است و ارادۀ زوجه یا رضایت یک جانبه، کفایت برای صدور طلاق خلعی ندارد. (معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضاییه، ۱۳۸۶، ج ۱، ۶۲۶).

در مواردی هم که حاکم به ولایت از زوج ممتنع طلاق می‌دهد، این حاکم است که با قرار گرفتن در جایگاه زوج ممتنع، از کلیه اختیاراتی که زوج در طلاق دارد بهره‌مند شده و می‌تواند با قبول بذل، طلاق خلع دهد یا غیر آن.^{۳۳} البته در این مورد نظر مخالف نیز ارائه شده و گفته‌اند که حاکم نمی‌تواند به ولایت یا قائم مقامی زوج، بذل را قبول کند. در نظر مشورتی شماره ۷/۴۶۶۷ مورخ ۱۳۷۹/۷/۴ اداره حقوقی قوه قضاییه آمده است: «در صورتی که زوج غایب باشد، نمی‌توان حکم به طلاق خلع داد؛ زیرا حاکم دادگاه نمی‌تواند به ولایت یا قائم مقامی زوج، بذل را قبول کند و هم‌چنین نمی‌توان زوج را به قبول مال ملزم کرد».^{۳۴}

در جمع‌بندی مطالب پیش گفته باید گفت قوانین ایران در خصوص نوع طلاق به تراضی زوجین ساکت است؛ اما نظر اقوی، بائن دانستن طلاقی است که بر اساس گواهی عدم امکان

سازش ناشی از توافق زوجین اجرا می‌شود؛ زیرا در ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی آمده است که مرد این اختیار را دارد که بدون بذلی از ناحیه زوج، طلاق را واقع سازد. در این صورت، دادگاه حین صدور گواهی عدم امکان سازش، در خصوص حقوق مالی زوج به‌ویژه حقوق مالی که در موارد طلاق به درخواست زوج موضوعیت می‌یابد، مانند تملیک تا نصف دارایی زوج به زوج وفق بند «الف» نکاح‌نامه‌های رسمی نیز تعیین تکلیف می‌نماید؛ اما در طلاق به تراضی، خلاف قاعده پیش گفته، زوج به تعهد بر بذل مالی به زوج، او را شایق به اجرای صیغه طلاق می‌نماید.

امروزه زوجین به منظور عدم طی تشریفات دادرسی مربوط به طلاق یک طرفه، با یکدیگر درباره طلاق به توافق می‌رسند و چگونگی این توافق مهم نیست. چه بسا زوجین در خصوص طلاق رجعی به توافق رسیده باشند (اگرچه غالباً غیر این است) و در این حالت، زوج با پرداخت کلیه حقوق مالی زوج، وی را طلاق می‌دهد. نظر مورخ ۱۳۵۰/۷/۷ اداره حقوقی دادگستری نیز همین معنا را می‌رساند. مطابق این نظر، طلاق که به استناد گواهی عدم امکان سازش مذکور در ماده ۹ قانون حمایت خانواده (طلاق به توافق بین زن و شوهر) واقع می‌گردد، به طور کلی بائن نیست، مگر اینکه در طلاق‌نامه به آن تصریح شده باشد. (ر.ک: معاونت آموزش قوه قضاییه ۱۳۸۷، ج ۴: ۶۲).

رویه فعلی دادگاه‌های ایران بر صدور گواهی عدم امکان سازش بر اساس توافق زوجین بر طلاق با ایرادهایی مواجه است؛ زیرا در عمل، غالب طلاق‌های توافقی به صورت خلع اجرا می‌شود. این در حالی است که یکی از ارکان خلع، کراهت زوج است و چه بسا در طلاق‌های توافقی چنین کراهتی موجود نباشد و آنچه زوجین را به سمت توافق بر طلاق سوق داده، کراهت از طی تشریفات طلاق یک طرفه باشد.

هم‌چنانکه بیان شد، فقهای امامیه که به طلاق توافقی پرداخته‌اند، آن را در قالب خلع و مبارات و غیر رجعی به شمار آورده‌اند. از جمله، برخی اطلاق عنوان «طلاق به عوض» را به کار برده و آن را از انواع طلاق بائن دانسته‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۶، ج ۹: ۱۴۷). مشهور فقهای امامیه، طلاق به عوض را در صورتی که منطبق با خلع و مبارات باشد، صحیح دانسته‌اند؛ اما چنانچه از سوی زوج بذل مال به عنوان عوض طلاق نشده باشد، آن را در قالب طلاق رجعی یا بائن قرار داده‌اند و برای این نوع طلاق، ماهیتی مستقل از طلاق بائن دانسته‌اند (نجفی، ۱۳۷۴، ج ۳۳: ۵۵؛ موسوی خمینی، ۱۳۶۸، ج ۳: ۳).

۶۲۹). فقهای معاصر نیز در این خصوص نظر داده‌اند و از جمله، برخی طلاق توافقی را صرفاً در قالب خلع و مبارات دانسته‌اند، به این جهت که اراده هر دوی زوجین در آن دخیل است. در ارزیابی نظرات پیش گفته باید به آیه ۲۲۹ سوری مبارکه بقره اشاره داشت که خوف از اقامه حدود الهی را موجب ضرورت قبول بذل از سوی زوج دانسته و به واقع، حکم به بائن بودن طلاق توافقی داده است.

آنچه بیان شد در خصوص نوع صیغه در طلاق به تراضی زوجین بود، اما در موضوع مورد بحث، یعنی اجرای گواهی عدم امکان سازش که بر اساس توافق زوجین صادر شده است به صرف درخواست زوج باید گفت در قریب به اتفاق طلاق‌های توافقی، زوج به کلیه حقوق مالی خود گذشت می‌کند و انصراف وی از اجرای طلاق، به منزله انصراف از بذل می‌باشد و در این حالت باید قائل به زایل شدن توافق بر طلاق بود و چنانچه زوج بخواهد به نحو یک طرفه صیغه طلاق را اجرا کند، مطابق ماده ۲۹ قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱) باید حقوق مالی زوج را پرداخت نماید. از سوی دیگر، وقتی در طلاق خلع و مبارات پس از اجرای صیغه طلاق، حق رجوع به ما بذل را برای زوج قائلیم، این غیر معقول است که پیش از اجرای صیغه طلاق، چنین حقی را از وی سلب نماییم.

اداره حقوقی قوه قضاییه که با ایقاع دانستن طلاق، در طلاق توافقی انصراف زوج را مانع از اجرای صیغه طلاق توسط زوج ندانسته، مشخص نکرده است که صیغه طلاق قابل اجرا توسط زوج، از نوع رجعی است یا بر اساس همان توافق صورت گرفته با زوج است که معمولاً از نوع خلع می‌باشد.

چنانچه قائل به رجعی بودن طلاق باشیم، با اجرای آن، از حکم مندرج در ماده ۲۹ قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱) تخطی نموده‌ایم؛ زیرا تعیین حقوق مالی زوج به‌ویژه نحله و یا تملیک تا نصف دارایی زوج به زوج، موضوع بند «الف» نکاح‌نامه‌های رسمی مستلزم رسیدگی در دادگاه با تمامی تشریفات لازم برای آن، از جمله تشکیل جلسه رسیدگی، شناسایی اموال زوج و احراز میزان تمکن مالی وی، ارجاع امر به کارشناس در صورت اختلاف زوجین در این امور و مانند آن است که نهایتاً منتهی به صدور رأی و طی مراحل تجدید نظر و فرجام‌خواهی است.

در مقابل، چنانچه قائل به اجرای صیغه طلاق بر اساس توافق زوج با زوج در خصوص بذل مال و نوع طلاق (خلع یا مبارات) باشیم، قصد و رضای زوج بر بذل فدیة باید حین اجرای صیغه

طلاق نیز موجود باشد؛ این در حالی است که با انصراف زوجه، چنین قصد و رضایی مفقود گردیده و لذا اجرای صیغه خلع، فاقد وجهت شرعی و قانونی است.

نتیجه گیری

۱- گواهی عدم امکان سازش از نظر شکلی بر حکم یا قرار به عنوان دو قالب شناخته شده از سوی قانون گذار بر آرای محاکم منطبق نیست و باید آن را تصدیقی دانست که دادگاه به صاحب حق طلاق می دهد تا بتواند از آثار آن بهره مند شود.

۲- از ابهامات موجود در قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق (۱۳۷۱)، مجاری صدور گواهی عدم امکان سازش بود که با ماده ۲۶ قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱) رفع ابهام گردید و صدور این گواهی در طلاق به درخواست زوج و طلاق به تراضی زوجین پذیرش شد.

۳- طلاق توافقی از نظر ماهیت، همان طلاق خلع و مبارات در فقه است.

۴- پذیرش امکان اجرای یک طرفه گواهی عدم امکان سازش که مبتنی آن تراضی زوجین است، با ماهیت طلاق توافقی منطبق نیست و لذا قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱) که اجرای گواهی مذکور را از سوی زوج و بدون رضایت زوجه میسر دانسته: اولاً، تضييع کننده حقوق مالی زوجه است؛ ثانیاً، ترجیح بدون مرجع است. زیرا وقتی زن پس از اجرای صیغه خلع یا مبارات می تواند در مدت عده به ما بذل رجوع کند چگونه است که نمی تواند از تعهد ابتدایی و فاقد ضمانت اجرای خود بر بذل مال در قبال طلاق انصراف دهد؟

۵- قانون حمایت خانواده که اجرای گواهی عدم امکان سازش ناشی از تراضی زوجین را به نحو یک طرفه از سوی زوج میسر دانسته، در خصوص نوع طلاق ساکت است. لذا مشخص نیست که آیا زوج به لحاظ عدم تراضی با زوجه، ملزم به اجرای صیغه طلاق رجعی است یا آنکه حسب توافق قبلی با زوجه، می تواند مبادرت به اجرای صیغه خلع یا مبارات نماید. پذیرش هر یک از این دو نظر با ایراد مواجه است؛ زیرا:

اولاً، اجرای صیغه طلاق رجعی وفق ماده ۲۹ قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱) منوط به پرداخت حقوق مالی زوجه است که مقدمه آن رسیدگی در دادگاه به ویژه در خصوص حقوقی چون نحل و تملیک تا نصف دارایی زوج به زوجه است.

ثانیاً، اجرای صیغه طلاق خلع و مبارات، مستلزم بذل از ناحیه زوجه است. با توجه به انصراف زوجه از اجرای گواهی، چنین بذلی به عمل نیامده است.

۶- با توجه به مراتب فوق پیشنهاد می‌شود با اصلاح قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱) اجرای گواهی عدم امکان سازش صادره بر مبنای توافق زوجین، صرفاً با حضور هر دو طرف میسر گردد و در صورت انصراف هر یک از آنها، طرف دیگر ملزم به تقدیم دادخواست طلاق یک طرفه شود.

پی‌نوشت‌ها

۱. «هرگاه یکی از طرفین به نظر داور معترض بوده یا در موعد مقرر جوابی ندهد یا رأی داور مغایر قوانین موجد حق باشد، دادگاه به موضوع رسیدگی نموده و حسب مورد رأی مقتضی یا گواهی عدم امکان سازش صادر خواهد کرد».
۲. «در موارد زیر زن یا شوهر حسب مورد می‌تواند از دادگاه تقاضای صدور گواهی عدم امکان سازش نماید و دادگاه در صورت احراز آن موارد گواهی عدم امکان سازش صادر خواهد کرد...».
۳. حق در مقابل حکم، عبارت از اموری است که در قانون پیش‌بینی شده و افراد مجاز باشند که به قصد خود برخی از آنها را تغییر دهند. این امور قابل تغییر را حق گویند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۲۱۶). حکم نیز عبارت از مقررات شرعی است که متضمن مصلحت اکید مردم است و اراده افراد بر خلاف جهت آنها نافذ نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۲۴۳).
۴. ماده ۱۱۴۸ قانون مدنی: «در طلاق رجعی برای شوهر در مدت عدّه حق رجوع است».
۵. تبصره ماده ۸ قانون حمایت خانواده (۱۳۵۳): «طلاق که به موجب این قانون و بر اساس گواهی عدم امکان سازش واقع می‌شود، فقط در صورت توافق کتبی طرفین در زمان عدّه قابل رجوع است».
۶. «موارد طلاق همان است که در قانون مدنی و احکام شرع مقرر گردیده ...».
۷. «در صورتی که طلاق، توافقی یا به درخواست زوج باشد، دادگاه به صدور گواهی عدم امکان سازش اقدام و اگر به درخواست زوجه باشد، حسب مورد مطابق قانون به صدور حکم الزام زوج به طلاق یا احراز شرایط اعمال وکالت در طلاق مبادرت می‌کند».
۸. «دادگاه ضمن رأی خود با توجه به شروط ضمن عقد و مندرجات سند ازدواج، تکلیف جهیزیه،

مهریه و نفقه زوجه، اطفال و حمل را معین و هم چنین اجرت المثل ایام زوجیت طرفین مطابق تبصره ماده (۳۳۶) قانون مدنی تعیین ... می کند ... ثبت طلاق موکول به تأدیه حقوق مالی زوجه است. طلاق در صورت رضایت زوجه یا صدور حکم قطعی دایر بر اعسار زوج یا تقسیت محکوم به نیز ثبت می شود. ...».

۹. «چنانچه رأی دادگاه راجع به ماهیت دعوا و قاطع آن به طور جزئی یا کلی باشد حکم، و در غیر این صورت قرار نامیده می شود» (ماده ۲۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی).

۱۰. در نظر مشورتی شماره ۷/۶۳۳ مورخ ۱۳۸۱/۸/۳۰ اداره حقوقی قوه قضاییه آمده است: «نظر به اینکه صدور گواهی عدم امکان سازش باید مستند به رأی دادگاه مبنی بر احراز عدم سازش زوجین و متعاقب قطعیت یافتن رأی صادره صورت گیرد، لذا صدور گواهی عدم امکان سازش موکول به قطعی شدن رأی دادگاه است و سه ماه مقرر در ماده واحده قانون تعیین مدت اعتبار گواهی عدم امکان سازش از تاریخ ابلاغ آن به خواهان طلاق است».

۱۱. از جمله: تحریم: ۵؛ طلاق: ۱؛ احزاب: ۴۹.

۱۲. از جمله حدیث نبوی: «الطلاق بید من اخذ بالساق» (نجفی، ۱۳۷۴، ج ۳۲: ۵).

۱۳. «چنانچه مردی بدون ثبت در دفاتر رسمی به ازدواج دائم، طلاق یا فسخ نکاح اقدام یا پس از رجوع تا یک ماه از ثبت آن خودداری کند یا در مواردی که ثبت نکاح موقت الزامی است از ثبت آن امتناع کند، ضمن الزام به ثبت واقعه به پرداخت جزای نقدی درجه پنج یا حبس تعزیری درجه هفت محکوم می شود ...».

۱۴. الخلع من عقود المعاوضات.

۱۵. «... دادگاه در این موارد باید با توجه به نظر داوران رأی صادر و چنانچه آن را نپذیرد، نظریه داوران را با ذکر دلیل رد کند».

۱۶. «دادگاه پس از حصول سازش بین طرفین به شرح فوق، رسیدگی را ختم و مبادرت به صدور گزارش اصلاحی می نماید. مفاد سازش نامه که طبق مواد فوق تنظیم می شود، نسبت به طرفین و وراث و قائم مقام قانونی آنها نافذ و معتبر است و مانند احکام دادگاه ها به موقع اجرا گذاشته می شود؛ چه مورد سازش مخصوص به دعوی مطروحه بوده یا شامل دعاوی یا امور دیگری باشد».

۱۷. اداره حقوقی قوه قضاییه نیز طی نظر مشورتی شماره ۷/۴۸۲ به تاریخ ۱۳۸۳/۷/۴ چنین آورده است: «گزارش اصلاحی نه حکم است و نه قرار، بلکه طبق ماده ۱۸۴ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب (۱۳۷۹) عنوان آن سازش نامه است و مانند احکام قطعی دادگاه ها به موقع اجرا

گذاشته می‌شود و لذا می‌توان گفت سازش‌نامه از نظر اجرایی در ردیف احکام قطعی دادگاه‌هاست.

۱۸. نظر مشورتی شماره ۸/۱۲۶ به تاریخ ۱۳۷۶/۶/۱۸.
۱۹. در تفاوت دو قاعده «فراغ دادرس» و «اعتبار قضیه محکوم‌بها» گفته شده است: در اولی، دادگاه صادرکننده رأی حق تغییر آن را ندارد، اما مرجع بالاتر شامل دادگاه تجدید نظر یا دیوان عالی کشور در مقام رسیدگی به اعتراض، از چنین اختیاری برخوردار است و تصمیم دادگاه بدوی برای آنان لازم‌الاتباع نیست. هم‌چنین قاعده فراغ دادرس شامل احکام صادره از محاکم بدوی و مرجع تجدیدنظر، هر دو می‌شود و دادگاه تجدیدنظر نیز پس از صدور رأی، حق تغییر آن را ندارد، اما اعتبار قضیه محکوم‌بها صرفاً در آرای قطعی کارساز است (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۲).
۲۰. «دادگاه پس از امضای رأی، حق تغییر آن را ندارد».
۲۱. ماده ۳۰۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی: «هرگاه در تنظیم و نوشتن رأی دادگاه سهو قلم رخ دهد، مثل از افتادن کلمه‌ای یا زیاد شدن آن و یا اشتباهی در محاسبه صورت گرفته باشد تا وقتی که از آن درخواست تجدیدنظر نشده، دادگاه رأساً یا به درخواست ذی‌نفع، رأی را تصحیح می‌نماید...».
۲۲. مع‌هذا ماده ۳۳ قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱) برای نخستین بار برای حکم نیز مهلت اعتبار شش ماهه قرار داد: «مدت اعتبار حکم طلاق شش ماه پس از تاریخ ابلاغ رأی فرجامی یا انقضای مهلت فرجام‌خواهی است...».
۲۳. «مدت گواهی عدم امکان سازش برای تسلیم به دفتر رسمی ازدواج و طلاق، سه ماه پس از تاریخ ابلاغ رأی قطعی و قطعی شدن رأی است. چنانچه گواهی مذکور ظرف این مهلت تسلیم نشود یا طرفی که آن را به دفترخانه رسمی طلاق تسلیم کرده است ظرف سه ماه از تاریخ تسلیم در دفترخانه حاضر نشود یا مدارک لازم را ارائه نکند، گواهی صادر شده از درجه اعتبار ساقط است. تبصره ...».
۲۴. «ظرف سه ماه از تاریخ تسلیم در دفترخانه حاضر نشود یا مدارک لازم را ارائه نکند».
۲۵. «سردفتر مکلف است تسلیم گواهی عدم امکان سازش به دفترخانه را با قید تاریخ و طرفی که آن را تسلیم کرده کتباً تأیید کرده و به وی تحویل نماید تا در زمان اجرای صیغه طلاق و ثبت آن به دفترخانه ارائه شود. چنانچه در زمان اجرای صیغه طلاق و ثبت آن، گواهی کتبی مذکور به دفترخانه ارائه نشود، تاریخ حضور یا ارائه مدارک، تاریخ تسلیم گواهی عدم امکان سازش تلقی می‌شود».

۲۶. مطابق این ماده واحده: «در صورتی که ظرف مدت مقرر، گواهی یاد شده جهت اجرای طلاق تسلیم دفتر ثبت طلاق شود، سردفتر مکلف است به طرفین اعلام نماید تا جهت اجرای صیغه طلاق و ثبت آن حضور یابند. در صورت عدم حضور هر یک از طرفین در وقت مقرر، برای مرتبه دوم، حداکثر ظرف مدت یک ماه از آنان دعوت شده و به شرح ذیل عمل خواهد شد:
- (الف) در صورت امتناع زوجه از حضور، زوج صیغه طلاق را جاری و پس از ثبت به وسیله دفترخانه به اطلاع زوجه رسانده می شود.
- (ب) در صورت امتناع زوج از حضور و اجرای طلاق، دفتر مراتب را تأیید و به دادگاه صادر کننده گواهی اعلام می دارد. دادگاه به درخواست زوجه، زوج را احضار و در صورت امتناع از حضور، دادگاه با رعایت جهات شرعی، صیغه طلاق را جاری و دستور ثبت و اعلام آن را به دفتر ثبت طلاق صادر می کند.
- (ج) «در صورتی که زوج به دفترخانه مراجعه، ولی از اجرای صیغه طلاق امتناع نماید، مطابق بند (ب) عمل خواهد شد».
۲۷. «هرگاه گواهی عدم امکان سازش صادر شده بر اساس توافق زوجین به حکم قانون از درجه اعتبار ساقط شود، کلیه توافقاتی که گواهی مذکور بر مبنای آن صادر شده است ملغی گردد».
۲۸. از جمله نظر مشورتی شماره ۷/۱۰۱۴۳ به تاریخ ۱۳۸۰/۱۰/۲۵: «با توجه به صدور ماده واحده قانون تعیین مدت اعتبار گواهی عدم امکان سازش، گواهی مذکور باید ظرف سه ماه از تاریخ ابلاغ به دفتر ثبت طلاق تسلیم شود و الا از اعتبار ساقط است. بنابراین با ثبت گواهی در دفتر، در صورتی که به جهت پاره ای از اختلافات طلاق محقق نگردد، گواهی اعتبار قانونی خود را دارد و دفتر طلاق با توجه به قسمت دوم ماده واحده و صدور دعوت نامه مجدد برای حضور، در صورت عدم حضور طبق بندهای «الف»، «ب» و «ج» ذیل ماده واحده با رعایت جهات شرعی حسب مورد عمل می نماید» (میرزایی، ۱۳۸۹، ج ۱: ۱۵۸۶).
۲۹. نظر مشورتی شماره ۷/۳۳۰۶ به تاریخ ۱۳۸۳/۵/۱۱: «گواهی عدم امکان سازش پس از رسیدگی و بر اساس رأی قطعی دادگاه صادر می شود و با رأی دادگاه که ممکن است اجازه طلاق (به درخواست زوج) و یا حکم طلاق (به تقاضای زوجه) باشد، تفاوت دارد. طبق قانون تعیین مدت اعتبار گواهی عدم امکان سازش، گواهی مزبور سه ماه اعتبار دارد؛ در حالی که حکم دادگاه مادام که به طرق قانونی فسخ یا نقض نشود، معتبر است...» (میرزایی، ۱۳۸۹، ج ۱: ۱۵۸۷). هم چنین است نظر مشورتی شماره ۷/۱۹۶۸ مورخ ۱۳۸۳/۳/۲۰ (میرزایی، ۱۳۸۹، ج ۱: ۱۵۸۷).

۳۰. نظر مشورتی شماره ۷/۵۸۹۶ به تاریخ ۱۳۸۲/۸/۲۴: «در صورتی که گواهی عدم امکان سازش ظرف سه ماه تسلیم دفترخانه شده، اما صیغه طلاق جاری نگردیده باشد و زوجه برای اجرای طلاق حاضر نمی‌شود، باید مطابق ماده واحده قانون تعیین مدت اعتبار گواهی عدم امکان سازش و نوع طلاق که خلعی و بائن اعلام شده و شقوق «الف»، «ب» و «ج» آن ماده اقدام شود و دادخواست مجدد لزومی ندارد» (میرزایی، ۱۳۸۹، ج ۱: ۱۵۸۸).
۳۱. «... نظر به اینکه قانون مذکور (قانون تعیین مدت اعتبار گواهی عدم امکان سازش) پس از تصویب مجلس شورای اسلامی در تاریخ ۱۳۷۶/۸/۲۸ به تأیید شورای محترم نگهبان رسیده و فاقد ابهام و اجمال می‌باشد، لذا دادگاه‌ها طبق اصل یک‌صد و شصت و هفتم قانون اساسی مکلف به رعایت آن می‌باشند و تخلف از اجرای صحیح قانون، موجب تعقیب انتظامی خواهد بود. بدیهی است در هر مورد که در اجرای قانون برای دادگاه‌ها مشکل یا شبهه شرعی پیش آید، می‌توانند مراتب را به قوه قضائیه اعلام نمایند و عنداللزوم نظر فقهای محترم شورای نگهبان نسبت به انطباق یا عدم انطباق با موازین شرع استفسار خواهد شد».
۳۲. «هرگاه گواهی عدم امکان سازش بنابر توافق زوجین صادر شده باشد، در صورتی که زوجه بنابر اعلام دادگاه صادر کننده رأی و یا به موجب سند رسمی در اجرای صیغه طلاق وکالت بلاعزل داشته باشد، عدم حضور زوج، مانع اجرای صیغه طلاق و ثبت آن نیست».
۳۳. برخی قائل به رجعی بودن طلاق به واسطه غیبت مرد می‌باشند (موسوی خمینی، ۱۳۶۸، ج ۳: ۶۱۱).
۳۴. (ر.ک: معاونت آموزش قوه قضائیه، ۱۳۸۷، ج ۴۰: ۹۱-۹۲) هم‌چنین است نظر مشورتی شماره ۴۰۶۷ مورخ ۱۳۸۱/۶/۳ (معاونت آموزش قوه قضائیه: ۱۳۸۷، ج ۴۰: ۹۲-۹۳).

منابع

- امامی، سیدحسن. (۱۳۶۸) حقوق مدنی، تهران: کتاب فروشی اسلامیة، چاپ چهارم.
- بهرامی، بهرام. (۱۳۸۷) آیین دادرسی مدنی - علمی کاربردی، تهران: نگاه بینه، چاپ دهم.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۰) ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، چاپ پنجم.
- شهید اول، زین الدین بن علی مکی عاملی. (۱۳۸۷) ترجمه کتاب لمعه، شرح: علیرضا فیض و علی مهذب، تهران: مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه، چاپ دوازدهم.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی جبعی عاملی. (۱۳۸۰) شرح اللمعه، ترجمه و تبیین: علی شیروانی و محمد مسعود عباسی، قم: مؤسسه انتشارات دارالعلم.
- _____ . (۱۴۱۶ق). الروضة الهیبة فی شرح اللمعه الدمشقیة، مؤسسه المعارف الاسلامیه.

- صفایی، سید حسین و اسدالله امامی. (۱۳۷۸) حقوق خانواده، تهران: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سی ام.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۱) حقوق مدنی - خانواده، تهران: شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ سوم.
- _____. (۱۳۸۳) اعتبار امر قضاوت شده در دعوی مدنی، تهران: میزان، چاپ ششم.
- محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۸۲) بررسی فقهی حقوقی خانواده - نکاح و انحلال آن، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دهم.
- مدنی، سید جلال الدین. (۱۳۷۲) آیین دادرسی مدنی، تهران: گنج دانش، چاپ دوم.
- معاونت آموزش قوه قضاییه. (۱۳۸۶) مشاوره قضایی تلفنی، قم: قضا، چاپ نخست.
- _____. (۱۳۸۷) رویه قضایی ایران در ارتباط با دادگاه‌های خانواده، تهران: انتشارات جنگل، چاپ نخست.
- _____. (۱۳۸۸) نحوه رسیدگی به دعوی طلاق در دادگاه‌های خانواده، محقق: احمد بوربور، تهران: جاودانه، چاپ نخست.
- معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضاییه (۱۳۸۶) مجموعه تفیخ شده قوانین و مقررات حقوقی، تهران: انتشارات روزنامه رسمی، چاپ نخست.
- موسوی خمینی، سیدروح‌الله. (۱۳۶۸) ترجمه تحریر الوسیله، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ نخست.
- میرزایی، علیرضا. (۱۳۸۹) محشی قوانین و مقررات حقوقی، تهران: بهنامی، چاپ نخست.
- نجفی، محمد حسن. (۱۳۷۴) جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام، تهران: دارالکتب الاسلامیه.

مطالعه تطبیقی انعقاد عقد رهن و استقرار آن در نظام حقوقی ایران و امریکا

فریده شکری^۱

چکیده: در نظام حقوقی ایران به صرف وجود دین ثابت در ذمه، عین بودن رهنه و قبض آن، عقد رهن تحقق یافته و حق مرتهن بر رهنه استقرار می‌یابد؛ بدون آنکه میان دو مرحله ایجاد و استقرار حق وثیقه، تفاوت باشد یا آنکه حداقل برای استقرار حق مرتهن بر رهنه غیرمنقول، ثبت عقد رهن الزامی باشد. از سوی دیگر، در نظام حقوقی ایران، هر چند به نحو اجمال، قاعده انتقال پذیری رهنه به رسمیت شناخته شده است؛ آن‌گونه که انعقاد عقد رهن و استقرار حق مرتهن، مانع از انتقال بعدی رهنه و یا حقوق ناشی از آن از سوی راهن نمی‌باشد، مشروط بر آنکه با حقوق مرتهن منافاتی نداشته باشد. حکومت این قاعده، بدون پیش‌بینی مقررۀ خاصی در خصوص استقرار حق عینی ناشی از این عقد مانند الزام به ثبت رهنه، گاه تبعاتی چون اختلاف در تشخیص دارنده حق تقدم، توسل به عقود صوری با قید تاریخ مقدم و به تبع آن تضییع حق مرتهن و هم‌چنین درگیری محاکم در دعاوی حقوقی و احياناً کيفری مرتبط با موضوع را در پی دارد. این در حالی است که در برخی نظام‌های حقوقی جهان و از جمله امریکا، با تفکیک میان دو مرحله انعقاد عقد رهن و یا وثیقه و استقرار حق وثیقه برای هر یک از آن‌ها مقررات خاصی پیش‌بینی شده است. در این نظام‌ها با تمییز میان رهنه منقول و غیرمنقول، استقرار حق مرتهن بر هر یک از این اموال مستلزم انجام تشریفات خاصی است و الاً حق مرتهن، حقی ناقص بوده و رجحان دیگر مرتهنینی که این مراحل را طی نموده‌اند، در پی دارد. پرسشی که در این نوشتار مطرح می‌شود آن است که آیا با وجود آرای فقهی موجود و متون قانونی حاکم، می‌توان در نظام حقوقی ایران میان این دو مرحله تفکیک قائل شد؟ با استقرا در این آرا و متون و به‌ویژه مذاقه در نقش قبض رهنه در انعقاد عقد رهن و توجه به مفهوم عرفی قبض به فراخور مصادیق آن، می‌توان قبض را موجبی برای استقرار حق مرتهن بر رهنه دانست و در این راستا با بهره‌گیری از تجربیات تقنینی دیگر نظام‌های حقوقی و به جهت اجتناب از تبعات فوق‌الذکر، به اصلاح قوانین و مقررات حاکم همت

۱. دکترای حقوق خصوصی، معاون دادرسی عمومی و انقلاب تهران

E-mail: fh_shokri@yahoo.com

دریافت مقاله: ۱۳۹۷/۴/۱۰ تأیید مقاله: ۱۳۹۷/۵/۲۳

گماشت.

کلیدواژه‌ها: عقد رهن، معاملات وثیقه‌ای، حق تقدم، ثبت رهنه، استقرار حق وثیقه، قانون متحدالشکل تجاری امریکا.

مقدمه

عقد رهن از جمله عقود امضایی است که از همان ابتدا به منظور تضمین دیون و تعهدات و ایجاد وثیقه عینی در برابر آنها شکل گرفته و به تدریج عمومیت یافته است. حقیقت رهن، قرار دادن عین برای توثیق دین یا سبب دینی است که مرتهن بر عهده رهن دارد و این به معنی انتقال رهنه از ملک رهن نمی‌باشد؛ آن‌گونه که مرتهن صرفاً حق استیفای آن را در صورت حلول سررسید و عدم ایفای تعهد داراست؛ زیرا رهنه متعلق حق رهانه بوده و برای آن معنی دیگری متصور نمی‌باشد. فقهای امامیه در مقام تبیین شرایط تحقق و انعقاد عقد رهن، افزون بر شرایط عمومی قراردادهای، وجود دین ثابت در ذمه، عینیت رهنه و نیز قبض آن را ضروری دانسته و به بطلان رهن دین و منفعت حکم نموده‌اند. فقهای مذکور پس از تبیین شرایط انعقاد عقد رهن و ذکر ادله استنادی خود، موضوع انتقال عین و یا منافع رهنه را مطرح نموده و مشهور ایشان بر عدم جواز چنین انتقالی حکم نموده‌اند؛ مگر در فرض رضای مرتهن. از منظر آنان، این امر موجب می‌شود رهن در تنگنا قرار گرفته و در بازپرداخت بدهی خود تسریع نماید (ر.ک: انصاری، ۱۳۷۶، ج ۲: ۱۱۵؛ نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۵: ۱۹۵).

قانون‌گذار ایران نیز با تبعیت از دیدگاه مشهور فقهای امامیه، شرایط مذکور را برای صحت عقد رهن مقرر نموده، اما در خصوص دامنه اختیارات رهن در انجام تصرفات ناقله نسبت به عین و یا منفعت رهنه، به دلیل اختلاف آرای فقها در این خصوص، موضع شفاف و صریحی اتخاذ ننموده است. وجود دو ماده متفاوت در قانون مدنی^۱ در این زمینه، صدور برخی آرای متفاوت از سوی مراجع مختلف قضایی، تفاوت آرای علمای حقوق در تفسیر و تبیین مواد یاد شده و هم‌چنین درج شرط ممنوعیت رهن (بدهکار) نسبت به انتقال رهنه در قراردادهای مربوط به اعطای تسهیلات از سوی بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری، حدود اختیارات رهن را با ابهام بیشتری مواجه ساخته است. در این میان، رویه اتخاذی از سوی دفاتر اسناد رسمی که در نتیجه برخی بخشنامه‌های صادره و یا رویه جاری، با امتناع از تنظیم سند انتقال املاک رهنی، معاملات ناظر بر انتقال چنین املاکی را در قالب عقد وکالت تنظیم می‌نمایند و آثار مترتب بر عقد وکالت به عنوان

عقدی جایز، بر این دشواری‌ها و ابهامات افزوده است. ضمن آن‌که، تهرین املاک فاقد سابقه ثبتی و اموال منقولی که گاه از ارزش مالی قابل توجهی برخوردارند و عدم ثبت چنین تهرینی، امکان تضییع حقوق دیگران را در پی دارد. افزون بر این، برخی بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری نیز پرداخت تسهیلات را منوط به اعطای وکالت مطلق و بلاعزل به آنها در امر فروش رهنه و به هنگام ضرورت می‌نمایند: رویه‌ای که با برخی موانع قانونی مانند ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت اسناد و املاک کشور^۲، بند ۷-۷ قانون بودجه سال ۱۳۹۱ و بند «ب» ماده ۱۹ قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام بانکی کشور مصوب ۱۳۹۴ مواجه است و آثار مترتب بر تنظیم چنین وکالت‌نامه‌هایی را با ابهامات و پرسش‌های بیش‌تری مواجه می‌سازد. تمامی این دشواری‌ها و تبعات، بازنگری در قواعد و قوانین حاکم بر عقد رهن، تفکیک میان دو مرحله انعقاد این عقد و استقرار حقوق ناشی از آن و هم‌چنین پیش‌بینی قواعدی منسجم برای ثبت و استقرار حق رهن و تصریح به جواز انتقال رهنه توأم با حفظ حقوق مرتهن را ضروری ساخته است؛ راهکاری که در حال حاضر در بسیاری از نظام‌های حقوقی جهان به صراحت و جهت قانونی یافته است؛ از این جمله است نظام حقوقی امریکا که در قالب ماده ۹ قانون متحدالشکل تجاری^۳ که ناظر بر معاملات وثیقه-ای^۴ است، از یک سو به صراحت قاعده انتقال‌پذیری رهنه را به رسمیت شناخته و هرگونه شرط خلاف را فاقد اثر دانسته است و از سوی دیگر، مقررات خاصی برای ایجاد و استقرار حق وثیقه پیش‌بینی نموده و به شیوه‌های متفاوت، امکان آگاهی دیگران از چنین حقی را فراهم آورده و در همین راستا، قواعدی منسجم برای تعیین دارندگان حق تقدم در رهنه، پیش‌بینی و به ضمانت اجرای عدم رعایت این قواعد، تصریح نموده است.

در این نوشتار، ابتدا موضع نظام حقوقی ایران در خصوص شرایط انعقاد عقد رهن و امکان انتقال رهنه و آثار مترتب بر این امر آمده و آنگاه به لحاظ اهمیت قانون متحدالشکل تجاری امریکا و الهام‌بخشی ماده ۹ این قانون برای بسیاری از دیگر نظام‌های حقوقی جهان، معاملات وثیقه‌ای در این ماده قانونی بررسی شده و در پایان برخی راهکارهای اصلاحی ارائه می‌گردد.

۱. انعقاد و استقرار عقد رهن و قابلیت انتقال رهنه در نظام حقوقی ایران

به شرح آتی، شرایط صحت و انعقاد عقد رهن از منظر فقهای امامیه بررسی شده و سپس موضع قانون‌گذار ایران در این خصوص آورده می‌شود.

۱-۱. انعقاد و استقرار عقد رهن

در ابتدا شرایط انعقاد عقد رهن از منظر فقهای امامیه و سپس موضع قانون‌گذار ایران نسبت به این موضوع تبیین می‌شود.

۱-۱-۱. آرای فقها

فقهای امامیه به هنگام بحث در خصوص شرایط انعقاد عقد رهن، افزون بر شرایط عمومی قراردادهای، شرایطی چون دین ثابت در ذمه (راوندی، ۱۴۰۵، ج ۲: ۵۸؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۴، ج ۲۰: ۵۵؛ خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۳: ۳۴۶)، عینیت رهنه (علامه حلی، بی‌تا، ج ۲: ۱۶؛ طباطبایی، ۱۴۱۹، ج ۸: ۵۰۶؛ شهید اول، ۱۴۱۴، ج ۳: ۳۸۷؛ بحرانی، بی‌تا، ج ۲۰: ۲۴۶؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۴، ج ۲۰: ۶۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۴: ۲۰؛ محقق ثانی، ۱۴۰۸، ج ۵: ۴۸؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۶، ج ۲: ۲۸۸) و قبض آن (شیخ طوسی، بی‌تا: ۴۳۱؛ شیخ مفید، ۱۴۱۰: ۶۲۲؛ طباطبایی، ۱۴۰۴، ج ۱: ۵۸۱ و ۱۴۱۹، ج ۸: ۵۰۳؛ موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۳) را ضروری دانسته و بر این اساس، به بطلان رهن دین و منفعت حکم داده‌اند.

باید توجه داشت که اقوال و آرای فقها در خصوص نقش و تأثیر قبض رهنه در عقد رهن، متفاوت است.^۵ بسیاری از فقهای امامیه، قبض رهنه را شرط صحت عقد رهن دانسته و صرف ایجاب و قبول را بدون تحقق قبض، منشأ اثر نمی‌دانند^۶ (شیخ طوسی، بی‌تا: ۴۳۱؛ شیخ مفید، ۱۴۱۰: ۶۲۲؛ ابن حمزه، ۱۴۰۸: ۲۶۵؛ طبرسی، ۱۴۱۵، ج ۲: ۴۰۰؛ محقق حلی، ۱۴۰۹، ج ۲: ۳۲۹؛ شهید اول، ۱۴۱۱: ۱۱۷ و ۱۴۱۴، ج ۳: ۳۸۳؛ ابن زهره، ۱۴۱۷: ۳۳۴؛ فیض کاشانی، بی‌تا: ۱۳۶؛ طباطبایی، ۱۴۰۴، ج ۱: ۵۸۱ و ۱۴۱۹، ج ۸: ۵۰۳؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۶: ۱۵؛ همدانی: بی‌تا، ج ۳: ۲۰۷؛ راوندی، ۱۴۰۵، ج ۲: ۵۸؛ خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۳: ۳۴۲؛ خویی، بی‌تا، ج ۲: ۱۷۶؛ سلار، ۱۴۱۴: ۱۹۶؛ اشتهااردی، ۱۴۱۶: ۱۹۱؛ ابن ادریس، ۱۴۱۱، ج ۲: ۴۹۱).

برخی دیگر بر این باورند هرچند قبض رهنه در تحقق عقد رهن تأثیری ندارد، موجب می‌شود که عقد از ناحیه راهن جایز تلقی شود؛ بدین معنی که تا پیش از تحقق قبض، وثیقه مرتهن کامل نشده و به همین جهت راهن می‌تواند از تحویل رهنه خودداری کرده و عقد رهن را فسخ نماید. تا هنگامی که چنین اقدامی صورت نگرفته است، حقوق مرتهن، هرچند به صورت متزلزل برقرار می‌باشد (ابن زهره، ۱۴۱۷: ۲۴۳؛ شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲: ۱۹۸).^۷

گروه سوم از فقهای امامیه معتقدند که به صرف ایجاب و قبول، عقد رهن به نحو صحیح و لازم محقق شده و راهن ملزم به اقباض رهنه به مرتهن می‌باشد و در صورت امتناع، حاکم می‌تواند

وی را به این امر الزام نماید و در صورت عدم امکان، حق فسخ عقد را برای مرتهن به همراه خواهد داشت (علامه حلی، ۱۴۲۰، ج ۲: ۴۶۴؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶، ج ۲: ۲۱۶؛ شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲: ۱۹۸ و ۱۴۱۷، ج ۳: ۲۲۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۴: ۵۵-۶۶؛ فاضل مقداد، ۱۴۰۳: ۶۰؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۲: ۲۵؛ ابن ادریس، ۱۴۱۱، ج ۲: ۴۱۷؛ محقق ثانی، ۱۴۰۸، ج ۵: ۹۴؛ نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۵: ۹۹؛ طرابلسی، ۱۴۱۱: ۶۵ و ۱۴۰۶، ج ۲: ۴۴).^۸

موضوع دیگر آنکه میان فقهای امامیه در معنی اصطلاحی قبض اختلاف است؛ برخی قبض را به معنی تقبیض و مقصود از آن را تحقق قبض به واسطه تخلیه می‌دانند (نجفی، ۱۳۶۵: ج ۲۳: ۱۵۰)؛ عده‌ای نیز قبض را عبارت از نقل و تحویل دانسته (علامه حلی، بی‌تا، ج ۲: ۲۵ و ۱۴۲۰: ج ۲: ۴۶۵؛ ر.ک: ابی‌مجد یوسفی، ۱۴۱۰، ج ۱: ۴۷۱-۴۷۲) و گروهی نیز میان قبض و تسلیم تفاوتی قائل نشده و تسلیم را عبارت از مطلق تخلیه دانسته‌اند (حسینی عاملی، ۱۳۲۶، ج ۵: ۶۹۶). با وجود چنین اختلاف عقیده‌ای، در بیان معنی اصطلاحی قبض، تقریباً در تمام اقوال ابرازی، قبض در معنی واحد استیلا و سیطره بر مال، به کار رفته است (موسوی خمینی، ۱۴۱۰: ج ۵: ۳۶۵)؛ در حقیقت، اختلاف، در مصادیق قبض است؛ به گونه‌ای که برخی از ایشان، به صراحت بیان می‌کنند که مراد از قبض در تمام ابواب فقهی، معنی عرفی آن است (انصاری، ۱۳۷۹، ج ۱: ۳۰۹-۳۱۰؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۶: ۱۱). به دلیل تفاوت در قبض اشیای مختلف و عدم امکان قبض مادی برخی اموال، صرف استیلای عرفی بر آنها بدون داشتن هرگونه تصرف و قبض مادی برای تحقق این معنی کفایت می‌نماید.^۹ این معنی از قبض، ضمن آنکه با تلقی عرف از این واژه هم‌خوانی و تطبیق دارد، می‌تواند قبض عرفی رهنه را به فراخور مصادیق مختلف آن، تبیین نماید؛ یکی از مهم‌ترین مصادیق قبض عرفی، اقدام به ثبت رسمی عقد رهن و طی فرآیند ناظر بر آن است؛ امری که می‌تواند هدف از ترهین را که همان امکان فروش رهنه به هنگام ضرورت است (علامه حلی، ۱۳۶۸: ۱۶؛ نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۵: ۱۱۶؛ شهید اول، ۱۴۱۴، ج ۳: ۳۸۷؛ موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۱: ۴)، به خوبی تأمین نماید. اقدام به ثبت عقد رهن برای تسجیل حق مرتهن به حدی منشأ اثر است که چه بسا می‌توان گفت اینکه فقها قبض رهنه را شرط صحت عقد رهن تلقی نموده‌اند، به دلیل فقدان نظام ثبت حق وثیقه بوده و بر همین اساس نظام حقوقی اسلام، نظریه قبض را به کار برده و رواج داده است.

۲-۱-۱. قانون مدنی

قانون‌گذار ایران در ماده ۷۷۴ قانون مدنی با تبعیت از آرای مشهور فقهای امامیه، مقرر نموده است که «مال مرهون باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت باطل است». صرف نظر از تلاش صورت گرفته برای تفسیر موسع حکم این ماده و تسری آن به برخی مصادیق اموال غیرمادی (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۴: ۵۴۰-۵۴۱؛ کریمی، ۱۳۷۶، ش ۳۶: ۲۲؛ کریمی، معین اسلام، ۱۳۸۷، ش ۲: ۳۱۸؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۶۹)، مقنن در ماده ۷۷۲ این قانون با ضروری دانستن قبض رهنه، استمرار آن را الزامی ندانسته است. به موجب این ماده: «مال مرهون باید به قبض مرتهن یا به تصرف کسی که بین طرفین معین می‌گردد داده شود، ولی استمرار قبض شرط صحت معامله نیست». بخش نخست این ماده با دیدگاه آن عده از فقهای امامیه تناسب دارد که تسلیم رهنه را صرفاً یکی از آثار عقد رهن و در زمره التزامات راهن، محسوب کرده و در حقیقت، به وقوع عقد رهن، به صرف ایجاب و قبول معتقدند. با وجود این، قسمت اخیر ماده مزبور مبین آن است که از دید مقنن، قبض رهنه، شرط صحت این عقد تلقی می‌شود. نویسندگان قانون، به فراست به دشواری ناشی از چنین حکمی واقف بوده و استمرار قبض را شرط صحت تلقی ننموده‌اند؛ بنابراین، از دید قانون‌گذار ایران قبض رهنه، هرچند برای یک لحظه باشد، برای صحت عقد رهن کفایت می‌نماید.

۲-۱-۲. قابلیت انتقال رهنه

همان‌گونه که آورده شد، موضع فقهای امامیه، قانون‌گذار ایران، رویه قضایی، رویه دفاتر اسناد رسمی و همچنین بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری در خصوص قابلیت انتقال رهنه و یا حقوق و منافع ناشی از آن متفاوت است. هر یک از این موضوعات به تفکیک آورده می‌شود.

۱-۲-۱. آرای فقها

فقهای امامیه با تقسیم تصرفات راهن در عین مرهونه به تصرفات مادی و حقوقی^۱، وضعیت هر یک و احکام آن را برشمرده‌اند. از آنجایی که تفکیک مرحله انعقاد و استقرار رهن با تصرفات حقوقی ارتباط می‌یابد، وضعیت تصرفات حقوقی راهن نسبت به عین مرهونه تبیین می‌شود؛ با استقراء در آرای فقهای امامیه می‌توان نظرات آنان را در چهار دسته به شرح زیر احصا نمود:

الف) برخی با عقیده به ممنوعیت مطلق تصرفات حقوقی راهن، وی را از چنین تصرفاتی در

عین مرهونه ممنوع می‌دانند؛ این گروه، رهنه را وثیقه طلب بستانکار دانسته و در راستای حفظ حقوق وی، به چنین منعی عقیده دارند (ابن ادریس، ۱۴۱۱، ج ۲: ۴۲۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۲، ج ۲: ۴۸۸؛ سلار، ۱۴۱۴: ۱۹۶).

ب) گروه دیگری، به جواز مطلق تصرفات حقوقی رهن معتقدند؛ هرچند بدون اذن مرتهن باشد (موسوی خویی، ۱۳۶۸، ج ۵: ۲۳۸؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۳، ج ۱۶: ۲۶۵).

ج) مشهور فقهای امامیه، تصرفات رهن در رهنه را صحیح می‌دانند؛ منوط به آنکه، با اذن و یا اجازه بعدی مرتهن و یا متعاقب سقوط حق رهن باشد^{۱۱} (شهید اول، ۱۴۱۴، ج ۳: ۲۰۰؛ نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۵: ۱۹۵؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۶، ج ۲: ۳۶؛^{۱۲} بحرانی، بی تا، ج ۲۰: ۲۶۱؛ اردبیلی، ۱۴۱۲، ج ۹: ۱۶۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۰: ۳۹۳؛^{۱۳} طباطبایی، ۱۴۱۹، ج ۸: ۵۲۲؛ انصاری، ۱۴۱۹، ج ۴: ۱۶۰).

د) برخی دیگر با استناد به قاعده تسلیط، رهن را دارای حق هرگونه تصرف در عین مرهونه می‌دانند؛ مگر آنکه چنین تصرفاتی به زیان مرتهن باشد (طرابلسی، ۱۴۰۶، ج ۲: ۵۲).

۲-۱-۲. قانون مدنی و آرای نویسندگان حقوق

نویسندگان قانون مدنی در دو ماده متفاوت از این قانون، حکم تصرفات رهن در عین مرهونه را پیش‌بینی نموده‌اند. به موجب ماده ۷۹۳ قانون مدنی «رهن نمی‌تواند در رهن تصرفی کند که منافی حق مرتهن باشد مگر به اذن مرتهن»، و بر اساس ماده ۷۹۴ همین قانون «رهن می‌تواند در رهن تغییراتی بدهد یا تصرفات دیگری که برای رهن نافع باشد و منافی حقوق مرتهن هم نباشد به عمل آورد بدون اینکه مرتهن بتواند او را منع کند، در صورت منع اجازه با حاکم است».

به نظر می‌رسد در نتیجه اختلاف آرای فقهای امامیه در تبیین تصرفات منافی، نویسندگان قانون مدنی نیز مصادیق چنین تصرفاتی را در ماده ۷۹۳ قانون مدنی احصا ننموده‌اند؛ همین امر موجب بروز آرای مختلف در میان نویسندگان حقوق شده است. برخی در تلاش برای رفع تعارض این مواد قانونی، حکم مقرر در ماده ۷۹۴ قانون مدنی را ناظر به تصرفات مادی دانسته و بر این عقیده‌اند که ماده ۷۹۳ این قانون، فاقد مفهوم مخالف است؛ یعنی قانون‌گذار خواسته است تصرف منافی با حقوق مرتهن را منع کند؛ بدون آنکه مقصود، اباحه سایر تصرفات رهن باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۴: ۵۸۱)؛ به رغم اعتقاد این نویسنده به اباحه تصرفات غیرمنافی، در مقام بیان حکم تصرفات ناقل ملکیت، تمامی انتقالات رهنه را منوط به اذن و یا اجازه بعدی مرتهن دانسته است؛ اعم از آنکه،

انتقال مطلق و یا با قید حق مرتهن باشد (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۲: ۵۸۴).

یکی دیگر از نویسندگان، تصرفات ناقل مالکیت را که توأم با حفظ حقوق مرتهن باشد، نافذ (امامی، ۱۳۸۰، ج ۲: ۳۶۹-۳۷۰) و تصرفات فاقد چنین قیدی را منافی و غیرنافذ دانسته است. در مقابل برخی دیگر از نویسندگان، تصرفات ناقل عین را به طور کلی منافی حقوق مرتهن و غیرنافذ تلقی می نمایند (بروجردی عبده، ۱۳۸۰: ۳۱۵؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۹۹).^{۱۴}

۳-۲-۱. رویه قضایی

در خصوص قابلیت انتقال رهنه، رویه شعب دیوان عالی کشور و محاکم متفاوت است؛ به گونه ای که صدور رأی وحدت رویه از سوی هیأت عمومی دیوان عالی کشور نیز نتوانست به این اختلاف رویه ها پایان بخشد. توضیح آنکه، در نتیجه بروز آرای متضاد از سوی شعب بیست و یکم و چهاردهم آن دیوان، هیأت عمومی دیوان عالی کشور با صدور رأی وحدت رویه ای،^{۱۵} معاملات مالک نسبت به مال مرهونه در صورتی که منافی حق مرتهن باشد را نافذ ندانسته، اعم از اینکه معامله رهن، بالفعل منافی حق مرتهن باشد و یا بالقوه.

در مقابل، هیأت عمومی حقوقی دیوان عالی کشور در کم تر از چهار ماه از تاریخ صدور این رأی وحدت رویه و در تعارض با آن، با صدور رأیی اصراری، حکم شعبه ششم دادگاه عمومی شهرستان اصفهان مبنی بر الزام خوانده به فک رهن و هم چنین تنظیم سند رسمی انتقال را منافی حقوق مرتهن و ماده ۷۹۳ قانون مدنی ندانسته است.^{۱۶}

هم چنین یکی از شعب دادگاه عمومی تهران، با پذیرش دعوای خواهان به خواسته فک رهن و الزام به تنظیم سند رسمی انتقال در دفاتر اسناد رسمی، چنین خواسته ای را از جمله تعهدات قانونی و قراردادی خوانده دانسته و وی را به فک رهن با پرداخت دیون مرتهن و تنظیم سند رسمی مشاعی در حق خواهان و هم چنین ابطال عملیات اجرایی بانک مرتهن محکوم نموده است.^{۱۷} در مقابل، دادگاه تجدیدنظر استان تهران با نقض رأی بدوی^{۱۸} و مستند به ماده ۷۹۳ قانون مدنی و رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ مورخ ۱۳۷۶/۸/۲۰ صادره از هیأت عمومی دیوان عالی کشور، انتقال ملک مرهونه را از مصادیق معاملات فضولی دانسته که با رد این معامله توسط مرتهن، چنین انتقالی باطل می شود. با اعلام اشتباه سرپرست مجتمع قضایی نسبت به رأی اخیرالذکر، بنا به جهاتی مانند انحصار رأی وحدت رویه استنادی به دعوای سرقفلی و ایراد به فضولی دانستن معامله راجع به عین

مرهونه و مساوی دانستن آن با بقای حق تنفیذ معامله برای مرتهن حتی در فرض بازپرداخت مطالبات بانک (مرتهن)، دیوان عالی کشور با وارد دانستن جهات اشتباه، رسیدگی را به شعبه هم‌عرض ارجاع داده است.^{۱۹} دادگاه مرجع‌الیه بعدی، رأی بدوی دایر بر ابطال عملیات اجرایی دفتر اسناد رسمی و فک رهن از ملک پس از پرداخت مطالبات بانک را، تأیید و ابرام نموده است.^{۲۰}

اداره حقوقی قوه قضاییه نیز در خصوص قابلیت انتقال رهنه، نظریات متعددی ابراز داشته است؛ برخی نظریات این اداره به این شرح است: «ملکی که در رهن دیگری است، قابل نقل و انتقال نیست؛ مگر با حفظ حقوق مرتهن و با موافقت او»؛^{۲۱} «در صورتی که دادگاه حکم بر انتقال عینی صادر نماید و در حین اجرا معلوم شود که محکوم‌به در رهن بانک می‌باشد، ادامه عملیات اجرایی با حفظ حقوق مرتهن یعنی با باقی بودن محکوم‌به در رهن (پس از انتقال) بلااشکال است»؛^{۲۲} «با توجه به مواد ۷۸۰ و ۷۹۳ قانون مدنی و رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ مورخ ۱۳۷۶/۸/۲۰ هیأت عمومی دیوان عالی کشور چون عقد رهن برای مرتهن نسبت به مال مرهون حق عینی و حق تقدم ایجاد می‌کند که می‌تواند از محل فروش مال مرهون طلب خود را استیفا نماید، هر اقدامی که منافی حق مرتهن باشد، بدون رعایت مقررات مذکور جایز نیست».^{۲۳}

۴-۲-۱. رویه بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری

بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری برای اعطای تسهیلات، اغلب مبادرت به اخذ تضامین شخصی و یا عینی از متقاضیان می‌نمایند؛ در فرض نخست، شخص و یا اشخاصی، ضمانت بازپرداخت تسهیلات را بر عهده می‌گیرند و در قسم دوم، پرداخت تسهیلات منوط به اخذ وثیقه‌ای عینی اعم از خانه، زمین و ... می‌باشد (ر.ک: طهماسبی، رشیدی، ۱۳۹۲: ۲۵). به رغم آنکه، وثایق موضوعه در نظام بانکی، اموال غیرمنقول و طیف گسترده‌ای از اموال منقول را در برمی‌گیرد، بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری، اغلب ترجیح می‌دهند در ازای پرداخت تسهیلات، وثایق ملکی اخذ نمایند. از سویی در سال‌های اخیر، برخی بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری، افزون بر اخذ رهنه عینی و منع نمودن راهن از انتقال بعدی آن، مبادرت به تنظیم قراردادهایی با عنوان وکالت مرتهن در فروش رهنه توأم با اعطای تمام اختیارات متصوره به مرتهن می‌نمایند؛ به نحوی که اعطای تسهیلات منوط به تنظیم این وکالت‌نامه می‌باشد؛ اتخاذ چنین رویه‌ای و تبعات نامطلوب مترتب بر

آن، قانون‌گذار را بر آن داشت تا با تصویب بند ۷-۷ قانون بودجه سال ۱۳۹۱، تنظیم چنین وکالت‌نامه‌هایی را منع نماید.^{۲۴} بعدها مشکلات ناشی از سنواتی بودن احکام مقرر در قانون بودجه، قانون‌گذار را بر آن داشت تا با تصویب بند «ب» ماده ۱۹ قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام بانکی کشور مصوب ۱۳۹۴ دریافت وکالت بلاعزل برای بانک‌ها و مؤسسات اعتباری دولتی و خصوصی را ممنوع سازد.^{۲۵} صرف‌نظر از تحولات قانونی فوق‌الذکر مبنی بر منع تنظیم وکالت‌نامه رسمی بلاعزل برای مرتهن (بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری) در امر فروش رهنه، بانک‌ها و مؤسسات مذکور تقریباً در تمامی موارد در قالب فرم‌ها و قیودی از پیش تنظیم شده، به هنگام اعطای تسهیلات، وام‌گیرندگان را از انتقال رهنه به صراحت منع می‌نمایند؛ هر چند چنین قراردادهایی را می‌توان در قالب عقود تحمیلی تفسیر نمود، به لحاظ امضای وام‌گیرنده، منشأ اثر بوده و همین امر موجب می‌شود دفاتر اسناد رسمی نیز از تنظیم سند رسمی انتقال عین و یا منافع اموال موضوع وثیقه اجتناب ورزند؛ گاه نیز چنین منعی به صراحت در قالب بخشنامه‌هایی به دفاتر اسناد رسمی ابلاغ می‌گردد؛ این موضوع از آن جهت واجد اهمیت است که وثایق مدنظر بانک‌ها صرفاً منحصر در وثایق غیرمنقول نبوده و به‌ویژه با توجه به قوانین و مقرراتی که در سال‌های اخیر به تصویب رسیده و وصف اجرایی یافته‌اند، طیف گسترده‌ای از اموال منقول را نیز در برمی‌گیرد.^{۲۶}

۵-۲-۱. رویه دفاتر اسناد رسمی

به طور معمول، اشخاص به منظور تضمین بیش‌تر وصول طلب خود، با مراجعه به دفاتر اسناد رسمی مبادرت به انعقاد قراردادهای رهنی نسبت به رهنه منقول و اغلب غیرمنقول می‌نمایند؛ آن‌گونه که در صورت امتناع مدیون از ایفای تعهد و پرداخت دین در سررسید، طلبکار یا متعهدله می‌تواند با صدور اجرائیه، مطالبات خود را از محل وثیقه، مطابق تشریفات و مقررات قانونی استیفا نماید.

همان‌گونه که آورده شد، در اوراق اعطای تسهیلات که از سوی بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری تنظیم می‌شود، به منع راهن از انتقال رهنه و تنظیم هر گونه سند انتقال بعدی در این خصوص تصریح می‌شود؛ امضای این اوراق از سوی تسهیلات‌گیرندگان که اغلب فارغ از قیود مندرج صورت می‌گیرد، دفاتر اسناد رسمی را از تنظیم سند انتقال منع می‌نماید؛ این امر در عمل، برخی دفاتر را به سوی تنظیم سند وکالت بلاعزل برای انتقال‌گیرنده سوق داده است؛ آن‌گونه که به موجب این وکالت، انتقال‌گیرنده مجاز می‌شود موضوع وکالت را که همان رهنه است، به خود

و یا هر شخص دیگری انتقال دهد. تبعات ناشی از چنین وکالتی که در نتیجه فوت و حجر هر یک از طرفین عقد وکالت منفسخ می‌شود، محل تأمل بوده و پیش‌بینی راهکاری جدی در این خصوص را ایجاب می‌نماید. شورای عالی ثبت نیز در این خصوص مقرر نموده است «معاملات راهن در عین مرهونه از جمله اجاره آن پس از رهن، موقوف به اجازه مرتهن است و چنین اجاره‌ای قابل ثبت در دفتر املاک نیست» (ر.ک: میرزایی، ۱۳۸۹، ج ۱: ۲۲۹).

گاهی نیز برخی بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری به صراحت در قالب بخشنامه‌هایی، دفاتر اسناد رسمی را از تنظیم سند رسمی وکالت بلاعزل منع می‌نمایند؛ از این جمله است بخشنامه بانک مسکن خطاب به دفاتر اسناد رسمی طرف قرارداد با این بانک.^{۲۷} به رغم چنین الزامات و مقرراتی، در عمل بسیاری از راهنین صرف‌نظر از قرارداد تنظیمی با بانک و مؤسسه مالی و اعتباری طرف قرارداد، اموال خود و به‌ویژه اموال غیرمنقول را در قالب عقود متعدد و اغلب بیع به دیگران واگذار می‌نمایند؛ به‌ویژه آنکه بازپرداخت اقساط تسهیلات دریافتی غالباً طولانی‌مدت بوده و انتقال بعدی عین و یا منافع این اموال از سوی راهن، امری متصور و محتمل است.

باید توجه داشت که تنظیم سند رهنی از سوی دفاتر اسناد رسمی، ناظر بر اموال غیرمنقول دارای سابقه ثبتی یا مصادیق خاصی از اموال منقول مانند خودرو بوده و نسبت به دیگر مصادیق عین مرهونه، اعم از آنکه در رهن بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری قرارگیرد یا به رهن اشخاص حقیقی و یا حقوقی‌ای غیر از این نهادها درآید، اغلب سند رهنی رسمی تنظیم نمی‌شود؛ لذا چنانچه راهن مبادرت به انتقال بعدی چنین مصادیقی از رهنه نماید، به سبب ناآگاهی طرف قرارداد از استقرار حق وثیقه بر مال موضوع عقد، انعقاد چنین عقدی از یک سو، اغلب به تضییع حقوق وی منجر خواهد شد و از سوی دیگر چنین انتقالی، با حقوق مرتهن اولیه در تعارض است؛ هرچند می‌تواند وفق ماده ۷۹۳ قانون مدنی، چنین معاملاتی را تنفیذ ننماید؛ اما این امر اغلب وی را درگیر فرآیندی قضایی و دشواری‌های ناشی از آن می‌نماید؛ عدم تنفیذ عقد، هم‌چنین اضرار انتقال‌گیرنده را در پی داشته و وی را با ضرری ناخواسته و اغلب طرح دعوا در محاکم مواجه می‌سازد. تمامی اینها در حالی است که تصریح به انتقال‌پذیری رهنه از سوی قانون‌گذار و در عین حال، پیش‌بینی نظامی جامع و کارآمد برای ایجاد و استقرار حق وثیقه نسبت به مصادیق مختلف اموال منقول و غیرمنقول، می‌تواند ضمن تضمین حقوق هر یک از طرفین عقد رهن، رعایت حقوق افراد ثالث و اشخاص طرف قرارداد با هر یک از این طرفین را در پی داشته باشد.

این توضیح ضروری است که به منظور پایان بخشیدن به تمامی آثار و تبعات نامطلوب ناشی از تعارض ظاهری مواد ۷۹۳ و ۷۹۴ قانون مدنی و ابهامات و اختلاف رویه‌های موجود، در ماده ۱۳۳ لایحه برنامه ششم توسعه اجتماعی، فرهنگی و اقتصادی جمهوری اسلامی ایران مقرر نمود که تهیه و تنظیم سند مالکیت رهنه‌های غیرمنقول، مستلزم اذن مرتهن (بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری) نمی‌باشد؛ هرچند سردفتر اسناد رسمی می‌بایست استعلام لازم را به عمل آورده و مراتب را به اطلاع منتقل‌آلیه برساند. به موجب این مقرر، چنین انتقالی نافی حقوق مرتهن نسبت به عین مرهونه نمی‌باشد.^{۲۸}

صرف نظر از ایراد مترتب بر این شیوه قانون‌گذاری از حیث نسخ ضمنی ماده ۷۹۳ قانون مدنی در قانونی که ناظر به برنامه جامع توسعه کشور در پنج سال آتی می‌باشد، تدوین این مصوبه می‌توانست به اختلافات موجود پایان بخشیده و انتقال بعدی رهنه را وصف و وجهه قانونی ببخشد. به رغم آثار مثبت چنین مقرره‌ای، در متن نهایی، مقرر مذکور حذف گردید.^{۲۹} اما این بار قانون‌گذار با تدوین مقرره‌ای دیگر در قالب ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه توسعه کشور مصوب ۱۳۹۵/۱۱/۱۰، تنظیم تمامی معاملات راجع به اموال غیرمنقول ثبت شده مانند بیع، صلح، اجاره و رهن به نحو رسمی در دفاتر اسناد رسمی را الزامی نمود. به موجب این مقرر قانونی، اسناد عادی راجع به معاملات اموال غیرمنقول، در برابر اشخاص ثالث قابل استناد نبوده و قابلیت معارضه با اسناد رسمی را فاقد است؛ مگر آنکه به تشخیص دادگاه، دارای اعتبار شرعی باشد.^{۳۰}

بر این اساس، رهن اموال غیرمنقول واجد سابقه ثبتی، می‌بایست با تنظیم سند رسمی صورت گیرد و آلا قابلیت استناد در مقابل اشخاص ثالث را فاقد است؛ اما این مقرر قانونی، در خصوص رهن اموال منقول فاقد حکم خاصی بوده و هم‌چنان رهن چنین اموالی و انتقال بعدی رهنه، با تبعات نامطلوب یاد شده مواجه می‌باشد.

۲. انعقاد و استقرار معاملات وثیقه‌ای در نظام حقوقی امریکا

به موجب ماده ۹ قانون متحدالشکل تجاری امریکا، قابلیت اجرای حق وثیقه، مستلزم طی دو فرآیند متفاوت است: نخست، تعلق حق وثیقه بر مال موضوع معامله وثیقه‌ای؛ و دیگر، استقرار حق وثیقه بر مال مزبور. بنابراین، می‌توان مواردی را متصور شد که به رغم آنکه حق وثیقه بر موضوع وثیقه تعلق گرفته است، این حق، حقی ناقص و غیرمستقر بوده و در برابر دیگر بستانکاران و اشخاص

ثالث، قابلیت استناد نداشته باشد. قانون مزبور برای تحقق هر یک از این دو فرآیند، شروطی را مقرر نموده است که به آنها پرداخته می‌شود.

۱-۲. انعقاد معامله وثیقه‌ای و ایجاد حق وثیقه در مال موضوع وثیقه

به موجب ماده ۹ قانون متحدالشکل تجاری آمریکا، ایجاد و تعلق حق وثیقه بر مال موضوع معامله وثیقه‌ای، منوط به تحقق شرایط زیر است:^{۳۱}

الف) بستانکار در قبال تحصیل حق وثیقه در مال مزبور، عوض^{۳۲} را به بدهکار اعطا و تسلیم نماید.^{۳۳} توضیح مختصر آنکه، در نظام حقوقی کامن‌لا، قراردادها بر دو قسم‌اند: عقود تشریفاتی و رسمی^{۳۴} و عقود غیررسمی^{۳۵}. صحت قراردادهای قسم نخست، به تنظیم سند مکتوب، شهادت شهود و تسلیم سند تنظیم شده، منوط است؛ حال آنکه برای صحت عقود گروه دوم، وجود عوض به همراه دیگر شرایط عمومی صحت قراردادها کفایت می‌کند (Duxbury, 1994: 12).

به موجب قانون متحدالشکل تجاری آمریکا، معامله وثیقه‌ای از قراردادهای اخیر محسوب می‌شود که صحت آنها منوط به وجود عوض^{۳۶} است. دادن عوض از سوی شخصی که درصدد تحصیل حق وثیقه است، دو نقش ایفا می‌نماید: به عنوان عوض حق وثیقه حاصل از معامله قرار می‌گیرد و، منشأ دینی می‌شود که قرارداد وثیقه‌ای برای تضمین آن منعقد می‌گردد.

ب) بدهکار در مال موضوع وثیقه، ذی‌حق بوده و یا آنکه اختیار به وثیقه دادن آن را دارا باشد. به گونه‌ای که بستانکار توانایی انتقال این اموال را به اشخاص ثالث، به هنگام ضرورت و به منظور استیفای طلب خود از محل آنها دارا باشد (Moringiello, 2003: n. 72).

ج) بدهکار قرارداد وثیقه‌ای را که مشتمل بر توصیف موضوع وثیقه است، تصدیق و امضا نماید؛^{۳۷} مال موضوع وثیقه در تصرف و یا تحت کنترل دارنده وثیقه باشد^{۳۸} و یا آنکه وجود چنین وثیقه‌ای به ثبت رسیده و گواهی مشعر بر این امر به دارنده وثیقه تسلیم شود.

هرگاه برای به تأخیر انداختن زمان تعلق حق وثیقه، توافق خلاف نشده باشد،^{۳۹} این وضعیت بلافاصله پس از حصول شرایط فوق تحقق می‌یابد.^{۴۰}

مفاد قرارداد وثیقه‌ای که با رعایت شرایط یاد شده، منعقد می‌شود، میان طرفین نافذ بوده و در برابر خریداران مال موضوع معامله و دیگر بستانکاران نیز قابل استناد است.^{۴۱}

۲-۲. استقرار حق وثیقه بر مال موضوع وثیقه

همان گونه که پیش تر نیز گفته شد، در نظام حقوقی امریکا، به طور کلی فرآیند اجرای حق وثیقه، اعم از اینکه نسبت به اموال موجود و یا دارایی آینده بدهکار باشد و امکان استناد به آن در برابر دیگر بستانکاران، مستلزم طی دو مرحله است: نخست، تعلق این حق بر مال موضوع وثیقه، به شرحی که پیش تر آورده شد و دیگر، استقرار این حق.^{۴۲} پیش از پرداختن به فرآیند اخیر، این توضیح ضروری است که انتقال پذیری حقوق مدیون در مال موضوع وثیقه،^{۴۳} قاعده‌ای است که در قانون متحدالشکل تجاری امریکا به رسمیت شناخته شده است؛ به گونه‌ای که توافق خلاف آن از سوی طرفین قرارداد فاقد اثر است.^{۴۴} انتقال اموال مزبور بدون رضایت دارنده حق وثیقه، موجب می‌شود که به رغم انتقال حقوق مدیون در آن اموال به منتقل‌آلیه، حق دارنده وثیقه در موضوع وثیقه و نیز عواید ناشی از آن^{۴۵} هم چنان به قوت خود باقی بماند؛^{۴۶} انتقال این اموال با رضایت دارنده حق وثیقه، سبب می‌شود که حق شخص مزبور، در موضوع وثیقه خاتمه یافته و این حق، صرفاً در عواید قابل شناسایی ناشی از چنین انتقالی، اعم از نقدی و غیرنقدی، باقی باشد؛^{۴۷} بنابراین در نظام حقوقی امریکا، اصل بر بقای حق دارنده وثیقه در عوض ناشی از انتقال موضوع وثیقه است؛ مگر آنکه، عوض و عواید ناشی از این انتقال، قابل تعیین و یا شناسایی نباشد.

پذیرش اصل انتقال پذیری حقوق مدیون مقتضی آن است که از حقوق اشخاص ثالث که بدون آگاهی از وجود حق وثیقه بر مال مزبور، اقدام به خرید آن نموده‌اند، حمایت شود؛^{۴۸} هم چنانکه از دارنده حق وثیقه از طریق حکم به تداوم حق وی در مال مزبور پس از انتقال آن و نیز تعلق حق وثیقه برای او در عوض دریافت شده، حمایت می‌شود. کارکرد مقررات مربوط به استقرار حق وثیقه، در این حالت به خوبی آشکار می‌شود؛ تا پیش از اجرای این قواعد، حق دارنده وثیقه در مال موضوع آن ناقص بوده و خریدار چنین مالی، آن را به صورت ملک طلق تملک می‌کند. پس از استقرار حق وثیقه، خریدار و یا هر شخص دیگری که در صدد تحصیل حقی در مال مزبور می‌باشد، می‌تواند با مراجعه به سامانه اطلاع رسانی^{۴۹} موجود، نسبت به تعلق و استقرار حق وثیقه بر آن مال آگاهی یابد. در این صورت دارنده وثیقه می‌تواند به حق خود در برابر خریدار و یا دیگر اشخاصی که پس از این فرآیند، در آن مال حقی را تحصیل نموده‌اند، استناد کند؛ مگر در موارد استثنایی که با وجود استقرار حق وثیقه و اطلاع خریدار از وجود چنین حقی، شخص اخیر مال را به نحو طلق تملک می‌کند.^{۵۰}

نتیجه آنکه، مهم‌ترین تأثیر استقرار حق وثیقه این است که چنین بستانکاری نسبت به تمام بستانکاران دارای وثیقه بعدی و منتقل‌الیه‌هم آن مال، حق تقدم و اولویت می‌یابد؛ چنین حقی در برابر مدیر تصفیه در فرض ورشکستگی بدهکار نیز قابل استناد است (Stone, 1975: 377). همان‌گونه که گفته شد، پیش‌بینی چنین اثری از سوی قانون‌گذار، الزاماً به معنی جریان همیشگی و الزامی آن، در تمام موارد نیست؛ گاهی خریدار موضوع وثیقه، آن را فارغ از حق وثیقه مستقر شده، تحصیل می‌کند و در برخی موارد میان دارندگان حق وثیقه مستقر، بحث تعارض حقوق مطرح می‌شود.

استقرار حق وثیقه، هنگامی محقق می‌شود که الزامات مقرر قانونی رعایت شده باشد.^{۵۱} نویسندگان قانون متحدالشکل تجاری آمریکا، برحسب ماهیت اموال موضوع وثیقه، شیوه‌های متفاوتی را برای استقرار حق وثیقه، پیش‌بینی نموده‌اند. بررسی اجمالی سیر تاریخی تدوین قانون مزبور، بیانگر آن حقیقت است که در این نظام، به تدریج و همراه با توسعه تجارت، در قوانین حاکم بر معاملات وثیقه‌ای، از اهمیت تصرف مادی موضوع وثیقه برای استقرار این حق کاسته شده است؛ به نحوی که تا پیش از تصویب قانون متحدالشکل تجاری آمریکا، تصرف فیزیکی موضوع وثیقه برای مدت یک قرن و نیم، شیوه منحصر استقرار حق وثیقه در اموال منقول تلقی می‌شد؛ به تدریج این دیدگاه در قانون‌گذاری‌های بعدی، روند اصلاحی به خود گرفت و شیوه‌های دیگری از استقرار این حق به رسمیت شناخته شد؛ در قانون متحدالشکل تجاری مزبور، توسل به شیوه‌های جدید در سطح وسیعی، مدنظر قرار گرفته و به اقتضای موضوع وثیقه، روش‌های متفاوتی برای استقرار حق وثیقه پذیرفته شده است (Moringiello, 2003, n. 72: 15).

ثبث حق وثیقه،^{۵۲} مهم‌ترین روشی است که قانون‌گذار آمریکا اقدام به آن را برای استقرار حق مزبور در بسیاری از اموال موضوع ماده ۹ این قانون، ضروری دانسته است. در کنار این شیوه، استقرار حق مزبور از طریق تصرف مال موضوع وثیقه؛^{۵۳} اعمال کنترل نسبت به آن^{۵۴} و یا استقرار خودکار این حق،^{۵۵} نیز پیش‌بینی شده است. همچنین توجه به این امر ضروری است که هرگاه پیش از تعلق حق وثیقه، هر یک از شیوه‌های یاد شده برای استقرار این حق طی شده باشد، به محض تعلق حق وثیقه، حق مزبور مستقر محسوب می‌شود؛ بدون آنکه نیاز به اقدام دیگری باشد.^{۵۶} به موجب قانون متحدالشکل تجاری آمریکا، کامل‌ترین و متداول‌ترین شیوه استقرار حق وثیقه، روش ثبث است. ثبث حق وثیقه شیوه‌ای عام برای استقرار حق وثیقه محسوب می‌شود؛ مگر در

مواردی که قانون استثناء کرده باشد.^{۵۷} شیوه ثبت حق وثیقه، در دیگر قوانین مصوب پیش از قانون متحدالشکل تجاری امریکا نیز به رسمیت شناخته شده است؛ در واقع قانون اخیر، نقایص قوانین سابق را در این خصوص مرتفع ساخته است. در قوانین مزبور، هدف اولیه آن بوده که آنچه به ثبت رسیده است، بر جزئیات رابطه طرفین و به ویژه توصیف مال موضوع معامله دلالت داشته باشند، به نحوی که جزئی ترین خصوصیات آن نیز در سند ثبت شده قید می شود؛ این در حالی است که از دید نویسندگان قانون متحدالشکل تجاری امریکا، سند مزبور باید حکایت از این امر داشته باشد که مال مشخصی با ویژگی های کلی مذکور در سند، برای توثیق تعهد بدهکار، در وثیقه بستانکار قرار گرفته است. ثالث پس از تحصیل این اطلاعات کلی از مأمور ثبت، باید برای وقوف بر جزئیات معامله مورد نظر با مراجعه به نشانی دارنده حق وثیقه که در سند مزبور قید شده است، اطلاعات بیش تر را تحصیل کند.

برای دلالت و استقرار حق وثیقه بستانکار بر رهینه، سندی که مبین چنین توافقی است^{۵۸} و دارای شرایط شکلی خاصی است، باید در اداره ای که به همین منظور تأسیس شده است^{۵۹} به ثبت برسد. این سند باید بیانگر نام دارنده حق وثیقه و یا نماینده وی و نام شخص مدیون^{۶۰} و ویژگی های کلی مال موضوع معامله باشد.^{۶۱} هرگاه موضوع وثیقه، مشتمل بر دارایی های آینده بدهکار باشد، تصریح ویژگی های مزبور در این سند ضروری نیست (Bradford:1979: 379). هم چنین در صورتی که قرارداد وثیقه، دربردارنده اطلاعات الزامی مزبور باشد، تسلیم و ارائه تصویری از آن به اداره ثبت مورد نظر برای استقرار حق وثیقه، کفایت می نماید.^{۶۲}

هرگاه سندی که برای استقرار حق وثیقه به اداره ثبت مربوطه تسلیم می شود، متضمن برخی ابهامات و یا اغلاط جزئی باشد، در صورتی که این امر، سند مزبور را با اشتباه و سوء برداشت فاحش مواجه نسازد، بر فرآیند ثبت و استقرار این حق خدشه ای وارد نخواهد آورد.^{۶۳}

سند مبین حق وثیقه که با رعایت شرایط فوق به ثبت رسیده است، نسبت به موضوع وثیقه، نافذ باقی می ماند؛ بنابراین، در مواردی که رهینه، به هر طریقی از جمله به سبب بیع، اجاره و واگذاری امتیاز به دیگری انتقال یابد، حق وثیقه هم چنان به قوت خود باقی است؛ هر چند دارنده حق وثیقه از انتقالات بعدی آگاهی داشته و یا آنکه با این واگذاری ها موافقت کرده باشد.^{۶۴}

نتیجه‌گیری

در نظام حقوقی ایران، به موجب قانون مدنی، علاوه بر شرایط عمومی صحت قراردادهای رهن، به قبض دادن رهنه، شرط صحت این عقد دانسته شده است؛ به گونه‌ای که، بدون تفکیک میان دو مرحله تعلق و استقرار حق وثیقه، صرف انعقاد عقد رهن و قبض رهنه برای تحقق این عقد و جریان آثار آن کفایت می‌کند.

این در حالی است که قبض رهنه که به هدف اطمینان بستانکار نسبت به امکان استیفای طلب از محل آن و به هنگام ضرورت است، می‌تواند صرفاً برای یک لحظه واقع شود و بر خلاف نظام حقوقی آمریکا که استقرار حق وثیقه به شیوه تصرف مال موضوع وثیقه را تا زمانی معتبر می‌داند که مال مزبور در تصرف بستانکار باقی باشد، در نظام حقوقی ایران، به قبض کوتاه‌مدت و حتی آنی آن بسنده شده است و به همین دلیل است که در قراردادهای ناظر بر این عقد، بدون قبض و اقباض واقعی رهنه، به تحقق این امر اذعان می‌شود.

راهکار نظام حقوقی ایران نه تنها تضمین مناسبی برای بستانکار در بر ندارد، بلکه موجب می‌شود دیگران نیز از تعلق حق وثیقه بر مال مزبور آگاهی نیافته و از انجام هرگونه عمل حقوقی نسبت به آن متضرر شوند؛ ضمن آنکه، تشخیص دارنده حق تقدم، اغلب با دشواری همراه است؛ مگر نسبت به قراردادهایی که رهنه مشتمل بر مال غیرمنقول و یا اموالی نظیر خودرو بوده و تعلق حق مرتهن بر آن، در سند مربوط به آن مال، به ثبت رسیده باشد؛ هرچند در این مورد نیز به دلیل عدم اعلان عمومی این امر، چه بسا برخی اشخاص هم‌چنان متضرر باقی بمانند.

در قانون متحدالشکل تجاری آمریکا، در قالب طبقات و گروه‌های مشخصی، اقسام مختلف اموال موضوع معاملات وثیقه‌ای مشخص شده و با توجه به ماهیت متفاوت هر یک از این اموال، فرآیند توثیق آنها و نیز آثار و احکام مترتب بر این فرآیند آمده است؛ به گونه‌ای که در این قانون می‌توان به تفصیل، نحوه تعلق، استقرار، اجرای حق وثیقه و قواعد تقدم مترتب بر هر یک از این اموال را مشاهده نمود.

این در حالی است که در نظام حقوقی ایران، به موجب مقررات قانون مدنی، ترهین هر آنچه واجد جنبه عینیت است، به رسمیت شناخته شده و بر اساس برخی قوانین و مقررات دیگر، قابلیت ترهین برخی دیگر از مصادیق اموال مادی و غیرمادی پذیرفته شده است؛ بدون آنکه به ماهیت متفاوت هر یک از این وثایق و فرآیند متفاوت ایجاد و استقرار حق وثیقه بر آنها توجه شود.

هم‌چنین در قانون مدنی و قانون ثبت اسناد و املاک، به نحو اجمال برخی مقررات ناکافی و مجمل نسبت به نحوه اجرای حق وثیقه آمده است؛ بدون اینکه بر اساس ماهیت متفاوت اموال مزبور، مقررات مرتبط و متناسبی تدوین و تصویب شود. این حد از اجمال موجب شده در نظام حقوقی ایران، معاملات وثیقه‌ای از پویایی و کارآمدی لازم برخوردار نباشد و چه بسا از یک سو هدف از توسل به توثیق و تأمین حقوق بستانکار را به خوبی برآورده نسازد و از سوی دیگر، تضرر بدهکار و تزلزل حقوق وی را نیز در پی داشته باشد.

در حال حاضر در نظام حقوقی ایران هیچ‌گونه راهکار مشخصی برای ثبت و استقرار حق وثیقه وجود ندارد؛ این در حالی است که اعلان عمومی حق وثیقه و یا تفکیک میان دو مرحله ایجاد و استقرار حق وثیقه با لحاظ نقش قبض رهنه در انعقاد عقد رهن و توجه به مفهوم عرفی قبض به فراخور مصادیق آن و تلقی قبض رهنه به عنوان موجبی برای استقرار حق مرتهن بر رهنه، می‌تواند به تبعات نامطلوب مترتب بر عدم ثبت معاملات وثیقه‌ای پایان ببخشد؛ در این راستا، بهره‌گیری از تجربیات تقنینی دیگر نظام‌های حقوقی جهان، در جهت اصلاح قوانین و مقررات حاکم، راهگشا می‌باشد؛ امری که در صورت اهتمام به آن، آثار مثبت متعددی چون ایجاد اطمینان در بستانکار نسبت به تعلق و استقرار حق وثیقه وی در رهنه، تعیین و شناسایی سریع و صحیح دارنده حق تقدم در موارد بروز تعارض حقوق و آگاهی دیگر اشخاص جامعه از تعلق یا عدم تعلق و استقرار حق وثیقه در مال مزبور را در پی داشته باشد.

پی‌نوشت‌ها

۱. مواد ۷۹۳ و ۷۹۴ قانون مدنی.
۲. «در مورد کلیه معاملات رهنی و شرطی و دیگر معاملات مذکور در ماده (۳۳) قانون ثبت، راجع به اموال منقول و غیرمنقول، در صورتی که بدهکار ظرف مهلت مقرر در سند، بدهی خود را نپردازد، طلبکار می‌تواند از طریق صدور اجرائیه وصول طلب خود را توسط دفترخانه تنظیم‌کننده سند، درخواست کند. چنانچه بدهکار ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ اجرائیه نسبت به پرداخت بدهی خود اقدام ننماید بنا به تقاضای بستانکار، اداره ثبت پس از ارزیابی تمامی مورد معامله و قطعیت آن، حداکثر ظرف مدت دو ماه از تاریخ قطعیت ارزیابی، با برگزاری مزایده نسبت به وصول مطالبات مرتهن به میزان طلب به وی اقدام و مازاد را به رهن مسترد می‌نماید.

تبصره ۱- (اصلاحی ۱۳۸۶/۱۱/۲۹)- در مواردی هم که مال یا ملکی، وثیقه دین یا انجام تعهد یا ضمانتی قرار داده می‌شود مطابق مقررات این قانون عمل خواهد شد. تبصره ۲- «...». توضیح آنکه، به موجب ماده ۱۹ قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور مصوب ۱۳۹۴ مقرر شده است: «به منظور کمک به تأمین نقدینگی برای حمایت از واحدهای تولیدی کالا و خدمات و تسهیل در وصول مطالبات سررسید گذشته بانک‌ها و یا مؤسسات مالی و یا اعتباری دارای مجوز از این واحدها اقدامات زیر انجام می‌شود: ... پ) متن زیر به عنوان تبصره (۴) به ماده واحده قانون اصلاح ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت مصوب ۱۳۵۱ و حذف ماده ۳۴ مکرر ۱۳۸۶/۱۱/۲۹ الحاق می‌شود: تبصره ۴- در راستای تسهیل در وصول مطالبات سررسید گذشته بانک‌ها و یا مؤسسات مالی و یا اعتباری دارای مجوز به یکی از روش‌های زیر عمل می‌شود:

۱- بانک و یا مؤسسه مالی و یا اعتباری تسهیلات‌دهنده، در صورت درخواست واحد تولیدی بدهکار، به بازار فرابورس یا کارشناس رسمی دادگستری مراجعه و تمام اموال و دارایی‌های واحد تولیدی را قیمت‌گذاری می‌نماید و با هدف تأمین طلب بانک و یا مؤسسه مالی و یا اعتباری بر روی درصد سهام قابل واگذاری به خریدار، یک مناقصه برگزار می‌کند تا مشخص شود که کدام خریدار با قبول درصد کمتری از سهام واحد تولیدی بدهکار، تمام بدهی او را می‌پردازد. با پرداخت میزان طلب بانک و مؤسسه مالی و یا اعتباری از واحد تولیدی توسط خریدار، آن بخش از سهم واحد تولیدی که در مناقصه مشخص شده است، به خریدار منتقل و اموال مورد رهن آزاد می‌شود.

در صورتی که بدهکار از مجوز فوق برای تسویه بدهی‌های خود استفاده کند، در صورت شرط ضمن عقد در قرارداد مناقصه و درخواست خریدار، بدهکار مکلف است به خریدار سهام واحد تولیدی بدهکار اعم از اینکه بانک و یا مؤسسه مالی و یا اعتباری باشد و یا سهام خود را از طریق فرابورس خریداری کرده باشد، اجازه دهد تا با خرید نقدی بخش دیگری از سهام این واحد تولیدی به قیمت قبلی، سهام خود را تا سقف سهام مورد نیاز برای تشکیل مجمع عمومی فوق‌العاده، افزایش دهد...».

3. Uniform Commercial Code (U.C.C).

4. Secured Transaction.

۵. اختلاف عقاید در این موضوع تا بدان حد است که در این زمینه هشت دیدگاه متفاوت ابراز شده است (ر.ک: نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۵: ۹۹ به بعد)؛ در این میان برخی فقها بر شرطیت قبض در صحت عقد رهن ادعای اجماع داشته (طبرسی، ۱۴۱۵، ج ۲: ۲۴۴؛ طباطبایی، ۱۴۰۴، ج ۱: ۵۸۱) و در مقابل، برخی دیگر مدعی اجماع بر عدم شرطیت شده‌اند (ابن زهره، ۱۴۱۷: ۲۴۳).

۶. برای آگاهی از ادله استنادی قائلین به این دیدگاه، (ر.ک: شکری، ۱۳۸۸: ۷۳-۸۳).
۷. شیخ طوسی پس از شرط دانستن قبض رهنه در لزوم عقد رهن، بلافاصله لزوم عقد را که در نتیجه ایجاب و قبول حاصل می‌شود، شایسته‌ترین قول شمرده‌اند و در کتاب *البیوع* نیز نظر اخیر را اولی دانسته‌اند.
- علامه حلی نیز اشتراط یا عدم اشتراط قبض رهنه را در لزوم عقد مورد بحث قرار داده و شیخ طوسی را در یکی از دو قولش و نیز شیخ مفید را قائل به شرطیت قبض رهنه در لزوم عقد رهن دانسته است. ایشان دلیل این قول را عبارت «فرهان مقبوضه» در آیه قرآن و نیز گفتار امام صادق (ع) مبنی بر «لا رهن الا مقبوضاً» دانسته و بر این دیدگاهند که رهن عقدی است امانی که به مانند قرض، پس از قبول، رهنه باید قبض شود و در صورتی که به قبض مرتهن در نیاید، رهن ملزم به اقباض آن نمی‌باشد (ر.ک: علامه حلی، بی‌تا، ج ۲: ۲۴).
۸. هم‌چنین صاحب جواهر از کتب دیگری نام می‌برد که در آنها چنین قولی پذیرفته شده است از جمله بشری، جواهر، *تخلیص التخلیص*، *غایة المرام* و *ایضاح النافع* (ر.ک: نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۵: ۹۹) این ادریس قائلین به این عقیده را بسیار دانسته است. (ر.ک: ابن ادریس، ۱۴۱۱، ج ۲: ۴۱۷) فاضل مقداد نیز آن را به محققین نسبت داده است (ر.ک: فاضل مقداد، ۱۴۰۳: ۶۰).
۹. «مراد از جمیع مواردی که شارع آن را (قبض) معتبر شمرده است، جهت صحت یا لزوم عقد یا سایر احکام، عبارت است از تحویل سلطنت عرفی از منقول‌منه به منقول‌الیه؛ اعم از آنکه مالکیت و سلطنت شرعی قبلاً به واسطه عقد برای او حاصل شده باشد مانند مبیع و یا اینکه به واسطه قبض حاصل شود مانند هبه» (انصاری، ۱۳۷۹، ج ۱: ۳۱۰-۳۰۹).
۱۰. تصرفات رهن در عین مرهونه می‌تواند بر دو قسم باشد: نخست، تصرفات مادی که به تصرفاتی اطلاق می‌شود که جنبه فیزیکی داشته و اصولاً تغییراتی در وضع ظاهری عین مرهونه ایجاد می‌نماید و بر دو گروه استیفایی و اصلاحی است. تصرفات استیفایی به منظور استفاده از منافع رهنه انجام می‌گیرد و تصرفات اصلاحی، آن قسم از تصرفاتی است که رهن برای اصلاح و بقای مال مورد رهن انجام می‌دهد. تصرفات حقوقی نیز به اقدام به یک عمل حقوقی اعم از عقد یا ایقاع، نسبت به مال معین اطلاق می‌شود (ر.ک: جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶: ۱۵۵). این قسم از تصرفات بر دو نوع است: ناقله و معاملات وثیقه‌ای.
۱۱. برای آگاهی از ادله نظر مشهور فقهای امامیه و نقد آن (ر.ک: قبولی درافشان، ۱۳۹۰، ش ۴: ۵۱-۵۴).
۱۲. «فلا يجوز بيع العين المرهونه الا اذا اذن المرتهن أو أجاز أو فك الرهن فانه يصح بيعها حينئذ».

۱۳. علامه حلی به رغم اعتقاد به صحت تصرفات رهن در فرض اذن و یا اجازه رهن، در برخی تألیفات دیگر خود به نحو اطلاق، تصرفات رهن در عین مرهونه را باطل می‌داند. (ر.ک: علامه حلی، ۱۴۱۲، ج ۲: ۴۸۸؛ ۱۴۱۳، ج ۵: ۴۰۸): «الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف فی الرهن فلیس لكل واحد منهما التصرف فیہ بیع و لا هبه ...»؛ «والاولی عندی انه لایجوز له التصرف فی الرهن علی حال للاجماع لان الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف فی الرهن».
۱۴. برای آگاهی بیشتر در این خصوص (ر.ک: ایزانلو؛ حبیبی؛ شعبانی کندسری، ۱۳۹۵، ش ۱: ۸۳-۱۰۴؛ یزدانیان، ۱۳۸۶، ش ۸۵: ۱۱۱-۱۳۰).
۱۵. رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ مورخ بیستم آبان ۱۳۷۶ صادره از هیأت عمومی دیوان عالی کشور: «مطابق مواد قانون مدنی گرچه رهن موجب خروج عین مرهونه از مالکیت رهن نمی‌شود؛ اما برای مرتهن نسبت به مال مرهونه حق عینی و حق تقدم ایجاد می‌نماید که می‌تواند از محل فروش مال مرهونه طلب خود را استیفا کند و معاملات مالک نسبت به مال مرهونه در صورتی که منافی حق مرتهن باشد، نافذ نخواهد بود، اعم از آنکه بالفعل منافی حق مرتهن باشد یا بالقوه. بنابر مراتب مذکور در جایی که بعد از تحقق رهن، مرتهن مال مرهونه را به تصرف رهن داده و اقدام رهن در زمینه فروش و انتقال سرقفلی مغازه مرهونه به شخص ثالث بدون اذن مرتهن از جمله تصرفاتی است که با حق مرتهن منافات داشته و نافذ نیست ...» (ر.ک: میرزایی، ۱۳۸۹، ج ۱: ۲۲۹).
۱۶. رأی اصراری شماره ۱۲ مورخ دوازدهم اسفند ۱۳۷۶: «نظر به اینکه به شرح دادخواست ابتدایی، خواهان علاوه بر الزام خواندگان به تنظیم سند رسمی انتقال، الزام آنان را هم به انجام شرایط و مفاد مبیعه‌نامه مورخ ۱۳۷۲/۱۲/۲۸ و تخلیه و تحویل مبیع، مورد لحوق دعوا قرار داده است و با توجه به اینکه به شرح بند ۵ شرایط ضمنی معامله، فروشنده پرداخت کلیه دیون قبلی مورد معامله به اشخاص حقیقی و حقوقی و همچنین تهیه مدارک لازم را به منظور تنظیم سند رسمی انتقال تعهد نموده است و نظر به اینکه از جمله دیون مربوط به مورد معامله دینی است که با رهن گذاردن ملک از بانک ملی اصفهان به عنوان وام اخذ گردیده، بنا به این مراتب، با لحاظ کیفیت طرح دعوا و تعهدات خوانده (تجدیدنظرخواه) دادنامه شماره ۲۴۱۲ مورخ ۷۵/۱۱/۱۱ شعبه ششم دادگاه عمومی شهرستان اصفهان که در عین حال متضمن الزام خوانده به فک رهن و همچنین الزام وی به تنظیم سند رسمی انتقال می‌باشد، با رعایت حقوق مرتهن و مقررات ماده ۷۹۳ قانون مدنی منافات ندارد و با اقتضای مدارک پرونده و موازین قانونی تطبیق می‌کند و به اکثریت آرا تأیید و الزام می‌شود».
۱۷. «در خصوص دعوی خواهان ... به خواسته فک رهن ... و الزام به تنظیم سند رسمی ... موضوع

مبايعه‌نامه عادی ... نظر به اینکه فک رهن و تنظيم سند رسمی انتقال مبيع در محضر اسناد رسمی از تعهدات قانونی و قراردادی خوانندگان موصوف می‌باشد ... خوانندگان را ... صادر و اعلام می‌نماید ... دادنامه شماره ۸۲۳ مورخ ۱۳۸۰/۴/۱۹ صادره از دادگاه عمومی تهران. (ر.ک: زندی، ۱۳۸۹: ۱۳۷-۱۳۱).

۱۸. «در زمان معامله ... ملک مورد معامله در رهن بانک تجدیدنظرخواه بوده است ... ماده ۷۹۳ تصریحاً بیان کرده ... مصداق بارز این تصرف، انتقال ملک است؛ همان‌طور که رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ مورخ ۱۳۷۶/۸/۲۰ ... این استدلال دادگاه را تأیید می‌نماید ... انتقال ملک مرهونه از مصداق معاملات فضولی است و با رد آن توسط مرتبه این انتقال وفق ماده ۲۴۷ قانون مدنی باطل می‌شود ... و با نقض دادنامه معترض‌عنه، دعوا فاقد وجهت قانونی و مردود اعلام می‌گردد ...» دادنامه شماره ۲۵۶ مورخ ۱۳۸۱/۲/۳۰. (ر.ک: زندی، ۱۳۸۹: ۱۳۷-۱۳۱).

۱۹. دادنامه شماره ۵/۲۰۴ مورخ ۱۳۸۱/۸/۵. (ر.ک: زندی ۱۳۸۹: ۱۳۷-۱۳۱).
۲۰. دادنامه شماره ۱۴۵۴ مورخ ۱۳۸۱/۹/۲۷. (ر.ک: زندی ۱۳۸۹: ۱۳۷-۱۳۱). هم‌چنین ر.ک: رأی شماره ۱۰/۸۲ مورخ هیجدهم اردیبهشت ۱۳۷۲ شعبه دهم دیوان عالی کشور و نیز رأی شماره ۳/۷۴۶ مورخ نوزدهم بهمن ۱۳۷۱ شعبه سوم دیوان عالی کشور و هم‌چنین رأی اصراری شماره ۴۲ مورخ ۱۳۶۶/۸/۱۲ هیأت عمومی حقوقی دیوان عالی کشور. برای آگاهی بیش‌تر در این خصوص (ر.ک: مذاکرات و آرای هیأت عمومی دیوان عالی کشور سال ۱۳۷۶، ۱۳۷۸: ۴۳۴؛ مشروح مذاکرات و آرای دیوان عالی کشور سال ۱۳۷۷، ۱۳۸۰، ج ۴: ۷۲۲؛ بازگیر، ۱۳۷۹: ۳۰-۳۷؛ میرزایی، ۱۳۸۹، ج ۱: ۲۲۹).

۲۱. نظریه مشورتی شماره ۷/۱۱۰۴۵ مورخ ۱۳۷۹/۱۱/۳ (به نقل از معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضاییه، ۱۳۸۸، ج ۱: ۵۵۳).

۲۲. نظریه بدون شماره مورخ ۱۳۶۵/۱۱/۴ کمیسیون مشورتی قوانین جزایی در پرونده کلاسه ۶۵/۱۰۵/۱۲۹۸ (به نقل از معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضاییه، ۱۳۸۸، ج ۱: ۵۵۳).

۲۳. نظریه مشورتی شماره ۷/۶۳۱۹ مورخ ۱۳۸۱/۷/۲۱ اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضاییه (به نقل از معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضاییه، ۱۳۸۸، ج ۱: ۵۵۱). هم‌چنین ر.ک: نظریات مشورتی شماره ۷/۳۳۶۴ مورخ ۱۳۸۰/۴/۲۱ و ۷/۳۹۱۸ مورخ ۱۳۸۰/۴/۳۰ و ۷/۶۶۵۶ مورخ ۱۳۷۹/۷/۳۰ آن اداره کل.

۲۴. «دریافت وکالت بلاعزل از تسهیلات‌گیرندگان بابت وثیقه‌های در رهن بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری دولتی و خصوصی ممنوع می‌باشد و وثیقه‌گیرندگان موظفند فقط در قالب قراردادهای

منعده نسبت به اجراء گذاشتن وثیقه‌ها عمل نمایند».

بانک مرکزی نیز با صدور بخشنامه شماره ۹۱/۹۱۷۲۸ مورخ ۱۳۹۱/۴/۱۱ چنین مقرر نموده است: «با عنایت به تکلیف قانونی مزبور (بند ۷-۷ قانون بودجه سال ۱۳۹۱)، ضروری است بانک‌ها و مؤسسات اعتباری غیربانکی نسبت به حذف کلیه شروط و عبارات متضمن مفهوم «وکالت بلاعزل بانک/ مؤسسه مالی و اعتباری از تسهیلات‌گیرندگان در فروش وثیقه‌های در رهن آنها» از متن قراردادهای خود با تسهیلات‌گیرندگان اقدام نمایند».

در مقابل کانون سردفتران و دفتریاران، به لحاظ عدم تکرار حکم مقرر در بند ۷-۷ قانون بودجه سال ۱۳۹۱ در قوانین بودجه سال‌های بعد، اعطای وکالت بلاعزل در فروش رهنه را فاقد ممنوعیت قانونی دانسته است. (ر.ک: نامه شماره ۹۱۵۰ مورخ ۱۳۹۲/۸/۴ آن کانون در پاسخ به استعلام دفتر اسناد رسمی شماره ۱۱ مرند).

۲۵. «به منظور کمک به تأمین نقدینگی برای حمایت از واحدهای تولیدی کالا و خدمات و تسهیل در وصول مطالبات سررسیدگذاشته بانک‌ها و یا مؤسسات مالی و یا اعتباری دارای مجوز از این واحدها اقدامات زیر انجام می‌شود: ... ب) دریافت وکالت بلاعزل از تسهیلات‌گیرندگان و وثیقه‌گذاران بابت وثائق در رهن بانک‌ها و مؤسسات اعتباری دولتی و خصوصی ممنوع است و وثیقه‌گیرندگان موظفند در قالب قراردادهای منعده یا سایر طرق قانونی نسبت به به اجرا گذاشتن وثیقه‌ها عمل کنند».

بر این شیوه قانون‌گذاری این ایراد مترتب است که صدر ماده فوق صرفاً ناظر به تسهیلات اعطایی به واحدهای تولیدی است؛ لذا علی‌الاصول حکم مقرر در بند «ب» ماده نیز می‌بایست ناظر به همین واحدها به عنوان دریافت‌کنندگان تسهیلات از بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری دولتی و خصوصی باشد؛ در حالی که این مشکل نه تنها برای چنین واحدهایی، بلکه برای تمامی دریافت‌کنندگان تسهیلات اعم از اشخاص حقیقی و حقوقی وجود دارد.

۲۶. از این جمله است ماده ۳ دستورالعمل نحوه اعطای تسهیلات ویژه به طرح‌های اختراعی و ابتکاری مصوب ۱۳۶۶/۴/۱۳ شورای پول و اعتبار؛ ماده ۲ آیین‌نامه صدور ضمانت‌نامه و ظهرنویسی از طرف بانک‌ها مصوب ۱۳۷۳/۴/۱۸ شورای پول و اعتبار؛ ماده ۲۶ آیین‌نامه اجرایی عملیات پولی و بانکی در مناطق آزاد تجاری - صنعتی جمهوری اسلامی ایران (موضوع ماده ۱۸ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری صنعتی ایران) مصوب ۱۳۷۸/۹/۹؛ ماده واحده قانون عدم الزام سپردن وثیقه ملکی به بانک‌ها و دستگاه‌ها و سایر مؤسسات و شرکت‌های دولتی به منظور تسهیل امر سرمایه‌گذاری و ایجاد اشتغال بیش‌تر در طرح‌های تولیدی و صادراتی مصوب ۱۳۸۰/۳/۲۷ مجلس

شورای اسلامی؛ ماده ۵ آیین نامه صدور ضمانت نامه و اعطای تسهیلات ارزی به شرکت های ایرانی برنده در مناقصه مصوب ۱۳۸۱/۷/۲۸ هیأت حساب ذخیره ارزی؛ دستورالعمل اجرایی معاملات و تسهیلات اعتباری موسوم به بخشنامه ۲۰ ب مصرح در دستورالعمل شماره ۸۴۰۵۴/۷ مورخ ۱۳۸۴/۳/۷ اداره مرکزی بانک ملی. در هر یک از این قوانین و مقررات، توثیق مصادیق متعددی از اموال منقول و غیرمنقول مانند ماشین آلات سنگین و سبک؛ اموال منقول؛ حساب های بانکی و گواهی سپرده ثابت؛ تعهد شرکت های بیمه؛ طلا و یا ارز خارجی به رسمیت شناخته شده است.

۲۷. بخشنامه شماره ۵۷۹۰ مورخ ۱۳۷۸/۴/۲ بانک مسکن موضوع بخشنامه کد ۵۹۶ سازمان ثبت اسناد و املاک کشور: «با عنایت به سلب حق واگذاری رهن نسبت به وثایق غیرمنقول بانک در اسناد رهنی، دفاتر اسناد رسمی طرف قرارداد با بانک مسکن از تنظیم و کالتنامه های بلاعزل که به موجب آن حق انتقال به غیر یا اخذ ثمن به وکیل اعطا می شود، جداً اجتناب نمایند».

۲۸. «پس از لازم الاجرا شدن این قانون، برای تنظیم و تهیه سند مالکیت راجع به اموال غیرمنقول که در رهن بانک ها و مؤسسات مالی و اعتباری قرار گرفته اند، اذن مرتهن لازم نیست لیکن این موضوع پس از استعلام از بانک و تعیین میزان بدهی توسط سردفتر تنظیم اسناد رسمی به اطلاع منتقل الیه برسد. انتقال مال مذکور نافی حقوق مرتهن در وصول مطالبات خود از محل مال مرهون در صورت عدم پرداخت دین در مهلت مقرر نخواهد بود».

(See: www.icana.ir/Fa/News/319108).

۲۹. «کلیه معاملات راجع به اموال غیرمنقول ثبت شده مانند بیع، صلح، اجاره و نیز وعده یا تعهد به انجام این گونه معاملات باید به طور رسمی در دفاتر اسناد رسمی تنظیم شود. اسناد عادی که در خصوص معاملات راجع به اموال غیرمنقول تنظیم شوند مگر اسنادی که بر اساس تشخیص دادگاه دارای اعتبار شرعی است در برابر اشخاص ثالث غیرقابل استناد بوده و قابلیت معارضه با اسناد رسمی را ندارند».

۳۰. ر.ک: روزنامه رسمی، سال ۷۳، شماره ۲۰۹۹۵، مورخ ۱۳۹۶/۱/۲۱.

31. 9-203(b)

32. Value; 9-203(b)(1)

۳۳. برای آگاهی از تعریف عوض و دایره شمول آن در قانون متحدالشکل تجاری امریکا، ر.ک: 1-201(44).

34. Contract by Deed

35. Simple Contract

۳۶. Value در این بخش از ماده ۹ قانون متحدالشکل تجاری امریکا، مخفف Valuable

Consideration بوده و از آن به عنوان عوض یاد می‌شود؛ هر چند که تمام ویژگی‌های عوض و از جمله قاعده معروف به «گذشته نبودن عوض»، در معاملات وثیقه‌ای قابل اعمال نیست.

(See: Stone, 1975: 375).

۳۷. در صورتی که سند مبین قرارداد وثیقه، فاقد امضای بدهکار باشد، نافذ و مؤثر نیست؛ با وجود این، دو ایالت نیویورک و ایندیانا، ایالاتی هستند که در صورت موافقت بدهکار با اعمال چنین شیوه‌ای، امضای وی را در سند مزبور ضروری نمی‌دانند. رویه این ایالات در برخی آرای محاکم نیز انعکاس یافته است. -Kurland Cadil. v. Beneficial Fin. Co. Accord (See: lac-Oldsmobile, Inc., 32 App.Div.2d 643, 300 N.Y.S.2d 884, 6 UCC Rep. Serv. 539 (2d Dep't 1969); Bank of North America v. Bank of Nutley, 94 N.J.Super. 220, 227 A.2d 535, 4 UCC Rep.Serv. 56 (Law Div.1967).

۳۸. در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا ایجاد حق وثیقه در مال موضوع معامله وثیقه‌ای از طریق کنترل دارنده وثیقه بر مال مزبور، صرفاً نسبت به برخی اموال خاص پذیرفته شده است. این وثایق عبارتند از: حساب‌های سپرده، سند الکترونیکی مال منقول، حقوق اعتبارات اسنادی و اموال سرمایه‌ای.

۳۹. طرفین معامله وثیقه‌ای می‌توانند در نتیجه توافق مقررات ماده ۹ قانون متحدالشکل تجاری را اصلاح کرده و یا از اجرای آن اجتناب ورزند؛ با وجود این، مقرراتی از این قانون، که ناظر به حقوق بدهکار است، قابل اصلاح و اغماض نمی‌باشد. این موارد در بخش 9-602 این قانون احصاء شده‌اند.

(See: Jackson, Vol 40. 2007:281-282. See U.C.C. 9-602cmts. 2-3(2001). 40. 9-202(a); Knopf, 2001: 31-32

۴۱. طرفین می‌توانند به موجب قرارداد وثیقه توافق نمایند که حق وثیقه ایجاد شده تمام بدهی‌ها و تعهدات بدهکار را تحت پوشش قرار دهد؛ اعم از اینکه چنین بدهی‌هایی در حال حاضر وجود داشته باشد و یا در آینده در نتیجه مساعدت‌های آتی بستانکار محقق شود و اعم از آنکه بستانکار، تعهدی نسبت به چنین مساعدت‌هایی داشته باشد یا خیر. در نظام حقوقی آمریکا از این شرط به "Future Advance Clause" یاد می‌شود.

(See: 9-104(c). Stone, 1975: 373-374).

42. 9-308 (a)

43. Alienability of Debtor's Rights

۴۴. 9-401(b): در نظام حقوقی کامن‌لا به چنین شروطی که اختیار طرفین را در انتقال موضوع قرارداد محدود می‌نمایند، عنوان «Anti Assignment Clauses» اطلاق می‌شود. ماده ۹ قانون

متحدالشکل تجاری امریکا چنین توافقاتی را باطل دانسته است.

(See: Schwarcz, Vol. 74: 959; Soukup, Russev Vol, 37.#3: 6-7).

۴۵. در ماده ۹ قانون متحدالشکل تجاری امریکا، اصطلاح عواید (Proceeds) شامل هر آن چیزی دانسته شده است که در نتیجه بیع، معاوضه یا دیگر شیوه‌های انتقال موضوع وثیقه حاصل می‌شود. هم‌چنین حق بیمه‌ای که در نتیجه تلف و یا ورود عیب بر موضوع وثیقه، قابل پرداخت است، در این تعریف جای می‌گیرد؛ مگر مبالغی که به موجب قرارداد بیمه، باید به شخصی غیر از دارنده حق وثیقه، پرداخت شود؛ این قسم از اموال غیرمادی موضوع ماده ۹ مزبور، مشتمل است بر عواید نقدی مانند پول، چک، حساب‌های سپرده و عواید غیرنقدی. به موجب قانون مزبور، هرگاه به موجب قرارداد وثیقه، عواید موضوع وثیقه نیز مشمول قرارداد مزبور باشد، زمان ثبت و استقرار حق وثیقه در موضوع وثیقه اصلی، زمان استقرار این حق در عواید آن می‌باشد.

(See: Stone, 1975: 449; 9-102(a) (64); 9-301(a) (9); 9-322(b)(1)).

46. 9-315(a)(1)

47. 9-203(f); 9-315(a)(2)

48. 9-320(b)(1)

49. Notice System

۵۰. به موجب قانون متحدالشکل تجاری امریکا، به استثنای مواردی که موضوع وثیقه در تصرف دارنده وثیقه است، شخصی که در جریان عادی تجارت خویش، مالی را خریداری می‌کند، آن را به نحو طلق و فارغ از حق وثیقه تملک می‌کند، حتی اگر این حق مستقر شده و خریدار از وجود آن آگاه باشد. خرید محصولات زراعی از تولیدکننده این محصولات، از شمول این مقرر استثناء شده است. ر.ک: 9-320 (a).

۵۱. در صورتی که حق وثیقه بستانکار نسبت به موضوع وثیقه اصلی مستقر باشد، این حق نسبت به عواید ناشی از انتقال آن نیز مستقر است. چنین استقراری صرفاً تا بیست روز از تاریخ تعلق حق وثیقه بر این عواید، تداوم داشته و پس از این تاریخ، حق مزبور، حقی ناقص تلقی می‌شود، مگر آنکه، در سند مالی‌ای که در خصوص موضوع وثیقه اصلی به ثبت رسیده است، عواید نیز مورد مطالبه قرار گرفته باشد و عواید مزبور، غیرنقدی و یا به صورت عواید نقدی قابل تعیین و شناسایی باشند و یا اینکه هنگام تعلق حق وثیقه بر عواید نقدی یا حداکثر ظرف بیست روز از این تاریخ، حق وثیقه بستانکار مستقر شده باشد.

باید توجه داشت که در مواردی که عواید به عنوان موضوع وثیقه اصلی و در قالب توثیق دارایی آینده در سند راجع به معامله وثیقه‌ای توصیف می‌شود، محدودیت‌های فوق نسبت به چنین توثیقی

اعمال نمی‌شود.

(See: 9-315(c); 9-315(d)).

52. Perfection by Filing

53. Perfection by Possession; 9-313(a)

54. Perfection by Control; 9-314

55. Automatic Perfection.(Perfection by Attachment); 9-309; 9-312(e).

56. 9-308(b); 9-502(d).

۵۷. 9-310(a): از جمله مواردی که در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا، برای استقرار حق وثیقه،

اقدام به ثبت پیش‌بینی نشده است، حساب‌های سپرده و حقوق اعتبارات اسنادی است. استقرار حق

وثیقه در چنین اموالی صرفاً از طریق اعمال کنترل صورت می‌گیرد. 9-312(b)

58. 9-102(a)(39).

59. Filing Office; 9-501(a).

۶۰. در ماده ۹ قانون متحدالشکل تجاری آمریکا، برای قید نام و مشخصات بدهکار در سند ارائه شده

به اداره ثبت، فروض متعددی پیش‌بینی شده است؛ الزامات موضوع این ماده، حسب اینکه بدهکار،

شخص حقیقی، حقوقی، ماترک متوفی، تراستی، شخص معین و یا بدون نام و مجهول باشد،

متفاوت است. ر.ک: 9-503

61. 9-502(a).

62. 9-502 (a).

63. 9-506(a).

64. 9-507(a).

منابع

- ابن ادریس، محمد بن ادریس حلی. (۱۴۱۱ق.). السرائر، قم: مؤسسه نشر اسلامی، چاپ دوم.
- ابن حمزه، عمادالدین ابی جعفر محمد بن علی طوسی. (۱۴۰۸ق.). الوسيله الى نيل الفضيله، تحقیق: شیخ محمد حسون، قم: انتشارات آیه الله العظمی مرعشی نجفی، چاپ نخست.
- ابن زهره، حمزه بن علی بن زهره حلبی. (۱۴۱۷ق.). غنیة النزوع الى علمی الاصول و الفروع، تحقیق: شیخ ابراهیم بهادری تحت نظر شیخ سبحانی، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ نخست.
- ابی مجد یوسفی، زین الدین ابی علی حسن بن ابی طالب. (۱۴۱۰ق.). کشف الرموز فی شرح المختصر النافع، تحقیق: اشتهااردی و یزدی، قم: جامعه مدرسین، چاپ اول.
- اردبیلی، احمد. (۱۴۱۲ق.). مجمع الفائدة و البرهان، تحقیق: اشتهااردی، عراقی و یزدی، قم: انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ نخست.

- اشتهاوردی، شیخ علی‌پناه. (۱۴۱۶ق.) مجموعه فتاوی ابن جنید، قم: مؤسسه نشر اسلامی، چاپ نخست.
- امامی، سیدحسن. (۱۳۸۰) حقوق مدنی، تهران: انتشارات اسلامی، چاپ پانزدهم.
- انصاری، مرتضی. (۱۳۷۹) المکاسب، انتشارات معین، چاپ نخست.
- _____. (۱۴۱۹ق.) المکاسب، قم: مؤسسه هادی، چاپ نخست.
- _____. (۱۳۷۶) المکاسب، انتشارات دهقانی، چاپ چهارم.
- ایزانلو، محسن؛ حبیبی، سینا؛ شعبانی، هادی کندسری. (بهار و تابستان ۱۳۹۵) «ضمانت اجرای بیع عین مرهون: مطالعه‌ای در فقه تطبیقی»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، سال هفدهم، شماره اول (پیاپی ۴۳).
- بازگیر، یدالله. (۱۳۷۹) قانون مدنی در آئینه آراء دیوان عالی کشور، رهن، هبه، اخذ به شفعه و احکام راجع به آن‌ها، تهران: انتشارات فردوسی، چاپ نخست.
- بحرانی، شیخ یوسف. (بی تا) حوادث الناصره فی احکام العترة الطاهرة، تحقیق: محمدتقی ایروانی، قم: انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- بروجردی عبده، محمد. (۱۳۸۰) حقوق مدنی، تهران: انتشارات مجد، چاپ نخست.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (خرداد ۱۳۷۰) حقوق مدنی رهن و صلح، تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ دوم.
- _____. (۱۳۷۶) ترمینولوژی حقوق، تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ هشتم.
- _____. (۱۳۸۰) حقوق اموال، تهران: گنج دانش، چاپ پنجم.
- _____. (۱۳۸۲) مجموعه محشای قانون مدنی، تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ دوم.
- حسینی روحانی، سیدمحمد صادق. (۱۴۱۳ق.) فقه الصادق (ع)، قم: مؤسسه دارالکتاب، چاپ سوم.
- _____. (۱۴۱۴ق.) فقه الصادق (ع)، قم: مؤسسه دارالکتاب، چاپ سوم.
- حسینی سیستانی، سیدعلی. (۱۴۱۶ق.) منهاج الصالحین، قم: انتشارات آیت الله سیدعلی حسینی سیستانی، چاپ نخست.
- حسینی عاملی، سید محمد جواد. (۱۳۲۶ق.) مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامة، مصر: بی نا.
- خوانساری، سیداحمد. (۱۴۰۵ق.) جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، تحقیق: علی اکبر غفاری، تهران: انتشارات صدوق، چاپ دوم.
- خویی، سیدابوالقاسم. (بی تا) مصباح الفقاهه فی المعاملات، قم: انتشارات سیدالشهدا.
- راوندی، قطب الدین ابی الحسن سعید بن هبه الله. (۱۴۰۵ق.) فقه القرآن، تحقیق: سید احمد حسینی،

- قم: انتشارات آیه الله العظمی نجفی مرعشی، چاپ دوم.
- زندی، محمدرضا. (۱۳۸۹) *رویه قضایی ایران؛ یک رأی یک تجربه*، تهران: انتشارات جنگل جاودانه، چاپ نخست.
 - سلار، ابی علی حمزه بن عبدالعزیز دیلمی. (۱۴۱۴ق.) *المراسم العلویه فی احکام النبویه*، قم: مجمع جهانی اهل البيت (ع).
 - شکری، فریده. (۱۳۸۸) «مطالعه تطبیقی رهن اموال غیرمادی در حقوق ایران و امریکا»، رساله دکتری، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه تربیت مدرس.
 - شهید اول، شمس الدین محمد بن مکی عاملی. (۱۴۱۱ق.) *اللمعة الدمشقیه*، تحقیق: شیخ علی کورانی، دارالفکر، چاپ اول.
 - _____. (۱۴۱۴ق.) *الدروس الشرعیه*، قم: مؤسسه نشر اسلامی، چاپ نخست.
 - شهید ثانی، زین الدین بن علی جبعی عاملی. (۱۴۱۰ق.) *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیه*، تحقیق: تحت نظر سیدمحمد کلانتر، قم: انتشارات دآوری، چاپ نخست.
 - _____. (۱۴۱۴ق.) *مسالك الافهام إلى تنقیح شرائع الاسلام*، تحقیق و نشر: مؤسسه معارف اسلامی، چاپ نخست.
 - شیخ طوسی، ابی جعفر محمد بن حسن. (۱۳۸۷) *المبسوط فی فقه الامامیه*، تحقیق: محمدتقی کشفی، انتشارات مرتضوی.
 - _____. (۱۴۱۷ق.) *الخلاص*، تحقیق: سیدعلی خراسانی، سیدجواد شهرستانی، شیخ محمد مهدی نجف، قم: مؤسسه نشر اسلامی، چاپ نخست.
 - _____. (بی تا) *النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی*، دارالاندلس، بیروت: افست منشورات قدس قم.
 - شیخ مفید، ابی عبدالله محمد بن محمد بن نعمان. (۱۴۱۰ق.) *المقنعه*، تحقیق جامعه مدرسین، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
 - طباطبایی، سیدعلی. (۱۴۰۴ق.) *ریاض المسائل*، قم: مؤسسه آل البیت، چاپ سنگی.
 - _____. (۱۴۱۹ق.) *ریاض المسائل*، قم: مؤسسه نشر اسلامی، چاپ نخست.
 - طباطبایی حکیم، سیدمحمد سعید. (۱۴۱۶ق.) *منهاج الصالحین*، دارالصفوه، چاپ نخست.
 - طبرسی، امین الاسلام ابی علی الفضل بن الحسن. (۱۴۱۵ق.) *مجمع البیان فی تفسیر القرآن*، بیروت: انتشارات مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، چاپ نخست.
 - طرابلسی، عبدالعزیز بن براج. (۱۴۰۶ق.) *المهذب*، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
 - _____. (۱۴۱۱ق.) *جواهر الفقه*، تحقیق: ابراهیم بهادری، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم،

- چاپ نخست.
- طهماسبی، علی؛ رشیدی، علی. (پاییز ۱۳۹۲) «جستاری در وکالت مرتهن در فروش عین مرهونه»، فصلنامه تعالی حقوق، سال چهارم، شماره چهارم.
- علامه حلی، جمال الدین بن حسن. (۱۳۶۸ق.) تبصره المتعلمین، تحقیق حسینی و یوسفی.
- _____. (۱۴۱۲ق.) تحریر الاحکام، تحقیق: شیخ ابراهیم بهادری، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ نخست.
- _____. (۱۴۱۳ق.) مختلف الشیعه، قم: مؤسسه نشر اسلامی، چاپ نخست.
- _____. (بی تا.) تذکره الفقهاء، مکتبه الرضویه لإحياء الآثار الجعفریه.
- _____. (۱۴۲۰ق.) تحریر الاحکام، تحقیق: شیخ ابراهیم بهادری، مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول.
- _____. (۱۴۱۰ق.) ارشاد الازدهان الی احکام الایمان، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ نخست.
- فاضل مقداد، جمال الدین مقداد بن عبدالله سیوری. (۱۴۰۳ق.) نضد القواعد الفقهیه، تحقیق: سید عبداللطیف کوه کمری، قم: انتشارات آیه الله العظمی مرعشی.
- فخرالمحققین، شیخ ابی طالب محمد بن حسن بن یوسف بن مطهر حلی. (۱۳۸۷ق.) ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد، تحقیق: کرمانی و اشتهااردی و بروجردی، طبع بامر، چاپ نخست.
- فیض کاشانی، ملا محسن. (بی تا) التحفه السنیه، شارح: سید عبدالله جزایری، نسخه خطی - میکروفیلم، کتابخانه آستان قدس رضوی.
- قبولی درافشان، محمد تقی (پاییز و زمستان ۱۳۹۰) «وضعیت تصرفات ناقل عین مرهونه از سوی راهن؛ مطالعه فقهی حقوقی» مجله آموزه های فقه مدنی، دانشگاه علوم رضوی، شماره چهارم.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی. (۱۳۷۶) عقود اذنی - وثیقه های دین، تهران: شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ دوم.
- کریمی، عباس. (مهر ۱۳۷۶) «رهن دین»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۳۸.
- کریمی، عباس؛ معین اسلام، محمد. (تابستان ۱۳۸۷) «رهن اموال فکری»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۸، شماره ۲.
- محقق ثانی، ابوالحسن علی بن حسین کرکی. (۱۴۰۸ق.) جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم: مؤسسه آل البیت، چاپ نخست.
- محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین (۱۴۰۹ق.) شرایع الاسلام فی مسائل الحلال را الحرام، تحقیق سید صادق شیرازی، تهران: انتشارات استقلال چاپ دوم.
- مذاکرات و آرای هیأت عمومی دیوان عالی کشور سال ۱۳۷۶ (۱۳۷۸)، تهران: دفتر مطالعات و

- تحقیقات دیوان عالی کشور، چاپ نخست.
- مشروح مذاکرات و آرای دیوان عالی کشور سال ۱۳۷۷ (۱۳۸۰)، تهران: اداره وحدت رویه و نشر مذاکرات هیأت عمومی دیوان عالی کشور، چاپ نخست.
 - معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضاییه، (تابستان ۱۳۸۸) مجموعه تنقیح شده قوانین و مقررات حقوقی، تهران: انتشارات روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، چاپ دوم.
 - مقدس اردبیلی، احمد. (۱۴۱۲ق.) مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، تحقیق: اشتهااردی و عراقی و یزدی، قم: انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ نخست.
 - موسوی بجنوردی، سیدمحمدحسن. (۱۴۱۹ق.) القواعد الفقهیه، تحقیق: مهدی مهریزی و محمد حسین دراینی، قم: نشر الهادی، چاپ نخست.
 - موسوی خمینی، سید روح الله. (۱۴۱۰ق.) کتاب البیع، قم: اسماعیلیان، چاپ چهارم.
 - _____. (بی تا) تحریرالوسیله، قم: دارالکتب العلمیه.
 - موسوی خویی، سیدابوالقاسم. (۱۳۶۸) مصباح الفقاهه، قم: انتشارات وجدانی، چاپ نخست.
 - میرزایی، علیرضا، (۱۳۸۹) محشی مجموعه قوانین و مقررات حقوقی، تهران: انتشارات بهنامی، چاپ نخست.
 - نجفی، شیخ محمدحسن. (۱۳۹۴ ق.) جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، قم: دارالکتب الاسلامی، چاپ ششم.
 - _____. (۱۳۶۵) جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ هشتم.
 - همدانی، آقا رضا. (بی تا) مصباح الفقهیه، چاپ صدر، چاپ سنگی.
 - یزدانیان، علیرضا، (پاییز ۱۳۸۶) «بیع عین مرهونه توسط راهن از منظر فقه و حقوق مدنی»، مجله مقالات و بررسی‌ها، شماره ۸۵.
 - Bradford. (1979).
 - Duxbury. (1994).
 - Jackson, Meredith. (3/20/2007). "Contracting out of Article 9". *Loyla of Los Angeles Law Review*, Vol. 40: 281, pp. 281- 282; See U.C.C. 9-602cmts. 2-3 (2001).
 - Knopf, Howard P. (2001) "Security Interests in Intellectual Property: An International Comparative Approach", *9th Annual Fordham Intellectual Property Law and Policy Conference*, New York, N.Y., , April 19 & 20.
 - Moringiello, J. M. (2003) Seizing Domain Names to Enforce Judgement: Looking Back to Look to the Future. *Univeristy of Cincinnati Law Review*, No. 72.

- Schwarcz Steven L, The Impact of Securitization of Revised UCC Article 9. *Chicago- Kent Law Review*, Vol. 74.
- Soukup, Lynn A. Plamen I. Russev, Payment Obligations and other Property as Collateral: Contractual Restrictions on Assignment Rendered Ineffective by Article 9, *Uniform Commercial Code Law Jurnal*, Vol. 37.#3
- Stone, B. (1975). *Uniform Commercial Code in a Nutshell*, West Publication Co.

مبانی اجرای عین تعهد در حقوق اسلام و ایران

سیامک توانگر^۱

چکیده: در نظام حقوقی ما «اجرای اجباری عین تعهد»، به عنوان نخستین ضمانت اجرای مقابله با نقض قرارداد، به لحاظ اجباری بودن درخواست آن از ناحیه متعهدله و تغییر مبانی قانونی و شرایط اقتصادی و اجتماعی، پاسخ گوی ضرورت‌ها و نیازهای حقوقی و اقتصادی جامعه نیست؛ در حالی که حقوق، مجموع قواعد زندگی در اجتماع است و نمی‌تواند از نیازها و ضرورت‌های این زندگی دور بماند. بنابراین، روشن‌بینی در آن است که اقتضای زمانه درک شود و مصالح و مفاسد نیز در وضع و تفسیر و اجرای قواعد حقوق نقش مهمی داشته باشد. از همین رو، نظام حقوقی ما در زمینه ضمانت اجرای مقابله با نقض قرارداد، باید در جهت هم‌سویی و هماهنگی با اسناد بین‌المللی و نظام‌های پیشرفته حقوقی جهان معاصر گام برداشته و هم‌عرض بودن مکانیسم‌های مقابله با نقض قرارداد را بپذیرد. روش دستیابی به این مهم در نظام حقوقی ما، اختیاری نمودن اصل اجرای عین تعهد قراردادی از ناحیه متعهدله است. پذیرش این نظر در نظام حقوقی ما نه تنها در تضاد با پیشینه فقهی و سنت حقوقی جامعه نیست، بلکه به لحاظ تحول تدریجی قاعده در نظام حقوقی ما و وجود سابقه نظریه پردازی در حقوق اسلامی و عطف توجه به نقش عوامل بویایی فقه از جمله «عقل مستقل»، گستره «قاعده لاضرر» و «بنای عقلا» با مبانی حقوق اسلام و ایران سازگار است.

کلیدواژه‌ها: ضمانت اجرا، نقض قرارداد، تعهد، اجرای اجباری عین تعهد، اسناد بین‌المللی.

مقدمه

«اجرای اجباری عین تعهد» به عنوان یکی از روش‌های مقابله با نقض قرارداد، به سبب انطباق با اصول کلی حقوق و قواعد عمومی نظیر: وفای به عهد و لزوم قراردادهای، و هم‌چنین به سبب اهمیت آن در تنظیم برنامه‌های اجتماعی و نقش آن در ثبات و امنیت قراردادهای و وصول به مقاصد، مورد

۱. دکتری فقه و حقوق خصوصی و قاضی دادگستری

E-mail: siamak tavangar@yahoo.com

دریافت مقاله: ۱۳۹۷/۱/۱۸ تأیید مقاله: ۱۳۹۷/۳/۶

شناسایی غالب نظام‌های حقوقی جهان معاصر، از جمله ایران و اسلام، و نیز اسناد بین‌المللی قرار گرفته است؛ اما نحوه استفاده از این شیوه مقابله با نقض قرارداد، بنابر ملاحظات تاریخی و نظام‌های اقتصادی، اجتماعی و سیاسی مختلف، متفاوت است.

هدف اساسی در این جستار، پاسخ‌گویی به این سؤال است که آیا روش نظام حقوقی ما در زمینه ضمانت اجرای مقابله با نقض قرارداد از طریق پذیرش شیوه «اجبار به انجام عین تعهد تا حد امکان» پاسخ‌گوی ضرورت‌ها و نیازهای حقوقی و اقتصادی جامعه است؟ برای پاسخ به این سؤال، ابتدا به بررسی اجرای اجباری عین تعهد در حقوق اسلامی و سپس حقوق ایران پرداخته و در نهایت به بررسی تعدیل قاعده و راهکار اجرای آن در نظام حقوقی خود می‌پردازیم.

۱. اجرای اجباری عین تعهد در حقوق اسلامی

در حقوق اسلامی، اجرای اجباری عین تعهد، غالباً در باب «تسلیم» یا «قبض» مطرح می‌شود. البته در این امر که هر یک از طرفین، ملزم به انجام تعهدات ناشی از عقد است و در صورت امتناع، مجبور به اجرای تعهد می‌شود، میان فقها تردیدی وجود ندارد (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۳: ۱۴۴؛ انصاری، ۱۳۷۷، ج ۶: ۲۶۱؛ حسینی عاملی، بی‌تا، ج ۴: ۷۱۹ به بعد). اما در مورد علت و فلسفه قاعده اجبار نیز، فقها به ادله صحت و لزوم عقد، مثل آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و حدیث «المؤمنون عند شروطهم»^۱ و اطلاق عقد تمسک جسته‌اند (علامه حلی، الف بی‌تا، ج ۱ و ۲: ۱۷۵؛ طوسی، بی‌تا، ج ۲: ۱۴۸؛ نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۳: ۱۴۴؛ انصاری، ۱۳۷۷، ج ۶: ۶۲؛ خویی، ۱۳۶۸، ج ۷: ۵۶۴). در حقوق اسلامی نیز برای اثبات مبانی اصل لزوم و اجباری بودن قرارداد علاوه بر عمومات فقهی کتاب و سنت، به بنای عقلا و استصحاب نیز اشاره کرده‌اند (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۵، ج ۱: ۵۹ به بعد؛ محمدی، ۱۳۷۴: ۲۷۵ به بعد).

از همین رو برخی گفته‌اند که در فقه، با توجه به ادله صحت و لزوم عقد و التزام به مفاد آن، از قبیل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «المؤمنون عند شروطهم» تعهد چه مستقل و چه تبعی و ضمن عقد، نسبت به متعهد و مشروط‌علیه، واجب الوفا می‌باشد (گرجی، ۱۳۷۲، ج ۱: ۴۲؛ سنگلجی، ۱۳۴۱: ۱۱۱). این تکلیف برای متعهدله، حقی ایجاد می‌کند که بر مبنای آن، چنانچه متعهد از انجام تعهد خودداری کند، متعهدله می‌تواند از حاکم اجبار او را به انجام تعهد بخواهد، و هیچ‌یک از فقها منکر این امر نگردیده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۲، ج ۳: ۵۰۶).

از همین روست که برخی از فقه‌های متأخر «وجوب وفای به عهد را تکلیفی مؤکد می‌دانند که

کسی منکر آن نیست»^۲ (موسوی بجنوردی، بی تا، ج ۳: ۳۶۷). با اینکه در لزوم وفای به شرط، هیچ تردیدی وجود ندارد، درباره ضمانت اجرای این الزام، بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. به عبارت دیگر، در مورد تعهدات تبعی یا شروط ضمن عقد، در این مورد که آیا به محض امتناع متعهد از اجرای تعهد یا شرط، متعهدله یا مشروطله حق فسخ عقد را دارا می باشد یا خیر، بین فقها آرای مختلفی به شرح زیر وجود دارد:

۱- قابلیت فسخ: برخی از فقها معتقدند در صورتی که متعهد یا مشروط علیه، به تعهد یا شرط عمل ننماید، نمی توان او را به وفا و اتیان شرط اجبار کرد، زیرا اصل، عدم وجوب است و تنها اثر عدم انجام شرط این است که عقد در معرض فسخ و زوال قرار می گیرد و نتیجه شرط، تبدیل شدن عقد لازم به جایز بوده و بنابراین مشروطله می تواند عقد را فسخ کند، ولی در صورتی که عمل به شرط شود عقد لازم و غیر قابل فسخ می شود (شهید ثانی، ۱۴۱۲، ج ۳: ۵۰۶ به بعد). این قول را شهید اول بیان نموده و مستند آن را نیز اصل قرار داده است، ولی شهید ثانی در مقام تفصیل قول شهید اول می گوید: «اصل نمی تواند دلیل محکمی بر این قول باشد زیرا در فرض وجود ادله نمی توان به آن تمسک جست» (شهید ثانی، ۱۴۱۲، ج ۳: ۵۰۷). منظور از معرضیت زوال در عبارت شهید، آن چنانکه برخی گفته اند: قابلیت فسخ است. در واقع شهید از فقیهانی است که در مورد اثر شرط، معتقد به وجوب وضعی محض (بدون اثر تکلیفی) است (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۲۳۴ به بعد).

۲- اجبار متعهد تا حد امکان: نظر مشهور فقها بر آن است که در صورت امتناع متعهد از انجام تعهد، به طور مطلق حق فسخ برای متعهدله به وجود نمی آید، بلکه وفای به عهد و شرط به دلیل افاده عام از عمومات «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» بر متعهد و مشروط علیه واجب است (شهید ثانی، ۱۴۱۴، ج ۱: ۱۹۱؛ علامه حلی، ۱۳۶۳، ج ۱: ۲۳۰؛ مامقانی، بی تا: ۲۳۴؛ خوانساری، ۱۳۶۴، ج ۳: ۲۱۱؛ خوانساری، ۱۳۸۵، ج ۳: ۲۴۶؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۸، ج ۲: ۲۸۲ به بعد).

استدلال این فقیهان چنین است که آیه شریفه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بر لزوم التزام طرفین به معامله دلالت دارد. بدین معنا که پس از تحقق عقد بیع، التزام طرفین به عقد واجب می گردد و نمی توانند آن را نقض کنند، مگر در جایی که دلیل خاصی وجود داشته باشد. لذا اگر حق مشروطله ایفا نگردد، حق او تضییع می شود.

از طرف دیگر، نباید مفاد عقد نقض گردد زیرا التزام به آن واجب است، و همچنین برای رسیدن به این حق، راه دیگری برای مشروطله وجود دارد که همان اجبار مشروط علیه بر ایفای

شرط است. به عبارت دیگر، اجبار، عقد را از انحلال مصون می‌دارد و حتی الامکان به مفاد آیه که «وجوب وفاست» عمل می‌شود و مشروطه نیز به حق خود می‌رسد. لذا فسخ عقد جایز نیست، مگر در جایی که اجبار متعذر گردد. شیخ انصاری به عنوان یکی از طرفداران این نظر در باب شروط ضمن عقد می‌گوید:

به نظر ما در صورت تمکن اجبار، مستندی برای خیار وجود ندارد؛ زیرا مقتضای عقد مشروط عمل بر طبق شرط است خواه اختیاری باشد، خواه اجباری و قهری^۳ (انصاری، ۱۳۷۷، ج ۶: ۷۱).

صاحب‌جو/هر از این هم پیش‌تر رفته و می‌گوید:

اگر اجماع بر ثبوت خیار، در حال تعذر اجبار نبود، ممکن بود قائل شویم به اینکه اصلاً خیار ثابت نمی‌شود، زیرا اصل، لزوم قراردادهاست و از این اصل معلوم می‌شود که در مورد خيارات باید به قدر متیقن اكتفا کنیم (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۳: ۲۱۹).

در همین راستا، برخی در خصوص موضوع، قائل به تفصیل شده‌اند:

حق این است که مشروطه، نمی‌تواند با تمکن اجبار، معامله را فسخ کند، چه اگر مدرک خیار، اجماع یا قاعده ضرر باشد، می‌توان گفت که قدر متیقن از اجماع، صورت تعذر اجبار است، یا اینکه با امکان اجبار، ضرری متوجه مشروطه نیست تا جهتی برای خیار باشد (گرجی، ۱۳۸۷: ۴۹).

اما در صورتی که مدرک خیار، مسئله تعلیق التزام به وفای به معامله بر شرط باشد به مجرد اینکه مشروطه علیه از عمل به شرط امتناع کند، مشروطه می‌تواند معامله را فسخ کند، اعم از آنکه بتواند او را بر عمل به شرط اجبار کند یا نتواند. همین، معنای صحت معامله به ضمیمه خیار تخلف شرط یا تخلف وصف است (گرجی، ۱۳۸۷: ۴۹ به بعد).

با توجه به دلایل یاد شده، نظر مشهور فقها بر آن است که: حق فسخ در طول حق الزام و اجبار به انجام عین تعهد است نه در عرض آن، یعنی اولویت با اجبار متعهد به اجرای عین تعهد است و فقط با تعذر از امکان اجبار است که حق فسخ برای متعهدله ایجاد می‌گردد. خلاصه آنکه نظریه تربیی بودن حق فسخ و حق اجبار همان گونه که برخی گفته‌اند:

در حقیقت پایبند بودن حداکثر به اصل لزوم در عقود است. از اصل لزوم لدی‌الاقضاء باید

به حداقل دست برداشت. دادن این فرصت به مشروط‌تله که مشروط‌تله را به ایفای عهد اجبار کند، و مادام که چنین فرصتی وجود دارد اجازه فسخ معامله را ندهیم، عمل کردن تا حد میسر به «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» است (محقق داماد، ۱۳۹۰، ۲۴۷ به بعد).

این نظر، یعنی ترتیبی بودن حق اجبار و حق خیار با ضرورت‌ها، نیازها و مقتضیات جامعه امروزی، تطابق نداشته و از همین روست که بعضی با توجه به مبنای خیار که بنای عقلاست، به پذیرش هم عرض بودن اجبار و حق فسخ، نظر داده و اصرار بر ترتیب میان این دو را فاقد وجهت منطقی دانسته‌اند (محقق داماد، ۱۳۹۰؛ ۲۴۹؛ ۱۳۷۶: ۴۲). به دلیل اینکه وجود خیار، ناشی از قاعده لاضرر است و چه بسا رجوع به حاکم و طرح دعوا، خود موجب ضرر مشروط‌تله باشد. بنابراین، نمی‌توان حق خیار را قبل از مراجعه به حاکم از مشروط‌تله سلب کرد. قانون مدنی راه حل دوم را که نظر مشهور بین فقیهان امامیه است به عنوان قاعده برگزیده، یعنی در مرحله نخست باید به اجبار متعهد پرداخت و در نهایت در فرض عدم امکان اجبار، جواز فسخ قرارداد محقق می‌شود. اما در فقه عامه عدم اجرای شرط و عقد، موجب پیدایش حق فسخ برای مشروط‌تله می‌باشد و در صورت امتناع مشروط‌تله از انجام شرط، مشروط‌تله بین اجبار و فسخ عقد مخیر است (جزیری، بی‌تا، ج ۲: ۲۳۰).

۳- تخییر بین الزام و فسخ: بعضی دیگر از فقها معتقدند در صورتی که مشروط‌تله عمل به شرط ننماید و تعهد خود را اجرا نکند، مشروط‌تله بین فسخ و الزام متعهد، مخیر است. بنابراین، طبق این نظر، به مجرد امتناع مشروط‌تله از وفای به شرط، مشروط‌تله حق دارد معامله را فسخ کند و اختیار فسخ متوقف بر عدم تمکن اجبار مشروط‌تله بر اجرای شرط نیست (علامه حلی، بی‌تا، ج ۱: ۴۹۲؛ الفبی‌تا، ج ۱ و ۲: ۱۸۰؛ اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۵: ۱۹۱). در توجیه این نظر، چنین استدلال می‌کنند که پیدایش خیار فسخ، به سبب امتناع مشروط‌تله از انجام شرط یا تعهد است نه به جهت عدم امکان انجام تعهد ولو بالااجبار (موسوی بجنوردی، بی‌تا، ج ۳: ۲۶۹). لذا اگر متعهد به اختیار مورد تعهد را به اجرا نگذارد، موضوع خیار محقق گشته و همین امر سبب حق فسخ برای مشروط‌تله می‌گردد. هم‌چنین در توجیه این اختیار گفته‌اند:

هیچ اشکالی ندارد که مشروط‌تله در صورت امتناع مشروط‌تله از انجام شرط، مخیر بین اجبار به انجام شرط و فسخ عقد باشد؛ زیرا اولی مقتضای حق اوست، اما حق فسخ وی نیز بدین خاطر است که نزد عقلا با وجود تخلف، خیار ثابت می‌گردد،

بدون اینکه ایجاد آن متوقف بر تعذر اجرای شرط باشد (موسوی خمینی، ۱۳۶۶، ج ۵: ۲۲۰).

در حقوق اسلامی نیز برخی از فقها، از جمله طباطبایی یزدی، بر اساس مسلک عرفی خود چنین مطرح می‌کند که اگر به عرف مراجعه کنیم درمی‌یابیم که بنای ایشان هنگام تخلف از شرط، عدم لزوم است، یعنی اینکه وقتی مشروط‌علیه از شرط تخلف کرده، مشروط‌له مخیر است به اینکه به لزوم عقد پایبند بوده، در صورت امکان، اجبار مشروط‌علیه را به انجام شرط بخواهد، یا اینکه ملتزم به عقد نباشد و آن را فسخ کند (طباطبایی یزدی، بی‌تا، ج ۲: ۱۲۹).

برخی دیگر از فقهای طرفدار این اختیار، وجود حق فسخ برای مشروط‌له در عرض اجبار و عدم توقف آن بر تعذر اجرای شرط را به این نحو تحلیل می‌کنند که مدرک و مستند خیار، تخلف از شرط ضمنی است که بر آن اعتماد شده است. به این معنا که چون مشروط‌له، الزامش را در عقد، به تعهد مشروط‌علیه به موجب شرط، معلق ساخته، حال که مشروط‌علیه به این شرط عمل ننموده و در واقع از این شرط ضمنی تخلف شده، لذا مشروط‌له می‌تواند با تمکن از اجبار نیز عقد را فسخ کند (خویی، ۱۳۶۸، ج ۷: ۳۷۴). پس این گروه از فقها معتقدند که فقدان شرط، باعث ضرر است و جبران آن از دو طریق موازی قابل تدارک است که هیچ کدام بر دیگری رجحان ندارد. در نتیجه، کسی که شرط به سود او شده است، اختیار دارد که فسخ عقد یا اجبار به اجرای شرط را برگزیند. به نظر این عده از فقها حق فسخ و اجبار در عرض هم قرار دارند.

نظر و رویکرد این گروه از فقها مبنی بر تخییر بین اجبار و فسخ از ناحیه متعهدله به هنگام نقض قرارداد از ناحیه متعهد، با ضرورت‌ها، نیازها و واقعیات اجتماعی سازگارتر است و بیش‌تر حافظ نظم اجتماعی و حقوق افراد می‌باشد که البته این تأثیر مورد توجه برخی از حقوق‌دانان قرار گرفته است (امامی، ۱۳۷۸، ج ۱: ۵۰۷ به بعد؛ کیایی، ۱۳۷۶: ۲۴۵).

باید توجه داشت که پذیرش نظر و رویکرد این گروه از فقها در موضوع مورد بحث با نظام‌های پیشرفته حقوقی و اسناد بین‌المللی که برآیند مطالعات تطبیقی گسترده در حقوق داخلی کشورهاست، انطباق دارد.

۲. اجرای اجباری عین تعهد در حقوق ایران

اصل لزوم یا اجباری بودن قرارداد، از حیث مبانی فلسفی در حقوق ایران، دارای مبنای اخلاقی و

مذهبی است، زیرا اخلاق و مذهب، مردم را به اجرای تعهد و وفای به عهد امر می‌کند. خلف وعده از نظر اخلاقی و مذهبی مذموم بلکه گناه است. هم‌چنین، اصل مزبور دارای مبنا و خاستگاهی تحلیلی و عقلایی است که از ضروریات زندگی معاملاتی جامعه ریشه گرفته و برای عقود ثابت شده است و جامعه حاکمیت آن را در روابط معاملاتی لازم می‌بیند. از همین روست که برخی اصل اجباری بودن قرارداد را موافق مصلحت جامعه دانسته و گفته‌اند:

مصلحت جامعه اقتضا می‌کند که معاملات و روابط اقتصادی افراد استحکام و ثبات داشته باشد. اگر هرکسی دلخواهانه از زیر بار تعهدات خویش شانه خالی کند و قراردادهایی را که با دیگران بسته است یک‌جانبه نقض نماید، روابط اجتماعی مختل خواهد شد و نظم جامعه بر هم خواهد خورد (صفایی، ۱۳۸۲: ۱۵۶؛ شهیدی، ۱۳۷۹: ۲۷۳ به بعد؛ ۱۳۸۲: ۲۷ به بعد).

به موجب اصل لزوم قراردادها، که یکی از اصول مسلم حقوقی در غالب نظام‌های حقوقی جهان معاصر از جمله نظام حقوقی ایران است، قراردادهای منعقد شده میان طرفین و قائم مقام آنان لازم‌الاتباع است و در صورت خودداری هر یک از طرفین از اجرای تعهدات خویش، جز در مواردی که به نحو دیگری توافق شده باشد، طرف مقابل حق دارد علاوه بر مطالبه خسارت ناشی از تأخیر، الزام وی را به اجرای تعهدات ناشی از قرارداد، اعم از مادی یا حقوقی، بخواهد. اصلی که به روشنی یا به طور ضمنی در مواد متعدد قانون مدنی از جمله، مواد ۲۱۹، ۲۲۰، ۲۲۱، ۲۲۲، ۲۲۶، ۲۳۷، ۲۳۸، ۳۷۶، ۴۷۶ و ۵۳۴، تأیید شده و متضمن این معناست که در حقوق ایران هنگام امتناع متعهد از وفای به عهد، اجرای عین قرارداد، بر طریق دیگری جبران نقض آن، یعنی فسخ ترجیح دارد، و دادگاه‌ها ملزمند به تقاضای متعهد، متعهد را وادار به انجام عین تعهد نمایند.

توضیح آنکه در حقوق ایران، اجرای عین تعهد که منظور اصلی متعاقدين از انعقاد قرارداد می‌باشد با توسل به شیوه اجبار به انجام عین تعهد مورد حمایت قرار گرفته است. از طرفی، تأثیر فقه اسلامی و نظر مشهور فقها بر این سیستم، باعث شدت کاربرد این روش گردیده است؛ به نحوی که شیوه اجبار به انجام عین تعهد در صورت امکان، چاره اولیه و انحصاری مقابله با نقض تعهد به حساب می‌آید؛ چرا که قانون مدنی، اصل لزوم عقد و قاعده التزام به مفاد آن را مورد پذیرش قرار داده است. مطابق اصل لزوم عقود و قراردادهای تعهدات متقابل جز به تراضی از بین نمی‌رود و فسخ، راه حلی استثنایی است. ماده ۲۱۹ قانون مدنی در این خصوص چنین مقرر

می‌دارد:

عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد، بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم‌الاتباع است مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود.

مطابق قاعده التزام، تا زمانی که اجرای عقد و اجبار طرف قرارداد به مفاد آن امکان‌پذیر باشد، دلیل موجهی برای فسخ عقد وجود ندارد. ماده ۲۲۰ قانون مدنی در این مورد چنین بیان می‌دارد:

عقد نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می‌نماید، بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود، ملزم می‌باشند.

با جمع‌بندی مواد فوق، می‌توان نتیجه گرفت که ضمانت اجرای طبیعی تخلف از وفای به عهد، الزام متخلف است نه فسخ عقد، هر چند در جایی که اجرای مفاد عقد به هیچ طریق قانونی قابل اجبار نباشد، چاره‌ای جز فسخ عقد و اخذ خسارت باقی نمی‌ماند.

در حقوق ایران، قاعده کلی اجبار به انجام عین تعهد، در مورد شروط ضمن عقد در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی و در مورد تعهدات اصلی، در مواد ۳۷۶ و ۴۷۶ قانون موصوف مورد پذیرش قرار گرفته است. ماده ۳۷۶ در این مورد چنین بیان می‌دارد: «در صورت تأخیر در تسلیم مبیع یا ثمن، ممتنع اجبار به تسلیم می‌شود.» این ماده اختصاص به بیع ندارد، و در تمام قراردادهای معوض جاری است. علت ذکر آن در عقد بیع این است که چون در فقه بحث مستقلی تحت عنوان قواعد عمومی قراردادها وجود نداشت و قسمت عمده قواعد مربوط به اجبار، در مبحث شروط و هم‌چنین در بیع و اجاره، به عنوان مهم‌ترین مصادیق عقود معوض مطرح گردیده، و فقها قواعد مزبور را از باب غلبه در مبحث بیع مطرح کرده‌اند، قانون مدنی ما نیز به تبعیت از فقه، در بعضی از موارد، این ترتیب را رعایت نموده و تعدادی از قواعد عمومی را در عقد بیع آورده است. شعبه ششم دیوان عالی کشور در حکم شماره ۱۱۰۸-۱۳۲۷/۷/۱۴ در خصوص ماده موصوف بیان داشته است:

تأخیر در تسلیم مبیع موجب حق فسخ یا انفساخ معامله نیست تا خریدار بتواند بدو مطالبه ثمن نماید بلکه فروشنده الزام به تسلیم می‌گردد، چنانچه الزام ممکن نشد، حق فسخ حاصل خواهد شد (نیک‌فر، ۱۳۷۱: ۹۱).

ماده ۴۹۶ قانون مدنی نیز در مورد امتناع موجر از تسلیم عین مستأجره بیان می‌دارد:

موجر باید عین مستأجره را تسلیم مستأجر کند و در صورت امتناع، موجر اجبار می‌شود و در صورت تعذر اجبار، مستأجر خیار فسخ دارد.

ماده موصوف نیز امکان فسخ اجاره در صورت امتناع موجر از تسلیم عین مستأجره را صرفاً در صورت تعذر اجبار موجر می‌داند.

علاوه بر مواد ۳۷۶ و ۴۷۶ قانون مدنی که در مورد پذیرش قاعده کلی اجبار به انجام عین تعهد، درباره تعهدات اصلی است. مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی در مورد پذیرش قاعده کلی اجبار به انجام عین تعهد، در مورد شروط ضمن عقد، چنین مقرر می‌دارند. در ماده ۲۳۷ آمده است:

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

ماده ۲۳۸ در تکمیل این ماده مقرر می‌دارد:

هرگاه فعلی در ضمن عقد شرط شود و اجبار ملتزم به انجام آن غیر مقدور ولی انجام آن به وسیله شخص دیگری مقدور باشد، حاکم می‌تواند به خرج ملتزم موجبات انجام آن فعل را فراهم کند.

بنابر ماده ۲۳۹:

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.

شعبه یکم دیوان عالی کشور در حکم شماره ۱۳۸۷-۱۳۱۶/۶/۱۵ در راستای همین قاعده اجبار بیان داشته است:

اصولاً طبق مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ قانون مدنی با فرض اینکه ثابت شود مدعی‌علیه تخلف از شرط کرده است بدو بایستی اجبار او بر وفای به شرط تقاضا شود و مادام که تعذر به اجبار معلوم نباشد برای مدعی حق فسخ نخواهد بود (نیک‌فر، ۱۳۷۱: ۶۴).

در نتیجه در حقوق ایران، قانون‌گذار به تبعیت از نظریه مشهور در فقه، هم در تعهدات اصلی

(ماده ۴۷۶) و هم در تعهدات تبعی یا شروط ضمن عقد (ماده ۲۳۷) نظریه ترتیب را پذیرفته و حق فسخ را متأخر بر حق اجبار، و اعمال آن را منوط به تعذر اجبار متعهد دانسته است. پرسشی که در این قسمت باید بدان پاسخ گفت این است که آیا متعهد می تواند به استناد امتناع طرف قرارداد از وفای به عهد، و قبل از مراجعه به دادگاه و درخواست اجبار، عقد را فسخ کند؟ به عبارت دیگر، آیا می توان از قواعد عمومی قراردادها استنباط کرد که در عقود معوض، در صورت امتناع متعهد از انجام تعهد، متعهد حق فسخ عقد را دارد یا خیر؟ شاید بتوان برای اثبات وجود خيار فسخ گفت که:

در قراردادهای معوض، معامله بر مبنای این شرط ضمنی قرار می گیرد که هر متعهد به هنگامی که وفای به عهد کند و دو تعهد با هم مبادله شود، پس اگر یکی از دو طرف از اجرای تعهد خویش امتناع ورزد، طرف دیگر به استناد خيار تخلف شرط ضمنی حق فسخ عقد را دارد. به اضافه تکلیف اخلاقی مربوط به احترام به عقد و پیمان مشروط بر این است که طرف قرارداد نیز خود را پایبند به آن ببیند، در موردی که طرف قرارداد از اجرای آن خودداری می کند، برای دیگری تکلیفی باقی نمی ماند (کاتوزیان، الف، ۱۳۷۶، ج ۳: ۲۶۵؛ شهیدی، ۱۳۸۲: ۱۷۷ به بعد).

در فقه امامیه نیز برخی از فقها در توجیه امکان فسخ معامله در صورت تخلف مشروط علیه از انجام شرط، به این شرط ضمنی تمسک جسته و آن را مدرک جعل خيار فسخ قرار داده اند (خویی، ۱۳۶۸، ج ۷: ۳۷۴). در همین راستا، برخی معتقدند که مبنای بسیاری از مواد قانون مدنی می تواند شرط ضمنی باشد و با این نظریه می توان دیدگاه های حقوقی فراوانی را توجیه کرد (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۲۹۵).

در نفی استدلال فوق گفته شده است که خيار شرط ضمنی در صورت تخلف از وفای به عهد، توهم و خیال پردازی است، چرا که دو طرف به هنگام تراضی بنای خویش را بر وفای به عهد و التزام به پیمان و رعایت حسن نیت می نهند و به طور معمول به نقض عهد و امکان فسخ آن نمی اندیشند (کاتوزیان، الف، ۱۳۷۶، ج ۳: ۲۶۶)، مگر اینکه اراده چنین حق فسخی، استثنائاً در قراردادی محقق شود که این وضعیت را نمی توان در حالت عادی قراردادها محرز دانست (شهیدی، ۱۳۸۲: ۱۷۸). بر فرض هم که چنین شرط ضمنی پذیرفته شود، امکان فسخ عقد را توجیه نمی کند، زیرا هر چه باشد قوی تر از شرط صریح مذکور در ماده ۲۳۹ نیست که در قانون ضمانت اجرای نخستین آن، اجبار

ملتزم است نه فسخ قرارداد (کاتوزیان، الف ۱۳۷۶، ج ۳: ۲۶۶). مضافاً بر اینکه در حقوق ایران، اصل لزوم قراردادها حاکمیتی بلامنازع دارد و این اصل هم در مقام تردید میان لزوم و جواز عقد حکومت می‌کند، و هم در آنجا که وجود یا عدم حق فسخ مورد تردید است، حکم بر فقدان حق فسخ می‌دهد (کاتوزیان، ب ۱۳۷۶، ج ۵: ۵۵ به بعد؛ محقق داماد، ۱۳۷۳: ۱۴۹؛ بحر العلوم، ۱۴۰۳، ج ۲: ۸۱؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۸، ج ۲: ۳۶). به نظر این دسته از حقوق‌دانان، از یک طرف، عقد لازم جز در موارد استثنایی قابل فسخ نیست و از طرفی دیگر، خودداری یکی از دو طرف از اجرای قرارداد در قانون، مجوز فسخ قرارداد معرفی نشده است (شهیدی، ۱۳۸۲: ۱۷۸؛ صفایی، ۱۳۸۲: ۳۴؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳: ۲۵۴). در نتیجه، طرفی که با خودداری طرف دیگر قرارداد روبرو می‌شود نمی‌تواند قرارداد را فسخ کند، و تنها باید در پی اجرای قرارداد و درخواست جبران خسارت ناشی از تأخیر باشد، چرا که خیار فسخ راه‌حلی استثنایی است که به عنوان «بدضروری» مورد استفاده قرار می‌گیرد. جبران ضرر هنگامی ضرورت می‌یابد که اجرای تعهد متقابل، ممکن نباشد و تعادل قراردادی بر هم بخورد، ولی تا زمانی که اجرای عقد و اجبار طرف قرارداد امکان دارد، این ضرورت احساس نمی‌شود و پیوند میان تعهدهای متقابل نیز صرفاً این نتیجه را در بر دارد که با از بین رفتن موضوع یکی از دو تعهد، طرف مقابل نیز از قید التزام رها می‌شود و تعذر اجرای عقد به او حق فسخ می‌دهد. پس، ضمانت اجرای طبیعی تخلف از وفای به عهد الزام متخلف است نه فسخ عقد (کاتوزیان، الف ۱۳۷۶، ج ۳: ۲۶۷-۲۶۶).

مواد ۲۳۸ و ۲۳۹ به وضوح مؤید نظر اخیر است. هر چند ممکن است از کلمه «می‌تواند» مذکور در ماده ۲۳۷ قانون مدنی، چنین استنباط شود که مشروط‌له در رجوع به حاکم اجباری نداشته و می‌تواند معامله را بدون مراجعه به حاکم فسخ کند، ولی روشن است که این استدلال قوی نیست؛ زیرا اختیاری که به موجب ماده ۲۳۷ قانون مدنی نسبت به امکان رجوع به حاکم به مشروط‌له داده شده است، اختیاری نیست که نقطه مقابل آن حق فسخ باشد؛ یعنی مقصود ماده این نیست که مشروط‌له بین رجوع به حاکم و اخذ به خیار، مختار باشد، بلکه نقطه مقابل اختیار مشروط‌له، صرف نظر کردن از انجام فعل مشروط است (عدل، ۱۳۷۳: ۲۵۵).

از مجموع مواد ۲۳۷، ۲۳۸، ۲۳۹، ۳۷۶، ۴۷۶ قانون مدنی مستفاد می‌شود که در صورت امتناع متعهد از اجرای تعهد، اجبار به انجام عین تعهد، به عنوان راه حل اولیه و قاعده پذیرفته شده است، و طلبکار در صورتی حق فسخ دارد که اجبار متعهد به انجام تعهد مقدور نبوده، و موضوع تعهد نیز از جمله اعمالی نباشد که کسی دیگر بتواند آن را انجام دهد.

مطلب دیگری که باید بدان توجه داشت این است که در نظام حقوقی ما پرداخت خسارت ضمانت اجرای دیگری است که در صورت نقض تعهد و وقوع ضرر طلبکار می‌تواند از مدیون مطالبه نماید، این حق یعنی مطالبه خسارت یک حق مستقل است و با سایر طرق جبران خسارت به‌ویژه اجرای عین تعهد یا فسخ قرارداد قابل جمع می‌باشد و دلیل کافی بر تقدم اجرای عین قرارداد بر مطالبه خسارت در نظام حقوقی ما وجود ندارد.

از منظر حقوق تطبیقی در حقوق فرانسه، هرگاه یکی از طرفین در قرارداد معوض، از اجرای تعهد امتناع کند، طرف دیگر می‌تواند بر این مبنا، فسخ عقد را از دادگاه بخواهد، حکم به فسخ توسط دادگاه صورت می‌گیرد و دادرس می‌تواند درخواست فسخ را بپذیرد یا رد کند (ماده ۱۱۸۴ قانون مدنی فرانسه)، در حقوق مزبور، اجبار به انجام عین تعهد، اولییتی بر شیوه‌های دیگر ندارد؛ یعنی این با متعهدله است که هر یک از دو شیوه اجبار به انجام عین تعهد، یا فسخ عقد و مطالبه خسارت را به دلخواه انتخاب کند. پس در حقوق فرانسه قاعده اجبار پذیرفته شده ولی موازی با سایر ضمانت اجرای نقض تعهدات (فسخ عقد و جبران خسارت) است، و در این نظام حقوقی نیز حق اجبار و فسخ در طول یکدیگر نیستند، بلکه نقض تعهد از طرف متعهد، به طلبکار این حق را می‌دهد که یا از دادگاه اجبار او را به اجرای تعهد بخواهد، و یا عقد را فسخ و مطالبه خسارت کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳: ۲۰۴).

در نظام حقوقی کامن‌لا، متعهدله می‌تواند به صرف امتناع متعهد از وفای به عهد، عقد را فسخ و مطالبه خسارت کند. با توجه به اینکه در این نظام، اجرای عین تعهد امری استثنایی بوده و قاعده این است که متعهدله در صورت امتناع متعهد از اجرای تعهد، صرفاً به دریافت خسارت اکتفا کند، لذا این راه حل امری بسیار طبیعی و منطقی است. حتی در نظام مزبور، رد تعهد ناشی از قرارداد هم سبب می‌شود که طرف دیگر قرارداد بتواند عقد را فسخ و مطالبه خسارت کند (Padfield, 1989: 170). بدین معنا که چنانچه یکی از طرفین قرارداد، قبل از موعد انجام تعهد به طرف دیگر، صریحاً اعلام کند که وی دیگر قصد ندارد تعهد خویش را اجرا کند، طرف مقابل می‌تواند این امر را نقض قرارداد تلقی کرده و عقد را فسخ نماید. البته او می‌تواند این اعلام طرف را بی‌اثر انگاشته و تا فرارسیدن موعد انجام تعهد، صبر کند؛ در این صورت، طرف مقابل مسئول تمام نتایج ناشی از عدم اجرای عقد خواهد بود (Smith and Thomas, 1992: 551).

بنابراین در حقوق انگلیس به عنوان نمونه بارز نظام کامن‌لا، الزام متعهد متخلف، به اجرای عین تعهد

قراردادی جز در موارد استثنایی مانند تعهد به پرداخت مبلغی پول یا مواردی که جبران خسارت کافی نباشد تجویز نشده است.

در صورت تخلف، متعهدله می تواند متعهد را ملزم به جبران ضرر و زیان ناشی از تخلف از انجام تعهد کند که این روش عادی برخورد با متعهد متخلف است.

(Cheshire and Fumston, 1986, 579; Guest, 1975, 491; Treitel, 1984, 338)

نقض قرارداد در حقوق انگلیس در صورتی موجب ایجاد حق فسخ برای طرف دیگر می گردد که جنبه اساسی داشته باشد. در حالی که در حقوق مصر، مطابق مواد ۱۱۷، ۱۷۳ و ۱۷۴ قانون مدنی مصر، در صورت خودداری مدیون از انجام تعهدش، طلبکار می تواند علاوه بر الزام به اجرای عین تعهد قراردادی، قرارداد را فسخ یا مطالبه خسارت نماید (سنهوری، ۱۹۹۸: ۶۷۸).

حقوق دانان مصری این قاعده را مبتنی بر «عدالت» و «نظریه سبب» می دانند. به نظر ایشان عادلانه نیست که یکی از طرفین تعهدش را انجام ندهد، و با این حال، طرف دیگر مجبور باشد به تعهد خود پایبند بماند. بنابراین انصاف حکم می کند که متعهدله بتواند با فسخ عقد خود را از این قید رها کند. از طرفی دیگر، می گویند سبب تعهد هر یک از طرف های قرارداد، اجرای تعهد طرف دیگر است. بنابراین، در صورت عدم اجرای تعهد هر طرف، تعهد طرف دیگر بدون سبب و در نتیجه باطل می گردد و با اعمال فسخ راه برای رسیدن به این نتیجه منطقی باز می شود (سنهوری، الف ۱۹۵۸، ج ۱: ۶۹۶-۶۹۵). البته این فسخ با شرایط زیر امکان پذیر است:

اولاً: حق فسخ در صورت امتناع متعهد از اجرای تعهد، فقط در عقودی که برای هر دو طرف، تعهدات متقابل داشته باشد اجرا می شود؛ زیرا همان طور که گفته شد حق فسخ در این صورت مبتنی بر نظریه ارتباط متقابل بین تعهدات است و این نظریه در عقودی که فقط یک طرف در آن متعهد است، مانند هبه غیر معوض یا ودیعه، قابل اجرا نیست؛ زیرا در این عقود، در صورتی که متعهد تعهد خود را اجرا نکند، برای طرف دیگر هیچ مصلحت و فایده ای از طلب فسخ، وجود ندارد. پس باید عقد معوض باشد.

ثانیاً: عدم اجرای تعهد باید مربوط به یک علت خارجی نباشد، بلکه متعهد به میل خود تعهد را اجرا نکند.

ثالثاً: متعهدله آماده انجام تعهد قراردادی خویش باشد.

با جمع شدن شرایط فوق، متعهدله می تواند از دادگاه، صدور حکم به فسخ عقد یا اجبار متعهد

به اجرای تعهد را درخواست کند (سنه‌وری، ب ۱۹۵۸، ج ۶: ۲۱۷). یعنی متعه‌دله قبل از اینکه حکم فسخ صادر شود با شرایط زیر می‌تواند تقاضای اجبار به اجرای تعهد را درخواست نماید:

۱- اجبار به اجرای عین تعهد ممکن باشد.

۲- متعه‌دله قبلاً اجرای تعهد را از متعهد، مطالبه کرده باشد.

۳- اجبار به اجرای تعهد، اجحاف به متعهد نباشد، به این معنی که اگر گرفتن بدل یا خسارت، ضرر زیادی برای متعه‌دله نداشته باشد، دادگاه به جای دستور پرداخت و اجرای عین تعهد، دستور پرداخت بدل یا خسارت را صادر می‌نماید.

ماده ۲۰۳ قانون مدنی مصر در این مورد مقرر می‌دارد:

مدیون بعد از مطالبه، طبق مواد ۲۱۹ و ۲۲۰، به اجرای عین تعهد خویش در صورتی که ممکن باشد مجبور می‌شود (سنه‌وری، ب ۱۹۵۸، ج ۲: ۷۵۸).

پس در حقوق مصر نیز برخلاف حقوق ایران، در صورت عدم اجرای تعهد، متعه‌دله مخیر است ممتنع را به وسیله دادگاه به اجرای تعهد اجبار نماید و یا فسخ عقد را از دادگاه تقاضا نماید. بنابراین، متعه‌دله بین فسخ و مطالبه اجبار متعهد، مختار است (محمصانی، ۱۳۴۷، ج ۲: ۲۳۲).

در قلمرو اسناد بین‌المللی از جمله کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی نیز به هنگام نقض قرارداد از ناحیه متعهد، درخواست اجرای اجباری عین تعهد برای متعه‌دله جنبه اختیاری دارد نه الزامی. در حالی که در حقوق ایران حتی اگر متعه‌دله مایل به فسخ قرارداد باشد باید ابتدا اجرای اجباری عین تعهد را درخواست کند و در صورت عدم امکان اجبار متعهد، به عنوان آخرین چاره به ضمانت اجرای فسخ متوسل شود (صفایی و همکاران، ۱۳۸۴: ۲۲۴ به بعد؛ اخلاقی و امام، ۱۳۸۵: ۲۶۱). این در حالی است که پذیرش رویکرد اقلیت فقهاء، مبنی بر تخییر بین اجبار و فسخ از ناحیه متعه‌دله به هنگام نقض قرارداد از ناحیه متعهد، ما را به نظام‌های پیشرفته حقوقی و اسناد بین‌المللی که برآیند مطالعات تطبیقی گسترده در حقوق داخلی کشورهاست، نزدیک می‌کند.

۳. تعدیل قاعده

امروزه در اکثر نظام‌های حقوقی جهان، به متعه‌دله حق داده شده است که در صورت امتناع متعهد از اجرای تعهد، پاره‌ای شرایط عقد را بر هم زده و مطالبه خسارت نماید، و لزومی ندارد که ابتدا اجبار

متعهد به انجام تعهد را از دادگاه بخواهد و در صورتی که اجبار ممکن نشد، عقد را فسخ کند. آنچه مسلم می‌نماید این است که در نظام حقوقی ما، تحمیل شرایطی که در مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ قانون مدنی ذکر شده به متعهدله، برای آنکه بتواند قرارداد را فسخ کند و بدتر از آن، منحصر دانستن اختیار متعهدله به اجبار متعهد و دریافت خسارت تأخیر از او، با مقتضیات جامعه امروزی مطابقت ندارد.

به عبارت دیگر، راه حل اتخاذی در حقوق ایران از این حیث که به طلبکار اجازه نمی‌دهد در صورت تخلف طرف دیگر، خود را از قید تعهدات ناشی از عقد برهاند و وی را مجبور می‌سازد که الزاماً به دادگاه مراجعه کرده و درگیر جریان نسبتاً پیچیده و طولانی دادرسی گردد، برخلاف آزادی طلبکار، و در نتیجه، راه حلی خشک و انعطاف‌ناپذیر است و با شرایط زمان و لزوم رعایت سرعت که لازمه زندگی پرشتاب امروزی است، سازگار به نظر نمی‌رسد. علاوه بر آن، ناچار ساختن متعهدله به اینکه ضمن التزام به مفاد عقد، بدو تقاضای اجبار متعهد را از دادگاه بنماید و در صورتی که اجبار او مقدور نبوده، به هزینه او و توسط شخصی دیگر، تعهد را انجام دهد و پس از طی کردن این مراحل و بی‌نتیجه ماندن آنها، در آخرین مرحله از حق فسخ برخوردار شود، تحمیلی ناروا و غیرعادلانه است. به همین جهت باید تا آنجا که ممکن است نسبت به تعدیل این قاعده از طرق و راه‌های قانونی کوشید.

در این قسمت راهکاری را که ممکن است جهت تعدیل قاعده مورد استفاده قرار گیرد، مورد بحث قرار می‌دهیم.

اعطای حق فسخ به استناد قاعده لاضرر و نفی عسر و حرج

همان‌طور که در نظام حقوقی ایران گفته شد، به تبعیت از قول مشهور فقهای امامیه ضمانت اجرای نخستین نقض تعهد، اجبار متعهد به انجام عین تعهد است و فقط در صورت تعذر از اجبار است که جبران‌های دیگر نظیر فسخ، مورد استفاده قرار می‌گیرد.

در حقوق اسلامی، علاوه بر احکام فقهی، قواعد و مقرراتی وجود دارد که می‌تواند حکمی غیر از احکام اولیه را به اجرا گذارد، از جمله این قواعد، دو قاعده فقهی «نفی عسر و حرج» و «لاضرر» است که قادر هستند وجوب وفای به عهد را در تعهدات قراردادی، که یکی از احکام تکلیفی است به سبب مشقت زیاد، و یا ضرری بودن، تعدیل نموده و آن را به پرداخت خسارت یا فسخ عقد تبدیل

نماید.

توضیح آنکه نظر مشهور در فقه و راه حل پذیرفته شده در حقوق ایران به هنگامی که متعهد از اجرای تعهد خویش امتناع می‌ورزد، چه بسا مستلزم عسر و حرج و احياناً ضرری است که بر متعهدله در این گونه موارد تحمیل می‌شود. اینکه شخص متعهدله در صورت امتناع متعهد از اجرای تعهد نتواند خود را از قید التزام ناشی از عقد برهاند و مجبور باشد برای اجبار متعهد به انجام عین تعهد، به دادگاه مراجعه نموده و درگیر مسائل پیچیده و دشوار و مشکلات ناشی از آیین دادرسی گردد، سبب محدودیت آزادی وی گشته و مشقتی را بر وی تحمیل می‌نماید که عرفاً قابل تحمل نیست. این امر به ویژه هنگامی محسوس‌تر است که وضعیت محاکم را در رسیدگی به پرونده‌ها، ملحوظ نظر قرار دهیم. تراکم پرونده‌ها و اطاله دادرسی و صبر و انتظار ناشی از آن، متعهدله را در وضعیت نامطلوبی قرار می‌دهد و عسر و حرجی بر وی وارد می‌آورد که به استناد قاعده لاجرح^۴ باید آن را نفی کرد. مقصود از این قاعده این است که چنانچه در انجام تکالیف یا هر حکمی از احکام، بیش از آن مقدار که لازمه ذات تکلیف است حرج و مشقتی وجود داشته باشد، قاعده نفی عسر و حرج آن تکلیف را از بین می‌برد (گرجی، ۱۳۸۵: ۵۷). در تأیید این قاعده گفته شده است که:

به حکم عقل، تکلیف بایستی در خور توان شخص باشد نه خارج از طاقت او؛ چرا که سخت‌گیری بیهوده و اکثشی نامطلوب به وجود می‌آورد. انگیزه مخالفت با قانون و مقاومت در برابر آن را تقویت می‌کند و اشخاص را به گناه و عصیان وا می‌دارد. پس وظیفه هدایت قانون‌گذار ایجاب می‌کند که نه تنها امری بیرون از توان و تحمل را در زمره احکام نیاورد، بلکه به شدت و سخت‌گیری هم نپردازد (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ج ۱: ۵۴۷).

بر این اساس، از آنجا که ندادن حق فسخ به متعهدله و لزوم مراجعه به دادگاه جهت اجرای عقد با توجه به مسائل و تبعات احتمالی ناشی از آن، موجب حرج و مشقتی بر متعهدله می‌گردد که عرفاً قابل تحمل نیست، لذا حکم مزبور برداشته شده و متعهدله می‌تواند به محض امتناع از اجرای عقد و احراز تخلف، عقد را بر هم زند. البته بدیهی است که وی می‌تواند از این حق خویش بگذرد و عسر و حرج مزبور را بنا به دلایلی که به نفع خویش می‌بیند، بپذیرد و اجرای اجباری عقد را بخواهد. بنابر آنچه گذشت، نتیجه اعمال قاعده نفی عسر و حرج، آن‌چنانکه برخی گفته‌اند:

زوال وصف لزوم قرارداد لازم‌الاجرا و امکان فسخ قرارداد و رهایی از مشقت ناشی از

لزوم آن است (محقق داماد، ۱۳۷۶: ۹۲).

البته شاید سنگینی و اقتدار قواعد عمومی قراردادها باعث شود که قضات از به کار بردن ملاک مذکور جهت امتناع از صدور حکم اجبار به اجرای عین تعهد به خود تردید راه دهند؛ اما به هر حال، نیازها و ضرورت‌ها همیشه در تغییر و تعدیل قواعد عمومی مؤثر بوده و قواعد عمومی را مغلوب خود ساخته‌اند.

قانون‌گذار ایران نیز با تمام شدتی که برای قاعده عمومی اجبار قائل بوده، سرانجام تسلیم قاعده عسر و حرج شده و برای مثال در سال ۱۳۶۲ عسر و حرج را در محل‌های مسکونی، مانع از اجرای حکم تخلیه که در واقع اجبار به انجام و اجرای تعهد است، شناخته و در ماده ۹ قانون مالک و مستأجر مصوب ۱۳۶۲/۱۲/۱۳ مقرر می‌دارد:

در مواردی که دادگاه تخلیه ملک مورد اجاره را به لحاظ کمبود مسکن موجب عسر و حرج مستأجر بداند و معارض با عسر و حرج موجر نباشد می‌تواند مهلتی برای مستأجر قرار دهد.

از لحاظ قاعده لاضرر^۵ نیز اعطای حق فسخ منطقی به نظر می‌رسد، در حقوق اسلامی نیز یکی از فقها به طور ضمنی به این عقیده اشاره کرده و می‌گوید از عبارات بعضی از فقها چنین استفاده می‌شود که مشروطه در این گونه موارد حق دارد معامله را فسخ نماید، زیرا در غیر این صورت وی باید نزد حاکم شکایت برده و منتظر صدور حکم بماند و اموری نظیر آن، که انجام آن به استناد قاعده لاضرر بر وی واجب نیست (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۳: ۲۱۹).

برخی دیگر از فقها، در این خصوص، چنین استدلال می‌کنند که منشأ ضرر در لزوم عقد، وقتی که مشروط علیه از انجام شرط امتناع می‌ورزد، عدم ایجاد شرط است و این ضرر به مجرد امکان اجبار مشروط علیه توسط مشروط له رفع نمی‌شود. هنگامی که مشروط له از مشروط علیه مطالبه وفای به شرط را می‌کند ولی او امتناع می‌ورزد، لزوم عقد در این زمان ضرری است و باید طبق مفاد «اصل لاضرر» مرتفع شود و امکان اجبار مشروط علیه در حکم قوه امکان رفع ضرر است، نه اینکه ضرر را رفع کند. پس باید فسخ در عرض اجبار باشد تا ضرری از باب لزوم عقد به مشروط له متوجه نشود (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۵: ۱۹۱).

در تأیید این نظریه می‌توان گفت که وجود خیار، ناشی از قاعده لاضرر است و چه بسا رجوع به حاکم و طرح دعوا، خود موجب ضرر مشروط له باشد. بنابراین نمی‌توان حق خیار را قبل از

مراجعه به حاکم از مشروطه سلب کرد، بنابراین ادامه لزوم عقد برای مشروطه‌ای که حق او تأمین نگشته، یک امر ضروری است و موضوع آن از موارد اجرای قاعده لاضرر است. به موجب این قاعده، حکم ضرری که لزوم عقد است رفع می‌شود و عقد لازم به عقد جایز تبدیل می‌شود (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۲۴۹؛ ۱۳۷۶: ۴۱؛ ۱۳۷۳: ۱۸۹ به بعد).

مضافاً بر اینکه وقتی طرفین می‌توانند در هر قراردادی چنین شرطی را برای یکدیگر بگنجانند و هیچ مانعی در این راه وجود ندارد، اگر قانون‌گذار نیز این امر را بپذیرد مشکلی ایجاد نمی‌گردد. هم‌چنان‌که در اکثر نظام‌های حقوقی این امر پیش‌بینی گردیده و در عین حال ثبات و امنیت قراردادها هم کماکان به عنوان اصلی مستحکم و معتبر و مصلحتی غیرقابل انکار باقی مانده است. تعدیل قاعده اجبار به استناد دو قاعده لاضرر و نفی عسر و حرج، در واقع پیشنهادی برای فراهم نمودن زمینه تجدیدنظر در عقیده مشهور فقها و قانون مدنی ایران است.

نتیجه‌گیری

اگر در جوامع بسیط گذشته طی کردن مراحل اجبار متعهد، امری سهل و آسان می‌نمود، در جامعه پیچیده امروز که روابط و مبادلات اقتصادی، اقتضای سرعت و مشخص شدن سریع سرنوشت معاملات در بازده زمانی کمتر را دارد، تحمیل شرایطی که در مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ قانون مدنی ذکر شده به متعهدله برای آنکه بتواند قرارداد را فسخ کند و بدتر از آن، منحصر دانستن اختیار متعهدله به اجبار متعهد و دریافت خسارت تأخیر از او، علاوه بر اینکه با مقتضیات جامعه امروزی تطابق ندارد، تحمیلی ناروا و غیرعادلانه است؛ چرا که ناچار ساختن متعهدله به اینکه ضمن التزام به مفاد قرارداد، بدو تقاضای اجبار به انجام عین تعهد را از دادگاه نموده و مسیر سنگلاخی آن را بپیماید، با توجه به مشکلات عملی مربوط به اجرای اجباری و مراجعه به محاکم از قبیل طرح دعوا بر طبق آیین دادرسی مدنی و اطاله دادرسی ناشی از کثرت دعاوی اقامه شده در محاکم، حکمی است ضرری که موجبات ضرر و عسر و حرج متعهدله را فراهم می‌نماید در حالی که عدالت ایجاب می‌کند که از دو طرف تعهد یکسان حمایت شود.

با توجه به جهات موصوف، به نظر می‌رسد که انحصاری و مطلق تلقی نمودن شیوه اولیه مقابله با نقض قرارداد از طریق «اجرای اجباری عین تعهد تا حد امکان» با توجه به تغییر مبانی قانونی و شرایط اقتصادی و اجتماعی، پاسخ‌گوی ضرورت‌ها و نیازهای حقوقی و اقتصادی جامعه نیست، در

حالی که روشن بینی در آن است که اقتضای زمانه درک شود و مصالح و مفسد نیز در وضع و تفسیر و اجرای قواعد حقوق نقش مهم داشته باشد، چرا که حقوق مجموع قواعد زندگی در اجتماع است و نمی تواند از نیازها و ضرورت های این زندگی دور بماند.

بر همین اساس، به نظر می رسد نظام حقوقی ما در زمینه ضمانت اجرای مقابله با نقض قرارداد، باید در جهت هم سویی و هماهنگی با اسناد بین المللی و نظام های پیشرفته حقوقی جهان معاصر گام برداشته و هم عرض بودن مکانیسم های مقابله با نقض قرارداد «فسخ و اجرای اجباری عین تعهد» را بپذیرد. روش دستیابی به این مهم در نظام حقوقی ما، اختیاری نمودن «اجرای اجباری عین تعهد» از ناحیه متعهدله است. بدین ترتیب که متعهدله در انتخاب شیوه مناسب برای مقابله با نقض قرارداد آزاد باشد تا بتواند با در نظر گرفتن مصلحت خویش، روشی را که مقرون به صرفه، مطمئن تر و در عین حال منافع وی را بهتر تأمین می کند، انتخاب نماید.

پی نوشت ها

۱. برای ملاحظه مفهوم و قلمرو آیه و روایت فوق (ر.ک: محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹، ج ۱: ۲۰۳ به بعد؛ شهیدی، ۱۳۷۹: ۲۶۵ به بعد).
۲. «ان وجوب الوفاء بالشرط تکلیفاً لم ینکره احدا».
۳. «و لا تعرف مستنداً للخیار مع التمكن من الاجبار؛ لما عرفت: من أن مقتضى العقد المشروط هو العمل علی طبق الشرط اختیاراً أو قهراً».
۴. برای مطالعه بیش تر در مورد مفهوم و مبانی و مفاد قاعده (ر.ک: موسوی بجنوردی، ۱۳۸۵، ج ۱: ۲۷۲ به بعد؛ محقق داماد، ۱۳۷۶: ۹۰ به بعد؛ محمدی، ۱۳۷۴: ۲۱۳ به بعد).
۵. برای مطالعه بیش تر در مورد مفهوم و مبانی و مفاد قاعده (ر.ک: موسوی بجنوردی، ۱۳۸۵، ج ۱: ۱۸۸ به بعد؛ محمدی، ۱۳۷۴: ۱۶۹ به بعد).

منابع

- اخلاقی، بهروز و فرهاد امام. (۱۳۸۵)، اصول قراردادهای تجاری بین المللی، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش های حقوق شهر دانش، چاپ دوم.
- اصفهانی، محمدحسین. (۱۴۱۸ ق.). حاشیه بر مکاسب، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- امامی، سیدحسن. (۱۳۷۸) حقوق ملنی، تهران: اسلامی، چاپ بیستم.

- انصاری، شیخ مرتضی. (۱۳۷۷) مکاسب، قم: مجمع الفکر الاسلامی، چاپ هفتم.
- بحر العلوم، محمد بن محمد تقی. (۱۴۰۳ ق.) بلغة الفقه، قم: منشورات مکتبة الصادق، چاپ چهارم.
- جزیری، عبدالرحمان. (بی تا) الفقه على المذاهب الأربعة، بیروت: دارالفکر.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۶۳) حقوق تعهدات، تهران: دانشگاه تهران.
- حسینی عاملی، سید محمد جواد. (بی تا) مفتاح الکرامه فی شرح القواعد العلامه، بیروت: انتشارات دارالاحیاء التراث العربی.
- حسینی مراغی، میر عبدالفتاح. (۱۴۱۸ ق.) العناوین، قم: مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول.
- خوانساری، سید احمد. (۱۳۶۴) جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، چاپ دوم.
- خوانساری، موسی. (۱۳۸۵) منیه الطالب فی شرح مکاسب، قم: مؤسسه نشر اسلامی، چاپ دوم.
- خویی، ابوالقاسم. (۱۳۶۸) مصباح الفقاهه فی المعاملات، قم: وجدانی، چاپ اول.
- سنگلجی، محمد. (۱۳۴۱) ضوابط معاملات و کلیات عقود و ایقاعات، تهران: چاپخانه مروی.
- سنهوری، عبدالرزاق احمد. (الف ۱۹۵۸) الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
- _____. (ب ۱۹۵۸) مصادر الحق فی الفقه الاسلامی، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
- _____. (۱۹۹۸) نظریه العقد، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقی، چاپ دوم.
- شهید ثانی، زین الدین جبعی عاملی. (۱۴۱۲ ق.) الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
- _____. (۱۴۱۴ ق.) مسالك الافهام الى تنقیح شرایع الاسلام، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول.
- شهیدی، مهدی. (۱۳۷۹) اصول قرارداده و تعهدات، تهران: عصر حقوق، چاپ اول.
- _____. (۱۳۸۲) آثار قرارداده و تعهدات، تهران: مجد، چاپ اول.
- صفایی، سید حسین و همکاران. (۱۳۸۴) حقوق بیع بین المللی با مطالعه تطبیقی، تهران: دانشگاه تهران، چاپ اول.
- صفایی، سید حسین. (۱۳۸۲) قواعد عمومی قرارداده، تهران: نشر میزان، چاپ اول.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (بی تا) حاشیه بر مکاسب، بی جا: بی تا.
- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن. (بی تا) المبسوط فی الفقه الامامیه، مشهد: مکتبه المرتضویه لاحیاء التراث الجعفریه.
- عدل، مصطفی. (۱۳۷۳) حقوق مدنی، تهران: بحر العلوم، چاپ اول.

- علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر. (الفی تا) تحریر الاحکام، مشهد: مؤسسه طوس.
- _____. (ببی تا) تذکره الفقهاء، مشهد: المکتبه المرتضویه لاحیاء التراث الجعفریه.
- _____. (۱۳۶۳) / یضاح الفوائد، قم: مؤسسه مطبوعات اسماعیلیان.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۴) دوره مقدماتی (اعمال حقوقی)، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا، چاپ سوم.
- _____. (الف ۱۳۷۶) حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ دوم، پنج جلدی.
- _____. (ب ۱۳۷۶) حقوق مدنی (معاملات معوض - عقود تملیکی)، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا، چاپ ششم.
- کیایی، عبدالله. (۱۳۷۶) التزامات بایع و مشتری، تهران: ققنوس، چاپ اول.
- گرجی، ابوالقاسم. (۱۳۷۲) مقالات حقوقی، تهران: دانشگاه تهران، چاپ دوم.
- _____. (۱۳۸۵) آیات الاحکام (حقوقی و جزایی)، تهران: نشر میزان، چاپ سوم.
- _____. (۱۳۸۷) مبانی حقوق اسلامی، تهران: مجد، چاپ اول.
- مامقانی، عبدالله. (بی تا) مناهج المتقین فی فقه ائمه الحق و الیقین، قم: مؤسسه آل البیت لاحیاء التراث.
- محقق داماد، سید مصطفی و دیگران. (۱۳۷۹) حقوق قراردادها در فقه امامیه، تهران: سمت، چاپ اول.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۷۳) قواعد فقه، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ چهارم.
- _____. (۱۳۷۶) قواعد فقه، بخش مدنی ۲، تهران: سمت، چاپ دوم.
- _____. (۱۳۹۰) نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوم.
- محمدی، ابوالحسن. (۱۳۷۴) قواعد فقه، تهران: نشر یلدا، چاپ دوم.
- محمضانی، صبحی. (۱۳۴۷) النظریات العامه للموجبات و العقود علی ضوء القوانين الحدیثه، ترجمه جمال الدین جمالی، تهران: فاروس ایران.
- موسوی بجنوردی، سید میرزا حسن. (بی تا) القواعد الفقہیہ، قم: دارالکتب العلمیه.
- موسوی بجنوردی، سید محمد. (۱۳۸۵) قواعد فقهیه، تهران: مجد، چاپ اول.
- موسوی خمینی، روح الله. (۱۳۶۶) کتاب البیع، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، چاپ سوم.
- نجفی، محمد حسن. (۱۳۹۴ق.) جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ دهم.
- نیکفر، مهدی. (۱۳۷۱) قانون مدنی در آرای دیوان عالی کشور، تهران: مؤسسه کیهان، چاپ اول.

- Cheshire, Fifoot and Furmston. (1986), *Law of Contract*, London: Butter Worths, 14th Ed.
- Padfield, C.F. (1989), *Law Made Simple*, 7th Edition.
- Smith and Thomas. (1992), *A Case Book on Contract*, London: Sweet and Maxwell, 9th Ed.

رهن مال مشاع از منظر فقه مذاهب خمس و حقوق ایران

سعید فرساد^۱

چکیده: رهن مال مشاع از منظر فقه امامیه، مالکی، شافعی و حنبلی (به جز حنفی) از مصادیق قاعده سلطنت بوده و جایز است، چون انشای عقد رهن با تصرف در مال شریک ملازمه ندارد. بدیهی است تسلیم و اقباض مال مشاع به مرتهن در مواردی که مستلزم تصرف در سهم مشاع شریکان دیگر باشد، نیازمند اذن آنان است و در صورتی که راهن بدون اذن شریک، مال مشاع را به مرتهن تسلیم نماید، ضامن است؛ ولی در جایی که تسلیم مال مشاع با تخلیه همراه باشد، تسلیم مال مستلزم تصرف در مال شریک یا شریکان دیگر نبوده و از نظر فقه مذاهب، اذن شریک یا شریکان در تخلیه لازم نیست. تحقیق حاضر به بررسی این مسائل در فقه مذاهب خمس و حقوق ایران می‌پردازد.

کلیدواژه‌ها: مال مشاع، رهن، امامیه، حنفی، مالکی، شافعی، حنبلی، حقوق ایران.

مقدمه

مال مشاع نسبت به مال مفروز ویژگی‌هایی دارد که تصرفات آن — از جمله مسأله رهن — را با مشکل مواجه می‌سازد. مال مشاع، از سویی، از جمله اموال محسوب شده و تابع احکام و مقررات بین مالک و مال می‌شود و باید تصرفات مالکانه مالک را محترم شمرد و از سوی دیگر، چون همه شریکان در همه اجزای مال مشاع شریک هستند و مالک آن به شمار می‌روند، تصرف در آن منوط به اذن همه شریکان می‌باشد و تصرف شریک بدون اذن سایر شرکا ضمان‌آور است. به

۱. مدرس و دانشجوی دکتری رشته فقه و حقوق خصوصی دانشگاه شهید مطهری

E-mail:sd.farsad@gmail.com

دریافت مقاله: ۱۳۹۷/۲/۲۶ تأیید مقاله: ۱۳۹۷/۴/۱۴

عبارت دیگر، از طرفی، تصرف در مال مشاع ممنوع و از طرف دیگر، تصرف در مال مشاع، حقّ شریکان است. به همین دلیل فقه اسلامی، قانون مدنی در ماده ۵۸۳ و حقوق ایران، اصل کلی را بر این قرار داده که تصرف در مال مشاع منوط به اذن همه شرکا باشد؛ ولی به جهت مراعات حق مالکانه، برخی تصرفات مانند تصرفات حقوقی همچون انشای عقد رهن را نیز بی‌نیاز از اذن شریکان دانسته است تا از سویی، تسلط و آزادی اراده شریک را نسبت به مال خویش حفظ کند و از سوی دیگر، از تجاوز به حقوق شریکان دیگر جلوگیری کند. در این میان رهن مال مشاع از وضعیت پیچیده‌تری برخوردار است، زیرا انشای عقد رهن نسبت به مال مشاع بدون اذن شریک جایز شمرده شده است و از سوی دیگر، تسلیم مال مشاع به دست مرتهن منوط به اذن شریک دانسته شده است.

مسائل دیگری نیز بر این ویژگی خاص مال مشاع در رهن آن مترتب است. از جمله این مسائل می‌توان به وضعیت حقوقی قبض بی‌اذن شریک، اختلاف شرکا و راهن در اذن به رهن مال مشاع و تقسیم و افراز مال مشاع پیش از فک رهن اشاره کرد.

با وجود پیچیدگی یاد شده نسبت به رهن مال مشاع و مسائل آن و عنایت به نیاز روز مردم نسبت به رهن مال مشاع، خلأهای قانونی چندی وجود دارد که امید است تحقیق حاضر گامی مؤثر در جهت شناسایی فقهی - حقوقی این مهم و پیشنهاد وضع قوانین مناسب برای آن باشد.

۱. رهن مال مشاع از دیدگاه فقه مذاهب خمس و حقوق ایران

۱-۱. از دیدگاه فقه امامیه

فقیهان امامیه انشای عقد رهن نسبت به مال مشاع را بدون اجازه شریک یا شریکان جایز شمرده‌اند (شیخ طوسی، الف ۱۴۰۷ ج ۳: ۲۲۴؛ ۱۳۸۷، ج ۲: ۱۹۸؛ عکبری بغدادی، ۱۴۱۳: ۶۲۳). آنان برای جواز رهن مال مشاع در فقه امامیه، به ادله اختصاصی رهن و ادله کلی استناد کرده‌اند. اجماع عالمان امامیه (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۳: ۱۲۷؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۵: ۲۷۵-۲۷۴؛ ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷: ۲۴۴)، اطلاق و عموم آیه شریفه رهن و اطلاق و عموم روایات رهن، ادله اختصاصی آن است و استصحاب، عمومات لزوم وفای به عقود و قاعده تسلط، ادله کلی آن می‌باشند.

۱-۱-۱. ادله اختصاصی

الف) اجماع

برخی از بزرگان فقه امامیه، نسبت به جواز رهن مال مشاع، ادعا کرده‌اند که در میان فقیهان امامیه در این مورد اجماع وجود دارد (شیخ طوسی، الف ۱۴۰۷، ج ۳: ۲۲۴). مرحوم نجفی صاحب کتاب گران سنگ جواهر الکلام می‌نویسد:

از نظر ما [فقیهان امامیه] رهن مال مشاع، نه تنها خالی از اشکال است، بلکه اختلافی هم در این مورد وجود ندارد و حتی چنان که می‌دانید، ظاهر کتاب دروس همین است. در کتاب غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع بر اجماع تصریح شده است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۵: ۱۲۷).

مرحوم شهید اول در کتاب دروس می‌نویسد: «اگر کسی سهم خویش را از خانه مشترک به رهن بسپارد، صحیح است. زیرا نزد ما [فقیهان امامیه] رهن مال مشاع جایز است» (شهید اول، ۱۴۱۷، ج ۳: ۳۹۵). ظاهر این سخن مفید معنای اجماع است، زیرا با وجود اینکه عبارت «عندنا» به اعم از اجماع و عدم خلاف و نظر اکثر عالمان است، ولی تنها اجماع است که می‌تواند به عنوان دلیل شرعی مورد استناد قرار گیرد، و در اینجا مرحوم شهید اول در ظاهر امر، عبارت یاد شده را به عنوان دلیلی بر جواز مطرح کرده است. البته در عبارت مرحوم ابن زهره در کتاب غنیة، نیز اجماع مورد استناد قرار گرفته است (ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷: ۲۴۴).

ب) اطلاق آیه شریفه رهن

یکی از دلایل جواز اصل رهن، آیه شریفه: «وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ» (بقره: ۲۸۳): «و اگر در سفر بودید و نویسندۀ ای نیافتید، وثیقه‌ای بگیرید» (فولادوند، ۱۴۱۵: ۴۹) می‌باشد. فقیهان امامیه با توجه به اینکه عبارت «فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ» اطلاق دارد، به طوری که میان مال مفروز و مشاع تفصیل قائل نشده است، اطلاق آیه شریفه را دلیل بر جواز رهن مال مشاع دانسته‌اند (شیخ طوسی، الف ۱۴۰۷، ج ۳: ۲۲۴؛ ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷، ۲۴۴؛ ابن شهر آشوب، ۱۳۶۹، ج ۲: ۲۱۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۳: ۱۲۷).

ج) اطلاق روایات رهن

مرحوم شیخ طوسی در کتاب *الخلاص* اطلاق روایت رهن را از جمله ادله رهن مال مشاع می‌شمارد (شیخ طوسی، الف، ۱۴۰۷، ج ۳: ۲۲۴). از جمله روایات مورد استناد رهن، روایت ذیل است:

گروهی از اصحاب ما از احمد بن محمد، از علی بن حکم، از محمد بن مسلم، از ابو حمزه، از امام کاظم^(ع) روایت کرده‌اند که ابو حمزه می‌گوید از امام کاظم^(ع) درباره رهن و کفیل در بیع نسیه سؤال کردم و امام^(ع) فرمود: اشکالی ندارد (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵: ۲۳۳).

چنان که ملاحظه می‌شود امام^(ع) که در پاسخ به سؤال راوی در مقام بیان حکم شرعی بوده است، میان مشاع بودن و سایر خصوصیات مال مورد رهن تفصیل قائل نشده و به طور مطلق و کلی فرموده‌اند که رهن جایز است. این عدم تفصیل، دلیل بر جواز رهن مال مشاع نیز شمرده می‌شود زیرا اگر حکم این دو مورد با یکدیگر تفاوت داشت، بر امام^(ع) لازم بود که آن را بیان کند. روایات دیگر رهن نیز مانند همین روایت، به شیوه اطلاق بیان شده‌اند (شیخ طوسی، ب، ۱۴۰۷، ج ۶: ۲۱۰). جناب شیخ حرّ عاملی در کتاب *وسائل الشیعه* برای روایات دال بر جواز رهن، بابتی را به نام «بَابُ جَوَازِ الْإِرْتِهَانِ عَلَى الْحَقِّ الثَّابِتِ» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۳۸۱-۳۷۹) اختصاص داده است. در هیچ کدام از این روایات، میان اقسام مال مورد رهن و نوع آن (مفروز یا مشاع) تفصیلی ارائه نشده است. بنابراین، این روایات با اطلاق خویش، بر جواز رهن مال مشاع دلالت دارند.

د) عین بودن مال مشاع

دلیل کلی دیگری که علامه حلی بدان استناد می‌کند، عین بودن مال مشاع است، زیرا از شرایط مال مرهونه این است که عین باشد و دین را نمی‌توان به رهن گذاشت. ایشان در مقام استدلال بر جواز رهن مال مشاع می‌نویسد: «زیرا مال مشاع عین است، و فروش آن در محل حق جایز است، پس رهن مال مشاع همانند مال مفروز جایز می‌باشد» (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۳: ۱۲۷). به عبارت دیگر، ایشان از اطلاق عین بودن مال مشاع، چنین استنباط می‌کند که عین شامل مال مشاع و مفروز است. بنابراین رهن مال مشاع نیز مشمول اطلاق دلیل عین بودن مال مرهونه می‌شود. پس رهن آن نیز جایز خواهد بود.

۲-۱-۱. ادله کلی

برخی از فقیهان امامیه برای جواز رهن مال مشاع علاوه بر ادله اختصاصی رهن، به قواعد کلی نیز استناد کرده‌اند.

الف) آیه شریفه وفای به عقود

یکی از ادله کلی دیگری که برای جواز رهن مال مشاع مورد استناد قرار گرفته است، آیه شریفه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده: ۱): «ای کسانی که ایمان آورده‌اید، به قراردادهای خود وفا کنید» (فولادوند، ۱۴۱۵: ۱۰۶) می‌باشد (مجاهد طباطبایی حائری، بی‌تا: ۴۰۲). اینکه خداوند متعال به طور مطلق به وفای به عقود امر فرموده است، و رهن مال مشاع نیز از عقود بوده مشمول حکم لزوم وفای به آن است. بنابراین، رهن مال مشاع نیز جایز خواهد بود، چون اطلاق آیه شریفه، رهن مال مشاع را نیز که عقدی از عقود است، در برمی‌گیرد.

ب) قاعدة تسلط

قاعدة تسلط یا تسلط (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲: ۱۱۲) از جمله دلایلی است که برخی از فقیهان امامیه برای جواز رهن مال مشاع به آن استناد کرده‌اند (مجاهد طباطبایی حائری، بی‌تا: ۴۰۲). این قاعدة فقهی که پشتوانه محکمی دارد، مفاد روایت نبوی^(ص) است که می‌فرماید: «قَالَ النَّبِيُّ (ص): النَّاسُ مُسْلَطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ» (ابن ابی جمهور احسائی، ۱۴۰۵، ج ۳: ۲۰۸): مردم بر دارایی‌های خود تسلط دارند. مفهوم موافق روایت این است که مردم می‌توانند هر گونه تصرفی را که می‌خواهند در اموال خویش انجام دهند. انشای عقد رهن بر مال مشاع نیز مشمول اطلاق قاعدة تسلط است، پس رهن مال مشاع جایز خواهد بود.

ج) استصحاب

برخی از فقیهان امامیه اصل را که به نظر می‌رسد، اصل استصحاب باشد، به عنوان دلیل دیگری برای جواز رهن مال مشاع، مورد استناد قرار می‌دهند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۵: ۲۷۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۳: ۱۲۷). تصویر این استصحاب به این صورت است که می‌دانیم بنابر قاعدة تسلط، اشخاص مجازند هر تصرفی را نسبت به اموال خویش انجام دهند، سپس شک می‌کنیم که آیا مال

مشاع از شمول این قاعده خارج شده است یا نه؟ اینجا محل جریان اصل استصحاب است، زیرا ما به دلالت اطلاق، نسبت به وضعیت گذشته جواز رهن مال یقین داریم. سپس شک می‌کنیم که آیا شارع مقدس رهن مال مشاع را استثنا کرده یا نه، بنابراین در اینجا استصحاب جاری کرده و جواز رهن را در مال مشاع نیز جاری نموده و جواز آن را اثبات می‌نماییم.

۲-۱. از دیدگاه فقه حنفی

از دیدگاه فقه حنفی رهن مال مشاع باطل است (کاسانی حنفی، ۱۴۰۶، ج ۶: ۱۳۸؛ بارعی زیلعی حنفی، ۱۳۱۳، ج ۶: ۶۸). سرخسی از فقیهان حنفی در این باره می‌نویسد: «رهن مشاع در مال مشاع قابل تقسیم و غیر قابل تقسیم، از هر نوع شیء قابل رهن که باشد، نزد ما [حنفیه] جایز نمی‌باشد» (سرخسی، بی‌تا، ج ۲۱: ۱۶۹). البته برخی از عالمان حنفی، رهن مال مشاع را ابتدائاً جایز نمی‌دانند ولی اگر اشاعه پس از واگذاری مال به مرتهن عارض شود، رهن مال مشاع را در این صورت صحیح می‌شمارند (بارعی زیلعی حنفی، ۱۳۱۳، ج ۶: ۶۸). در فقه حنفی، از سویی، مفروز بودن یکی از شرایط صحت عقد رهن شمرده می‌شود و از سوی دیگر، قبض در رهن از شرایط صحت آن محسوب شده است. فقیهان حنفی در استدلال بر نظریه خویش بیان می‌دارند که قبض مال مشاع امکان پذیر نیست. بنابراین، این شرط به اصل عقد نیز سرایت کرده و آن را ابطال می‌کند. یکی از فقیهان حنفی در این باره چنین اظهار نظر می‌کند:

به عقیده ما قبض نصف مشاع به تنهایی قابل تصور نیست، نصف دیگر نیز که مورد رهن نیست [تا رهن بتواند همه آن را به رهن بگذارد] بنابراین قبض آن صحیح نمی‌باشد. در این باره فرقی ندارد که مال مشاع قابل تقسیم باشد یا قابل تقسیم نباشد؛ زیرا مشاع بودن، مانع از تحقق قبض در هر دو نوع مذکور می‌شود (کاسانی حنفی، ۱۴۰۶، ج ۶: ۱۳۸).

ولی استدلال فقیهان حنفی نسبت به بطلان رهن مال مشاع به دلیل عدم امکان قبض مال مشاع، از سوی فقیهان مذاهب دیگر مورد انتقاد قرار گرفته و گفته شده است که این دلیل اخص از مدعاست؛ زیرا اولاً، در همه اقسام رهن، قبض مال مشاع ضروری نیست. به عبارت دیگر، قبض هر چیزی به حسب آن است. شافعی در کتاب الأم می‌نویسد:

[به مخالف جواز رهن مشاع که آن را به دلیل عدم امکان قبض باطل می‌دانست،

گفتم:] از نظر شما قبض فقط به یک صورت واقع می‌شود در حالی که قبض به شیوه‌های مختلف واقع می‌گردد. او گفت: خیر قبض به یک صورت واقع می‌شود. از او پرسیدم آیا این گونه نیست که درهم و دینار و اشیای کوچک با کف دست قبض می‌شود؟ آیا خانه با دادن کلید و زمین با تسلیم آن قبض نمی‌شود؟ گفت: آری (امام شافعی، ۱۴۱۰، ج ۳: ۱۹۴).

بنابراین قبض اشیاء با یکدیگر فرق دارد. به عنوان مثال، تخلیه خانه مشاع از سوی رهن برای قبض کافی است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۵: ۱۲۸-۱۲۷). ثانیاً، در رهن مال مشاع با اذن شریک می‌توان همه مال مشاع را تحویل مرتهن داد. ثالثاً، در صورتی که شریک به قبض مال مشاع به مرتهن اجازه نداد، رهن می‌تواند به صحت خود باقی بماند که در این صورت رهن ملزم به پرداخت قیمت سهم مورد رهن خواهد بود (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۵: ۱۲۸-۱۲۷؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۵: ۲۷۶-۲۷۵).

به طور کلی می‌توان اشکال فقیهان حنفی را چنین ترسیم کرد که آنان مفروض بودن مال مرهونه را از شرایط اساسی عقد دانسته و مبنای آن را آیه شریفه رهن می‌دانند که فرموده است: «فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ» (بقره: ۲۸۳) و با آوردن واژه مقبوضه، شرط قبض را جزو شرایط اساسی عقد قرار داده است. بر اساس این نظر، قبض چون شرطی اساسی است، لذا عدم امکان قبض را موجب بطلان عقد رهن به شمار می‌آورند. این استدلال از نظر عالمان فقه امامیه کافی نیست (همدانی، ۱۴۱۶، ج ۱۴: ۵۹۴-۵۹۵) زیرا اولاً، همه رهن‌های مشاع غیر قابل قبض نیست، چون در برخی از رهن‌های مشاع قبض عین لازم نیست، بلکه به دلیل اینکه اقتضای برخی از اموال مانند ملک، این است که نمی‌شود آن را مانند مال منقول به مرتهن تحویل داد، تسلیم در چنین موردی با تخلیه عین صورت می‌گیرد.

در روزگار ما نیز به دلیل پیشرفت‌های حقوق و پدید آمدن تأسیساتی همچون ثبت اسناد و املاک با تسلیم سند و ثبت رهن، قبض بدون تصرف در سهم مشاع امکان‌پذیر شده است. بنابراین تسلیم مال مشاع به شیوه‌هایی که مستلزم تصرف در مال شریک نباشد، می‌تواند تحقق یابد. لذا قول عالمان حنفی مبنی بر بطلان رهن مال مشاع، به خصوص در روزگار ما، از پشتوانه شرعی و عقلی برخوردار نمی‌باشد.

۳-۱. از دیدگاه فقه مالکی

مالک بن انس امام فقیهان مالکی، که از فقیهان مدینه و از شاگردان امام جعفر بن محمد صادق^(ع) بود، رهن مال مشاع را جایز و صحیح می‌داند (اصبحی مدنی، ۱۴۱۵، ج ۲: ۱۳۲؛ دسوقی مالکی، بی‌تا، ج ۳: ۲۳۵؛ بغدادی مالکی، بی‌تا، ج ۱: ۹۳؛ ابن رشد الحفید، ۱۴۲۵، ج ۴: ۵۶؛ نمری قرطبی، ۱۴۰۰، ج ۲: ۸۱۳). فقیهان مالکی درباره جواز رهن مال مشاع به ادله متعددی استناد کرده‌اند. این ادله به اختصار عبارتند از:

- ۱- عموم (اطلاق) آیه شریفه «فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ» (بقره: ۲۸۳) (تمیمی مازری مالکی، ۲۰۰۸، ج ۳/۲: ۳۴۴).
- ۲- بیع مال مشاع جایز است، پس رهن آن نیز جایز خواهد بود.
- ۳- مشاع بودن مانع رهن نیست، چون اصل در مال مشاع، افراز است.
- ۴- هر عقدی که بر قسمتی از مال مفروز جایز باشد، بر همان جزء مشاع نیز جایز خواهد بود، زیرا اصل آن بیع است (قاضی بغدادی مالکی، ۱۴۲۰، ج ۲: ۵۷۷).

۴-۱. از دیدگاه فقه شافعی

فقیهان شافعی نیز رهن مال مشاع را صحیح می‌دانند (امام شافعی، ۱۴۱۰، ج ۳: ۱۹۴؛ مزنی، ۱۴۱۰، ج ۸: ۱۹۱؛ شیرازی، بی‌تا، ج ۲: ۹۱؛ شربینی شافعی، ۱۴۱۵، ج ۳: ۴۶). تنها دلیلی که در کتاب‌های فقهی شافعی برای جواز رهن مال مشاع مورد توجه قرار گرفته، تشبیه رهن مال مشاع به بیع است. آنان بر این عقیده‌اند که همان‌گونه که بیع مال مشاع جایز است، رهن مال مشاع نیز جایز خواهد بود (شیرازی، بی‌تا، ج ۲: ۹۱). یکی از فقیهان شافعی می‌نویسد:

دلیل ما این است که چون بیع مال مشاع صحیح است، رهن آن نیز همانند مال مفروز صحیح خواهد بود، زیرا هرکس که مجاز باشد مال مفروز را به رهن بگیرد، مجاز است که مال مشاع را نیز به رهن بگیرد. اصل آن این است که وقتی دو نفر از فرد دیگری چیزی را به رهن می‌گیرند، رهن در میان دو مرتهن، مشاع است [و چنین رهنی صحیح است. بنابراین رهن مال مشاع صحیح است] (عمرانی یمنی شافعی، ۱۴۲۱، ج ۶: ۳۲).

۵-۱. از دیدگاه فقه حنبلی

فقیهان حنبلی نیز نظر به صحت و جواز رهن مال مشاع دارند (ابن عثیمین، ۱۴۲۲، ج ۹: ۱۲۹؛ حجاوی مقدسی، ب بی تا، ج ۱: ۱۱۴؛ مقدسی جماعیلی حنبلی، بی تا، ج ۴: ۳۷۳). ابن قدامه در این باره می نویسد: «و اگر سهم خویش را از جزء مشاع به رهن بگذارد، و مورد رهن حتی از اشیای غیر قابل تقسیم باشد، جایز است» (ابن قدامه مقدسی، ۱۴۱۴، ج ۲: ۷۸). عالمان فقه حنبلی نیز همانند فقیهان مذاهب مالکی و شافعی، تنها دلیل جواز و صحت رهن مال مشاع را صحیح بودن بیع مال مشاع اعلام کرده اند (مقدسی رامینی، ۱۴۲۴، ج ۶: ۳۳۱؛ عاصمی حنبلی نجدی، ۱۳۹۷، ج ۵: ۵۷-۵۸؛ بهوتی حنبلی، الف بی تا، ج ۱: ۳۶۵). رهن مال مشاع از نظر جمهور عالمان صحیح است (ابن مفلح، ۱۴۱۸، ج ۴: ۲۰۵) زیرا فروش مال مشاع در جایگاه حق جایز بوده و از این نظر همانند مال مفروز می باشد (بهوتی حنبلی، ب بی تا، ج ۳: ۳۲۶). به دلیل وجود این خصوصیت در مال مشاع، رهن سهم مشاع نیز صحیح می باشد. ابن قدامه در تکمیل این استدلال می نویسد:

زیرا مقصود رهن، گرفتن وثیقه برای تضمین دین است تا اگر پرداخت دین از سوی دائن ممکن نشد، از پول رهن، استیفا گردد. این مقصود در هر عین و کالایی که فروش آن جایز باشد، محقق می گردد. هر آنچه محلی برای فروش دارد، محلی برای تحقق حکمت رهن نیز هست. محل هر چیزی، محل حکمت آن است، مگر اینکه مانعی برای تحقق آن وجود داشته باشد یا شروط تحقق آن از بین رفته باشد که در این هنگام، حکم نیز با منتفی شدن شرط، منتفی خواهد شد. بنابراین رهن مشاع به دلیل وجود حکمت آن و فقدان مانع، صحیح خواهد بود (ابن قدامه مقدسی، ۱۳۸۸، ج ۴: ۲۵۳).

۶-۱. از دیدگاه حقوق ایران

بر اساس قاعده کلی، از منظر حقوق ایران تصرف در مال مشاع جایز نیست. دکتر صفایی در این زمینه می نویسد:

از آنجا که هر یک از شرکا در جزء جزء مال مشاع ذی حق است، قاعده کلی این است که هیچ یک از شرکا نمی تواند بدون اذن شریک یا شرکا در مال مشاع تصرف کند و تصرف بدون اذن، موجب مسئولیت شریک خواهد بود (صفایی، ۱۳۹۲: ۹۶).

این قواعد در مواد ۵۸۱، ۵۸۲ و ۵۸۵ قانون مدنی آمده است. ماده ۵۸۲ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «شریکی که بدون اذن یا در خارج از حدود اذن تصرف در اموال شرکت نماید ضامن است.» دلیل عدم جواز این است که چون شرکا در جزء جزء مال مشاع شریک هستند، تصرف در هر جزء از مال مشاع، تصرف در مال غیر بوده و عدوانی محسوب می‌شود، لذا در صورتی که زیانی به مال مشاع وارد شود، متصرف ضامن خواهد بود (صفایی، ۱۳۹۲: ۹۷).

البته همه تصرفات شریک یا شرکا در مال مشاع منوط به اذن سایر شرکا نیست، و برخی از تصرفات حقوقی در سهم مشاع، نیازی به اجازه شریک ندارد. از جمله این تصرفات رهن مال مشاع است. دکتر کاتوزیان در این زمینه می‌نویسد: «ایجاب و قبول رهن مال مشاع با مالی که تمام آن به رهن گذارده می‌شود تفاوت ندارد، زیرا وقوع تراضی زیانی به سایر شریکان نمی‌رساند» (کاتوزیان، الف ۱۳۸۲، ج ۴: ۵۱۴؛ ب ۱۳۸۲، ج ۲: ۲۴۳). به هر حال در اینجا ادله صحت رهن مال مشاع از منظر دانش حقوق، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

الف) ماده ۵۸۳ قانون مدنی

ماده ۵۸۳ قانون مدنی درباره امکان و موارد تصرف بدون اذن در سهم مشاع مقرر می‌دارد: «هر یک از شرکا می‌تواند بدون رضایت شرکای دیگر سهم خود را جزئاً یا کلاً به شخص ثالثی منتقل کند.» با توجه به این ماده قانونی می‌توان استدلال کرد که راهن می‌تواند بدون رضایت شریک، سهم مشاع خویش را با هر قراردادی به شخص دیگری منتقل نماید، زیرا چنین تصرفی، تصرف در مال غیر شمرده نمی‌شود، چون شریک فقط سهم خود را منتقل می‌نماید (صفایی، ۱۳۹۲: ۹۸). برخی از اساتید ماده ۵۸۲ قانون مدنی را مخصوص به تصرفات مادی می‌دانند (امامی، بی‌تا، ج ۲: ۱۳۲) و ماده ۵۸۳ را مخصوص به تصرفات حقوقی و غیر مادی که موجب دخالت در حقوق دیگران نباشد، دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۲: ۴۸). بنابراین با استناد به ماده ۵۸۳ قانون مدنی می‌توان رهن مال مشاع را جایز و صحیح دانست.

ب) قابلیت وثیقه بودن مال مشاع

از آنجا که نهاد رهن به منظور ایجاد وثیقه برای دین است (امامی، بی‌تا، ج ۲: ۳۳۲) پس به رهن گذاشتن هر چیزی که بتواند وثیقه دین قرار گیرد، صحیح است. مال مشاع نیز دارای خصوصیتی

است که می‌تواند به عنوان وثیقه دین قرار گیرد. «قانون افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی» ماده‌ای را به تصویب رسانده که بر اساس آن املاک مشاع نیز به عنوان رهن تسهیلات بانکی پذیرفته می‌شود. ماده ۱۰ این قانون از این قرار است:

بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری مکلفند در اعطای تسهیلات بانکی به طرح‌های کشاورزی و منابع طبیعی اسناد مشاعی مالکین و نسق‌های زراعی زارعین و اشخاص را به نسبت سهم مشاع از قیمت روز کل مشاع ارزیابی و قراردادهای اجاره و یا بهره‌برداری و یا حق انتفاع از اراضی ملی و دولتی و سند مالکیت اعیانی احداثی را به عنوان وثیقه و تضمین برای اعطای تسهیلات بپذیرند. دفاتر اسناد رسمی موظفند بنا به درخواست بانک‌ها و مؤسسات مذکور نسبت به تنظیم سند رهن بر این اساس اقدام نمایند. دولت مکلف است از طریق تشویق بیمه سرمایه‌گذاری و سایر ابزارهای بیمه‌ای، تحقق این امر را تضمین نماید.

ج) وحدت ملاک ماده ۴۷۵ قانون مدنی

رهن مشاع با توجه به وحدت ملاک ماده ۴۷۵ صحیح است (امامی، بی‌تا، ج ۲: ۳۳۴). این ماده مقرر می‌دارد: «اجاره مال مشاع جایز است لیکن تسلیم عین مستأجره موقوف است به اذن شریک». با توجه به اینکه تصرف حقوقی در حصه مشاع جایز بوده و نیاز به اذن شریک ندارد، تنها مسأله‌ای که می‌ماند، تسلیم عین است. در ماده فوق، تسلیم به اذن شریک منوط شده است. با عنایت به اینکه نهاد رهن نیز دقیقاً مانند اجاره است، پس می‌توان برای جواز رهن مال مشاع نیز به این ماده قانونی استناد کرد.

د) اطلاق عین مرهونه

رهن مال مشاع با توجه به اطلاق ماده ۷۷۴ قانون مدنی از طرف شریک ملک صحیح است. در این ماده قانونی آمده است: «مال مرهون باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت باطل است». عبارت «عین معین» که در ماده ۷۷۴ قانون مدنی ذکر شده مطلق می‌باشد و این اطلاق، مال مفروز و مشاع را نیز در بر می‌گیرد. پس رهن مال مشاع نیز جایز است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ج ۱: ۱۳).

۲. اذن شریک در اقباض مال مشاع در رهن از دیدگاه مذاهب خمس و حقوق مدنی ایران

۱-۲. از دیدگاه فقه امامیه

با اینکه فقیهان امامیه انشای رهن مال مشاع را بدون اذن شریک جایز دانسته‌اند، ولی اقباض رهنه مشاع را موقوف به اذن شریک یا شریکان می‌دانند. ایشان قبض در رهن را با تسلیم کل مال مرهونه می‌دانند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱: ۲۷۷). مشکلی که در اینجا به وجود می‌آید این است که اقباض مال مشاع، تصرف عدوانی در مال غیر به شمار آمده (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۵: ۲۳۷) و نیاز به اذن شریک دارد (اصفهانی، ۱۴۲۲: ۴۷۵). بنابراین فقیهان امامیه اقباض رهنه مشاع را تنها در صورتی جایز می‌دانند که شریک (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۵: ۲۳۷) یا شرکا (سبزواری، بی‌تا: ۳۷۹) بدان اذن دهند (جزیری، ۱۴۱۹، ج ۲: ۳۷۷). برخی از بزرگان امامیه اذن شریک را در اقباض هر دو نوع مال منقول و غیر منقول لازم می‌شمارند (شهید اول، ۱۴۱۷، ج ۳: ۳۸۴؛ علامه حلی، ۱۴۲۰، ج ۲: ۴۶۵)، ولی برخی دیگر از فقهای امامیه اقباض را در مال غیر منقول با تسلیم همه مال مرهونه لازم نمی‌دانند (علامه حلی، ۱۴۲۰، ج ۲: ۴۶۵)، بلکه در مال غیر منقول، اقباض با تخلیه ید راهن را کافی می‌شمارند (جزیری، ۱۴۱۹، ج ۲: ۳۸۷). برخی دیگر نیز به صورت کلی مال مرهونه را به دو قسم تقسیم کرده‌اند: در قسمی از آن تخلیه و رفع ید راهن از ملک، و تمکین مرتهن به تصرف در آن را به منظور اقباض کافی دانسته‌اند، ولی در قسم دیگر، به لزوم تصرف دادن مال به مرتهن حکم کرده‌اند (مجاهد طباطبایی حائری، بی‌تا: ۴۰۲). به نظر می‌رسد این تقسیم بهتر از تقسیم به منقول و غیر منقول باشد، زیرا در تقسیم به منقول و غیر منقول، رابطه میان اقسام (طرف‌های تقسیم) عموم و خصوص من وجه می‌باشد. بنابراین موارد نقض نیز وجود دارد، ولی با تقسیم اخیر، میان قسیم‌ها تباین حاصل شده و تقسیم صحیحی صورت گرفته است؛ زیرا یکی از شرایط صحت تقسیم، این است که میان قسیم‌ها رابطه تباین حاکم بوده و در یکدیگر تداخل نداشته باشند.

۲-۲. از دیدگاه فقه مالکی

از نظر فقیهان مالکی در اقباض رهنه مشاع، اذن شریک لازم نیست (جزیری، ۱۴۱۹، ج ۲: ۲۸۹). جزء مشاع اگر از املاک باشد، راهن فقط سهم خویش را به مرتهن اقباض می‌نماید و اگر از اموال منقول باشد، همه آن را به تصرف مرتهن می‌دهد (دسوقی مالکی، بی‌تا، ج ۳: ۲۳۵؛ سلمی دمیری،

۱۴۲۹، ج ۱: ۶۳۷). اگر مال، ملک است، تخلیه آن به منظور اقباض کافی می‌باشد و اگر مال، منقول است، قبض با به تصرف دادن تحقق می‌یابد (ابن حزم اندلسی، بی‌تا، ج ۶: ۳۶۵) چنان‌که در هبه نیز چنین است. از نظر آنان اقباض مال مشاع به مرتهن نسبت به حال شریک ضرری در بر ندارد (زحیلی، بی‌تا، ج ۶: ۴۲۵۶). اگر نصف غیر مرهون متعلق به راهن نباشد، قبض با همان نصف نیز محقق می‌شود، زیرا راهن فقط از سهم خود به مرتهن می‌دهد و فقط در سهم خود تصرف می‌کند (مبارة الفاسی، بی‌تا، ج ۲: ۱۴۶). به علاوه اینکه شریک، خود به ذی حق بودن شریک راهن در نصف مال مشاع، اقرار دارد (وزارت اوقاف و شئون اسلامی، بی‌تا، ج ۳۲: ۲۷۷-۲۷۵).

۳-۲. از دیدگاه فقه شافعی

از نظر فقیهان شافعی قبض مشاع در املاک با تخلیه صورت می‌گیرد و نیازی به اذن شریک نیست و در مال مشاع منقول، با به تصرف دادن مال به مرتهن انجام می‌شود و قبض آن بدون اذن شریک جایز نیست (زحیلی، بی‌تا، ج ۶: ۴۲۵۶). از دیدگاه فقیهان مذهب شافعی قبض مرهونه مشاع با تسلیم کل آن صورت می‌گیرد (رافعی قزوینی، بی‌تا، ج ۱۰: ۴؛ سنکی انصاری، بی‌تا، ج ۲: ۱۴۵). یحیی بن ابوالخیر از فقیهان شافعی درباره اذن و شیوه قبض مال مشاع می‌نویسد: در صورتی که مرهونه مشاع غیر منقول باشد، راهن بایستی بین خود و مرتهن، از مرهونه مشاع خلع ید نماید (دمیری شافعی، ۱۴۲۵، ج ۴: ۲۹۷). حضور و اذن شریک در اینجا لزومی ندارد. اگر مرهونه مشاع از اموال منقول — مانند جواهر و ... — باشد، قبض آن جز با تسلیم مال به دست مرتهن صورت نمی‌گیرد (شرینی شافعی، ۱۴۱۵، ج ۳: ۴۶؛ بجیرمی مصری شافعی، ۱۴۱۵، ج ۳: ۷۰) و این تسلیم فقط با اذن شریک صورت می‌گیرد (عمرانی یمنی شافعی، ۱۴۲۱، ج ۶: ۳۲).

بنابراین عالمان شافعی اذن شریک را در اموال منقول لازم شمرده و در اموال غیر منقول لازم نمی‌دانند (شرینی شافعی، ۱۴۱۵، ج ۳: ۴۶؛ سنکی انصاری، بی‌تا، ج ۲: ۱۴۵).

نگارنده در کتاب‌های عالمان شافعی درباره اقباض بدون اذن و ضمانت اجرای آن مطلبی نیافت، ولی با توجه به قواعد عمومی ضمان، می‌توان در صورت تلف مرهونه مشاع، حکم به ضمان چنین اقباضی کرد و راهن را ضامن جبران خسارت عین و منافع مرهونه دانست.

۴-۲. از دیدگاه فقه حنبلی

از دیدگاه عالمان فقه حنبلی قبض اموال غیر منقول با تخلیه بین راهن و مرهونه صورت می گیرد. در مال غیر منقول، اذن و حضور شریک لازم نیست، زیرا در این صورت نسبت به حق شریک، تعدی و تجاوزی صورت نمی گیرد؛ ولی اگر مرهونه، از اموال منقول باشد اذن شریک در اقباض آن لازم است (بهوتی حنبلی، بی تا، ج ۳: ۳۲۶؛ حجاوی مقدسی، الف بی تا، ج ۲: ۱۵۲).

۵-۲. از دیدگاه حقوق ایران

از منظر حقوق ایران، برای تسلیم مال مشاع به مرتهن، اذن شریک یا شریکان لازم است (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ج ۲: ۲۴۳)، چون «در این فرض، مال مرهون با سهم سایر شریکان مخلوط و منتشر در مجموع است. پس، تسلیم آن نیز با تصرف در مال شرکای دیگر ملازمه دارد و باید با اذن آنان انجام پذیرد» (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ج ۴: ۵۱۴). البته در مواردی که تسلیم رهنه مشاع با تصرف در سهم سایر شرکا ملازمه ندارد، اذن لازم نیست (کاتوزیان، الف ۱۳۸۲، ج ۴: ۵۱۵). مرحوم امامی نیز برای لزوم اذن در تسلیم مال مشاع به مرتهن، چنین استدلال می کند: «زیرا تصرف در مال مشترک بدون اجازه تمامی شرکا، تصرف در مال غیر بدون اجازه مالک است» (امامی، بی تا، ج ۲: ۳۳۸ و ۳۳۴). برخی نیز لزوم اذن شریک را در عالم حقوق به ملاک ماده ۴۷۵ قانون مدنی مستند می دانند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ج ۱: ۱۳). این ماده مقرر می دارد: «اجاره مال مشاع جایز است لیکن تسلیم عین مستأجره موقوف است به اذن شریک». از آنجا که اجاره در این خصوص تفاوتی با رهن ندارد، بنابراین ملاک ماده یاد شده درباره رهن نیز صادق است. ملاک لزوم اذن در ماده فوق، پرهیز از تصرف عدوانی در ملک غیر و تجاوز به حقوق دیگران می باشد. این قاعده، قاعده ای کلی بوده و در همه مباحث حقوق جاری است.

۳. وضعیت حقوقی و ضمانت اجرای اقباض بدون اذن شریک از دیدگاه مذاهب خمس و حقوق مدنی ایران

۱-۳. از دیدگاه فقه امامیه

در صورتی که راهن، مرهونه مشاع را بدون اذن شریک، به قبض مرتهن داد، اکثر فقیهان امامیه چنین قبضی را با وجود اینکه جایز نبوده، صحیح و نافذ دانسته اند (صافی گلپایگانی، ۱۴۱۶، ج ۲: ۱۴۰).

۱۰۳؛ امام خمینی، بی تا، ج ۲: ۳-۴؛ اصفهانی، ۱۴۲۲: ۴۷۵؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۱: ۸۰). اغلب فقیهان امامیه حکم عدم جواز اقباض بدون اذن شریک را تکلیفی می دانند (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۵: ۲۳۸). بنابراین اقباض بی اذن شریک، معصیت شمرده می شود (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۵: ۲۳۸). پس این چنین اقباضی فقط عقاب و ضمانت اجرایی اخروی دارد. البته دکتر جعفری لنگرودی به نقل از کتاب *مناهج*، ضمانت اجرای کیفری تعزیری نیز برای متصرف بدون اذن در مال مشاع، ذکر کرده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ج ۱: ۱۳). این نظر با یک قاعده کلی در فقه امامیه نیز تأیید می گردد. براساس فقه امامیه، حاکم شرع و قاضی می تواند نسبت به هر معصیتی که مصلحت می داند، تعزیر مناسب تعیین نماید (موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۲، ج ۲: ۱۵۳).

در این میان مرحوم سید محمد مجاهد نهی از تصرف عدوانی در حصه شریک را دارای ضمانت اجرای مدنی دانسته و آن را موجب بطلان رهن شمرده است؛ چون به عقیده وی، نهی از اقباض رهنه مشاع، در واقع از باب نهی در معاملات بوده و مقتضی فساد معامله است. به علاوه اینکه شاید اقباض بی اذن شریک کار حرام بوده و کار حرام نمی تواند مقدمه کار حلال قرار گیرد. لذا این اقباض مؤثر نخواهد بود. از نظر ایشان صحت رهن متوقف بر صحت قبض است (مجاهد طباطبایی حائری، بی تا: ۴۰۲). بر اساس نظر ایشان در صورتی که قبض بدون اذن شریک صورت گیرد، عقد رهن باطل بوده و شریکان می توانند مال مشاع را از مرتهن باز پس گیرند.

اشکال این نظریه این است که اولاً، حق رهن نسبت به ملک خویش نادیده گرفته می شود. ثانیاً، حق مرتهن نسبت به رهن دیده نمی شود. بهترین شیوه، راه حلی است که در آن حقوق همه طرف ها دیده شود. فقیهان امامی چنین راه حلی را در آثار فقهی خویش پیش بینی کرده اند.

البته در صورتی که نتوان حقوق همه افراد ذی حق را تأمین کرد، به نظر می رسد در این میان حق راهنی که بی اذن شرکا اقدام نموده است محترم نخواهد بود؛ زیرا او با تصرف بی اذن در سهم شریکان، ضامن است و بایستی رهن دیگری را به مرتهن تحویل نماید. به هر حال، بایستی ترتیبی اندیشید که حقوق مرتهن و شریکان حفظ گردد.

ضمانت اجرای مدنی دیگری که از نظر همه فقیهان قابل قبول می باشد، این است که در صورتی که ما اقباض را صحیح و مؤثر بدانیم (جزیری، ۱۴۱۹، ج ۲: ۳۷۷)، با عنایت به اینکه اقدام رهن تصرف عدوانی به شمار می آید (امام خمینی، بی تا، ج ۲: ۴؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۱: ۸۰؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۱۶، ج ۲: ۱۰۳؛ موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۳، ج ۲: ۷۷)، لذا در صورت تلف مال مرهونه

مشاع، رهن ضامن خواهد بود.

۲-۳. از دیدگاه فقه مذاهب اربعه

با جستجو در کتاب‌های فقهی مذاهب اربعه، بحثی راجع به وضعیت فقهی و حقوقی رهن و ضمانت اجرای آن در صورتی که بدون اذن شریک یا شریکان تسلیم مرتهن شده باشد، یافت نشد. شاید آنان بطلان رهن را در صورتی که تسلیم رهن مشاع بدون اذن شریک انجام می‌گیرد، بدیهی دانسته‌اند و از این رو، به بحث درباره آن نپرداخته‌اند. هر چند این امکان وجود دارد نگارنده بدان دست نیافته باشد. به علاوه اینکه ضمانت اجرای مدنی در تصرف عدوانی قاعده‌ای کلی بوده و در همه فقه جریان دارد. شاید دلیل نپرداختن به آن، همین وضوح و بدیهی بودن ضمان رهن بوده باشد.

۳-۳. از دیدگاه حقوق ایران

در صورتی که رهن بدون اذن شریک یا شریکان، نسبت به تسلیم رهنه مشاع به مرتهن اقدام نماید: عده‌ای از حقوقین بر آنند که قبض مال مشاع به مرتهن اگرچه موجب تصرف در مال سایر شرکا بدون اذن آنان می‌گردد، ولی این امر نمی‌تواند اثر وضعی قبض عین مرهونه را برطرف گرداند، زیرا مورد رهن غیر از سهم سایر شرکا می‌باشد که تصرف در آن از طرف قانون ممنوع است. قول مزبور از نظر حقوقی بیش‌تر سازگار است (امامی، بی‌تا، ج ۲: ۳۳۴).

بنابراین طبق این نظر قبض بی‌اذن شرکا نیز صحیح است. اگرچه با تصرف در مال شرکای دیگر ملازمه دارد (امامی، بی‌تا، ج ۲: ۳۳۸). یکی از اساتید در این خصوص می‌نویسد: «تخلف رهن از این دستور (یعنی اقباض بدون اذن شریک) مانع تحقق عنصر سوم عقد رهن (اقباض مال مرهونه) نخواهد شد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ج ۱: ۱۳). البته ایشان ضمانت اجرایی کیفری تعزیر توسط حاکم را به صاحب کتاب مناهج نسبت می‌دهد. ایشان درباره ضمانت اجرای مدنی چنین رهنی، در صورت وارد شدن خسارت به مال مشاع، به ضمانت اجرایی مندرج در ماده ۵۸۲ قانون مدنی استناد می‌کند. ماده مذکور چنین مقرر می‌دارد: «شریکی که بدون اذن یا در خارج از حدود اذن تصرف در اموال شرکت نماید ضامن است.»

با توجه به اینکه تسلیم رهنه مشاع بدون اذن شریک، تصرف عدوانی محسوب می‌شود، لذا می‌توان در تأیید مفاد ماده ۵۸۲ یاد شده، به مفاد مواد ۳۰۸ (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ج ۱: ۱۳)، ۳۱۱ و ۳۱۲ قانون مدنی که مربوط به ضمان غاصب است، نیز توسل جست.

برخی از استادان نیز تسلیم مال مرهونه مشاع را بدون اذن شریک یا شریکان، در مواردی که با تصرف در سهم شریکان دیگر ملازمه دارد، صحیح نمی‌دانند. ایشان این قبض را امر نامشروعی می‌شمارد که نمی‌تواند اثر حقوقی به بار آورده و مقدمه انشای عقد رهن گردد. او هدف قبض را (ایجاد اطمینان در امکان استیفای طلب از مال مورد رهن) در چنین مواردی با شکست مواجه می‌بیند و استدلال می‌کند که مرتهن نمی‌تواند آن را نگه داشته و استیفای طلب نماید و مجبور است با درخواست شریکان آن را از دست بدهد و مرتهن در این صورت ید غاصبانه پیدا می‌کند (کاتوزیان، الف ۱۳۸۲، ج ۴: ۵۱۷-۵۱۵).

اشکال این سخن این است که در صورتی که قبض بدون اذن را موجب بطلان عقد رهن بدانیم، در این صورت برای حفظ حقوق شریکان، به تضییع حقوق رهن و مرتهن دست زده‌ایم؛ زیرا به هر حال رهن را نمی‌توان با غاصب یکی شمرد، زیرا او مالک است و حق دارد از ملک خویش به عنوان رهن استفاده نماید. از سوی دیگر، اگر این قبض را بی‌اثر بدانیم حقوق مرتهن را نیز نادیده انگاشتیم. پس بهتر است روشی دیده شود که همه صاحبان حق، به حقوق خویش دست یافته و به کسی در این میان ستم نشود. فقیهان این روش را پیش‌بینی کرده‌اند. در این روش عقد با چنین قبضی صحیح شناخته می‌شود و قاضی به طریقی حقوق صاحبان حقوق را به آنان باز می‌گرداند. به علاوه اینکه می‌توان تدبیر حقوقی دیگری نیز اندیشید که هر کدام از شریکان بتوانند از طریق مراجع ثبتی به میزان سهم خویش، از مال مشاع وثیقه بگذارند.

البته در صورتی که امکان جمع بین حقوق افراد ذی‌حق وجود نداشته باشد، به نظر می‌رسد شریکانی که در مال آنان تصرف بی‌اذن صورت گرفته، حق داشته باشند که مال خویش را از دست مرتهن باز پس گیرند. در خصوص حق مرتهن نیز باید گفت که تسلیم مال به ناحق صورت گرفته، رهن در برابر حق رهن مرتهن ضامن است و بایستی مال دیگری را نزد وی به رهن بگذارد، زیرا او با این کار بر علیه خویش اقدام کرده و ضامن است.

نتیجه گیری

- ۱- انشای عقد رهن نسبت به مال مشاع صحیح است. صرف انشای عقد رهن نسبت به مال مشاع نیازی به اذن شریک ندارد، زیرا در غیر این صورت رهن دارای سهم مشاع از حق خویش نسبت به دارایی مشاعی که دارد محروم می گردد.
- ۲- در تسلیم مال مشاع به مرتهن، اذن شریک یا شریکان در صورتی که با تصرف در حق شریک یا شریکان ملازمه داشته باشد، شرط است؛ ولی در مواردی که به رهن دادن مال مشاع با تصرف در مال شریک ملازمه نداشته باشد، اذن شریک لازم نیست.
- ۳- اگر رهن بدون اذن اقدام به تسلیم مال مشاع به مرتهن نماید، در صورتی که نتواند رضایت شریکان را به دست آورد، نسبت به عین و منافع مال مشاع و هم چنین مثل، قیمت و منافع آن در صورت تلف، ضامن است و شریکان می توانند مال مشاع را از دست مرتهن باز پس گیرند.
- ۴- اگر رهن حصه مشاع، نتوانست اذن شریک یا شریکان دیگر را برای تسلیم مال مشاع به دست آورد، تلاش می کند رضایت مرتهن را نسبت به گذاشتن مال مشاع در دست شریک یا شریکان به دست آورد. در غیر این صورت رضایت صاحبان حق را در تعیین فرد عادلانه که مورد قبول آنان است، به دست آورد تا مال را به صورت امانت یا اجاره به وی بسپارند. وی در صورت عدم توافق، به حاکم مراجعه می کند و حاکم فرد عادلانه را معین می کند تا رهنه مشاع را به طور امانی و یا در صورت داشتن منافع به صورت اجاره و یا عقود دیگر، تا زمان ادای دین به وی بسپارد.
- ۵- بایسته است قانون گذار به منظور افزایش رونق اقتصادی، با عنایت به مفاد ماده ۱۰ قانون «افزایش بهره وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی» ماده ای قانونی وضع نموده و سازوکار رهن املاک و اموال مشاع را (که قبض آنها با تصرف در مال شریک یا شرکا ملازمه ندارد) فراهم نماید.

منابع

- قرآن کریم
- ابن ابی جمهور احسائی، محمد بن علی. (۱۴۰۵ق). *عوالی اللئالی العزیزیه*، قم: دار سید الشهداء للنشر.
- ابن حزم اندلسی، أبو محمد علی بن أحمد بن سعید بن حزم. (بی تا) *المحلی بالآثار فی الاحادیث الدینیة*، لبنان - بیروت: دار الفکر.

- ابن رشد الحفيد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي. (١٤٢٥ق.). *بدایة المجتهد و نهاية المقتصد*، قاهره: دار الحديث.
- ابن زهره حلبی، حمزة بن علی حسینی. (١٤١٧ق.). *غنية النزوع إلى علمی الأصول و الفروع*، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- ابن شهر آشوب، رشید الدین محمد بن علی. (١٣٦٩ق.). *متشابه القرآن و مختلفه*، قم: دار البیدار للنشر.
- ابن عثيمين، محمد بن صالح بن محمد. (١٤٢٢ق.). *الشرح الممتع علی زاد المستقنع*، بی جا: دار ابن الجوزی.
- ابن قدامه مقدسی، موفق الدین عبدالله بن أحمد بن محمد. (١٤١٤ق.). *الکافی فی فقه الإمام أحمد*، لبنان - بیروت: دار الکتب العلمیة.
- _____. (١٣٨٨ق.). *المغنی لابن قدامة*، مصر - قاهره: مکتبة القاهرة.
- ابن مفلح، برهان الدین. (١٤١٨ق.). *المبدع فی شرح المقنع*، لبنان - بیروت: دارالکتب العلمیة.
- اصبحی مدنی، مالک بن أنس بن مالک بن عامر. (١٤١٥ق.). *المدونة*، لبنان - بیروت: دار الکتب العلمیة.
- اصفهانی، سید ابوالحسن. (١٤٢٢ق.). *وسيلة النجاة (مع حواشی الإمام الخمينی)*، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- امام خمینی، سید روح الله موسوی. (بی تا) *تحریر الوسيلة*، قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم.
- امام شافعی، أبو عبدالله محمد بن إدريس بن عباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبی القرشی المکی. (١٤١٠ق.). *الأم*، بیروت: دار المعرفة.
- امامی، سید حسن. (بی تا) *حقوق مدنی*، تهران: انتشارات اسلامیة.
- بارعی زیلعی حنفی، عثمان بن علی بن محجن. (١٣١٣ق.). *تبیین الحقائق شرح کنز الدقائق وحاشیة الشلبي*، با حاشیة: الشلبي، أحمد بن محمد بن أحمد بن یونس بن إسماعیل بن یونس، قاهره: المطبعة الكبرى الأمیریة.
- بُجَیرمی مصری شافعی، سلیمان بن محمد بن عمر. (١٤١٥ق.). *تحفة الحبيب علی شرح الخطيب = حاشیة البجيرمی علی الخطيب*، بی جا: دارالفکر.

- بغدادی مالکی، شهاب الدین. (بی تا) *إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك*، بهامشه: تقریرات مفیده لإبراهیم بن حسن، مصر: شركة مكتبة و مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده، المطبعة الثالثة.
- بهوتی حنبلی، منصور بن یونس بن صلاح الدین ابن حسن بن إدريس. (الف بی تا) *الروض المربع شرح زاد المستقنع و معه: حاشية الشيخ العثيمين و تعليقات الشيخ السعدی*، بی جا: دار المؤید، مؤسسه الرسالة.
- _____. (بی بی تا) *كشاف القناع عن متن الإقناع*، لبنان - بیروت: دار الکتب العلمیة.
- تمیمی مازری مالکی، أبو عبدالله محمد بن علی بن عمر. (۲۰۰۸) *شرح التلقین*، با تحقیق: محمد مختار السّلامی، بی جا: دار الغرب الإسلامي.
- جزیری، عبدالرحمن و همکاران. (۱۴۱۹ق.) *الفقه على المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت عليهم السلام*، لبنان - بیروت: دار الثقلین.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۷۰) *حقوق مدنی؛ رهن و صلح*، تهران: گنج دانش، چاپ دوم.
- حجاوی مقدسی، موسی بن أحمد بن موسی بن سالم بن عیسی بن سالم. (الف بی تا) *الإقناع فی فقه الإمام أحمد بن حنبل*، المحقق: السبکی، عبداللطیف محمد موسی، لبنان - بیروت: دار المعرفة.
- _____. (ب بی تا) *زاد المستقنع فی اختصار المقنع*، با تحقیق: عبدالرحمن بن علی بن محمد العسکر، عربستان سعودی - ریاض: دار الوطن للنشر.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق.) *وسائل الشیعة*، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- حسینی عاملی، سید جواد بن محمد. (۱۴۱۹ق.) *مفتاح الکرامۃ فی شرح قواعد العلامۃ*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- دسوقی مالکی، محمد بن أحمد بن عرفة. (بی تا) *حاشية الدسوقي على الشرح الكبير*، بی جا: دار الفكر.
- دمیری شافعی، کمال الدین أبوالبقاء محمد بن موسی بن عیسی بن علی. (۱۴۲۵ق.) *النجم الوهاج فی شرح المنهاج*، المحقق: لجنة علمية، عربستان سعودی - جده: دار المنهاج.
- رافعی قزوینی، عبدالکریم بن محمد. (بی تا) *فتح العزیز بشرح الوجیز = الشرح الكبير*، بی جا: دارالفکر.
- زحیلی، وهبة بن مصطفى. (بی تا) *الفقه الإسلامي وأدلته*، سوریه - دمشق: دار الفكر، الطبعة الرابعة.
- سبزواری، سید عبدالأعلى. (۱۴۱۳ق.) *مهذب الأحكام*، قم: مؤسسه المنار، چاپ چهارم.

- _____ . (بی تا) جامع الأحكام الشرعية، قم: مؤسسه المنار، چاپ نهم.
- سرخسی، محمد بن أحمد بن أبی سهل. (بی تا) المبسوط، بیروت: دار المعرفة.
- سلمی دمیری، بهرام بن عبدالله بن عبدالعزیز. (۱۴۲۹ق.). الشامل فی فقه الإمام مالک، با تصحیح: نجیب، أحمد بن عبد الکریم، مرکز نجیویه للمخطوطات و خدمة التراث.
- سنیکي انصاری، زین الدین أبو یحیی زکریا بن محمد بن زکریا. (بی تا) أسنى المطالب فی شرح روض الطالب، بی جا: دار الكتاب الإسلامی.
- شریینی شافعی، شمس الدین محمد بن أحمد. (۱۴۱۵ق.). مغنی المحتاج إلی معرفة معانی ألفاظ المنهاج، لبنان - بیروت: دار الكتب العلمية.
- شهید اول، محمد بن مکی عاملی. (۱۴۱۷ق.). الدروس الشرعية فی فقه الإمامیة، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم.
- شیخ طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق.). الخلاف، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- _____ . (ب ۱۴۰۷ق.). تهذیب الأحکام، تهران: دار الكتب الإسلامية، چاپ چهارم.
- _____ . (۱۳۸۷ق.). المبسوط فی فقه الإمامیة، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفریة، چاپ سوم.
- شیرازی، أبو اسحاق إبراهیم بن علی بن یوسف. (بی تا) المذهب فی فقه الإمام الشافعی، لبنان - بیروت: دار الكتب العلمية.
- صافی گلپایگانی، لطف الله. (۱۴۱۶ق.). هداية العباد، قم: دار القرآن الکریم.
- صفایی، سید حسین. (۱۳۹۲) حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، بی جا: بنیاد حقوقی میزان، چاپ سوم.
- عاصمی حنبلی نجدی، عبدالرحمن بن محمد بن قاسم، (۱۳۹۷ق.). حاشیة الروض المربع شرح زاد المستقنع، بی جا.
- عکبری بغدادی، محمد بن محمد بن نعمان. (۱۴۱۳ق.). المقنعة، قم: کنگره جهانی هزارة شیخ مفید.
- علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۱۴ق.). تذکرة الفقهاء، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- _____ . (۱۴۲۰ق.). تحریر الأحکام الشرعية علی مذهب الإمامیة، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- عمرانی یمنی شافعی، أبو الحسین یحیی بن أبی الخیر بن سالم. (۱۴۲۱ق.). البیان فی مذهب الإمام الشافعی، المحقق: قاسم محمد النوری، عربستان سعودی - جده: دار المنهاج.

- فاضل لنکرانی، محمد فاضل موحّدی. (۱۴۲۵ق.) *تفصیل الشریعة*، قم: مرکز فقه ائمه اطهار علیهم السلام.
- فولادوند، محمد مهدی. (۱۴۱۵ق.) *ترجمه قرآن کریم*، دار القرآن الکریم، تهران: دفتر مطالعات تاریخ و معارف اسلامی.
- قاضی بغدادی مالکی، أبو محمد عبدالوهاب بن علی بن نصر. (۱۴۲۰ق.) *الإشراف علی نکت مسائل الخلاف*، با تحقیق: الحیب بن طاهر، بی جا: دار ابن حزم.
- کاسانی حنفی، أبو بکر بن مسعود بن أحمد. (۱۴۰۶ق.) *بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع*، لبنان - بیروت: دار الکتب العلمیة، الطبعة الثانية.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۳) *حقوق مدنی؛ مشارکت ها - صلح*، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ ششم.
- _____. (الف ۱۳۸۲) *حقوق مدنی عقود اذنی؛ عقود اذنی - وثیقه های دین*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم.
- _____. (ب ۱۳۸۲) *دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ درس هایی از عقود معین*، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ پنجم.
- کلینی، ابو جعفر، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق.) *الکافی*، تهران: دار الکتب الاسلامیة، چاپ چهارم.
- مجاهد طباطبایی حائری، سید محمد. (بی تا) *المناهل*، قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام.
- محقق داماد، سید مصطفی، (۱۴۰۶ق.) *قواعد فقه*، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوازدهم.
- مزنی، إسماعیل بن یحیی بن إسماعیل. (۱۴۱۰ق.) *مختصر المزنی فی فروع الشافعیة*، بیروت: دار المعرفة.
- مقدسی جماعیلی حنبلی، أبو الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامه، (بی تا) *الشرح الكبير علی متن المقنع*، بی جا: دار الکتب العربی للنشر و التوزیع.
- مقدسی رامینی، أبو عبدالله محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج. (۱۴۲۴ق.) *الفروع و معه تصحیح الفروع لعلاء الدین علی بن سلیمان المرداوی*، المحقق: عبدالله بن عبدالمحسن الترمکی، بی جا: مؤسسه الرسالة.
- موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا. (۱۴۱۲ق.) *الدر المنصود فی أحكام الحدود*، قم: دار القرآن الکریم.
- _____. (۱۴۱۳ق.) *هدایة العباد*، قم: دار القرآن الکریم.

- مَيَّارَةُ الْفَاسِي، أَبُو عَبْدِ اللَّهِ مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ. (بى تا) الْإِتْقَانُ وَالْإِحْكَامُ فِي شَرْحِ تَحْقِيقِ الْحُكْمِ الْمَعْرُوفِ بِشَرْحِ مَيَّارَةِ بى جا: دار المعرفة.
- نَجْفِي، مُحَمَّدُ حَسَنٍ. (١٤٠٤ق.). جَوَاهِرُ الْكَلَامِ فِي شَرْحِ شُرَائِعِ الْإِسْلَامِ، لِبَنَانٍ - بَيْرُوت: دار إحياء التراث العربى، چاپ هفتم.
- نَمَرِي قُرْطَبِي، أَبُو عَمْرِو يَوْسُفَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الْبَرِّ بْنِ عَاصِمٍ. (١٤٠٠ق.). الْكَافِي فِي فِقْهِ أَهْلِ الْمَدِينَةِ، تَحْقِيقُ: الْمُؤَرِّثَانِي، وَلَدُ مَاذِيكٍ وَأَحِيدٍ، مُحَمَّدٌ مُحَمَّدٌ، عَرَبِسْتَانِ سَعُودِي - رِيَّاض: مَكْتَبَةُ الرِّيَّاضِ الْحَدِيثِيَّةِ، الطَّبْعَةُ الثَّانِيَّة.
- وَزَارَتُ أَوْقَافٍ وَ شُؤْنِ إِسْلَامِي. (بى تا) الْمَوْسُوعَةُ الْفَقْهِيَّةُ الْكُوَيْتِيَّةُ، مِصْر: مطابع دار الصَّفْوَةِ.
- هَمْدَانِي، آقَا رِضَا. (١٤١٦ق.). مِصْبَاحُ الْفَقِيهِ، قَم: مَوْسِسَةُ الْجَعْفَرِيَّةِ لِإِحْيَاءِ التَّرَاثِ وَ مَوْسِسَةُ النِّشْرِ الْإِسْلَامِي.

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 ۰۱۰۶۱۰۸۴۱۷۰۰۷ به نام دانشگاه شهید مطهری نزد بانک ملی شعبه بهارستان کد ۱۷۸ واریز گردد.

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

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

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

تلفن و دورنگار: ۰۲۱-۳۳۵۶۳۱۳۱

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

(فرم اشتراک پشت صفحه)



فرم اشتراک
دوفصلنامه فقه و حقوق خصوصی

نام و نام خانوادگی:

نام مؤسسه / نهاد:

شغل:

تحصیلات:

تاریخ شروع اشتراک:

متقاضی شماره‌های:

آدرس دقیق پستی:

کد پستی:

تلفن تماس:

نشانی پست الکترونیکی:

امضا و تاریخ

توضیحات:

Mortgage of Jointly Owned Property in the Jurisprudence of Five Religious Schools of Law and in Iranian Law

Saeed Farsad¹

Abstract: Mortgage of jointly owned property (indivisum) is permissible according to Imamiyah, Maliki, Shafi'i, and Hanbali (except Hanafi) schools of Law because it is an instance of the rule of dominion. This is because conclusion of the mortgage contract does not mean possession of the jointly owned property. It is clear that submission of the jointly owned property to the mortgagee, in cases where it requires possession of the shares of the other partners, requires obtaining their consent. In cases where the mortgager submits the property to the mortgagee without the consent of the other partners, he shall be considered legally responsible for that. However, in cases where the submission of property means evacuation, the submission of the property does not mean possession of the shares of other partners, thus according to the jurisprudence of the above-said schools of law it does not need their consent for evacuation. This paper intends to study these issues in the jurisprudence of the abovementioned five schools of law and in the Iranian law.

Keywords: Jointly owned property, indivisum, mortgage, Imamiyah, Hanafi, Maliki, Shafi'i, Iranian law

1. Lecturer and PhD student of Islamic Jurisprudence and Private Law at Shahid Motahari University, Tehran / E-mail:sd.farsad@gmail.com

Fundamentals of Timely Obligation Enforcement in Islamic and Iranian Laws

Siyamak Tavangar¹

Abstract: In our legal system, the “Timely Obligation Enforcement”, as the first guarantee to protect the parties’ rights against violation of a contract, cannot meet the community’s legal and economic demands since the obligee is obliged to make a request and since changes have occurred in the legal fundamentals as well as social and economic conditions. Law is the collection of rules for life in the society and it cannot be indifferent to the needs and demands of the life. Therefore, it is a need to be farsighted enough to understand the time requirements so that good and bad acts play important roles in enacting, interpreting and enforcing the rules of law. On this basis, our legal system should take steps in tandem with international documents and advanced legal systems in the world in terms of enacting and enforcing the Timely Obligation Enforcement, and accordingly, accept parallel nature of mechanisms for defense against violation of contracts. The solution for access to this option in our legal system lies in making Timely Obligation Enforcement optional by the obligee. Admission of this option to our legal system is not contradictory with jurisprudential history and traditional legal backbone of the society. Furthermore, due to gradual development of this principle in our legal system and the history of theorization in Islamic law, and by virtue of dynamic factors in Islamic jurisprudence such as “independent reasoning”, “principle of no harm”, and “fundamentals of rationality”, it is compatible with Islamic and Iranian legal fundamentals.

Keywords: Sanction, violation of contract, obligation, Timely Obligation Enforcement, international documents

1. PhD (Jurisprudence and Private Law) and Judge of the Ministry of Justice
Email: siamaktavangar@yahoo.com

A Comparative Study of Mortgage Contract and Its Establishment in Iranian and American Legal Systems

Farideh Shokri¹

Abstract: According to Iranian legal system, despite the existence of fixed debt in an obligation, pledgee and its waiver, the mortgage contract shall be enforceable and the right of pledgee shall be established on the mortgaged object. This is done without any difference between the two stages of creation and establishment of the right of pledge. Even in the case of immovable mortgage it is obligatory to register the document. On the other hand, in Iranian legal system the principle of transferability of the mortgage – however briefly – has been officially recognized so that conclusion of a mortgage contract and the establishment of the right of pledgee is no obstacle to future transfer of mortgage or pertinent rights by the mortgagor in case it does not violate the rights of the pledgee. The rule of this principle, without special stipulations on establishment of the rights mentioned in the contract such as obligation to register the mortgage, will sometimes raise consequences such as dispute in discerning priority, reference to the superficial contracts containing the date of priority and consequently violating the rights of pledgee as well as legal dispute in courts and probably penal procedures. Whereas in many legal systems across the world, the US legal system for instance, there is a distinction between the two stages of concluding the mortgage contract or a pledge and stipulations for the establishment of the rights of mortgage for either side. In these legal systems, a distinction has been made between movable and immovable mortgage and establishment of the right of pledgee on each case requires finishing certain formalities otherwise, the right of the pledgee will be incomplete and the priority will be with the other party finishing the procedure. The question raised in this paper is this: Is it possible to make a distinction between the two stages in Iranian legal system with respect to the existing jurisprudential laws and the enforceable legal texts?

Keywords: mortgage contract, mortgage transactions, priority, mortgage registration, establishment of mortgage right, Uniform Trade Secrets Act (UTSA).

1. PhD (Private Law), Deputy Prosecutor, Office of Public and Islamic Revolution Prosecutor / Email:fh_shokri@yahoo.com

Certificate of Incompatibility based on Mutual Consent and Its Enforcement in Conformity with Jurisprudence and Positive Laws

Leila Sadat Asadi¹

Abstract: Mutual consent divorce is one major cause behind issuing certificate of incompatibility that upon the very consent, the court is free to avoid entering into the nature of the dispute. The family law, ratified in 2012, while stipulating a time span for issuing certificate of incompatibility based on mutual consent, has conditioned its enforcement to the request by the husband. Therefore, a single request by the wife cannot be legally sufficient for the enforcement of the law. Such a preference is synonymous with spoiling the financial rights of the wife and this makes the wife's will in mutual consent divorce ineffective. There is also ambiguity in the nature of divorce based on mutual consent and the type of divorce contract, which this paper intends to study.

Keywords: certificate of incompatibility, financial rights of wife, voluntary dispossession of rights, irrevocable rights.

1. PhD (Penal Law and Criminology) and Judge of the Justice Department.
Email: leilasadat.asadi@gmail.com

A Review of the Impact of Bona Fide on Waiving the Liability of the Physician in Iranian Law (In Comparative Study with Canadian Good Samaritan Law)

Zahra Tabesh¹

Abstract: Due to its ancient history and special criticality, the medical profession has always been accompanied with serious legal challenges in the balance of rights between the physician and the patient. It is for years that bona fide is being used as a criteria and a guarantee for the enforcement of law by the Iranian-Islamic jurists and law experts. Despite the fact that medical acts are considered bona fide in nature, in the judicial procedure and system of Iran, it is difficult to approve the good intention of all people rendering medical services. Therefore, despite a long history of bona fide and the liability of the physicians, a review of this principle in comparison with the Good Samaritan Law in Canadian law - as its common law likeness – could open new horizons to clarifying the liability of the physicians. According to the findings of this study, Good Samaritan Law is applicable as a liability outside the terms of the contract and only in emergency conditions and chiefly in the case of a non-physician. However, bona fide has a broader and more general coverage that can include – in case all requirements are met – all areas of liability of the physician. The demonstrable aspect of bona fide in creating rights for claiming a fee by the service provider is a strong point with this principle and a priority over the Good Samaritan Law.

Keywords: bona fide, waiver of liability, physician's liability, Good Samaritan Law.

1. PhD (Jurisprudence and Private Law).
Email: Zahra.tabesh@gmail.com

English Abstracts Essays

Delivery of Goods for Future Transaction and Its Guarantee Based on Imamiyah Jurisprudence and Positive Laws (*ius positum*)

Seyed Mohammad Sadeq Mousavi¹

Maryam Pourtoluei²

Abstract: When a commodity is submitted by the owner to the other party for future transaction, the mutual relations can be in the form of contract, unilateral obligation or mere authorization. Therefore, the nature of this relationship depends on the intention of the parties and there is no obstacle according to Sharia law to it. The practice has some effects and it is necessary to identify these effects in order to determine the type of relationship of the transactors and arbitration between them. Guarantee on damage or loss of the commodity is one of the guarantees that in view of some jurists is the owner's obligation, while some consider it that of the receiver. However, since the owner delivers the commodity to the other party upon his will, it is unlikely to consider the receiver responsible unless in wasting commodity or in encroachment. Therefore, guaranteeing the commodity in case of damage or loss is on the owner.

Upon evaluation of various views on the nature and impact of the said institution, in this paper all aforesaid views can be taken as one. In this case, the probable problems for the traders in this area will be removed and the ground will be prepared for a fair arbitration between them.

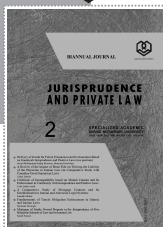
Keywords: Delivery of goods, future transactions, guarantee, contract, unilateral obligation

1. Associate Professor at Shahid Motahari University
E-mail: mousavi4535@gmail.com

2. MA, Shahid Motahari University / E-mail: mpo1987@yahoo.com

Table of Contents

❖ Editorial	1
❖ Delivery of Goods for Future Transaction and Its Guarantee Based on Imamiyah Jurisprudence and Positive Laws (ius positum).....	3
Seyed Mohammad Sadeq Mousavi	
Maryam Pourtoluei	
❖ A Review of the Impact of Bona Fide on Waiving the Liability of the Physician in Iranian Law (In Comparative Study with Canadian Good Samaritan Law).....	27
Zahra Tabesh	
❖ Certificate of Incompatibility based on Mutual Consent and Its Enforcement in Conformity with Jurisprudence and Positive Laws.....	47
Leila Sadat Asadi	
❖ A Comparative Study of Mortgage Contract and Its Establishment in Iranian and American Legal Systems.....	73
Farideh Shokri	
❖ Fundamentals of Timely Obligation Enforcement in Islamic and Iranian Laws.....	105
Siyamak Tavangar	
❖ Mortgage of Jointly Owned Property in the Jurisprudence of Five Religious Schools of Law and in Iranian.....	127
Saeed Farsad	
❖ English Abstracts Essays.....	156



BIANNUL JOURNAL

JURISPRUDENCE AND PRIVATE LAW

2

SPECIALIZED – ACADEMIC
SHAHID MOTAHHARI UNIVERSITY
FIRST YEAR/ FALL AND WINTER 1397/ 2018-2019

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.