



دانشگاه امام صادق
دانشکده معارف اسلامی و حقوق

فصلنامه علمی

پژوهش‌نامه حقوق اسلامی

سال بیست و سوم | شماره اول | پیاپی ۵۵
بهار ۱۴۰۱

۵۵

- آثار بطلان عقد منشأ دین بر حواله؛ تحلیل فقهی و حقوقی بند نخست ماده ۷۳۳ قانون مدنی
سید حسین صفایی • محمدهادی جواهرکلام
- جریان قاعده اصولی حکومت و بقای رابطه زوجیت و ترتب آثار آن
سیدمصطفی سعادت مصطفوی • عاطفه ذبیحی
- مطالعه فقهی حقوقی محرومیت معاون قتل عمد از ارث مقتول و دریافت مستمری
علی طهماسبی • علی شیرازی
- بررسی تطبیقی دعوای غیر مستقیم در حقوق ایران، فرانسه و مصر با محوریت حقوق ایران
بهزاد جیهونی • سید محمد تقی علوی
- امکان‌سنجی تعهد به نفع ثالث در عقد ازدواج و آثار آن
رسول احمدی‌فر
- حق بر سلامت روان کودکان در فضای مجازی در پرتو نظام حقوقی ایران، اسلام و اسناد بین‌المللی حقوق بشر
شهرام سلامی • زهرا زارع اسفیدانی • سحر حسینی • رویا معتمدنژاد

شاپا الکترونیکی | ۶۶۷۳ - ۲۵۸۸

شاپا چاپی | ۹۸۵۸ - ۲۲۵۱



ACADEMIA DOAJ SID ISC

پژوهش‌نامه حقوق اسلامی

۵۵

فصلنامه علمی پژوهش‌نامه حقوق اسلامی
سال بیست‌وسوم، شماره اول، پیاپی ۵۵، بهار ۱۴۰۱

صاحب امتیاز: دانشگاه امام صادق علیه‌السلام
مدیر مسئول: سلمان عمرانی، استادیار (تخصص: حقوق جزا و جرم‌شناسی) دانشگاه امام صادق علیه‌السلام
سرمدیر: تاج‌علی الماسی
مدیر داخلی: محمد هاشمی سیاوشانی

اعضای هیأت تحریریه (به ترتیب رتبه و الفبا):

تاج‌علی الماسی استاد (تخصص: حقوق خصوصی) دانشگاه تهران
سیدحسین صفایی استاد (تخصص: حقوق خصوصی) دانشگاه تهران
عباس کریمی استاد (تخصص: حقوق خصوصی) دانشگاه تهران
سیدفضل‌الله موسوی استاد (تخصص: حقوق عمومی) دانشگاه تهران
توکل حبیب‌زاده دانشیار (تخصص: حقوق بین‌الملل) دانشگاه امام صادق علیه‌السلام
سیدمصطفی سعادت‌مصطفوی دانشیار (تخصص: حقوق خصوصی) دانشگاه امام صادق علیه‌السلام
علی غلامی دانشیار (تخصص: حقوق جزا و جرم‌شناسی) دانشگاه امام صادق علیه‌السلام

* بر اساس مجوز شماره ۳/۱۹۶۱۹۱ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۰۹ وزارت علوم، تحقیقات و فناوری، فصلنامه علمی «پژوهش‌نامه حقوق اسلامی» از شماره ۳۴ واجد اعتبار «نشریه علمی» است.
* نشریه از شماره ۱ الی ۲۴ با عنوان «اندیشه صادق» و از شماره ۲۵ الی ۳۱ با عنوان «معارف اسلامی و حقوق» منتشر شده است. دوره انتشار این نشریه از ابتدای شماره ۵۵ با مجوز صادره از سوی وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی از «دوفصلنامه» به «فصلنامه» تغییر نموده است.

مقالات نشریه در پایگاه‌های ذیل نمایه می‌شود:

پایگاه استادی علوم جهان اسلام: <https://www.isc.gov.ir>
پایگاه اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی: <https://www.sid.ir>
پایگاه اطلاعات نشریات کشور: <https://www.magiran.ir>
پایگاه مجلات تخصصی نور: <https://www.noormags.com>
پایگاه مرجع دانش: <https://www.civilica.com>
پرتال جامع علوم انسانی: <https://www.ensani.ir>

دسترسی به محتوای این نشریه آزاد است.

بازنشر و استناد به مقالات برای مقاصد غیرتجاری و با ذکر کامل مأخذ رواست.

چاپخانه: انتشارات دانشگاه امام صادق علیه‌السلام

۱۷۶ صفحه/۵۰،۰۰۰ ریال

نشانی: ایران، تهران، بزرگراه شهید چمران، پل مدیریت، دانشگاه امام صادق علیه‌السلام، صندوق پستی ۱۴۶۵۵-۱۵۹

مدیریت امور فنی و چاپ: معاونت پژوهش و فناوری، تلفکس: ۰۲۱)۸۸۵۷۵۰۲۵

مدیریت امور علمی و تحریریه: دانشکده معارف اسلامی و حقوق، تلفن: ۰۲۱)۸۸۳۸۵۱۱۸

آدرس سامانه اختصاصی نشریه: <https://ilr.journals.isu.ac.ir>

آدرس پست الکترونیک نشریه: ilr@isu.ac.ir

اهداف و سیاست‌های پژوهش‌نامه حقوق اسلامی

تولید علم از اقدامات حیاتی و مهم در راستای پیشرفت همه‌جانبه یک کشور و نیل به اهداف بلند خویش است. در سالیان اخیر بسط و تولید علم بومی در ایران رشدی قابل قبول داشته است و روند این رشد نیز امیدوارکننده است. نشریات حقوقی نیز در سالیان اخیر رشدی فزاینده داشته است. در کشورهای مولد علم همواره نشریات علمی از اهمیت خاصی برخوردار است. مقالات برخلاف کتب که غالباً تدریسی و آموزشی است، دربردارنده اندیشه‌های بدیع و نو در زمینه‌های مشخصی است که در مرزهای دانش سیر می‌کند. نشریات علمی - پژوهشی حقوقی، حاصل تحقیقات و پژوهش‌هایی را عرضه می‌کند که اساتید طراز اول و دانشجویان خوش‌فکر و ممتاز دانشکده‌های حقوق مدتی بر سر آن موضوعات تأمل کرده‌اند و آنچه ارائه می‌شود، محصول پژوهشی سامان‌دار و منظم توسط این گروه است. در کشورهای ممتاز از نظر علمی، مقالات علمی - پژوهشی مخاطبان خاص دارد و اساتید و دانشجویان تحصیلات تکمیلی از این دست مقالات بهره‌ای وافر می‌برند.

فصلنامه علمی پژوهش‌نامه حقوق اسلامی به‌کوشش دانشکده معارف اسلامی و حقوق دانشگاه امام صادق (علیه‌السلام) به سردبیری استاد دکتر نجادعلی الماسی، به‌موجب نامه شماره ۳/۱۹۶۱۹۱ و جلسه مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۰۹ کمیسیون بررسی و تعیین اعتبار نشریات علمی وزارت علوم، تحقیقات و فناوری از شماره ۳۴ (پاییز و زمستان ۱۳۹۰) واجد اعتبار «نشریه علمی» است.

مقالات این نشریه محصول تلاش اساتید، پژوهش‌گران و دانشجویان نخبه حقوق است که از طریق تولید و پژوهش و یا برگرفته از پایان‌نامه (تهیه‌شده زیر نظر اساتید راهنما) است که پس از داوری توسط اساتید منتشر می‌شود.

در این نشریه دو دسته از مقالات ارائه می‌گردد: دسته اول، متمرکز بر شیوه‌های مبنایی و نظری و شیوه تعامل حقوق، فقه، فلسفه و سایر حوزه‌های مرتبط با حقوق است. این دست مقالات با تأکید بر نظریه‌های مبنایی حقوق سعی در واکاوی و ارائه نظریه جدید در ادبیات حقوقی کشور دارد. دسته دیگر مقالات، مقالاتی است که سعی می‌کند مشکلات و مسائل حقوقی را در عرصه عمل، با نگاهی میان‌رشته‌ای، تطبیقی و کاربردی حل کند. به‌عبارتی، در دسته دوم مقالات سعی در ارائه راهکارهایی مناسب جهت رفع چالش‌های حقوقی موجود در جامعه دارد. دسته دوم به مطالعات و ادبیات عملی حقوق نزدیک‌تر است، حال آنکه دسته اول، سعی در ارائه نظریات جدید در بنیان‌های حقوقی کشور دارد. امید است با تعامل این دو دسته از مقالات، جامعه علمی - حقوقی کشور شاهد ارائه مقالاتی بدیع، در مرزهای دانش در مطالعات حقوق، فقه فلسفه و سایر علوم مورد نیاز جهت رفع مشکلات و ارائه راهکارها و نظریات در فضای علمی و عملی حقوق باشد و این نشریه به غنای ادبیات حقوق در کشور بیافزاید.

ان‌شاءالله جهت‌گیری مجله حاضر آن است که با استفاده از حضور و اشراف اساتید برجسته حقوق کشور، گامی در راستای تولید حقوق اسلامی و بومی بردارد.

شور اخلاقی نشریات علمی دانشگاه امام صادق (علیه السلام)

مقدمه

با توجه به رویکرد دانشگاه امام صادق (علیه السلام) جهت تولید، انتشار و به روزرسانی علوم انسانی اسلامی و پاسخ‌گویی به نیازهای نوظهور انقلاب و نظام اسلامی، همچنین پایبندی به راهنماهای ملی و بین‌المللی تدوین شده اخلاق پژوهشی، همچون «راهنمای کمیته بین‌المللی اخلاق در انتشارات»^۱ و «مجموعه منشور و موازین اخلاق پژوهش» مصوب معاونت پژوهش و فناوری وزارت علوم، تحقیقات و فناوری، نشریات علمی - پژوهشی دانشگاه امام صادق (علیه السلام) به‌عنوان عضوی از مجلات علمی - پژوهشی جمهوری اسلامی ایران، ملزم به رعایت اصول ارزش‌های اخلاق حرفه‌ای هستند. در همین راستا اهم مسئولیت‌هایی که برای افراد فعال در نشر مجله همانند: نویسنده(گان)، مدیر مسئول، سردبیر، اعضای هیأت تحریریه و مدیر داخلی(مسئول دفتر نشریه) در نظر گرفته شده به اختصار بیان شده است.

مسئولیت‌های نویسندگان:

۱. از میان مقالات ارسالی به نشریات دانشگاه امام صادق (علیه السلام)، مقاله‌ای انتخاب و چاپ می‌شود که قبلاً در سایر مجلات علمی (فارسی یا سایر زبان‌ها) منتشر نشده، حاصل پژوهش اصیل، و دارای منبع و استناددهی دقیق باشد.
۲. مسئولیت نهایی محتوای کامل مقاله ارسالی بر عهده نویسنده(گان) است. شایسته است یافته‌های مقاله به طور کامل گزارش شود و در ارائه یافته‌ها و تفسیر و تحلیل آنها دقت کامل به عمل آید، مقاله حاوی جزئیات و منابع کافی باشد به نحوی که امکان دسترسی سایر پژوهشگران به مجموعه داده‌های یکسان جهت تکرار پژوهش وجود داشته باشد.
۳. قبل از ارسال مقاله، هرگونه تضاد منافع احتمالی که بر نتیجه یا تفسیر یافته‌های پژوهش و یا انتخاب سردبیران و داوران تأثیرگذار است، مطرح، و منابع مالی حامی پژوهش در مقاله ذکر شود.
۴. احترام به فرآیند محرمانه ارزیابی و جلوگیری از هرگونه آشکارسازی هویت نویسنده برای داوران و برعکس. به عبارتی، مقاله عاری از هرگونه اطلاعات مشمول خودافشایی بوده، به طوری که داور قادر به شناسایی نویسنده نباشد.
۵. حصول اطمینان از وجود نام، اطلاعات و نقش هر یک از نویسندگان (نویسنده مسئول و نویسنده(گان) همکار) و نبود نامی غیر از پژوهشگران درگیر در انجام پژوهش.
۶. حفظ و حمایت از حریم خصوصی، کرامت انسانی، رفاه و آزادی شرکت‌کنندگان در پژوهش و ذکر هرگونه خطری که به واسطه پژوهش، متوجه انسان‌ها و یا سایر موجودات می‌شود.
۷. نویسنده در هر زمانی که متوجه هرگونه خطا و بی‌دقتی در مقاله خود شود نشریه را در جریان آن قرار داده، نسبت به اصلاح آن اقدام و یا مقاله را بازپس گیرد.
۸. اعلام صریح نویسنده(گان) مبنی بر صحت و اصالت مقاله، فقدان سرقت علمی و چاپ در سایر نشریات.
۹. مواردی از مصادیق رفتار غیراخلاقی انتشاراتی و پژوهشی:
 - ۹-۱. **جعل داده‌ها:** گزارش مطالب غیرواقعی و ارائه داده‌ها یا نتیجه‌های ساختگی به عنوان نتایج آزمایشگاهی، مطالعات تجربی و یا یافته‌های شخصی. ثبت غیرواقعی آنچه روی نداده یا جابجایی نتایج مطالعات مختلف.
 - ۹-۲. **تحریف داده‌ها:** ثبت و ارائه نتایج پژوهش به نحوی که جزئیات اجرای پژوهش یا فرآیند جمع‌آوری داده‌ها دستکاری شود، یا داده‌هایی حذف یا تغییر یابد، یا برخی نتایج کوچک به منظور پنهان کردن واقعیات بزرگتر (بزرگ‌نمایی) شود، تا نتایج پژوهش به اهداف خاصی برسد یا نتایج ارائه شده مورد تردید نباشد.
 - ۹-۳. **سرقت علمی:** اقتباس نزدیک افکار و عبارات نویسندگان دیگر، کپی‌برداری در بیان اندیشه‌ها، شباهت‌های ساختاری در نوشتار یا انتساب ایده‌ها و نتایج دیگران بدون ارجاع مناسب، یا معرفی آن به عنوان یک پژوهش اصیل علمی.
 - ۹-۴. **اجاره علمی:** به‌کارگیری فرد دیگری برای انجام پژوهش توسط نویسنده(گان) و دخل و تصرف اندکی پس از اتمام پژوهش و چاپ آن به نام خود.

۹-۵. **انتساب غیرواقعی:** انتساب غیرواقعی نویسنده (گان) به مؤسسه، مرکز یا گروه آموزشی یا پژوهشی که نقشی در اصل پژوهش مربوطه نداشته.

۹-۶. **ارسال مجدد:** مقاله یا بخشی از آن که در نشریه دیگری (داخل یا خارج از کشور) چاپ شده یا در جریان داوری و چاپ باشد.

۹-۷. **انتشار هم‌پوشان:** چاپ داده‌ها و یافته‌های مقالات پیشین خود با کمی تغییر در مقاله‌ای دیگر با عنوان جدید.

مسئولیت‌های مدیر مسئول:

۱. پیگیری دسترسی آزاد اطلاعات به نشریه و گسترش نشر و اشاعه آن؛
۲. نظارت و پیگیری امور کاری هیأت تحریریه و سردبیر نشریه؛
۳. دخالت نکردن در فرآیند داوری علمی مقالات؛
۴. دخالت نکردن در تصمیمات علمی هیأت تحریریه و سردبیر نشریه؛
۵. رعایت حقوق مادی و معنوی نویسندگان، سردبیر، هیأت تحریریه، داوران، و عوامل اجرایی؛
۶. تأیید نهایی مطالب ارسالی به نشریه برای چاپ و انتشار به لحاظ حقوقی.

مسئولیت‌های سردبیر و اعضای هیأت تحریریه:

۱. حفظ آزادی و اختیار عمل سردبیر نشریه در ایفای مستقلانه وظایف خود از قبیل رد یا پذیرش دست‌نوشته‌های واصله به کمک هیأت تحریریه و رعایت مسائل مربوط به شایستگی‌های علمی مقاله از جمله حفظ حقوق مادی و معنوی، اصالت پژوهش و نظر داوران و ویراستاران.
۲. تلاش برای ارتقاء و اجرای قوانین و دستورالعمل‌های اخلاقی و سلامت پژوهش.
۳. دریافت مستندات مربوط به شرایط مندرج ذیل در پذیرش مقاله از نویسنده (گان):
۳-۱. اعطای حق چاپ مقاله در نشریه دانشگاه؛
۳-۲. اعلام تعارض منافع احتمالی.
۴. انتخاب داوران شایسته با توجه به زمینه تخصصی، تجربه علمی و کاری، و نیز احترام به درخواست‌های مستدل و منطقی نویسنده (گان) در مورد داوری مقاله توسط داوران خاص؛
۵. اجتناب از آشکارسازی اطلاعات و مشخصات نویسنده (گان) و داوران در فرآیند ارزیابی مقاله و احتراز از ارائه اطلاعات مقاله و بحث درباره جزئیات آن با دیگران؛
۶. جلوگیری از بروز هرگونه تضاد منافع در روند داوری، که به طور بالقوه بر پذیرش و نشر مقالات ارائه شده تأثیر بگذارد.
۷. بررسی دقیق آثار متهم به تخلفات پژوهشی واصله از داوران یا طرق دیگر (همانند سامانه سمیم‌نور برای مشابه‌یابی)، و در صورت نیاز اقدام براساس «دستورالعمل تخلفات پژوهشی وزارت علوم، تحقیقات و فناوری و نیز دانشگاه امام صادق (علیه‌السلام)».

مراحل برخورد رفتار غیراخلاقی انتشاراتی و پژوهشی:

۱. آگاه‌سازی هیأت تحریریه نشریه و ارسال نامه به نویسنده مسئول برای درخواست توضیح، بدون رفتار قضاوتی؛
۲. اختصاص فرصتی مناسب برای پاسخ‌گویی نویسنده (گان) متهم به «رفتار غیراخلاقی انتشاراتی و پژوهشی» و پیگیری موارد و تخلفات محرز شده تا آخرین مرحله.
۳. ارجاع موضوع به هیأت تحریریه در صورت دریافت توضیحات غیرقابل قبول از سوی نویسنده برای تصمیم‌گیری نهایی در خصوص پذیرش یا رد مقاله.
۴. مطابق با تصمیم نهایی هیأت تحریریه؛
۵. تذکر کتبی به نویسنده مقاله و یادآوری خط‌مشی چاپ نشریه قبل از انتشار، و یا در خواست اصلاح گزارش و انتشار متن عذرخواهی نویسنده در نشریه شماره بعد؛
۶. اخطار به نویسنده مسئول و رد هر اثر دیگری از نویسنده متخلف؛
۷. انتشار بیانیه عذرخواهی در شماره بعدی نسخه چاپی نشریه و ذکر آن در نسخه برخط (آنلاین) مقاله‌ای که تقلب و سرقت علمی در آن محرز شده است (سلب اعتبار)؛
۸. تلاش برای بهبود مستمر کیفیت و تضمین درستکاری و صداقت محتوای نشریه و احترام به تشکیلات نشریه اعم از: خوانندگان، نویسندگان، داوران صاحب امتیاز، مدیر مسئول، مدیر داخلی، کارکنان هیأت تحریریه و ناشر؛
۹. بررسی تمامی مقالات دریافتی در مدت زمان مناسب.

مسئولیت‌های داوران:

۱. کمک به بررسی کیفی، محتوایی و علمی مقالات در جهت بهبود و ارتقاء کیفی نشریه.
۲. به‌کارگیری دانش و تخصص حرفه‌ای در حوزه موضوعی مقاله و اعلام تصمیم‌پذیرفتن مقاله به سردبیر نشریه در صورت وجود تضاد منافع اعم از منافع مشترک، مالی، سازمانی، شخصی و یا کمبود زمان برای داوری.
۳. اعلام نظر تخصصی و اصلاحی به طور روشن و واضح، براساس مستندات علمی و استدلال کافی در مهلت زمانی معین به سردبیر نشریه و نویسنده(گان) و دوری از اعمال نظر سلیقه‌ای، صنفی، نژادی و مذهبی در داوری مقاله.
۴. اجتناب از به‌کارگیری اطلاعات، بحث‌ها، تفاسیر و ایده‌های به دست آمده در فرآیند داوری مقاله یا اطلاعات منتشر نشده نویسنده(گان)، برای منافع شخصی.
۵. احترام به فرآیند محرمانه ارزیابی و خودداری از به‌کارگیری اطلاعات، بحث‌ها، تفاسیر و ایده‌های به دست آمده در فرآیند داوری یا استفاده از داده‌ها و مفاهیم جدید مقاله به له یا علیه پژوهش‌های خود یا دیگران یا برای انتقاد یا بی‌اعتبارسازی نویسنده(گان).
۶. کمک به سردبیر نشریه در تهیه گزارش «رفتار غیراخلاقی انتشاراتی و پژوهشی» مقالات دریافتی برای داوری.
۷. آگاه‌سازی سردبیر نشریه به هنگام تأخیر در انجام داوری مقاله و درخواست تخصیص زمان بیشتر یا گزینش داور دیگر.

مسئولیت دفتر نشریات علمی - پژوهشی:

۱. تعیین و اعلام شفاف سیاست‌های انتشاراتی خود، به‌خصوص در رابطه با استقلال تصمیم‌گیری هیأت تحریریه، اخلاق انتشاراتی، صیانت از مالکیت فکری و حق چاپ، تضاد منافع، وظایف نویسندگان، داوران، سردبیر و هیأت تحریریه، فرآیند داوری و تصمیم‌گیری، تقاضاهای تجدید نظر و شکایات، حفظ اسناد علمی فرآیند تصمیم‌گیری، حفظ اطلاعات نویسندگان و داوران، اصلاح یا حذف مقالات پذیرفته شده و حل اختلاف بین شاکیان و متهمان به «رفتار غیراخلاقی انتشاراتی و پژوهشی».
۲. رصد و پیگیری شکایات تخلفات پژوهشی برای نشریات دانشگاه.
۳. کمک برای اصالت و سلامت پژوهشی مقالات منتشره در نشریات دانشگاه.

فهرست مطالب

- آثار «بطلان» عقد منشأ دین بر حواله؛ تحلیل فقهی و حقوقی بند نخست ماده ۷۳۳ قانون مدنی ۱
سید حسین صفایی و محمدهادی جواهرکلام
- جریان قاعده اصولی حکومت و بقای رابطه زوجیت و ترتب آثار آن ۲۷
سید مصطفی سعادت مصطفوی و عاطفه ذبیحی
- مطالعه فقهی حقوقی محرومیت معاون قتل عمد از ارث مقتول و دریافت مستمری ۵۳
علی طهماسبی و علی شیرازی
- بررسی تطبیقی دعوای غیرمستقیم در حقوق ایران، فرانسه و مصر با محوریت حقوق ایران ۷۳
بهزاد جیهونی و سید محمدتقی علوی
- امکان‌سنجی تعهد به نفع ثالث در عقد ازدواج و آثار آن ۱۰۵
رسول احمدی‌فر
- حق بر سلامت روان کودکان در فضای مجازی در پرتو نظام حقوقی ایران، اسلام و اسناد بین‌المللی حقوق بشر ۱۳۱
شهرام سلامی، زهرا زارع‌اسفیدانی، سحر حسنی و رویا معتمدنژاد

آثار «بطلان» عقد منشأ دین بر حواله؛

تحلیل فقهی و حقوقی بند نخست ماده ۷۳۳ قانون مدنی

سید حسین صفایی*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۶/۲۶

محمدهادی جواهر کلام**

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۲/۲۰

نوع مقاله: پژوهشی

چکیده

در این مقاله، آثار بطلان عقد منشأ دین بر عقد حواله از منظر فقه اسلامی و ماده ۷۳۳ ق.م. تحلیل شده است. پرسش این است که آیا با بطلان عقد منشأ دین، حواله نیز باطل می‌شود یا حواله باقی می‌ماند و تعهدات ناشی از آن باید اجرا شود؟ به علاوه، با بطلان عقد بیعی که منشأ دین بوده، ثمنی را که محتال گرفته است باید به چه شخصی بازگرداند (محال‌علیه یا محیل) و محال‌علیه برای استرداد آنچه پرداخته، حق مراجعه به چه شخص یا اشخاصی را دارد (محتال یا محیل) و همچنین، مشتری برای مطالبه ثمن باید به چه کسی مراجعه کند (بایع یا محتال)؟ با روش تحقیق توصیفی - تحلیلی و با مطالعه عمیق در آرای فقیهان اسلامی و تحلیل ماده ۷۳۳ ق.م.، این نتیجه حاصل شد که بطلان عقد منشأ دین موجب بطلان حواله نیز می‌شود و محتال آنچه را که به ناروا أخذ کرده، باید به محال‌علیه برگرداند و محال‌علیه نیز برای استرداد ثمن مخیر است به محتال یا محیل رجوع کند. این احکام اختصاص به عقد بیع ندارد، بلکه هر عمل یا واقعه حقوقی که دینی پدید آورد و بر مبنای آن حواله صادر شود و سپس معلوم شود که از آغاز دینی وجود نداشته، احکام پیش‌گفته اجرا خواهد شد.

واژگان کلیدی: اثر بطلان بیع بر حواله، حواله بایع، حواله مشتری، عقد منشأ دین، ماده ۷۳۳ قانون مدنی.

* استاد، گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

hsafaii@ut.ac.ir

** استادیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران

(نویسنده مسئول).

javaherkalam@atu.ac.ir



مقدمه

ممکن است پس از انعقاد حواله، مشخص شود عقدی که سبب ایجاد دین شده (مانند عقد بیع) و بر مبنای آن دین، حواله صادر شده، به دلیلی باطل بوده و اصلاً دینی وجود نداشته است که از طریق حواله منتقل شود. برای مثال، «الف» از «ب» اتومبیلی به مبلغ ۱۰۰ میلیون تومان خریداری کرده و برای پرداخت ثمن، خریدار (الف)، فروشنده (ب) را حواله داده است تا ثمن را از شخص «ج» دریافت کند. بایع (ب) نیز به محال‌علیه (ج) مراجعه کرده و ثمن را از او دریافت می‌کند. پس از آن، معلوم می‌شود که عقد بیع به هر دلیلی باطل بوده است. حال، مبیع و ثمن باید به مالک آنها رد شود: خریدار باید مبیع را به بایع دهد و بایع نیز به دلیل آنکه استحقاق دریافت ثمن را ندارد، باید آن را بازگرداند. اما این پرسش مطرح می‌شود که: اولاً، بطلان بیع چه تأثیری بر حواله دارد و ثانیاً، بایع (محتال) ثمن را باید به چه شخصی بازگرداند: خریدار (الف) یا شخص ثالث (ج)؟ این بحث دقیقاً در فرضی که فروشنده (محیل) شخصی (محتال) را به خریدار (محال‌علیه) حواله داده تا خریدار ثمن را به آن شخص بدهد نیز جاری است. بنابراین، در هر دو صورت یادشده، باید به این پرسش‌ها پاسخ گفت که آیا با بطلان عقد منشأ دین، حواله نیز باطل می‌شود یا حواله باقی می‌ماند و تعهدات ناشی از آن باید اجرا شود؟ به علاوه، با بطلان عقد بیعی که منشأ دین بوده، محتال ثمنی را که أخذ کرده است باید به محال‌علیه بازگرداند یا به محیل و نیز محال‌علیه برای استرداد آنچه پرداخته، حق مراجعه به محتال را دارد یا به محیل و آیا می‌تواند به هر دو مراجعه کند و همچنین مشتری برای مطالبه ثمن باید به بایع مراجعه کند یا به محتال؟

در پاسخ به پرسش‌های یادشده، اختلاف‌نظرهای گسترده‌ای بین فقهای امامیه شکل گرفته است. ماده ۷۳۳ ق.م. در زمینه تأثیر بطلان عقد اصلی بر عقد حواله می‌گوید: «اگر در بیع بایع حواله داده باشد که مشتری ثمن را به شخصی بدهد یا مشتری حواله داده باشد که بایع ثمن را از کسی بگیرد و بعد بطلان بیع معلوم شود، حواله باطل می‌شود و اگر محتال ثمن را أخذ کرده باشد باید مسترد دارد... مفاد این ماده در مورد سایر تعهدات نیز جاری خواهد بود». باید دید که آیا بطلان بیع در همه موارد موجب بطلان حواله می‌شود یا در این زمینه باید بین حواله خریدار به عهده شخص ثالث و حواله بایع بر عهده مشتری تفاوت گذاشت؟ به علاوه، در فرض بطلان بیع و حواله، قانون‌گذار

مشخص نکرده است که محتال باید ثمن را به چه کسی رد کند و محال‌علیه برای استرداد آنچه داده به چه کسی حق مراجعه دارد؟ وانگهی، آیا قسمت انتهای ماده ۷۳۳ در تعهدات قراردادی و غیرقراردادی به نحو یکسانی اجرا می‌شود؟ بر این اساس و برای پاسخ گفتن به سؤال‌های طرح‌شده و تحلیل ماده ۷۳۳، ابتدا اثر بطلان عقد منشأ دین بر حواله تحلیل می‌شود؛ آنگاه بحث استرداد ثمن در رابطه محتال و محال‌علیه و نیز رابطه محیل و محال‌علیه مورد مطالعه قرار می‌گیرد و سرانجام، به جریان حکم مقرر در این ماده در سایر تعهدات پرداخته می‌شود.

۱. اثر بطلان عقد منشأ دین (بیع) بر حواله

برای مشاهده اثر بطلان عقد منشأ دین (بیع) بر حواله، ابتدا به بررسی موضوع در فقه اسلامی پرداخته می‌شود؛ سپس، رویکرد نظام حقوقی با تأکید بر موضع قانون مدنی مورد مطالعه قرار گرفته و تحلیل برگزیده ارائه خواهد شد.

۱-۱. موضع فقه اسلامی

در فقه اسلامی، اثر بطلان عقد بیع بر حواله، در دو فرض مطالعه شده است، که وضعیت حواله در این دو صورت، عیناً به ماده ۷۳۳ ق.م. هم راه یافته است:

الف. در عقد بیع، خریدار، فروشنده را برای دریافت ثمن به ثالثی حواله داده است؛ خواه آن ثالث به خریدار بدهکار باشد یا نباشد. در این فرض، خریدار، محیل است؛ فروشنده، محتال؛ و شخص ثالث، محال‌علیه محسوب می‌شود. حال که عقد بیع به دلیلی باطل است، معلوم می‌شود که مشتری بابت ثمن به بائع دینی نداشته است و از این رو، حواله نیز باطل خواهد بود (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص. ۹۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۴، ص. ۴۶۷؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص. ۳۷۲؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص. ۱۸۵؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۱، صص. ۶۰-۶۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، صص. ۱۶۴-۱۶۵؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص. ۲۳۳؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، صص. ۷۹۳-۷۹۴؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۹، ص. ۳۱۳؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۶، صص. ۵۴۱-۵۴۲؛ مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۴، صص. ۶۶-۶۷؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۲، صص. ۵۸۰-۵۸۱؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۶، ص.

۱۳۶؛ روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۰، ص. ۱۷۶؛ اصفهانی، ۱۴۲۲، ص. ۵۰۲؛ حکیم، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۱۹۷؛ مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص. ۱۲۳؛ بصری بحرانی، ۱۴۱۳ق، ج ۶، ص. ۹۳؛ خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص. ۳۴؛ سیستانی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۶۳). بنابراین، اگر محال‌علیه هنوز ثمن را به بائع نپرداخته است، تعهدی به تأدیه آن ندارد و بائع (محتال) نمی‌تواند ثمن را از او بگیرد؛ و اگر فروشنده (محتال) ثمن را از ثالث (محال‌علیه) دریافت کرده، به دلیل بطلان بیع باید ثمن دریافتی را برگرداند. البته در اینکه محتال در این فرض باید ثمن را به محال‌علیه بازگرداند یا محیل، اختلاف نظر وجود دارد، که در ادامه بدان خواهیم پرداخت.

ب. فروشنده، شخصی را برای دریافت ثمن به خریدار حواله داده است. در این حالت، فروشنده، محیل است؛ خریدار، محال‌علیه و آن شخصی که بائع او را به سمت مشتری فرستاده، محتال خوانده می‌شود. در این فرض نیز، به دلیل آنکه محیل (فروشنده) طلبی از محال‌علیه (خریدار) نداشته، حواله باطل است. البته ممکن است ایراد شود که مدیون بودن محال‌علیه به محیل شرط صحت حواله نیست و حواله بر بری نیز درست است (ماده ۷۲۷ق.م.). بنابراین، در این فرض که فروشنده طلبی از خریدار ندارد، حواله از باب «حواله بر بری» صحیح خواهد بود (خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۱، ص. ۵۲۸؛ دیدگاه نائینی در: طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص. ۴۷۴، که این قول را خالی از وجه قوی نمی‌داند و نیز ر.ک. دیدگاه آیت‌الله گلپایگانی در همین منبع). با وجود این، در پاسخ می‌توان گفت که هدف خریدار و فروشنده در این فرض، صدور حواله بر بری نیست؛ بلکه فروشنده به اعتبار طلبی که از خریدار دارد به عهده او حواله صادر کرده و خریدار نیز بدین اعتبار که دینی به فروشنده دارد و بدین وسیله می‌خواهد دین خود را با او تسویه کند، حواله را قبول کرده است. بنابراین، با انتفای دین، قید تراضی نیز منتفی می‌شود و چنانکه خواهیم دید، به دلیل اشتباه در علت تعهد، حواله را باید باطل شمرد. اکثریت قاطع فقهای امامیه نیز همین دیدگاه را پذیرفته و بسیاری از آنان چنین استدلال کرده‌اند که حواله در این قسم، «مطلق» نیست؛ یعنی حواله به‌نحو اطلاق بر خریدار صادر نشده؛ بلکه حواله بر «ذمه مشتری» به اعتبار دینی که به محیل داشته، داده شده است (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ص. ۱۸۵؛ بحرانی: ۱۴۲۱ق، صص. ۶۰-۶۱؛ محقق حلی،

۱۴۰۸، ص. ۹۵؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴، ص. ۳۷۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۴، ص. ۴۶۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ص. ۲۳۳؛ اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۹، ص. ۳۱۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۲، صص. ۱۶۴-۱۶۵؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۶، صص. ۵۴۱-۵۴۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹، ج ۲، صص. ۷۹۳-۷۹۴؛ بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۶، صص. ۱۳۶-۱۳۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص. ۴۰۳؛ مغنیه، ۱۴۲۱، ج ۴، صص. ۶۶-۶۷؛ اصفهانی، ۱۴۲۲، ص. ۵۰۲؛ حکیم، ۱۴۱۰، ج ۲، ص. ۱۹۷؛ علامه حلی، ۱۴۱۱، ص. ۱۱۹؛ روحانی، ۱۴۱۲، ج ۲۰، ص. ۱۷۶؛ خویی، ۱۴۰۹، ج ۲، صص. ۲۹۳-۲۹۴؛ خمینی، بی تا، ج ۲، ص. ۳۴؛ سیستانی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص. ۳۶۳؛ مرعشی نجفی، ۱۴۰۶، ج ۲، ص. ۱۲۳؛ سبزواری، بی تا، ص. ۳۷۴؛ کاشف الغطاء، ۱۳۶۶، ج ۳، ص. ۳۳ و نیز ر.ک. حکیم، ۱۴۱۶، ج ۱۳، ص. ۴۱۴).

گفتنی است که برخی از فقها برای تعیین وضعیت حواله در این فرض، بین دو حالت تفاوت گذاشته‌اند:

۱- حواله بایع بر مشتری مقید به ثبوت ثمن در ذمه او بوده است، که در این فرض بطلان بیع باعث بطلان حواله می‌شود.

۲- حواله فروشنده بر خریدار مقید به ثبوت ثمن در ذمه او نبوده، بلکه این امر به نحو داعی برای صدور حواله بر مشتری بوده است، همچنان‌که در غالب موارد چنین است؛ که در این صورت، بطلان بیع باعث بطلان حواله نمی‌شود، بلکه حواله بر بری محسوب می‌شود (بصری بحرانی، ۱۴۱۳، ج ۶، ص. ۹۳ و نیز ر.ک. دیدگاه‌های آقا ضیاء عراقی، امام خمینی (رحمت‌الله‌علیه)، آیت‌الله گلپایگانی و آیت‌الله شیرازی در: طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹، ج ۵، ص. ۴۷۴).

این تفکیک درست به نظر می‌رسد، جز اینکه بر خلاف آنچه ادعا شده، در حواله بر مدیون، غلبه بر آن است که طلبکار برای صدور حواله بر عهده مدیون، به وصول طلب خود نظر دارد؛ یعنی قاعده این است که در حواله بر مدیون، وجود دین قید حواله است، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود؛ بدین معنای معلوم شود محیل بدون توجه به طلب خود از محال‌علیه و به‌عنوان حواله بر بری، بر عهده او حواله صادر کرده است. در نتیجه، در این فرض نیز که فروشنده علیه خریدار به قصد وصول ثمن، صادر

حواله کرده است، با بطلان بیع، محال‌علیه تکلیفی به پرداخت ثمن به محال ندارد و اگر محال آن را دریافت کرده باشد، باید ثمنی را که به ناروا گرفته، رد کند. منتها در اینکه محال ثمن را باید به چه کسی برگرداند، در ادامه سخن خواهیم گفت.

۲-۱. موضع قانون مدنی، دکترین حقوقی و تحلیل برگزیده

ماده ۷۳۳ قانون مدنی، با بطلان عقد منشأ دین (بیع)، حواله را نیز باطل می‌داند؛ خواه «بایع حواله داده باشد که مشتری ثمن را به شخصی بدهد یا مشتری حواله داده باشد که بایع ثمن را از کسی بگیرد». این دیدگاه در حواله خریدار (امامی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص. ۲۹۸؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵، ش. ۲۷۲؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، ش. ۱۴۴) و حواله فروشنده (امامی، ۱۳۸۵، ج ۲، صص. ۲۹۷-۲۹۸؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، ش. ۱۴۶؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵، ش. ۲۷۲)، از سوی استادان حقوق مدنی نیز پذیرفته شده است. بنابراین، اگر عقدی که منشأ دین بوده است، به دلیل عدم اهلیت یکی از طرفین، معلوم نبودن موضوع عقد، مستحق‌للغیر بودن مورد معامله و رد عقد از سوی مالک، نامشروع بودن موضوع یا جهت معامله و نظایر آن، باطل باشد و بر مبنای آن حواله‌ای صادر شود، حواله نیز باطل است، زیرا حواله به اعتبار دین موجود صادر شده و طبیعی است که با فقدان دین، حواله‌ای نیز واقع نمی‌شود.

منتها آنچه اهمیت دارد، تحلیل مبنای حکم مزبور است؛ که با دلایل گوناگون زیر به اثبات و توجیه حکم پرداخته می‌شود:

۱- اثر عقد حواله انتقال دین است (مواد ۷۲۴ و ۷۳۰ ق.م.) و با نبود دین، انتقال دینی صورت نمی‌گیرد و حواله‌ای محقق نمی‌شود.

۲- قصد خریدار و فروشنده، صدور حواله برای ادای دین بوده است و وجود دین، قید تراضی به شمار می‌آید. از این رو، با انتفای قید (وجود دین)، مقید (حواله) نیز منتفی خواهد بود.

۳- بر اساس دلیل قبلی، معلوم می‌شود که بطلان حواله در اثر بطلان عقد بیع را می‌توان از مصادیق «اشتباه در جهت تعهد» دانست (در این زمینه، ر.ک. صفایی، ۱۳۹۹، صص. ۱۰۲-۱۰۳)، زیرا جهت یا به تعبیری علت تعهد خریدار و فروشنده و هدف اساسی آنها از انعقاد حواله، ادای دین و وصول طلب بوده است؛ درحالی‌که

به دلیل انتفای دین، جهت یا علتی برای تعهد وجود نداشته است تا برای آن، حواله‌ای صادر شود.

۴- این حکم را به تبعی بودن عقد حواله نیز می‌توان منسوب ساخت، زیرا با بطلان بیع به‌عنوان عقد منشأ دین، کشف می‌شود دینی وجود نداشته است که از طریق حواله انتقال یابد. پس، طبیعی است که با بطلان بیع، حواله نیز باطل خواهد بود. بنابراین، چون عقد اصلی و دینی وجود نداشته است، به تبع آن، حواله دین مزبور نیز منتفی خواهد بود.

این دلایل باعث شده است که ماده ۷۳۳ ق.م. به صراحت اعلام کند: «اگر... بعد بطلان بیع معلوم شود، حواله باطل می‌شود». این ماده بطلان عقد حواله در اثر بطلان عقد بیع را به تبع فقهای امامیه در دو صورت مطرح ساخته است:

- ۱- خریدار فروشنده را برای گرفتن ثمن به شخص ثالثی حواله داده؛
- ۲- فروشنده شخصی را برای دریافت ثمن به خریدار حواله داده است. بنابراین، برخلاف پاره‌ای از تردیدها در فقه اسلامی، تردیدی وجود ندارد که قانون مدنی در هر دو فرض، بطلان عقد منشأ دین را سبب بطلان حواله دانسته است.

۲. استرداد ثمن

چنانکه گفتیم، اگر بطلان بیع معلوم شود، حواله نیز باطل است؛ اما اگر محتال ثمن را أخذ کرده باشد، در اینکه او باید ثمن را به چه کسی برگرداند (به محال‌علیه یا محیل) و محال‌علیه برای استرداد ثمنی که پرداخت کرده، به شخص یا اشخاصی حق مراجعه دارد، دیدگاه‌ها یکسان نیست. ماده ۷۳۳ ق.م. هم در این باره تنها مقرر کرده است: «اگر محتال ثمن را أخذ کرده باید مسترد دارد...» و در اینکه محتال ثمن را باید به محال‌علیه رد کند یا به محیل بدهد، حکمی ندارد. برای تحلیل مناسب‌تر مسئله، حالتی که مشتری بایع را برای وصول ثمن به شخص ثالثی حواله داده و فرضی که بایع شخصی را برای گرفتن ثمن به مشتری حواله داده، جداگانه بررسی می‌شود.

۲-۱. حواله مشتری بر عهده شخص ثالث

چنانچه خریدار، فروشنده را حواله دهد که ثمن را از شخص ثالثی بگیرد و پس از

وصول ثمن از سوی بایع (محتال)، معلوم شود که بیع و حواله از اساس باطل بوده‌اند، در اینکه ثمن باید به چه کسی رد شود، اختلاف نظر بین فقها و حقوق‌دانان مشهود است، که پس از بررسی دیدگاه فقهای امامیه و دکترین حقوقی، به تحلیل منتخب و ارائه نظر برگزیده خواهیم پرداخت.

۲-۱-۱. دیدگاه فقهای امامیه

مشهور فقها بر این عقیده‌اند که اگر بایع (محتال) ثمن را از محال‌علیه وصول کند، در حواله بر مدیون، ذمه محال‌علیه در برابر محیل (خریدار) بری می‌شود و در حواله بر بری نیز محال‌علیه می‌تواند به محیل (خریدار) مراجعه نماید و در هر دو صورت، بایع (محتال) باید ثمنی را که از محال‌علیه گرفته، به مشتری (محیل) بدهد نه به محال‌علیه. به عبارت دیگر، با بطلان بیع، مشتری می‌تواند ثمن را از بایع بگیرد، زیرا او بر مال خریدار وضع ید کرده و در مال او بدون حق متصرف شده است. از طرف دیگر، چون محال‌علیه به اذن محیل (خریدار) دین او را به طلبکارش (محتال) پرداخته است، محیل نمی‌تواند به علت بطلان حواله، به محال‌علیه رجوع کند. پس، مشتری تنها می‌تواند به بایع (محتال) رجوع کند (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۱، ص. ۶۱؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۶، ص. ۵۴۳؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص. ۵۸۰؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۵، صص. ۳۷۲-۳۷۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، صص. ۱۶۴-۱۶۵ و نیز ر.ک. مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۴، ص. ۶۷: «و فی حال البطلان ببقی الثمن علی ملک مشتری یطالب به اینما کان»)، یعنی ثمن در ملکیت مشتری باقی می‌ماند و او می‌تواند آن را از کسی که ثمن در دست اوست، بگیرد. با وجود این، ممکن است مقصود ایشان فرضی باشد که بایع شخصی را علیه مشتری حواله داده و بعد بطلان بیع و حواله کشف شود؛ همچنان‌که فقها در عبارت مشابه سید محمدکاظم حکم مزبور را ناظر بر همین حالت دانسته‌اند (فاضل لنکرانی، در: طباطبایی یزدی، بی تا، ج ۲، ص. ۶۷۳؛ امام خمینی، در: طباطبایی یزدی، ۱۴۲۲ق، ص. ۹۵۹ و طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص. ۴۷۴؛ نظر آیت‌الله گلپایگانی و آیت‌الله مکارم شیرازی در: طباطبایی یزدی، ۱۴۲۸ق، ج ۲، ص. ۷۴۳؛ اشتهازدی، ۱۴۱۷ق، ج ۲۸، ص. ۴۶۷). نتیجه این سخن آن است که محال‌علیه برای آنچه به محتال پرداخته، حق مراجعه به محتال (بایع) را ندارد و بایع نیز نباید آنچه

را که از محال‌علیه گرفته، به او رد کند؛ بلکه محتال مال مورد حواله را باید به محیل (مشتري) بدهد و محال‌علیه نیز در حواله بر مدیون، در برابر محیل بری می‌شود و در حواله بر بری، می‌تواند به خود محیل رجوع نماید.

در مقابل، برخی از فقیهان معتقدند در این فرض که محال‌علیه (شخص ثالث) ثمن را به محتال (فروشنده) پرداخته است، مال مورد حواله در ملکیت صاحب آن، یعنی محال‌علیه باقی است و در صورت موجود بودن آن، می‌تواند نسبت به عین آن رجوع کند و در صورت تلف شدن، می‌تواند عوض آن را از محتال (بایع) بگیرد (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص. ۱۸۵؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، صص. ۷۹۳-۷۹۴؛ حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۳، ص. ۴۱۴؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۰، ص. ۳۳۴: «لقاعدة» علی الید» الجاریة... فی البائع؛ فاضل لنکرانی، در: طباطبایی یزدی، بی تا، ج ۲، ص. ۶۷۳، که در حواله مشتری، خواه حواله بر بری باشد یا محال‌علیه به محیل بدهکار باشد، می‌نویسند: «و أما الصورة الثانية بكللا شقیها فالماخوذ باق علی ملک الأجنبي فیها، أما الشق الأول فواضح و أما الثاني فلأنه لم یکن فی البین ما یوجب خروجه عن ملک الأجنبي إلا الحوالة و الأداء عقبیها بتخیل صحتها و قد انكشف الخلاف، فالماخوذ باق علی ملكه و منه يظهر أنه مع التلف یكون الراجع هو الأجنبي فی الصورة الثانية؛ اشتهازی، ۱۴۱۷ق، ج ۲۸، ص. ۴۶۷؛ نظر آیت الله گلپایگانی: «فالمقبوض باق علی ملك المأخوذ منه یرده علیه مع بقائه و یرد بدله مع التلف» و نظر آیت الله مکارم شیرازی: «فیبقی علی ملك المحال علیه، الّذی هو غیر البائع و المشتري»، در: طباطبایی یزدی، ۱۴۲۸ق، ج ۲، ص. ۷۴۳؛ مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص. ۱۲۳؛ بصری بحرانی، ۱۴۱۳ق، ج ۶، ص. ۹۳).

همچنین، ظاهر عبارت برخی از فقها نشان می‌دهد که آنان بین حواله بر بری و حواله بر مدیون تفاوت گذاشته‌اند؛ به نحوی که در حواله بر بری، مالی را که محتال گرفته، در ملکیت محال‌علیه باقی دانسته‌اند و محال‌علیه می‌تواند برای استرداد آنچه به محتال داده، به خود او مراجعه کند؛ اما در حواله بر مدیون، مال مقبوض در ملکیت مشتری (محیل) قرار دارد و از این رو، محیل می‌تواند برای استرداد آن به بایع (محتال) رجوع نماید (امام خمینی، در: طباطبایی یزدی، ۱۴۲۲ق، ص. ۹۵ و طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص. ۴۷۴، که در توضیح عبارت صاحب عروه («فإذا كان بعد القبض یكون المقبوض باقیاً علی

ملک المشتري» می‌نویسند: «فی غیر صورة أحاله المشتري البائع على الأجنبي البريء و أمّا فيها فالمقبوض باق على ملك الأجنبي فى صورة بطلان الحوالة». آیت‌الله خوئی و آیت‌الله بروجردی نیز همین نظر را دارند (خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۱، ص. ۵۲۹؛ خوئی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص. ۲۹۵؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص. ۴۷۴).

۲-۱-۲. دکتین حقوقی

بعضی از حقوق‌دانان معتقدند در حواله مشتری به عهده شخص ثالث، در صورت بطلان بیع و حواله، محال‌علیه می‌تواند ثمنی را که به محتال داده، از او بگیرد، زیرا اذنی که محیل به محال‌علیه برای پرداخت دین او به محتال داده، به دلیل بطلان حواله از بین رفته است و طبق قواعد ایفای ناروا، محال‌علیه می‌تواند چیزی را که به ناروا به دیگری پرداخته، از او پس بگیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ش. ۲۷۲؛ کاتوزیان، ۱۳۸۶، ج ۲، ص. ۱۹۱ و نیز ر.ک. امامی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص. ۲۹۷).

در برابر، برخی از استادان در پاسخ به این پرسش که محتال ثمن دریافتی را باید به چه کسی رد کند، بین دو فرض تفکیک قائل شده‌اند:

۱- در حواله بر مدیون، محتال باید آنچه را گرفته است، به محیل بدهد نه به محال‌علیه، زیرا محال‌علیه تعهد خود را در برابر محیل انجام داده است و نسبت به آنچه به‌عنوان انجام تعهد داده است حقی ندارد.

۲- در حواله بر بری، محتال باید آنچه را گرفته به‌خود محال‌علیه رد کند، زیرا محال‌علیه به قصد اجرای حواله صحیح، مالی به محتال داده است. وقتی کشف می‌شود که حواله صحیحی صادر نشده است، تصرف دیگران در مال محال‌علیه مجوزی ندارد و باید آن را به مالک آن، یعنی محال‌علیه بازگرداند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، ش. ۱۴۴).^۳

۲-۱-۳. تحلیل منتخب و نظر برگزیده

در مقام داوری و تحلیل مسئله بر اساس اصول و قواعد حقوقی، به نظر می‌رسد که محال‌علیه برای استرداد آنچه به بایع (محتال) داده، بر دو مبنای مختلف می‌تواند به محتال و محیل (مشتری) رجوع کند. افزون بر آن، دیدگاه مذکور در رابطه مشتری

(محیل) و بایع (محتال) و نیز رابطه محیل و محال‌علیه نیز اثرگذار است و حکم هر یک باید مطالعه شود.

الف. امکان رجوع محال‌علیه به محتال، مبتنی بر قواعد ضمان قهری (ایفای ناروا) است، زیرا با بطلان بیع و حواله، معلوم می‌شود که محال‌علیه دینی به محتال (بایع) نداشته و بدون وجود دین و به تصور مدیون بودن، مالی را به او داده است. بنابراین، حق دارد که به استناد ماده ۳۰۲ ق.م. به محتال مراجعه کند و آنچه را که به ناروا به او داده، مسترد دارد. محتال نیز مستحق دریافت مورد حواله از محال‌علیه نبوده است و از این رو، طبق قاعده ضمان ید (استیلائی نامشروع بر مال یا حق غیر) و مواد ۳۰۸ و ۳۰۱ و ۳۰۳ ق.م. مکلف است آنچه را که به ناحق از محال‌علیه گرفته، به او بازگرداند.

ب. مراجعه محال‌علیه به محیل نیز از باب «دستور پرداخت» و «امر به تأدیه مالی از سوی محیل به شخص دیگر» و به تعبیر دیگر، سببیت محیل برای ایفای ناروای دین از سوی محال‌علیه است که سبب می‌شود محال‌علیه بتواند آنچه را که به محتال داده، از محیل (مشتري) بگیرد، زیرا بطلان حواله به معنای باطل بودن دستور پرداختی که محیل به محال‌علیه داده، نیست. به‌ویژه آنکه دستوری که محیل به محال‌علیه برای پرداخت دین خویش به طلبکارش (محتال یا بایع) می‌دهد، یک اذن ساده نیست که با بطلان حواله، اذن ضمن آن نیز باطل شود؛ بلکه چنین دستوری مبنای اقدام محال‌علیه و علت اصلی پرداخت دین از سوی محال‌علیه است. به‌علاوه، چنانکه دیدیم، مشهور فقیهان امامیه، در صورت بطلان بیع و حواله، اذنی را که محیل به محال‌علیه برای پرداخت ثمن به محتال (بایع) داده است، باطل نمی‌شمرند و به همین دلیل، تأدیه دین از سوی محال‌علیه به محتال را صحیح شمرده و دین محال‌علیه به محیل در حواله بر مدیون را ساقط شده می‌دانند.^۴ علاوه بر آن، برخی از فقیهان بزرگ هم امر به دادن مالی به دیگری را موجب ضمان و مسئولیت آمر شناخته‌اند.^۵ همچنین، فقهای امامیه، در موارد مشابه که شخصی به دیگری دستور می‌دهد که اموالش را به جهت جلوگیری از غرق شدن کشتی به دریا بیندازد و دستوردهنده مسئول قیمت آن باشد، شخص اخیر را ضامن شمرده‌اند (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص. ۱۹۸ و ج ۷، ص. ۱۷۱) (که بر این قول ادعای اجماع کرده است)؛ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص. ۲۷۵؛ علامه حلی، ۱۴۲۰، ج ۲،

ص. ۵۵۱؛ شیرازی، ۱۴۱۳ق، ص. ۱۱۰). ماده ۳۳۶ق.م. نیز در فرضی که «کسی بر حسب امر دیگری اقدام به عملی» کرده که عرفاً برای آن عمل اجرتی باشد، آمر را مکلف به پرداخت اجرت عامل دانسته است. از این مصادیق، چنین برمی‌آید که مبنای مسئولیت ناشی از دستور دادن به دیگری، همان سببیت عرفی است؛ یعنی عمل انجام‌گرفته (ایفای ناروای دین شخص دیگر)، عرفاً ناشی از دستور مدیون (آمر) و مستند به فعل اوست و از همین رو، باید دستوردهنده را از باب مسئولیت مدنی و قاعده تسبیب مسئول شناخت. پاره‌ای از فقیهان معاصر نیز همین راه‌حل را در حواله مشتری به عهده شخص ثالث پذیرفته و گفته‌اند: ظاهر در این است که محال‌علیه می‌تواند به محیل (مشتری) و محتال (بایع) رجوع کند (فاضل لنکرانی، در طباطبایی یزدی، بی‌تا، ج ۲، ص. ۶۷۳).^۶

وانگهی، اگر محیل (مشتری) در برابر محال‌علیه مسئول نباشد، امکان دارد محال‌علیه محتال را نشناسد و یا او فردی معسر یا بدحساب باشد و محال‌علیه نتواند آنچه را که به او پرداخته، از وی پس بگیرد. این در حالی است که محال‌علیه به خاطر اعتماد به محیل و دستور او حاضر شده دین وی را به طلبکارش (محتال) بپردازد. بنابراین، اگر محال‌علیه نتواند به محیل مراجعه کند، علی‌رغم اعتماد مشروع و عمل به دستور محیل، متضرر خواهد شد و ممکن است مالش را برای همیشه از دست بدهد. پس، می‌توان پذیرفت که محال‌علیه مطابق قواعد عمومی مسئولیت مدنی به معنای خاص (مسئولیت ناشی از تسبیب) و اعتماد به ظاهر مشروع و مصالح اجتماعی و عدالت و امنیت در روابط حقوقی، می‌تواند به محیل (مشتری) مراجعه کند.

نتیجه آنکه، محال‌علیه برای آنچه به محتال پرداخته، طبق قواعد ضمان قهری (غصب و در حکم غصب و ایفای ناروا) می‌تواند به محتال (بایع) مراجعه کند و مطابق قواعد عمومی مسئولیت مدنی (ضمان ناشی از تسبیب) و مصلحت اجتماعی و رعایت عدالت و امنیت در روابط معاملاتی، می‌تواند به محیل (مشتری) رجوع کند.

ج. رابطه مشتری (محیل) و بایع (محتال) و نیز رابطه محیل و محال‌علیه، بر اساس دیدگاه برگزیده، نیازمند تأمل بیشتری است: ۱- در حواله بر بری، چنانکه گفته شد، محال‌علیه می‌تواند به محیل (مشتری) یا محتال (بایع) رجوع کند. چنانچه محال‌علیه به محتال مراجعه کند، چون مشتری مالی به بایع به‌عنوان ثمن نداده، مراجعه خریدار به

فروشنده برای استرداد ثمن منتفی است. اما اگر محال‌علیه آنچه را که به بائع داده، از مشتری بگیرد، مشتری نیز می‌تواند معادل آن را از بائع مطالبه کند^۷، زیرا محتال (فروشنده) ثمن را از محال‌علیه وصول کرده و با بطلان بیع، باید ثمن را برگرداند؛ محال‌علیه نیز ثمنی را که به بائع داده، از مشتری مسترد کرده است؛ خریدار نیز بابت ثمن مالی را به محال‌علیه پرداخته و با بطلان بیع حق دارد مبلغ پرداختی را از بائع (محتال) پس بگیرد، زیرا با بطلان بیع هیچ مجوزی وجود ندارد که ثمن نزد فروشنده بماند. ۲- اگر حواله بر مدیون صادر شده باشد، در رابطه محیل (مشتری یا طلبکار) و محال‌علیه (بدهکار)، گفتیم که محال‌علیه می‌تواند به محیل رجوع کند و مورد حواله را که به محتال داده، از محیل بگیرد. پس، محال‌علیه از محیل طلبکار شده است. پیش از حواله نیز محیل می‌توانست به محال‌علیه مراجعه کند، زیرا از او طلبکار بوده است. بنابراین، بین دین محال‌علیه به محیل و دین محیل به محال‌علیه، در صورت وجود شرایط، تهاتر حاصل می‌شود.^۸ به همین دلیل، در عمل با وقوع تهاتر، محال‌علیه آنچه را که به محتال داده، در واقع دریافت کرده و به همین دلیل، رجوع محیل به محتال منتفی خواهد شد. شاید به همین دلیل است که مشهور فقیهان در حواله بر مدیون، دین محال‌علیه به محیل را ساقط شده پنداشته‌اند؛ هر چند تحلیل یادشده در آثار آنان مشاهده نمی‌شود. در هر حال، چون دین محال‌علیه به محیل از بین رفته است و مشتری دیگر نمی‌تواند طلبش را از محال‌علیه بگیرد و از طرف دیگر، بائع ثمن را از محال‌علیه گرفته و در واقع مال محیل را که نزد محال‌علیه بوده از او وصول کرده است، با بطلان بیع باید ثمن وصول‌شده را به مالک آن، یعنی مشتری پس بدهد. بنابراین، خریدار (محیل) در این فرض می‌تواند برای استرداد ثمن به فروشنده رجوع کند.^۹

۲-۲. حواله بائع بر عهده مشتری

هر گاه بائع، شخصی را به مشتری حواله دهد و محتال ثمن را از مشتری (محال‌علیه) وصول کند و سپس بطلان بیع و حواله کشف شود، در اینکه ثمن باید به چه کسی مسترد شود، قانون مدنی سکوت اختیار کرده و فقها و حقوق‌دانان هم به اجماع نرسیده‌اند.

۲-۱- دیدگاه فقهای امامیه

مشهور فقیهان امامیه بر این باورند که مشتری در مراجعه به بایع (مخیل) و محتال مخیر است، چون هر یک از آن دو در مال خریدار به غیر حق متصرف شده است: محتال از این جهت که بر مال خریدار وضع ید کرده است؛ و بایع بدین خاطر که او به وسیله حواله، آنچه را که به ذمه خود داشته و به محتال بدهکار بوده، وفا کرده است و قبض ثمن منسوب به اوست، بلکه او در قبض ثمن اقوا از محتال است (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۴، ص ۶۸۰؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۵، صص ۳۷۲-۳۷۳؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۱۸۵؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ص ۲۳۳؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۶، ص ۵۴۳؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۱، ص ۶۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، صص ۱۶۴-۱۶۵). در مقابل، برخی گفته‌اند: در این فرض که خریدار (محال علیه) ثمن را به دستور فروشنده به محتال پرداخته است، مال مورد حواله در دارایی صاحب آن، یعنی محال علیه (مشتری) باقی است. بنابراین، در صورت موجود بودن آن، خریدار می‌تواند نسبت به عین آن رجوع کند و در صورت تلف شدن، می‌تواند عوض آن را از محتال بگیرد (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، صص ۷۹۳-۷۹۴؛ مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۱۲۳؛ خمینی، ۱۴۱۸ق، ص ۵۲۹؛ حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۳، ص ۴۱۴؛ فاضل لنکرانی، در: طباطبایی یزدی، بی تا، ج ۲، ص ۶۷۳؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۰، ص ۳۳۴: «لقاعدة «علی الید» الجاریة فی المحتال»؛ خویی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۲۹۵؛ آیت الله گلپایگانی و آیت الله مکارم شیرازی در: طباطبایی یزدی، ۱۴۲۸ق، ج ۲، ص ۷۴۳؛ اشتهاردی، ۱۴۱۷ق، ج ۲۸، ص ۴۶۷؛ آیت الله بروجردی و امام خمینی (رحمت الله علیه) در: طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص ۴۷۴؛ امام خمینی، در طباطبایی یزدی، ۱۴۲۲ق، ص ۹۵۹؛ بصری بحرانی، ۱۴۱۳ق، ج ۶، ص ۹۳: «فإذا كان المحال قد قبض مال الحوالة، فالمقبوض باق فی ملک صاحبه المحال علیه فی کلتا صورتین، فیجوز له الرجوع به إذا كان موجودا و إذا تلف فله الرجوع بعوضه علی المخیل أو علی المحال»؛ (که هر دو حالت، یعنی حواله مشتری بر عهده ثالث و حواله بایع بر عهده مشتری را در یک حکم بیان کرده است)؛ مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۴، صص ۶۶-۶۷، که معتقد است در این فرض که بایع حواله داده، ثمن در ملکیت مشتری باقی می‌ماند و او می‌تواند آن را هر کجا که باشد بگیرد).^۱

۲-۲-۲. دکترین حقوقی

برخی از اساتید حقوق مدنی معتقدند که در این حالت که فروشنده به عهده خریدار حواله صادر می‌کند، خریدار (محال‌علیه) می‌تواند پس از پرداخت وجه حواله و ظهور بطلان آن، به «محتال» رجوع کند، زیرا ثمن را به دستور او به طلبکارش پرداخته است. فروشنده از بطلان بیع استفاده بدون جهت برده است و باید آن را به کسی که از این راه زیان دیده است بدهد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ش. ۲۷۲؛ کاتوزیان، ۱۳۸۶، ج ۲، ش. ۱۹۷).^{۱۱} به نظر می‌رسد که در این دیدگاه اشتباهی صورت گرفته است، زیرا فروشنده، که به دستور او مالی به طلبکارش تأدیه شده و از بطلان بیع استفاده بلاجهت برده، «محیل» است نه محتال؛ یعنی در اینجا محتال به اشتباه و از روی سهو قلم، به جای محیل (بایع) به کار رفته است. بنابراین، باید پذیرفت که منظور این است که در این حالت، محال‌علیه (خریدار) می‌تواند به بایع (محیل) رجوع کند، چون به دستور او ثمن را به طلبکار وی (محتال) پرداخته است. اما در اینکه چرا محال‌علیه (خریدار) نمی‌تواند به محتال (گیرنده مال) مراجعه کند، پاسخی داده نشده است.

۲-۲-۳. تحلیل منتخب و نظر برگزیده

به نظر می‌رسد که از آنچه در مسئله قبلی (حواله مشتری بر عهده شخص ثالث) گفته شد، حکم مسئله حاضر (حواله بایع به عهده مشتری) نیز روشن می‌شود: خریدار (محال‌علیه) می‌تواند مطابق قواعد ضمان قهری (ایفای ناروا) به محتال مراجعه کند و آنچه را که به ناحق به او داده، از وی مسترد کند. همچنین، با توجه به دستوری که بایع (محیل) به مشتری داده تا دین محیل را به طلبکارش (محتال) بپردازد و دستوردهنده (فروشنده) سبب ایفای ناروا از سوی محال‌علیه شده است، مشتری (محال‌علیه) می‌تواند به خود فروشنده (محیل) رجوع کند و ثمن را از او پس بگیرد. بنابراین، نظر مشهور فقها در این زمینه قابل تأیید است و قانون مدنی را باید محمول بر آن دانست. بر این اساس، اگر محال‌علیه (خریدار) برای استرداد ثمن به خود محتال رجوع کند، چون ثمنی را که خریدار به دستور فروشنده به شخص ثالث داده، مسترد کرده و مالی نیز به بایع نداده است، با بطلان بیع، مراجعه مشتری به بایع برای استرداد ثمن منتفی است. همچنین، در این حالت، محتال آنچه را که گرفته، به مالک آن، یعنی محال‌علیه،

بازگردانده است. بنابراین، طلب محتال از محیل (فروشنده) همچنان باقی است و می‌تواند برای دریافت آن به خود مدیون (فروشنده) رجوع کند. در مقابل، هر گاه محال‌علیه (مشری) برای استرداد ثمن به محیل (بایع) مراجعه کند، او نیز حق پیدا می‌کند که معادل آن را از گیرنده، یعنی محتال، بخواهد و با توجه به دین قبلی محیل به محتال، بین آن دو دین، در صورت وجود شرایط قانونی، تهاتر حاصل شده و هر دو دین تا اندازه‌ای که با یکدیگر معادله می‌کنند ساقط می‌شوند (ماده ۲۹۵ ق.م.؛ و در فرض فقدان شرایط تهاتر، هر یک از آن دو می‌تواند به دیگری رجوع کند.

بر اساس آنچه گذشت، معلوم می‌شود که عبارت «اگر محتال ثمن را اخذ کرده باشد باید مسترد دارد» در ماده ۷۳۳ ق.م. بدین معناست که چه در حواله مشتری و چه در حواله بایع، محتال آنچه را که از محال‌علیه گرفته، باید به خود او رد کند؛ هر چند محال‌علیه الزامی در رجوع به محتال ندارد، بلکه می‌تواند به محیل هم رجوع کند؛ که در این صورت، در حواله بایع به عهده مشتری و حواله خریدار به عهده شخص ثالث، مطابق ترتیبی که گفته شد، عمل می‌شود.

۳. اجرای حکم در سایر تعهدات

آنچه در متون فقهی و ماده ۷۳۳ ق.م. در خصوص تأثیر بطلان عقد بیع (منشأ دین) بر عقد حواله (اعم از حواله مشتری به عهده شخص ثالث یا حواله بایع علیه مشتری) مقرر شده است، اختصاص به عقد بیع ندارد؛ بلکه این حکم در سایر قراردادهای، مانند اجاره، صلح، قرض و سایر تعهدات قراردادی که در راستای ماده ۱۰ ق.م. منعقد می‌شوند، نیز قابل اعمال است (صفایی و جواهرکلام، ۱۴۰۰ ق، صص. ۱۷-۱۸). حتی در مورد تعهدات غیرقراردادی مانند دین ناشی از مسئولیت مدنی نیز چنانچه حواله‌ای صادر شود و سپس معلوم شود که دینی وجود نداشته است این حکم جاری می‌شود. این است که قسمت آخر ماده ۷۳۳ ق.م. تصریح می‌کند: «مفاد این ماده در مورد سایر تعهدات نیز جاری خواهد بود».^{۱۲} از این رو، اگر در عقد نکاح، شوهر برای پرداخت مهر، زن را حواله دهد تا مهریه را از شخص ثالثی بگیرد و سپس معلوم شود که نکاح به علتی باطل بوده و زن حق مهر ندارد^{۱۳}، حواله نیز باطل خواهد بود. به این ترتیب، مراد از قسمت اخیر ماده ۷۳۳ ق.م. این است که هر گاه در اثر هر

عقد یا هر عمل دیگری، دینی پدید آید و بر مبنای آن حواله‌ای صادر شود و سپس، معلوم شود که در واقع دینی وجود نداشته، حواله هم باطل است و قسمت نخست ماده فوق اجرا می‌گردد. برای مثال، شخصی در اثر تصادف رانندگی خود را مقصر می‌داند و برای پرداخت خسارت، زیان‌دیده را به شخص ثالثی حواله می‌دهد؛ سپس، کشف می‌شود که محیل مسئول نبوده و دینی نداشته است؛ که در این فرض حواله نیز باطل بوده و تمام احکامی که در خصوص بطلان حواله گفته شد در این حالت نیز جاری می‌شود. گفتنی است در این حالت که از ابتدا دینی وجود نداشته و به همین دلیل حواله باطل است، فقدان دین هم شامل تعهدات قراردادی می‌شود و هم تعهدات غیرقراردادی؛ یعنی تفاوتی نمی‌کند که بر مبنای دینی که در اثر قرارداد ایجاد شده، حواله‌ای صادر شود و سپس کشف شود که در واقع دینی وجود نداشته است، یا اینکه بر اساس دینی که در اثر واقعه حقوقی پدید آمده، حواله‌ای صادر و سپس معلوم شود که آن دین در حقیقت از ابتدا وجود نداشته است؛ که در هر دو صورت حواله باطل است و احکام پیش‌گفته مجرا خواهد بود.

نتیجه‌گیری

مطالعه و تحلیل «آثار بطلان عقد منشأ دین بر حواله» در فقه اسلامی، نشان‌دهنده دقت نظر عمیق و ظرافت بالای فقیهان امامیه و اختلاف‌نظرهای گسترده و وسیع آنان در این زمینه است. نویسندگان قانون مدنی با الهام از اندیشه‌های فقهی، در ماده ۷۳۳ تلاش کرده‌اند حکم مسئله و فروض گوناگون آن را روشن سازند، اما نتوانسته‌اند خود را از قید اختلاف‌های موجود و ابهام‌هایی که در مسئله وجود داشته برهانند؛ چنانکه در فرض بطلان بیع و حواله، قانون‌گذار معلوم نکرده است که «اگر محتال ثمن را اخذ کرده باشد باید» آن را به چه کسی «مسترد دارد». از این رو، می‌توان گفت که قانون مدنی در این زمینه، به دلیل وجود آرای گوناگون بین فقیهان امامیه، از بیان حکم مسئله به صراحت، خودداری کرده و تعیین حکم آن را به دکتترین حقوقی و رویه قضائی واگذار کرده است.

به همین جهت، در این نوشتار، با هدف تحلیل ماده ۷۳۳ ق.م. و رفع ابهام از آن، دیدگاه فقهای امامیه، اعم از فقیهان متقدم، متأخر و معاصر، به‌عنوان تاریخ حقوق ایران،

به‌طور گسترده و مفصل مورد مطالعه قرار گرفته و آثار و نتایجی به شرح زیر استخراج و ارائه شده است:

۱- بطلان عقد بیع باعث بطلان حواله می‌شود، خواه مشتری برای پرداخت ثمن، بایع را به شخص دیگری حواله داده باشد و خواه بایع برای وصول ثمن، شخصی را به مشتری حواله کند.

۲- در صورت بطلان بیع و حواله، اگر محتال ثمن را از محال‌علیه اخذ نکرده باشد، دیگر حقی برای وصول آن را ندارد و اگر آن را وصول نکرده، باید به محال‌علیه رد کند؛ ولی محال‌علیه تکلیفی ندارد که آنچه را که به محتال داده، از خود او استرداد کند؛ بلکه طبق دستور پرداختی که محیل به او داده، می‌تواند استرداد مبلغ پرداخت شده را از محیل به‌خواهد. حکم مسئله در خصوص رابطه مشتری (محیل) و بایع (محتال) و نیز رابطه محیل و محال‌علیه نیز تبیین شده است؛ به‌ویژه آنکه در صورت مراجعه محال‌علیه به محیل، محیل نیز می‌تواند به محتال رجوع کند.

۳- احکامی که درباره حواله ثمن در عقد بیع بیان شده، اختصاص به این عقد ندارد، بلکه در سایر قراردادها (مانند اجاره، صلح، قرض و معاوضه) و حتی در تعهدات غیرقراردادی (مثل دین ناشی از مسئولیت مدنی) نیز قابل اعمال است. از این‌رو، پیشنهاد می‌شود که ماده ۷۳۳ ق.م. بدین صورت اصلاح شود که در فرض بطلان بیع و حواله، محتال آنچه را که گرفته، باید به محال‌علیه برگرداند؛ ولی محال‌علیه می‌تواند برای استرداد آنچه به محتال پرداخت کرده، افزون بر او، به محیل نیز رجوع کند.

یادداشت‌ها

۱. در موردی مشابه، ماده ۷۶۵ ق.م. اعلام می‌دارد: «صلح دعوی مبتنی بر معامله باطله، باطل است...». بطلان صلح در این ماده نیز به خاطر اشتباه در جهت تعهد است، زیرا طرفین بدین پندار که عقدی به درستی واقع شده، دعوی راجع به آن قرارداد را صلح کرده‌اند؛ ولی سپس مشخص شده است که آن معامله از اساس باطل بوده است. از این رو، در جهت صلح اشتباه رخ داده و صلح باطل است.
۲. ایشان بر این باورند که در حواله مشتری، چون بنا به فرض حواله باطل است، نه محال‌علیه در برابر محیل بری می‌شود و نه در حکم ضامن قرار می‌گیرد و همه چیز به حال اصلی باقی می‌ماند. به علاوه، با بطلان حواله نمی‌توان ادعا کرد که اذن در پرداخت از سوی محیل (خریدار) وجود دارد، زیرا اذن مقید به وجود حواله بوده است و با انتفاء (قید) وجود خارجی نمی‌یابد. بدین ترتیب، محال‌علیه مالی را به اشتباه و بدون اینکه مدیون باشد به فروشنده داده است که می‌تواند پس بگیرد، خواه مدیون محیل باشد یا حواله بر بری صادر شود (مواد ۳۰۱ و ۳۰۳ ق.م.)، زیرا در هیچ صورتی نمی‌توان ادعا کرد که او دین خویش را پرداخته است. بنابراین، باید پذیرفت که محال‌علیه در اخذ مال مقدم و اولی از خریدار (محیل) است، زیرا اگر پذیرفته شود که دین محال‌علیه به او همچنان باقی است، محیل چیزی از دست نداده است تا بتواند برای استرداد آن اقدام کند. منتها محیل می‌تواند با قبول نمایندگی محال‌علیه در پرداخت دین و تنفیذ اعمال او، خود به محتال رجوع کند که در این صورت محال‌علیه بری (در برابر محیل) (یا طلبکار از محیل) (در حواله بر بری) می‌شود و دیگر حق رجوع به محتال را ندارد.
۳. با وجود این، ایشان در ش. ۲۳۵ به طور مطلق می‌نویسند: در حواله مشتری، با کشف بطلان بیع و حواله پس از وصول وجه آن، بایع آن را به مشتری بدهد نه به محال‌علیه، زیرا در رابطه مشتری (که طلبکار از محال‌علیه است) و بایع، وصول مشتری به طلب خود، هدف است و وسیله وصول، موضوعیت ندارد؛ یعنی عقد بیع باطل هم می‌تواند سبب وصول مشتری به طلب خود باشد و بایع حق ندارد مانع وصول مشتری به طلبش شود.
۴. افزون بر آنچه گفته شد، گروهی از فقهای امامیه، در فرضی که مشتری برای پرداخت ثمن بایع را حواله داده است که ثمن را شخص دیگری بگیرد و عقد بیع به دلیلی منحل شود، این بحث را مطرح ساخته‌اند که اگر نظری پذیرفته شود که با انحلال بیع، حواله نیز باطل

(منحل) می‌شود، آیا با بطلان (انفساخ) حواله، اذن محیل به محال‌علیه در پرداخت ثمن نیز باطل می‌شود یا باقی می‌ماند؟ صاحب جواهر به‌عنوان قاعده کلی می‌گویند: چه در حواله و چه در وکالت و شرکت، با بطلان (فسخ) عقد، اذن ضمن آن نیز منتفی می‌شود (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص. ۱۸۴ و در تأیید انتفای اذن در فرض بطلان (انحلال) حواله، ر.ک. شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص. ۲۳۲). در برابر، علامه حلی معتقدند که گرچه در عقد وکالت و شرکت، بطلان عقد باعث زوال اذن نمی‌شود و تصرف وکیل یا مدیر شرکت به دلیل وجود و بقای اذن همچنان صحیح است، در حواله بطلان (انحلال) عقد، سبب بطلان اذن ضمن آن هم می‌شود چرا که اذن به تنهایی قوامی ندارد (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، صص. ۴۶۹-۴۷۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص. ۱۶۴). محقق ثانی نیز ضمن نقد و بررسی دیدگاه علامه، به این نتیجه می‌رسند که در وکالت و شرکت نیز با بطلان عقد اذنی باقی نمی‌ماند؛ و بقای اذن در تصرف در وکالت و شرکت در صورت فساد عقد، نزدیک‌تر از ثبوت وکالت در صورت بطلان حواله است (عاملی کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۵، صص. ۳۶۹-۳۷۱ و برای تفصیل بحث، ر.ک. حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۶، صص. ۵۳۶-۵۳۹؛ مجاهد، بی‌تا، ص. ۱۶۷). با وجود این، دیدگاه فقهای مزبور قابل انتقاد به‌نظر می‌رسد، زیرا فقیهان یادشده بحث بقا یا زوال اذن را در فرض بطلان بیع و حواله مطرح نکرده‌اند؛ بلکه در فرض انحلال بیع و انفساخ حواله، به زول اذنی که محیل (مشتري) به محال‌علیه برای پرداخت ثمن به محال (بایع) داده، نظر داده‌اند؛ درحالی‌که با صحت بیع و درستی عقد حواله، در وجود اذن مزبور تردیدی وجود ندارد و بحث تنها در این است که با فسخ عقد بیع و انفساخ حواله، آیا اذن در پرداخت دین همچنان استمرار دارد یا زایل می‌شود؟ بنابراین، از این بحث، نمی‌توان برای فرضی که عقد بیع و حواله از اساس باطل بوده است، استفاده کرد. درهرحال، حتی اگر حواله باطل باشد، باز هم دستور پرداختی که محیل به محال‌علیه داده، باطل نمی‌شود، زیرا این دستور درهرحال صادر شده و محال‌علیه نیز بر مبنای آن اقدام کرده است. در واقع، این دستور پرداخت مانند وقایع حقوقی است که در فرض بی‌اعتباری آن نیز برای دستوردهنده ایجاد مسئولیت می‌کند، چراکه با فرض بطلان حواله نیز دستور پرداخت به‌رحال داده شده نتیجه نیز حاصل شده است. به اضافه، چنانکه برخی از فقها نیز تأیید کرده‌اند (خویی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص. ۲۹۵؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص. ۴۷۴)، دستور پرداخت محیل به محال‌علیه، سبب ایفای ناروا از سوی محال‌علیه شده است و به‌خاطر سببیت در ایفای ناروا، برای محیل ایجاد ضمان می‌کند.

۵. ر.ک. خویی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص. ۲۹۵، که در فرضی که محیل به شخص ثالث بری دستور داده است تا مالی را به طلبکار او (محتال) بپردازد، در مقام دلیل رجوع محال‌علیه بری به محیل می‌نویسد: «فلکون الأداء بأمر منه و قد عرفت ضمان الأمر للخسارات المالية الواردة على المأمور بسبب أمره». افزون بر آن، چنانکه در مسئله بعدی خواهد آمد، فقها نیز در حواله بایع بر مشتری، دستور پرداخت را موجب مسئولیت دانسته‌اند.

۶. برخی دیگر از فقها نیز این حکم را تنها در حواله مشتری بر عهده شخص ثالث بری، آن هم با رعایت شرایطی، پذیرفته‌اند. برای نمونه، آیت‌الله بروجردی در صورت تعدر دریافت عین یا بدل مال موضوع حواله از محتال، به محال‌علیه بری حق داده‌اند که بدل آن را از مشتری بگیرد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص. ۴۷۴، که در توضیح عبارت طباطبایی یزدی (فی‌إذا كان بعد القبض يكون المقبوض باقياً على ملك المشتري) می‌گوید: «فی غیر صورۃ أحواله المشتري للبائع بالثمن على الأجنبي البريء و أمّا فيها فهو باق على ملك البريء يأخذه منه مع بقاءه و بدله مع تلفه و إن تعدر أخذ عينه أو بدله منه كان له الرجوع على المشتري»). آیت‌الله خویی هم نیز در فرض تلف مالی که محتال أخذ کرده و بدون تفکیک بین فرض تعدر و عدم تعدر دریافت بدل آن از محتال، به محال‌علیه اختیار داده است که به محیل رجوع نماید (خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۱، ص. ۵۲۹: «و هو إنما يتمّ فيما إذا لم تكن الحوالة على البريء و إلّا فالمقبوض باق على ملكه يرجع له على البائع إن كانت العين موجودة و إلّا تخير في الرجوع على كل من البائع و المشتري»؛ خویی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص. ۲۹۵ (که در مقام رجوع محال‌علیه بری به محتال (بایع) می‌نویسد: «فالأخذ ماله على نحو التبصرع و المجانية، فإنه موجب للضمان بالسيرة العقلانية القطعية» و در علت امکان مراجعه محال‌علیه به مشتری می‌گوید: «فلکون الأداء بأمر منه و قد عرفت ضمان الأمر للخسارات المالية الواردة على المأمور بسبب أمره»؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص. ۴۷۴).

۷. برخی از فقیهان معاصر نیز در عبارتی بسیار موجز این دیدگاه را پذیرفته‌اند: فاضل لنکرانی، در: طباطبایی یزدی، بی‌تا، ج ۲، ص. ۶۷۳: «نعم، له الرجوع عليه لو رجع عليه به». آیت‌الله خویی هم که در حواله مشتری به عهده شخص ثالث بری، در فرض تلف مالی که محتال از محال‌علیه أخذ کرده، به محال‌علیه اختیار داده است که افزون بر محتال، به محیل رجوع نماید، بر این باور است که در صورت مراجعه محال‌علیه به محیل، او هم می‌تواند به محتال مراجعه کند (خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۱، ص. ۵۲۹: «ان رجع البريء على»؛ خویی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص. ۲۹۵).

البائع و أخذ منه بدل ماله مثلاً أو قيمة فليس له الرجوع على المشتري بما غرمه و ان رجع على المشتري به كان له الرجوع على البائع بما غرمه لاستقرار الضمان عليه نظراً لتلف المال عنده فلا يكون له مجاناً. و تفصيل الكلام في مبحث تعاقب الأيدي من المكاسب فراجع؛ خویی، در: طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص. ۴۷۴: «و أمّا فيه فالمقبوض باق على ملك البريء فله الرجوع به و مع تلفه جاز له الرجوع على المحيل و على المحتال فإن رجع على المحيل جاز له الرجوع على المحتال».

۸. پاره‌ای از فقیهان معاصر نیز به این فرض توجه داشته‌اند (اشتهاردی، ۱۴۱۷ق، ص. ۴۶۷: «نعم يجوز له احتسابه في الفرض الثاني من الصورة بجنس الثانية على المشتري و لو كان مخالفاً للحق الذي عليه من باب الوفاء بغير الجنس»).

۹. البته در صورتی که شرایط تهاتر بین دین محال علیه به محیل و دین محیل به محال علیه موجود نباشد، دین محال علیه به محیل باقی است و محال علیه می‌تواند آنچه را که به محال داده، از خود محتال یا محیل بازستاند.

۱۰. به نظر می‌رسد در این فرض که فروشنده علیه خریدار حواله صادر کرده، ثمنی که خریدار به ثالث پرداخت کرده، در دست ثالث است و از این رو، طبق این دیدگاه خریدار با بطلان بیع می‌تواند آن را از گیرنده یعنی محتال بگیرد. از این رو، فقهای مزبور را باید طرفدار نظری شمرد که در صورت بطلان بیع، به محال علیه حق می‌دهند که صرفاً به محتال (گیرنده) رجوع کند نه به محیل (بایع).

۱۱. غالب حقوق‌دانان در این فرض صرفاً به بطلان حواله در اثر بطلان بیع تصریح کرده‌اند، ولی در اینکه در این حالت ثمن باید به چه کسی مسترد شود، حکم مسئله را مشخص نکرده‌اند (امامی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص. ۲۹۸ به بعد؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، ش. ۱۳۹ به بعد؛ ره‌پیک، ۱۳۸۷، صص. ۱۲۹-۱۳۰؛ قاسم‌زاده و دیگران، ۱۳۹۰، ص. ۲۴۷).

۱۲. گفتنی است که در دکترین حقوقی، این قسمت از ماده تحلیل نشده و به تکرار حکم قانون بسنده شده است و به‌ویژه اجرای آن در تعهدات قراردادی و غیرقراردادی تبیین نشده است (امامی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص. ۲۹۷؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵، ش. ۲۷۱؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، صص. ۱۴۵-۱۴۷). فقیهان امامیه نیز، چنانکه دیدیم، حکم مسئله را در خصوص عقد بیع مطرح ساخته‌اند.

۱۳. ماده ۱۰۹۸ق.م. مقرر می‌دارد: «در صورتی که عقد نکاح اعم از دائم یا منقطع باطل بوده و نزدیکی واقع نشده زن حق مهر ندارد و اگر مهر را گرفته شوهر می‌تواند آن را استرداد کند».

کتابنامه

- اردبیلی، احمد، (۱۴۰۳ق). *مجمع الفائدة و البرهان*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- اشتهاردی، علی پناه (۱۴۱۷ق). *مدارک العروة*. تهران: دار الأسوة للطباعة و النشر.
- اصفهانى، سید ابوالحسن (۱۴۲۲ق). *وسيلة النجاة*. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت الله علیه).
- امامی، سید حسن (۱۳۸۵). *حقوق مدنی*. تهران: اسلامی.
- بجنوردی (موسوی)، سید حسن (۱۴۱۹ق). *القواعد الفقهية*. قم: نشر الهادی.
- بحرانی، یوسف (۱۴۰۵ق). *الحدائق الناضرة*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- بصری بحرانی، محمد امین (۱۴۱۳ق). *کلمة التقوی*. قم: سید جواد وداعی.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۹۰). *عقد حواله*. تهران: گنج دانش.
- حسینی عاملی، سید جواد، (۱۴۱۹ق). *مفتاح الكرامة*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- حکیم (طباطبایی)، سید محسن (۱۴۱۰ق). *منهاج الصالحین*. بیروت: دار التعارف للمطبوعات.
- حکیم (طباطبایی)، سید محسن (۱۴۱۶ق). *مستمک العروة الوثقی*. قم: مؤسسه دار التفسیر.
- خمینی، سید روح الله (بی تا). *تحریر الوسیله*. قم: دار العلم.
- خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۰۹ق). *مبانی العروة الوثقی*. قم: منشورات مدرسه دار العلم - لطفی.
- خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۸ق). *موسوعة الإمام الخوئی*. قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی (رحمت الله علیه).
- روحانی (حسینی)، سید صادق (۱۴۱۲ق). *فقه الصادق (عليه السلام)*. قم: دار الكتاب، مدرسه امام صادق (عليه السلام).
- ره پیک، حسن (۱۳۸۷). *حقوق مدنی: عقود معین (۲)*. تهران: خرسندی.
- سبزواری، سید عبدالأعلى (۱۴۱۳ق). *مهذب الأحكام*. قم: مؤسسه المنار.
- سبزواری، سید عبدالأعلى (بی تا). *جامع الأحكام الشرعية*. قم: مؤسسه المنار.
- سیستانی، سید علی (۱۴۱۷ق). *منهاج الصالحین*. قم: دفتر حضرت آیت الله سیستانی.
- شهید ثانی. زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق). *مسالك الأفهام*. قم: مؤسسه المعارف الإسلامية.
- شیرازی (حسینی)، سید محمد (۱۴۱۳ق). *الفقه، القواعد الفقهية*. بیروت: مؤسسه امام رضا (عليه السلام).
- صاحب جواهر، محمد حسن (۱۴۰۴ق). *جواهر الكلام*. بیروت: دار إحياء التراث العربی.

- صفایی، سیدحسین (۱۳۹۹). قواعد عمومی قراردادها. تهران: میزان.
- صفایی، سیدحسین و جواهر کلام، محمدهادی (۱۴۰۰). آثار انحلال عقد منشأ دین بر حواله؛ تحلیل فقهی و حقوقی بند دوم ماده ۷۳۳ قانون مدنی. پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، ۲۲(۱)، بهار و تابستان، صص. ۱-۲۸.
- طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۰۹ق). العروة الوثقی. بیروت: مؤسسة الأعلمی للطبوعات.
- طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۱۹ق). العروة الوثقی (المحشی). با حواشی جمعی از فقهاء، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۲۲ق). العروة الوثقی مع تعالیک الإمام الخمينی. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (علیه السلام).
- طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۲۸ق). العروة الوثقی مع التعليقات. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (علیه السلام).
- طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، (بی تا). العروة الوثقی مع تعليقات الفاضل، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم السلام).
- طوسی. محمد (۱۳۸۷). المبسوط. تهران: المكتبة المرتضوية.
- طوسی. محمد (۱۴۰۷ق). الخلاف. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- عاملی کرکی (محقق ثانی). علی (۱۴۱۴ق) جامع المقاصد. قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
- علامه حلّی، حسن (۱۴۱۰ق). إرشاد الأذهان. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- علامه حلّی، حسن (۱۴۱۱ق). تبصرة المتعلمین. تهران: مؤسسه چاپ و نشر.
- علامه حلّی، حسن (۱۴۱۳ق). قواعد الأحكام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- علامه حلّی، حسن (۱۴۱۴ق). تذكرة الفقهاء. قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
- علامه حلّی، حسن (۱۴۲۰ق). تحریر الاحکام. قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
- قاسم‌زاده، سیدمرتضی؛ زه‌بیگ، حسن و کیایی، عبدالله (۱۳۹۰). تفسیر قانون مدنی: اسناد، آراء و اندیشه‌های حقوقی. تهران: سمت.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). حقوق مدنی: عقود اذنی - وثیقه‌های دین. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶). حقوق مدنی: درس‌هایی از عقود معین. تهران: گنج دانش.
- کاشف الغطاء (نجفی). محمدحسین (۱۳۶۶). وجیزة الأحكام. نجف اشرف: مؤسسه کاشف الغطاء.
- مجاهد، سیدمحمد (بی تا). کتاب المناهل. قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).

آثار «بطلان» عقد منشأ دین بر حواله؛... / سید حسین صفایی و محمد هادی جواهر کلام پژوهش‌های تخصصی اسلامی ۲۵

محقق حلی، جعفر (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
مرعشی نجفی، سید شهاب‌الدین (۱۴۰۶ق). منهاج المؤمنین. قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی.
مغنیه، محمد جواد (۱۴۲۱ق). فقه الإمام جعفر الصادق (علیه السلام). قم: مؤسسه انصاریان.

جریان قاعده اصولی حکومت و بقای رابطه زوجیت و ترتب آثار آن

سید مصطفی سعادت مصطفوی*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۹/۱۴

عاطفه ذبیحی**

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۲/۲۸

نوع مقاله: پژوهشی

چکیده

در ارتباط با احکام ناظر به انحلال رابطه زوجیت، مصادیقی در متون فقهی و حقوقی وجود دارد که به‌رغم اینکه طبق قاعده، در پی اراده ذی‌حق در اجرای صیغه طلاق، باید در آنها رابطه زوجیت را منحل تلقی کرد؛ «حدود اعمال اراده طلاق‌دهنده» یا «دایره آثار آن» محدود شده و همچنان در آنها بر رابطه طرفین، آثار زوجیت مترتب می‌شود. این مصادیق شامل چهار فرض: «الف. جریان دو قاعده لاضرر یا لاجرح در ممانعت زوج از طلاق، ب. جریان قواعد مذکور در الزام زوج به طلاق زوجه، ج. بقای آثار زوجیت نسبت به معتده رجعیه، د. توارث زوجه در فرض طلاق در مرض منجر به موت» است که دو مصداق اخیر ناظر به ترتب آثار زوجیت برخلاف اراده زوج بر طلاق است. پژوهش حاضر در مقام احراز ماهیت احکام استثنایی فوق و مترصد بررسی و تطبیق قاعده اصولی حکومت بر احکام مذکور است. در صورتی که این احکام خلاف قاعده عام، منطبق بر ساختار حکومت باشد، بر اساس شرایط و آثار حکومت می‌توان در مورد دایره آثار و امکان تعمیم آن در سایر آثار زوجیت اظهار نظر کرد. در پی بررسی‌های صورت گرفته این نتیجه حاصل شد که از میان مصادیق چهارگانه فوق حکم بقای آثار زوجیت نسبت به معتده رجعیه، قابل انطباق با ساختار حکومت نیست؛ اما در سه مورد دیگر شرایط جریان حکومت وجود دارد که در عین حال در مورد قاعده لاضرر به‌رغم مسلم بودن حکومت قاعده بر احکام اولیه، به دلیل عدم امکان تحدید شرایط اعمال آن در منع زوج از طلاق، باید قائل به عدم امکان جریان آن در این موضوع شد.

واژگان کلیدی: حکومت، صیغه طلاق، زوجیت حکمی، لاضرر، لاجرح، طلاق مریض.

* دانشیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق علیه‌السلام، تهران، ایران.

M.mostafavi@isu.ac.ir

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق خصوصی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام

صادق علیه‌السلام، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

a.zabihi@isu.ac.ir



مقدمه

استفاده از عنوان حکومت یا مشتقات آن در باب انحلال رابطه زوجیت و آثار آن در منابع فقهی و حقوقی با فراوانی بسیاری همراه است. تعبیر «در حکم زوجه بودن» معتده رجعیه از این جمله است که در بند ۲ ماده ۸ قانون امور حسبی مصوب ۱۳۱۹ در موضوع صلاحیت دادرس مورد تصریح قانون‌گذار قرار گرفته و در کلام فقها و حقوقدانان بسیار مشاهده می‌شود. به‌رغم متداول بودن تعبیر زوجیت حکمی، این اختلاف وجود دارد که آیا ترتب آثار زوجیت بر زوجه مطلقه در مدت عده رجعی به واقع به موجب صدور «دلیل حاکم» از سوی شارع است یا اینکه تا قبل از اتمام عده همچنان رابطه زوجیت باقی است و علت ترتب آثار، حقیقی بودن زوجه است نه حکمی بودن وی؟ مورد دیگر مبنای حکم عدم شناسایی حق توارث برای زوجینی است که در زمان بیماری مشرف به موت مرد به عقد نکاح یکدیگر درآمده‌اند.

مصادق متداول دیگر قاعده اصولی حکومت در بحث انحلال نکاح ناظر به حکومت قواعد لاجرح و لاضرر در راستای تحدید اراده زوج بر بقا یا انحلال رابطه زوجیت است که از دو جهت «الزام زوج به طلاق همسر» یا «منع زوج از طلاق وی» به استناد شرایط حرجی یا ضرری زوجه در هر یک از وضعیت‌های مذکور قابل بررسی است. مبنای وضع ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی با هدف محدود کردن اراده زوج در تصمیم به طلاق و الزام وی به طلاق زوجه از سوی حاکم به دلیل شرایط حرجی زوجه از قبیل قسم نخست است. گرچه در مورد اصل جریان حکومت به‌عنوان مجوز طلاق زوجه در شرایطی که ادامه زندگی مشترک برای وی حرجی و غیرقابل تحمل است تردیدی وجود ندارد؛ لیکن همواره در مورد معیار تشخیص عنوان حرج و دایره مصادیق آن میان فقها و همچنین قضات در مقام اجرای قانون و صدور حکم اختلاف بوده است.

مصادق دیگر را می‌توان جریان قاعده لاضرر یا لاجرح برای منع زوج از طلاق همسر خود دانست که با اختیار زوج در طلاق در تنافی بوده و تردید در امکان آن، منجر به ارائه تفاسیر متفاوتی از حکم مندرج در ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی مبنی بر الزام مرد به تقاضای طلاق از دادگاه شده است. در این باب نیز اصل جریان حکومت و دایره مصادیق آن محل بحث است.

بدیهی است در فرض تعیین ماهیت احکام چهارگانه مورد بحث در این مقاله و

اثبات انطباق آن با ساختار حکومت، امکان اظهار نظر در مورد آثاری که صدور دلیل حاکم بر دایره آثار دلیل محکوم می‌نهد؛ فراهم خواهد شد. به عنوان مثال اثبات جریان قاعده حکومت بر اطلاق عنوان زوجه بر معتده رجعیه (با رفع تردید در مورد حقیقی یا حکمی بودن زوجه)، دایره آثار آن را متفاوت می‌سازد (که یکی از ثمرات آن را می‌توان در بحث اشتقاق در اصول فقه و اطلاق عنوان مشتق در فرض تلبس به مبدأ اشتقاق و اطلاق مجازی در غیرمتلبس به مبدأ اشتقاق دانست که البته ارتباط مستقیمی با بحث حاضر پیدا نمی‌کند) یا در مورد تشخیص مصادیق عسرو حرج و ضرر در مورد زوجین، جواز یا عدم جواز الزام زوج در مورد اعمال اراده خود (برای بقای زوجیت یا اجرای صیغه طلاق) و شرایط احراز آن در هر مصداق منوط به رعایت شرایط و آثار حکومت خواهد بود که عدم توجه به آن می‌تواند منجر به تردید در مشروعیت طلاق‌های واقع شده و صحت ازدواج و روابط آتی هر یک از طرفین طلاق باشد.

پژوهش حاضر به منظور بررسی ماهیت حقیقی مصادیق مذکور، پس از تبیین شرایط تحقق عنوان حکومت در کلام اصولیون، به بررسی تطبیق یا عدم تطبیق شرایط حکومت بر هر یک از مواضع مورد سؤال و دایره آثار آن می‌پردازد.

۱. شرایط تحقق حکومت و دایره تأثیر آن

حکومت^۱ عبارت از آن است که یکی از دو دلیل لفظی در دیگری تصرف کرده و با نظارت بر آن، موضوع (یا محمول آن) را در عالم تشریح، به صورت ضمنی تفسیر نموده و آن را توضیح یا توسعه دهد و از آن چنین تعبیر شده است: «و ضابط الحکومه أن یکون أحد الدلیلین بمدلوله اللفظی متعرضاً لحال الدلیل الآخر و رافعاً للحکم الثابت بالدلیل الآخر عن بعض أفراد موضوعه فیکون مبیناً لمقدار مدلوله مسوقاً لبيان حاله علیه» (انصاری، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص. ۷۵۰؛ خمینی، ۱۴۱۸ق، ج ۳، ص. ۵۳) که البته در زمینه دایره آن نسبت به تصرف در حکم، اختلاف دیدگاه وجود دارد. در این زمینه مرحوم نائینی (بر خلاف دیدگاه شیخ انصاری، مرحوم وحید بهبهانی و فاضل مازندرانی)، تصرف دلیل حاکم را صرفاً در موضوع ندانسته و بر این عقیده است که حکومت من حیث الحکم نیز ممکن است. این تعبیر در کلام مرحوم عراقی نیز مشاهده می‌شود، «ان المعبر فی الحکومه ان یکون أحد الدلیلین ناظراً إلی دلیل الآخر بوجه ما و

لو إلى حکمه و لا یلزم کونه ناظرا إلى موضوعه بتوسعه أو تضيق...» (عراقی، ۱۴۱۷ق، ج ۳، ص. ۱۹۷).

در هر صورت، ارتفاع موضوع (یا حکم، طبق دیدگاه دیگر) در حکومت، جعلی و تنزیلی بوده و همین امر، وجه تمایز آن با ورود دانسته شده است؛ چراکه رفع موضوع در ورود، حقیقی است، هر چند نیازمند بیان شارع (تعبدی) و متوقف بر دلیل اعتبار است؛ اما ارتفاع موضوع در حکومت، جعلی و تنزیلی است؛ از این رو، گفته شده است که ورود در نتیجه، همانند تخصص و حکومت در برخی از موارد، همانند تخصیص است (سبحانی تبریزی، ۱۴۲۴ق، ج ۴، ص. ۳۱۵). مثال متداول حکومت دو دلیل «لاشک فی النافله» و «متی شککت خذ بالاکثر» ذکر شده که دلیل نخست، دلیل حاکم^۲ و متفرع بر دلیل دوم یعنی دلیل محکوم بوده؛ به نحوی که اگر دلیل محکوم نباشد، وجود آن لغو خواهد بود.^۳

حکومت مشتمل بر سه قسم حکومت تفسیری، حکومت تنزیلیه و حکومت مضمونیه دانسته شده است (عاملی فیاض، ۱۴۲۸ق، ج ۴، ص. ۵۲، خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۱، ص. ۶۲۹ و نائینی، ۱۳۵۲، ج ۲، ص. ۱۰۷).^۴ در حکومت تفسیری، دلیل حاکم، دلیل محکوم را تفسیر می‌کند (مانند أکرم العلماء أعنی الفقهاء). در حکومت تنزیلیه، دلیل حاکم، موضوع دلیل محکوم را از فردی نفی (مانند لاشک لکثیر الشک که شک از سوی کثیرالشک، مصداق شک دانسته نشده است) یا در مورد فردی اثبات می‌کند (مانند الطواف بالبيت صلاه که طواف را در حکم نماز دانسته است). در حکومت مضمونی، مضمون یک دلیل به خودی خود ناظر به مضمون دلیل دیگر است که حکومت ادله لاضرر و لاجرح بر تمام احکام اولیه از این قبیل دانسته شده است (صدر، ۱۴۱۷ق، ج ۴، ص. ۳۷۲؛ درس خارج فقه آیت الله محمدجواد فاضل لنکرانی، جلسه ۶، ادامه بحث برائت مورخ ۱۳۸۸/۷/۱۴).

نظر به بیانات علمای اصول، حکومت در مجموع دارای چهار حکم عمده دانسته شده است (درس خارج اصول فقه استاد محمدتقی شهیدی ۱۳۹۷/۷/۱۰: سایت مدرسه فقهات) که شامل موارد زیر است:

۱- تقدیم حاکم بر محکوم حتی در صورت أضعفیت دلالت،

۲- لفظی بودن و صدور دلیل حاکم از مقنن واحد،

۳- عدم سرایت اجمال حاکم به محکوم در شبهات مفهومی،

۴- ثبوت حکومت به مقدار نظارت دلیل حاکم.

مقصود از هر یک از آنها به شرح ذیل است:

الف. مقصود از حکم نخست آن است که با توجه به نظارت مفاد دلیل حاکم بر دلیل محکوم، عرف دلیل حاکم را در موضوع بر دلیل محکوم مقدم کرده و دلیل محکوم را برخلاف ظاهر آن حمل می‌کند.^۵

ب. حکم دوم حکومت این است که دلیل حاکم باید خطاب لفظی باشد؛ چراکه شأن دلیل حاکم، نظارت و تفسیر بوده که این امر از شئون خطاب است و بر این اساس، دلیل لئی نمی‌تواند مفسر باشد. به‌علاوه اینکه صدور دلیل حاکم باید از همان مولایی باشد که دلیل محکوم را ابراز کرده است؛ زیرا تفسیر مراد شخص از سوی دیگران جز در فرض اخبار از مراد وی، معنا ندارد. البته در زمینه لزوم لفظی بودن خطاب، دیدگاه مخالفی نیز وجود دارد.

مرحوم نائینی، حکومت را به معنای «تصرف دلیلی در عقد الوضع دلیل دیگر (موضوع دلیل دیگر) یا در عقد الحمل (محمول قضیه یا حکم در قضیه) دلیل دیگر» تعبیر کرده که از آن، عدم لزوم دلالت لفظی دلیل حاکم استفاده می‌شود. به‌عنوان مثال، اگر اجماع قائم بر جواز ربا میان ولد و والد شد؛ تصرف در موضوع یا در محمول همان حکومت است (نائینی، ۱۳۷۶، ج ۴، ص. ۷۱۱).

ج. مطابق ویژگی و مؤلفه سوم حکومت، اجمال دلیل حاکم به‌دلیل محکوم سرایت کرده و خطاب مجمل (دلیل حاکم) مانع از تمسک به دلیل محکوم می‌شود؛ چه اینکه لاجبت مانع از عمل به حجت نخواهد بود (خمینی، ۱۴۱۸ق، ج ۵، ص. ۲۳۹).^۶

د. مبتنی بر ویژگی چهارم، حکومت دلیل حاکم به مقدار نظارت آن به محکوم است؛ چه اینکه دلیل حاکم در موضوع خود ظهور اقوی نسبت به دلیل محکوم دارد و مفاد عرفی این است که متکلم آن را برای تبیین مراد از محکوم اعداد کرده است؛ اما گاهی اصل نظارت (که دلیل حاکم موضوع خود را به‌منزله دلیل محکوم قرار دهد)، روشن نیست.

به‌عنوان مثال در تعبیر «کل شیء لک حلال حتی تعلم انه حرام» این سؤال پدید می‌آید که آیا مشکوک الحلیه (مانند خرگوش) به‌منزله حلال واقعی تنزیل شده که در

این صورت حکم شرعی «تجوز الصلاه فی ما یحل أکله» اعم از حلال گوشت واقعی و ظاهری خواهد بود؟ بنابراین اگر دلیل «کل شیء حلال» ظهور در نظارت تنزیلیه نداشته باشد، مصداق حکومت قرار نمی‌گیرد تا آثار شرعی حلیت واقعی بر حلیت ظاهری مترتب شود.^۷

بنابراین باید اذعان داشت که میان تنزیل و اعتبار تفاوت وجود دارد؛ تنزیل، اعتبار به همراه زیادی است. به عنوان مثال اگر در اعتبار محض، حکم به طهارت مشکوک الطهاره شده، برای ترتب آثار طهارت واقعی بر ظاهر ظاهری، نیاز به تنزیل هم وجود دارد.^۸ در فرضی که دلیل مجمل شده و نسبت به اینکه حکومت ظاهریه یا واقعی صورت گرفته، تردید شود؛ بنا به اطلاعات ادله باید ظاهر را بر این دانست که مثلاً در خطاب اولی «لاصلاه الا بطهور»، طهارت واقعی و نه ظاهری شرط است؛ لذا تا زمانی که خطاب «کل شیء طاهر» ظهور در حکومت تنزیلیه واقعی نداشته باشد، به قدر متیقن که حکومت تنزیلیه ظاهریه است، اکتفاء کرده و صرفاً در مقام ظاهر، آثار طهارت واقعی مترتب خواهد شد و در صورت کشف خلاف، مجزی نخواهد بود.

در مجموع، با توجه به اینکه حکومت به ملاک نظارت است، در مورد نظارت در حکومت تفسیری تردید نیست؛ لیکن با توجه به اینکه در حکومت تنزیلیه نظارت بالاتزام فهمیده می‌شود، لازم است که اصل نظارت مشخص باشد وگرنه باید آن را اعتبار پنداشت و در مقام شک در تنزیل نیز نتیجه، عدم تنزیل بوده؛ لذا آثار واقعی مترتب نخواهد شد.

درعین حال باید به این نکته توجه داشت که در مواردی که تنزیل اطلاق نداشته باشد؛ همه احکام محکوم بر موضوع حاکم، مترتب خواهد بود^۹ که البته در صورت عدم وجود قرینه، اصل اولی، اطلاق تنزیل دانسته شده است (درس خارج اصول فقه استاد محمدتقی شهیدی، مورخ ۱۳۹۷/۷/۱۵).

با توجه به آنچه بیان شد و نظر به اینکه استعمال تعبیر «در حکم...» در لسان قانون‌گذار بنا به ظاهر مؤید جریان حکومت در آن موضوعات است؛ علاوه بر بررسی شرایط تحقق عنوان حکومت در مصادیقی که زن در منابع فقهی و حقوقی در حکم زوجه دانسته شده و نیز در موارد حکومت قواعد لاضرر و لاجرح، پاسخ به سؤالات زیر به منظور تعیین گستره جریان حکومت لازم خواهد بود.

حاکمیت دلیل حاکم در گستره موضوع دلیل محکوم اعمال اثر کرده است یا در حکم آن؟ مصداق مورد بحث در ساختار ایجابی حکومت قرار می‌گیرد یا در مقام نفی است؟ در فرض احراز دلیل حاکم و دلیل محکوم در موضوع مورد بحث، حکومت در کدام یک از اقسام تفسیریه، تنزیلیه یا مضمونیه قرار می‌گیرد؟ در نهایت، در پی تبیین موارد فوق، حدود نظارت دلیل حاکم و دایره ترتب آثار ماهیت دوم بر ماهیت حقیقی تا چه میزان است؟

۲. بررسی مصادیق حکومت در احکام ناظر به روابط زوجیت

از جمله مصادیقی که در منابع فقهی و حقوقی جریان حکومت در آن محتمل است می‌توان، فرض اعتبار عقد نکاح پس از انحلال تا پایان عده و فرض بقای زوجیت در طلاق مریض منجر به موت، جریان قواعد لاضرر و لاجرح در طلاق زوجین را نام برد که جریان حکومت و گستره آن در هر یک، مورد بررسی قرار می‌گیرد.^{۱۰}

این نکته لازم به ذکر است که تطبیق عنوان حکومت در مورد برخی احکام دیگر در حوزه روابط میان زوجین از قبیل حکم عدم توارث زوجه در عقد در زمان مرض منجر به فوت زوج در منابع فقهی حقوقی (ماده ۹۴۵ قانون مدنی ناظر به نادیده انگاشتن رابطه زوجیت صحیح فقط در ارث بردن زوجه) یا احکام رضاع هم وجود دارد؛ لیکن با توجه به اینکه دامنه پژوهش حاضر، انحلال رابطه زوجیت است، مصادیق مزبور خارج از دایره بحث بوده و از این جهت مورد بررسی قرار نگرفته است.

۲-۱. فرض اعتبار عقد نکاح پس از انحلال تا پایان عده (زوجیت حکمی)

یکی از مصادیقی که استفاده از تعبیر «در حکم...» ناظر به آن در منابع فقهی فراوانی بسیار دارد؛ در حکم زوجه بودن مطلقه رجعیه است که البته در ارتباط با مبنای استعمال این تعبیر در مورد معتده رجعیه و ترتب احکام و آثار زوجیت بر مطلقه پس از اجرای صیغه طلاق تا پایان عده، میان فقها وحدت نظر مشاهده نمی‌شود.

قانون‌گذار حکم صریحی در مورد معرفی مطلقه رجعیه به عنوان زوجه حکمی ذیل بیان قوانین طلاق ندارد و تنها در بند ۲ ماده ۸ قانون امور حسبی مصوب ۱۳۱۹ از حیث صلاحیت دادرس، زنی که در عده رجعیه است؛ در حکم زوجه ذکر شده است.

برخی حقوق‌دانان به قرینه ماده مذکور و به استناد ماد ۱۱۲۰ قانون مدنی که مجرد طلاق را موجب انحلال نکاح دانسته است؛ مطلقه را در حکم زوجه شمرده‌اند (صفایی و امامی، ۱۳۹۴، ص. ۲۷۸) که دلیل متقنی برای اثبات به‌شمار نمی‌رود.

به‌طور کلی دو دیدگاه عمده در این زمینه در منابع فقهی مشاهده می‌شود:

الف. دیدگاه نخست، ترتب آثار زوجیت را ناشی از زوجه حقیقی بودن وی دانسته است: این دیدگاه بیشتر در کلام فقهای متقدم دیده می‌شود، «و عقد الباطن آنها عندنا زوجه و قال المخالف: حکمها حکم الزوجه» (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص. ۶۶۷). عبارت مشابه در کلام شیخ طوسی نیز وجود دارد (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص. ۲۱۷؛ شبیری زنجانی، ۱۴۱۹، ج ۶، ص. ۲۰۱۵). همچنین شیخ انصاری، میرزای قمی، سیدمحمدکاظم یزدی، سیدمحمد بحرالعلوم، میرزا جواد تبریزی، سیدمحمدصادق روحانی قائل به حقیقی بودن زوجه دانسته شده‌اند (ر.ک. حاجی‌ده‌آبادی، ۱۳۸۵، شماره ۸). درعین حال، فقیهی که به صراحت و در مباحث متعدد مطلقه رجعیه را زوجه حقیقی دانسته و قول به زوجه حکمی بودن را نادرست خوانده است، مرحوم آیت‌الله العظمی خویی است (خویی، بی‌تا، ج ۱، ص. ۷۴ و ۱۹۶ و ۲۱۸ و ۲۸۶ و...).

ب. دیدگاه دیگر، وی را زوجه حکمی می‌شمارد^{۱۱} سیدمحمد عاملی صاحب مدارک الاحکام، محقق سبزواری در ذخیره‌المعاد و کفایة‌الاحکام، مرحوم آیت‌الله خوانساری و مرحوم امام خمینی از قائلین این دیدگاه دانسته شده‌اند (ر.ک. حاجی‌ده‌آبادی، ۱۳۸۵، شماره ۸). این دیدگاه به مشهور فقها نسبت داده شده است (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹، ج ۵، ص. ۱۶۹۹).

دیدگاه اخیر قائل به ترتب تمامی آثار زوجیت بر زوجه حکمی است^{۱۲}؛ البته برخی نیز همه احکام را جاری نشمرده‌اند^{۱۳} که از جمله این احکام می‌توان عدم وجوب حُداد بر وی را برشمرد.

البته این نکته قابل توجه است که با توجه به متون فقهی، استفاده از تعبیر «در حکم زوجه بودن» لزوماً به معنای قصد حقیقی فقیه بر انتخاب یکی از دو دیدگاه مزبور نبوده است. به‌عنوان مثال در مورد مرحوم حکیم به‌رغم استفاده از تعبیری چون «لأن المطلقه

رجعياً بحکم الزوجه باتفاق النص و الفتوی»، با توجه به عبارات دیگر ایشان از جمله در بحث جواز تغسیل غسل میت مطلقه رجعیه برای شوهر می‌توان به حقیقی بودن زوجه از منظر ایشان پی برد (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰، ص. ۲۳۰ و ج ۴، ص. ۸۵).
قرار گرفتن این بحث ذیل عنوان حکومت مستلزم بررسی ادله احوال مذکور است. بدیهی است در فرض اثبات زوجیت حکمی، گام بعدی بررسی دایره ترتب آثار زوجیت بر زوجه حکمی خواهد بود. در ادامه ادله دو قول مذکور مورد بررسی قرار می‌گیرد:

۲-۱-۱. ادله حقیقی بودن اطلاق زوجه بر معتده رجعیه

برخی آیات و روایات، دلیل عقلی و اجماع از جمله دلایل اثبات حقیقی بودن زوجیت پس از طلاق تا پایان عده ذکر شده است.

در اثبات حقیقی بودن زوجه به تعبیر بعولتھن در آیه ۲۲۸ سوره مبارکه بقره «و بعولتھنَ اَحَقَّ بِرِذْهَنَ» استناد شده و استفاده از تعبیر بعل در آیه در مورد معتده رجعیه، دلیل بر حقیقی بودن زوجیت دانسته شده است (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص. ۵۰۰). همچنین تعابیر فارقوھن و أمسکوهن بعد از اتمام عده در آیه شریفه «فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأُمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ...» (طلاق / آیه ۲) دال بر بقای رابطه زوجیت پس از طلاق دانسته شده است.

از میان روایات به احادیث متعددی که تحقق بینونت میان زوجین را معلق به انقضاء عده کرده‌اند^{۱۴}، استناد شده است. روایات دال بر بقای عصمت زوجه^{۱۵} یا تعبیر «هی امرأته» در برخی روایات در مورد معتده رجعیه^{۱۶} نیز از دیگر روایاتی است که در اثبات مدعا به آن استناد شده است (ر.ک. درس خارج فقه استاد سیدمحمدجواد شبیری سال ۱۳۹۷، زوجیت حقیقی یا حکمی / مطلقه: سایت مدرسه فقاہت).

در بیان دلیل عقلی چنین استدلال شده است: «زوجیت پس از رجوع در زمان عده، قطعاً زوجیتی جدید نسبت به زوجیت پیش از طلاق نیست. از این امر، استمرار زوجیت، پس از طلاق و در زمان عده نتیجه گرفته شده است؛ چراکه فاصله گرفتن عدم زوجیت بین طلاق و رجوع، مستلزم اعاده معدوم است» (ر.ک. رفاهی فرد، ۱۳۹۷، تلخیص درس خارج فقه استاد سیدمحمدجواد شبیری سال ۱۳۹۷ (جلسات ۱۱۵-۱۱۶)).

۲-۱-۲. ادله در حکم زوجه بودن معتدده رجعیه

برای زوجیت حکمی، دو دلیل طرح شده است: «الف. تأثیر طلاق از زمان وقوع انشاء؛ ب. شهرت فتوائیه».

«بر اساس دلیل نخست، به مجرد انشای صیغه طلاق، بینونت میان زن و شوهر حاصل می‌شود؛ درعین حال، به دلیل ثبوت برخی یا تمام آثار زوجیت برای رجعیه در شرع، رجعیه در حکم زوجه (و نه زوجه حقیقی) دانسته می‌شود. استدلال فوق بر این پایه استوار است که صیغه طلاق همانند بسیاری از عقود و ایقاعات به محض انشاء تأثیر خود را که همان زوال علقه زوجیت است خواهد داشت.

مطابق دلیل دوم، گرچه تعبیر در حکم زوجه بودن مطلقه زوجه طبق نظر مشهور فقهای امامیه در روایات وارد نشده (غروی، ۱۴۱۷ق، ج ۸، ص. ۱۲۴)؛ لیکن در لسان فقها و کتب فقهی به کرات استعمال شده است؛ به گونه‌ای که گاه به عموم تنزیل آن برای اثبات پاره‌ای احکام زوجه حقیقی برای رجعیه استناد شده و گاهی عموم تنزیل منصرف از حکمی دانسته شده است که مصداق شهرت فتوایی بوده و شهرت فتوایی نیز طبق بعضی مبانی حجت است» (حاجی‌ده‌آبادی، ۱۳۸۵، ش. ۸).

۲-۱-۳. دیدگاه مختار

در مقام ارزیابی ادله دیدگاه‌های مذکور باید اذعان داشت صرف نظر از اشکالاتی که در ادله استنادی دیدگاه حقیقی بودن زوجه مطرح شده؛ ادله در حکم زوجه بودن رجعیه بی‌تردید وافی به مقصود نبوده و در مقام اثبات مدعا فاقد اعتبار دانسته می‌شود (ر.ک. درس خارج فقه استاد سیدمحمدجواد شبیری سال ۱۳۹۷؛ حاجی‌ده‌آبادی، ۱۳۸۵، ش. ۸). با این توضیح که در ردّ دلیل نخست چنین استدلال شده است که هیچ اصل و دلیلی وجود ندارد که الزام کند هر عقد و ایقاعی به محض انشاء باید تأثیر خود را بگذارد. نمونه‌هایی از احکام از قبیل هبه و صرف و سلم و وقف در شرع مقدس وجود دارد که تأثیر عقد و ایقاع ناظر به زمان پس از موعد انشاء بوده و به‌رغم وجود قصد تملیک از زمان عقد، شارع آن را مشروط به قبض و اقباض امضاء کرده است. در ردّ دلیل دوم نیز با توجه به قائلین بسیار دیدگاه حقیقی بودن زوجه در میان فقها و ادله متعددی که در اثبات آن بیان شده است؛ باید قائل به عدم انعقاد شهرت فتوایی مزبور شد.

همچنین در مقام ارزیابی ادله هر دو دیدگاه به‌رغم تعدد دلایل استنادی به‌ویژه در مورد دیدگاه نخست، چنین اظهار شده است که: «دلیلی بر زوجیت حقیقی و نیز زوجیت حکمی معتده رجعی نیست و حتی ادله متعددی، عدم زوجیت معتده را نشان می‌دهد. بنابراین، اصلی بر ثبوت احکام زوجه نسبت به معتده وجود ندارد و باید در مورد هر حکمی، در پی دلیل خاصی برای آن بود» (ر.ک. رفاهی‌فرد، ۱۳۹۷، جلسات ۱۱۵-۱۶۱).

در نهایت، صرف‌نظر از اثبات یا عدم اثبات حقیقی بودن زوجه، حکمی بودن زوجیت پس از انشای طلاق تا پایان عده از پشتوانه استدلالی مستحکمی برخوردار نیست و نمی‌توان این حکم را مصداق جریان حکومت دانست.

بر این اساس تصریح مندرج در ماده ۸ قانون امور حسبی را به‌دلیل فقدان پشتوانه فقهی متقن و مستحکم نمی‌توان قاعده‌ای عام در مورد معتده رجعی دانست. درعین‌حال، ظاهر ماده بیانگر جریان حکومت به حکم قانون‌گذار است و دایره آن را صرفاً باید محدود به صلاحیت دادرس و مختص موضوع ماده دانست و ترتب آثار زوجیت بر زوجه، نه به اقتضای حکومت بلکه به‌دلیل حقیقی بودن زوجیت وی و عدم قطع رابطه نکاح در مدت عده رجعی است.

۲-۲. فرض بقای زوجیت در طلاق مریض منجر به موت (ماده ۹۴۴ قانون مدنی)

یکی دیگر از موضوعات قابل بررسی وضعیت توارث زوجه از زوج در صورت طلاق وی در فرض بیماری مُشْرِف به موت زوج است. در مقام بیان تقریر مناسبی که گویای وجه قرار گرفتن این موضوع در ردیف مصادیق حکومت باشد؛ می‌توان چنین اذعان داشت که:

در این حکم، سبب انحلال رابطه زوجیت یعنی طلاق (به‌دلیل اینکه در شرایط بیماری منجر به فوت محقق شده)؛ از سوی شارع صرفاً ناظر به حکم ارث‌بری زوجه از بیمار متوفی و آن هم در بازه زمانی یک سال از طلاق، نادیده انگاشته شده و به‌رغم انحلال کامل رابطه زوجیت ناشی از عقد نکاح در پی طلاق (که حتی استحقاق و جواز شرعی ازدواج زوجه با غیر را برای زوجه ایجاد می‌کند)؛ در مورد ارث، اثر زوجیت همچنان باقی بوده و زوجه مطلقه در صورتی که با دیگری ازدواج نکرده باشد؛ در ردیف

سایر وراث متوفی، از ماترک ارث می‌برد؛ با این قید که حق توارث فقط برای زوجه ایجاد می‌شود و بدین لحاظ در صورت حدوث فوت زوجه پیش از زوج بیمار، به دلیل انحلال حقیقی رابطه زوجیت در پی تحقق طلاق شرعی، زوج بیمار از زوجه مطلقه متوفی ارث نخواهد برد. با این وصف، می‌توان مطلقه را «در حکم زوجه فرد متوفی» ناظر به توارث تا یک سال فرض کرد که اثبات صحت چنین تعبیری، منجر به شناسایی این مقرر (که در ماده ۹۴۴ قانون مدنی نیز ذکر شده) به‌عنوان یکی از مصادیق حکومت خواهد شد.

به‌منظور ترتب حکم مزبور، وجود سه شاخص در مورد بیماری لازم دانسته شده است (هوشیار و هوشیار، ۱۳۹۹، ص. ۱۴۳)؛ یکی منتهی شدن بیماری به موت و آن هم تا مدت یک سال (مبتنی بر روایات^{۱۷} این باب فقها، حکم را پس از یک سال قابل اجرا ندانسته‌اند ولو برای چند دقیقه یا چند روز (عاملی کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۱، ص. ۱۱۹؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص. ۵۳۳) و دیگری سبب مرگ بودن مرض (در صورت مرگ توسط درندگان یا قتل، توارث منتفی است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۶، ص. ۱۱۵)).

به‌منظور بررسی مبانی حکم مزبور در نخستین گام بررسی جواز یا عدم جواز شرعی طلاق برای بیمار با اوصاف مذکور لازم خواهد بود؛ چراکه اگر طلاق جایز نباشد، چه بسا بتوان توارث را ضمانت‌اجرای ارتکاب حرام از سوی زوج شمرد. در این زمینه باید اذعان داشت هر دو قول مذکور از پشتوانه روایی قابل استنادی برخوردار است که موجب شده فقها جمع میان روایات را مناسب‌تر دانسته و با تصرف در دو دسته روایات جواز و حرمت طلاق، تنافی میان روایات را مرتفع ساخته و قائل به کراهت طلاق مریض شده‌اند. در این زمینه چنین اظهار شده است که در طلاق مریض دو کراهت وجود دارد؛ کراهتی که مربوط به اصل طلاق است و کراهتی که از جمع بین روایات به دست آمد. تلفیق این دو کراهت بیانگر آن است که طلاق مریض نسبت به طلاق سایرین از کراهت بیشتری برخوردار است (ر.ک. هوشیار و هوشیار، ۱۳۹۹، ص. ۱۴۸).

با توجه به اینکه حکم طلاق مریض در فقه، جواز است؛ قاعدتاً باید آثار طلاق صحیح بر آن مترتب گردد که در زمینه واقع شدن طلاق قائل بر وجود اجماع میان فقها شده‌اند و تنها فقهای امامیه انعقاد آن از سوی مریض را واجد وصف کراهت شدید بر شمرده‌اند. «یکره طلاق المریض کراهه شدید حتی انه قد ورد فی بعض الروایات

لفظه لا یجوز فان طلقها وقع الطلاق اذا جمع الشرائط اجماعاً» (علامه حلی، بی تا، ص. ۵۱۹؛ صاحب جواهر، بی تا، ج ۳۲، ص. ۱۴۷).

بر این اساس، مبنای ماده را نمی‌توان ضمانت‌اجرائی برای تخلف زوج از تکالیف شرعی وی دانست؛ بلکه چنان‌که روایت مذکور نیز تصریح دارد این حکم ناشی از منع اضرار به زوجه مقرر شده تا مجال محروم کردن زوجه از ارث از طریق طلاق وی توسط بیمار مشرف به موت را از بین ببرد. در همین راستا وجود تهمت و در مظان اتهام بودن زوج برای خارج نمودن زوجه از عداد وراثت از سوی برخی فقها به‌عنوان فلسفه حکم بیان شده است (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۷، ص. ۳۳۵؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۳، ص. ۱۶ و علامه حلی، بی تا، ص. ۵۱۹)؛ همین مبنا موجب شده در تعیین قلمرو حکم که آیا دو فرض طلاق خلع یا طلاق به درخواست زوجه را نیز شامل می‌شود یا صرفاً ناظر به طلاق رجعی است؛ برخی قائل به عدم شمول طلاق خلع شوند. در این راستا، شهید ثانی منشأ اختلاف را اعتبار یا عدم اعتبار تهمت دانسته است و این مبنا را مورد مناقشه قرار داده و معتقد به علت مستنبطه (و نه منصوصه) بودن تهمت برای حکم است؛ لذا به عقیده ایشان، باید حکم را شامل تمام اقسام طلاق دانست (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۹، صص. ۱۵۷-۱۵۸).

مبنتی بر دیدگاه اخیر (علت نبودن تهمت برای حکم مورد بحث)، به دلیل صحیح نبودن روایات اضرار، حکم و نه علت بودن قید اضرار و عدم تعمیم این ملاک در سایر موارد اضرار (از قبیل قذف و لعان زوجه توسط مریض مشرف به موت که در این صورت زن مطلقاً ارث نمی‌برد (صاحب جواهر، بی تا، ج ۳۲، ص. ۱۵۳)؛ درحالی‌که اگر مبنای حکم اضرار بود باید این موارد را نیز شامل می‌شد)، اضرار و تهمت به‌عنوان مبنا و فلسفه حکم پذیرفته نشده است (ر.ک. هوشیار و هوشیار، ۱۳۹۰، ص. ۱۴۹).

با توجه به آراء و ادله مذکور نمی‌توان حکم توارث مطلقه در حال بیماری متصل به موت را معلق به قصد اضرار زوج یا به‌عنوان ضمانت‌اجرای اقدام زوج دانست. درعین حال، صرف‌نظر از مبنای حکم، مصداق حکومت بودن این مقرر را نباید مورد تردید قرار داد (هر چند چنین تعبیری در کلام فقها در این مورد به‌صورت متداول و تحت همین عنوان استفاده نشده است) و به علت محل تردید بودن مبنای ضرر، باید آن

را از قبیل حکومت تنزیلیه دانست که حدود نظارت دلیل حاکم نیز صرفاً مبتنی بر شرایط حکم (فقط توارث برای زوجه تا یکسال در فرض موت به علت همان مرض) است.

۲-۳. حکومت لاحرج و لاضرر در تحدید اختیار زوج در مورد طلاق

مبتنی بر حکم فقه اسلامی در زمینه طلاق، اختیار طلاق به دست زوج بوده و این مطلب مورد تسالم است. برخلاف اشکال وارده از سوی برخی (صانعی، ۱۳۸۴، ص. ۱۱) در زمینه ضعیف بودن تنها مستند فقهی حق طلاق مرد (روایت الطلاق بید من اخذ بالساق)، ذی حق بودن شوهر بر اجرای صیغه ایقاع مذکور، از آیات متعدد کلام الهی، روایات و بیانات فقها قابل استنباط دانسته شده (ر.ک. هدایت‌نیا، ۱۳۹۵، ص. ۲۸۰-۲۸۳) و در این زمینه جای تردیدی وجود ندارد.

در ارتباط با امکان تحدید این اراده به استناد قواعد فقهیه لاضرر و لاحرج، از دو جهت این امکان محل بحث است. از یک سو، در شرایطی که تداوم رابطه زوجیت منجر به عسر و حرج یا ضرر زوجه می‌شود؛ فرض الزام زوج از سوی حاکم به طلاق زوجه مطرح می‌شود. از سوی دیگر نیز در شرایطی که طلاق زوجه از سوی شوهر منجر به ضرر و حرج غیر قابل تحمل زوجه یا فرزندان شود؛ فرض منع زوج برای اجرای ارادی صیغه طلاق و الزام وب به بقای رابطه زوجیت قابل بررسی خواهد بود.

۲-۳-۱. حکومت لاحرج و لاضرر در الزام زوج به طلاق

در مورد حکومت لاحرج بر اختیار طلاق مرد (به‌رغم مخالفت برخی فقها) با توجه به سبقه قانون‌گذاری در باب مصادیق مختلف طلاق حاکم ناظر به ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی، طرح بحث مجدد لزومی ندارد و ابعاد مختلف قضیه در منابع فقهی و حقوقی مورد بحث واقع شده است؛ از این رو، اثری بر تردید در جریان حکومت در این موضوع مترتب نخواهد بود و تنها احراز مصادیق حرج از سوی قاضی در دادگاه مشکل و قابل بحث است که در این راستا قضات از اماراتی از قبیل بدل تمام یا بخشی از مهریه برای اثبات حرج برای زوجه و... بهره می‌برند.

حکومت لاحرج در میان فقها مخالفینی نیز دارد و گروهی از قبیل میرزای نائینی، مرحوم خوئی، مرحوم بجنوردی و... به تبع عدم پذیرش نقش اثباتی برای قواعد

مذکور، اجبار زوج به طلاق به استناد قاعده لاضرر را نپذیرفته‌اند (ر.ک. هدایت‌نیا، ۱۳۹۵، ص. ۲۸۳، پاورقی شماره ۲).

۲-۳-۲. حکومت لاضرر و لاجرح در منع زوج از طلاق

در این فرض این سؤال مطرح است اگر زوجه مدعی ایجاد عسرو حرج یا ضرر غیر قابل تحمل برای خود یا فرزندان و آینده ایشان با تحقق طلاق شود؛ آیا این حرج یا ضرر آبرویی می‌تواند مستند قاضی برای الزام زوج به بقای رابطه زوجیت و منع وی از طلاق همسر شود؟ در ارتباط با موضوع حاضر اگر چنین استدلال شود که «گرچه به حکم اولی، طلاق به اراده شوهر واگذار شده؛ لیکن در صورت عروض عنوان ثانوی و تحقق ضرر و حرج، قواعد لاضرر و لاجرح حاکم می‌شود؛ قاضی مجاز به منع زوج از طلاق خواهد بود»؛ در این صورت باید چنین اظهار داشت که مشابه قسم فوق، منع زوج از استفاده از اختیار خود در طلاق امکان‌پذیر است. در این زمینه آرای نیز با همین استدلال از سوی قضات دادگاه خانواده صادر شده است (جهت مطالعه نمونه رأی دادگاه خانواده و نقد آن: ر.ک. ذبیحی، ۱۳۹۹، ش. ۳۲).

در مقام ارزیابی استدلال فوق باید اذعان داشت که در مورد جریان قاعده به استناد ایراد ضرر به تمامیت عرضی و عاطفی چند نکته قابل توجه است: رکن اساسی در جریان لاضرر، احراز وجود ضرر شخصی و تشخیص آن است (بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص. ۲۳۷). در این راستا این سؤال قابل طرح است که آیا ضرر عرضی و آبرویی به معنای حقیقی به واسطه طلاق بر مطلقه حادث می‌شود و اگر چنان است آیا این ضرر ناشی از خود حکم است که به استناد لاضرر «لا حکم ضرری فی الاسلام» مرتفع شود (بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص. ۲۳۳) یا شدت ضرر به جهت عرف غلط یا تعصبات خاص برخی مناطق است و یا اینکه اساساً ضرر، عرضی نبوده؛ بلکه ضرر معنوی و آسیب روحی است که اگر چنین باشد، اثبات شمول لاضرر نسبت به ضررهای معنوی از این قبیل، اول الکلام خواهد بود.

به تعبیر برخی حقوق‌دانان، اگر به صرف آزار یا صدمه مادی یا معنوی زوجه، حق طلاق یا رجوع مرد را محدود بدانیم، در واقع مانند آن است که مرد چنین حقی نداشته باشد؛ لذا اجرای این حقوق را به صرف زیان دیگران نمی‌توان ممنوع یا محدود کرد؛

مگر اینکه هدف از اعمال، قصد اضرار باشد (بهرامی، ۱۳۹۳، ص. ۳۷۱).

به نظر می‌رسد نفس طلاق برای زن، از عناوین ضرری به‌شمار می‌رود و نمی‌توان به استناد از دست رفتن آبروی زوجه، آن را مستمسک ممانعت شوهر از اختیار خود بر طلاق دانست. اظهار نظر بر مبنای ضرر متوجه فرزندان به‌ویژه برای ازدواج ایشان نیز این اشکال را به همراه خواهد داشت که حکم قاضی به لزوم بقای رابطه زوجیت، محمل سوءاستفاده در برابر دیگران و مخفی نمودن واقعیت زندگی خانوادگی طرفین را فراهم می‌سازد.

نکته دیگر در مورد جریان قاعده لاضرر این است که در مواردی که ضرر متوجه هر دو طرف باشد یا باید قائل به تساقط و به تبع آن جواز اعمال حق از سوی ذی‌حق شد یا اینکه ضرر اقوی را ملاک قرار داد. در زمینه موارد تعارض ضرر شخصی و ضرر غیر، به اضرار به غیر برای دفع ضرر از خود ولو اینکه ضرر مالک نسبت به ضرر غیر اقل باشد؛ جایز دانسته شده است (انصاری، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص. ۵۳۹؛ تبریزی، ۱۳۸۷، ج ۵، ص. ۱۱۸). به فرض اولی ندانستن راهکار تساقط، امکان تشخیص اقوایت ضرر زوجه در این موضوع قابل مناقشه خواهد بود. به این لحاظ که آیا باید صرفاً ضررهای فعلی متوجه زوجین مدنظر قرار گیرد یا ضررهای تدریجی که در پی گذر زمان متوجه آنها می‌شود هم در دایره مقایسه ضررها قرار خواهد گرفت؟ چراکه منع زوج از طلاق، او را نسبت به نفقه و سایر تکالیف زوجیت مدیون می‌سازد که این دین در کنار سهم الارث زوجه پس از فوت هم آثار قانونی به همراه خواهد داشت؛ درحالی‌که با طلاق، زوج از همه تکالیف مزبور رهایی می‌یابد.

با توجه به تبعات ذکرشده، این سؤال باقی خواهد بود که آیا این آثار باید در ارزیابی ضررین متعارض لحاظ شود؟ همچنین در تقابل ضررهای مادی و غیرمادی، کدام‌یک، در چه بازه زمانی و با چه معیار ارزیابی، مقدم خواهد شد؟^{۱۸}

در مجموع به نظر می‌رسد ابهامات موجود در مورد قاعده لاضرر در کنار مصالح دیگری که ممکن است در اولویت بودن آنها، حکومت لاضرر را با تردید مواجه سازد، احتیاط بیشتری را برای اظهار نظر در این موضوع طلب کند. به‌علاوه اینکه، در مواردی هم که اقدام شوهر برای طلاق بدون دلیل یا با قصد اضرار باشد پیش‌بینی ضمانت‌اجراهای دیگر از قبیل جبران خسارت زوجه و فرزندان و... راهکار منطقی‌تری

به‌شمار می‌رود و ابقای رابطه زوجیت که امری کاملاً فردی و برپایه عاطفه و علقه شخصی شکل می‌گیرد؛ الزام‌بردار نبوده و چه بسا الزام زوج زمینه آسیب‌ها و اضرار و اعمال خشونت نسبت به زوجه و فرزندان از سوی زوج را فراهم سازد. در نهایت، باید اذعان داشت گرچه در حکومت ادله لاجرح و لاضرر بر سایر احکام تردیدی وجود ندارد؛ لیکن باید موضوع مورد بحث را به دلیل نوع ضرر و عدم امکان احراز ارکان ضرر منفی در مورد طرفین، از دایره موضوعی حکومت قواعد مذکور خارج دانست.

نتیجه‌گیری

در حکومت، به موجب حکم قانون‌گذار یا شارع، دلیل حاکم در موضوع یا حکم دلیل محکوم، تصرف کرده و آن را تضییق یا توسعه می‌دهد و بدین ترتیب بنا به تعبد و به خلاف حقیقت امر، ماهیتی به‌منزله ماهیت دیگر فرض می‌شود. موضوع پژوهش حاضر ناظر به مصادیقی است که گرچه به حکم قاعده با اراده طلاق‌دهنده باید قائل به انحلال نکاح و رابطه زوجیت شد؛ با مداخله قانون‌گذار و جریان حکومت، آثار زوجیت به‌صورت جزئی یا کلی بر روابط میان زوجین باقی می‌ماند.

در مقام تطبیق حکومت با احکام ناظر به روابط زوجیت، چهار مصداق است که تغییر قاعده جاری در مورد انحلال رابطه زوجیت به اقتضای حکومت پیرامون این مصادیق قابل بررسی است که دو مورد آن ناظر به تغییر دایره آثار طلاق و دو مورد دیگر ناظر به محدود نمودن اختیار زوج برای طلاق است. نظر به اینکه اقسام حکومت نزد علمای اصول سه قسم است؛ هر یک از موارد مذکور در قالب اقسام سه‌گانه مزبور باید مورد بررسی قرار گرفته و امکان ترتب آثار در مورد آنها تبیین شود.

در مجموع، ابقای آثار زوجیت بعد از اجرای صیغه طلاق در دو حکم «بقای آثار زوجیت نسبت به معتده رجعیه» و «توارث زوجه در فرض طلاق در مرض منجر به موت» ناظر به تغییر دایره آثار قابل طرح است که ذیل بررسی و تحلیل آراء فقها و ادله ایشان، جریان حکومت در موارد تسری آثار زوجیت بر زوجه معتده منتفی دانسته شد و بر این اساس، این آثار به دلیل زوجه حقیقی (و نه حکمی) بودن وی تا زمان اتمام عده رجعی بر او جاری می‌شود و به عبارت دقیق‌تر، صرف نظر از اثبات یا عدم اثبات حقیقی

بودن زوجه، حکمی بودن زوجیت پس از انشای طلاق تا پایان عده از پشتوانه استدلالی مستحکمی برخوردار نیست و نمی‌توان این حکم را مصداق جریان حکومت دانست. اما در مورد حکم دوم، توارث زوجه بعد از طلاق وی توسط همسر بیماری که به واسطه همان مرض تا یکسال فوت کند، به دلیل حکومت تنزیلیه و تعبد به حکم شارع است نظارت دلیل حاکم نیز صرفاً محدود به توارث بوده و شامل آثار دیگر زوجیت نمی‌شود. در مورد حکومت قواعد لاضرر و لاجرح ناظر به محدود نمودن اختیار زوج در اجرای صیغه طلاق که از قسم حکومت مضمونیه است؛ باید در مورد حکومت قواعد مذکور قائل به تفصیل شد. توضیح اینکه در شرایط ایجاد حرج و ضرر برای زوجه در فرض تداوم رابطه زوجیت، حکومت قواعد لاضرر و لاجرح، الزام زوج به طلاق زوجه را به رغم قاعده اولیه در مورد اختیار ارادی و مطلق زوج برای طلاق میسر می‌سازد که در ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی نیز برخی مصادیق آن به صورت تمثیلی بیان شده است. در فرض مقابل، یعنی در شرایطی که زوجه به استناد حرج و ضرر خود یا فرزندان، متقاضی منع زوج از طلاق وی شود؛ نمی‌توان قائل به حکومت قواعد مذکور در این موضوع شد. ضرری بودن نفس طلاق برای زوجه و عدم امکان احراز ضرر اقوی در موارد تعارض ضررین (ضرر زوجه در پی تحقق طلاق و ضرر زوج در منع وی از اختیار طلاق) از جمله دلایلی است که سبب عدم پذیرش جریان حکومت در این مورد می‌شود.

یادداشت‌ها

۱. حکومت و ورود، از جمله روش‌های جمع میان ادله در بحث تعادل و تراجیح در اصول فقه امامیه است که از نوآوری‌های شیخ انصاری دانسته شده است (تبریزی، ۱۳۶۹، ص. ۵۸۸ و (ر.ک. مخلصی، ۱۳۷۳، ش. ۱) و بر اساس آن دلیل حاکم یا وارد، همواره بر دلیل دیگر مقدم خواهد بود؛ لذا هیچ‌گونه تعارضی میان آن‌ها وجود ندارد.
۲. دلیلی که تعبداً بر دلیل دیگر نظارت داشته و در صدد بیان و تفسیر یا تنزیل ادعایی آن است، «أن الدلیل الحاکم یكون لسانه تحدید موضوع الدلیل المحکوم أو محموله تنزیلا و ادعاء فلذلک یكون الحاکم متصرفاً فی عقد الوضع أو عقد الحمل فی الدلیل المحکوم» (مظفر، ۱۳۷۵، ج ۲، ص. ۲۲۲).
۳. البته مرحوم صاحب کفایه پیرامون لغویت دلیل حاکم بر کلام مرحوم شیخ انصاری اشکال نموده‌اند و مصداق آن را حکومت امارات بر اصول عملیه دانسته‌اند؛ توضیح اینکه خبر ثقه، علم تعبدی و حاکم است، اما درعین حال اگر دلیل اصول شرعیه وجود نداشته باشد، خبر ثقه لغو نخواهد بود.
۴. البته در مورد اقسام حکومت میان اصولیون وفاق وجود ندارد. به‌عنوان مثال، برخی قسم چهارمی با عنوان حکومت تکذیبیه به سه قسم مذکور افزوده‌اند، مرحوم خوبی (مصباح الاصول) قائل به این قسم از حکومت ناظر به روایات متعارض طهارت و نجاست خمر بوده و به استناد روایت امام رضا (علیه‌السلام) «خذ بقول ابی عبدالله»، روایت دال بر نجاست خمر را مورد عمل دانسته‌اند؛ لیکن شهید صدر (بحوث فی شرح عروه الوثقی) در این زمینه مناقشه نموده و آن را خارج از اقسام حکومت که جمع عرفی با محکوم دارد، شمرده‌اند (صدر، ۱۴۰۸ق، ج ۱، ص. ۳۲؛ به‌منظور مطالعه تفصیلی‌تر نگاه کنید به: درس خارج اصول فقه استاد شهیدی‌پور، مورخ ۱۳۹۷/۷/۱۰، تقریر مهدی منصوری).
۵. تقدیم دلیل حاکم بر محکوم، با مقدم بودن دلیل خاص بر دلیل عام متفاوت است. فرق مقدم شدن دلیل حاکم با مقدم شدن دلیل خاص بر دلیل عام این است که دلیل حاکم قرینیت شخصیه دارد؛ یعنی مفاد دلیل حاکم این است که متکلم آن را شخصاً به‌عنوان قرینه بر توضیح و تبیین دلیل محکوم در موارد اختلاف بین دلیل حاکم و محکوم در حکومت توضیحیه مانند «لاربا بین الوالد و ولده» و «حرم الربا» قرار داده است.
۶. برخلاف مخصص منفصل که اجمال آن به عام سرایت نمی‌کند و این اجمال، مانع از عمل به عام نیست (شیرازی، ۱۳۲۸، ص. ۲۶۲). البته در این زمینه در مقایسه با بحث اجمال

- مخصص، قول به تفصیل نیز مطرح شده است؛ مبنی بر اینکه تنها در حکومت غیر تفسیریه (تنزیلیه و مضمونیه) اجمال به محکوم سرایت نمی‌کند؛ اما در حکومت تفسیریه مانند «اکرم کل عالم» و «انما عنیت بالعالم من کان فقیها»، اگر شک شود که عرفاً به مجتهد متجزی یا کارشناس در مسائل اعتقادی فقیه گفته می‌شود، عرف به خطاب مفسر (اکرم کل عالم)، عمل نخواهد کرد؛ چون تمام بار مسئولیت تبیین مراد مولی به دوش خطاب مفسر می‌اندازند، درس خارج اصول فقه استاد محمدتقی شهیدی، مورخ ۱۳۹۷/۷/۱۴ سایت مدرسه فقاقت).
۷. نمونه دیگر تعبیر «کل شیء طاهر حتی تعلم أنه قذر» است که صرفاً حکم به طهارت ظاهری مشکوک الطهاره نکرده است، بلکه در آن تنزیل صورت گرفته است و تمام آثار طهارت واقعی برای مشکوک الطهاره جعل شده است و لذا صرف اعتبار طهارت برای مشکوک الطهاره نیست.
۸. البته لازم به ذکر است که از کلمات صاحب کفایه در ابتدای اجزاء استفاده می‌شود که حکومت دلیل «کل شیء طاهر» و «کل شیء حلال» حکومت تنزیلیه واقعیه است که آثار طهارت واقعیه به صورت واقعی بر طاهر ظاهری مترتب می‌شود حتی اگر کشف خلاف صورت گیرد؛ درحالی که در فرض حکومت تنزیلیه ظاهریه، در صورت کشف خلاف، حکم ظاهری از بین خواهد رفت.
۹. در مورد عصیر عنبی مغلی در روایت آمده است: «خمر لاتشربه» که مرحوم خوئی فرموده‌اند: اگر تعبیر به صورت «خمر فلا تشربه» بود، اطلاق تنزیل وجود داشت که یکی از احکام حرمت شرب و حکم دیگر آن نجاست است و لذا عصیر مطلقاً به منزله خمر است؛ اما در روایت تعبیر به صورت «خمر لاتشربه» آمده است که عصیر از حیث حرمت شرب تنزیل به خمر شده است نه مطلقاً. البته این کلام مرحوم خوئی در صورتی صحیح دانسته شده است که عرف بین این دو تعبیر قائل به فرق شود.
۱۰. شایان ذکر است برخی احکام در منابع فقهی به چشم می‌خورد که به‌رغم متزلزل بودن رابطه زوجیت، احکام آن بر زوجین مترتب می‌شود؛ اما درعین حال به دلیل تفاوت مبنای بیگانه از بحث حکومت بوده و در دایره مصادیق بحث قرار نمی‌گیرد که حکم ذیل از این نمونه است:
- در فرض اسلام آوردن مرد وثنی که در زمان کفر بیش از چهار زوجه وثنیه دارد؛ این حکم در منابع فقهی محل بحث است که اگر زوجات او در زمان عده اسلام آورند نظر به اینکه طبق احکام اسلامی بیش از چهار همسر دائم امکان‌پذیر نیست، زوج باید چهار همسر را انتخاب کند (اگر کمتر از چهار همسر باشد که زوجیت همه زنان باقی خواهد بود). در چنین

شرایطی اگر پیش از تعیین، زوج فوت کند؛ در مورد نحوه تعیین زوجات، اقوالی وجود دارد. انتقال حق تعیین به وراث (به قیاس حق فسخ در امور مالی که صاحب جواهر این قول را از مضحکات توصیف کرده)، قرعه و صلح قهری احتمالاتی است که در منابع فقهی ذکر شده است که در مورد اخیر یعنی صلح، ارث زوجه میان تمامی زنان به تساوی تقسیم می‌شود؛ در حالی که طبق حکم شرع، رابطه زوجیت تنها در مورد چهار زن باقی است (مرگ موجب انفساخ نیست). در عین حال، مورد مذکور را نمی‌توان از مصادیق حکومت شمرد؛ چه اینکه قرعه و تصنیف راهکار شرعی در تراجم حقوق مشتبه است و با شرایط و ارکان حکومت مؤانستی ندارد. چند فرع مشابه دیگر نیز در همین موضوع وجود دارد (ر.ک. درس خارج فقه آیت‌الله جوادی (موضوع نکاح) مورخ ۱۳۹۶/۸/۶، سایت مدرسه فقهت). حکم مشابه در مورد مردی که یکی از همسران خود را بدون تعیین طلاق داده و قبل از تعیین فوت می‌کند نیز قابل ذکر است (ر.ک. صاحب جواهر، بی تا، ج ۳۲، ص. ۴۹).

۱۱. فخرالمحققین را نخستین فقیهی دانسته‌اند که به تصریح زوجیت حکمی را مطرح کرده است (ر.ک. درس خارج فقه استاد سیدجوادی شبیری، مورخ ۱۳۹۷/۹/۲۵ و فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۵، ص. ۱۳۳). سیدمحمد عاملی صاحب مدارک الاحکام، محقق سبزواری در ذخیره المعاد و کفایة الاحکام، مرحوم آیت‌الله خوانساری و مرحوم امام خمینی از قائلین این دیدگاه دانسته شده‌اند (ر.ک. حاجی‌ده‌آبادی، ۱۳۸۵، شماره ۸).

۱۲. در این زمینه مرحوم امام چنین می‌فرماید: «مسئله ۱۰- المطلقه بالطلاق الرجعی بحکم الزوجه فی الأحکام، فما لم يدل دليل علی الاستثناء يترتب علیها حکمها ما دامت فی العده من استحقاق النفقه و السكنی و الکسوه إذا لم تکن و لم تصر ناشزه، و من التوارث بینهما، و عدم جواز نکاح أختها و الخامسه، و کون کفنها و فطرتها علیها» (خمینی، بی تا، ج ۲، ص. ۳۴۶؛ فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۱ق، ص. ۱۹۸). مرحوم آیت‌الله خوئی این قول را به مشهور علما نسبت داده‌اند (خوئی، بی تا، ج ۱، ص. ۳۷۳).

۱۳. «و المطلقه الرجعیه و إن کان الأحوط ترک تغسیل المطلقه مع وجود المماثل خصوصاً إذا کان بعد انقضاء العده» (اشتهاردی، ۱۴۱۷ق، ج ۶، ص. ۲۱۱).

۱۴. از جمله این روایات می‌توان به روایت «أبو علی الأشعری عن مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الْجَبَّارِ وَ مُحَمَّدِ بْنِ جَعْفَرِ أَبِي الْعَبَّاسِ الرَّزَّازِ عَنْ أَيُّوبَ بْنِ نُوحٍ وَ عَلِيِّ بْنِ إِبرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ جَمِيعاً عَنْ صَفْوَانَ بْنِ يَحْيَى عَنْ ابْنِ مُسْكَانَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ قَالَ طَلَّقُ السُّنَّةِ يُطَلِّقُهَا تَطْلِيقَةً يَغْنِي

عَلَى طَهْرٍ مِنْ غَيْرِ جِمَاعٍ بِشَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ ثُمَّ يَدْعُهَا حَتَّى تَمْضِيَ أقرأؤها فإذا مضت أقرأوها فقد بآنت منه» اشاره نمود (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص ۶۴).

۱۵. «علی بن ابراهیم عن ابيه عن ابن ابي عمير عن حماد عن الحلبي عن ابي عبد الله في رجل طلق امرأته أو اختلعت أو بآنت أله أن يتزوج بأختها قال فقال إذا برئت عصمتها ولم يكن له عليها رجعة فله أن يخطب أختها...» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۴۳۲).

۱۶. «و عن الحسين بن محمد عن معلى بن محمد عن بعض أصحابه عن أبان عن محمد بن مسلم قال: سئل أبو جعفر عن رجل طلق امرأته واحدة - ثم راجعها قبل أن تنقض عدها - ولم يشهد على رجعتها قال - هي امرأته ما لم تنقض العدة...» (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۲، ص ۱۳۵).

۱۷. از جمله این روایات: «محمد بن أحمد عن الحسين بن سعيد عن أخيه الحسن عن زرعة بن محمد عن سماعة قال سألت عن رجل طلق امرأته وهو مريض قال ترثه ما دامت في عدها وإن طلقها في حال إضرار فهي ترثه إلى سنة فإن زاد على السنة يوماً واحداً» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص ۱۲۲).

۱۸. به نظر می‌رسد انتظار تشخیص موارد فوق از قضات دادگاه‌های بدوی که بعضاً با مدرک کارشناسی حقوق و بدون پیشینه فقهی لازم برای تطبیق قاعده لاضرر در موارد تعارض ضررین در کسوت قضاوت قرار گرفته‌اند، انتظار بجایی نباشد.

کتابنامه

قرآن کریم.

ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

اشتهاردی، علی پناه (۱۴۱۷ق). مدارک العروه. تهران: دار الأسوه للطباعة و النشر.

انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۹ق). فرائد الأصول. قم: مجمع الفکر الإسلامی.

بجنوردی، حسن (۱۳۷۷). القواعد الفقهیه. قم: نشر الهادی.

بهرامی احمدی، حمید (۱۳۹۳). ضمان قهری - مسئولیت مدنی. تهران: دانشگاه امام صادق (علیه السلام).

تبریزی، موسی بن جعفر (۱۳۶۹). أوثق الوسائل فی شرح الرسائل. قم: نجفی.

تبریزی، میرزا جواد (۱۳۸۷). دروس فی مسائل علم الأصول. قم: دار الصدیقه الشهیده.

جوادی آملی، عبدالله (۱۳۹۶). درس خارج فقه. پایگاه اینترنتی مدرسه فقاهت.

جریان قاعده اصولی حکومت و بقای رابطه... / سید مصطفی سعادت مصطفوی و عاطفه ذبیحی پژوهش‌های حقوق اسلامی ۴۹

حاجی‌ده‌آبادی، احمد (۱۳۸۵). مطلقه رجعیه؛ زوجه حقیقی یا زوجه حکمی؟. فقه و حقوق. شماره ۸، صص. ۶۱-۸۸.

حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعه. قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام).
خمینی، روح‌الله (۱۴۱۸ق). تنقیح الأصول. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت‌الله‌علیه).

خمینی، روح‌الله (بی‌تا). تحریر الوسیله. قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.

خمینی، مصطفی (۱۴۱۸ق). تحریرات فی الأصول، قم: بی‌جا.

خویی، ابوالقاسم (۱۴۲۲ق). مصباح الأصول. قم: موسسه احیاء آثار السید الخوئی.

خویی، محمدتقی (بی‌تا). مبانی العروه الوثقی (کتاب النکاح). تقریرات درس آیت‌الله خویی (قدس سره). مدرسه دارالعلم.

ذبیحی، عاطفه (۱۳۹۹). امکان صدور حکم بطلان دعوی طلاق شوهر در محاکم خانواده. فصلنامه رأی: مطالعات آرای قضایی. (۳۲)، صص. ۷۹-۹۷.

رفاهی‌فرد، محمود (۱۳۹۷). تانخیص درس خارج فقه استاد سید محمد جواد شبیری سال ۱۳۹۷. پایگاه اینترنتی مرکز فقهی امام محمدباقر (علیه‌السلام).

سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۲۴ق). إرشاد العقول الی مباحث الأصول. قم: مؤسسه امام صادق (علیه‌السلام).

شبیری، سید محمدجواد (۱۳۹۷). درس خارج فقه. پایگاه اینترنتی مدرسه فقهت.

شبیری زنجانی، موسی (۱۴۱۹ق). کتاب نکاح. قم: مؤسسه پژوهشی رای‌پرداز.

شهید ثانی، زین‌الدین بن محمد (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام الی تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.

شهیدی، محمدتقی (۱۳۹۷). درس خارج اصول فقه. پایگاه اینترنتی مدرسه فقهت.

شهیدی‌پور، محمدتقی (۱۳۹۷). درس خارج اصول فقه. تقریر مهدی منصوری. پایگاه اینترنتی مدرسه فقهی امام محمدباقر (علیه‌السلام).

شیرازی، علی (۱۳۲۸). تعلیقه علی فرائد الأصول. بی‌نا: بی‌جا.

صاحب‌جواهر، محمدحسن (بی‌تا). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی.

صانعی، یوسف (۱۳۸۴). وجوب طلاق خلع بر مرد، استفتائات قضائی؛ ج ۲ (حقوق مدنی). تهران: نشر میزان.

- صدر، محمدباقر (۱۴۰۸ق). بحوث فی شرح العروة الوثقی. قم: مجمع الشهداء آیت الله الصدر العلمي.
- صدر، محمدباقر (۱۴۱۷ق). بحوث فی علم الأصول. تقریرات محمود هاشمی شاهرودی، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام).
- صفایی، حسین و امامی، اسدالله (۱۳۹۴). مختصر حقوق خانواده. تهران: نشر میزان.
- طباطبایی حکیم، محسن (۱۴۱۶ق). مستمسک العروة الوثقی. قم: مؤسسه دار التفسیر.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق). الخلاف. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷). المبسوط فی فقه الإمامیه. تهران: المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه.
- عاملی کرکی، علی (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
- عاملی فیاض، حسین (۱۴۲۸ق). شرح الحلقة الثالثة. بیروت: شرکه المصطفی لآحياء التراث.
- عراقی، ضیاءالدين (۱۴۱۷ق). نهاییه الأفكار. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق). قواعد الأحكام فی معرفه الحلال و الحرام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق). مختلف الشیعه فی أحكام الشریعه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف (بی تا). تذکره الفقهاء. قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
- غروی، میرزا علی (۱۴۱۷ق). التنقیح فی شرح العروة الوثقی (کتاب الطهاره). تقریرات درس آیت الله خویی. قم: منشورات مدرسه دارالعلم.
- فاضل لنکرانی، محمدجواد (۱۳۸۸). درس خارج فقه. پایگاه اینترنتی مدرسه فقاها.
- فاضل موحدی لنکرانی، محمد (۱۴۲۱ق). تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسيله (الطلاق، الموارث). قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم السلام).
- فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ق). کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق). الکافی. تهران: دار الکتب الإسلامیه.
- محقق حلّی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام. قم: مؤسسه اسماعیلیان.

جریان قاعده اصولی حکومت و بقای رابطه... / سید مصطفی سعادت مصطفوی و عاطفه ذبیحی پژوهش‌های حقوق اسلامی ۵۱

مخلصی، عباس (۱۳۷۳). نوآوری‌های شیخ انصاری در دانش اصول. مجله فقه. (۱)، صص. ۷۵-۱۰۸.

مظفر، محمدرضا (۱۳۷۵). *أصول الفقه*. قم: اسماعیلیان.

نائینی، محمدحسین (۱۳۵۲). *أجود التقریرات*. قم: مطبعه العرفان.

نائینی، محمدحسین (۱۳۷۶). *فوائد الأصول*. قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

هدایت‌نیا، فرج‌الله (۱۳۹۵). *نشوز زوجین در فقه و نظام حقوقی ایران*. تهران: انتشارات فرهنگ و اندیشه اسلامی.

هوشیار، علیرضا و هوشیار، محمدرضا (۱۳۹۹). تأملی فقهی در ماده ۹۴۴ قانون مدنی ایران (ارث زوجه از زوج در بیماری منجر به فوت). *جستارهای فقهی و اصولی*. (۲۱)، صص. ۱۳۵-۱۶۲.

<http://fazellankarani.com>

<https://www.eshia.ir>

<https://www.m-feqhi.ir>

<https://fa.mfeb.ir>

مطالعه فقهی حقوقی محرومیت معاون قتل عمد از ارث مقتول و دریافت مستمری

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۱/۲۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۲/۲۷

نوع مقاله: پژوهشی

علی طهماسبی*

علی شیرازی**

چکیده

در مذاهب اسلامی و قوانین بسیاری از کشورها از جمله قانون مدنی ایران مسئله حرمان وارث قاتل از میراث مورث مقتول محل تردید نیست و دامنه اختلاف تنها در مورد حدود و ثغور این حرمان و تسری یا عدم تسری آن به انواع قتل است، اما مسئله محرومیت وارثی که در قتل مورث به‌نحو معاونت دخالت داشته، در فرض سکوت قانون و بسیاری از متون فقهی، محل اختلاف است؛ همچنین اینکه معاون در قتل عمد بتواند به‌عنوان بازمانده مقتول از صندوق‌های بازنشستگی مستمری دریافت کند، نیاز به بررسی دارد؛ زیرا خلاف اصل بودن موانع ارث و لزوم عدم تسری آن به عناوین غیرقطعی از یک‌سو و معقول بودن تبعیت از حکمت حکم قانون‌گذار در باب حرمان قاتل و توسعه آن به معاون از سوی دیگر، ارائه نظری قاطع را دشوار کرده است. با وجود این دلایل و مستندات وجود دارد که با دقت در آنها می‌توان گفت مسئله حرمان وی از ارث و دریافت مستمری، در این فرض هم معقول و مبانی تقویت این دیدگاه قوی‌تر است. بر این بنیاد نوشتار پیش‌رو در صدد است با بهره‌گیری از روش تحلیلی - انتقادی به بررسی موضوع و ارائه راهکار بپردازد.

واژگان کلیدی: قتل، ارث، معاونت در قتل، مورث، مستمری.

* استادیار، گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه رازی، کرمانشاه، ایران (نویسنده مسئول).
a.tahmasebi@razi.ac.ir

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه بوعلی سینا، همدان، ایران.

shiraziali1368@gmail.com



مقدمه

از حیث واژه‌شناسی میراث حقی است که از میت حقیقی یا حکمی به زنده حقیقی یا حکمی ابتدائاً منتقل می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، ج ۱، ص. ۲۶۲). میان وارث و مورث اصل وراثت حکومت دارد مگر آنکه مانع یا حاجبی در کار باشد؛ پس هر گاه مقتضی (شرط و سبب) وراثت فراهم آید، اقتضای اصل بهره‌مندی وارث از ماترک است؛ درعین حال، وجود مانع باعث می‌شود مقتضی از تأثیر بیافتد؛ پس از گذر از مرحله عدم مانع، تنها وجود حاجب است که می‌تواند بین وارث و ماترک فاصله اندازد.

مانع دو تفاوت اساسی با حاجب دارد: نخست آنکه در حجب به علت وجود وارث دیگر، محجوب کلاً یا بعضاً ارث نمی‌برد، حال آنکه منع از ارث، به جهت عارضه‌ای است که در خود وارث وجود دارد؛ دوم آنکه در حجب علت تامه ارث بردن وجود دارد یعنی شرط، سبب و عدم مانع جمع شده‌اند و حجب جلوی علت تامه را می‌گیرد و حال آنکه مانع جلوی مقتضی را گرفته و نمی‌گذارد علت تامه تحقق یابد، پس با وجود مانع نوبت به حجب نمی‌رسد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱، ص. ۴۴۵).

قانون مدنی نیز ذیل عنوان از جمله موانع ارث به چهار مورد قتل، کفر، لعان و زنازادگی اشاره کرده است؛ لیکن همان‌طور که حقوق‌دانان متذکر شده‌اند اگر در پی یافتن موانع ارث به مفهوم دقیق کلمه باشیم از این فهرست تنها کفر و قتل قابل شمارش است. قتل یکی از موانع ارث است و بنابراین اگر وارثی مورث خود را عمداً بکشد از ارث او محروم می‌شود و می‌توان آن را از جهات مختلفی همچون عمدی و غیرعمدی بودن، ناروا یا مشروع بودن، بالمباشره یا بالتسبیب بودن و انفرادی یا به‌نحو شراکت بودن تقسیم کرد. براساس قانون مدنی تنها تقسیمات اول و دوم، از حیث مانعیت از میراث مؤثرند؛ زیرا حسب صریح ماده ۸۸۰ قانون مدنی تنها قتل عمد است که چنین اثر وضعی را ایجاد می‌کند و در قتل‌های غیرعمد اعم از شبه عمد یا خطای محض اگرچه قاتل از ارث دیه محروم می‌شود اما او می‌تواند از باقی ترکه بهره‌مند شود.^۱ همچنین به موجب ماده ۸۸۱ این قانون، قتل عمد به حکم قانون یا برای دفاع و به‌طور کلی قتل مشروع مانع ارث نخواهد بود. دو تقسیم دیگر ارائه شده در مورد نحوه ارتکاب قتل در نظام قانون مدنی مؤثر نبوده و کشتن مورث به هر یک از صور فوق که اتفاق افتد مانع ارث خواهد بود؛ کما اینکه قسمت اخیر ماده ۸۸۰ قانون مدنی با بیان

«اعم از اینکه قتل بالمباشره باشد یا بالتسبیب و منفرداً باشد یا به شرکت دیگری» به این موضوع اشاره کرده است.

با وجود این نوشتار پیش‌رو صرفاً در پی بررسی امکان‌سنجی محرومیت معاون در قتل عمد مورث از دریافت سهم‌الارث از ماترک او و نیز پاسخ‌گویی به این پرسش است که آیا چنین شخصی (معاون) می‌تواند به‌عنوان بازمانده مقتول، شایسته دریافت مستمری از صندوق‌ها یا سازمان‌های بازنشستگی باشد.^۲

بر این اساس نخست به بررسی فقهی و حقوقی محرومیت معاون از دریافت ارث پرداخته، پس از تبیین مبانی استدلال موافقان و مخالفان و بررسی رویه قضائی، محرومیت یا عدم محرومیت وی از دریافت مستمری تحلیل خواهد شد.

۱. موضع دکترین حقوقی و فقهی در خصوص محرومیت معاون

در این بخش به بررسی نظر حقوق‌دانان و فقهای مذاهب اسلامی در باب مسئله محرومیت معاون در قتل از میراث مقتول خواهیم پرداخت تا این نکته آشکار شود که آیا قبیح عمل معاون و میزان تأثیر وی در قتل مورث، صاحب‌نظران را به تسری حکم محرومیت قاتل به او (معاون) مجاب کرده است.

۱-۱. موضوع دکترین حقوقی

غالب حقوق‌دانانی که صریحاً یا تلویحاً این مسئله را در آثار خود مطرح کرده‌اند، قائل به تسری حکم حرمان به معاون در قتل شده‌اند؛ ایشان در توجیه نظر خود به‌وجود حکمت مشابه حرمان قاتل و معاون وی، مشابهت سبب و معاونت و یا صدق عرفی شرکت در قتل متوسل شده‌اند. از دیدگاه دکتر جعفری لنگرودی «فلسفه منع کردن قاتل از ارث این است که اقدام علیه جان مورث خود نکند و آن فلسفه در مورد معاون هم وجود دارد؛ مضافاً اینکه شرکت در جرم به معنی لغوی شامل حال معاون هم می‌شود؛ علاوه بر این در مورد کسی که معاونت در جرم قتل کرده، علم بر انتفاء موانع ارث نداریم و حال اینکه شرط ارث بردن علم به انتفاء موانع و علم به‌وجود شرایط است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲، ج ۱، ص. ۸۵). البته ایشان در کتاب محشای قانون مدنی که سال‌ها پس از کتاب ارث نگاشته شده نظری متفاوت ابراز داشته و گفته‌اند «معاون جرم

قتل محروم از ارث نمی‌شود حتی اگر کسی دیگری را تهدید کند و اکراه نماید که ثالثی را به قتل رساند و مکره آن ثالث را که پدر یا مورث وی است را بکشد قاتل عمد محروم از ارث می‌شود نه اکراه‌کننده، وضع معاون اشد از اکراه‌کننده نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱، ص. ۴۴۵).

دکتر کاتوزیان نیز با دیدگاه ممنوعیت ارث بردن معاون در قتل (مورث) همراه شده و بیان می‌دارند «در باره معاونت در قتل قانون حکمی ندارد؛ از یک سو حرمان از ارث نوعی کیفر مدنی است و به حکم منطق باید تفسیر محدود شود؛ از سوی دیگر دخالت معاون گاه چندان مؤثر است که جز به یاری او قتل واقع نمی‌شده و در دید عرف او را قاتل می‌شمرند. در این اختلاف پیروی از دید عرف ترجیح دارد به‌ویژه که حکمت قانون نیز مؤید آن است» (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص. ۱۰۹) برخی دیگر بر پایه قصد نتیجه معاون، او را از ارث محروم دانسته و ظاهراً این مسئله که دخالت در قتل به‌نحو مباشرت یا معاونت بوده را مؤثر در مقام نمی‌دانند (قاسم‌زاده، ۱۳۹۱، ص. ۲۱۳). مرحوم دکتر امامی با وجود آنکه قایل به أخذ وحدت ملاک از ماده ۸۸۰ قانون مدنی نیست و تصریح می‌کند که به‌لحاظ استثنایی بودن حکم ماده موصوف می‌بایست به مورد نص اکتفا شود و لکن در تشریح قتل عمد بالتسبیب چنین مثال می‌آورد «مانند آنکه کسی دیگری را اغفال یا تطمیع نماید که پدر او را بکشد و شخص مزبور مرتکب آن شود» (امامی، ۱۳۸۴، ج ۳، ص. ۲۰۲). روشن است که مثال بیان شده از مصادیق بارز معاونت در قتل است، نه قتل بالتسبیب زیرا هرگز قتل به اغفال‌کننده نسبت داده نمی‌شود. به همین لحاظ شاید بتوان از سخن ایشان این‌گونه استنباط کرد که دخالت در قتل به‌نحو معاونت نوعی سبب‌سازی و از مصادیق قتل تسبیبی است و لاجرم موجب حرمان معاون خواهد بود.

همین مسامحه در بیان مرحوم دکتر شهیدی نیز دیده می‌شود زیرا ایشان نیز علی‌رغم اعتقاد به استثنایی بودن حکم ماده ۸۸۰ قانون مدنی و لزوم عدم تسری آن به موارد مشابه و بیان این مطلب که برای وقوع قتل مانع ارث، می‌بایست قتل مورث عرفاً به خویشاوند دارای موجب ارث نسبت داده شود، در مقام ارائه مصادیقی از قتل بالتسبیب بیان می‌دارد «مثل اینکه شخص دیگر را تحریک بر قتل مورث خود کند و این شخص تحت تأثیر تحریک مزبور مرتکب قتل شود» (شهیدی، ۱۳۸۱، ص. ۸۲) تردیدی وجود

ندارد که این مثال نیز قابل پذیرش نیست؛ زیرا منظور از قتل تسبیبی قتل مستند به تحریک‌کننده است؛ حال آنکه در مثال بیان شده، قتل به وی (تحریک‌کننده) نسبت داده نمی‌شود و نقشی جز معاونت ندارد. در هر حال اگر بتوان تفسیر پیشین را در این مورد نیز پذیرفت، می‌توان نتیجه گرفت که این اساتید دخالت در وقوع قتل ولو به نحو معاونت را برای تسری حکم حرمان کافی می‌دانند.

برخلاف نظر حقوق‌دانان، اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریات مشورتی خود معاونت را از موانع ارث ندانسته است. در نظریه شماره ۷/۵۲-۱۳۸۲/۱/۱۰-این اداره بیان شده «کسانی که مباشرت در قتل نداشته و دیگری را وادار یا تحریک و تشویق به قتل کرده‌اند، طبق مقررات قانون مدنی ارث می‌برند و عمل آنان مباشرت یا تسبیب محسوب نمی‌شود تا مانع ارث باشد». البته این موضع نیز بدون استثناء نمانده و اداره حقوقی در نظر قابل نقد شماره ۴۴۲۶۷ مورخ ۱۳۸۱/۵/۱۵ بیان داشته است:

«با اینکه معاونت در قتل عمد از موانع ارث نیست، مع الوصف چون دیه جنبه مجازات نیز دارد لذا جانی و معاون او از آن سهم نخواهند برد. بنابراین زوج یا زوجه‌ای که در قتل همسر خود معاونت کرده، در صورت توافق اولیای دم با قاتل به دیه و سقوط قصاص، استحقاق مطالبه سهم‌الارث خود را از دیه مأخوذه نخواهد داشت».

۲-۱. رویکرد فقهای امامیه

بدو باید این نکته را در نظر داشت که به دلیل جایگاه نامنقح نهاد معاونت در جرم در فقه، انعکاس رویکرد فقها به مسئله استحقاق یا عدم استحقاق معاون در قتل نسبت به میراث، خالی از ابهام و آشفتگی نیست؛ زیرا فقهای سلف یا در این باب سکوت اختیار کرده یا فتوای خود را نه پیرامون عنوان کلی معاونت در قتل بلکه به مناسبت برخی از مصادیق شناخته شده مانند ممسک، ناظر و آمر ارائه کرده، گاه به استحقاق و گاه به عدم استحقاق او نظر داده‌اند؛ بر این اساس استنتاج حکمی کلی برای تمامی مصادیق معاونت امکان‌پذیر نیست و بسیار دیده می‌شود که حکم فقهی در مورد مصادیق معاونت از یک مورد با مورد دیگر متفاوت است. از سوی دیگر نظر برخی از فقهای بزرگ به واسطه سکوتشان در این مسئله را می‌بایست با توجه به نظر ایشان در باب اکراه در قتل استنباط کرد؛ زیرا فقیهی که اکراه‌کننده در قتل را محروم از میراث نمی‌داند، طبعاً نمی‌تواند برای

معاونی که دخالت و تأثیری به مراتب کمتر از او در قتل دارد، حکم به حرمان صادر کند. به جهت پراکندگی آراء فقهی می‌توان آنها را به شرح زیر خلاصه کرد:

گروهی فتوای خود را پیرامون ناظر و ممسک صادر نموده‌اند. ایشان پس از طرح مسئله مانعیت قتل ولو به نحو شراکت، نسبت به تسری حکم حرمان به ناظر و ممسک و تلقی آن به عنوان نوعی شرکت در قتل تردید کرده و آن را محل اشکال می‌دانند (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، صص. ۳۴۶-۳۴۳). فقهای بزرگی چون صاحب جواهر نیز، هر چند فتوایی در این خصوص ندارند، اما از موضع ایشان در مسئله اکراه در قتل می‌توان به فتوای آنان پی برد. ایشان معتقدند نه تنها قصاص، دیه و کفاره متوجه اکراه‌کننده نیست، بلکه به لحاظ آنکه وی قاتل محسوب نمی‌شود، از میراث مورث مقتول هم محروم نمی‌شود (صاحب جواهر، ۱۴۰۱ق، ج ۲، صص. ۴۸-۴۲)؛ در همین راستا برخی دیگر معتقدند هر چند آمر (اکراه‌کننده در قتل) معصیت کرده و محکوم به حبس ابد خواهد شد، لیکن از ماترک محروم نخواهد شد (حکیم، ۱۴۱۸ق، صص. ۲۴۳-۲۴۱). در واقع از دیدگاه ایشان به جهت آنکه دخالت و تأثیرگذاری معاون کمتر از اکراه‌کننده است، موجبی برای محرومیتش از ارث وجود ندارد.

در برابر برخی با اعتقاد به تمایز میان ناظر و ممسک، محرومیت ممسک از میراث را اقوی می‌دانند (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷، ص. ۱۷۹؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص. ۴۱). بعضی دیگر از این فتوا نیز پیشتر رفته و با این استدلال که مناط حکم در مورد ناظر و ممسک نیز وجود دارد، در هر دو مصداق حکم به محرومیت داده‌اند (صانعی، ۱۴۲۱ق، صص. ۳۳۴-۳۳۳). در مقابل بعضی فقها با تسری حکم حرمان به این دو مصداق از معاونت مخالفت کرده‌اند (مامقانی، ۱۴۰۴ق، ص. ۴۵۹). این موضع قاطع نیز بدون مخالف نمانده و برخی این قسم دخالت در قتل مورث را نیز مانع ارث دانسته‌اند (اراکي، ۱۴۱۳ق، ص. ۱۳).

با وجود این فقهای معاصر در پاسخ به استفتائاتی که از این ایشان به عمل آمده، فتوای خود را غالباً حول محور نهاد معاونت (و نه مصادیق آن) صادر کرده و از این جهت رویکرد صریح و روشن تری را اتخاذ کرده‌اند. قریب به اتفاق ایشان معاونت در قتل را مانع ارث ندانسته و حکم محرومیت از ارث را مختص به مباشرت در قتل می‌دانند و با تسری آن به موارد مشکوک موافق نیستند؛ برای نمونه آیت الله بهجت معتقدند تسبیبی که مصحح اسناد قتل به سبب باشد، مانع ارث بردن است و در مواردی

که استقرار ضمان بر مباشر است، محتمل است امر ممنوع از ارث نباشد. آیت‌الله صافی گلپایگانی نیز بر این باورند که معاون از مقتول ارث می‌برد؛ زیرا مباشر در قتل نبوده است (گلپایگانی، ۱۳۷۵، ج ۳، ص. ۱۷۸؛ موسوی اردبیلی ۱۳۸۹، ج ۲، صص. ۱۶۶-۱۶۷). تنها آیت‌الله مکارم شیرازی دیدگاه متفاوتی داشته و بیان کرده‌اند «احتیاط واجب آن است که از ارث استفاده نکنند».

۱-۳. آراء فقهای عامه

فقهای عامه نیز تا آنجا که نگارندگان می‌دانند، به‌نحو مختصر به این مسئله پرداخته و غالباً به حرمان معاون در قتل از میراث فتوا داده‌اند. فقه شافعی در بین مذاهب پنج‌گانه موسع‌ترین تفسیر را از حدیث (لامیراث للقاتل) به عمل آورده است. مطابق این مذهب قتل به هر نحوی رخ دهد، مانع ارث خواهد بود؛ اعم از آنکه عدوانی یا غیرعدوانی، عمدی یا غیرعمدی، و بالمباشره یا بالتسبیب باشد؛ حتی در مواردی که قتل غیرقانونی نیست یا قاتل قابل مجازات نیست، مانند قتل به حکم قاضی، قتل در موارد دفاع مشروع و قتل توسط صغیر و مجنون، قاتل از ارث محروم می‌شود و فقهای این مذهب تصریح کرده‌اند کسی که در قتل مورث به‌نحو مباشرت یا تسبیب و یا حتی شرط، دخالت داشته باشد از میراث محروم خواهد بود و بدیهی است که یکی از مصادیق دخالت در قتل به‌نحو شرط، معاونت در قتل مورث است (حضرمی، ۱۴۳۰ق، ص. ۱۸۳).

فقهای مالکی اگرچه فقط قتل عمد را مانع دانسته و از این حیث موضعی شبیه به فقه جعفری اتخاذ کرده‌اند اما آن را توسعه داده و به معاون در قتل از جمله امر به قتل، تطمیع‌کننده و ناظر نیز تعمیم داده‌اند (زحیلی، ۱۳۷۱ق، ج ۱۰، صص. ۳۸۸).

در فقه حنفی قتلی را سبب محروم شدن از ارث دانسته‌اند که موجب قصاص یا دیه یا کفاره باشد؛ ولی قتلی را که همراه با عذر بوده و غیرقانونی نباشد و همچنین قتل بالتسبیب را مانع ارث ندانسته‌اند (سرخسی، ۱۴۰۶ق، ج ۳۰، ص. ۴۱) پس طبیعی است مطابق این رویکرد موجبی برای ممنوعیت معاون در قتل نیست؛ زیرا دخالت وی در قتل، اخف از قاتل تسبیبی است و فتوایی مبنی بر شمول موانع ارث بر معاون به‌نظر نرسید.

حنابله نیز مطلقاً قتل من غیرحق را مانع دانسته و تفاوتی بین عمد، شبه عمد و خطای محض قاتل نیستند. در این فقه نیز بنا بر برخی نظرات، محرومیت ممسک از میراث مطابق قاعده است (ابن قدامه، ۱۴۰۱ق، ج ۹، ص. ۳۴۵).

۲. مبانی استدلال قائلین بر محرومیت معاون از ارث

در این قسمت مبنای استدلال قائلین به عدم استحقاق معاون بیان و تحلیل می‌شود تا بر پایه آن بتوان قانع‌کننده‌ترین دلیل تسری حکم محرومیت قاتل از ارث را به معاون بازشناسی کرد. از توجه به استدلال طرفداران ممنوعیت آشکار می‌شود که ایشان نوعاً به سه دلیل متمسک شده‌اند. برخی معاونت را نوعی شراکت در قتل دانسته، برخی دیگر او (معاون) را سبب قتل انگاشته و بسیاری نیز ملاک و فلسفه حکم حرمان قاتل را در این مسئله جاری دانسته و به لحاظ وحدت ملاک، تسری حکم به معاون را توجیه کرده‌اند؛ پس ضروری است ولو به نحو اجمالی، به شرح و نقد این استدلال‌ها پرداخته و موجه‌ترین آن انتخاب شود.

۲-۱. معاون به مثابه شریک در قتل

برخی از حقوق‌دانان (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲، ج ۱، ص. ۸۲) و فقها (صانعی، ۱۴۲۱ق، صص. ۳۳۳-۳۳۴) همراهی معاون با مباشر را نوعی شرکت در قتل تلقی کرده و از این طریق تلاش نموده‌اند تا اثبات حکم برای معاون را توجیه کنند. در این استدلال گاه به صدق لغوی شراکت و گاه به فهم عرفی استناد شده است. اما باید انصاف داد که این تحلیل چندان دل‌چسب نیست؛ زیرا ظاهر آن است که مقنن با توجه به معانی قانونی و عرفی یک اصطلاح آن را به کار می‌برد مگر آنکه قرینه‌ای بر انصراف وجود داشته باشد. با توجه به نصوص قانونی و نظریات فقهی و حقوقی، تردیدی وجود ندارد که ارتکاب قتل به نحو مشارکت زمانی محقق خواهد شد که جرم مستند به رفتار همه افراد دخیل در آن باشد و صرف اعانت برای ارتکاب جرم بدون آنکه عنصر مادی قتل به معین نسبت داده شود، کافی برای تحقق مفهوم مشارکت نیست. به تعبیر دیگر معاون کسی است که هر چند مانند شریک در انجام جرم مداخله کرده، لکن برخلاف مجرم یا مجرمین اصلی، وقوع جرم به وی اسناد داده نمی‌شود و ممیزه اصلی معاون از شریک، فقدان رابطه اسناد بین جرم و فعل معاون است؛ پس هرگز نمی‌توان معاون در قتل را به مثابه شریک در قتل دانست و حکم یکی را به دیگری تسری داد.

۲-۲. معاون به مثابه سبب

استدلال دوم بر منطبق دانستن مفهوم معاون و سبب استوار است. پیروان این دیدگاه کوشیده‌اند با نزدیک یا منطبق کردن این دو مفهوم بر یکدیگر، مقصود خود را به ظاهر قانون مستند سازند؛ زیرا قتل حتی اگر به نحو تسبیب رخ دهد، مانع ارث خواهد بود. از میان حقوق دانان دکتر لنگرودی با صراحت بیشتر و دکتر امامی و شهیدی به نحو تلویحی این عقیده را ابراز داشته‌اند؛ در فقه نیز اعتقاد به انطباق این مفاهیم ابراز شده است. برخی از نویسندگان نیز البته به مناسبت بحثی دیگر از انطباق مفهوم معاون و سبب در برخی از موارد یاد کرده و بیان داشته‌اند «در ارتکاب جرایمی که یک یا چند نفر مباشر اصلی جرم را کمک یا مساعدت می‌کنند، امکان اجتماع و انطباق مفهوم معاونت و تسبیب در جرم در پاره‌ای اوقات قابل تصور و تحقق است و آن ناظر به اعمالی است که قانوناً از مصادیق معاونت و از نظر فقهی با مفهوم سبب فاعلی قابل انطباق باشد؛ زیرا مفهوم سبب فاعلی در فقه زمانی تحقق پیدا می‌کند که شخصی دیگری را که قصد ارتکاب جرمی دارد با انجام کاری مساعدت کند و با تهیه مقدمات، زمینه وقوع جرم را فراهم آورد (بجنوردی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص. ۲۶۲).

در رد این دلیل باید گفت هر چند تسبیب ظاهراً شبیه معاونت است و سبب نیز مانند معاون نقش مستقیم در عملیات اجرایی ندارد، بلکه با واسطه در وقوع آن ایفای نقش می‌کند، اما معاون سبب تلقی نمی‌شود (میرمحمد صادقی، ۱۳۹۲، ص. ۴۸) بلکه با توجه به تعریف منطقی شرط، یعنی هر اقدامی که به نوعی زمینه تأثیرگذاری مباشر یا سبب را فراهم آورده ولی امکان نسبت دادن حادثه به آن وجود ندارد، می‌توان معاونت را با شرط قابل انطباق دانست و نه سبب؛ زیرا مشهور فقها سبب را به معنای اقوا بودن آن (سبب) از مباشر دانسته‌اند، به گونه‌ای که تحقق فعل به او (سبب) نسبت داده شود (رحمانی، ۱۳۷۶، ج ۱۰، ص. ۱۰). سبب فاعلی نیز که نتیجه هرگز به وی اسناد داده نمی‌شود با سبب در معنای مشهور متفاوت است. افزون بر این در متون فقهی تصریح شده که جرم به معاون نسبت داده نمی‌شود. همچنین به لحاظ آنکه مجرمیت معاون استعاره‌ای از جرم اصلی است، معاون همیشه در کنار مباشر مصداق پیدا می‌کند، حال آنکه سبب خود مستقلاً قابلیت اتلاف را دارد. در کتب فقهی این پرسش طرح شده که

اگر چند تن با یکدیگر منجینی را مسلح و سنگی را پرتاب کنند و آنگاه سنگ برگشته و به یکی از آنان یا به بیگانه‌ای اصابت کند و موجب صدمه شود، چه کسی ضامن است؟ فقها تصریح کرده‌اند ضمان بر عهده پرتاب‌کننده است و دیگر اشخاص کمک‌کننده از جمله کسی که سنگ را در منجین نهاد، صاحب منجین و نگهدارنده آن به لحاظ عدم اسناد فعل به آنها ضامن نیستند (شهید ثانی، ۱۳۴۱ق، ج ۱۳، ص. ۳۶۴).

۲-۳. حکمت و فلسفه مشترک

استدلال سوم بر مبنای فلسفه حکم ممنوعیت قاتل از ارث تکیه کرده است. حکمت یعنی مصلحت یا مفسده موجود در فعل که باعث تشریح حکم از سوی شارع شده است (شاهرودی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص. ۳۵۳). این دیدگاه با شناسایی انگیزه و غایت مقنن و شارع از تدوین حکم حرمان قاتل، آن را به مصادیقی که ملاک یادشده در آن وجود دارد تسری می‌دهد و از توسعه آن دفاع می‌کند. حقوق‌دانان (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص. ۱۰۹) و فقها (صانعی، ۱۴۲۱ق، صص. ۳۳۴-۳۳۳) بسیار به این دلیل تمسک جسته و در تشریح حکم ممنوعیت قاتل از ارث، به این موارد اشاره کرده‌اند:

- ۱- شارع خواسته با قاتل مقابله و معامله به مثل کند، زیرا وی حرمت قتل نفس را نقض کرده تا به مال مقتول دست یابد، بنابراین قانون هم او را از رسیدن به مقصد نامشروعش باز داشته است.
- ۲- سیاست جزایی اقتضا می‌کند شارع به منظور جلوگیری از قتل، برای حفظ جان مورث، که به خاطر طمع وارث نسبت به مال، در معرض خطر قرار گرفته است، با محروم شناختن چنین وارثی، انگیزه و علت ارتکاب قتل را از بین ببرد. از بین بردن علت، بهترین وسیله برای از بین بردن معلول است (محمدی، ۱۳۶۰، ص. ۱۹۹).
۳. برخی نیز با این استدلال که اساس ارث بر محبت و مودت میان وارث و مورث استوار است، قاتل را بدین جهت که با قتل مورث این رابطه عاطفی را از هم گسیخته، مستحق حرمان دانسته‌اند. بر این اساس از آنجا که تمامی این موارد در خصوص معاون در قتل نیز صدق می‌کند، اعتقاد به عدم استحقاق وی موجه است. به نظر می‌رسد تسری حکم حرمان قاتل به معاون از این طریق قابل پذیرش و مقبول بوده و از بین استدلال‌های مطرح شده این تحلیل قوی‌تر به نظر می‌رسد. در تشریح

دلایل این قوت می‌توان گفت که:

نخست اینکه آنچه چهره استثنایی دارد و ویژه قتل مورث شمرده می‌شود، این فرض قانونی است که کسی مورث خود را با انگیزه بهره‌مندی از میراث به عمد و ظلم می‌کشد، ولی آنچه در حکم ماده ۸۸۰ قانون مدنی موافق قاعده است، جلوگیری از تقلب نسبت به قانون، پیشگیری از قتل و خنثی کردن نیت شیطانی است و می‌توان حکم حرمان را از این طریق توسعه داد (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص. ۱۱۳).

دوم اینکه در بیان تفاوت حکمت با علت باید گفت، هر چند حکمت منشأ تشریح حکم و غایت آن است، لکن وجود حکم دایرمدار آن نیست؛ بدین معنا که از عدمش، عدم حکم لازم نمی‌آید؛ ولی از وجودش، وجود آن لازم می‌آید. افرون براین، امکان ندارد ثبوت حکم با حکمت منافات داشته باشد (شاهرودی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص. ۳۵۳) پس در موضوع مورد نزاع ما نیز که تمامی حکمت‌های حرمان قاتل وجود دارد، قائل شدن به حرمان معاون، پذیرفتنی است.

سوم اینکه فقها برای اثبات عدم شمول حکم حرمان نسبت به قتل‌های غیرعمد، مشروع و قتل‌های صغیر و مجنون به حکمت و مبنای حکم استناد کرده‌اند، پس توسل به همین مبنا و حکمت برای توسعه حکم بی‌وجه نخواهد بود. نتیجه آنکه اعتقاد به حرمان معاون در قتل مورث به‌ویژه از طریق اتکا بر ملاک و حکمت حکم حرمان، نظری قابل دفاع و متکی بر مبانی است و این رأی و نظر نسبت به دیدگاهی که با تمسک به استثنایی بودن حکم ممنوعیت قاتل از تسری آن خودداری می‌کند، مرجح به نظر می‌رسد.

۲-۴. رویه قضائی: مطالعه یک رأی

از آنجا که این مسئله از موضوعاتی نیست که راجع به آن آراء فراوانی صادر یا در دسترس باشد، نمی‌توان از عنوان رویکرد رویه قضائی سخن گفت؛ بلکه تنها به نقل یک دادنامه خواهیم پرداخت که حرمان معاون در قتل را از میراث مقتول پذیرفته است. در پرونده موردنظر مرد اجنبی با زن شوهردار دوستی و رابطه نامشروع داشته و پس از اطلاع زوج از مآوقع، مرد اجنبی با همراهی زوجه، زوج را به قتل می‌رساند. در نهایت حکم قصاص قاتل و ۲۵ سال حبس زوجه به‌واسطه معاونت وی در شعبه بیست و نهم

دیوان عالی کشور ابرام می‌شود.

پس از طرح دعوی تقسیم ترکه زوج متوفا، پرسش از استحقاق یا عدم استحقاق زوجه در بهره‌مندی از میراث زوج به میان می‌آید. دادگاه در دادنامه شماره ۹۴۰۴۴۶ مورخ ۱۳۹۴/۸/۱۸ بیان می‌کند: «... نظر به اینکه به موجب دادنامه شماره ۹۲۰۴۴۳ اصداری از شعبه محترم بیست و نهم دیوان عالی کشور خانم... به‌عنوان زوجه مرحوم... به‌عنوان احد از اصحاب دعوی حاضر به تحمل ۲۵ سال حبس از باب معاونت در قتل عمدی مورث محکوم شده، بدین جهت از میراث مورث محروم خواهد بود؛ زیرا هر چند در قانون مدنی تصریحی در این مورد وجود ندارد، لکن دادگاه توجهاً به قبح شدید عمل معاون در قتل در روایات معصومین (علیهم‌السلام)، موضع دکترین حقوقی صائب و رویکرد عرف که وارث سبب‌ساز در راستای قتل مورث را مستحق مطالبه میراث نمی‌داند، ممنوعیت زوجه را ارجح دانسته و به‌ویژه در مانحن‌فیه که دخالت مؤثر ایشان در مآووع، چه از حیث ایجاد زمینه وقوع قتل به دلیل عدم پایبندی به قواعد اخلاقی تضمین‌کننده قوام خانواده و لزوم وفاداری زوجین به یکدیگر و چه از حیث تحریک مؤثر قاتل در ارتکاب جنایت، محرز است، محرومیت مشارالیه از میراث کاملاً در راستای انگیزه تدوین ماده ۸۸۰ قانون مدنی است و نظر به اینکه تقسیم ماترک اگر براساس تقسیم به افراز یا تعدیل یا رد مسیر نباشد، دادگاه به فروش مال مشاع اقدام خواهد نمود و حسب نظریه کارشناسی پیوست ارقام اعلامی ماترک غیرقابل تقسیم‌اند و طرفین بر تقسیم آن تراضی ندارند، فلذا دادگاه مستنداً به مواد ۳۰۰ و ۳۱۷ قانون امور حسبی و مبانی فوق‌الاشعار ضمن اعلام محرومیت خوانده نخست از ماترک مرحوم مورث (که قهراً موجب عدم توجه به ایرادات وی در خصوص کمیت ارقام ماترک خواهد بود)، حکم بر فروش ارقام ماترک حسب نظریه کارشناسی پیوست صادر می‌کند. این رأی در دادگاه تجدیدنظر استان کردستان تأیید شده است.

۳. عدم استحقاق معاون به دریافت مستمری از سازمان تأمین اجتماعی یا دیگر صندوق‌های بازنشستگی

پرسش آن است که آیا قاتل (در قتل عمدی) یا معاون او می‌تواند به‌عنوان بازمانده مقتول از سازمان تأمین اجتماعی، سازمان تأمین اجتماعی نیروهای مسلح یا صندوق

بازنشستگی کشوری و غیره مستمری دریافت کنند یا باید ایشان را از دریافت مستمری محروم دانست؟ در هیچ‌یک از قوانین حکم صریحی در پاسخ به این پرسش بیان نشده و بنابراین باید قوانین متعددی را در این زمینه بررسی کرد.

برابر ماده ۸۱ قانون استخدام کشوری (مصوب ۱۳۴۵/۳/۳۱)، هر گاه مستخدم رسمی فوت شود خواه به حد بازنشستگی رسیده یا نرسیده، در تاریخ فوت بازنشسته محسوب و تمام حقوق بازنشستگی او به وراثت قانونی وی پرداخت خواهد شد. ماده ۸۲ نیز مقرر می‌دارد هر گاه مستخدم بازنشسته فوت شود تمام حقوق بازنشستگی او به‌عنوان حقوق وظیفه طبق مقررات این قانون به وراثت قانونی وی پرداخت خواهد شد. وراثت قانونی شامل زوج یا زوجه دائمی، فرزندان، نوادگان و پدر و مادر می‌شود (ماده ۸۷).

با وجود این واژه وراثت در این قانون دقیق به‌کار نرفته است (نعیمی و پرتو، ۱۳۹۴، ص. ۳۱۰ و امامی و استوار سنگری، ۱۳۹۷، ج ۱، ص. ۳۲۴)؛ زیرا چه‌بسا شخصی وراثت متوفاست ولی استحقاق دریافت مستمری ندارد (مانند پسری که بیش از بیست سال سن دارد و شاغل است؛ دختری که ازدواج کرده یا پدر و مادری که تحت تکفل او نیستند) یا بازمانده‌ای مستحق دریافت مستمری باشد اما مطابق قانون مدنی وراثت به شمار نیاید. برای نمونه با توجه به اطلاق ماده ۸۷ باید گفت ممکن است نوادگان بر اساس قانون مدنی (ماده ۹۱۰) اصلاً جزو وراثت قرار نگیرند ولی مستحق دریافت مستمری باشند. برای نمونه الف (متوفا) دارای دو فرزند بوده که یکی از آنان پیش از خودش مرده است؛ در عین حال آن فرزند دارای دو بچه سه و پنج ساله است. در این صورت ایشان (دو نوه) وراثت الف نیستند اما می‌توانند مستحق دریافت مستمری باشند. برابر مواد ۸۱ و ۸۲ قانون تأمین اجتماعی^۴، قانون اصلاح تبصره ۲ ماده واحده قانون اجازه پرداخت وظیفه و مستمری وراثت کارمندان سال ۱۳۳۸ و برقراری حقوق وظیفه در مورد فرزندان و نوادگان اناث (مصوب سال ۱۳۶۳ و اصلاحی سال ۱۳۷۹) و رأی وحدت رویه شماره ۱۵۷ مورخ ۱۴۰۰/۱/۲۴ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، بازماندگان مستحق دریافت مستمری را شامل زوجه دائم متوفا، شوهر، پدر و مادر، فرزندان و نوادگان اناث او دانسته است. در برابر، مواد ۱۶۴ قانون ارتش جمهوری اسلامی ایران، ۱۸۲ قانون مقررات استخدامی سپاه و ماده ۱۹۱ قانون نیروی انتظامی،

دامنه بازماندگان متوفا را افزون بر زن دائم، شوهر، پدر، مادر، فرزندان و نوادگان، تحت شرایطی به برادر و خواهر نیز گسترش داده است.^۵

گفتنی است در همه قوانین یادشده حق زوجه دائمی متوفا بر دریافت مستمری مطلق است؛ به این معنا که به جز وجود رابطه زوجیت دائم، نیازمند شرط دیگری نیست و حتی ازدواج مجدد وی نیز مانع دریافت آن نمی‌شود (بند ۱ ماده ۴۸ قانون حمایت خانواده)؛ در حالی که حق دیگر بازماندگان بر دریافت مستمری مشروط به تحقق شرایط دیگری است که در آن قوانین بیان شده است.^۶

همچنان‌که ملاحظه می‌شود در هیچ‌یک از این قوانین و نیز قانون مدنی، صراحتاً حکمی در خصوص محرومیت قاتل عمد و به طریق اولی معاون او از دریافت مستمری (به‌عنوان بازمانده مقتول) بیان نشده است. با این وجود باید بر آن بود که ایشان حقی بر دریافت مستمری ندارند؛ زیرا از یک‌سو می‌توان گفت دست‌کم در قانون استخدام کشوری از وارث قانونی سخن به میان آمده و مطابق قانون مدنی قاتل عمدی، وارث به‌شمار نمی‌آید؛ از سوی دیگر فلسفه محرومیت قاتل از دریافت ارث، شامل ممنوعیت او از دریافت مستمری هم می‌شود. این استدلال در خصوص معاون در قتل عمد هم صادق است و برای نمونه نمی‌توان پذیرفت زنی با وجود معاونت در قتل عمد شوهر، به‌عنوان بازمانده او بتواند مستمری دریافت کند و معاشش تا آخر عمر تأمین شود، زیرا چنین امری نه تنها از دیدگاه عرف و اخلاق حسنه (ماده ۹۷۵) پذیرفتنی نیست و دریافت مستمری توسط وی به معنای رنج مستمر خانواده زوج به‌ویژه پدر و مادر اوست، بلکه می‌توان گفت یکی از شرایط ایجاد حق برای افراد مشروع بودن آن است (اصل ۴۷ ق.ا) و در بحث حاضر به دلیل مباشرت یا معاونت زن در قتل همسر، اساساً حقی برای وی (قاتل و معاون) ایجاد نمی‌شود تا برای بقای آن به استصحاب و نبود مجوز قانونی برای سلبش، استناد شود.

نتیجه‌گیری

با وجود اینکه قانون مدنی در فرض قتل عمد مورث توسط وارث، صراحتاً قاتل را از ارث مقتول محروم کرده، ولی در خصوص مانعیت معاونت در قتل از ارث سکوت کرده و بر این اساس، زمینه اختلاف آراء میان فقهاء، حقوق‌دانان و قضات را فراهم

آورده است. منشأ اختلاف آن است که از یک سو نص وارد شده تنها ناظر بر قاتل است و خلاف اصل بودن موانع ارث به لحاظ اقتضای تفسیر مضیق، مانع تسری حکم به معاون خواهد بود و از سوی دیگر به نظر می‌رسد می‌توان با تمسک به دلایل زیر از توسعه حکم ممنوعیت دفاع کرد:

نخست آنکه حرمان معاون دارای ملاک و حکمتی مشابه با قاتل است، پس به لحاظ آنکه لازمه وجود حکمت، وجود حکم است و با وجود حکمت، عدم حکم ممکن نیست، بنابراین وجود ممنوعیت مشابه برای معاون موجه است؛

دوم آنکه قاعده «للسایل حکم المقاصد» دلالت بر آن دارد که برای وسیله‌ها با توجه به هدف و مقصود آنها حکم داده می‌شود؛ پس هر گاه هدف معاون دستیابی به مال مورث باشد، سزاوار است که جهت مقابله با این حيله، ممنوعیت قاتل را به وی نیز تسری دهیم؛

سوم آنکه به نظر می‌رسد قضاوت عرف نیز این گونه است که گناه وارث معاون را کمتر از قاتل ندانسته و حرمان او از میراث را حکمی سختگیرانه تلقی نمی‌کند.

به همین ترتیب نمی‌توان پذیرفت کسی که در قتل عمد پدر، مادر، همسر و غیره معاونت داشته، بتواند به عنوان بازمانده مقتول از صندوق‌های تأمین اجتماعی (یا بازنشستگی) مستمری دریافت کند و چنین امری با اخلاق حسنه (ماده ۹۷۵ ق.م) سازگاری ندارد. البته باید توجه داشت که مستحق مستمری لزوماً وارث نیست؛ بلکه برای نمونه در مواردی ممکن است به دلیل وجود فرزند برای متوفی (وارث در درجه مقدم)، نوه از ترکه ارث نبرد اما در صورت وجود شرایط، بتواند به عنوان بازمانده پدر بزرگ، از صندوق‌ها مستمری دریافت کند.

بر این اساس از یک سو به قانونگذار پیشنهاد می‌شود ممنوعیت معاون در قتل عمد از دریافت ارث و عدم استحقاق او به دریافت مستمری از صندوق‌های بازنشستگی (به عنوان بازمانده مقتول) را صراحتاً اعلام کند؛ از سوی دیگر تا زمان اصلاح قانون، رویه قضایی با ابزار تفسیر به این هدف جامه عمل بپوشاند.

یادداشت‌ها

۱. ماده ۴۵۱. در صورتی که قاتل از ورثه مقتول باشد چنانچه قتل عمدی باشد از اموال و دیه مقتول و در صورتی که خطای محض یا شبه عمدی باشد از دیه وی ارث نمی‌برد. در موارد فقدان وارث دیگر، مقام رهبری وارث است.
۲. در یک پرونده یک کارگر مشمول قانون کار با زنی ازدواج کرده بود. زن بعد از چند سال با همدستی دوست شوهرش، او را به قتل می‌رساند. پس از اثبات موضوع در دادگاه، قاتل قصاص و زن نیز به‌عنوان معاون در قتل عمد، محکوم به حبس می‌شود. وی در زندان، مهریه و سهم‌الارثش را از ترکه مقتول دریافت و به‌عنوان بازمانده‌ی او نیز، از سازمان تأمین اجتماعی مستمری دریافت می‌کند!
۳. «و لا یخفی انّ الفعل لا ینسب الی الممسک الخشب و صاحب المنجینیق و واضع الحجر و نحو هم ممن یساعد بغير المذ».۳
۴. در مورد بازماندگان زن متوفا باید ماده واحده قانون پرداخت مستمری به فرزندان زنان متوفا مشمول قانون تأمین اجتماعی و سایر صندوق‌های بازنشستگی مصوب سال ۱۳۸۶ توجه داشت که شرایط دریافت مستمری توسط فرزندان زن متوفا و مرد متوفا را یکسان و بند ۲ ماده ۸۲ قانون تأمین اجتماعی را نسخ کرد.
۵. ماده ۱۶۴ - مستمری‌بگیران مشمول این قانون عبارتند از:
 - الف. همسر دائم جز در صورتی که شوهر اختیار کرده یا شاغل باشد و شوهر در صورتی که همسرش مخارج وی را تأمین می‌کرده است.
 - ب. فرزندان ذکور غیرشاغل تا سن (۲۰) سال تمام و در صورتی که مشغول تحصیل باشند تا پایان تحصیل حداکثر تا (۲۵) سال تمام (اصلاحی مصوب ۱۳۷۷/۹/۱۱).
 - ج. اولاد اناث جز در صورتی که شوهر داشته باشد یا شاغل باشند.
 - د. پدر و ماری که در کفالت متوفی بوده‌اند.
 - هـ. برادر محجور یا بیمار که در کفالت متوفی بوده و قادر به اداره امور خود نباشد.
 - و. برادر صغیری که در کفالت متوفی بوده تا سن ۱۹ سال تمام و در صورت تحصیل تا سن ۲۳ سال تمام مشروط به اینکه شاغل نباشد.
 - ز. خواهری که در کفالت متوفی باشد جز در صورتی که شوهر داشته یا شاغل باشد.
 - ح. نوه‌هایی که تحت کفالت متوفی بوده‌اند پسر تا سن ۱۹ سال و در صورت تحصیل تا سن ۲۳ سال تمام و دختر جز در صورتی که شوهر داشته یا شاغل باشند.

تبصره ۱- هر یک از مستمری‌بگیران چنانچه به بیماری غیرقابل علاج و یا نقص عضو مبتلا گردند به طوری که برابر تشخیص کمیسیون عالی پزشکی برای همیشه قادر به تأمین معاش خود نباشند مستمری آنان مادام‌العمر پرداخت خواهد شد.

تبصره ۲- مستمری‌بگیران در طول خدمت دوره ضرورت نیز از حقوق مستمری برخوردار خواهند.

۶. ماده ۸۶. وراثت قانونی از لحاظ این قانون عبارتند از: فرزندان و زوج یا زوجه دائمی و مادر و پدری که در کفالت متوفی بوده‌اند و همچنین نوادگانی که پدر و مادرشان فوت شده و در کفالت متوفی می‌باشند با دارا بودن شرایط زیر:

الف. فرزندان و نوادگان ذکور از بیست سال کمتر داشته باشند مگر اینکه به موجب مدارک مثبت در یکی از دانشگاه‌ها یا مؤسسات آموزشی رسمی عالی مشغول تحصیل باشند و در این صورت نیز حقوق وظیفه آنها در پایان بیست و پنجمین سال عمر آنان قطع خواهد شد.
ب. فرزندان و نوادگان اناث تا بیست سالگی به شرط نداشتن شوهر ولی اگر به موجب مدارک مثبت در یکی از دانشگاه‌ها یا مؤسسات آموزشی رسمی عالی مشغول تحصیل باشند و شوهر نداشته باشند حقوق وظیفه آنان در پایان بیست و پنجمین سال عمر آنان قطع خواهد شد (بند ۳ ماده ۴۸ قانون حمایت خانواده).

ت. مادر متوفی به شرط نداشتن شوهر.

ث. عیال دائمی متوفی تا زمانی که شوهر اختیار نکرده باشد.

ث. شوهر در صورتی که علیل و از کار افتاده و تحت کفالت عیال متوفی خود بوده باشد.

ج. فرزندان و نوادگان علیل یا ناقص‌العضو مستخدم متوفی که قادر به انجام کار نباشند مادام‌العمر.

کتابنامه

- ابن قدامه، عبدالرحمن (۱۴۰۱ق). شرح‌الکبیر. بی‌جا: دار‌الکتاب العربی.
اراکي، محمدعلی (۱۴۱۳ق). رساله فی الارث. بی‌جا: مؤسسه در راه حق.
اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۲). حقوق جزای عمومی. تهران: گنج دانش.
امامی، حسن (۱۳۸۴). حقوق مدنی. تهران: کتابفروشی اسلامیة.
امامی، محمد و استوارسنگری، کورش (۱۳۹۷). حقوق اداری. تهران: میزان.
بجنوردی، محمد (۱۳۷۹). قواعد فقهیه. بی‌جا: مؤسسه چاپ و نشر عروج.

- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۰). مبسوط در ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۱). محشی قانون مدنی. تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۲). ارث. تهران: گنج دانش.
- شاهرودی، سید محمود (۱۳۸۷). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (علیهم السلام). مؤسسه دایره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام).
- حزرمی، عبدالرحمن بن محمد (۱۴۳۰ق). بغیه المسترشدين. ابوظبی: دارالفقیه.
- حکیم، محمدسعید (۱۴۱۸ق). منهاج الصالحین. بی‌جا: مؤسسه المناره.
- رحمانی، محمد (۱۳۷۶). مجله فقه اهل البيت (علیهم السلام). بی‌جا: بی‌نا.
- زحیلی، وهب (۱۳۷۱). فقه الاسلامی و ادلته. بی‌جا: مدین.
- سرخسی، محمد بن احمد (۱۴۰۶ق). المبسوط. بیروت: دارالمعرفه.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۳ق). مسالک الافهام. بی‌جا: مؤسسه معارف اسلامی.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۱). ارث. تهران: مجد.
- صاحب جواهر، محمدحسن (۱۴۰۱ق). جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام. بی‌جا: دارالاحیاء التراث.
- صانعی، یوسف (۱۴۲۱ق). فقه‌التقلین. بی‌جا: مؤسسه فقه‌التقلین.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق). الخلاف. بی‌جا: دفتر انتشارات اسلامی.
- علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق). قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام. بی‌جا: مؤسسه نشر اسلامی.
- فخرالمحققین حلی، محمد بن حسن (۱۳۸۷). ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات قواعد. بی‌جا: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
- قاسم‌زاده، سیدمرتضی (۱۳۹۱). ارث. تهران: دادگستر.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹). ارث. تهران: میزان.
- گلپایگانی، محمدرضا (۱۳۷۵). مجمع‌المسائل. بی‌جا: دارالقرآن الکریم.
- مامقانی، عبدالله (۱۴۰۴ق). مناهج‌المتقین. چاپ سنگی، بی‌جا: مؤسسه آل‌البیت (علیهم السلام).
- محمدی، ابوالحسن (۱۳۶۰). قتل از موانع ارث است. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، (۲۲)، صص. ۱۹۷-۲۱۴.
- موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم (۱۳۸۹). کتاب فقه‌الحدود و التعزیرات. قم: انتشارات دانشگاه مفید.

مطالعه فقهی حقوقی محرومیت معاون قتل عمد از ارث... / علی طهماسبی و علی شیرازی پژوهش‌های حقوق اسلامی ۷۱

میرمحمد صادقی، حسین (۱۳۹۲). جرایم علیه اشخاص. تهران: میزان.
نعیمی، عمران و پرتو، حمیدرضا (۱۳۹۴). حقوق تأمین اجتماعی: با تأکید بر حوزه بیمه‌ای.
تهران: انتشارات سمت.

بررسی تطبیقی دعوای غیرمستقیم در حقوق ایران، فرانسه و مصر با محوریت حقوق ایران

بهزاد جیهونی*

سید محمد تقی علوی**

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۹/۱۸

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۰/۲۳

نوع مقاله: پژوهشی

چکیده

دعوای غیرمستقیم به عنوان استثنائی بر اصل نسبی بودن اثر قراردادهای به طلبکاران بدون وثیقه و طلبکاران دارای وثیقه‌ای که ارزش وثیقه آنان به اندازه طلبشان نیست، تحت شرایطی اجازه دخالت در امور حقوقی بدهکار اصلی را می‌دهد. این اقدام به دلیل وارد شدن حاصل دعوا در دارایی بدهکار اصلی، به نفع سایر طلبکاران که در این دعوا شرکت نداشته‌اند نیز می‌باشد. با مطالعه تطبیقی این نهاد در حقوق ایران، فرانسه و مصر متوجه متروک بودن و در نهایت نسخ این نهاد (ماده ۳۶ قانون اعسار) در حقوق ایران می‌شویم که این امر با توجه به مصالح طلبکاران و آثار این نهاد در عرصه عمل قابل انتقاد به نظر می‌رسد. اما در حقوق فرانسه و مصر این نهاد مورد تجزیه و تحلیل حقوق دانان قرار گرفته و رویه قضائی فرانسه نیز در این خصوص بسیار فعال بوده است. هدف از مطالعه حقوق دو کشور مذکور با حقوق ایران، شناسایی شرایط اقامه این دعوا، ماهیت، قلمرو و آثار آن در عرصه عمل می‌باشد تا از این طریق خلأها و نقاط قوت این نهاد هر چند منسوخ در حقوق ایران روشن شود. پژوهش حاضر می‌تواند راهگشای قانون‌گذار در جهت احیاء مجدد این نهاد و پیش‌بینی قوانین مرتبط با آن در حقوق ایران باشد. همچنین در این پژوهش تفاوت دعوای غیرمستقیم با نهادهای مشابه نیز بیان شده تا از خلط موضوع جلوگیری کرده و از شناسایی نهادهایی مانند دعوای معامله به قصد فرار از دین، دعوای مشتق و ماده ۴۱۸ قانون تجارت به عنوان مصادیقی از دعوای غیرمستقیم جلوگیری شود.

واژگان کلیدی: دعوای غیرمستقیم، اصل نسبی بودن اثر قراردادهای، ماده ۳۶ قانون اعسار، دعوای مشتق، دعوای معامله به قصد فرار از دین.

* دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران.

Jeiyouni98@ms.tabrizu.ac.ir

** استاد، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران (نویسنده مسئول).

alavi@tabrizu.ac.ir



مقدمه

طلبکاران بدون وثیقه همواره در معرض سوءنیت بدهکار خود قرار دارند و نگرانند که آیا در سررسید طلبشان پرداخت خواهد شد؟ یا با بدهکاری روبه‌رو می‌شوند که دارای او کفاف پرداخت دیون وی را نمی‌کند؟ قانون‌گذار همواره بر این موضوع واقف بوده و اقدامات قابل دسترسی را برای طلبکاران بدون وثیقه و یا طلبکاران دارای وثیقه‌ای که ارزش وثیقه آنها کمتر از میزان طلب آنان است پیش‌بینی کرده است. هر یک از این اقدامات دارای مکانیسم مختص به خود می‌باشند؛ تا از کاهش حق طلبکار جلوگیری کنند. یکی از این اقدامات قابل دسترسی، دعوای غیرمستقیم^۱ می‌باشد که منشأ این دعوا به حقوق روم بازمی‌گردد (Weill & Terré, 1980, p. 938)، که در حقوق فرانسه و مصر، بالاخص فرانسه به‌طور مفصل بحث شده و رویه قضائی نیز خلأهای قانونی را پر کرده است. با توجه به همین رویه قضائی، در اصلاح بخش حقوق تعهدات قانون مدنی فرانسه مصوب ۱۰ فوریه سال ۲۰۱۶ تعریف دقیق‌تری از دعوای غیرمستقیم ارائه شده است. در مواردی هم که قانون جدید نسبت به آن ساکت است به رویه قضائی مراجعه می‌شود. همچنین در حقوق مصر نیز در گذر زمان تعریف ارائه شده دقیق‌تر شده است. اما در حقوق ایران برخلاف حقوق دو کشور مذکور نه تنها تعریف دقیق‌تری از دعوای غیرمستقیم در قانون‌گذاری‌های اخیر ارائه نشده بلکه به کلی از چرخه قواعد حقوقی قابل اعمال خارج شده است. ظاهراً دلیل این امر متروک ماندن نهاد دعوای غیرمستقیم و عدم توجه به آثاری بود که می‌توانست در عرصه عمل ایجاد کند.

دعوای غیرمستقیم علاوه بر حقوق کشورهای فرانسه و مصر در حقوق کشورهای دیگری مثل سوریه، عراق و لبنان نیز پیش‌بینی شده است (فرج‌الصد، ۱۹۷۴م، ص. ۵۴۲). هدف از مطالعه تطبیقی این موضوع در حقوق ایران با حقوق کشورهای فرانسه و مصر به دلیل غنی‌تر بودن حقوق آنان نسبت به سایر کشورها می‌باشد. ضرورت بحث نیز با نسخ این نهاد در حقوق ایران افزایش می‌یابد که چرا قانون‌گذار باید نهادی را که بعضاً در شرایطی آخرین راه چاره طلبکاران می‌باشد را از بین ببرد؟ درحالی‌که این نهاد حقوقی به دلیل مصلحت طلبکاران فوق‌الذکر پیش‌بینی شده بود، اما با نسخ آن، جای خالی آن در قوانین بیشتر احساس می‌شود. عدم بررسی شرایط و آثار این نهاد نیز باعث شده است که برخی دعوای معامله به قصد فرار از دین، مشتق و ماده ۴۱۸ قانون

تجارت را نوعی دعوای غیرمستقیم تعبیر کنند که با توجه به مباحث آتی مشاهده خواهیم کرد که این سه نهاد (دعای معامله به قصد فرار از دین، مشتق و ماده ۴۱۸ قانون تجارت) جدای از دعوای غیرمستقیم می‌باشند.

۱. مفهوم دعوای غیرمستقیم

در حقوق فرانسه دعوای غیرمستقیم به دعوایی اطلاق می‌شود که توسط طلبکار، به نام و به حساب بدهکار خود (بدهکار اصلی) بر بدهکار بدهکار (بدهکار فرعی)^۲ اقامه می‌شود (Terré; Simler; Lequette & Chénéde, 2019, p. 1629). اجازه طرح چنین دعوایی توسط ماده ۱۱۶۶ قانون مدنی سابق فرانسه صادر شده بود (Henry & Venandet; Wiederkehr; Jacob & Tisserand-Martin, 2005, p. 1070) که بیان می‌داشت: «طلبکاران می‌توانند همه حقوق بدهکارشان را اجرا و دعوی او را اقامه نمایند، مگر آن حقوق و دعوی که منحصر به شخص بدهکار باشد» (قانون مدنی فرانسه، ۱۳۸۰، ص. ۲۹). دعوای غیرمستقیم با اصلاح بخش حقوق تعهدات قانون مدنی فرانسه در ۱۰ فوریه سال ۲۰۱۶ میلادی در ماده ۱-۱۳۴۱ همچنان به قوت خود باقی است و به این صورت بیان شده است: «هر گاه اهمال بدهکار در اعمال حقوق و دعوی که جنبه مالی دارند حقوق طلبکار وی را به خطر بیندازد، وی می‌تواند آنها را از طرف بدهکار خود اعمال کند، به استثنای مواردی که منحصرأً قائم به شخص وی است» (Terré; Simler; Lequette & Chénéde, 2019, p. 1629).

در حقوق مصر نیز دعوای غیرمستقیم با دقت بیشتری نسبت به قانون مدنی سابق در بند یک ماده ۲۳۵ قانون مدنی فعلی (السنهوری، ۲۰۰۰م، ج ۲، ص. ۹۴۴) به این صورت پیش‌بینی شده است: «هر بستانکاری ولو مؤعد طلب او نرسیده باشد می‌تواند به نام مدیون خود کلیه حقوق این مدیون را اعمال کند مگر آن حقوقی که متصل به شخص یا غیرقابل توقیف‌اند» (قانون مدنی مصر، ۱۳۸۸، ص. ۷۵).

در حقوق ایران دعوای غیرمستقیم به دعوایی اطلاق می‌شود که طلبکار آن را اقامه می‌کند تا حقی را که مدیون بر دیگری دارد اجراء کند (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ص. ۳۵۳). در قانون مدنی ایران برخلاف فرانسه و مصر چنین نهادی پیش‌بینی نشده است. اما مستند این دعوا در حقوق ایران ماده ۳۶ قانون اعسار بود که مقرر می‌داشت: «در کلیه

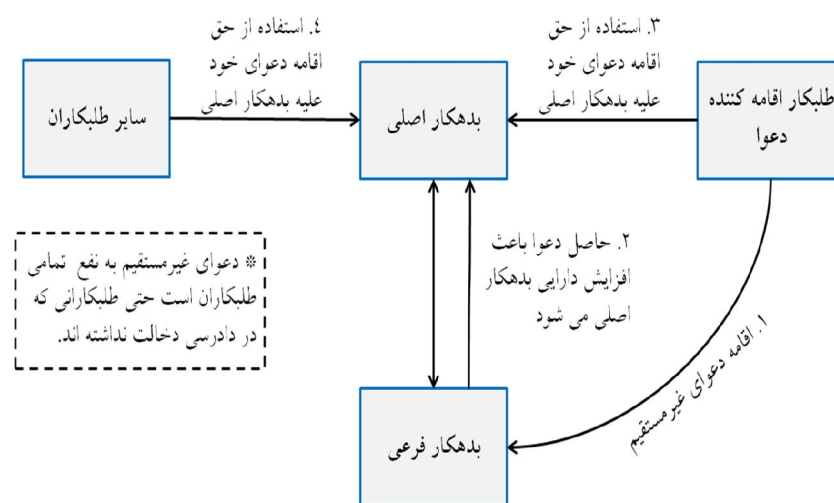
اختیارات و حقوق مالی مدعی اعسار که استفاده از آن مؤثر در تأدیه دیون او باشد، طلبکاران او قائم مقام مدعی اعسار بوده و حق دارند به جای او از اختیارات و حقوق مزبوره استفاده کنند». برای مثال اگر شخص «الف» دو میلیون تومان به شخص «ب» بدهکار باشد و شخص «ج» نیز همین مقدار را به شخص «الف» بدهکار باشد در این صورت شخص «ب» می‌تواند با اقامه دعوای غیرمستقیم علیه شخص «ج» پرداخت این مبلغ را به نفع شخص «الف» مطالبه کند. شاید ایراد شود که مستند موجود در حقوق ایران با مستندات اشاره شده در حقوق فرانسه و مصر متفاوت است و در حقوق کشورهای مذکور به اعسار یا ادعای اعسار بدهکار اشاره نشده، یا در حقوق ایران بحثی از حقوق متصل به شخص و یا اهمال بدهکار اصلی به میان نیامده است. در این خصوص باید گفت در حقوق فرانسه شرایط طرح این دعوا توسط رویه قضائی (Flour & Aubert & Savaux, 2015, p. 82) و در حقوق مصر در بند دو ماده ۲۳۵ قانون مدنی بیان شده است که در مباحث آتی به شرایط اقامه این دعوا در حقوق سه کشور خواهیم پرداخت. شایان ذکر است که برای اقامه دعوای غیرمستقیم لزومی به برابر بودن مقدار دو طلب نیست و فرقی نمی‌کند که مقدار طلب بدهکار اصلی از بدهکار فرعی از میزان طلب طلبکار از بدهکار اصلی کمتر باشد یا بیشتر، چون با اقامه دعوای غیرمستقیم می‌توان تمام آن را مطالبه کرد و خواننده (بدهکار فرعی) نمی‌تواند با این ادعا که طلب خواهان (طلبکار) کمتر از بدهی وی است از پرداختن تمام آن خودداری کند، زیرا دعوای غیرمستقیم وسیله بازگرداندن حق بدهکار اصلی به دارایی او است و خواننده به ایراداتی در مقابل طلبکار می‌تواند استناد کند که در برابر طلبکار وی (بدهکار اصلی) قابل استناد باشد، به عبارت دیگر طلبکاری که به نام بدهکار اصلی طرح دعوا می‌کند حق بیش از بدهکار خود ندارد (Flour; Aubert & Savaux, 2015, p. 88).

دلیل غیرمستقیم خواندن این دعوا این است که طلبکار آن را به نام و حساب بدهکار اصلی اقامه می‌کند و حاصل دعوا نهایتاً وارد دارایی بدهکار اصلی می‌شود که این امر هیچ حق تقدمی را برای طلبکار اقامه‌کننده دعوا نسبت سایر طلبکاران ایجاد نمی‌کند (Starck; Roland & Boyer, 1989, pp. 224-233). موفقیت‌آمیز بودن دعوای غیرمستقیم به نفع همه طلبکاران می‌باشد حتی طلبکارانی که در دادرسی شرکت نداشته‌اند. در حقوق مصر نیز در ماده ۲۳۶ قانون مدنی (۱۳۸۸، ص. ۷۵) این امر بیان

شده است. البته باید به این امر نیز توجه شود که دعوای غیرمستقیم توسط طلبکارِ بدهکار اصلی اقامه می‌شود نه شخص دیگر.

با توجه به موارد فوق به نظر می‌رسد که می‌توان چنین تعریفی از دعوای غیرمستقیم ارائه کرد که جامع افراد و مانع اغیار باشد: دعوای غیرمستقیم به دعوایی اطلاق می‌شود که طلبکار به نام و حساب بدهکار اصلی بر بدهکار فرعی اقامه می‌کند، تا حقوق و دعوای وی را که جنبه مالی و غیرشخصی داشته و در پیگیری آن‌ها قصور یا اهمال کرده را اعمال کند، در نتیجه حاصل دعوا بدون ایجاد حق تقدمی برای طلبکار اقامه‌کننده دعوا نسبت به سایر طلبکاران، وارد دارایی بدهکار اصلی می‌شود تا از اعسار وی جلوگیری کرده و یا مانع افزایش اعسار او شود.

مکانیسم دعوای غیرمستقیم در شکل (۱) قابل مشاهده است (Buffelan-Lanore & Larribau-Terneyre, 2010, p. 125).



شکل شماره ۱. مکانیسم دعوای غیرمستقیم

۲. دعوای غیرمستقیم استثنائی بر اصل نسبی بودن اثر قراردادها

اصل نسبی بودن اثر قراردادها بیان می‌دارد که اساساً آثار قرارداد بین طرفین و به تبع

ایشان بین قائم مقام آنها جریان می‌یابد (شهیدی، ۱۳۹۸، ص. ۱۰۹). ماده ۲۳۱ قانون مدنی ایران در خصوص اصل نسبی بودن قراردادها بیان می‌کند: «معاملات و عقود فقط درباره طرفین متعاملین و قائم مقام قانونی آنها مؤثر است مگر در مورد ماده ۱۹۶». از این ماده استنباط می‌شود که این اصل استثنای پذیر است (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ج ۳، صص. ۲۴۲-۲۴۳). بدیهی است که بستانکاران جزو اشخاص ثالث هستند (شعاریان و ترابی، ۱۳۹۵، ص. ۴۲۴) که در برخی از آثار فقهی نیز به این امر اشاره شده است (آل کاشف الغطاء، ۱۳۵۹ق، ج ۲، ص. ۹۸). پس در دعوی غیرمستقیم نیز که طلبکار اجازه دخالت در رابطه قراردادی بدهکار اصلی و فرعی را پیدا می‌کند این دعوا استثنائی بر اصل نسبی بودن اثر قراردادها می‌باشد. در حقوق فرانسه دعوی غیرمستقیم در بخش اثر عقد نسبت اشخاص ثالث مطرح شده است (Terré; Simler; Lequette & Chénéde, 2019, p. 1629)، حتی در طرح اصلاحی حقوق تعهدات فرانسه موسوم به طرح کاتالان^۳ دعوی غیرمستقیم در بخش آثار قرارداد نسبت به شخص ثالث و ذیل عنوان اقدامات قابل دسترس برای طلبکاران مطرح شده است (شعاریان و ترابی، ۱۳۹۵، ص. ۴۲۵).

در حقوق مصر نیز مانند حقوق فرانسه، قانون مدنی دعوی غیرمستقیم را به‌عنوان استثنائی بر اصل نسبی بودن اثر قراردادها بیان کرده اما برخی از حقوقدانان مصری معتقدند: قاعده کلی بر این است که طلبکار ثالث محسوب نمی‌شود در نتیجه طلبکار نیز متأثر از قراردادهای منعقد شده توسط بدهکار اصلی خواهد بود اما در مواردی مثل دعوی معامله به قصد فرار از دین طلبکار را ثالث فرض کرده‌اند (السنهوری، ۱۳۹۱، ج ۲، صص. ۷۵۰-۷۵۱).

۳. شرایط اقامه دعوی غیرمستقیم

دعوی غیرمستقیم چون امری استثنائی است و به دلیل پاره‌ای از مصالح اجازه طرح چنین دعوی به طلبکار داده شده است که در روابط قراردادی بدهکار اصلی و فرعی دخالت کند، پس باید دارای شرایطی باشد. این شرایط در حقوق سه کشور به‌صورت تقریباً یکسان بیان شده ولی در برخی از موارد تفاوت‌هایی را با هم دارند که به تفکیک این شرایط را بیان می‌کنیم:

۳-۱. در حقوق فرانسه

قانون مدنی فرانسه قبل از اصلاحات سال ۲۰۱۶ در مورد شرایط اقامه دعوای غیرمستقیم به صورت کامل تعیین تکلیف نکرده بود و این رویه قضائی بود که این شرایط را مشخص می‌کرد، ماده ۱-۱۳۴۱ قانون مدنی فرانسه نیز پس از اصلاح چند مورد از این شرایط را تأیید کرده است که برخی از این شرایط مربوط به طلبکار اقامه‌کننده دعوای غیرمستقیم است که برخی نیز مربوط به بدهکار اصلی می‌باشند (Terré; Simler; Lequette & Chénéde, 2019, p. 1636).

۳-۱-۱. شرایط مربوط به طلبکار اقامه‌کننده دعوای غیرمستقیم

اولاً. در حقوق فرانسه هر طلبکاری می‌تواند دعوای غیرمستقیم را علیه بدهکار فرعی اقامه کند و تفاوتی میان طلبکار دارای وثیقه و بدون وثیقه وجود ندارد به شرطی که نفع در اقامه این دعوای طلبکار وجود داشته باشد با این توضیح که: اگر طلبکار این دعوای غیرمستقیم را تا حقوق یا دعوای بدهکار اصلی را اعمال کند بدهکار اصلی یا دچار اعسار می‌شود (در معرض اعسار بودن بدهکار) و یا اعسار وی افزایش پیدا می‌کند (Terré; Simler; Lequette & Chénéde, 2019, pp. 1636-1637) و این توجیه امری منطقی است چراکه برای طلبکاران بدون وثیقه و یا طلبکارانی که وثیقه طلب آنان به اندازه خود طلب نیست دارایی بدهکار تنها راه وصول طلب آنان می‌باشد که وثیقه عمومی طلبکاران خوانده می‌شود و دعوای غیرمستقیم راهی برای جلوگیری از کاهش این وثیقه عمومی می‌باشد (Terré; Simler & Lequette, 2005, p. 1091).

ثانیاً. نیازی نیست که طلب طلبکار اقامه‌کننده دعوای غیرمستقیم به سند لازم‌الاجرا باشد چراکه در حقوق فرانسه دعوای غیرمستقیم عمل اجرائی محسوب نمی‌شود (Starck; Roland & Boyer, 1989, p. 228).

ثالثاً. طلب طلبکار باید قطعی باشد به عبارت دیگر متنازع‌فیه نباشد (Weill & Terré, 1980, p. 942).

رابعاً. طلب طلبکار نباید مدت‌دار باشد چراکه مشخص نیست آیا در سررسید طلب، بدهکار توان پرداخت آن را دارد یا ندارد (Flour; Aubert & Savaux, 2015, p. 85).

خامساً. فرقی نمی‌کند که زمان ایجاد طلب برای طلبکار مقدم یا متأخر بر زمان ایجاد حقی باشد که وی از طرف بدهکار اصلی اعمال می‌کند (Buffelan-Lanore & Larribau-Terneyre, 2010, p. 104).

سادساً. نیاز نیست که طلبکار قبل از اقامه دعوا، بدهکار اصلی را از اقدام خود مطلع کند و همچنین نیازی نیست که وی را نیز به دادرسی جلب کند (Starck, 1972, p. 776).

۳-۲. شرایط مربوط به بدهکار اصلی

اولاً. بدهکار باید در اعمال حقوق و دعاوی خود سهل‌انگاری و اهمال کند خواه این سهل‌انگاری و اهمال ناشی از تقصیر باشد یا عدم امکان برای اقدام در راستای پیگیری حقوق خود (Cabrillac, 2016, p. 403). اگر بدهکار از حقوق خود استفاده کند، طلبکاران دیگر نفعی برای اقامه دعوی غیرمستقیم ندارند. به عبارت دیگر نفع داشتن اولین شرط هر عملی است و همچنین نیازی به در نظر گرفتن نحوه عملکرد بدهکار نیست حتی اگر این کار را به طور نامطلوب انجام دهد طلبکاران وی مجاز نیستند که از طرف وی اقدامی را انجام دهند (Flour; Aubert & Savaux, 2015, p. 83). اهمال بدهکار زمانی مشخص می‌شود که وی هیچ‌گونه اهتمام در استفاده از حقوق خود را توجیه نکند، به این معنا که بار اثبات این امر به عهده طلبکار نیست (Flour; Aubert & Savaux, 2015, p. 83).

ثانیاً. بدهکار باید معسر باشد، یعنی بدهکار در شرایطی باشد که توان پرداخت دیون طلبکاران خود را نداشته باشد، در غیر این صورت عدم اقدام وی برای پیگیری حقوق خود برای طلبکاران ضرری نخواهد داشت چراکه پرداخت بدهی آنها به خطر نمی‌افتاد به عبارت دیگر عدم اقدام بدهکار باید همیشه حق طلبکار وی را به خطر بیندازد (Flour; Aubert & Savaux, 2015, pp. 83-84). اما همان‌طور که قبلاً اشاره شد اگر بدهکار در معرض اعسار باشد و حقوق و دعاوی خود را پیگیری نکند چون باعث به خطر افتادن حق طلبکاران می‌شود می‌توان دعوی غیرمستقیم را اعمال کرد (Weill & Terré, 1980, p. 942).

۲-۳. در حقوق مصر

۲-۳-۱. شرایط مربوط به طلبکار اقامه کننده دعوا

شرایط مربوط به طلبکار در حقوق مصر با حقوق فرانسه تقریباً یکسان است و از جهت دارای وثیقه بودن یا نبودن طلبکار اقامه کننده دعوا، متنازع‌فیه نبودن طلب وی، وجود نفع در اقامه دعوا، زمان تحقق طلب برای طلبکار اقامه کننده دعوا و مستند نبودن طلب طلبکار به سند لازم‌الاجرا با حقوق فرانسه تفاوتی ندارد (السنهوری، ۲۰۰۰م، ج ۲، صص. ۹۴۵-۹۴۶-۹۴۸-۹۴۹) چون‌که دعوای غیرمستقیم روش اجرایی محسوب نمی‌شود، حتی اگر مکانیسم دعوای غیرمستقیم راه را برای انجام عمل اجرایی بر روی مال بدهکار اصلی هموار کند باز هم بالذاته عمل اجرایی محسوب نمی‌شود (ابوالسعود، ۱۹۹۴م، ص. ۱۶۸). اما در حقوق مصر شرط نیست که حق طلبکار قابل پرداخت باشد، یعنی اگر حق طلبکار مؤجل و یا معلق نیز باشد باز هم حق وی موجود فرض می‌شود و قانونگذار حق طلبکار را در دوره تعلیق و همچنین در دوره‌ای که اجل فرا نرسیده به رسمیت شناخته است (ابوالسعود، ۱۹۹۴م، ص. ۱۶۷).

در خصوص حضور بدهکار اصلی در دعوای غیرمستقیم اقامه شده توسط طلبکار باید گفت طبق قسمت دوم بند دو ماده ۲۳۵ قانون مدنی مصر (۱۳۸۸، ص. ۷۵) که بیان می‌دارد: «نیازی نیست بستانکار به مدیون اخطار کند تا حقوقش را اعمال کند و لیکن باید در دادرسی‌ها مداخله کند» استنباط می‌شود که برخلاف حقوق فرانسه بدهکار باید در دادرسی شرکت کند. با حضور بدهکار اصلی در دعوای غیرمستقیم دو حالت ممکن است رخ دهد: یا بدهکار اصلی نسبت به دعوا موضع منفی می‌گیرد که در این صورت طلبکار مجبور می‌شود خود ادامه دعوا را پیگیری کند و یا بدهکار اصلی نسبت به دعوا موضع مثبت نشان می‌دهد که در این صورت بدهکار اصلی خود باید ادامه دعوا را پیگیری کند و نقش طلبکار به نظارت بر دفاعیات بدهکار اصلی محدود می‌شود (سعد، ۱۹۹۸م، ج ۲، ص. ۱۳۲).^۴

۲-۳-۲. شرایط مربوط به بدهکار اصلی

شرایط مربوط به بدهکار اصلی در حقوق مصر تفاوتی با حقوق فرانسه ندارد. چراکه اولاً. بدهکار اصلی باید در استفاده از حقوق خود سهل‌انگاری یا تقصیری داشته باشد

(ابوالسعود، ۱۹۹۴م، ص. ۱۷۰)؛ ثانیاً. قصور در اعمال حقوق خود باعث اعسار و یا افزایش اعسار وی شود (سعد، ۱۹۹۸م، ج ۲، ص. ۱۳۱)؛ اما در حقوق مصر برخلاف حقوق فرانسه بار اثبات عدم اعمال حقوق بدهکار به عهده طلبکار است، در این زمینه کافی است که طلبکار اثبات کند بدهکار اصلی از حق خود استفاده نکرده است و اگر حق خود را اعمال می‌کرد دچار اعسار یا افزایش اعسار نمی‌شد (ابوالسعود، ۱۹۹۴م، ص. ۱۷۰).

۳-۳. در حقوق ایران

در حقوق ایران برخلاف حقوق فرانسه و مصر، نه ماده ۳۶ قانون اعسار و نه رویه قضائی در زمان لازم‌الاجرا بودن این قانون آن‌طور که باید به شرایط اقامه دعوی غیرمستقیم اشاره‌ای نکرده‌اند. و به صورت جزئی می‌توان به این شرایط اشاره نمود: اولاً. از آنجا که ما دعوی غیرمستقیم را دعوا به مفهوم اخص آن یعنی حق مراجعه به مراجع صالح برای احقاق حق می‌دانیم پس باید دارای شرایط عمومی اقامه دعوا مانند سایر دعاوی می‌بود. این شرایط عبارتند از: نفع، سمت در صورت اقامه دعوا به نمایندگی از طرف اصیل و داشتن اهلیت (شمس، ۱۳۹۵، ج ۱، ص. ۲۸۲). البته صلاحیت دادگاه صالح هم حسب مورد باید مدنظر قرار می‌گرفت. ثانیاً. طلب طلبکار باید مستند به سند لازم‌الاجرا می‌بود تا می‌توانست اختیارات و حقوق بدهکار خود را اعمال کند که این شرط از موارد ۲۰ و ۲۱ و از لحن سایر مواد قانون اعسار استنباط می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ص. ۳۶۱).

ثالثاً. بدهکار باید در برابر اجرای حکم یا سند مدعی اعسار می‌شد و نیازی به اثبات ادعای اعسار خود در دادگاه نداشت همین که طلبکار مالی از وی جهت وصول طلب خود پیدا نمی‌کرد و یا خود بدهکار ظرف مدت معین مالی به مأمور اجراء معرفی نمی‌کرد در حکم مدعی اعسار بود (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ص. ۳۶۲). در خصوص اهمال و سهل‌انگاری بدهکار اصلی در قانون و رویه قضائی تعیین تکلیفی نشده بود. اما در خصوص اینکه آیا طلبکاران دارای وثیقه هم می‌توانستند این دعوا را اقامه کنند یا نه به نظر می‌رسد در محدوده داشتن نفع برای طلبکار می‌توان به این سؤال به این صورت پاسخ داد که: اگر ارزش وثیقه طلبکار دارای وثیقه به مقدار طلب

خود نبود وی در اقامه دعوا دارای نفع بوده است چراکه برای افزایش دارایی بدهکار اصلی و در نتیجه برای وصول بقیه طلب خود این دعوا را اقامه می‌کرد، اما در خصوص طلبکار دارای وثیقه‌ای که ارزش وثیقه‌ی وی به مقدار طلب او بوده، نفعی برای وی در اقامه دعوی غیرمستقیم وجود نداشت.

۴. قلمرو دعوای غیرمستقیم

برای تعیین قلمرو دعوای غیرمستقیم باید به موادی که اجازه طرح چنین دعوایی را می‌دهند از جهت عبارات به کار رفته در آنها توجه کرد.

۴-۱. در حقوق فرانسه

در ماده ۱۱۶۶ قبل از اصلاح قانون مدنی فرانسه با توجه به کار بردن عبارت «حقوق و دعوای^۱» و عبارت «مگر آن حقوق و دعوای که قائم به شخص بدهکار باشد^۲» قلمرو این دعوا مشخص شده بود (-Henry; Venandet; Wiederkehr; Jacob & Tisserand; Martin, 2005, p. 1070). اما در بخش اصلاح شده حقوق تعهدات قانون مدنی فرانسه در ماده ۱-۱۳۴۱ به جای استفاده از عبارت «حقوق و دعوای» از عبارت «حقوق و دعوای که جنبه مالی دارند^۳» استفاده شده است چراکه قبل از اصلاح قانون در رویه قضائی، حقوق و دعوای بدهکار محدود به حقوق و دعوای شده بود که جنبه مالی داشتند که در نهایت در اصلاح قانون نیز در ماده مربوطه پیش‌بینی شد، اما عبارت دوم همچنان در قانون جدید نیز به قوت خود باقی است (Terré; Simler; Lequette & Chénédé, 2019, p. 1629). در خصوص حقوق و دعوای که جنبه مالی داشته و قائم به شخص نباشند باید گفت اصولاً هر طلبکاری در صورتی که شرایط اقامه دعوای غیرمستقیم را داشته باشد، می‌تواند این حقوق و دعوای را اعمال کند و دارایی بدهکار را افزایش دهد، لازم به ذکر است که هدف از دعوای غیرمستقیم افزایش دارایی بدهکار است که وثیقه عمومی طلبکاران محسوب می‌شود (Terré; Simler & Lequette, 2005, p. 1091). برای مثال در خصوص حقوق بدهکار اصلی، اگر بدهکار اصلی دارای حق رهنی باشد و در اعمال حق خود اهمال ورزد که باعث به خطر افتادن حقوق طلبکار خود شود، طلبکار در صورت لزوم حق دارد از این حق بدهکار استفاده

کند (Flour; Aubert & Savaux, 2015, p. 86). اقامه دعوی تأمین خواسته در قالب مکانیسم دعوی غیرمستقیم نیز مثالی برای دعوی است که قائم به شخص بدهکار اصلی نیست (Starck, 1972, p. 778). اما منظور از حقوق و دعوی قائم به شخص آنهایی هستند که فقط بدهکار اصلی می‌تواند از آنها استفاده کند (Flour; Aubert & Savaux, 2015, p. 87) و دو حالت برای این حقوق و دعوی قابل تصور است: اولاً. حقوق و دعوی که نه تنها دارای جنبه مالی نیستند بلکه صرفاً قائم به شخص محسوب می‌شوند مثل حقوق مربوط به خانواده و دعوی طلاق که نمی‌تواند داخل در قلمرو این دعوا شود چراکه اقامه دعوی طلاق به وسیله طلبکار از طرف بدهکار اصلی نه تنها باعث افزایش دارایی وی نمی‌شود بلکه اقامه این دعوا قائم به شخص بدهکار اصلی است؛

ثانیاً. حقوق و دعوی که دارای جنبه مالی هستند و اعمال آن باعث افزایش دارایی بدهکار می‌شود اما منحصراً قائم به شخص هستند باز هم قابل اعمال توسط دعوی غیرمستقیم نیستند، مثلاً زوجه که بدهکار اصلی است و نفقه وی پرداخت نشده است طلبکار وی نمی‌تواند دعوی غیرمستقیم برای مطالبه نفقه را مطرح کند و یا طلبکار نمی‌تواند درخواست تفکیک اموال بین همسران را داشته باشد چراکه روابط بین زوج و زوجه را مختل می‌کند و همچنین است ادعای جبران خسارت ناشی از توهین یا افترا (Weill & Terré, 1980, pp. 940-941).

التهایه باید گفت قلمرو دعوی غیرمستقیمی که قانون به طلبکار اعطاء کرده نمی‌تواند تا آنجا پیش رود که مدیریت دارایی بدهکار اصلی را به طلبکار وی بسپارد (Flour; Aubert & Savaux, 2015, p. 86).

۴-۲. در حقوق مصر

با توجه به بند اول ماده ۲۳۵ قانون مدنی مصر (۱۳۸۸، ص. ۷۵) که بیان می‌دارد: «طلبکار می‌تواند کلیه حقوق مدیون خود را اعمال کند مگر آن حقوقی که متصل به شخص یا غیرقابل توقیف‌اند» چند نکته قابل توجه است:

اولاً. با اینکه در ماده مزبور به حقوق مالی اشاره نشده است ولی چون دعوی غیرمستقیم راهی برای افزایش دارایی بدهکار اصلی است پس منظور از حقوق در

این ماده همان حقوق مالی است و در حقوق مصر نیز بستانکار حق دخالت گسترده در امور بدهکار اصلی را ندارد، برای مثال او نمی‌تواند معامله‌ای را از جانب خود قبول کند حتی اگر این معامله سودآور باشد و دارایی طلبکار را افزایش دهد (السنهوری ۲۰۰۰م، ج ۲، صص. ۹۶۲-۹۶۵).

ثانیاً حقوق غیرمالی قائم به شخص می‌باشند و جزء دارایی بدهکار اصلی محسوب نمی‌شود و به همین دلیل است که استفاده از حق طلاق بدهکار اصلی و یا اقامه دعوای نسب ممکن نیست، زیرا مرتبط با احوال شخصیه است، حتی اگر حق اثر مالی بر دارایی بدهکار اصلی داشته باشد ولی مربوط به حقوق خانواده باشد باز هم نمی‌توان این حق را اعمال کرد مثل اقامه دعوای مطالبه نفقه (السنهوری، ۲۰۰۰م، ج ۲، ص. ۹۶۵). لازم به ذکر است که معیار تمیز حقوقی که قائم به شخص است با حقوقی که قائم به شخص نیست ملاحظات اخلاقی می‌باشد مثل حق آسیب دیدگان در جبران خسارت معنوی که متحمل شده‌اند (السنهوری، ۲۰۰۰م، ج ۲، ص. ۹۶۶). در این خصوص باید گفت اگر بدهکار اصلی در اثر تصادم دو خودرو همسر خود را از دست داده و دچار آسیب روحی و روانی شود طلبکار نمی‌تواند برای دریافت خسارت معنوی بدهکار اصلی به علت از دست دادن همسر وی علیه مقصر حادثه اقامه دعوای غیرمستقیم کند و همچنین است در دریافت خسارت معنوی ناشی از توهین و افترا، اما لازم به ذکر است که اگر در خصوص میزان خسارت وارده به بدهکار اصلی، میان بدهکار اصلی و فرعی اختلافی وجود داشته باشد، طلبکار می‌تواند از طریق دعوای غیرمستقیم برای تعیین تکلیف میزان خسارت وارده علیه بدهکار فرعی اقدام کند چون در این صورت حق جنبه مالی یافته (ابوالسعود، ۱۹۹۴م، ص. ۱۶۳) و از دایره قائم به شخص بودن بدهکار اصلی خارج می‌شود (سعد، ۱۹۹۸م، ج ۲، ص. ۱۲۸).

۴-۳. در حقوق ایران

با توجه به ماده ۳۶ قانون اعسار باید گفت طلبکار بر دارایی بدهکار حق پیدا می‌کرد نه بر شخص او پس حقوق غیرمالی و آنچه که مربوط به شخصیت و احوال شخصی بدهکار بود توسط طلبکار قابل اعمال نبود مثلاً طلبکار نمی‌توانست زن بدهکار را

طلاق دهد یا در برابر ادعای همسر او در مورد مهریه یا نفقه از بدهکار اصلی دفاع کند (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ص. ۳۶۳). در حقوق ایران نیز قلمرو دعوای غیرمستقیم آن‌چنان گسترده نبود که طلبکار بر امور مالی بدهکار سلطه داشته باشد و در زندگی اقتصادی وی دخالت کند (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ص. ۳۶۸). به عبارت دیگر مانند حقوق فرانسه مدیریت دارایی بدهکار اصلی به طلبکار سپرده نمی‌شد که این امر در نتیجه اصل عدم ولایت بود چراکه هیچ‌کس بر دیگری ولایت ندارد مگر در حدودی که قانون معین می‌کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵، ص. ۵۲). قانون در خصوص اجازه طلبکار نسبت به اعمال حقوق قائم به شخص و غیرمالی بدهکار اصلی مجوزی صادر نکرده بود و اگر این ماده به صورت موسع تفسیر می‌شد امکان اداره دارایی بدهکار اصلی توسط طلبکار وجود داشت که برخلاف نهاد ورشکستگی هیچ نظارتی هم بر آن اعمال نمی‌شد (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ص. ۳۵۹).

در حقوق ایران تا قبل از نسخ قانون اعسار مصوب ۱۳۱۳ قلمرو دعوای غیرمستقیم تقریباً به وسعت قلمرو حقوق فرانسه و مصر بود. اما متأسفانه با توجه به نسخ این قانون توسط ماده ۲۹ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴، دعوای غیرمستقیمی که در زمان حیات بدهکار اصلی اقامه می‌شود اصلاً وجود ندارد که بخواهد دارای قلمرو باشد. نسخ ماده ۳۶ قانون اعسار به تبع نسخ قانون مربوطه اقدامی عجیب و قابل انتقاد به نظر می‌رسد چراکه ماده‌ای مشابه ماده ۳۶ قانون اعسار در قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴ پیش‌بینی نشده است. در حالی که یکی از اهداف نسخ قوانین قبلی پیش‌بینی قواعدی نو در قانون متأخر است (کاتوزیان، ۱۳۹۴، ج. ص. ۱۶۷) که در مورد فوق نه تنها قاعده جدیدی در خصوص دعوای غیرمستقیم پیش‌بینی نشده بلکه به کلی از چرخه قواعد حقوقی قابل اعمال خارج شده است. این امر برخلاف آن چیزی است که در حقوق فرانسه و مصر اتفاق افتاده است. چراکه در حقوق فرانسه هم قبل از اصلاح قانون مدنی این نهاد پیش‌بینی شده بود و هم در قانون اصلاح شده فعلی این نهاد با دقت بیشتری نگاشته شده است (Terré; Simler; Lequette & Chénéde, 2019, p. 1629)، که این امر در حقوق مصر نیز با توجه به قانون مدنی سابق و قانون مدنی فعلی آنها صادق است (السنهوری، ۲۰۰۰م، ج ۲، ص. ۹۴۴). به نظر می‌رسد دلیل اهمیت موضوع این امر باشد که دعوای غیرمستقیم

شاید تنها راه افزایش دارایی بدهکار اصلی توسط طلبکاران او در برخی موارد باشد و حذف چنین نهادی از دایره قواعد حقوقی قابل اعمال به مصلحت طلبکاران بدون وثیقه و یا طلبکارانی که وثیقه کافی ندارند نیست. البته لازم به ذکر است که به اعتقاد برخی دعوای غیرمستقیم حتی در زمانی که نسخ نشده بود نیز در عمل متروک مانده بود (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ص. ۳۵۸) اما متروک ماندن یک نهاد حقوقی مجوزی برای نسخ آن نیست و حتی اگر به این دلیل نسخ شده باشد با توجه به مصالح آن به نفع برخی از طلبکاران که ذکر شد باید در قانون جدید دوباره پیش‌بینی می‌شد تا از متروک ماندن آن جلوگیری شود.

۵. ماهیت حقوقی دعوای غیرمستقیم

در تحلیل ماهیت حقوقی دعوای غیرمستقیم باید دو نظریه قائم‌مقامی و نمایندگی را بررسی کنیم. قائم‌مقامی یعنی کسی که به‌طور مستقیم و یا به‌وسیله نماینده خود در تراضی شرکت نداشته ولی در نتیجه انتقال تمام یا بخشی از دارایی یکی از دو طرف به وی جانشین طرف قرارداد و عهده‌دار و بهره‌مند از اجرای آن شده است (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ج ۳، ص. ۲۴۶). نمایندگی یعنی شخصی تحت عنوان نماینده در انجام یک عمل حقوقی به نام و به حساب شخص دیگر اقدام کند به طوری که آثار آن عمل حقوقی به‌صورت مستقیم متوجه آن فرد باشد نه نماینده (بیات و بیات، ۱۳۹۶، ص. ۱۲۸).

۵-۱. در حقوق مصر

در حقوق مصر در ماده ۲۳۶ قانون مدنی (۱۳۸۸، ص. ۷۵) به صراحت به نمایندگی طلبکار اذعان شده است. اما حقوق‌دانان مصری معتقدند که این نمایندگی، نوع خاصی از نمایندگی می‌باشد که برخی از مقررات آن برخلاف قواعد عام نمایندگی است با این توضیح که:

اولاً. در دعوای غیرمستقیم مصلحت‌نائب (طلبکار) مورد نظر قانون‌گذار بوده است نه اصیل (بدهکار اصلی) این در حالی است که در نمایندگی عادی مصلحت منوب‌عنه ملاک است (ابواسعود، ۱۹۹۴م، ص. ۱۷۳).

ثانیاً. در دعوای غیرمستقیم با اینکه طلبکار به نمایندگی از بدهکار اصلی عمل می‌کند

اما قانون‌گذار حضور اصیل (بدهکار اصلی) را نیز لازم می‌داند تا حکم صادره در مورد وی نیز معتبر باشد (سعد، ۱۹۹۸م، ج ۲، ص. ۱۲۸) درحالی‌که طبق قواعد عام نمایندگی حضور اصیل در دعوا ضرورتی ندارد (ابوالسعود، ۱۹۹۴م، ص. ۱۷۳). ثالثاً طبق قواعد عام نمایندگی اگر اصیل محجور باشد نایب باید مراحل و تشریفات مقرر قانونی را در مورد وی رعایت کند، مثلاً شخص محجور نمی‌تواند برای خود نایب بگیرد و ولی یا قیم وی باید برای او شخصی را به‌عنوان نایب انتخاب کند درحالی‌که در دعوی غیرمستقیم اگر بدهکار اصلی صغیر باشد طلبکار وی می‌تواند بدون رعایت مراحل قانونی در این خصوص به نمایندگی از وی عمل کند (ابوالسعود، ۱۹۹۴م، ص. ۱۷۳). به‌عبارت‌دیگر نمایندگی طلبکار در این خصوص از نوع نمایندگی قانونی می‌باشد (سعد، ۱۹۹۸م، ج ۲، ص. ۱۲۵).

۲-۵. در حقوق فرانسه

در حقوق فرانسه با اینکه در قانون مدنی به این موضوع اشاره‌ای نشده اما برخی از حقوق‌دانان فرانسوی معتقدند که ماهیت دعوی غیرمستقیم همان نمایندگی قانونی است (Starck; Roland & Boyer, 1989, p. 224). برخی از حقوق‌دانان فرانسوی اخیراً معتقدند که: هر چند طبق رویه قضائی سابق نمایندگی قانونی به‌عنوان ماهیت دعوی غیرمستقیم شناخته شده بود اما نمایندگی قانونی به‌عنوان ماهیت حقوقی این دعوی تطبیق کامل با مکانیسم دعوی غیرمستقیم ندارد و طلبکار اقامه‌کننده دعوا منافع شخصی خود را نیز در این دعوا دنبال می‌کند که برخلاف قواعد عام نمایندگی است (Terré; Simler; Lequette & Chénéde, 2019, p. 1630).

۳-۵. در حقوق ایران

در حقوق ایران نیز با اینکه در ماده ۳۶ قانون اعسار به قائم‌مقامی طلبکاران اشاره شده بود، اما برخی از حقوق‌دانان معتقدند که در حقوق ایران مقنن در استعمال دو اصطلاح نماینده و قائم‌مقام دقت کافی نداشته است و ماهیت این دعوا را نمایندگی قانونی و ولایت به‌معنای عام می‌داند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵، صص. ۷۵۶-۵۰۹). همچنین نیز برخی معتقدند که ماهیت این دعوا موقعیتی است بین قائم‌مقامی و نمایندگی، چراکه

وقتی طلبکار دعوا را به نام و حساب بدهکار اصلی مطرح می‌کند شبیه نماینده است ولی چون با اقامه دعوا و پیروزی در آن خود نیز از آن منتفع می‌شود شبیه قائم مقام است و معتقد هستند که اختیار طلبکار در دعوی غیرمستقیم به ولایت شبیه‌تر است تا وکالت به معنای خاص ولی چون ولایت در نظریه عام نمایندگی می‌گنجد می‌توان به طلبکار نماینده اطلاق نمود (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ص. ۳۵۴).

۶. آثار دعوی غیرمستقیم

اثر این دعوا نسبت به سه شخص باید مورد بررسی قرار گیرد.

۶-۱. اثر دعوا نسبت به بدهکار فرعی

۶-۱-۱. در حقوق فرانسه

در حقوق فرانسه بدهکار فرعی می‌تواند کلیه طرق دفاعی اعم از ایرادات دعوی را که در صورت اقامه دعوا توسط بدهکار اصلی قابل استناد بود، در دعوی غیرمستقیم نیز مطرح سازد (Weill & Terré, 1980, p. 945). این امری منطقی است چراکه طلبکار به نام و حساب بدهکار اصلی اقامه دعوا می‌نماید که در این صورت بدهکار فرعی در همان موقعیتی قرار می‌گیرد که اگر بدهکار اصلی اقامه دعوا می‌نمود قرار می‌گرفت (Flour; Aubert & Savaux, 2015, p. 88).

۶-۱-۲. در حقوق مصر

در حقوق مصر نیز مانند حقوق فرانسه بدهکار فرعی می‌تواند تمامی دفاعیاتی را که در صورت اقامه دعوا توسط بدهکار اصلی قابل استناد بود در دعوی غیرمستقیم مطرح سازد، مثلاً ادعای ایفای دین نماید و علت این امر اعمال مقررات مربوط به نمایندگی در اقامه دعوی غیرمستقیم می‌باشد (السنهوری، ۱۳۹۱، ج ۲، ص. ۷۷۲).

۶-۱-۳. در حقوق ایران

در حقوق ایران نیز مانند حقوق فرانسه و مصر، بدهکار فرعی می‌توانست تمام ایرادها و دفاعیاتی را که در برابر بدهکار اصلی قابل استناد بود در مقابل طلبکار اقامه‌کننده دعوا مطرح سازد هر چند که منشأ این ایرادها بعد از تاریخ تقدیم دادخواست دعوی

غیرمستقیم بوده باشد و حتی می‌توانست به تهاثر طلب خود از بدهکار اصلی استناد کند (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ص. ۳۷۰). ولی نمی‌توانست ایراد کند که چون طلب خواهان کمتر از بدهی اوست حق مطالبه تمام بدهی را ندارد چراکه دعوی غیرمستقیم وسیله بازگرداندن حق بدهکار اصلی به دارایی اوست، اما می‌توانست با پرداخت طلب خواهان نفع او در تعقیب دعوا را از بین ببرد و گریبان خود را در آن دادرسی نسبت به مبلغ اضافی رها کند (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ص. ۳۷۱).

۶-۲. اثر دعوا نسبت به بدهکار اصلی

۶-۲-۱. در حقوق فرانسه

در حقوق فرانسه با اقامه دعوی غیرمستقیم توسط طلبکار رابطه حقوقی بین بدهکار اصلی و فرعی تغییری نمی‌کند و بدهکار اصلی ممنوع از تصرف در دارایی خود نیست و می‌تواند خود علیه بدهکار فرعی اقامه دعوا نماید و در این صورت دعوایی که طلبکار اقامه نموده باید رد شود (Starck; Roland & Boyer, 1989, pp. 232-233). حتی بدهکار اصلی حق مصالحه با بدهکار فرعی را دارد و این امر نیز در مقابل طلبکار اقامه‌کننده دعوا قابل استناد است به شرطی که تقلبی در این امر نباشد (Terré; Simler; Lequette & Chénéde, 2019, p. 1642). در حقوق فرانسه برخی معتقدند که اگر بدهکار اصلی در دعوی غیرمستقیمی که توسط طلبکار طرح شده دخالتی نداشته باشد رأی صادره در این دعوا در برابر وی قابل استناد نیست چون نسبت به این دعوا شخص ثالث محسوب می‌شود و می‌تواند به‌عنوان ثالث به این رأی اعتراض کند و برای جلوگیری از این اثر طلبکار باید بدهکار اصلی را نیز به دادرسی جلب کند (Starck, 1972, p. 780). اما اخیراً برخی از حقوق‌دانان فرانسوی نظر مخالفی مطرح کرده‌اند و معتقدند رأیی که در دعوی اقامه شده توسط طلبکار صادر شده در مقابل بدهکار اصلی نیز قابل اجراء است زیرا طلبکار از طرف بدهکار اصلی عمل می‌کند انگار که نماینده وی می‌باشد (Flour; Aubert & Savaux, 2015, p. 89).

۶-۲-۲. در حقوق مصر

در حقوق مصر نیز با اقامه دعوی غیرمستقیم توسط طلبکار بدهکار اصلی حق اقامه

دعوا علیه بدهکار فرعی را حفظ می‌کند چون طلبکار فقط نایب است و قاعده این است که اصیل در تصرف بر حق خویش آزاد است (السنهوری، ۱۳۹۱، ج ۲، ص. ۷۶۹). حتی بدهکار اصلی می‌تواند با بدهکار فرعی مصالحه کند، اما در حقوق مصر برخلاف حقوق فرانسه همان‌طور که قبلاً ذکر شد بدهکار اصلی باید در دعوا حضور داشته باشد و این برخلاف نظریه نمایندگی می‌باشد چراکه طبق این نظریه حضور اصیل در دعوا ضروری نیست اما دلیل این استثناء، این امر می‌باشد که در این دعوا موضوع فقط به حفظ منافع بدهکار اصلی محدود نمی‌شود بلکه طلبکار اقامه‌کننده دعوا نیز دارای نفع می‌باشد و لازم است بدهکار اصلی در دعوا حضور داشته باشد تا بتواند بر روند دادرسی نظارت کرده و در صورت لزوم از حق خود دفاع کند و در غیر این صورت دعوا قابل پذیرش نیست و بدهکار فرعی می‌تواند به این مورد نیز ایراد وارد کند (السنهوری، ۲۰۰۰م، ج ۲، صص. ۹۷۰-۹۷۱-۹۷۲).

۶-۲-۳. در حقوق ایران

در حقوق ایران نیز نتیجه بحث همانند حقوق فرانسه و مصر بود و اختیار طلبکار در اعمال حقوق بدهکار اصلی مانع از تصرف وی در دارایی یا حقوق خود نمی‌شد و همین امر باعث کاهش ابتکار عمل طلبکار می‌شد (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ص. ۳۶۸). در خصوص اثر حکم صادر شده در دعوای غیرمستقیم نسبت به بدهکار اصلی برخی معتقد بودند که حکم در برابر وی قابل استناد بود (طبق اثر نمایندگی)، ولی اعتبار امر مختوم نداشت و بدهکار می‌توانست به‌عنوان ثالث بر آن اعتراض کند (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ص. ۳۷۰). اما به‌نظر می‌رسد حکم صادر شده در دعوای غیرمستقیم نسبت به بدهکار اصلی نیز دارای اعتبار امر مختوم بوده. چراکه وقتی معتقد بودند حکم صادره طبق اثر نمایندگی در برابر بدهکار اصلی قابل استناد است یعنی طلبکار به نمایندگی از بدهکار خود این دعوا را اقامه کرده است و بدهکار اصلی در دعوای غیرمستقیم اصیل محسوب می‌شود و حکم صادر شده در برابر اصیل دارای اعتبار است. به‌عبارت‌دیگر چون اتحاد اصحاب دعوا وجود داشت بدهکار اصلی نمی‌توانست به‌عنوان ثالث به حکم صادره اعتراض کند (کاتوزیان، ۱۳۹۶. الف، ص. ۱۶۸؛ شمس، ۱۳۹۵، ج ۱، ص. ۴۴۸).

۳-۶. اثر دعوا نسبت به طلبکار اقامه‌کننده دعوی غیرمستقیم و سایر طلبکاران

۱-۳-۶. در حقوق فرانسه

در حقوق فرانسه اگر دعوی غیرمستقیم موفقیت‌آمیز باشد اثر آن نسبت به طلبکار اقامه‌کننده دعوا و سایر طلبکاران به گونه‌ای خواهد بود که انگار بدهکار اصلی خود اقامه دعوا کرده است و حاصل این دعوا نیز وارد دارایی بدهکار اصلی می‌شود، که در نتیجه باعث افزایش دارایی بدهکار اصلی که وثیقه عمومی طلبکاران است می‌شود بدون اینکه برای طلبکار اقامه‌کننده دعوی غیرمستقیم کوچک‌ترین حق تقدیمی را ایجاد کند (Buffélan-Lanore & Larribau-Terneyre, 2010, p. 106). به عبارت دیگر زمانی طلبکار اقامه‌کننده دعوا به آسانی به حق خود می‌رسد که تنها وی طلبکار بدهکار اصلی باشد، اگر بدهکار اصلی طلبکاران متعدد داشته باشد و یا طلبکاری نیز داشته باشد که دارای طلب ممتاز است، طلبکار اقامه‌کننده دعوی غیرمستقیم با خطر روبه‌رو می‌شود (Starck; Roland & Boyer, 1989, p. 233).

۲-۳-۶. در حقوق مصر

در حقوق مصر طلبکار در صورت موفقیت در دعوی غیرمستقیم به تنهایی از نتیجه آن متأثر نمی‌شود چراکه رأی به نفع بدهکار اصلی صادر می‌شود نه به نفع طلبکار و فقط بدهکار اصلی مستقیماً از آن او سود می‌برد (السنهوری، ۲۰۰۰م، ج ۲، ص. ۹۷۶). دلیل این امر نیز روشن است چراکه طلبکار با اقامه دعوا به نمایندگی از بدهکار اصلی درخواست صدور رأی به نفع وی را می‌کند (السنهوری، ۱۳۹۱، ج ۲، ص. ۷۷۵). طبق ماده ۲۳۶ قانون مدنی مصر (۱۳۸۸، ص. ۷۵) حاصل دعوا وارد دارایی بدهکار اصلی می‌شود و وثیقه طلب تمامی طلبکاران خواهد بود. در صورتی که در بین طلبکاران، طلبکاری وجود داشته باشد که دارای طلب ممتاز است در این صورت قبل از بقیه حق خود را می‌گیرد (السنهوری، ۲۰۰۰م، ج ۲، ص. ۹۷۷).

۳-۳-۶. در حقوق ایران

در حقوق ایران نیز مانند حقوق دو کشور مذکور طلبکار اقامه‌کننده دعوا در صورت موفقیت در دادرسی هیچ برتری نسبت به سایر طلبکاران پیدا نمی‌کند و حاصل دعوا

وارد دارایی بدهکار اصلی می‌شد و راه چاره در این بود که طلبکار بر بدهکار اصلی نیز اقامه دعوا می‌کرد و ضمن آن تأمین طلب خود را از محل طلبی که بدهکار اصلی از خواننده دارد خواستار می‌شد (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ص. ۳۷۱). اما در فرضی که موضوع دعوای غیر مستقیم پول نبود و تسلیم عین معین یا انجام فعل بود اثر صدور حکم دادگاه می‌توانست مستقیماً به سود طلبکار اقامه‌کننده دعوا باشد، برای مثال اگر مستأجری برای تعمیر مورد اجاره به مؤجر رجوع می‌کرد و با اعسار وی مواجه می‌شد ولی به قصور معمار یا مقاطعه کار ساختمان پی می‌برد می‌توانست الزام وی را به تعمیر مورد اجاره بخواهد و در نتیجه موفقیت در دعوا و اجرای حکم، دعوا به سود وی تمام می‌شد (کاتوزیان، ۱۳۹۸، صص. ۳۷۱-۳۷۲).

۷. ماده ۲۳۵ قانون امور حسبی مصداق دعوای غیر مستقیم در حقوق ایران

این ماده مقرر می‌دارد: «بستانکار از متوفی نیز در صورتی که ترکه به مقدر کافی برای اداء دین در ید ورثه نباشد، می‌تواند بر کسی که او را مدیون متوفی می‌داند یا مدعی است که مالی از ترکه متوفی در ید اوست اقامه دعوا کند». در نگاه اول به نظر می‌رسد که این ماده از مصادیق دعوای مستقیم است چون ظاهراً باید طبق این ماده طلبکار دعوا را به نام و حساب خود اقامه کند ولی هدف این ماده برگرداندن حق متوفی (بدهکار اصلی) به ترکه وی است نه افزودن آن به دارایی طلبکار اقامه‌کننده دعوا که در دعوای مستقیم مرسوم است (کاتوزیان، ۱۳۹۸، صص. ۳۵۳-۳۷۳). دارایی مورث به‌عنوان واحد حقوقی تجزیه‌ناپذیر دارای شخصیت حقوقی است (کاتوزیان، ۱۳۹۶، ب، ص. ۱۴۰) و متوفی دارای حقوق و دیون ویژه‌ای است که باید با رعایت حق تقدم و تأخر قانونی و به نسبت میزان طلب طلبکاران به تساوی بین آنان تقسیم شود که به‌وسیله مدیر ترکه انجام خواهد گرفت و طلبکار نمی‌تواند با اقامه دعوا بر بدهکار فرعی حاصل دعوا را وارد دارایی خود کند زیرا نظم عادلانه ترکه میان طلبکاران را بهم می‌زند (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ص. ۳۵۳). با در نظر گرفتن ماده ۳۶ قانون اعسار و ماده ۲۳۵ قانون امور حسبی می‌توان نتیجه گرفت که حکم واحد قانون‌گذار در دو مصداق گوناگون در زمان حیات و مرگ بدهکار بیان شده است (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ص. ۳۵۶).

۸. نهادهای مشابه دعوای غیرمستقیم در حقوق ایران

۸-۱. دعوای معامله به قصد فرار از دین^{۱۰۹}

دعوای معامله به قصد فرار از دین نیز مانند دعوای غیرمستقیم یکی از اقدامات قابل دسترس برای طلبکاران می‌باشد که در متون فرانسوی نیز ذیل همین عنوان مورد بررسی قرار می‌گیرد. بررسی و بیان تفاوت این دو نهاد در حقوق ایران نیز مفید است. معامله به قصد فرار از دین عبارت از معامله‌ای است که مدیون اختیار و قصد انجام آن را دارد ولی هدف او این است که از این طریق از پرداخت دیون خود شانه خالی کند (کاتوزیان، ۱۳۹۴، ب، ج ۲، ص. ۲۷۳). ماده ۲۱۸ قانون مدنی بیان می‌کند: «هر گاه معلوم شود معامله با قصد فرار از دین به‌طور صوری انجام شده آن معامله باطل است» در ماده ۲۱۸ قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷ قید «صوری بودن معامله» وجود نداشت و این معامله غیرنافذ تلقی می‌شد ولی با افزودن قید فوق در اصلاح قانون مدنی در سال ۱۳۷۰ حکم معامله به قصد فرار از دینی که به‌طور صوری انجام نشده بود نامشخص ماند (بیات و بیات، ۱۳۹۶، ص. ۱۴۷). اما به اعتقاد برخی این معامله در برابر طلبکاری که با اقامه دعوا، به قصد فرار از دین بودن این معامله را ثابت کرده غیرقابل استناد است و این اثر تنها برای محکوم‌له پیش‌بینی شده و سایر طلبکاران برای استفاده از این اثر باید به‌عنوان ثالث وارد دعوا شوند (کاتوزیان، ۱۳۹۴، الف، صص. ۱۵۶-۱۵۷).

با توضیحات فوق می‌توان نتیجه گرفت: اولاً، طلبکار دعوای غیرمستقیم را به نام و حساب بدهکار اصلی اقامه می‌کند درحالی‌که در دعوای معامله به قصد فرار از دین طلبکار به نام و حساب خود این دعوا را قامه می‌کند. ثانیاً، در دعوای غیرمستقیم حاصل دعوا وارد دارایی بدهکار اصلی می‌شود درحالی‌که در دعوای معامله به قصد فرار از دین وقتی این معامله در برابر طلبکار قابل استناد نیست یعنی برای محکوم‌له چنین فرض می‌شود که اموال انتقال یافته همچنان به شخص مدیون (بدهکار اصلی) تعلق دارند و از دارایی وی خارج نشده‌اند که با حکم به قصد فرار از دین بودن معامله دوباره وارد دارایی وی شود. ثالثاً، طلبکار با پیروزی در دعوای غیرمستقیم باعث افزایش اموال بدهکار اصلی شده و سایر طلبکاران نیز از این اقدام سود می‌برند درحالی‌که با پیروزی طلبکار در دعوای معامله به قصد فرار از دین، تنها در مقابل وی

(محکوم‌له) این معامله قابلیت استناد ندارد و سایر طلبکاران نفعی در این خصوص ندارند. لازم به ذکر است که علاوه بر تفاوت‌های فوق‌الذکر، در حقوق فرانسه (Cabrillac, 2016, p. 407) و مصر (ابوالسعود، ۱۹۹۴م، ص. ۱۹۰) دعوای معامله به قصد فرار از دین جدای از بحث دعوای غیرمستقیم مطرح شده و آن را نوعی از دعوای غیرمستقیم محسوب نکرده‌اند. برخی از حقوق‌دانان نیز معتقدند ابطال اقدامات متقابلانه و به قصد فرار از دین بدهکار با اینکه کاملاً با دعوای غیرمستقیم منطبق نیست ولی به مشابه بودن این نهاد با دعوای غیرمستقیم تصریح کرده‌اند (کیا، ۱۳۹۸، ص. ۳۳). اما برخی از حقوق‌دانان دعوای معامله به قصد فرار از دین را نوع دیگری از دعوای غیرمستقیم می‌دانند (شعاریان و ترابی، ۱۳۹۵، ص. ۴۳۳).

۸-۲. دعوای مشتق^{۱۱}

دعوای مشتق در حقوق ایران یک نهاد حقوقی نوپا به‌شمار می‌رود و برای اولین بار در لایحه اصلاحی قسمتی از قانون تجارت در سال ۱۳۴۷ و به‌صورتی ناقص در حقوق ایران به رسمیت شناخته شد، دعوای مشتق عبارت است از دعوایی که از طرف سهامداران به نام و برای شرکت و به دلیل نقض وظایف مدیریتی مدیران اقامه می‌شود، همان‌طور که مشخص است برای اقامه این دعوا سه شرط لازم است که عبارتند از: سهامدار بودن اقامه‌کنندگان دعوا، تخلف مدیران در انجام وظایف خود در قبال شرکت و متعلق بودن غرامات حاصله به شرکت نه سهامداری که اقامه دعوا می‌کند (پاسبان و جهانیان، ۱۳۹۲، صص. ۱۰۰-۱۰۱).

ماده ۲۷۶ لایحه اصلاحی قانون تجارت بیان می‌دارد: «شخص یا اشخاصی که مجموع سهام آنها حداقل یک‌پنجم مجموع سهام شرکت باشد می‌توانند در صورت تخلف یا تقصیر رئیس و اعضاء هیئت مدیره و یا مدیر عامل به نام و از طرف شرکت و به هزینه خود علیه رئیس یا تمام یا بعضی از اعضاء هیئت مدیره و مدیر عامل اقامه دعوی نمایند و جبران کلیه خسارات وارده به شرکت را از آنها مطالبه کنند...» این ماده دعوای مشتق را که در حقوق کامن‌لا مشهور است پذیرفته (دمرچیلی، حاتمی و قرانی، ۱۳۹۵، ص. ۲۸۰) و سه شرط مذکور در تعریف دعوای مشتق نیز در این ماده وجود دارد و مصداق دعوای مشتق در حقوق ایران می‌باشد (پاسبان و جهانیان، ۱۳۹۲، ص. ۱۰۱).

اما برخی از حقوق‌دانان ماده ۲۷۶ لایحه اصلاحی قانون تجارت را از مصادیق دعوی غیرمستقیم دانسته‌اند (اسکینی، ۱۳۹۴، ج ۲، صص. ۲۱۴-۲۱۵؛ کیا، ۱۳۹۸، ص. ۱۲۶) و آن را زمانی قابل اجراء می‌دانند که مدیران و مدیرعامل خسارت وارده بر شرکت را به دلیل تخلف مدیران مطالبه نکرده باشند (اسکینی، ۱۳۹۴، ج ۲، صص. ۲۱۴-۲۱۵). به نظر می‌رسد این ماده از مصادیق دعوی مشتق است نه دعوی غیرمستقیم و لازم است تفاوت دعوی غیرمستقیم با مشتق ذکر شود. درست است که با اقامه دعوی مشتق و پیروزی سهامداران در این دعوا حاصل دعوا نیز مسلماً وارد دارایی شرکت می‌شود اما تفاوت‌هایی با دعوی غیرمستقیم دارد:

اولاً. در دعوی غیرمستقیم هم در حقوق ایران و هم در حقوق فرانسه و مصر صریحاً به اعسار بدهکار اصلی^{۱۲} اشاره شده که از شرایط لازم برای اقامه دعوی غیرمستقیم است. اما در ماده ۲۷۶ چنین تصریحی وجود ندارد و در خصوص تجار اعسار اصلاً قابلیت طرح ندارد بلکه ورشکستگی قابل طرح است که با توجه به شرایط دعوی غیرمستقیم ورشکستگی جز این شروط نیست.

ثانیاً سهامدارانی که دعوی مشتق را اقامه می‌کنند ذی‌نفع در طرح دعوا محسوب نمی‌شوند چراکه دعوا به نام شرکت طرح شده و جبران خسارت نیز برای شرکت خواهد بود (پاسبان و جهانیان، ۱۳۹۲، ص. ۱۰۱) درحالی‌که ذی‌نفع بودن برای اقامه دعوی غیرمستقیم امری ضروری است.

سؤالی که در این خصوص می‌توان طرح کرد این است که چرا در دعوی غیرمستقیم طلبکاران در اقامه دعوا ذی‌نفع هستند اما در دعوی مشتق سهامدارانی که دعوی مشتق را طرح می‌کنند خودشان ذی‌نفع محسوب نمی‌شوند؟ پاسخ روشن است چون همان‌طور که پیش‌تر ذکر شد در دعوی غیرمستقیم طلبکار اقامه‌کننده دعوا با اعسار یا افزایش اعسار بدهکار اصلی روبه‌رو می‌شود و اگر در دعوی غیرمستقیم پیروز شود بسته به شرایط موجود یا طلب خود را کامل وصول می‌کند یا مقداری از آن را وصول خواهد کرد که ذی‌نفع بودن طلبکار در دعوی غیرمستقیم هویدا است. اما در دعوی مشتق، شرکت سهامی ورشکسته نشده است که سهامداران با خطر عدم وصول سهام خود روبه‌رو شوند تا با اقامه دعوی مشتق برای وصول جبران خسارات وارده ذی‌نفع محسوب شوند. حتی اگر شرکت ورشکست نیز می‌شد سهامداران حق اقامه

چنین دعوایی را نداشتند بلکه مدیر تصفیه یا اداره تصفیه می‌تواند در صورت ورشکستگی به مدیران متخلف رجوع کند اما نه از باب ماده ۲۷۶ لایحه اصلاحی قانون تجارت. به عبارت دیگر همان‌طور که در بحث از ماهیت دعوی غیرمستقیم مطرح شد، ماهیت دعوی غیرمستقیم نوع خاصی از نمایندگی است که خود طلبکار نیز در این دعوا ذی‌نفع محسوب می‌شود اما در دعوی مشتق تنها شرکت دارای نفع است. در واقع سهامدارانی که دعوی مشتق را اقامه می‌نمایند طلبکار شرکت نیستند، این در حالی است که در دعوی غیرمستقیم اقامه‌کننده دعوا باید طلبکار بدهکار اصلی باشد (Starck; Roland & Boyer, 1989, p. 224).

۳-۸. ماده ۴۱۸ قانون تجارت

با توجه به ماده ۴۱۸ قانون تجارت که مقرر می‌دارد: «تاجر ورشکسته از تاریخ صدور حکم از مداخله در تمام اموال خود حتی آنچه که ممکن است در مدت ورشکستگی عاید او گردد ممنوع است. در کلیه اختیارات و حقوق مالی ورشکسته که استفاده از آن مؤثر در تأدیه دیون او باشد مدیر تصفیه قائم مقام قانونی ورشکسته بوده و حق دارد به جای او از اختیارات و حقوق مزبوره استفاده کند». قائم مقامی مدیر تصفیه در اختیارات و حقوق مالی ورشکسته شامل مواردی می‌شود که دارای جنبه غیرشخصی بوده و مؤثر در تأدیه دیون ورشکسته باشد (اسکینی، ۱۳۹۵، صص. ۶۷-۷۱). همچنین برخی از اقدامات مدیر تصفیه برای جلوگیری از حیف و میل شدن اموال تاجر در جهت حفظ حقوق طلبکاران انجام می‌شود مانند مهر و موم اموال و اقدامات تأمینی و برخی نیز در جهت حفظ حقوق تاجر ورشکسته و طلبکاران با هم مانند اجرای قراردادهای جاری تاجر ورشکسته (اسکینی، ۱۳۹۵، صص. ۱۴۲) که در این راستا همانند امین و وکیل در حفظ منافع ورشکسته و طلبکاران اقدام می‌نماید و پس از جمع‌آوری اموال تاجر و وصول مطالبات، دیون ورشکسته را به نسبت میان طلبکاران پرداخت می‌نماید (ستوده تهرانی، ۱۳۹۱، ج ۴، ص. ۱۴۱).

با توجه به موارد فوق، با اینکه برخی از اقدامات مدیر تصفیه در راستای حمایت از حقوق طلبکاران و وارد شدن اموالی به دارایی تاجر ورشکسته صورت می‌گیرد و این اقدام وی به نیابت از جانب طلبکاران است. اما به نظر می‌رسد ماده ۴۱۸ قانون تجارت نمی‌تواند

از مصادیق دعوی غیرمستقیم باشد. چراکه با توجه به شرایط اقامه دعوی غیرمستقیم در حقوق ایران و حتی حقوق فرانسه و مصر، چنین تصریحی وجود ندارد که اقدام مدیر تصفیه حتی برای حفظ حقوق طلبکاران، دعوی غیرمستقیم محسوب شود. به عبارت دیگر ورشکستگی اصلاً از شرایط اقامه دعوی غیرمستقیم نیست بلکه اعسار از شروط اساسی آن می‌باشد. که در متون فرانسوی نیز در این بحث از واژه «la insolvabilité» به معنی اعسار استفاده شده نه واژه «la faillite» به معنی ورشکستگی (Porchy-Simon, 2006, p. 191; Flour; Aubert & Savaux, 2015, p. 83). در حقوق مصر نیز به اعسار بدهکار اصلی اشاره شده است نه افلاس وی (السنهوری، ۲۰۰۰، ج ۲، ص. ۹۵۳؛ ابوالسعود، ۱۹۹۴، ص. ۱۷۱). همچنین در دعوی غیرمستقیم همان‌طور که در آثار این دعوا نسبت به بدهکار اصلی ذکر شد، بدهکار اصلی از تصرف و دخالت در دارایی خود ممنوع نمی‌باشد درحالی‌که ورشکسته ممنوع از دخالت در دارایی خود می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ص. ۳۵۴). اما برخی از حقوق‌دانان عقیده به غیرمستقیم بودن دعوی طرح شده توسط مدیر تصفیه دارند (شعاریان و ترابی، ۱۳۹۵، ص. ۴۳۳).

۹. ضعف دعوی غیرمستقیم نسبت به دعوی مستقیم^{۱۲}

دعوی مستقیم نیز مانند دعوی غیرمستقیم دعوایی است که شخص طلبکار بر بدهکار مدیون (بدهکار فرعی) خود اقامه می‌نماید (کاتوزیان و ایزانلو، ۱۳۹۷، ص. ۱۶۰). اما این دعوا به نام و به حساب شخص طلبکار بر بدهکار فرعی اقامه می‌شود و حاصل دعوا نیز بدون اینکه وارد دارایی بدهکار اصلی شود به صورت مستقیم از دارایی بدهکار فرعی وارد دارایی طلبکار می‌شود و همچنین دعوی مستقیم استثنایی بر اصل نسبی بودن اثر قراردادها و اصل تساوی میان طلبکار عادی می‌باشد (جیهونی و علوی، ۱۴۰۰، صص. ۲۴-۲۵-۲۶). قید «مستقیم» در این دعوا هم بیانگر ورود مستقیم حاصل دعوا به دارایی طلبکار است (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ص. ۳۷۳). ضعف دعوی غیرمستقیم نسبت به دعوی مستقیم همین ورود مستقیم حاصل دعوا به دارایی طلبکار است، در نتیجه دعوی غیرمستقیم همانند دعوی مستقیم طلبکار را در رسیدن به هدف خود، که به دست آوردن طلب است یاری نمی‌کند (السنهوری، ۱۳۹۱، ج ۲، ص. ۱۷۵). اما لازم به ذکر است که قلمرو دعوی مستقیم نسبت به دعوی غیرمستقیم محدودتر

است زیرا اقامه این دعوا منوط به وجود نص صریح قانونی در هر مورد می‌باشد (جیهونی و علوی، ۱۴۰۰، ص. ۳۱). اما دعوای غیرمستقیم شامل حقوق و دعوای می‌شود که دارای جنبه مالی و غیرشخصی هستند که این حقوق و دعوای با اوصاف مذکور می‌توانند دارای مصادیق متعدد باشند که در حقوق فرانسه نیز این امر صادق است (Cabrilac, 2016, p. 405). اما در حقوق ایران با نسخ ماده ۳۶ قانون اعسار دعوای غیرمستقیم در زمان حیات بدهکار اصلی اصلاً وجود ندارد که دارای قلمرو باشد. پس قلمرو دعوای مستقیم در حقوق ایران از دعوای غیرمستقیم وسیع‌تر است حتی اگر مصادیق آن محدود به نصوص صریح قانونی باشد. مثل تبصره دو ماده ۶۶ قانون تأمین اجتماعی یا ماده ۲۶ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی (کاتوزیان و ایزانلو، ۱۳۹۷، صص. ۱۸۲-۱۸۷).

نتیجه‌گیری

دعوای غیرمستقیم استثنائی بر اصل نسبی بودن اثر قراردادهای می‌باشد و در حقوق فرانسه و مصر در مقایسه با قانون‌گذاری‌های قبلی با دقت بیشتری در قانون مدنی فعلی دو کشور پیش‌بینی شده است. البته نقش رویه قضائی در حقوق فرانسه در اصلاح بخش حقوق تعهدات قانون مدنی پررنگ بوده و کماکان بعضی از شرایط اقامه این دعوا و آثار آن از جمله اعسار بدهکار اصلی و یا وارد شدن دعوا در دارایی وی توسط رویه قضائی تکمیل شده است. که با توجه به موارد تصریح شده در حقوق سه کشور تعریف جامعی از دعوای غیرمستقیم ارائه شد.

در حقوق فرانسه و مصر شرایط اقامه این دعوا یکسان است و فقط در دو مورد تفاوت وجود دارد که عبارتند از: اینکه در حقوق فرانسه طلب نباید مؤجل باشد و همچنین اطلاع بدهکار اصلی از اقامه دعوای غیرمستقیم و یا حضور وی در دادرسی ضروری نیست. درحالی‌که در حقوق مصر عکس موارد گفته شده حاکم است. اما در مقایسه حقوق ایران با حقوق فرانسه و مصر سه تفاوت به چشم می‌خورد:

اولاً. طلب باید مستند به سند لازم‌الاجرا می‌بود.

ثانیاً به‌جای بحث از اعسار یا در شرف اعسار بودن بدهکار اصلی از ادعای اعسار وی بحث شده بود.

ثالثاً. در خصوص اهمال و یا سهل‌انگاری بدهکار اصلی نیز قانون و رویه قضائی سکوت کرده بودند که در پیش‌بینی مجدد این نهاد در حقوق ایران باید به این موارد و آثار آن توجه شود.

تا قبل از نسخ ماده ۳۶ قانون اعسار در حقوق ایران قلمرو این دعوا در حقوق سه کشور یکسان بود و محدود به حقوق و دعاوی می‌شد که جنبه مالی داشته و قائم به شخص نبودند. همچنین اجازه تفسیر قلمرو این دعوا وجود نداشت تا مدیریت دارایی بدهکار اصلی به طلبکار سپرد شود. اما با نسخ ماده فوق، دعوای غیرمستقیم در زمان حیات بدهکار اصلی در حقوق ایران از چرخه قواعد حقوق قابل اعمال خارج شد. در نتیجه دعوای غیرمستقیمی در زمان حیات بدهکار اصلی وجود ندارد که دارای قلمرو باشد. این اقدام قانون‌گذار با توجه به مواردی که در بحث از قلمرو این دعوا مطرح شد قابل انتقاد به نظر می‌رسد، زیرا بر خلاف مصلحت طلبکاران بدون وثیقه و یا طلبکاران دارای وثیقه‌ای می‌باشد که ارزش وثیقه آنها به میزان طلبشان نیست.

اثر دعوای غیرمستقیم در حقوق سه کشور تقریباً یکسان بوده و تفاوتی از این جهت وجود ندارد، اما باید به مباحثی همچون قابل استناد بودن رأی صادره در دعوای غیرمستقیم در مقابل بدهکار اصلی توجه شود. در خصوص ماهیت حقوقی نیز در حقوق هر سه کشور به نوعی به نظریه نمایندگی اشاره شده است.

دعوای معامله به قصد فرار از دین، دعوای مشتق و دعوای اقامه شده توسط مدیر تصفیه حتی به جهت حفظ حقوق طلبکاران تاجر ورشکسته، دعوای غیرمستقیم محسوب نمی‌شوند. بنابراین ضرورت بیان تفاوت این موارد با دعوای غیرمستقیم احساس می‌شود. چراکه برخی از حقوق‌دانان موارد فوق را از مصادیق دعوای غیرمستقیم می‌دانند در حالی که این موارد با توجه به شرایط و آثار بیان شده برای دعوای غیرمستقیم، اصلاً نمی‌توانند مصداقی از این دعوا باشند. اما هدف از بیان دعوای مستقیم، نشان دادن ضعف دعوای غیرمستقیم نسبت به آن است. چراکه وقتی طلبکار با وجود شرایط لازم برای اقامه دعوای مستقیم که مهم‌ترین آن نص صریح قانون در موارد لزوم هست، می‌تواند حاصل دعوا را مستقیماً وارد دارایی خود کند؛ چرا باید به سمت دعوای غیرمستقیم برود؟ در حقوق فرانسه با این ضرب‌المثل ضعف دعوای غیرمستقیم را بیان می‌کنند که چرا طلبکار باید شاه‌بلوط‌ها را از آتش بیرون بکشد تا با

بقیه طلبکاران در آن سهیم شود؟ (Cabrilac, 2016, p. 405). اما ضعف دعوای غیرمستقیم نسبت به دعوای مستقیم مجوز حذف این نهاد از قوانین نیست. چراکه ممکن است در مواقعی تنها راه طلبکار برای رسیدن به طلب خود باشد. همچنین قلمرو دعوای غیرمستقیم در حقوق فرانسه و مصر از دعوای مستقیم گسترده‌تر است اما در حقوق ایران به دلیل نسخ ماده ۳۶ قانون اعسار عکس این قضیه حاکم است. هدف از نگارش مقاله حاضر برداشتن گامی در جهت احیای دعوای غیرمستقیم در حقوق ایران می‌باشد که امید است در این امر مفید واقع شود.

یادداشت‌ها

1. Action oblique.

۲. در مقاله حاضر شخصی که به طلبکار (اقامه‌کننده دعوای غیرمستقیم) بدهکار است را بدهکار اصلی و شخصی را که به بدهکار اصلی مدیون است و یا رابطه قراردادی یا غیرقراردادی با وی دارد که به تبع وجود این رابطه حقی برای وی (بدهکار اصلی) ایجاد شده و طلبکار خواهان اعمال آن می‌باشد را بدهکار فرعی می‌نامیم.

3. Catala project.

۴. سؤالی که می‌تواند در اینجا مطرح شود این است که طبق ماده ۲۳۶ قانون مدنی مصر طلبکار در اعمال حقوق بدهکار اصلی نماینده وی محسوب می‌شود (۱۳۸۸، ص. ۷۵) پس چرا قانون‌گذار مصر حضور بدهکار اصلی را نیز در دعوای غیرمستقیم ضروری می‌داند تا حکم صادره علیه وی نیز معتبر باشد؟

یکی از حقوق‌دانان مصری به این سؤال این‌گونه پاسخ می‌دهد که: دلیل وجود الزام برای وارد کردن بدهکار اصلی به دعوای غیرمستقیم این است که نمایندگی طلبکار از طرف بدهکار اصلی نوع خاصی از نمایندگی می‌باشد چراکه طبق قواعد عام نمایندگی وقتی نماینده در دعوایی با حکمی مواجه می‌شود این حکم در مقابل اصیل معتبر است چون حکمی که صادر می‌شود له یا علیه اصیل است و نماینده خود نفعی در دعوا ندارد اما در دعوای غیرمستقیم طلبکار که به نمایندگی عمل می‌کند خود ذی‌نفع در دعوا است و به نفع وی نیز در این دعوا تصمیم‌گیری می‌شود، به همین دلیل قانون‌گذار مصر حضور بدهکار اصلی را در دعوای غیرمستقیم لازم می‌داند تا حکم در خصوص وی نیز معتبر باشد (سلطان، ۱۹۸۳م، ص. ۱۰۴).

۵. در حقوق مصر منظور از اعسار بدهکار اصلی، اعسار واقعی وی است نه اعسار قانونی (ماده ۲۴۹ قانون مدنی مصر) و مراد از اعسار واقعی این است که بدهی‌های بدهکار اصلی از حقوق وی بیشتر باشد (سلطان، ۱۹۸۳م، ص. ۱۰۵).

ذکر نکته‌ای در خصوص اعسار واقعی و قانونی در حقوق مصر ضروری است با این توضیح که: ماده ۲۴۹ قانون مدنی مصر در خصوص اعسار قانونی بیان می‌دارد: «در صورتی که دارایی مدیون کافی برای دیون حال شده او نباشد می‌توان اعسار او را اعلام کرد» (۱۳۸۸، ص. ۷۸). همان‌طور که مشخص است طبق ماده ۲۴۹ قانون مدنی مصر دیون حال شده باید بیشتر از دارایی بدهکار باشد در حالی که در دعوی غیرمستقیم در حقوق مصر می‌توان برای دیون مؤجل هم دعوی غیرمستقیم را اقامه کرد، به عبارت دیگر دیون مؤجل و حال شده هر دو در دایره اعسار واقعی قرار می‌گیرند و نیاز به صدور حکم اعسار بدهکار اصلی از دادگاه نیست و کافی است که دادگاه رسیدگی کننده به دعوی غیرمستقیم این امر را احراز کند که دیون بدهکار اصلی از دارایی وی بیشتر است، بار اثبات اعسار بدهکار اصلی نیز بر عهده طلبکار است و کافی است که وی میزان بدهی بدهکار اصلی را اثبات کند و بدهکار اصلی نیز در صورتی که بخواهد از خود در مقابل ادعای طلبکار دفاع کند باید اثبات کند که دارایی‌ای معادل یا بیشتر از بدهی‌های خود دارد (ابوالسعود، ۱۹۹۴م، صص. ۱۷۱-۱۷۲). اگر بدهکار اصلی اثبات کند که دارایی وی معادل یا بیشتر از بدهی‌های وی است مصلحتی (نفع) برای طلبکار در ادامه دعوی غیرمستقیم باقی نمی‌ماند (سعد، ۱۹۹۸م، ج ۲، ص. ۱۳۱).

6. Droits et actions.

7. À l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne.

8. Droits et actions à caractère patrimonial.

9. Action paulienne.

۱۰. الدعوی البولیصیه.

11. Derivative action.

۱۲. در اینجا شرکت سهامی را مسامحتاً بدهکار اصلی می‌نامیم.

13. Action directe.

کتابنامه

- آل کاشف الغطاء، محمدالحسین (۱۳۵۹ق). *تحریرالمجله*. تهران: مکتبه النجاج.
- ابوالسعود، رمضان (۱۹۹۴م). *احکام الائتزام*. بیروت: دارالجامعیه.
- اسکینی، ربیعا (۱۳۹۴). *حقوق تجارت: شرکت‌های تجاری*. تهران: سمت.
- اسکینی، ربیعا (۱۳۹۵). *حقوق تجارت: ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته*. تهران: سمت.

بررسی تطبیقی دعوای غیر مستقیم در حقوق ایران... / بهزاد جیهونی و سید محمد تقی علوی پژوهش‌نامه حقوق اسلامی ۱۰۳

السنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۳۹۱). نظریه العقد. تهران: خرسندی.
السنهوری، عبدالرزاق احمد (۲۰۰۰م). الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید. بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه.

بیات، فرهاد؛ بیات، شیرین (۱۳۹۶). شرح جامع قانون مدنی. تهران: ارشد.
پاسبان، محمدرضا و جهانیان، مجتبی (۱۳۹۲). «دعوای مشتق و آیین آن: بررسی تطبیقی در حقوق ایران و انگلیس». فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی دانشگاه علامه طباطبائی، ۲(۴)، صص. ۸۵-۱۱۰.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۵). ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.
جیهونی، بهزاد و علوی، سیدمحمد تقی (۱۴۰۰). مطالعه تطبیقی دعوای مستقیم در حقوق ایران و مصر و فرانسه با محوریت حقوق ایران. مجله حقوق خصوصی دانشگاه تهران، ۱۸(۱)، صص. ۲۱-۴۶.

دمرجیلی، محمد؛ حاتمی، علی و قرانی، محسن (۱۳۹۵). قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی. تهران: دادستان.

ستوده تهرانی، حسن (۱۳۹۱). حقوق تجارت. تهران: دادگستر.
سعد، نبیل ابراهیم (۱۹۹۸م). النظریه العامه لالائتزام: احکام الائتزام. بیروت: دارالنهضة العربیه.
سلطان، انور (۱۹۸۳م). احکام الائتزام: الموجز فی نظریه العامه لالائتزام. بیروت: دارالنهضة العربیه.

شعاریان، ابراهیم و ترابی، ابراهیم (۱۳۹۵). حقوق تعهدات. تهران: شهردانش.
شمس، عبدالله (۱۳۹۵). آیین دادرسی مدنی: دوره پیشرفته. تهران: دراک.
شهیدی، مهدی (۱۳۹۸). حقوق مدنی ۳، تعهدات. تهران: مجد.
فرج الصده، عبدالمنعم (۱۹۷۴م). نظریه العقد فی قوانین البلاد العربیه. بیروت: دارالنهضة العربیه.

قانون مدنی فرانسه مواد ۱۱۰۱-۱۳۸۶ (۱۳۸۰). ترجمه محمدعلی نوری. تهران: گنج دانش.
قانون مدنی مصر (۱۳۸۸). ترجمه محمدعلی نوری. تهران: گنج دانش (نشر اثر اصلی ۱۹۴۹م).
کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۴. الف). اعمال حقوقی، قرارداد - ایقاع. تهران: سهامی انتشار.
کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۴. ب). قواعد عمومی قراردادها. تهران: سهامی انتشار.
کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۴. ج). مقدمه علم حقوق. تهران: سهامی انتشار.
کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵). قواعد عمومی قراردادها (جلد ۳). تهران: سهامی انتشار.

- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۶. الف). *اعتبار امر قضاوت شده در دعوی مدنی*. تهران: میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۶. ب). *درس‌هایی از شفعه، وصیت، ارث*. تهران: میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۸). *نظریه عمومی تعهدات*. تهران: میزان.
- کاتوزیان، ناصر و ایزانلو، محسن (۱۳۹۷). *مسئولیت مدنی (جلد ۳)*. تهران: گنج دانش.
- کیا، حسن (۱۳۹۸). *دعوی مستقیم و غیرمستقیم در حقوق ایران*. تهران: دادبخش.

- Buffelan-Lanore, Y. & Larribau-Terneyre, V. (2010). *Droit civil-Les obligations* (12^e). France, Paris: Sirey.
- Cabrillac, R. (2016). *Droit des obligations* (12^e). France, Paris: Dalloz.
- Flour, J.; Aubert, J. L. & Savaux, É. (2015). *Droit civil: Les obligations* (Vol. 3), 3. Le rapport d'obligation (9^e). France, Paris: Sirey.
- Henry, X.; Venandet, G.; Wiederkehr, G.; Jacob, F. & Tisserand-Martin, A. (2005). *Code civil* (104^e). France, Paris: Dalloz.
- Porchy-Simon, S. (2006). *Droit civil: 2^e Année Les obligations* (4^e). France, Paris: Dalloz.
- Starck, B. (1972). *Droit civil: Obligations*. France, Paris: Librairies Techniques.
- Starck, B.; Roland, H. & Boyer, L. (1989). *Droit civil: Obligations 3. régime general* (3^e). France, Paris: Litec.
- Terré, F.; Simler P.; Lequette Y. & Chénéde F. (2019). *Droit civil: Les obligations* (12^e). France, Paris: Dalloz.
- Terré, F.; Simler, P. & Lequette, Y. (2005). *Droit civil: Les obligations* (9^e). France, Paris: Dalloz.
- Weill, A. & Terré, F. (1980). *Droit civil: Les obligations* (3^e). France, Paris: Dalloz.

امکان سنجی تعهد به نفع ثالث در عقد ازدواج و آثار آن

رسول احمدی فر*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۹/۲۸

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۲/۲۰

نوع مقاله: پژوهشی

چکیده

عقد ازدواج، مانند سایر قراردادها مشمول قاعده عمومی تعهد به نفع ثالث شده و می‌توان در آن تعهدی به نفع ثالث نمود. ولی با توجه به ویژگی این عقد تعهد به نفع ثالث در آن مانند سایر قراردادها نبوده و احکام ویژه خود را دارد. بر این اساس موضوع پژوهش حاضر مطالعه امکان‌سنجی تعهد به نفع ثالث در عقد ازدواج و آثار آن است. بر اساس نتایج آن هر چند تعهد به نفع ثالث در نکاح مجاز است، لکن ماهیت آن بایستی به گونه‌ای باشد که با قواعد امری ازدواج تعارض نداشته باشد. تعهداتی که در ضمن عقد ازدواج به نفع ثالث ممکن است صورت بگیرد یا در ارتباط با آثار عقد ازدواج مانند نفقه و مهریه است و یا در ارتباط با مسائلی خارج از نکاح. مبانی نظری تعهد به نفع ثالث در عقد ازدواج نظریه انصراف از اصل نسبت در قراردادها در مرحله آثار عقد و نظریه انشاء مشترک ایقاع می‌باشد. ضمانت اجرای نقض تعهد به نفع ثالث در عقد ازدواج ضمانت اجراهای عمومی مذکور در قواعد عمومی قراردادها می‌باشد.

واژگان کلیدی: تعهد به نفع ثالث، ازدواج، تعهد به نفع ثالث در ازدواج، ثالث و ازدواج، آثار ازدواج.

* استادیار، گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه ملایر، ملایر، ایران.

rahmadifar@malayeru.ac.ir



مقدمه

به موجب اصل نسبی بودن قراردادهای، صرفاً طرفین قرارداد و قائم مقام آنها از قرارداد منتفع شده و اشخاص ثالث نفعی از قرارداد نبرده و تکلیفی نیز بر مبنای قرارداد پیدا نخواهند کرد (شهیدی، ۱۳۸۲، الف، ج ۲، ص. ۲۸). «این اصل بیان می‌کند که صرفاً طرفین قرارداد می‌توانند حق یا تکلیفی به موجب آن داشته باشند» (Stone, 2009, p. 182). اصل نسبی بودن قراردادهای «مبتنی بر اصل استقلال و آزادی فردی در ایجاد روابط حقوقی است و به عبارت دیگر، مبتنی بر اصل حاکمیت اراده است که به موجب آن هیچ‌کس نمی‌تواند اراده خود را بر دیگری تحمیل کند و بدون اینکه دخالتی داشته باشد، دین یا حقی را بر عهده او واگذارد و یا حقی را برای او به وجود آورد و یا از او سلب کند» (خادمی مجومرد؛ غفوری و شایق، ۱۳۹۳، ص. ۱۳۱؛ دهقان دهنوی و سلطانی، ۱۳۹۷، ص. ۴۱۱). هر چند اصل نسبی بودن قراردادهای موافق با استقلال و آزادی اراده طرفین قرارداد است، لکن همین اراده آزاد مجاز است هر نوع توافق مشروع و قانونی را منعقد کند و هر شرطی را که مخالف قانون نباشد در قرارداد درج نماید. بر این اساس اصل نسبی بودن قراردادهای مطلق نمانده و استثنائاتی پیدا کرده است. از جمله این استثنائات تعهد به نفع ثالث در قراردادهای است. تعهد به نفع ثالث عبارت از «التزامی است که از قرارداد منعقد شده بین دو طرف، یکی به‌عنوان شرط‌کننده یا متعهدله و دیگری به‌عنوان مشروط‌علیه یا متعهد، به سود بیگانه‌ای که در انعقاد قرارداد، مستقیم یا غیرمستقیم دخالتی ندارد حاصل می‌شود» (محقق داماد و صادقی، ۱۳۷۹، ص. ۷۶). در تعهد به نفع شخص ثالث بدون اینکه ثالث در قرارداد دخالت داشته باشد و اراده او در آن مؤثر باشد تعهدی ایجاد می‌شود که محصول انشاء طرفین قرارداد است. این تعهد ممکن است در هر قراردادی صورت بگیرد و طرفین به سود ثالثی که در انعقاد قرارداد شرکت نداشته است شرطی نمایند.

ازدواج یکی از اقسام عقود معین بوده و مانند سایر عقود اصل نسبی بودن قراردادهای در آن جاری است و قرارداد ازدواجی که منعقد می‌شود صرفاً برای طرفین معتبر است و برخی از آثار آن نسبت به قائم مقام قانونی آنها لازم‌الاجرا است. در عقد ازدواج اصل آزادی قراردادهای را محدودتر از سایر عقود و همراه با تخصیص بسیار مواجه دانسته‌اند (روشن و صادقی، ۱۳۹۵، ص. ۱۳۱). به‌عنوان مثال اختیار تزویج غلام و کنیز را به

دست مولای آنها است (طباطبایی یزدی، ۱۳۸۲، ج ۲، ص. ۲۸۸). با وجود این محدودیت‌ها در این عقد نیز بر مبنای قاعده کلی استثنائات وارده بر اصل نسبی بودن قراردادها و پذیرش تعهد به نفع ثالث به عنوان یکی از این استثنائات، امکان تعهد به نفع ثالث در عقد ازدواج صحیح بوده و منع قانونی ندارد. تعهد به نفع ثالث در عقد ازدواج با وجود تبعیت از قاعده عمومی مذکور در قواعد عمومی قراردادها با توجه به ویژگی خاص عقد نکاح در مرحله تشکیل (اذن پدر در ازدواج باکره رشیده)، انحلال عقد، رابطه طرفین در زمان عقد و... ضمن تمایز عقد ازدواج با سایر عقود، تعهد به نفع ثالث در آن نیز می‌تواند متمایز از موارد مشابه در سایر قراردادها باشد. هر چند ازدواج مانند سایر قراردادها مشمول قاعده عام پذیرش تعهد به نفع ثالث می‌باشد، لکن به لحاظ وضع خاص این عقد پذیرش این نظریه در آن با چالش‌هایی مواجه می‌باشد. بر این اساس در پژوهش حاضر سؤال اصلی امکان تعهد به نفع ثالث در عقد ازدواج می‌باشد. برای پاسخ به این مسئله از طریق تحلیل و توصیف منابع حقوقی: اعم از منابع فقهی، قانونی، رویه قضائی، دکترین حقوقی و تا حد ممکن منابع تطبیقی با روش تحلیلی و توصیفی به بررسی و مطالعه آن خواهیم پرداخت.

تعهد به نفع ثالث در پژوهش‌های مختلفی مورد مطالعه قرار گرفته و به صورت کلی و نه در ارتباط با قرارداد خاصی قواعد و احکام آن بحث شده است. از جمله پژوهش‌هایی که در این خصوص صورت گرفته به شرح ذیل می‌باشد: ۱- در پژوهشی که محقق داماد و صادقی (۱۳۷۹) با عنوان «مبانی و آثار حقوقی تعهد به نفع شخص ثالث در فقه امامیه» انجام داده‌اند ضمن تبیین اعتبار تعهد به نفع ثالث در فقه امامیه، بیان شده آثار تعهد به نفع ثالث را قصد طرفین تعیین می‌کند و همان‌ها می‌توانند تعهد را با توافق ساقط نمایند مگر اینکه این حق را از خود سلب کرده باشند. در این پژوهش به عنوان مثال پرداخت شیربها به پدر زوجه به عنوان یک نمونه از تعهد به نفع ثالث ذکر شده است. ۲- محمدی در پژوهشی که با عنوان «ماهیت حقوقی تعهد به نفع ثالث» (۱۳۸۸) انجام داده به این نتیجه رسیده که قانون‌گذار به اراده طرفین این توانایی را اعطاء کرده که بتوانند با انعقاد قرارداد بین خود، بدون دخالت اراده اشخاص ثالث به نفع آنان، ایجاد تعهد کنند. این تعهد از حیث ایجاد و بقاء و حدود و ثغور، تابع قرارداد

طرفین بوده و به محض ایجاد مانند هر حق دیگری مصون از تجاوز و علی‌الاصول قابل انتقال به ورثه است. با این حال شخص ثالث می‌تواند آن را رد کند. در این پژوهش با هدف بررسی تعهد به نفع ثالث و آثار آن در عقد ازدواج به دنبال آن هستیم تا جایگاه این نوع تعهد و آثار آنها را در این عقد بررسی کنیم. بر این اساس مسائلی ذیل را در این پژوهش مورد مطالعه قرار خواهیم داد: اصل نسبی بودن در عقد ازدواج، توافق زوجین در تعهد به نفع ثالث، مبانی نظری تعهد به نفع ثالث در عقد ازدواج، ضمانت اجرای نقض تعهدات به نفع ثالث و نتیجه‌گیری.

۱. اصل نسبی بودن عقد ازدواج

اصل نسبی بودن در دو جایگاه در عقد ازدواج قابل مطالعه است. یکی در مرحله انشاء عقد و دیگری آثار آن.

۱-۱. اصل نسبی بودن انشاء عقد ازدواج

منظور از اصل نسبی بودن در مرحله انشاء قرارداد این است که در مرحله انعقاد بجزء طرفین یا قائم مقام قانونی آنها شخص دیگری نمی‌تواند در انشاء عقد دخالت کند. این اصل در همه قراردادها جاری بوده و همین‌که طرفین معامله دارای شرایط قانونی باشند اراده آنها به تنهایی برای انعقاد قرارداد کافی است. ماده ۱۸۳ قانون مدنی که در تعریف عقد مقرر می‌دارد: «عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد به امری کنند و مورد قبول آنها باشد» بیانگر این است که در انشاء عقد صرفاً اراده طرفین کارساز است.

در عقد ازدواج این اصل استثنائاتی دارد و در برخی موارد اراده ثالث مؤثر بوده و به‌عنوان یکی از ارکان تراضی محسوب می‌شود. به این شرح که بر خلاف سایر قراردادها که شخص دارای اهلیت در حال افاقه می‌تواند هر قراردادی که مخالف قانون، اخلاق حسنه و نظم عمومی نباشد منعقد کند و هر اراده‌ای که در حوزه قراردادها انشاء کند معتبر است، بر اساس نظری که قانون‌گذار در ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی اختیار کرده و البته این نظر موضوع اختلاف در فقه اسلامی و حقوق می‌باشد، اراده زن باکره رشیده که شرایط عمومی صلاحیت انعقاد قرارداد را داشته و ولی قهری

او در محل حضور دارد به تنهایی برای انشاء عقد کافی نیست و نکاح او موقوف به اجازه پدر یا جد پدری است. بر مبنای این ماده اجازه ولی قهری شرط نفوذ عقد ازدواج است و انتخاب دختر و اجازه پدر هر دو در صحت ازدواج شرط می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۵. الف، ج ۱، ص. ۸۱). بنابراین، اگر ازدواج بدون اجازه ولی انجام گیرد نکاح غیرنافذ بوده و ولی می‌تواند آن را تنفیذ یا رد کند و در صورت تنفیذ، پس از صدور اجازه از زمان عقد تنفیذ می‌شود. هر یک از ولی و دختر می‌توانند با موافقت دیگری اقدام به نکاح کنند در این صورت نکاح صحیح خواهد بود، چرا که نکاح نیز در این زمینه از قواعد عمومی قراردادها تبعیت می‌نماید. ولی چنانچه هر یک به تنهایی اقدام به نکاح کند، نکاح صحیح و نفوذ آن موقوف به اجازه دیگری است که پس از اجازه، از زمان عقد تنفیذ می‌شود (محقق داماد، ۱۳۸۴، صص. ۵۳ و ۵۴). ایجاب یا قبولی که به این طریق از طرف زن صادر می‌شود، هر چند ظاهراً مستقل بوده لکن مشترک بین زن و ولی او است و فقدان اراده هر کدام از ولی و یا زوجه سبب غیرنافذ شدن عقد ازدواج خواهد شد و هر کدام از ولی و یا زوجه می‌توانند در تعیین مفاد عقد و شروط ضمن عقد دخالت کنند.

در مورد ازدواج مرد اذن ولی جاری نیست و پسر در صورتی که به سن ۱۵ سال تمام شمسی رسیده باشد می‌تواند مستقلاً ازدواج کند (ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی). در نتیجه در مرحله انشاء، عقد از طرف پسر مطلقاً نسبی بوده و اراده هیچ فردی به جز خود زوج در تحقق عقد نقشی ندارد.

۲-۱. اصل نسبی بودن آثار عقد ازدواج

مطابق با اصل نسبی بودن آثار قراردادها (مواد ۱۰، ۲۱۹ و ۲۳۱ ق.م)، آثار قرارداد منحصرأً بین طرف‌های عقد و قائم مقام ایشان جریان پیدا می‌کند و نسبت به اشخاص بیگانه که رضایت ایشان در اعتبار عقد دخالتی نداشته، که اصطلاحاً اشخاص ثالث نامیده می‌شوند، سرایت نمی‌کند و حق یا تعهدی از ناحیه عقد برای ایشان به وجود نمی‌آید (شهیدی، ۱۳۸۲. الف، ج ۳، ص. ۲۰). در حقوق انگلستان مطابق با اصل نسبی بودن قراردادها صرفاً طرف قرارداد می‌تواند به موجب قرارداد طرح دعوا کرده و صرفاً علیه طرف قرارداد می‌توان طرح دعوی نماید (Furmston, 2001, p. 202). در پرونده

Price V Easton (1833) دعوی خواهان به لحاظ اینکه نسبت به قرارداد ثالث محسوب شد پذیرفته نشد (Turner, 2007, p. 47).

عقد ازدواج مانند هر قرارداد دیگر آثار آن منحصر به طرفین آن شده و بر حقوق اشخاص ثالث مؤثر نخواهد بود. اعم از اینکه اشخاص ثالث را متعهد کرده و برای آنها ایجاد تکلیف کند و یا نفعی برای آنها ایجاد نماید. از مواد مختلف قانون مدنی در حوزه حقوق خانواده این اصل استنباط می‌شود و این مواد به‌گونه‌ای تنظیم شده‌اند که صرفاً عقد ازدواج را در رابطه طرفین مؤثر می‌دانند. مواد ۱۰۶۳ (راجع به قصد)، ۱۰۷۱ (وکالت در نکاح)، ۱۰۷۹ (تعیین مهر)، ۱۰۸۵ (حق حبس)، ۱۱۰۳ (حسن معاشرت)، ۱۱۰۴ (تشییّد مبانی خانواده)، ۱۱۰۵ (ریاست مرد بر خانواده)، ۱۱۰۶ (نفقه زوجه)، ۱۱۱۱ (مطالبه نفقه)، ۱۱۱۴ (سکونت زن در منزل تعیینی از طرف مرد)، ۱۱۱۹ (شروط ضمن عقد) و... به‌گونه‌ای تنظیم شده‌اند که آثار عقد ازدواج را نسبت به زوجین مؤثر دانسته و برای ثالث به‌صورت مستقل آثاری شناسایی نکرده‌اند. الزامی نیز که از عقد ازدواج ایجاد می‌شود ناظر به طرفین است و صرفاً زوجین را ملزم و متعهد می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۳، ص. ۲۴۷) و علی‌رغم تأثیر اذن ولی زوجه در ازدواج الزامی برای او ایجاد نخواهد کرد و ولی حقی از عقد ازدواج به‌صورت مستقل پیدا نمی‌کند. در کنار این استقلال که در آثار عقد ازدواج شناسایی شده، پاره‌ای از مواد قانون مدنی این عقد را بر وضعیت اشخاص ثالث مؤثر دانسته‌اند. ماده ۱۰۳۳ قانون مدنی ازدواج را باعث شکل‌گیری قرابت سببی بین اقربای نسبی هر یک از طرفین عقد ازدواج با طرف دیگر دانسته است: «هر کس در هر خط و به هر درجه که با یک نفر قرابت نسبی داشته باشد در همان خط و به همان درجه قرابت سببی با زوج یا زوجه او خواهد داشت». حکم این ماده سبب شده در خصوص آثار، عقد ازدواج اصل نسبت را نقض نماید و بدون خواست اشخاص ثالث برای آنها ایجاد رابطه قرابت کند. «بدیهی است که تعیین درجه قرابت در چنین مواردی در هر طبقه جداگانه انجام می‌شود و به‌صورتی نیست که ماده ۱۰۳۳ مقرر داشته است. به‌عنوان نمونه، برخلاف آنچه در ماده ۱۰۳۳ گفته شده، خویشی برادر شوهر با زن، درجه دوم نیست؛ درجه اول از طبقه دوم است» (کاتوزیان، ۱۳۸۵، الف، ج ۱، ص. ۱۳).

۲. توافق زوجین در ایجاد تعهد به نفع ثالث

در حقوق ایران علی‌رغم اصل نسبی بودن آثار قراردادها قانون‌گذار پذیرفته «...در ضمن معامله که شخص برای خود می‌کند تعهدی هم به نفع شخص ثالثی بنماید» (ماده ۱۹۶ قانون مدنی). در اصول حقوق قراردادهای اروپا این اصل شناسایی شده و مطابق با ماده ۱۱۰-۶: «شخص ثالث زمانی می‌تواند اجرای یک تعهد قراردادی را مطالبه نماید که حق او برای مطالبه صریحاً میان متعهد و متعهدله مورد توافق واقع شده باشد یا در صورتی که از هدف قرارداد یا اوضاع و احوال قضیه چنین توافق استنباط شود» (شعاریان، ۱۳۹۱، ص. ۲۵۱). در حقوق انگلستان هر چند بر اساس اصل نسبی بودن قراردادها، قرارداد صرفاً نسبت به طرفین مؤثر است، این مانع این نیست که شخص ثالث نتواند به موجب قرارداد حقی به دست آورد (A. Garner, 1398, p. 1237; Marsh, 1994, p. 106). در حقوق این کشور مبنای پیدایش دکترین نسبی بودن قراردادها شرط ضمن عقد ازدواج به سود ثالث بوده است. به این شرح که در دعوی تودل علیه آتکینسون در ۱۸۶۱ در عوض عقد ازدواج بین خواهان و دختر ویلیام گئی، یک قرارداد بین گئی و پدر خواهان منعقد شد، هر کدام از آنها تعهد کردند به خواهان مبلغی پرداخت کنند. گئی از پرداخت امتناع کرد و خواهان علیه وصی او طرح دعوا نمود. دعوا با این استدلال که شخص بیگانه نسبت به قرارداد نمی‌تواند منفعتی از قرارداد ببرد رد شد (Furmston, 2007, p. 572). در حقوق انگلستان بر اساس قانون حقوق شخص ثالث در قرارداد مصوب ۱۹۹۹ به طرفین قرارداد اجازه داده شده در ضمن قرارداد برای ثالث حق ایجاد کنند (Stone, 2009, p. 182). این اصل شخص ثالث را قادر می‌سازد تا در جایی که طرفین قصد ایجاد حق برای او دارند قرارداد را اجرا کند یا درخواست اجرای آن را نماید (Beatson; Burrows and Cartwright, 2010, p. 613) و او را از دریافت نفع در موردی که نسبت به قرارداد بیگانه محسوب می‌شود منع می‌کند (Virgo, 2015, p. 241).

برای ایجاد تعهد به نفع شخص ثالث، باید دو شخص برای خود قراردادی ببندند و یکی از آنها در برابر دیگری ملتزم به دادن مال یا انجام دادن کاری یا خودداری از انجام کاری به سود شخص ثالثی بشود و به عبارتی طرفین قرارداد اصلی در آن‌باره توافق

کرده باشند (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ب، ص. ۱۷۸). این قاعده‌ای عام بوده و همه قراردادهای اعم از معین و نامعین مشمول آن می‌باشند و عقد ازدواج نیز مشمول این قاعده کلی شده و مانند سایر قراردادها امکان درج شرط به نفع ثالث در آن وجود دارد، ولی با توجه به ویژگی‌های خاصی که این قرارداد در مرحله تشکیل و آثار دارد در زمینه تعهد به نفع ثالث در کنار قواعد مشترک، قواعد خاص این عقد بایستی رعایت شود. «ماده ۱۹۶ ق.م از قواعد عمومی قراردادهاست. بنابراین، نمی‌توان ادعا کرد که امکان تعهد به سود ثالث ویژه صلح و هبه و دیگر عقود رایگان است. در هر عقد خواه با عوض باشد یا رایگان، یکی از دو طرف می‌تواند از دیگری تعهدی به سود ثالث کند و کافی است دو طرف درباره ایجاد تعهد برای ثالث تراضی کنند» (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ب، ج ۳، صص. ۳۷۲ و ۳۷۳). همچنین در ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی پذیرفته شده طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند. هر چند مثال‌های مندرج در این ماده حکایت از آن دارد که منظور قانون‌گذار صرفاً شروطی است که مشروط‌الیه آن یکی از زوجین باشد نه ثالث و هدف از این ماده آگاه کردن زوج از امکان محدود کرده اختیارات زوج از باب ریاست و به‌ویژه در طلاق است. استفاده از این ماده در رویه قضائی و از جمله شروط پیشنهادی ضمن نکاح‌نامه‌های رسمی مؤید این امر است، لکن مفاد این ماده خصوصیتی ندارد که نتوان به نفع ثالث از آن استفاده کرد. لذا در عقد ازدواج مانند هر قرارداد دیگر امکان درج تعهد به نفع ثالث وجود دارد و طرفین عقد می‌توانند با تراضی تعهدی را بر عهده یکی از طرفین و به نفع ثالث ایجاد کنند. تعهدی که در عقد ازدواج به سود ثالث می‌شود ممکن است در ارتباط با آثار اصلی عقد ازدواج، نسبت به مهر و یا خارج از آثار عقد ازدواج باشد. در ادامه هر کدام از آنها را به شکل جداگانه مطالعه می‌کنیم.

۲-۱. تعهد به نفع ثالث در ارتباط با آثار اصلی عقد ازدواج

آثار اصلی عقد ازدواج عبارتند از: حسن معاشرت، تشدید مبانی خانواده، ریاست خانواده، نفقه زن، مسکن مشترک و تمکین. این آثار قائم به شخص بوده و زوجین در مقابل همدیگر متعهد به آنها می‌باشند. فصل هشتم از باب اول از کتاب هفتم قانون مدنی با عنوان «حقوق و تکالیف زوجین نسبت به یکدیگر» به بیان این حقوق در رابطه

با طرفین عقد ازدواج پرداخته و این آثار را صرفاً نسبت به طرفین عقد مؤثر دانسته است. ماهیت این آثار با هم متفاوت و برخی قائم به شخص بوده و صرفاً در رابطه طرفین ایجاد شده و مؤثر است و نمی‌توان برای ثالث نسبت به آنها حقی ایجاد کرد. برخی دیگر دارای این ویژگی نبوده و ممکن است در کنار زوجین که از این آثار منتفع می‌شوند به نفع دیگران نیز شرطی شود. آن دسته از آثار که قائم به طرفین نیستند از قبیل حسن معاشرت، پرداخت نفقه و مسکن ممکن است به نفع ثالث شرطی در ارتباط با آنها برقرار کرد (به شرح ذیل).

هر چند قانون‌گذار صرفاً طرفین عقد ازدواج را ملزم به حسن معاشرت با هم نموده است، لکن با شناسایی حسن معاشرت به‌عنوان یک ماهیت حقوقی امکان توافق نسبت به آن به‌عنوان موضوع مستقل در قراردادها وجود دارد. به‌واسطه اینکه حسن معاشرت با ثالث تأثیری بر اصل قرارداد و تعهدات طرفین نسبت به حسن معاشرت با هم ندارد، ممکن است ضمن عقد ازدواج تعهدی مبنی بر حسن معاشرت یکی از زوجین یا هر دوی آنها با شخص یا اشخاص ثالثی بشود. مضافاً اینکه در مواردی که مشروط‌گه از اقربای نزدیک طرفین باشد مثل پدر، مادر یا فرزند در اعتبار آن تردید نباید کرد.

نفقه جنبه مالی دارد و شرط پرداخت یا تأمین نفقه ثالث در ازدواج به معنای شرط پرداخت مبلغی پول است. این شرط بر اصل ازدواج تأثیری نداشته و در صورتی که شرط شود یکی از زوجین نفقه ثالثی را بپردازد نافذ و معتبر می‌باشد. همچنین ممکن است شرط نمود که شخص ثالثی در منزل مشترک زوجین زندگی کند. سکونت شخص ثالث در محل زندگی مشترک زوجین تأثیری بر تعهدات طرفین نداشته و به اساس عقد خللی وارد نمی‌کند. لازم به ذکر است که این شروط صرفاً ایجاد تعهد مالی می‌کنند و آثار همین تعهدات را دارند. در نتیجه این شروط رابطه انفاق بین متعهد و متعهدگه ایجاد نخواهد شد و در صورت تخلف از این شروط چنانچه شرط از نوع فعل یا نتیجه باشد همانند دیگر عقود مشروط‌گه می‌تواند طبق مواد ۲۲۷ به بعد قانون مدنی الزام مشروط علیه را به اجرای مفاد شرط بخواهد.

آن دسته از آثار که قائم به طرفین بوده و صرفاً برای آنها ایجاد حق می‌نماید به‌واسطه اینکه با مقررات امری عقد نکاح مرتبط می‌باشند قابلیت توافق نداشته به همین

اعتبار قابلیت این را ندارند که برای ثالث شرطی نسبت به آنها نمود. مسائلی از قبیل طلاق، با توجه به اینکه در این موارد عقد ازدواج صرفاً بین طرفین مؤثر است امکان درج شرایطی به نفع ثالث در ارتباط با این آثار ازدواج وجود ندارد. همچنین در مواردی که طرفین نمی‌توانند تعهدی به نفع خود بنمایند، به نفع ثالث نیز نمی‌توانند تعهد کنند (پیرهادی، ۱۴۰۰، ص. ۸۲). در حقوق انگلستان مطابق با قاعده مذکور در پرونده تودل علیه اتکینسون امکان تعهد به نفع ثالث در آثار اصلی ازدواج وجود ندارد (Furmston, 2007, p. 572).

۲-۲. تعهد به نفع ثالث در مهر

در ازدواج دائم تعیین مهر جزء شرایط اصلی صحت نکاح نیست و ممکن است عقد نکاح بدون تعیین مهر منعقد شود (خمینی، ۱۳۷۰، ج ۴، ص. ۹۲). در این صورت طرفین می‌توانند بعد از عقد، مهر را به تراضی معین کنند و اگر قبل از تراضی بر مهر معین بین آنها نزدیکی واقع شود زوجه مستحق مهرالمثل خواهد بود (ماده ۱۰۸۷ قانون مدنی). تعهد به نفع ثالث نسبت به مهر ممکن است صورت‌های مختلفی داشته باشد. اعم از اینکه ثالث حق تعیین مهر را داشته باشد یا اینکه شرط شود قسمتی از مهر به ثالث پرداخت شود یا ثالث حق فسخ مهر را داشته باشد.

قانون به صراحت شرط تعیین مهر توسط ثالث را پذیرفته است. ماده ۱۰۸۹ قانون مدنی در خصوص تعیین مهر توسط ثالث مقرر داشته: «ممکن است اختیار تعیین مهر به شوهر یا شخص ثالثی داده شود. در این صورت، شوهر یا شخص ثالث می‌تواند مهر را هر قدر بخواهد تعیین کند». واگذاری اختیار تعیین مهر به ثالث تعهد به نفع وی نیست و حتی می‌تواند تکلیفی برای او محسوب شود. در صورت وجود چنین شرطی ثالثی که به منظور تعیین مهر تعیین شده می‌تواند مهر را بر اساس نظر خود به هر میزان تعیین کند (صفایی و امامی، ۱۳۸۶، ص. ۱۷۱). ثالثی که حق تعیین مهر را دارد بیشتر از اینکه مشروطاً علیه باشد و ذی‌نفع، داور دو طرف است (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص. ۶۷۰).

ممکن است کل مهر یا قسمتی از آن برای ثالث شرط شده باشد. به این ترتیب که در عقد ازدواج شرط شود زوج قسمتی از مهر یا کل آن را به شخص ثالثی پرداخت یا تملیک کند. یا اینکه شرط شود زوجه بعد از دریافت مهر آن را به دیگری منتقل کند.

هر چند تعیین مهر برای زن در مقابل بضع است و پدر زن در این خصوص تعهدی ندارد، لکن دلیلی برای بطلان تعهدی که زوج در عقد ازدواج و برای پدر زوجه داده نیست. در نتیجه این تعهد زوج متعهد و پدر زن متعهدله بوده و زوج مکلف به انجام موضوع آن است و در صورت استنکاف، متعهدله می‌تواند الزام او را بخواهد. هر چند مهر در مقابل بضع است، ولی زمانی که در عقد ازدواج زوجه قبول می‌کند قسمتی از مهر که متعلق به او است توسط زوج به پدرش پرداخت شود چنین شرطی صحیح است. اعم از اینکه موضوع شرط قسمتی یا کل مهریه باشد. در مقابل گفته شده «اگر شخصی که می‌خواهد زنی را عقد کند پدر زن را نیز در مهر شریک زن کند چیزی را معین کند برای آن زن به‌عنوان مهر و چیزی را هم معین کند برای پدر آن زن آنچه به‌عنوان مهر معین شده ثابت است و آن دیگری ساقط است و پدر مستحق چیزی از او نیست» (خمینی، ۱۳۷۰، ج ۴، ص. ۹۴). این استدلال در صورتی که آنچه برای ثالث شرط شده جدای از مهر و اضافه بر آن باشد با موردی که قسمتی از مهر متفاوت است. در صورتی که قسمتی از مهر باشد و در عقد به‌عنوان قسمتی از مهر تعیین شده باشد، آثار مهر را خواهد داشت. لکن در صورتی که جزئی از مهر نباشد و به‌صورت جداگانه و اضافه بر آن توافق شود، آثار مهر را نخواهد داشت، هر چند صحت آن ایرادی ندارد.

در این مورد به‌واسطه اینکه موضوع تعهد به نفع ثالث قسمتی از حقوق زوجه است با موردی که موضوع تعهد به نفع ثالث از حقوق طرفین نیست متفاوت است. در مواردی که تعهد به نفع ثالث قسمتی از حقوق طرفین نیست اجرا نکردن موضوع تعهد تأثیری بر عقد اصلی ندارد، ولی در موردی که موضوع تعهد به نفع ثالث قسمتی از حقوق یکی از طرفین است، بر رابطه قراردادی طرفین مؤثر بوده و ایفاء نکردن آن توسط متعهد بر قرارداد مؤثر است. در نتیجه در مواردی که در ازدواج شرط می‌شود قسمتی از مهر به شخص ثالثی پرداخت شود تمامی آثاری که در صورت فقدان این شرط بر عقد دارد همچنان وجود دارد و از جمله حق حبس زوجه همچنان محفوظ است.

ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی شرط خیار نسبت به صداق را جایز دانسته و شرط صحت آن را معین بودن مدت آن دانسته است. حق فسخ مهر ممکن است برای زوج، زوجه و یا ثالثی در عقد نکاح شرط شود. در موردی که در عقد نکاح برای ثالث حق فسخ مهر

شرط شده است، ثالث می‌تواند بنا بر نظر خود مهر را فسخ کند. در این صورت هر چند ثالث حق فسخ مهر را پیدا می‌کند لکن چون نفعی از فسخ نمی‌برد ذی‌نفع محسوب نشده و نمی‌توان درخواست فسخ او را پذیرفت، مگر اینکه منظور از حق فسخ برای ثالث رعایت مصلحت یکی از زوجین باشد.

۳-۲. تعهد به نفع ثالث خارج از آثار عقد ازدواج

هر تعهدی که از نظر قانون مجاز باشد، اعم از مالی یا غیرمالی، امکان درج آن به نفع ثالث در عقد ازدواج وجود دارد. بر این اساس تعهداتی که در عقد ازدواج به نفع ثالث می‌شود و در ارتباط با آثار اصلی ازدواج نیست ممکن است مالی یا غیرمالی باشند. این تعهدات مانند سایر تعهدات یا ناظر به پرداخت مال است یا انجام عمل و یا خودداری از انجام عمل. در خصوص شرط پرداخت مال به ثالث در ضمن عقد ازدواج صورت‌های مختلفی برای آن در نظر گرفته‌اند:

۱- شیربها به‌عنوان جعاله در ازای امری مطلوب، مانند تمشیت امر ازدواج، برای ولی قرار داده شود. «اگر در مقابل عملی مباح باشد اشکالی در جواز و حلیت آن نیست» (خمینی، ۱۳۷۰، ج ۴، ص. ۹۴).

۲- ولی و زوج، بدون قصد جعاله یا ذکر آن در متن عقد، با یکدیگر گفتگو و معامله کنند تا ولی در ازای آن اجازه ازدواج را بدهد «در این صورت اگر دختر راضی به ازدواج باشد و دادن پول به‌منظور جلب رضایت اطرافیان باشد جایز نیست و داماد می‌تواند آن را پس بگیرد» (خمینی، ۱۳۷۴، ج ۴، ص. ۹۴).

۳- شیربها در متن عقد ذکر شود و در کنار مهر در مقابل بضع قرار داده شود. یعنی مرد در مقابل دو عوض زن را در حباله خود قرار دهد: یک عوض، که مهر است، برای خود زن و دیگری که شیربها است، برای پدر او.

۴- شیربها در زمره شروطی قرار داده شود که در ضمن عقد لازم ذکر شود؛ یعنی مالی که برای پدر زن قرار داده می‌شود به‌عنوان عوض بضع در عرض مهریه قرار نگیرد، بلکه زن آن را در زمره شروط و امتیازاتی قرار دهد که ضمن عقد لازم تحصیل می‌کند (محقق داماد و صادقی، ۱۳۷۹، ص. ۸۸).

همچنین ممکن است تعهدات دیگری به‌جز پرداخت مال به نفع ثالث در عقد ازدواج

صورت بگیرد. صحت این گونه تعهدات به جایگاه آنها در عقد ازدواج ارتباط دارد. شیربها در منابع حقوق ایران شناسایی نشده و از آثار الزامی عقد ازدواج نیست. طرفین بر اساس اصل آزادی قراردادی و مشروع بودن موضوع آن می‌توانند بر شیربها توافق کنند. در عرف ایران غالباً شیربها با هدف تأمین بخشی از جهیزیه صورت می‌گیرد و از آنجا که تأمین جهیزیه تکلیف قانونی پدر زوجه نیست در همه این موارد نمی‌توان گفت که شیربها به نفع ثالث است.

مورد دیگر نکاح شغار است. یکی از رسوم متداول جاهلی که اسلام آن را نپذیرفته نکاح شغار بوده است. نکاح شغار، در لغت به معنای حامی نداشتن، منقصت و دور شدن است (جوهری، ۱۴۲۵ق، ص. ۵۳). در اصطلاح یعنی آماده شدن زنان برای زناشویی می‌باشد. این نکاح شبیه نکاح بدل^۱ است، با این تفاوت که وقتی شخصی می‌خواست با دختر یا خواهر کسی ازدواج کند دختر و یا خواهر خودش را در اختیار او می‌گذاشت تا طرف مقابل دختر مورد نظرش را به او واگذار کند؛ هدف از این نکاح، عدم پرداخت مهر و صداق بوده است (زاهدی و رضوانی‌اسفندن، ۱۳۹۳، ص. ۲۵). این موضوع مورد تأیید مورخان شیعه و سنی می‌باشد (علی، ۱۴۲۷، ج ۵، ص. ۴۲۱). این نکاح با وجود تحریم شدید اسلام، هنوز در برخی جوامع مرسوم است؛ رواج این سنت مذموم محدود به گروه یا طبقه خاصی نبوده است، بلکه فقیر و غنی، حضری و بدوی، قائل و قائم به آن بوده‌اند و وضعیت اقتصادی، نقش مهمی در رواج و شیوع آن داشته است، چون افراد را از پرداخت مهریه معاف می‌کرد ولی پیامبر اسلام (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) با بیان: لا شغار فی الاسلام، این سنت ناپسند را ممنوع کردند (زاهدی و رضوانی‌اسفندن، ۱۳۹۳، ص. ۲۵). همچنان‌که مشاهده می‌شود در نکاح شغار تعهدی غیرمالی به نفع مردی صورت می‌گیرد که اجازه نکاح با دختر یا خواهر خود را منوط به ازدواج با دختر یا خواهر مردی می‌نماید که خواهان ازدواج با دختر یا خواهر او می‌باشد. مهریه نیز همین ازدواج است. در نتیجه ازدواج شغار به نفع دو مرد و ظاهراً به زیان هر دو زن است. چرا که هر دو مرد بدون پرداخت مهریه با زن مورد نظر ازدواج می‌کنند و هر دو زن بدون مهر ازدواج می‌کنند. البته همچنان‌که گفته شد این ازدواج در اسلام ممنوع می‌باشد.

در حقوق انگلستان امروزه ثابت شده است که ملاحظاتی که در مورد عوض یا تعهد موضوع اجرا از طرف شخص ثالث می‌باشد، یک عوض معتبر در قرارداد است. در پرونده شادول علیه شادول، شاکی برای ازدواج با الن نیکول نامزد کرد. عمویش به او نامه نوشت و گفت از ازدواج او خوشحال شده و همچنان که قول داده بود به آنها کمک خواهد کرد. مستمری عقب افتاده، عمو فوت کرد و شاکی از افرادی که پرداخت می‌کردند شکایت کرد. دادگاه رأی داد به لحاظ اینکه ازدواج قبل از تعهد عمو واقع شده، عمو تعهدی بر پرداخت آن ندارد (Beaton; Burrows and Cartwright, 2010, p. 106). بنا بر این اصل، در عقد ازدواج تعهد نسبت به ثالث از قواعد عمومی تعهد نسبت به ثالث تبعیت می‌کند و در صورت وجود سایر شرایط صحیح است.

۳. مبانی نظری تعهد به نفع ثالث در ازدواج

به‌منظور تبیین مبانی نظری تعهد به نفع ثالث در عقد ازدواج ناگزیر از بیان مبانی نظری عقود و سپس انتخاب نظریه مناسب خواهیم بود. نظریه‌های مرتبط با تعهد به نفع ثالث عبارتند از: اراده شخص ثالث، اراده فضولی، ایقاع، عدم تأثیر اراده ثالث و اراده مدیون.

۳-۱. اراده شخص ثالث

بر اساس این نظریه هر چند طرفین عقد ازدواج هستند که پیشنهاد ایجاد تعهدی به نفع ثالث را مطرح و در رابطه قراردادی خود وارد می‌کنند، ولی نفوذ این توافق نسبت به ثالث موقوف به پذیرش او می‌باشد و اراده او نقش نهایی را در اعتبار آن ایفاء می‌نماید. اراده ثالث باعث نمی‌شود بین او و طرفین عقد ازدواج، قراردادی جداگانه به‌منظور پذیرش تعهد شناسایی کنیم. اراده شخص ثالث در این دیدگاه به‌عنوان انشاء قسمتی از قرارداد دخالت نداشته بلکه آنچه ایجادکننده تعهد است اراده طرفین است و ثالث صرفاً می‌تواند نتیجه توافق طرفین را بپذیرد یا رد کند. برخی تأثیر اراده ثالث در نفوذ این نظریه را سبب تشکیل قرارداد دومی بین شرط‌کننده و شخص ثالث دانسته‌اند (محمدی، ۱۳۸۸، ص. ۲۷۳). این نظریه با این انتقاد مواجه شده که: تأثیر اراده ثالث در آن را سبب این دانسته‌اند که اصطکاک با اصل نسبی بودن قراردادها متفی شود و آن را به علت ناسازگاری با قانون ما، هماهنگی نداشتن با مفاد تراضی و داشتن نتایج عملی نامطلوب رد کرده‌اند (محمدی، ۱۳۸۸، ص. ۲۷۴).

۲-۳. اداره فضولی

بر مبنای این نظریه، شرط‌کننده در تعهد به نفع ثالث وصف فضولی داشته و عمل او «اداره فضولی مال غیر» توصیف می‌شود. به موجب این نظریه چون تعهد فقط به سود ثالث است، طرف دیگر (مشروط‌گه) می‌تواند به‌عنوان نماینده و مدیر اموال ثالث آن را بپذیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ب، ص. ۱۸۱). تنفیذ ثالث سبب نفوذ شرط از زمان عقد ازدواج می‌شود. به عبارتی تنفیذ به گذشته سرایت کرده و کاشف از اعتبار شرط به سود ثالث از زمان عقد است. این نظریه را از آن جهت که اراده ثالث در ایجاد آن بی‌اثر است با ساختمان حقوقی «تعهد به سود ثالث» ناسازگار دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ب، ص. ۱۸۱).

۳-۳. ایقاع بودن تعهد به نفع ثالث

ممکن است بر این اساس که اراده شخص ثالث در ایجاد تعهد به نفع خود دخالت ندارد، تعهد به نفع ثالث را نوعی ایقاع بدانیم. از این جهت که اراده یک شخص به تنهایی قادر به متعهد نمودن خود بوده و می‌تواند تعهداتی به سود دیگران و به زیان صاحب اراده ایجاد کند ممکن است این نظریه قابل توجیه باشد، ولی از آن جهت که ایقاع با تعهد به نفع ثالث ناسازگار است قابل قبول نمی‌باشد، چرا که ایقاع عمل حقوقی است که اثر مقصود با انشای یک طرف حاصل می‌شود (قنواتی؛ وحدتی و عبدی‌پور، ۱۳۷۹، ج ۲، ص. ۹۱؛ محقق داماد، ۱۳۸۸، ص. ۵۷۵). به‌عبارتی در تعهد به نفع ثالث اراده طرفین قرارداد اصلی در ایجاد آن دخالت داشته و نتیجه حاصله اثر توافق آنها است و آنچه ایجاد شده نتیجه ترازی دو اراده بوده که در انعقاد قرارداد دخالت داشته‌اند. هر چند در تعهد به نفع ثالث، متعهد موضوع تعهد را برعهده می‌گیرد و آن را می‌پذیرد ولی این‌گونه نیست که اراده او به تنهایی موجب این نتیجه (تعهد به نفع ثالث) باشد، بلکه با همکاری با اراده طرف دیگر این نتیجه حاصل شده است.

از نگاهی دیگر تعهد به نفع ثالث را ممکن است ایقاع فرض کرد. به این شرح: در تعهد به نفع ثالث بایستی مراحل ایجاد تعهد را از هم تفکیک نمود. مرحله نخست انشاء تعهد بین طرفین قرارداد اصلی است. در این مرحله تعهد به نفع ثالث جزئی از قرارداد اصلی است و همراه با قرارداد اصلی که انشاء می‌شود آن هم انشاء می‌شود.

مرحله دوم بررسی رابطه متعهدله با طرفین قرارداد اصلی است. در این مرحله اراده متعهدله نقشی در ایجاد تعهد نداشته و اراده دیگران تعهد مذکور را به نفع او ایجاد کرده است و از این جهت که ذی‌نفع نقشی در ایجاد آن نداشته شبیه ایقاع است ولی با این توضیح که آنچه انشاءکننده ایقاع بوده اراده مشترک طرفین قرارداد اصلی بوده است. در این نظر بایستی اثر تعهد نسبت به متعهد را که ناشی از توافق او با طرف عقد بوده از اثر آن نسبت به متعهدله (ثالث) جداگانه مورد توجه قرار داد.

۳-۴. عدم تأثیر اراده ثالث

مطابق با مفاد این نظریه اراده ثالث در ایجاد تعهد به نفع خود اثری نداشته و آنچه ایجادکننده این تعهد می‌باشد عقد ازدواج است. همین‌که تعهد به نفع ثالث در عقد ازدواج گنجانده شده و قرارداد منعقد شود بدون نیاز به اراده ثالث تعهد ایجاد می‌شود. این نظریه، که امروزه مقبول اکثر حقوق‌دانان است، به‌رغم تردیدها و تلاش‌های فراوان وفاداران به قواعد سنتی، تعهد به نفع شخص ثالث را نهادی مستقل می‌داند که علی‌رغم اصل نسبی بودن قراردادها امکان ایجاد حق به نفع ثالث را می‌دهد، استثنایی که برای پاسخگویی به نیازهای زیست اجتماعی به میدان آمد و پذیرشش نیاز به توجیه آن در قالب قواعد مرسوم ندارد (محمدی، ۱۳۸۸، ص. ۲۸۴).

۳-۵. اراده مدیون

چون در قرارداد اصلی تعهد به نفع ثالث و تنها در برابر او انشاء می‌شود، و از طرفی ایجاد آن هیچ نیازی به قبول طلبکار (ثالث) ندارد، باید پذیرفت که منبع آن اراده مدیون است. ولی، همان‌گونه که از ظاهر ماده ۲۳۱ نیز به خوبی برمی‌آید، این تعهد ریشه قراردادی دارد و از توافق دو طرف آن ناشی می‌شود، منتها اثر آن برخلاف قاعده به ثالث نیز سرایت می‌کند و در برابر او در حکم ایقاع است. بدین ترتیب، تعهد به نفع ثالث ماهیت ویژه و مستقلی است، و قانون‌گذار بدین وسیله به دو طرف عقد اجازه داده است که اراده خود را به سود ثالث به کار برند و به نفع او توافق کنند (کاتوزیان، ۱۳۸۵. ب، ص. ۱۸۲).

۳-۶. نظریه‌های مختار

۱- اصل نسبی بودن قراردادها در مرحله انشاء و تفاوت آن با اصل نسبی بودن در مرحله اثر: مطابق با این نظریه، اصل نسبی بودن قراردادها در مرحله تشکیل متفاوت از اصل نسبی بودن اثر قرارداد است. به این ترتیب که در مرحله تشکیل آنچه در انعقاد قرارداد ازدواج مؤثر بوده و سبب تشکیل عقد می‌شود اراده طرفین آن است. در صورتی که زوجه باکره رشیده باشد نیز اذن پدر او شرط صحت ازدواج است.^۲ قانون‌گذار همین اراده را به تنهایی کارگزار عقد ازدواج دانسته و برای اراده ثالث در این خصوص نقشی قائل نشده است. طرفین قرارداد به تنهایی عقد را انشاء می‌نمایند. همین اراده در مرحله اثر می‌تواند در حقوق دیگران مؤثر بوده و برای آنها ایجاد حق نماید. به این ترتیب اصل نسبی بودن قراردادها در مرحله انشاء متفاوت از اصل نسبی بودن اثر عقد است که از آن به تعهد به نفع ثالث یاد می‌شود. در نتیجه این نظریه اراده ثالث در ایجاد تعهد به نفع خود (نقیباً یا اثباتاً) مؤثر نبوده و طرفین قرارداد می‌توانند برای هر فردی تعهدی بر عهده یکی از طرفین عقد یا هر دو قرار دهند. بعد از ایجاد حق ثالثی که ذی‌نفع می‌باشد بدون اینکه اراده او در تشکیل تعهد مؤثر باشد می‌تواند از تعهد مذکور استفاده کند و یا اینکه از آن عدول نماید.

۲- نظریه انشاء مشترک ایقاع

به موجب این نظر در تعهد به نفع ثالث در عقد ازدواج ما ناگزیریم اراده اطراف آن را در نظر گرفته و نقش این اراده‌ها را در نتیجه‌گیری در خصوص ماهیت تعهد به نفع ثالث لحاظ نماییم. آنچه در تعهد به نفع ثالث در عقد ازدواج اتفاق می‌افتد این است که دو طرف یک قرارداد تعهدی را اضافه بر تعهدات قرارداد اصلی و بر عهده یکی از طرفین (هر چند ممکن است این تعهد بر عهده زوجین نیز قرار داده شود) ایجاد می‌کنند. در نتیجه مانند ایقاع که اراده ذی‌نفع در ایجاد آن دخالت ندارد در اینجا نیز اراده متعهدله به تنهایی صاحب نقش نیست و اراده زوجین به صورت مشترک نقش یک اراده را بازی کرده و انشاء ایقاع می‌نمایند. در نتیجه اثر تعهد به نفع ثالث نسبت به متعهدله در حکم ایقاع است و هر چند مبنای تحقق آن توافق اراده زوجین می‌باشد لکن به واسطه دخالت نداشتن اراده متعهدله در انشای آن ایقاعی بیش نیست.

۴. ضمانت اجرای نقض تعهدات به نفع ثالث در عقد ازدواج

ضمانت اجرای تخلف از شرط تعهد به نفع ثالث مانند سایر قراردادها ممکن است قانونی و شامل ضمانت اجرایی باشد که قانون‌گذار به صورت قاعده عمومی در نظر گرفته است. این ضمانت اجراها عبارتند از: الزام متعهد به انجام تعهد موضوع قرارداد یا الزام او به ترک فعلی که متعهد به ترک آن شده است، فسخ قرارداد و جبران خسارت. همچنین این ضمانت اجرا ممکن است قراردادی باشد و طرفین با تراضی آن را تعیین نمایند. اعم از تعیین وجه التزام یا حق فسخ. در عقد ازدواج به واسطه شرایط ویژه‌ای که نسبت به سایر قراردادها وجود دارد، امکان درج هر ضمانت اجرایی وجود ندارد و ضمانت اجرا بایستی به گونه‌ای باشد که به اساس عقد خلل وارد نکند. ضمانت اجرایی که باعث اختلال در عقد می‌شوند باطل بوده و قانون‌گذار آنها را نپذیرفته است. ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی در این خصوص مقرر داشته: «شرط خیار فسخ نسبت به عقد نکاح باطل است». در نتیجه نمی‌توان برای تضمین تعهد به نفع ثالث در عقد ازدواج ضمانت اجرایی تعیین کرد که باعث اختلال عقد شود، بلکه بایستی از ضمانت‌های دیگر استفاده نمود. بر این اساس ضمانت اجرایی که می‌توان تعیین کرد یکی تعیین ضمانت اجرا نسبت به مهر است و دیگری ضمانت‌های خارج از محدوده عقد ازدواج.

۴-۱. الزام متعهد به اجرای موضوع تعهد

در مواردی که در قرارداد تعهدی به نفع ثالث صورت می‌گیرد، این تعهد نافذ و الزام‌آور است و متعهد را پای‌بند می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۱۴۶). در این نوع از تعهدات اولین ضمانت اجرایی که در قراردادها پیش‌بینی شده الزام متعهد به انجام موضوع تعهد است (تقی‌زاده، ۱۳۹۶، ص ۶۶). اعم از اینکه تعهد مثبت یا منفی باشد. چراکه «اثر اصلی قرارداد، پیدایش وظیفه قانونی بر اجرای عمل مثبت یا منفی مورد قرارداد، یعنی انجام یا ترک فعلی است که یکی از دو طرف در برابر دیگری یا هر دو طرف در برابر یکدیگر به عهده می‌گیرند» (شهیدی، ۱۳۸۲، الف، ج ۳، ص ۲۷). قانون‌گذار در مورد تعهد به نفع ثالث همان الزاماتی را که در قراردادهای اصلی در نظر گرفته است پیش‌بینی نموده و متعهد نمی‌تواند به این استناد که ثالث نسبت به قرارداد بیگانه می‌باشد از اجرای تعهدی

که در مقابل او دارد خودداری کند. در صورت تخلف «ثالث و مشروط‌له می‌توانند اجرای تعهد از متعهد را درخواست کنند» (شهیدی، ۱۳۸۲، ب، ص. ۳۰۰).

۴-۲. فسخ مهر

قانون‌گذار شرط خیار فسخ را نسبت به صدق جایز دانسته است. بر این اساس ممکن است برای طرفین عقد یا ثالث شرط کرد که در مدت معین حق فسخ صدق را داشته باشد. در این صورت اگر طرفین یا ثالثی که حق فسخ صدق را دارد از حق خود استفاده کرده و صدق را فسخ نماید مثل آن است که اصلاً مهر ذکر نشده باشد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۴ق، ج ۵، ص. ۶۰۹ و ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی). علت این حکم این است که در عقد دائم ذکر مهر لازم نیست و ذکر نشدن مهر در عقد باعث بطلان عقد نمی‌شود. در صورت عدم ذکر مهر و یا فسخ مهر یا بطلان آن زن مستحق مهرالمثل یا مهرالتمعه (بر اساس شرایط) خواهد شد (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص. ۱۹۱). قانون‌گذار در خصوص این شرط قائل به تفصیل نشده و امکان دارد این شرط به سود طرفین یا ثالث شده باشد. در این صورت مشروط‌له می‌تواند صدق را فسخ کند. مبنای دادن حق فسخ مهر در قانون مشخص نیست و ممکن است به هر علت مشروعی این حق برای ثالث شناسایی شود. از جمله ممکن است حق فسخ مهر برای ثالث به‌منظور تضمین اجرای تعهد به نفع او باشد. در این صورت فسخ مهر در صورتی مفید است که اگر متعهد در تعهد به نفع ثالث زوج باشد، میزان مهرالمسمی از مهرالمثل کمتر باشد و با فسخ مهر زوج مکلف باشد مبلغ بیشتری به‌عنوان مهر پرداخت نماید. اگر متعهد زوجه باشد فسخ در صورتی می‌تواند به‌عنوان ضمانت اجرا مفید باشد که مهرالمسمی از مهرالمثل بیشتر باشد. در این صورت بر فرض فسخ مهرالمسمی مهر زن کمتر شده و به این واسطه می‌تواند دارای ضمانت اجرا باشد. همچنین ممکن است اختیار فسخ مهر با هدف رعایت مصلحت یکی از زوجین به ثالث داده شده باشد.

۴-۳. تعیین خسارت توسط طرفین

آزادی قراردادی به‌عنوان اصل حاکم بر قراردادهاست و طرفین با تمسک به این اصل می‌توانند مسئولیت‌های قراردادی خود را تعیین کنند (ایزانلو و ترکمان، ۱۳۹۵، ص.

۹۸). در عقد ازدواج زوجین می‌توانند، تا جایی که با ارکان عقد تعارض نداشته باشد، به صورت توافقی خسارات ناشی از نقض تعهدات مذکور در آن را تعیین کنند. خسارت قراردادی یا وجه التزام «عبارت از آن است که متعاقدين در زمان انعقاد قرارداد، مالی را به عنوان جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد تعیین کنند» (مقصودی، ۱۳۹۰، ص. ۱۰۴). «فایده مهم این شرط معاف کردن مشروطه از اثبات ورود خسارت و میزان آن است. زیرا برای اجرای شرط و گرفتن وجه التزام کافی است ثابت شود که تعهد اجرا نشده است. برای رسیدن به همین فایده است که ماده ۲۳۰ ق.م.دادرس را از تعدیل وجه التزام منع می‌کند تا از طرح شروط مقدماتی دعوی جبران خسارت جلوگیری شود» (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ص. ۷۲۷). ماده ۲۳۰ قانون مدنی، به عنوان قاعده عام که تعهدات ضمن عقد نکاح نیز مشمول آن می‌شوند، در خصوص تعیین قراردادی خسارت توسط طرفین مقرر داشته: «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف، متخلف مبلغی به عنوان خسارت، تأدیه کند حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه ملزم شده است محکوم کند». قاعده تعیین توافقی خسارت ناشی از تخلف قراردادی عام بوده و مخصوص قرارداد خاصی نیست و ممکن است در هر قراردادی از جمله نکاح از این ابزار استفاده کرد. آنچه در عقد نکاح می‌توان از آن استفاده کرد: «۱- تضمین تعهد هر کدام از زوجین که اجرای آن مورد تردید است؛ ۲- جبران خسارت مقطوع ناشی از عهدشکنی و معاف کردن زیان‌دیده از اثبات ورود خسارت» (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ص. ۷۲۹) استفاده شود. بر این اساس زوجین می‌توانند شرط نمایند در صورت تخلف از مفاد تعهد به نفع ثالث در عقد ازدواج، متخلف مبلغ معینی را به عنوان خسارت ناشی از تخلف به متعهدله یا ثالثی که شرط به نفع او شده است پرداخت کند.

۴-۴. تعیین عرفی خسارت

ممکن است طرفین در ضمن عقد ازدواج بر لزوم جبران خسارت تخلف از تعهد به نفع ثالث اشاره‌ای نکرده و قرارداد در این خصوص ساکت باشد. در این صورت اگر تعهد به نفع ثالث در عقد ازدواج عرفاً به منزله تصریح باشد، متعهد ملزم به جبران خسارات ناشی از تخلف می‌باشد. «عرف جبران ضرر را لازم می‌داند، مگر در مواردی

که چندان ناچیز باشد که انسانی متعارف از کنار آن بگذرد. این التزام عرفی در غالب موارد شرط تبانی و توافق قرار می‌گیرد و «تعهد عرفاً به منزله تصریح است»، زیرا سکوت در برابر عرفی که دو طرف از آن آگاهی دارند به معنی رضای ضمنی به رعایت آن است. ولی باید دانست که قواعد عرفی، همانند قوانین تکمیلی، حاکم بر آن است، هر چند دو طرف جاهل به آن باشند» (کاتوزیان، ۱۳۸۰. الف، ج ۴، ص. ۳۰۹).

۴-۵. تعیین قانونی خسارت

در مواردی که تعهد بر حسب قانون موجب ضمان باشد بدون لزوم تصریح طرفین و یا تجویز عرف، متخلف از اجرای تعهد ملزم به جبران خسارت طرف مقابل می‌باشد. «فایده تصریح قانون به نرخ و میزان خسارت در این است که طلبکار را از اثبات ورود ضرر و میزان آن بی‌نیاز می‌کند و همانند «وجه التزام» قراردادی مقطوع است. ضمانتی که در قانون پیش‌بینی می‌شود، در واقع تراضی طرفین را تکمیل می‌کند و مبنای آن عرف و غلبه است» (کاتوزیان، ۱۳۸۰. الف، ج ۴، ص. ۳۰۹). به‌عنوان نمونه در مواردی که موضوع تعهد وجه نقد باشد، میزان خسارت ناشی از تخلف به‌صورت مقطوع توسط قانون‌گذار مشخص شده است. تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی خسارت تأخیر تأدیه در موارد قانونی را قابل مطالبه دانسته است. در نتیجه در مواردی که موضوع تعهد به نفع ثالث در ازدواج دین و از نوع وجه رایج بوده و شرایط برای اجرای ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی فراهم باشد خسارت تأخیر تأدیه قابل مطالبه است. این شرایط عبارتند از: «موضوع تعهد وجه رایج باشد، مطالبه داین، تمکن مدیون، امتناع بدهکار از پرداخت، تغییر فاحش شاخص سالیانه، مطالبه خسارت تأخیر تأدیه» (کاتوزیان، ۱۳۸۵. ب، ص. ۲۲۸).

نتیجه‌گیری

۱- هر چند مطابق با اصل نسبی بودن قراردادها، عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم‌مقام آنها لازم‌الاتباع است، لکن قانون‌گذار به‌عنوان قاعده عمومی پذیرفته در ضمن معامله که شخص برای خود می‌کند تعهدی هم به نفع شخص ثالث بنماید. عقد ازدواج مشمول این قاعده کلی شده و زوجین می‌توانند در

- ضمن آن تعهداتی را که از لحاظ قانونی مجاز می‌باشد به نفع ثالث بنمایند.
- ۲- اصل نسبی بودن قراردادها در عقد ازدواج هم در مرحله انشاء عقد و هم پس از آن مطلق نبوده و در مرحله انشاء در موردی که زوجه باکره رشیده باشد اذن پدر شرط صحت عقد بوده و در صورتی که دختر بدون اذن پدر اقدام به ازدواج نماید عقد غیرنافذ است. آثار این عقد نیز کاملاً معطوف به زوجین نبوده و باعث ایجاد قرابت نسبی بین اقرباء هر کدام از زوجین با دیگری می‌شود (ماده ۱۰۳۳ قانون مدنی).
- ۳- ازدواج از جمله قراردادهایی است که امکان درج تعهد به نفع ثالث در ضمن آن وجود دارد و هیچ مانع یا خصوصیتی در عقد ازدواج وجود ندارد که زوجین نتوانند چنین تعهدی ضمن آن درج نمایند. صرفاً ماهیت تعهد بایستی قابلیت این را داشته باشد که در عقد ازدواج بر آن توافق نمود.
- ۴- تعهد به نفع ثالث در ضمن عقد ازدواج ممکن است ناظر بر آثار عقد ازدواج یا خارج از آثار عقد ازدواج باشد.
- ۵- تعهد به نفع ثالث در آثار اصلی عقد ازدواج بایستی نسبت به آثاری باشد که قائم به طرفین نباشد و بتوان آن را نسبت به دیگران نیز انجام داد. از جمله این تعهدات عبارتند از: حسن معاشرت، نفقه، سکونت مشترک و مهر.
- ۶- در کنار آثار اصلی عقد ازدواج، هر تعهد دیگری که از نظر قانون مجاز باشد امکان درج آن به صورت تعهد به نفع ثالث در ضمن عقد ازدواج وجود دارد.
- ۷- مبانی نظری منتخب برای تعهد به نفع ثالث عبارتند از:
- اصل نسبی بودن قراردادها در مرحله انشاء و تفاوت آن با اصل نسبی بودن در مرحله آثار: در مرحله تشکیل آنچه در انعقاد قرارداد ازدواج مؤثر بوده و سبب تشکیل عقد می‌شود اراده طرفین آن است. در صورتی که زوجه باکره رشیده باشد اذن پدر او شرط صحت ازدواج است. قانون‌گذار همین اراده را به تنهایی کارگزار عقد ازدواج دانسته و برای اراده ثالث در این خصوص نقشی قایل نشده است. طرفین قرارداد به تنهایی عقد را انشاء می‌نمایند. همین اراده در مرحله اثر می‌تواند در حقوق دیگران مؤثر بوده و برای آنها ایجاد حق نماید.
 - نظریه انشاء مشترک ایقاع: مانند ایقاع که اراده ذی‌نفع در ایجاد آن دخالت ندارد در اینجا اراده متعهدله به تنهایی صاحب نقش نیست و اراده طرفین قرارداد اصلی

به صورت مشترک نقش یک اراده را بازی کرده و انشاء ایقاع می‌نماید.

۸- ضمانت اجرای نقض تعهد به نفع ثالث در ازدواج می‌تواند فسخ مهر، تعیین توافقی، عرفی و یا قانونی خسارت باشد.

یادداشت‌ها

۱. بدل، نکاحی به روش مبادله و بدون مهریه است (علی، ۱۴۲۷ق، ج ۵، ص. ۴۲۱) و موضوع از این قرار بوده است که در دوره جاهلی اگر مردی، زن شوهرداری را می‌پسندید به شوهرش پیشنهاد معاوضه با این بیان: انزل لی عن امراتک و انزل لک عمن امراتی: تو از زنت به نفع من پیاده شو؛ من نیز از زنت به نفع تو پیاده می‌شوم را می‌داد (بدرالعینی، بی‌تا، ج ۲۰، ص. ۱۲۲؛ آلوسی، ۱۳۱۴، ج ۲، ص. ۵).
۲. هر چند در خصوص اذن پدر زوجه اتفاق نظر وجود ندارد، ولی قانون مدنی اذن پدر را شرط لازم برای صحت عقد دانسته است.

کتابنامه

- آلوسی، محمود شکری (۱۳۱۴). *بلوغ الارب فی معرفه احوال العرب*، بیروت: المکتبه الاهلیه.
- ایزائلو، محسن و ترکمان، حسین (۱۳۹۵). *ضمانت اجرای قراردادی تعهد به فعل ثالث. تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل*، سال نهم، (۳۴)، صص. ۸۳-۱۰۰.
- بدرالعینی، محمود بن احمد (بی‌تا). *عمده القاری شرح صحیح البخاری*، بیروت: دارالفکر.
- پیرهادی، محمدرضا (۱۴۰۰)، *تحولات تعهد به نفع ثالث در حقوق نوین نظام‌های غربی و حقوق ایران. فصلنامه علمی مطالعات بین‌المللی پلیس*، ۱۲(۴۵)، صص. ۶۲-۸۵.
- تقی‌زاده، ابراهیم؛ فلاح یخدانی، محمدحسین و سربازیان، مجید (۱۳۹۶). *بازپژوهش مقابله با نقض فرضی قرارداد بر مبنای راهکارهای الزام به اجرای عین تعهد در نظام حقوق عرفی (انگلیس و آمریکا) و حقوق اسلام. فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب*، سال چهارم، (۱۲)، صص. ۶۳-۸۷.
- جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۲۵ق). *معجم الصحاح*، بیروت: دار المعرفه.
- خادمی مجومرد، علی؛ غفوری، اکبر و شایق، علیرضا (۱۳۹۳). *مطالعه تطبیقی اصل نسبی بودن قراردادهای در حقوق ایران و انگلیس. ماهنامه کانون*، (۱۳۶ و ۱۳۷)، ص. ۱۳۱.

خمینی، روح‌الله (۱۳۷۰). *تحریر الوسیله*، قم: مؤسسه انتشارات دارالعلم.
دهقان دهنوی، نادر و سلطانی، محمدرضا (۱۳۹۷). *نگاهی تحلیلی به ایفاء تعهد توسط ثالث به عنوان استثنایی بر اصل نسبی بودن قراردادها. فصلنامه علمی - حقوقی قانون‌یار*، ۲(۷)، صص. ۴۱۱-۴۳۰.

روشن، محمد و صادقی، محمد (۱۳۹۵). *دانشنامه حقوق خانواده*. تهران: انتشارات جنگل.
زاهدی، عبدالرضا و رمضانی‌اسفندن، رضا (۱۳۹۳). *بررسی معنا شناختی تاریخی و توصیفی واژه «مقت»*. *دو فصلنامه علمی پژوهشی «پژوهش‌های زبان شناختی قرآن»*، سال سوم، ۲(۲)، صص. ۱۹-۳۸.

شعاریان، ابراهیم و ترابی، ابراهیم (۱۳۹۱). *اصول حقوق قراردادهای اروپا و حقوق ایران (مطالعه تطبیقی)*. تبریز: انتشارات فروزش.

شهیدی، مهدی (۱۳۸۲. الف). *حقوق مدنی، آثار قراردادهای و تعهدات*. جلد سوم، تهران: انتشارات مجد.

شهیدی، مهدی (۱۳۸۲. ب). *حقوق مدنی، اصول قراردادهای و تعهدات*، تهران: انتشارات مجد.

صفایی، سید حسین و امامی، اسدالله (۱۳۸۶). *مختصر حقوق خانواده*. تهران: نشر میزان.

طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۲۴ق). *عروه الوثقی*. قم: مؤسسه نشر اسلامی.

طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (۱۳۸۲). *عروه الوثقی*، ترجمه عباس قمی، قم: مؤسسه انتشاراتی صبح پیروزی.

علی، جواد (۱۴۲۷ق). *المفصل فی تاریخ العرب قبل الاسلام*. تهران: ناشر آوند دانش.

قنوتی، جلیل؛ وحدتی شبیری، سید حسن و عبدی‌پور، ابراهیم (۱۳۷۹). *حقوق قراردادهای در فقه امامیه*. تهران: انتشارات سمت.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹). *حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادهای*. تهران: چاپخانه بهمن.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰. الف). *حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادهای، اجرای عقد و عهد شکنی، مسئولیت قراردادی*. جلد چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰. ب). *حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادهای، آثار قرارداد نسبت به دو طرف و نسبت به اشخاص ثالث*. تهران: شرکت سهامی انتشار.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱). *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*. تهران: نشر میزان.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲). *الزام‌های خارج از قرارداد: ضمان قهری، مسئولیت مدنی، غصب و استیفاء*. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵. الف). *حقوق مدنی، خانواده، نکاح و طلاق، روابط زن و شوهر*. تهران:

شرکت سهامی انتشار.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵ ب). دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، قرارداد - ایتماع. تهران:

شرکت سهامی انتشار.

محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۴). بررسی فقهی حقوق خانواده، نکاح و انحلال آن. تهران:

مرکز نشر علوم اسلامی.

محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۸). نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی. تهران:

مرکز نشر علوم اسلامی.

محقق داماد، سید مصطفی و صادقی، محمود (۱۳۷۹). «مبانی و آثار حقوقی تعهد به نفع

شخص ثالث در فقه امامیه». مدرس، (۱۷)، صص. ۷۵-۹۴.

محمدی، سام (۱۳۸۸). ماهیت حقوقی تعهد به نفع شخص ثالث. فصلنامه حقوق، ۳۹(۱)، بهار،

صص. ۲۷۱-۲۸۸.

مقصودی، رضا (۱۳۹۰). تعدیل وجه التزام و نتایج آن در حقوق فرانسه، انگلیس و ایران.

پژوهشنامه حقوقی کیفری، (۴)، صص. ۱۰۳-۱۳۰.

Garner, Bryan (1398). *Black's Law Dictionary*. 2th Edition, Tehran, Nashr.

Beatson, Sir Jack; Burrows, Andrew and Cartwright, John (2010). *Anson's law of contract*. 29th Edition, UK, Oxford University press.

Furmston, Michael (2001). *Principles of Commercial Law*. 2th Edition, UK, Cavendish Publishing Limited.

Furmston, Michael (2007). *Law of contract*. 15th Edition, London, Published by Oxford university press.

Marsh, P. D. V. (1994). *Comparative Contract Law*. English, France, Germany, 2th Edition, UK, Gower Publishing.

Stone, Richard (2009). *The Modern law Of Contract*. 8th edition, London And New York, published by Routledge-Cavendish, 2008.

Turner, Chris (2007). *Contract Law*. 2th Edition, UK, HODDER, EDUCATION, and Hachette UK Company.

Virgo, Graham (2015). *The Principle of the Law of Restitution*. 3th Edition, UK, Oxford.

حق بر سلامت روان کودکان در فضای مجازی

در پرتو نظام حقوقی ایران، اسلام و اسناد بین‌المللی حقوق بشر

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۸/۱۹

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۰/۲۵

نوع مقاله: پژوهشی

شهرام سلامی*

زهرا زارع اسفیدانی**

سحر حسنی***

رویا معتمدنژاد****

چکیده

حق بر سلامت روان از اصلی‌ترین مؤلفه‌های حق بر سلامت و از مهم‌ترین مصادیق حقوق کودکان می‌باشد. عوامل مختلفی در تهدید یا تحقق این حق کودکان مؤثرند که فضای مجازی یکی از آنها می‌باشد. فضای مجازی از آن جهت حائز اهمیت است که امروزه کودکان مدت زیادی از زمان خود را در آن محیط سپری می‌کنند و این امر در حالی روی می‌دهد که بخش قابل توجهی از این فضا نه تنها تناسبی با وضعیت خاص سنی و روحی - روانی کودکان ندارد بلکه آثار زیان‌باری نیز بر روح و روان آنها بر جای می‌گذارد. این پژوهش با روش توصیفی - تحلیلی در پی پاسخ به این سؤال است که: حق بر سلامت روان کودکان در فضای مجازی با توجه به نظام حقوقی ایران، اسلام و اسناد بین‌المللی حقوق بشر چگونه قابل تحقق است؟ برای پاسخ به این سؤال، حقوق مختلف کودکان در فضای مجازی از قبیل حق آموزش، حق حریم خصوصی، حق امنیت و حق بر بازی و تفریح و نسبت آنها با حق بر سلامت روان کودکان مورد بررسی واقع شده است. نتایج حاصل از این پژوهش حاکی از آن است که در نظام بین‌الملل حقوق بشر به‌خصوص در حوزه حمایت از حقوق کودکان، تمهیدات جامعی پیش روی دولت‌ها قرار گرفته است. در اسلام نیز سلامت افراد در آیات و روایات بسیاری مورد تأکید واقع شده است. اما در نظام حقوقی ایران هر چند اقداماتی در زمینه حمایت از سلامت روان کودکان در فضای مجازی انجام شده است، اما در عمل تا رسیدن به وضعیت مطلوب فاصله زیادی وجود دارد.

واژگان کلیدی: کودک، حق بر سلامت روان، فضای مجازی، حق بر امنیت شخصی، حق بر آموزش.

* دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق بشر، گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران (نویسنده مسئول).
salami.shahram@gmail.com

** دانش‌آموخته کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.
zahra.zareesfidani@gmail.com

*** دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق بشر، گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، مازندران، ایران.
s.hasani@stu.umz.ac.ir

**** دانشیار، گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران.
Ro_motamed@hotmail.com



مقدمه

همگام با توسعه و گسترش فضای مجازی در جهان و بهره‌مندی از مزایای آن، دولت‌ها با مشکلات و چالش‌های عدیده‌ای در زمینه حق بر سلامت کودکان در فضای مجازی مواجه شده‌اند. ابعاد دوگانه فضای مجازی، پیامدهای مثبت و منفی را می‌تواند برای کودکان به ارمغان بیاورد. لذا این امر موجب می‌شود که دولت‌ها این دغدغه را داشته باشند که همه شهروندان به‌ویژه کودکان بتوانند ضمن بهره‌مندی از ظرفیت‌های مثبت فضای مجازی از خطرات آن در امان بمانند. فضای مجازی نقش مهمی در آموزش و اطلاع‌رسانی کودکان ایفا می‌کند و از این حیث بسیار مفید است ولی این بدان معنا نیست که تمامی اطلاعات موجود در بستر فضای مجازی، می‌تواند در اختیار کودکان و نوجوانان قرار بگیرد، چراکه کودکان در مراحل مختلف رشد و تکامل هستند و نباید تربیت و رشد آنها تحت تأثیر اطلاعاتی قرار گیرند که چه‌بسا برای آنها مضر باشند. فلذا حق برخورداری از این حوزه و سامان‌دهی آن در ارتباط با کودکان و نوجوانان باید از اولویت‌های دولت‌ها باشد.

حق بر آموزش، حق بر سلامت، حق بر امنیت شخصی و حق بر تفریح و سرگرمی، حقوق ملازم با رشد و تعالی کودک است و امروزه به‌شدت با فضای دیجیتال مرتبط می‌باشد. امروزه فضای مجازی به‌عنوان یک حق و نیز ابزار تحقق سایر حقوق ازجمله آزادی بیان، مشارکت و آموزش و... مورد شناسایی و حمایت قرار گرفته است (Council of Europe, 2016, p. 9). مطابق قاعده لاضرر، به جهت حمایت از حقوق کودکان به‌ویژه عدم آسیب روانی به آنها، ضرر زدن به کودک توسط هر فردی ممنوع است و بر پایه حاکمیت قاعده مزبور، بزهکار و مجرم ملزم به تأدیه و ترمیم و جبران کلیه خسارات به کودک اعم از مادی و معنوی می‌باشد. چراکه بر طبق این قاعده هیچ‌گونه ضرر و زیانی اعم از جسمی و روحی - روانی نباید جبران نشده باقی بماند (هدایت و عظیم‌زاده، ۱۳۹۵، ص. ۳۵). چنانکه اگر فردی عمداً یا سهواً در بستر فضای مجازی، شخصی را مورد سوءاستفاده قرار دهد یا موجب هتک حیثیت او شود بر اساس این قاعده باید جبران خسارت کند. ماده ۱۲ اعلامیه جهانی حقوق بشر، حفظ و حمایت از حریم خصوصی افراد را مورد توجه قرار داده است و اعلام می‌دارد: «هیچ‌یک از آحاد بشری حق مداخله در زندگی شخصی و خانوادگی و مزاحمت بدون

رضایت و از روی ستم را نداشته و در صورت تعرض به قلمرو شخصی و هتک حیثیت، شایسته برخورداری از حمایت‌های قانونی مراجع قضائی است». همچنین ماده ۵۸ قانون تجارت الکترونیک به حفظ داده‌ها و اطلاعات اشخاص و افراد در بستر فضای سایبری تأکید و مقرر کرده است: «ذخیره، پردازش و یا توزیع «داده پیام»‌های شخصی مبین ریشه‌های قومی یا نژادی، دیدگاه‌های عقیدتی، مذهبی، خصوصیات اخلاقی و «داده پیام»‌های راجع به وضعیت جسمانی، روانی و یا جنسی اشخاص بدون رضایت صریح آنها به هر عنوان غیرقانونی است».

طبق ماده ۱۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی: «هیچ احدی نباید در خانواده و مکاتبات و محل زندگی شخصی مورد مداخله و تعرض زورمندانه غیرقانونی قرار گیرد و نباید لطمه به آبرو و شرافت بدون مجوز قانونی صورت پذیرد و هر شخص حق برخورداری حمایت قانونی در صورت تهدید یا تعرض را دارد». در بند ۳ ماده ۱۹ میثاق، محدودسازی آزادی بیان را مطرح کرده است اما با توجه به گستردگی فضای مجازی و طیف وسیع اطلاعات، چگونه می‌توان دسترسی به آن را محدود ساخت. تعدادی از پژوهشگران در این خصوص بیان داشته‌اند که: «برعکس دنیای حقیقی که مبنای بر حفظ حریم خصوصی است، در فضای مجازی یا سایبری مبنای بستر عمومی است» (Basu & Jones, 2007, p. 2). پژوهش حاضر در پی پاسخ به این سؤال است که: حق بر سلامت روان کودکان در فضای مجازی با توجه به نظام حقوقی ایران، اسلام و اسناد بین‌المللی حقوق بشر چگونه قابل تحقق است؟ این مقاله با مطالعه تطبیقی نظام حقوقی ایران، اسلام و اسناد حقوق بشری به‌ویژه کنوانسیون حقوق کودک و حوزه‌های مختلف حقوقی، اجتماعی و فرهنگی مؤثر بر سلامت روان کودکان با شیوه گردآوری اطلاعات کتابخانه‌ای و بررسی توصیفی و تحلیلی، درصدد بیان مهم‌ترین حقوق کودکان در بستر فضای مجازی و تأثیر آنها بر سلامت روان کودکان است.

۱. مفهوم‌شناسی

۱-۱. تعریف کودک

از نظر لغوی؛ کودک مترادف با طفل، صغیر، کوچک و فرزندى که به‌حد بلوغ شرعی نرسیده، آمده است (معین، ۱۳۷۹، ص. ۲۲۸). در فقه؛ کودک به کسی گفته می‌شود که

به حد بلوغ شرعی نرسیده است یعنی سن ۹ سال تمام قمری در دختران و ۱۵ سال قمری در پسران (پوراحمدی، ۱۳۸۵، صص. ۵۷-۶۴). طریحی در مجمع‌البحرین می‌نویسد کودک از لحاظ سنی بین تولد تا احتلام است (طریحی، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص. ۵). در ماده ۱ قانون حمایت از کودک و نوجوان مصوب ۱۳۹۹ کودک را چنین بیان می‌دارد که: «هر فردی که به سن بلوغ شرعی نرسیده است» و نوجوان یعنی: هر فرد زیر هجده سال کامل شمسی که به سن بلوغ شرعی رسیده باشد. مواد ۴۹ قانون مجازات اسلامی و ۱۲۱۰ قانون مدنی سن زیر ۹ سال تمام قمری در دختران و سن زیر ۱۵ سال تمام قمری در پسران را کودک قلمداده کرده است. طبق ماده یک کنوانسیون حقوق کودک مصوب ۱۹۸۹: «کودک عبارت است از انسانی که به سن ۱۸ سال نرسیده است مگر اینکه در قانون کشورهای اعمال‌کننده، قانون به نحو دیگری تعیین شده باشد».

۲-۱. تعریف فضای مجازی

با وجود توسعه فراگیر کاربرد و آثار فضای مجازی در سطوح مختلف زندگی بشری در عصر حاضر، تاکنون تعریف واحد و اتفاق‌نظری از این عبارت ارائه نشده است. با این حال تعاریف متعددی توسط افراد یا سازمان‌های مختلف جهت شفاف‌سازی ظرفیت‌ها و ویژگی‌ها و چستی این فضا ارائه شده است. برای مثال در فرهنگ لغت دپارتمان دفاع ایالات متحده در تعریف فضای مجازی عنوان گشته: «فضای مجازی یک دامنه و بستر جهانی در محیط اطلاعاتی است که با بهره‌گیری از زیرساخت‌های فناوری اطلاعات مانند شبکه‌های مخابراتی، اینترنت، رایانه و دیگر پردازنده‌های وابسته به هم اقدام به کنترل و پردازش داده‌های مختلف می‌کند». همچنین سازمان امنیت مجازی ایالات متحده و روسیه نیز در تعریف فضای مجازی بیان کرده‌اند که فضای مجازی بستری برای حفظ و نگهداری، انتقال، حذف و تولید اطلاعات مختلف است (Mbanaso, 2015, p. 18). از دیگر تعاریف ارائه شده درباره فضای مجازی می‌توان به موارد ذیل نیز اشاره کرد: فضای مجازی عبارت است از: «مجموعه ارتباطات درونی انسان‌ها از طریق رایانه و وسایل مخابراتی بدون در نظر گرفتن جغرافیای فیزیکی. به تعبیر دیگر، فضای مجازی فضایی است که در آن فعالیت‌های مختلف در ابعاد داده‌ورزی و اطلاع‌رسانی، ارتباطات و ارائه خدمات، مدیریت و کنترل از طریق

سازوکارهای الکترونیکی و مجازی صورت می‌پذیرد» (خلیل‌پور چالکیاسری، ۱۳۹۹، ص. ۳۲۸). در تعریف دیگری از فضای مجازی آمده است: مجموعه‌ای از انتقال و ذخیره داده‌های الکترونیکی است که بخش عمده و مهمی از آن را اینترنت تشکیل داده است. فضای مجازی ویژگی‌هایی را دارا می‌باشد که اصلی‌ترین آنها؛ گسترده بودن، جهان‌شمول بودن، پوشیده بودن و گزینشی بودن اطلاعات می‌باشند (شهریاری احمدی، ۱۳۹۶، صص. ۱۱-۱۲). هر چند تعاریف متعددی برای این عبارت ارائه شده است اما می‌توان با استفاده از مجموعه این تعاریف و مدنظر قرار دادن شباهت‌های آنان با یکدیگر به استانداردهای مشخصی در تعریف فضای مجازی رسید، از جمله آنکه در تمامی این تعاریف فضای مجازی بستری جهانی و فرامرزی برای پردازش داده‌های مختلف معرفی شده است. همچنین این تعاریف مؤید این نکته و مؤلفه هستند که فضای مجازی محیطی دیجیتال شامل پردازنده‌ها و بسترهای گوناگون از جمله اینترنت است. بنابراین از مجموعه این تعاریف می‌توان نتیجه گرفت که به‌طور کلی فضای مجازی حوزه دیجیتال جهانی از شبکه‌های وابسته به هم و همچنین شبکه‌های تعاملی از جمله اینترنت و سایر شبکه‌های مخابراتی و پردازنده‌هایی است که برای انتقال، تولید یا حفظ و حذف اطلاعات گوناگون از آن استفاده می‌شود (Sahoo, 2016, pp. 2-3).

۲. حق بر سلامت روان کودک

سلامتی مفهومی نسبی و در حال توسعه است. از نظر سازمان جهانی بهداشت «سلامتی، وضعیت رفاه کامل فیزیکی، روانی و اجتماعی بوده و نه فقط فقدان و نبود بیماری جسمی یا ناتوانی جسمی» می‌باشد. سلامت روان از مهم‌ترین مؤلفه‌های حق بر سلامت و رشد و شکوفایی انسان است. بنابراین معنای سلامت روان بدین‌گونه است که فرد دارای تعادل اجتماعی و فرهنگی و رفتاری، عدم اختلال روان‌شناختی، دارای وضعیت رفاهی متناسب و تعادل و توازن در کار و روابط عاطفی و ازدواج و تفریحات و اوقات فراغت می‌باشد (سالاریان و بازر، ۱۴۰۰، ص. ۶). طبق تعریف سازمان جهانی بهداشت، سلامت روان «شامل توانایی لذت بردن از زندگی، توانایی بازگشت به زندگی بعد از ناراحتی و غم زیاد (مصیبت)، توانایی میانه‌روی، توانایی انعطاف‌پذیری و سازگاری، داشتن احساس امنیت و آرامش و خودباوری می‌باشد». بر طبق اساسنامه

سازمان جهانی بهداشت، برخورداری از بالاترین استانداردهای سلامت به‌دور از توجه به نژاد، قومیت، مذهب و عقاید سیاسی، اجتماعی و اقتصادی، از بنیادی‌ترین حقوق انسان است (رحیمی، ۱۳۸۹، ص. ۵۳).

حق بر سلامت هر چند به‌صورت مستقیم در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران ذکر نشده است اما از اصول مختلف آن، از جمله: بند ۱۲ اصل ۳، اصل ۲۹ و بند ۱ اصل ۴۳ قابل استنباط می‌باشد.^۱ چراکه در این اصول بر حقوق بهداشتی و درمانی تأکید شده است و این حقوق از الزامات تحقق حق بر سلامت شهروندان می‌باشند. بدون برخورداری از نعمت سلامتی در ابعاد جسمی و روانی آن، امکان مشارکت شهروندان در برنامه‌های اقتصادی و صنعتی وجود نخواهد داشت و ناگفته پیداست که از مهم‌ترین سرمایه‌های هر کشوری، سرمایه انسانی آن کشور می‌باشد. سلامتی از آن‌چنان اهمیتی در اسلام برخوردار است که قرآن کریم در آیات متعددی^۲ سلامتی روح و جسم انسان را مورد تأکید قرار داده است و راهکارهایی از جمله: تغذیه مناسب، خواب کافی و پرهیز از پرخوری را برای نیل به این مقصود ارائه کرده است.

در قانون نمونه محافظت از کودکان در نسخه نهایی ژانویه ۲۰۱۳ در خصوص سلامتی در بند ۱ ماده ۳۵ بیان شده است که: باید از سلامت کودک مراقبت شود، اعم از جسمی و ذهنی و روانی و احساس کودک. بنابراین سلامت روان و جسم کودک برای شکوفایی و رشد در خور توجه بسیاری است که دولت باید تمهیداتی در این خصوص در بخش غیردرمانی و درمانی در نظر بگیرد. در بخش غیردرمانی دولت باید رفتاری غیرتبعیض‌آمیز (ماده ۲ کنوانسیون حقوق کودک) و آزادی بیان و عقیده و آگاهی و فکر و آزادی عضویت در گروه یا انجمن (مواد ۱۲ و ۱۳ و ۱۴ و ۱۵) و دسترسی به اطلاعات و آموزش (ماده ۲۸) و اقدامات قانونی و قضائی و حمایت از کودکان در برابر استثمار و خشونت (ماده ۳۲ و ۳۴) و بهره‌مندی کودکان از استانداردهای زندگی را فراهم کند. در مواد ۵ و ۱۸ و ۲۷ کنوانسیون مذکور، تعهدات والدین و سرپرستان قانونی بیان شده است و در همه موارد دولت موظف به یاری والدین و سرپرستان قانونی در انجام وظایف و مسئولیت‌هایشان می‌باشد.

طبق ماده ۲۷ کنوانسیون حقوق کودک «دولت‌های عضو کنوانسیون باید تمامی امکانات برخورداری از زندگی سالم و مناسب کودک در همه ابعاد از جمله جسمی، روانی،

اجتماعی، فرهنگی و اقتصادی و... را فراهم کند...». نتیجه حاصل اینکه در استفاده کودک از فضای مجازی، بایستی به سلامت جسمی و روانی او توجه بسیاری صورت گیرد، چراکه در شخصیت، رفتار و سلامت روان او تأثیرگذار خواهد بود. در ماده ۶ کنوانسیون نیز رشد و بقا را حق کودک دانسته و دولت‌ها را به رعایت و تضمین این حقوق موظف کرده است. حق سلامت کودک در این ماده به‌طور صریح مورد توجه قرار گرفته است. در راستای تضمین حق سلامت کودک، والدین را نیز مسئول دانسته است تا اهتمام کافی در این زمینه داشته باشند (Sahoo, 2016, pp. 2-3). همچنین تفسیر عمومی شماره ۲۵ کمیته حقوق کودک نیز به لزوم رعایت حقوق کودکان در بهره‌مندی و استفاده از فضای مجازی توسط ارگان‌ها و نهادهای مختلف دولتی و خصوصی و نیز خانواده‌ها اشاره کرده است. این کمیته طی مواد ۹۳ الی ۱۱۶ تفسیر عمومی ۲۵ به تفصیل درباره اهمیت بالای حفظ حق کودک در برخورداری از لوازم و مراقبت‌های مقتضی جهت صیانت از حق سلامت در ابعاد مختلف آن از جمله سلامت روان صحبت کرده است و ضمن مدنظر قرار دادن و تصریح منافع و فواید بالقوه فضای مجازی در تأمین سلامت کودکان در ابعاد مختلف از جمله سلامت روان، به ابعاد مخاطره‌آمیز و مضر این فضا در صیانت از این حق، وظیفه نهادها و اشخاص مختلف در جلوگیری و جبران خسارت بروز این مخاطرات اشاره کرده است (CRC/C/GC/25, 2021).

در فضای مجازی که امروزه از هر سه کاربر فعال آن یک نفرشان کودک است تهدیدهای بسیاری برای کودکان در زمینه‌های مختلف وجود دارد که می‌توان از مهم‌ترین آنان به چهار حوزه عمده اشاره کرد:

- ۱- حوزه خشونت از طریق بازی‌های رایانه‌ای که روح و روان کودک را تهدید می‌کند؛
- ۲- حوزه فحشا و فساد که به‌نوبه خود بی‌بندوباری، پورنوگرافی و هرزه‌نگاری را در کودک افزایش می‌دهد؛
- ۳- حوزه استفاده از مواد مخدر و روان‌گردان‌ها و اعتیاد به فضای سایبری در اثر استفاده بیش از حد کودکان و نوجوانان؛
- ۴- حوزه کلاهبرداری در اثر اعتماد بی‌پایه به کاربران فضای مجازی، به‌ویژه توسط کودکان (Third & others, 2021, p. 1).

۳. حقوق کودکان در فضای مجازی و نسبت آنها با حق بر سلامت روان

حقوق کودکان در فضای مجازی دارای مصادیق متعددی می‌باشد که مهم‌ترین آنها عبارتند از: حق بر آموزش، حق بر امنیت، حق بر بازی، حق بر حریم خصوصی و حق برخورداری از حمایت‌های اجتماعی بعد از بزه‌دیدگی، که نسبت آنها با حق بر سلامت روان کودکان مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

۳-۱. حق بر آموزش کودک

آموزش شکلی از یادگیری است که در آن هر آنچه قابل آموختن است از نسلی به نسل دیگر یا از عده‌ای به عده دیگر منتقل می‌شود (طجرلو، ۱۳۹۳، ص. ۳۰۳). حق بر آموزش بسترساز تحقق سایر حقوق بشری است. چراکه به موجب آموزش، افراد می‌آموزند چگونه از حقوق سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی خود بهره‌مند شوند و در زندگی اجتماعی مشارکت کنند (مرندی و قربانی، ۱۴۰۰، ص. ۸۲) و به همین دلیل اعلامیه ۱۹۹۰ یونسکو نیز به صورت خاص به این مسئله پرداخته و بیان کرده است: آموزش در چارچوب استانداردهای جهانی می‌تواند ابزار لازم برای مشارکت مردم را فراهم آورد.^۳ به علاوه در اسناد مختلف حقوق بشری از جمله میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی نیز از لزوم دسترسی برابر به آموزش به عنوان حقی از حقوق بشر نام برده شده است.^۴ امروزه بخش عمده‌ای از آموزش‌های رسمی و غیررسمی مؤسسات آموزشی از طریق اینترنت و فضای مجازی برای کودکان و نوجوانان ارائه می‌شود. برای بهره‌مندی از این سبک آموزشی نیاز است که کودکان به انواع دستگاه‌های مرتبط از جمله گوشی‌های هوشمند، تبلت، لپ‌تاپ، اینترنت پرسرعت و... دسترسی داشته باشند و از طریق آنها وارد فضای مجازی شوند. در این صورت ممکن است خواسته یا ناخواسته با ورود به سایت‌ها، کانال‌ها یا صفحه‌های مجازی، در معرض اطلاعات، تصاویر و بازی‌های نامناسب و چه بسا مضر قرار گیرند که ممکن است منجر به آسیب‌های روحی و روانی به آنها شود. اعتیاد به فضای مجازی در میان کودکان و نوجوانان در ایام کرونا رو به افزایش است به گونه‌ای که با دوری از فضای مجازی دچار دل‌مشغولی می‌شوند. بنابراین دارا بودن مهارت‌هایی همچون سواد رسانه‌ای، حفظ حریم خصوصی در بستر فضای مجازی، انتخاب بازی رایانه‌ای مناسب و استفاده از

نرم‌افزارهای کنترل‌گر از نیازمندی‌های والدین در عصر فناوری اطلاعات است تا بتوانند از سلامت روان کودک خود در بستر فضای مجازی حفاظت کنند. همچنین همان‌گونه که پیش از این گفته شد امروزه یکی از ملزومات اساسی حق بر آموزش در فضای مجازی، بهره‌مندی از اینترنت پرسرعت می‌باشد تا دانش‌آموزان بتوانند بدون کمترین اختلال در دریافت اطلاعات، فرایند آموزشی خود را به انجام برسانند. چراکه در غیر این صورت، کندی اینترنت منجر به عدم دریافت و ارسال به موقع اطلاعات آموزشی شده و باعث عدم حضور مناسب کودکان در کلاس‌های درسی مجازی می‌شود، که این امر می‌تواند افت تحصیلی آنها را در پی داشته باشد و سلامت روان آنها را در معرض آسیب قرار دهد.

قانون اساسی و قوانین عادی ما حق بر آموزش رایگان را مورد توجه ویژه قرار داده و در ماده ۴ «قانون حمایت از اطفال و نوجوانان» و ماده ۴ «قانون تأمین وسایل و امکانات تحصیل اطفال و نوجوانان» مصوب ۱۳۵۳ به‌طور ویژه بحث آموزش مورد توجه قرار گرفته است و اگر کسی، چه والدین کودک و چه مقامات قانونی یا هر کس دیگری مانع از این حق شوند باید مورد مجازات واقع شود (پیوندی، ۱۳۹۰، ص. ۳۴۵). اصل ۳۰ قانون اساسی، آموزش کودکان را به‌عنوان یکی از وظایف دولت دانسته و تحقق آن را بر عهده وزارت آموزش و پرورش قرار داده است. در ماده ۵ قانون اهداف و وظایف آموزش و پرورش به برخورداری کودکان از امکانات عمومی لازم برای رشد و شکوفایی توجه شده است. همچنین برنامه توسعه اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی ایران ریشه‌کن کردن بی‌سوادی با فراهم نمودن امکانات تعلیم را از اهداف مهم دولت معرفی شده است. «سند صیانت از کودکان در فضای مجازی» مصوب ۱۴۰۰ شورای عالی فضای مجازی، آموزش کودکان و اولیای آنها را در بهره‌برداری از فضای مجازی مدنظر قرار داده و در بند ۲ ماده ۳، «آگاه‌سازی، هوشیارسازی و توانمندسازی اولیا و مربیان و ایفای نقش محوری خانواده در هدایت، حمایت و مراقبت» از کودک و در بند ۶ ماده فوق «ارتقای سواد فضای مجازی و مهارت‌افزایی خردسالان، کودکان و نوجوانان برای استفاده کارآمد و هدفمند از فضای مجازی» مورد تأکید قرار گرفته است.

در اسلام نیز به آموزش کودکان و تربیت آنها توجه شده است، چنانکه امام صادق

(علیه‌السلام) می‌فرماید: «النَّاسُ مَعَادِنُ كَمَعَادِنِ الْأَذْهَبِ وَالْفِضَّةِ» (کلینی، ۱۳۸۷، ج ۸، ص. ۱۷۷)، بدین جهت کودک را می‌توان به‌عنوان معدنی از طلا و نقره دانست که نیازمند بهره‌برداری و شناخت استعدادها و توانمندی‌های آنان و هدایت به‌سوی موفقیت است که والدین و معلمان نقش مؤثری در این زمینه دارا می‌باشند. حضرت علی (علیه‌السلام) نیز آموزش کودک را به‌عنوان یکی از حقوق فرزند بر پدر دانسته و می‌فرماید: «حَقُّ الْوَالِدِ عَلَى الْوَالِدِ أَنْ يُحَسِّنَ اسْمَهُ، وَيُحَسِّنَ أَدَبَهُ، وَيُعَلِّمَهُ الْقُرْآنَ»^۵ (نهج‌البلاغه، ص. ۳۴۱) و همان‌طور که در روایتی از امام صادق (علیه‌السلام) که آموزش قرآن را در دوران کودکی مورد توجه قرار داده و فرمودند: «الْغُلَامُ يَلْعَبُ سَبْعَ سِنِينَ، وَيَتَعَلَّمُ الْكِتَابَ سَبْعَ سِنِينَ، وَيَتَعَلَّمُ الْحَلَالَ وَالْحَرَامَ سَبْعَ سِنِينَ»^۶ (کلینی، ۱۳۶۳، ج ۶، ص. ۴۷). امام علی (علیه‌السلام) در خصوص علم‌آموزی کودکان این‌گونه فرمودند: یادگیری و علم و دانش در دوران کودکی مثل حکاکی و نقاشی بر سنگ است^۷ (پیوندی، ۱۳۹۰، ص. ۳۴۴). در قرآن کریم نیز در آیه ۱۶۴ آل عمران هدف از رسالت انبیاء را تعلیم و آموزش و تزکیه معرفی کرده است. بنابراین از نظر اسلام آموزش کودکان به‌عنوان یک حق مورد تأکید قرار گرفته است که جامعه ملزم به ایجاد بسترهای تحقق آن می‌باشد. قاعدتاً این ابزارها به تناسب زمان و مکان می‌توانند متفاوت باشد و امروزه یکی از ابزارهای تحقق این امر بستر فضای مجازی می‌باشد.

کنوانسیون حقوق کودک در ماده ۲۸، آموزش رایگان کودکان را به رسمیت شناخته است. اهداف آموزش کودکان عبارتند از: پرورش استعداد کودک و رشد و شکوفایی و احساس مسئولیت اخلاقی و اجتماعی و فرهنگی کودک به‌عنوان یک عضو مفید و اثرگذار در جامعه با شرایط مساوی با دیگر اعضای جامعه (انصاری و مشرف لنگرانی، ۱۳۹۲، ج ۱، ص. ۵۸۳). با توجه به ماده ۲۸ و ۲۹ کنوانسیون حقوق کودک چنین برداشت می‌شود که متعهدان حق آموزش کودک به سه گروه تقسیم می‌شوند: ۱- دولت، ۲- والدین، ۳- جامعه بین‌الملل؛ منتفعان حق بر آموزش نیز شامل: کودک، والدین و مؤسسات خصوصی می‌باشند. در میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ۱۹۶۶ نیز در ماده ۱۳، حق بر آموزش کودک با فراهم نمودن محیط آموزشی و بالا بردن سطح رشد ذهنی و فکری کودکان که به‌عنوان نقش‌آفرینان آینده هستند از

اهمیت برخوردار بوده و نشانگر آن است که با خشونت‌زدایی در بستر فضای مجازی و تبدیل شدن آن به محیطی امن حق آموزش کودکان نفی نشود.

کنوانسیون حقوق کودک دربرگیرنده نکات ارزشمندی در حوزه تعلیمی و تربیتی و سلامت روان کودک می‌باشد به گونه‌ای که در مقدمه کنوانسیون به مراقبت‌های دوران کودکی توجه ویژه شده است. در ماده ۳ کنوانسیون، منافع و مصالح کودک در دوران کودکی او در نظر گرفته شده است. در سال ۲۰۰۳ میلادی در پنجمین تفسیر عام کمیته حقوق کودک، منافع و مصالح کودکان در بند ۱۲ به طور گسترده‌ای تفسیر شده است: «این اصل مقتضی اقدامات مؤثر دولت، مجلس و قوه قضائیه است. هر نهاد یا مؤسسه قانون‌گذاری، اجرایی و قضائی باید به طور نظام‌یافته بررسی کند که چگونه منافع عالی‌ه کودک تحت تأثیر تصمیمات یا مصوبات آنان قرار می‌گیرد؟ و یا در آینده چه تأثیری بر آنان خواهد داشت؟ از جمله: تصمیمات یا مقرراتی که به طور مستقیم به کودکان مربوط نیست بلکه غیرمستقیم بر آنان تأثیرگذار است». بنابراین اصل رعایت منافع و مصالح کودکان به‌عنوان یک اصل بنیادین در حقوق کودک است و حق بر آموزش کودک را می‌توان به‌عنوان یکی از مصادیق مهم به‌شمار آورد. بدین ترتیب دولت‌ها یا افراد نباید با کنش‌های خود این حق را نادیده انگاشته و یا به‌نحوی اقداماتی در تعارض با آن انجام دهند به گونه‌ای که سلامت روانی و جسمی کودک را تحت‌الشعاع قرار دهند (حسینی‌خواه، ۱۳۸۹، صص. ۲۳۰-۲۳۳). تفسیر عمومی ۲۵ کمیته حقوق کودک نیز طی مواد ۹۹ الی ۱۰۵ به‌صورت صریح و روشن به اهمیت حفظ حق آموزش کودکان در ارتباط با فضای مجازی پرداخته است و در این راستا معین کرده که دولت‌های عضو و دیگر نهادها و افراد دخیل در امر آموزش مکلف به تأمین وسایل، ابزارها و ایجاد زمینه‌های مورد نیاز جهت تحقق حق بر آموزش سالم همراه با امکان دسترسی به منابع و اطلاعات مختلف هستند. بدین ترتیب کمیته در تفسیر عمومی ۲۵ خود بیان کرده است که فضای مجازی به‌عنوان بستر برقراری ارتباط و دسترسی به اطلاعات مختلف می‌تواند به‌عنوان ابزاری جهت تحقق حق بر آموزش کودکان تلقی شود و در نتیجه دولت‌های عضو مکلف‌اند تا زمینه دسترسی مناسب و برابر برای تمام کودکان جامعه به فضای مجازی در ابعاد مختلف را فراهم آورند و نیز از آنان برابر مخاطرات بالقوه حمایت به عمل آورند (CRC/C/GC/25, 2021).

۲-۳. حق بر بازی کودک

کودکان به‌عنوان یکی از آسیب‌پذیرترین اقشار جوامع که طی سالیان متمادی به طرق و اشکال مختلفی مورد استثمار قرار گرفته‌اند بیش از هر فرد دیگری حق بر شادی و بازی و فعالیت‌های نشاط‌آور و سرگرم‌کننده را دارند. این حق در ابعاد مختلفی از زندگی کودکان ظهور می‌یابد از جمله حق بر آموزش و حق بر مشارکت در حیات فرهنگی، به‌عبارتی حق بر بازی کودکان پلی جهت تحقق هر چه بهتر دیگر حقوق کودک است. بنابراین این حق به‌عنوان یکی از ابزارهای اساسی جهت آموزش، استعدادیابی، تقویت مهارت‌های فردی و اجتماعی و برقراری ارتباط و همدلی و دیگر موارد در کودک است. حال باید دانست هنگامی که از بازی سخن می‌گوییم منظورمان چه نوع فعالیتی است؟ منظور از بازی هر نوع فعالیت نشاط‌آور و تفریحی و سرگرم‌کننده به تناسب سلايق و نیازهای کودک است که از طریق سخن گفتن، فعالیت فیزیکی و یا ترکیبی از این دو موجب بروز حس رضایت در کودک می‌شود و همچنین عاملی جهت رشد فکری و ذهنی کودک و پرورش احساسات و توانایی‌های مختلف در او می‌شود. به‌عبارتی منظور از بازی انجام هر فعالیتی صرفاً برای گذراندن زمان نیست بلکه بازی فعالیتی متشکل از مؤلفه‌های مشخص و هدفمند است که از طریق ایجاد حس نشاط در کودک سبب تحقق هدفی مشخص می‌شود (International play association, 2014). بنابراین حق بر بازی و تفریح از مهم‌ترین مؤلفه‌های زندگی کودکان محسوب می‌شود. آنها با انجام انواع بازی‌ها، مهارت‌های لازم را برای شکل دادن زندگی آینده خود به‌دست می‌آورند. بنابراین بازی، تفریح و سرگرمی‌های مختلف از عوامل رشد و شکوفایی استعداد کودکان محسوب می‌شوند (نیازپور و رضایی حومدین، ۱۳۹۶، صص. ۷۸-۸۴). «بازی از عوامل اصلی رشد و یادگیری کودکان می‌باشد و تجربه استقلال فردی، مهارت‌های اجتماعی و لذت ماجراجویی و هیجان را در آنها ارتقاء می‌دهد» (سلامی و مظهري، ۱۳۹۹، ص. ۳۴).

حق بازی از مصادیق مؤثر بر سلامت روان کودک در فضای مجازی است. با این وجود کودک را نباید با توجه به گسترش فضای مجازی و اینترنت و بازی‌های برخط که برخی از آنها بر پایه جنگ و خشونت و آموزش‌های ناصحیح است رها کرد، زیرا سلامت روانی کودک را به مخاطره می‌اندازد و با آزادی کودک در تعارض است. حق

بر بازی کردن کودک در ماده ۳۱ کنوانسیون حقوق کودک مورد توجه قرار گرفته است که در زمینه‌های فرهنگی و هنری به‌عنوان زمینه‌ساز مؤثر برای بازی و سرگرمی کودکان اشاره شده است. به عبارتی ضمن مدنظر قرار دادن اهمیت ایجاد بستر مناسب برای تحقق حق بر بازی کودک در فضای مجازی، باید به مخاطره‌ها و آسیب‌های موجود در این فضا یا حتی فضای واقعی توجه کرد. برای مثال بازی می‌تواند متأثر از عوامل مختلفی نظیر فرهنگ، تجارت، وضعیت اقتصادی و شرایط جسمی و روحی کودک و اجتماع او باشد که چنین عواملی مشخصاً در فضای مجازی نیز نمود خواهند یافت. بنابراین در زمینه تحقق حق بر بازی کودک نه تنها باید به اتخاذ تدابیر ایجابی مبادرت ورزید بلکه باید اقدام‌های پیشگیرانه، نظارتی و کنترلی نیز جهت کاهش دادن مخاطره‌های محیط‌های مختلف از جمله محیط مجازی برای تحقق این حق کودک اتخاذ کرد. برای مثال فضای مجازی نباید مانع انجام فعالیت فیزیکی و حضوری کودک و ارتباط مستقیم او با خانواده و هم‌سالانش شود و یا نباید محتواهای برپایه اهداف تجاری بدون توجه به نیازهای کودک در سطح وسیع در دسترس آنان قرار گیرد (International play association, 2014).

اسلام به بازی کودک با توجه به شرایط سنی و محیط کودک توجه کرده و روایات زیادی در این زمینه وجود دارد. از جمله این روایات می‌توان به کلام امام صادق (علیه‌السلام) اشاره کرد: «بازی کودک را در هفت سال اول زندگی و تربیت و تأدیب او را در هفت سال دوم مورد تأکید قرار داده‌اند (حر عاملی، بی‌تا، ج ۱۵، صص. ۱۹۴). همچنین اسلام به قرار دادن امکانات مناسب برای بازی کودک و هم‌بازی شدن والدین با کودکان نیز توصیه می‌کند به گونه‌ای که پیامبر اکرم (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) فرمودند: «مَنْ كَانَ عِنْدَهُ صَبِيٌّ فَلْيَتَصَابَ لَهُ»؛ هر کسی کودکی دارد باید با او کودکانه رفتار کند» (حر عاملی، بی‌تا، ج ۱۵، صص. ۲۰۳). والدین باید در انتخاب نوع بازی، کودک را هدایت کنند چراکه شخصیت و هویت کودکان تا حدودی متأثر از نوع وسایل بازی آنان است و با توجه به استفاده حداکثری کودکان از بازی‌های مجازی، والدین باید در انتخاب نوع بازی توجه کرده و از غلبه بازی‌های مجازی حاوی خشونت بر روان کودک جلوگیری کنند. در آیات قرآن نیز در خصوص بازی کودکان سخن به میان آمده

است و در آیه ۱۲ سوره یوسف صراحتاً به بازی و تفریح اشاره شده است (میرخندان، ۱۳۹۸، صص. ۷۷-۷۸). در آیه ۷۰ سوره اسراء مقام بالقوه انسان در قرآن با تعبیری چون خلیفه خدا بر روی زمین، مسجود تمامی فرشتگان، عالم به کل اسماء الهی (برای نمونه: آیات ۳۰ و ۳۵ سوره مبارکه بقره) نفخه روح خداوند، مخلوق دو دست جلال و جمال خداوند (برای نمونه: آیات ۷۱ الی ۷۵ سوره مبارکه ص) و مفتخر به تاج کرامت و فضیلت و... معرفی شده است. طی مراتب بالقوه و صیوروت تا مقام فعل، از همان کودکی آغاز می‌شود و اولیای کودک، جامعه و حکومت، نقش بسزایی در این راستا بر عهده دارند. اما گاهی در قالب‌های مختلف حتی بازی‌های کودکان و بازی‌ها و سرگرمی‌های رایانه‌ای، کرامت و شخصیت کودک خدشه‌دار می‌شود یا به بیراهه می‌رود. آنگاه است که زمینه رشد تا بی‌نهایت را در خود گم می‌کند و مقام خویش را به فراموشی می‌سپارد.

امروزه استفاده از بازی‌های رایانه‌ای به بخش جدایی‌ناپذیر از زندگی کودکان و نوجوانان تبدیل شده است. اما پرداختن بیش از اندازه به بازی‌های رایانه‌ای توسط کودکان، مشکلات و آسیب‌های جدی جسمی و روانی بر آنان باقی می‌گذارد که آسیب‌های عمده جسمانی عبارتند از: درد گردن، انحراف در ستون فقرات، چاقی، ضعف در بینایی و فشار خون و ضربان قلب بالا و در بعد روانی و اجتماعی، کودک دچار افسردگی و اضطراب و عدم تمایل به مشارکت در حوزه‌های اجتماعی و فرهنگی و افت تحصیلی و گوشه‌گیری و انزوا (شبییری و دیگران، ۱۳۹۵، ص. ۲) و عدم حضور در جمع‌های خانوادگی به علت عدم اعتماد به نفس می‌شود. بنابراین اگر از فناوری مربوط به بازی‌های رایانه‌ای به‌طور صحیح استفاده شود اثرات مثبتی را خواهد داشت. اما استفاده فزاینده از این فناوری، خطراتی را در پی خواهد داشت که سلامت کودکان را بیشتر در معرض تهدید قرار می‌دهد. والدین نقش مهمی در این زمینه دارا می‌باشند و باید برای حفظ سلامت و بهداشت روانی کودکان و نوجوانان و پیشگیری از آسیب‌های روانی آنان، با برنامه‌ریزی صحیح، استفاده از بازی‌های رایانه‌ای کودک را هدایت و کمک کنند و میزان بازی کودکانشان را کنترل کنند زیرا عدم برخورداری از سلامت روان از پیشرفت فرد و جامعه ممانعت می‌کند و عملکرد تحصیلی و متعاقباً شغلی افراد را مختل می‌سازد. همچنین با توجه به اینکه امروزه بخش قابل توجهی از بازی‌های

رایانه‌ای به صورت برخط می‌باشند، که بهره‌مندی از آنها مستلزم برخورداری از اینترنت پُرسرعت است. چراکه در غیر این صورت انجام بازی به نحو صحیح صورت نخواهد گرفت و این امر منجر به از دست رفتن فرصت‌های لحظه‌ای بازی شده و چه بسا باعث باخت بازیکن شود که این امر می‌تواند موجب عصبانیت و پرخاشگری کودکان شود.

شورای عالی فضای مجازی با تصویب «سیاست‌های حاکم بر برنامه ملی بازی‌های رایانه‌ای» ضمن شناسایی حق بر بازی کودکان و نوجوانان در فضای مجازی، مقرراتی را در جهت بهره‌برداری بهتر کودکان از این فضا تدوین کرده است که برخی از مهم‌ترین آنها طبق ماده ۲ آن مصوبه عبارتند از: فرهنگ‌سازی و آموزش عمومی در خصوص فرصت‌ها و تهدیدها و نحوه صحیح بازی‌های رایانه‌ای؛ سامان‌دهی شرکت‌ها، مؤسسات و سایر اشخاص حقوقی و حقیقی تولید و توزیع‌کننده بازی‌های رایانه‌ای از نظر رعایت استانداردها و مسئولیت اجتماعی؛ حمایت از تولید و توزیع بازی متناسب با نیاز تمامی اقشار و سنین؛ نظارت ساختاری و مستمر بر تولید و توزیع بازی‌های رایانه‌ای؛ اصلاح و تنقیح قوانین مرتبط از جمله قانون جرایم رایانه‌ای در جهت افزایش بازدارندگی، کاهش تخلفات و جرایم، حفظ حریم خصوصی و حقوق مصرف‌کننده.

در مواد ۱۰۶ الی ۱۱۱ تفسیر عمومی شماره ۲۵ حقوق کودک از حق بر بازی به‌عنوان یکی از حقوق منشعب شده از حق کودک بر انجام فعالیت‌های تفریحی و اوقات فراغت نام برده شده است. طی این مواد، فضای مجازی به‌عنوان بستری که قابلیت معرفی و ارائه فرصت‌های مختلف برای تحقق این حق را دارد حائز اهمیت شمرده شده است اما درعین حال به دلیل رابطه نزدیک و غیرقابل انکار اثر فعالیت‌های تجاری بر محتوای اطلاعات مجازی به دولت‌های عضو توصیه مؤکد جهت حفظ امنیت و سلامت فضای مجازی در تولید محتویات سرگرم‌کننده برای کودکان شده است (CRC/C/GC/25, 2021).

۳-۳. حق بر امنیت کودک

امنیت در معنای حقوقی به معنی فقدان خطر نسبت به جان، مال، عرض و حقوق آحاد مردم در جامعه می‌باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ص. ۶۴۱). امنیت از دیگر مؤلفه‌های حق بر سلامت کودک در بستر فضای مجازی است. از مهم‌ترین موارد تهدیدکننده امنیت کودکان در فضای مجازی، قرار گرفتن آنها در معرض خشونت‌های

مجازی می‌باشد که این امر ضمن اینکه سلامت روان آنها را به شدت تهدید می‌نماید، امکان بهره‌مندی آنها از این فضا را محدود می‌کند (Council of Europe, 2016, p. 8). بند «د» ماده ۱۱ «سند ملی حقوق کودک و نوجوان» بحث حق بر امنیت را مطرح می‌کند که ناظر است بر پیشگیری و مبارزه با جرایم جنسی علیه کودک یا نوجوان و همین‌طور ارائه آثار مستهجن به او از طریق فضای مجازی، یعنی در ارتباط با حق بر امنیت، نگاه به این است که کودک را در مقابل تعدیاتی که در فضای مجازی نسبت به او صورت می‌گیرد مصون نگه داریم و نگاه حمایتی از باب ضمانت اجرای کیفری است. ماده ۴ منشور حقوق شهروندی، حق برخوردارگی کودک از امنیت را این‌گونه بیان داشته است که «حق کودکان است که صرف‌نظر از جنسیت به‌طور خاص از هر گونه تبعیض، آزار و بهره‌کشی مصون و از حمایت‌های اجتماعی متناسب از جمله: در حوزه سلامت، مراقبت در مقابل بیماری‌های روحی، روانی و جسمانی و خدمات بهداشتی و درمانی برخوردار باشند». بدین ترتیب آسیب‌پذیری کودکان در فضای سایبری یا رسانه مجازی به سه عامل مهم بستگی دارد: ۱- عامل جنسیت کودک، ۲- عدم آگاهی کافی، ۳- عوامل اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی. بدین صورت که این عوامل دست در دست هم داده و علاوه بر لطمه‌های روحی، روانی و جسمی به کودک، امنیت اطلاعات، ارتباطات، گفتگوها و نامه‌های او را در معرض تهدیدهای جبران‌ناپذیر قرار می‌دهند. از مهم‌ترین خطرهایی که سلامت کودکان را در فضای مجازی تهدید می‌کند، بهره‌کشی، استثمار جنسی، فحشا و پورنوگرافی می‌باشد که ضمن خدشه‌دار نمودن حیثیت و کرامت انسانی کودک، ایجاد مشکلات روحی و روانی را برای او در پی دارد (حسینی اکبرنژاد، ۱۳۹۲، ص. ۳۴۹). کودک ممکن است با ناآگاهی در استفاده از بستر رسانه‌های مجازی و اینترنت موجب تضییع حق امنیت خود شده و در معرض انواع خشونت قرار گیرد. امروزه حضور کودکان در فضای مجازی به‌طور قابل توجهی افزایش یافته است و این حضور، نقش عمده‌ای در پُرکردن اوقات فراغت آنان دارد، بنابراین می‌بایست دسترسی کودکان به سایت‌های نامناسب را محدود کرد (سلیمانی، ۱۳۹۵، ص. ۱۰۷). با افزایش و رشد ارتباطات از طریق مجازی، دسترسی کودکان به این فضا موجب فزاینده شدن پورنوگرافی کودکان و تولید محتوا اعم از فیلم و تصاویر

شده است. در اعلامیه جهانی حقوق بشر در سال ۱۹۴۸ اگرچه صراحتاً به کلمه «خشونت» اشاره نشده است ولی از مصداق خشونت در ماده ۵ اعلامیه، همچون آزار و شکنجه بی‌زاری جسته است زیرا بر سلامت روان و جسم تأثیرگذار است. بنابراین باید از اعمال رفتار غیرانسانی و خشونت‌آمیز و توهین و ارباب‌علیه کودکان در بستر فضای سایبری جلوگیری شود زیرا با توجه به ماده ۳ اعلامیه جهانی حقوق بشر، هر انسانی حق دارد از آزادی و امنیت کافی برخوردار شود.

کنوانسیون حمایت از حقوق کودک در ماده ۳۴ در خصوص حمایت از کودکان در مقابل پدیده هرزه‌نگاری و پورنوگرافی و استثمار جنسی، کشورهای عضو را مکلف به حمایت و انجام اقداماتی در سطح ملی و بین‌المللی دانسته است و در ماده ۱۹ حکومت‌ها را موظف کرده است تا با به‌کارگیری تمام توانایی‌ها و امکانات برای حمایت کودکان از سوءاستفاده‌های جنسی، ذهنی و جسمی که در قبال رفتارهای سهل‌گیرانه و عدم مدیریت ایجاد شده است حمایت کنند. همچنین در ماده ۳۲ نیز از ممنوعیت استثمار و بهره‌کشی از کودکان سخن گفته است که نشان‌دهنده اهمیت حمایت از کودکان در چنین مواردی است تا سلامت جسم و روان کودکان به مخاطره نیفتد. اما بیشترین مخاطرات متوجه دختران است اگرچه پسران نیز از این مخاطرات در امان نیستند (بادامی، ۱۳۹۹، ص. ۸۰).

از مصداق تضییع حق امنیت کودک، آزار و اذیت در بستر فضای دیجیتال است که در قالب‌های زورگیری یا زورگویی و قلدری مجازی، تهدید و تطمیع و ترساندن و انتشار اسرار و توهین و نشر غیرمجاز و خودسرانه اطلاعات کودک ظهور می‌یابد (Child Safety Online, 2012, p. 33). زورگویی مجازی تأثیرهایی بر جسم و روان کودک دارد که قابل چشم‌پوشی و سهل‌انگاری نیست. از مهم‌ترین آنها بروز احساس ناامنی و در خطر بودن و احساس ترس و آشفتگی و کاهش اعتماد به نفس و تحقیر و از دست دادن عزت نفس کودک است. لذا والدین باید با آگاه‌سازی کودک خویش، او را در مسیر صحیح قرار داده و در تربیت او نهایت تلاش خود را به‌کار گیرند. قانون مدنی در ماده ۱۱۷۸ تکلیف والدین در تربیت کودکان را مورد توجه و تأکید قرار داده است. در احادیث و روایات نیز به تربیت فرزند توسط والدین اشاره شده است و این

امر از دیدگاه امامان معصوم (علیهم‌السلام) حائز اهمیت بوده است تا جایی که امام سجاد (علیه‌السلام) برای تربیت صحیح اولادش از خداوند تبارک و تعالی مدد و یاری جسته است (صحیفه سجادیه، ج ۱: ۱۲۰ و ۱۲۵). برای اینکه بتوان از کودکان در فضای مجازی محافظت کرد، لازم است مهارت‌های لازم برای «ایمن نگه داشتن خود» را آموزش ببینند. این آموزش‌ها نه تنها برای کودکان که برای والدین آنها نیز ضروری می‌باشد و دولت‌ها باید اطمینان حاصل کنند که والدین در خصوص نظارت و کمک به فرزندان خود آموزش‌های لازم را دیده‌اند (Daly, Ruxton & Schuurman, 2016, p. 13). همچنین علاوه بر مسئولیت‌های مراقبتی دولت و خانواده‌ها در حفظ امنیت کودکان در استفاده از فضای مجازی فعالان خصوصی و نهادهای مستقل مردم‌نهاد نیز به‌عنوان عاملان کمک‌رسان به دولت و خانواده جهت نظارت و کنترل هر چه بیشتر و بهتر بر محتویات فضای مجازی شناخته می‌شوند. از آنجایی که فضای مجازی در ابتدا برای کودکان ایجاد نشده است اما امروزه به دلیل فراگیری و توسعه چشمگیر فناوری ارتباطات آثار غیرقابل انکاری بر ابعاد مختلف زندگی کودکان دارد، نظارت بر آن تنها توسط دولت‌ها و خانواده‌ها ممکن نیست. به عبارتی به دلیل وسعت بسیار این فضا بدون کمک و همکاری نهادها و افراد خصوصی و مستقل نمی‌توان به‌صورت کامل کودکان را از مخاطرات حفظ کرد (UNICEF, 2020).

۳-۴. حق بر حریم خصوصی کودک

حریم خصوصی کودکان زمانی در معرض تهدید قرار می‌گیرد که اطلاعات شخصی آنان از طریق اینترنت به‌صورت خودکار یا از طریق نرم‌افزارهای جاسوسی جمع‌آوری شود و یا خود به‌صورت داوطلبانه آنها را در اختیار سایت‌ها یا افراد دیگر قرار دهند. این اطلاعات می‌تواند طیف متنوعی از داده‌های رایانه‌ای را شامل شود. انتشار این اطلاعات همچون انتشار عکس و فیلم خصوصی کودکان گاهی می‌تواند آن‌چنان تأثیرات مخربی بر روح و روان آنها وارد آورد که جبران خسارات وارده ممکن نباشد. در حقوق تعریف مورد وفاقی در مورد حریم خصوصی افراد ارائه نشده است (کاتوزیان، ۱۳۷۲، صص. ۲۱۶-۲۱۷). با این حال می‌توان گفت: حق بر حریم خصوصی به‌طور کلی به معنی مصون ماندن اطلاعات شخصی افراد در برابر نهادهای

دولتی و اشخاص دیگر است و یا به تعبیر قاضی برنردیس^۹ به معنی حق بر تنها ماندن است. به عبارت دیگر می‌توان گفت: حق بر حریم شخصی به معنی حق بر پنهان ماندن اطلاعات شخصی افراد در رابطه با فعالیت‌های مختلف آنان است مادام که منجر به سلب حقی از دیگران نشود (Live science & Sharp, 2013). در رویه قضائی حریم خصوصی دارای مصادیقی است از جمله: تصاویر، حساب بانکی، اعضای بدن، اعضای خانواده، مکاتبات و مراودات از طریق فضای مجازی و مخابراتی به وسیله تلفن همراه، اتاق فرد، نامه، پیام و ایمیل. بنابراین تجسس و تفحص در حریم شخصی و خانوادگی افراد ممنوع شده است. اعضای بدن فرد حریم خصوصی اوست و انتشار هر گونه عکس و تصویر اعضای بدن فرد ممنوع است اما در مواردی خاص مانند تفتیش پلیس در موارد قانونی افراد مورد تفتیش و بازرسی قرار می‌گیرند، در غیر این صورت چنین اجازه‌ای به هیچ‌یک از مأموران دولتی داده نمی‌شود. نامه‌ها و مکاتبات فرد نیز حریم خصوصی است (نوری، ۱۴۰۷ق، ج ۹، ص. ۱۵۹).

درباره حق بر حریم خصوصی و حفظ آن در ماده ۱۶ کنوانسیون حقوق کودک چنین آمده است: «۱- در امور خصوصی، خانوادگی یا مکاتبات هیچ کودکی نمی‌تواند دلخواه یا غیرقانونی دخالت کرد یا هتک حرمت نمود، ۲- کودک در برابر این‌گونه دخالت‌ها و یا هتک حرمت‌ها مورد حمایت قانون قرار دارد». با توجه به این ماده ۲ فرض متصور است: فرض اول، دخالت والدین به‌طور خودسرانه در امور شخصی کودکان، که در این فرض در اکثر دولت‌ها قوانین نمی‌تواند تضمین‌کننده حمایت از حریم خصوصی کودکان در برابر والدین و دیگر اعضای خانواده او باشد، اما در فرض دوم، دخالت غیرقانونی و مغرضانه اشخاص دیگر (چه در فضای حقیقی چه در فضای مجازی) در امور خصوصی کودک می‌باشد که دولت باید در زمینه سازوکارهای مناسب و فرهنگ‌سازی و آموزش به کودک و والدین، اقدام‌های لازم را انجام دهد (پیوندی، ۱۳۹۰، صص. ۳۴۲-۳۴۳).

بنای حریم خصوصی هر فرد تأمین آرامش، امنیت و حفظ کرامت اوست و در آیات قرآن نیز به حفظ حریم خصوصی هر فرد و نفی هتک آن تأکید شده است. در آیه ۳۰ سوره بقره و آیه ۷۰ سوره اسراء، انسان را به‌عنوان اشرف مخلوقات تلقی کرده

است که باید از حریم او حفاظت شود و تصرف در حدود شخصی و خصوصی او با کرامت، امنیت، آرامش، عزت و احترام او منافات دارد و خداوند آن را منع کرده است (خیاط فدردی، ۱۳۹۵، ص. ۴۵). تفسیر عمومی شماره ۲۵ کمیته حقوق کودک نیز طی مواد ۶۷ الی ۷۸ به بررسی اهمیت حفظ این حق برای کودکان به‌ویژه در تعامل با فضای مجازی پرداخته است. طی این مواد کمیته تصریح کرده است که حق کودک بر حفظ حریم شخصی خود حقی اساسی جهت حفظ کرامت و حیثیت و آزادی او است که نه تنها نباید توسط تجار و دیگر عاملان تولید محتوا در فضای مجازی سلب شود بلکه دولت‌ها و خانواده‌ها نیز بدون کسب رضایت کودک و مگر در شرایط بسیار ضروری حق مداخله و نقض این حق کودک را به‌واسطه انجام فعالیت‌هایی نظیر بررسی اطلاعات آنان و دیگر داده‌ها ندارند. به همین ترتیب عاملان تولید محتوا و خدمات در فضای مجازی نیز نباید اقدام به نقض این حق کودک به‌واسطه پردازش پنهانی اطلاعات آنان کنند (CRC/C/GC/25, 2021).

پیامبر اکرم (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) در مورد تجسس در نامه و مکاتبات می‌فرمایند: «هر کس بدون اجازه در نامه برادر دینی خود بنگرد همانند آن است که در آتش نگرسته است» (نوری، ۱۴۰۷ق، ج ۹، ص. ۱۵۹). همچنین در خصوص استراق سمع و شنود مکالمات دیگران بدون رضایت آنها که به‌عنوان مصداق بارزی از تعدی در حریم خصوصی است، می‌فرمایند: «در صورت استراق سمع بدون رضایت فرد در آخرت (قیامت) در دو گوش فرد سرب ریخته می‌شود» (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۷، ص. ۲۹۷). در قانون جرایم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸ نیز دسترسی غیرمجاز و شنود غیرمجاز افراد در فضای مجازی را در ماده ۱ مورد توجه قرار داده و برای اخلال‌گران در اطلاعات یا محتوای شنیداری مجازات در نظر گرفته شده است. ماده ۳۵ قانون تجارت الکترونیک در خصوص حفظ و رعایت اطلاعات اشخاص نیز این‌گونه بیان داشته است که: «اطلاعات اعلامی و تأییدیه اطلاعات اعلامی به مصرف‌کننده باید در واسطی با دوام، روشن و صریح بوده و در زمان مناسب و با وسایل مناسب ارتباطی در مدت معین و بر اساس لزوم حسن نیت در معاملات و ازجمله ضرورت رعایت افراد ناتوان و کودکان ارائه شود». کنوانسیون حقوق افراد دارای معلولیت در ماده ۱۶ حمایت از معلولان در برابر خشونت و سوءاستفاده را مورد تأکید قرار داده است که بیانگر

اقدامات حمایت‌محور از کودکان معلول در فضای مجازی در برابر هر گونه خشونت از جمله بهره‌گیری و سوءاستفاده جنسی برخط از آنها می‌باشد.

اشاعه فحشا نیز مصداق هتک حریم خصوصی است و بنا به فرمایش پیامبر اکرم (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم): هر کس به اشاعه فحشا بپردازد نظیر این است که خود مسبب انجام آن بوده است. اما عده‌ای از افراد به انگیزه‌های مختلف از جمله: سودجویی و اخاذی از افراد و یا انتقام، اقدام به انتشار عکس‌های خصوصی افراد در فضای مجازی می‌کنند که با کرامت و عزت انسانی در تعارض است. در قرآن کریم آیه ۱۹ سوره مبارکه نور افشای عمدی یا غیرعمدی اسرار دیگران را امری مذموم و غیراخلاقی دانسته است و در اصل ۲۵ قانون اساسی و ماده ۲ قانون جرایم رایانه‌ای، مقرراتی برای حمایت و حفاظت از حریم خصوصی افراد در نظر گرفته است که نشانگر اهمیت حفاظت از اطلاعات اشخاص می‌باشد. ماده ۱۶ و ۱۷ قانون جرایم رایانه‌ای هتک حیثیت افراد را در بستر فضای مجازی جرم‌انگاری نموده است. در ماده ۱۶ کنوانسیون حقوق کودک در خصوص منع تعرض به حدود شخصی و خصوصی کودک چه عمداً و چه سهواً و برخورداری کودک از حمایت قانون در صورت سوءاستفاده از حریم شخصی او تأکید شده است.

۳-۵. حق برخورداری از حمایت‌های معنوی بعد از بزه‌دیدگی

در نظام حقوقی ایران آنچه که بیشتر مدنظر قرار گرفته است جنبه کیفری و مالی جرایم می‌باشد و کمتر به ابعاد روانی و معنوی آنها به خصوص در مورد کودکان پرداخته شده است. به‌عنوان مثال «قانون نحوه مجازات کسانی که در امور سمعی و بصری فعالیت غیرمجاز می‌نمایند» در مواد ۳ الی ۱۰ تولید و انتشار آثار مستهجن را مورد توجه قرار داده و مجازات‌هایی را در این خصوص مقرر کرده است. این قانون انتشار آثار مستهجن در فضای اینترنت و فضای مجازی را جرم‌انگاری کرده و مرتکب را در خور مجازات‌های مقرر در قانون دانسته است. قانون جرایم رایانه‌ای در فصل چهارم در خصوص جرایم علیه عفت و اخلاق عمومی و در فصل پنجم هتک حیثیت و نشر اکاذیب و در فصل ششم مسئولیت کیفری اشخاص را بیان کرده است. کودکانی که در فضای مجازی در معرض بزه‌دیدگی قرار می‌گیرند به تناسب شدت

جرائم صورت گرفته، ممکن است دچار مشکلات روحی و روانی مختلفی شوند که نیازمند حمایت‌های معنوی خانواده و جامعه می‌باشند. این حمایت‌ها هر چند جنبه عاطفی دارند، اما نیازمند توجه قانون‌گذار و تدوین قوانین لازم برای هدفمند نمودن این حمایت‌ها می‌باشد (پورقهرمانی، ۱۳۹۶، صص. ۲۲-۲۳). جبران خسارات معنوی هر چند در قوانین ایران پیش‌بینی شده‌اند و به‌عنوان مثال در ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری و ماده ۱۰ قانون مسئولیت مدنی مورد تأکید قرار گرفته‌اند؛ اما این امر جدای از حمایت‌های عاطفی از بزه‌دیده می‌باشد. چراکه حمایت‌های عاطفی معمولاً کمک‌های روان‌شناسانه و روان‌کاوانه است که در جهت ترمیم مشکلات روحی و روانی ناشی از بزه‌دیدگی کودکان می‌باشد (لپز و فیلیزولا، ۱۳۷۹، ص. ۱۳۰). تنها مصوبه‌ای که حمایت‌هایی در ابعاد روحی و روانی کودکان پس از بزه‌دیدگی پیش‌بینی کرده است، «سند صیانت از کودکان و نوجوانان در فضای مجازی» می‌باشد که در بند «د» ماده ۴، توسعه نظام مشاوره و مددکاری به خانواده‌ها و راه‌اندازی خط تماس مشاوره برخط برای کمک به افراد در معرض خطر فضای مجازی را مدنظر قرار داده است. بنابراین قانون‌گذار می‌تواند با پیش‌بینی اقدامات حمایتی لازم از جمله خدمات روان‌شناختی رایگان از طریق سازمان‌های ذیربط از جمله سازمان بهزیستی و بهره‌گیری از ظرفیت‌های سازمان‌های مردم‌نهاد و نیز فرهنگ‌سازی در جهت استفاده خانواده‌ها از خدمات فوق‌الذکر، کودکان را در بازیابی سلامت روان خود پس از قرار گرفتن در معرض آسیب‌های احتمالی یاری رساند. تفسیر عمومی شماره ۲۵ کمیته حقوق کودک از این حق با عنوان حق بر جبران خسارت از قربانی نام برده است. این تفسیر طی مواد ۴۳ الی ۴۹ خود به ضرورت ایجاد سازوکارهای جبران خسارت چه در بُعد مادی و چه در بُعد روانی و معنوی برای کودکانی که قربانی فعالیت‌های فضای مجازی به طرق مختلف از جمله هدف قرار داده شدن برای استثمار جنسی، گروگان‌گیری، کلاهبرداری و یا نقض حق بر حریم خصوصی و دیگر حقوق گشته‌اند تصریح کرده است و دولت‌های عضو و دیگر نهادهای دخیل را موظف به ایجاد سیستم شفاف و قابل دسترس و جامع برای جبران خسارت از کودک کرده است. همچنین این تفسیر به ضرورت پیگیری و کشف مجرمان و مجازات آنان و جلوگیری از بروز جرائم مشابه نیز تأکید کرده است (CRC/C/GC/25, 2021).

نتیجه گیری

با توجه به پیشرفت روزافزون فناوری ارتباطات و توسعه فراگیر آن در ابعاد مختلف زندگی بشری و آثار غیرقابل انکار آن در حوزه‌های مختلف اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی، لزوم حمایت از حقوق کاربران در فضای مجازی به‌عنوان مظهری از فناوری ارتباطات بیش‌ازپیش حس می‌شود. فضای مجازی به‌صورت کلی به معنی بستری دیجیتال است که شامل شبکه‌های مختلف از جمله اینترنت برای پردازش اطلاعات گوناگون است. از میان کاربران این فضا باتوجه به وابستگی شدید برقراری ارتباط، آموزش، سرگرمی و دیگر خدمات قابل ارائه در فضای مجازی، کودکان بخش عمده و بزرگی از فعالان و مصرف‌کنندگان را تشکیل می‌دهند. کودکانی که بیش از هر شخص دیگری در برابر مخاطرات موجود در فضای مجازی ضعیف هستند و به‌صورت کلی عمده‌ترین جمعیت آسیب‌پذیر جامعه را تشکیل می‌دهند. با این وجود چنین نیست که فضای مجازی بستری مطلقاً خطرناک برای کودکان در نظر گرفته شود. فضای مجازی به دلیل قابلیت‌ها و ظرفیت‌های متفاوت در ایجاد امکان برقراری ارتباط و دسترسی سریع و آسان و بدون محدودیت به اطلاعات متنوع می‌تواند به‌عنوان امکانی جهت ارتقای سطح حقوق کودکان و ابزاری برای تحقق و صیانت از این حقوق تلقی شود. ازجمله این حقوق، حق بر سلامت و به‌صورت خاص سلامت روان از جلوه‌های بارز حقوق اساسی کودکان است که زمینه‌ساز رشد و توانمندسازی آنان نیز می‌باشد. سلامت روان حقی است که با دیگر حقوق کودک ازجمله حق بر بازی، حریم شخصی، امنیت و... رابطه تنگاتنگی دارد، به‌صورتی که بدون آنان امکان ظهور نمی‌یابد. باتوجه به این امر و قابلیت‌های فضای مجازی در ارائه خدمات متنوع مرتبط با این حقوق، پرداختن به آثار مثبت فضای مجازی اهمیت می‌یابد. درعین حال به دلیل وابستگی فضای مجازی به بستر جامعه و عرف حاکم، ایدئولوژی سیاسی حاکم، تجارت و... این امکان وجود دارد که مخاطرات و آسیب‌های بی‌شماری در کنار فرصت‌های متنوع در انتظار کودکان باشد. مخاطراتی نظیر هرزه‌نگاری، فحشا، کلاه‌برداری، دزدی و نقض حریم خصوصی و نیز بروز مشکلات جسمی و روانی ناشی از استفاده غیراصولی یا افراطی از این فضا. باتوجه به این مهم و طبق مفاد کنوانسیون حقوق کودک و تفاسیر عمومی آن ازجمله تفسیر عمومی ۲۵، بر دولت‌های عضو و خانواده‌ها و همچنین فعالان مستقل لازم است تا

تدابیر لازم و مقتضی جهت حفظ حقوق کودکان در دسترسی به محتوای مناسب در فضای مجازی را تأمین و از بروز مخاطرات جلوگیری کنند و در صورت لزوم از کودکان قربانی از طریق جبران خسارت مراقبت به عمل آورند و با خاطیان به روش قانونی برخورد کنند. اسلام نیز سلامت انسان را مورد توجه قرار داده و در آیات و روایات فراوانی ضمن توصیه و تأکید بر حفظ سلامتی، به ارائه راهکارهایی در این زمینه پرداخته است. بنابراین در پرتو این رویکرد، سلامت روان کودکان که از مصادیق مهم حق بر سلامت می‌باشد باید جدی گرفته شده و اقدامات مقتضی در جهت نیل به آن به خصوص در فضای مجازی توسط دولت و والدین به انجام برسد. اما آنچه که در قوانین ایران مشاهده می‌شود این است که هر چند به صورت پراکنده در قوانین مختلف، موادی در جهت حمایت از حقوق کودکان در فضای مجازی وجود دارد، اما خلأ یک قانون جامع در جهت حفاظت از کودکان و سلامت آنها چه در نحوه بهره‌برداری از این فضا و پیشگیری از بروز مشکلات احتمالی و چه پس از بزهدیدگی و در راستای حمایت‌های روانی از آنها مشهود است. بنابراین ضروری است که قانون‌گذار با توجه به این امر که فضای مجازی جزئی جدانشدنی از زندگی روزمره شهروندان می‌باشد، ضمن توسعه و بهبود دسترسی به آن، قوانین لازم را نه در جهت محدود نمودن آن، بلکه در راستای بهره‌برداری بهتر و ایمن‌تر از این فضا با تضمین کلیه حقوق کاربران به تصویب برساند.

یادداشت‌ها

۱. اصل سوم: دولت جمهور اسلامی ایران موظف است برای نیل به اهداف مذکور در اصل دوم، همه امکانات خود را برای امور زیر به کار برد: ... ۱۲- پی‌ریزی اقتصادی صحیح و عادلانه بر طبق ضوابط اسلامی جهت ایجاد رفاه و رفع فقر و برطرف ساختن هر نوع محرومیت در زمینه‌های تغذیه و مسکن و کار و بهداشت و تعمیم بیمه؛ ۱۳... اصل بیست و نهم: برخورداری از تأمین اجتماعی از نظر بازنشستگی، بیکاری، پیری، ازکارافتادگی، بی‌سرپرستی، در راه‌ماندگی، حوادث و سوانح، نیاز به خدمات بهداشتی و درمانی و مراقبت‌های پزشکی به صورت بیمه و غیره، حقی است همگانی. دولت موظف است طبق قوانین از محل درآمدهای عمومی و درآمدهای حاصل از مشارکت مردم، خدمات و حمایت‌های مالی فوق را برای یکایک افراد کشور تأمین کند.
- اصل چهل و سوم: برای تأمین استقلال اقتصادی جامعه و ریشه‌کن کردن فقر و محرومیت و برآوردن نیازهای انسان در جریان رشد، با حفظ آزادی او، اقتصاد جمهوری اسلامی ایران بر اساس ضوابط زیر استوار می‌شود: ۱- تأمین نیازهای اساسی: مسکن، خوراک، پوشاک، بهداشت، درمان، آموزش و پرورش و امکانات لازم برای تشکیل خانواده برای همه.
۲. ازجمله: آیات ۳۱ و ۳۲ سوره اعراف؛ ۵۷ سوره یونس؛ ۸۲ سوره اسراء؛ ۸۰ سوره شعراء؛ ۱۱۴ سوره نحل؛ ۱۶۸ سوره بقره؛ ۶۲ سوره مریم؛ ۸۷ و ۸۸ سوره مائده؛ ۲۳ سوره روم و ۴۷ سوره فرقان.
3. See: World Declaration on Education for All, 1990: https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/UNESCO_World_Declaration_For_All_1990_En.pdf.
۴. میثاق بین‌الملل حقوق مدنی و سیاسی: ماده ۱۸ بند ۴: دولت‌های طرف این میثاق متعهد می‌شوند که آزادی والدین و برحسب مورد سرپرستان قانونی کودکان را در تأمین آموزش مذهبی و اخلاقی کودکان مطابق معتقدات خودشان محترم بشمارند، اعلامیه جهانی حقوق بشر: ماده ۲۶: هر کس حق دارد از تعلیم و تربیت استفاده کند. تعلیم و تربیت باید دست‌کم در مورد آموزش ابتدایی و اساسی رایگان باشد. تعلیمات فنی و حرفه‌ای باید برای همه ممکن باشد. دسترسی به تعلیمات عالی باید برای همه و بنا به شایستگی هر کس امکان‌پذیر باشد. هدف تعلیم و تربیت باید شکوفایی کامل شخصیت بشری و تقویت احترام به حقوق بشر و آزادی‌های اساسی باشد. تعلیم و تربیت باید حسن تفاهم و گذشت و دوستی بین همه ملت‌ها

- و همه گروه‌ها از هر نژاد یا هر دین، همچنین گسترش فعالیت‌های ملل متحد را برای حفظ صلح تسهیل کند. پدر و مادر برای تعیین نوع تعلیم و تربیت فرزند خود حق اولویت دارند.
۵. حق فرزند بر پدر این است که نام نیکو بر او گذارد، او را نیکو تربیت کند و بدو قرآن آموزد.
۶. فرزند باید هفت سال بازی کند، هفت سال سواد بیاموزد و هفت سال حلال و حرام را یاد بگیرد.
۷. العلم فی الصغر کالغش فی الحجر.
۸. «دَعِ ابْنَكَ يَلْعَبُ سَبْعَ سِنِينَ، وَ يُؤَدِّبُ سَبْعًا، وَ أَلْزِمَهُ نَفْسَكَ سَبْعَ سِنِينَ فَإِنْ أُلْحِقَ وَ إِلَّا فَإِنَّهُ لَأَخِيرَ فِيهِ»؛ بگذار فرزند تا هفت سالگی بازی کند و در هفت سال دوم او را پرورش و تأدیب کن، و در هفت سال سوم خود را بیشتر به او ملزم کن - یعنی بیشتر مواظبش باش - اگر اصلاح و رستگار شد چه بهتر، وگرنه پس از آن هیچ فایده‌ای ندارد.

9. Louis Brandeis

کتابنامه

- قرآن کریم.
صحیفه سجادیه.
نهج البلاغه.
انصاری، قدرت‌الله و مشرف لنکرانی، محمدجواد (۱۳۹۲). احکام و حقوق کودکان در اسلام (جلد ۱). قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم‌السلام).
- بادامی، محمدمهدی (۱۳۹۹). کودکان آنلاین و حق آنان بر امنیت همه‌جانبه در فضای مجازی (چالش‌ها و راهکارها). تهران: پژوهشگاه قوه قضائیه، مرکز مطبوعات و انتشارات.
- پورقهرمانی، بابک (۱۳۹۶). مطالعه تطبیقی سازکارهای حمایت از بزه‌دیدگان جرایم رایانه‌ای در حقوق کیفری ایران و اسناد بین‌المللی با تأکید بر کنوانسیون بوداپست. *دوفصلنامه پژوهشنامه حقوق کیفری*، ۸(۱)، صص. ۳۶-۱.
- پیوندی، غلامرضا (۱۳۹۰). *حقوق کودک*. تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- پوراحمدی لاله، محمدرضا (۱۳۸۵). *اطفال و قوانین کیفری*. *مجله دادرسی*، (۵۵)، صص. ۵۷-۶۴.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۱). *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*. تهران: گنج دانش.

حق بر سلامت روان کودکان در فضای مجازی در... / شهرام سلامی و دیگران پژوهش‌های حقوق اسلامی ۱۵۷

حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۴ق). وسائل الشیعه الی تحصیل المسائل الشریعه. قم: مؤسسه آل‌البت (علیهم‌السلام).

حر عاملی، محمد بن حسن (بی‌تا). وسائل الشیعه الی تحصیل المسائل الشریعه. بیروت: دارالحیا التراث العربی.

حسینی اکبرنژاد، حوریه و حسینی اکبرنژاد، هاله (۱۳۹۲). تحلیل کنوانسیون حقوق کودک (مقایسه دو نظام اسلام و غرب). تهران: شورای فرهنگی، اجتماعی زنان و خانواده. حسینی خواه، سیدجواد (۱۳۸۹). تنبیه بدنی کودکان در نظام بین‌الملل حقوق بشر و فقه امامیه. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم‌السلام).

خلیل‌پور چالکیاسری، سیدعباس (۱۳۹۹). سیاست تقنینی حقوق کیفری ایران با رویکرد تأمین امنیت فضای مجازی مختص کودکان. فصلنامه قانون‌یار، ۴(۱۴)، صص. ۳۲۵-۳۴۰. خیاط فدردی، علی (۱۳۹۴). حریم خصوصی انسان از دیدگاه قرآن و روایات. (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه فردوسی مشهد، تهران، ایران.

رحیمی، غلامرضا (۱۳۸۹). سازمان بهداشت جهانی. مجله دانشکده پیراپزشکی ارتش جمهوری اسلامی ایران، ۱(۱)۵، صص. ۵۳-۵۶.

سالاریان، جهان آرا و بازر، سیده‌صدیقه (۱۴۰۰). سلامت روانی در کودکان و نوجوانان. تهران: انتشارات نسل روشن.

سلیمانی، امیر (۱۳۹۵). تضمین‌های حقوق بشری در حمایت از کودکان در فضای سایبر. (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، دانشکده حقوق، تهران، ایران.

سلامی، شهرام و مظهری، محمد (۱۳۹۹). حقوق کودکان در حوزه حقوق شهری در پرتو کنوانسیون حقوق کودک. فصلنامه حقوق کودک، ۲(۶)، صص. ۱۱-۴۲.

شبیبری، سیدمحمد و دیگران (۱۳۹۵). بازی‌های رایانه‌ای و اثرات آن بر سلامت روانی دانش‌آموزان. نشریه روان‌پرستاری، ۴(۴)، صص. ۱-۷.

شهریاری احمدی، مرجان (۱۳۹۶). حمایت از حریم شخصی کودک در فضای سایبر با تأکید بر اقدامات شورای اروپا. (پایان‌نامه کارشناسی ارشد)، دانشگاه علامه طباطبایی، تهران، ایران.

طجلولو، رضا (۱۳۹۳). حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی بشر (تجزیه و تحلیل اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای). تهران: انتشارات دادگستر.

طریحی، فخرالدین (۱۴۱۶ق). مجمع البحرین. تهران: انتشارات مرتضوی.
کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۲). مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران. تهران: شرکت انتشار.

کلینی، محمد بن یعقوب (۱۳۸۷). اصول کافی. قم: مرکز دارالحدیث.
کلینی، محمد بن یعقوب (۱۳۶۳). فروع الکافی. تحقیق علی اکبر غفاری، تهران: دارالکتاب الاسلامیه.

لپز، ژرار و فیلیزولا، ژینا (۱۳۷۹). بزهدیده و بزهدیده‌شناسی. ترجمه روح‌الدین کرد علیوند و احمد محمدی. تهران: انتشارات مجد.

میرخندان، سیدعبدالله (۱۳۹۸). سرگرمی اخلاقی در سبک زندگی اسلامی. تهران: میرات فرهیختگان.

مرندی، الهه و قربانی، اعظم (۱۴۰۰). مبانی و سازوکارهای حمایتی حق آموزش در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و اسناد حقوق بشری. فصلنامه مطالعات حقوق بشر اسلامی، ۱۰(۲۰)، صص. ۷۹-۱۰۲.

معین، محمد (۱۳۷۹). فرهنگ فارسی. تهران: نشر امیرکبیر.
نوری، حسن (۱۴۰۷ق). مستدرک الوسایل. بیروت: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام) لاحیاء‌الثرات.

نیازپور، امیرحسین و رضایی حومدین، ساره (۱۳۹۶). بررسی حق کودک بر تفریح و سرگرمی. فصلنامه مطالعات روان‌شناسی و علوم تربیتی. ۳(۱)، صص. ۷۵-۸۸.
هدایت، هدیه و عظیم‌زاده، شادی (۱۳۹۵). جبران خسارت ناشی از جرم علیه کودک تا نحوه ترمیم خسارت؛ با نگاهی تطبیقی به قوانین کشورهای اروپایی، آمریکایی و اسناد بین‌الملل. فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، ۵(۱۷)، صص. ۳۱-۶۵.

Basu, S. & Jones, R. (2007). regulating syberstalking, journal of information law and technology, (2), 1-30. Available at: https://warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2007_2/basu_jones/

Child Safety Online: Global challenges and strategies, op. cit. p33. Technical Report. Available at: <https://www.unicef-irc.org/publications/652-child-safety-online-global-challenges-and-strategies-technical-report.html>

Council of Europe, (2016). Council of Europe Strategy for the Rights of the Child (2016-2021), Children's human rights, 1-23. Available at: <https://edoc.coe.int/en/children-s-rights/7207-council-of-europe-strategy-for-the-rights-of-the-child-2016-2021.html>

(CRC/C/GC/25, 2021). Available at: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11

- Daly, A., Ruxton, S., Schuurman, M. (2016). Challenges to Children's Rights Today: What Do Children Think?, Council of Europe, 1-44. Available at: <https://edoc.coe.int/en/children-s-rights/7205-challenges-to-children-s-rights-today-what-do-children-think.html>
- International play association (2014). Available at: <https://ipaworld.org/childs-right-to-play/the-childs-right-to-play/>
- Live science, Sharp (2013). Available at: <https://www.livescience.com/37398-right-to-privacy.html>
- Mbanaso (2015). The Cyberspace: Redefining A New World, *IOSR Journal of Computer Engineering (IOSR-JCE)*, Volume 17, Issue 3, Ver. VI (May – Jun. 2015), PP 17-24.
- Sahoo, Anshuman (2016). CHILDREN'S RIGHTS IN THE CYBERSPACE. *International journal of research and analyze*, volume 4 issue 2, pp. 1-10.
- Third & Others (2021). GOVERNANCE, CHILDREN'S RIGHTS, AND DIGITAL HEALTH, *The Lancet and Financial Times Commission on Governing health futures 2030*, available online at: <https://www.thelancet.com/commissions/governing-health-futures>
- UNICEF. (2020). Available at: <https://gdc.unicef.org/resource/childrens-rights-digital-environment>
- World Declaration on Education for All (1990). Available at: https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/UNESCO_World_Declaration_For_All_1990_En.pdf

درخواست اشتراک

فصلنامه علمی پژوهش نامه حقوق اسلامی

الف) اطلاعات فردی:	
نام خانوادگی:	نام:
رتبه علمی (اختیاری):	محل فعالیت:
	آخرین مدرک تحصیلی (اختیاری):
ب) اطلاعات مربوط به مؤسسات و کتابخانه‌ها:	
نام مؤسسه / کتابخانه:	وابسته به:
ج) نشانی (برای ارسال مجله):	
آدرس:	
کد پستی:	تلفن:
تلفن همراه:	نمابر:
پست الکترونیک:	شماره اشتراک (در صورت داشتن اشتراک سابق):
اشتراک از شماره:	تا شماره:

بهای اشتراک سالانه (دو شماره):

مؤسسات: ۱/۰۰۰/۰۰۰ ریال

افراد: ۱/۰۰۰/۰۰۰ ریال

• اساتید و دانشجویان از تخفیف ۳۰٪ برخوردارند.

علاقه‌مندان می‌توانند بهای اشتراک سالانه را که شامل هزینه‌های جاری نیز می‌شود، به حساب نزد بانک تجارت، شعبه علامه طباطبایی (کد ۰۲۴۳۰) واریز و اصل فیش را به همراه برگ درخواست اشتراک به نشانی زیر ارسال نمایند. (لطفاً روی فیش، عنوان **پژوهش نامه حقوق اسلامی** ذکر شود)

تهران، بزرگراه شهید چمران، پل مدیریت، دانشگاه امام صادق (علیه السلام)،

اداره کل پژوهش و نشر، اداره توزیع و فروش

تلفن: ۵-۸۸۰۹۴۰۰۱ داخلی ۵۱۲ دورنگار: ۸۸۳۷۰۱۴۲

صندوق پستی ۱۵۹-۱۴۶۵۵

آدرس سامانه اختصاصی نشریه: <https://ilr.journals.isu.ac.ir>

آدرس پست الکترونیک نشریه: ilr@isu.ac.ir

The Right to Mental Health of Children in Cyberspace in Light of the Iranian Legal System, Islam, and International Human Rights Instruments

Shahram Salami*

Zahra Zare Esfidani**

Sahar Hasani***

Roya Motamed-Nejad****

Received: 2021/11/10

Accepted: 2022/01/15

Abstract

As one of the main components of the right to health, mental health is also one of the main examples of children's rights. Various factors contribute to the threat or realization of this right of children, including cyberspace. Cyberspace is important nowadays because children spend a lot of time in cyberspace. However, much of it is inappropriate for their age and mental state, as well as negatively affecting their psyche. Using the descriptive-analytical method, this study intends to answer this question: How can the right to children's mental health in cyberspace be realized within the Iranian legal system, Islam, and international Human Rights Instruments? To answer this question, different rights of children in cyberspace including the right to education, the right to privacy, the right to security, and the right to play and recreation, and their relation with the right to the mental health of children have been investigated. The results indicate that in the international human rights system, especially in the protection of children's rights, some measures have been considered by governments. In Islam, the health of people has been highly emphasized in the Quranic verses and hadith. While the Iranian legal system takes steps to protect children's mental health in cyberspace, there is still much to be done to achieve the goal.

Keywords: Child, Right to mental health, Cyberspace, Right to personal security, Right to education.

* MA. Student In Human Rights, Department of Public and International Law, Faculty of Law and Political Sciences, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran (Corresponding Author).

salami.shahram@gmail.com

** MA. In Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, University of Tehran, Tehran, Iran.

zahra.zareesfidani@gmail.com

*** MA. Student In Human Rights, Department of Law, Faculty of Law and Political Sciences, Mazandaran University, Mazandaran, Iran.

s.hasani@stu.umz.ac.ir

**** Associate Professor, Department of Public and International Law, Faculty of Law and Political Sciences, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran.

Ro_motamed@hotmail.com



Feasibility study of the obligation in favor of a third party in the marriage contract and its effects

Rasoul Ahmadi Far*

Received: 2021/12/19

Accepted: 2022/05/10

Abstract

The law accepts the obligation to a third party as one of the general rules of contracts. Marriage contracts, like other contracts, are subject to this general rule. It is possible, under this contract, to commit in favor of a third party. Due to the characteristics of this contract, the commitment in favor of a third party is not like other contracts and has its own special rules. Accordingly, the subject of this inquiry is to study the commitment of the third party in the marriage contract and its effects. Based on the findings of this study, the privity of contract rule within a marriage contract differs between stages of formation and work. In a maiden marriage that has grown (ripe and wise) the father's permission is a condition of marriage validity. In the effects stage, the privity of the contract is not absolute and the marriage contract is due to a relative relationship among couples with the relative counterpart. This contract allows you to commit in favor of a third party, but this commitment does not affect the original contract. Law or custom or an agreement by the parties can prescribe the guarantee of breach of a third-party commitment in a marriage contract.

Keywords: Commitment to the third party, Marriage, Commitment to a third party in the marriage contract, Third-party and Marriage, Marriage effect.

* Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Literature and Humanities, Malayer University, Malayer, Iran.

rahmadifar@malayeru.ac.ir



Comparative study of Oblique action in Iranian, French, and Egyptian law, focusing on Iranian law

Behzad Jeihouni*
Seyyed Mohammad Taghi Alavi**

Received: 2020/12/08
Accepted: 2022/01/13

Abstract

Oblique action is an exception to the principle of the relative effect of the contract, which permits unsecured creditors or collateralized creditors whose collateral is not worth as much as their claim, under certain conditions, to interfere with the legal affairs of the principal debtor. This action is due to the entry of the result of the lawsuit in the assets of the principal debtor. It also benefits other creditors who have not participated in the action. The comparative study of this institution in the law of Iran, France, and Egypt highlights its abandonment and eventually abrogation of it (article 36 of the Insolvency Code) in Iranian law, which seems critical considering the interests of creditors and the effects of this institution in practice. But French and Egyptian law have been analyzed by jurists, and the French judgmental procedure has been very active in this regard. The purpose of studying the law of these two countries with Iranian law is to identify the conditions, nature, scope, and effects in practice. Additionally, it aims to highlight the weaknesses and strengths of this obsolete institution in Iranian law. This research presents a pathway for the Iranian legislature to revive this institution and predict the related laws in Iranian law. Also, in this research, the difference between oblique action and similar institutions is explained in order to avoid confusion and to avoid the identification of Pauline action and derivative action institutions and in article 418 of the commercial code as examples of oblique action.

Keywords: Oblique action, The principle of relativity of the effect of contracts, Article 36 of the Insolvency Code, Derivative action, Pauline action.

* MA. in Private Law, Department of Private Law, Faculty of Law and Social Sciences, University of Tabriz, Tabriz, Iran.

Jeihouni98@ms.tabrizu.ac.ir

** Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Social Sciences, University of Tabriz, Tabriz, Iran (Corresponding Author).

alavi@tabrizu.ac.ir



Jurisprudential-Legal Study of Deprivation of the Abettor of Murder from the Inheritance of the Victim and Pension

Ali Tahmasebi*
Ali Shirazi**

Received: 2021/04/11
Accepted: 2022/03/18

Abstract

Islam and the law of many countries, including Iranian Civil Law, agree that the murderer is not entitled to the inheritance of the murdered heir. The scope of dispute is only about the limits of this deprivation and its extension or non-extension to the types of murder. But the issue of deprivation of the heir who was an accomplice in the murder, in the case of the silence of the law and many jurisprudential texts, is the place for stopping to give an opinion. In addition, it needs to be investigated whether the deputy in murder can receive a pension from the pension funds as the survivor of the victim or not. On the one hand, the exceptional character of the impediment to inheritance and the need not extend it to indefinite titles and on the other hand, the reasonableness of following the wisdom of the ruling on the deprivation of the killer and its extension has made it difficult to provide a conclusive opinion. However, there are reasons and documents in which we can state carefully that the issue of deprivation of inheritance and receiving a pension is also probable in this case, and the grounds for this conclusion are more solid. Thus, this paper aims to analyze the issue and provide a solution based on an analytical-critical approach.

Keywords: Murder, Inheritance, Abettor in Murder, Heir, Pension.

* Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Literature and Humanities, University of Razi, Kermanshah, Iran (Corresponding Author).

a.tahmasebi@razi.ac.ir

** Ph.D. Student in Private Law, Department of Law, Faculty of Literature and Humanities, University of Bu-Ali Sina, Hamedan, Iran.

shiraziali1368@gmail.com



The Flow of The Usool-based Hokumat Rule and the Survival of the Marital Relationship and Its Effects

Seyyed Mostafa Sa'adat Mostafavi*
Atefeh Zabih**

Received: 2021/12/05
Accepted: 2022/03/19

Abstract

There are examples in jurisprudential and legal texts in which the divorcees will or the extent of the divorce's effects are limited. The marriage relationship continues after divorce, even though, by law, it should end upon divorce. There are four examples in this regard: "Is it possible to prevent a husband from divorcing his wife by using the "La-zarar" rule or the "La-haraj" rule, or to force the husband to divorce his wife?" Other examples include the continuation of the effects of marriage in the case of a woman who is in the Iddah and inherits her husband when he divorces her of a disease (that leads to his death)". The purpose of this study is to examine whether "Hokumat" complies with the above regulations. Among these examples, the "Hokumat" does not apply to revocable divorce. In the other three cases, however, the conditions of "Hokumat" apply. While the La-Zarar rule takes precedence over the original provisions, it cannot apply to the prohibition of divorce.

Keywords: HOKUMAT, DIVORCEMENT, Marital Relationship, LA-ZARRAR, LA-HARAJ.

* Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Islamic Studies and Law, University of Imam Sadiq, Tehran, Iran.

M.mostafavi@isu.ac.ir

** Ph.D. Student in Private Law, Department of Private Law, Faculty of Islamic Studies and Law, University of Imam Sadiq, Tehran, Iran (Corresponding Author).

a.zabih@isu.ac.ir



The Effects of the "Void" of the contract as an origin of debt upon assignment contract; Jurisprudential (Fiqh) and legal analysis of Article 733 of the Civil Code

Seyyed Hossein Safaii*
Mohammad Hadi Javaherkalam**

Received: 2021/09/17
Accepted: 2022/03/11

Abstract

In this article, the effects of the "Void" of the contract as the origin of debt upon assignment contract have been analyzed in view of the Article 733 civil code. Does the assignment contract become void when a contract related to the origin of the debt becomes void, or does it remain valid and the resulting obligations must be fulfilled? Additionally, with the annulment (becoming void) of the sale contract which is the origin of the debt, to whom should be returned the price obtained by the assignee (the assignor or the third-party assignee), and the third-party assignee may indicate to the assignor or assignee to return the price he paid; and also, to whom should the customer refer for the price (the seller or assignee). Using the descriptive-analytical research method and extensive study of Islamic jurisprudence and the analysis of Article 733 of the civil code, the study concluded that the void of the contract as the origin of debt causes the void of the assignment contract, and the assignee is obligated to return all things obtained illegitimately to the third-party assignee and the third-party assignee can choose whether to refer to the assignor or assignee in returning the price. This ruling applies to not only sales contracts, but any debt that is created through civil contracts or non-contractual events and an assignment is issued, and then it turns out that there was no debt; to begin with, the above rulings will apply.

Keywords: Assignment by the customer, Assignment by the seller, Contract as the source of the debt, Effect of void sales on assignment contracts, Article 733 of the Civil Code.

* Professor, Department of Private and Islamic Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran.

hsafaii@ut.ac.ir

** Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran (Corresponding Author).

javaherkalam@atu.ac.ir



Contents

- **The Effects of the "Void" of the contract as an origin of debt upon assignment contract; Jurisprudential (Fiqh) and legal analysis of Article 733 of the Civil Code..... 1**
Seyyed Hossein Safaai and Mohammad Hadi Javaherkalam
- **The Flow of The Usool-based Hokumat Rule and the Survival of the Marital Relationship and Its Effects..... 27**
Seyyed Mostafa Sa'adat Mostafavi and Atefeh Zabihi
- **Jurisprudential-Legal Study of Deprivation of the Abettor of Murder from the Inheritance of the Victim and Pension 53**
Ali Tahmasebi and Ali Shirazi
- **Comparative study of Oblique action in Iranian, French, and Egyptian law, focusing on Iranian law 73**
Behzad Jeihouni and Seyyed Mohammad Taghi Alavi
- **Feasibility study of the obligation in favor of a third party in the marriage contract and its effects 105**
Rasoul Ahmadi Far
- **The Right to Mental Health of Children in Cyberspace in Light of the Iranian Legal System, Islam, and International Human Rights Instruments 131**
Shahram Salami; Zahra Zare Esfidani; Sahar Hasani and Roya Motamed-Nejad

In the Name of Allah the Compassionate the Merciful

Islamic Law Research Journal

55

**The Quarterly Journal of Islamic Law Research
Volume 23, Issue 1, Serial No. 55, Spring 2022**

**Publisher: Imam Sadiq University
Managing Director: Salman Emrani Assistant Professor (Expertise: Criminal law and
criminology) Imam Sadiq University
Editor in Chief: NejadAli Almasi
Manager Editorial: Mohammad Hashemi Syavoshani**

Editorial Board (In Alphabetical & Academic Rank Order):

Nejad Ali Almasi.....Professor (Expertise: Private Law) Tehran University
Abbas Karimi.....Professor (Expertise: Private Law) Tehran University
Sayyed Fazlollah Musavi.....Professor (Expertise: Public Law) Tehran University
Sayyed Hosein Safaei.....Professor (Expertise: Private Law) Tehran University
Tavakkol Habibzadeh.....Associate Professor (Expertise: International Law) Imam Sadiq University
Sayyed Mostafa Saadat Mostafavi.....Associate Professor (Expertise: Private Law) Imam Sadiq University
Ali Gholami.....Associate Professor (Expertise: Criminal law and criminology) Imam Sadiq University

The Articles in this Publication do not Necessarily the Views of the
Imam Sadiq University. The Quotes Are Only Full References

Printing: Imam Sadiq(a.s) University Press
176 Pages/ 500.000 RIS

Address: Imam Sadiq University, Modiriat Bridge, Shahid Chamran Highway, Tehran, Iran
P.O. Box: 14655-159

Management of Technical and Printing: Deputy of Research and Technology,
Telfax: +9821-88575025

Management of Scientific & Editorial Affairs: Islamic Studies & Law Faculty,
Telfax: +9821-88385118

Address of the Dedicated Journal System: <https://ilr.journals.isu.ac.ir>
Email: ilr@isu.ac.ir



Imam Sadiq University
Islamic Studies & Law Faculty

The Quarterly

Journal of Islamic Law Research

55

23th Year | First Number | Serial No. 55
Spring 2022

- **The Effects of the "Void" of the contract as an origin of debt upon assignment contract; Jurisprudential (Fiqh) and legal analysis of Article 733 of the Civil Code**
Seyyed Hosein Safaii • Mohammad Hadi Javaherkalam
- **The Flow of The Usool-Based Hokumat Rule and the Survival of The Marital Relationship and Its Effects**
Seyyed Mostafa Saadat Mostafavi • Atefeh Zabihi
- **Jurisprudential-Legal Study of Deprivation of the Abettor of Murder from the Inheritance of the Victim and Pension**
Ali Tahmasebi • Ali Shirazi
- **Comparative study of Oblique action in Iranian, French, and Egyptian law, focusing on Iranian law**
Behzad Jeihouni • Seyyed Mohammad Taghi Alavi
- **Feasibility study of the obligation in favor of a third party in The marriage contract and its effects**
Rasoul Ahmadi Far
- **The Right to Mental Health of Children in Cyberspace in Light of The Iranian Legal System, Islam, and International Human Rights Instruments**
Shahram Salami • Zahra Zare Esfidani • Sahar Hasani •
Roya Motamed-Nejad

