



دانشگاه امام صادق
دانشکده معارف اسلامی و حقوق

فصلنامه علمی

پژوهش‌ها در حقوق اسلامی

سال بیست و چهارم | شماره اول | پیاپی ۵۹
بهار ۱۴۰۲

۵۹

● تحلیل مفهوم و ابعاد «قانون» در پرتو اندیشه‌های شهید آیت الله دکتر بهشتی
هادی طحان نظیف | محمدصادق داریوند

● تأملی بر شاخصه‌های تضمین شفافیت مربوط به نامزدها، مجری و ناظر
انتخابات مجلس شورای اسلامی؛ با تأکید بر سیاست‌های کلی انتخابات
بیژن عباسی لاهیجی | محمدحسن باقری خوزانی | محمدصادق فراهانی

● بررسی انتقادی تعریف عقد در حقوق ایران با تمرکز بر تفسیر
ماده ۱۸۳ قانون مدنی، بر اساس ماهیت عقد در فقه امامیه،
حقوق انگلیس و حقوق فرانسه
عطاءالله بیگدلی | محمدرضا محمدی

● رویکردی جدید از فضولی و تطبیق آن بر مواد قانون مدنی
سجاد داورپناه مقدم | حسین صابری | حسین ناصری مقدم

● معیارهای شناسایی «تلف حکمی» در حقوق اسلامی؛ با تحلیل ضابطه
«انتقال به ثالث با حسن نیت» در رویه قضائی و طرح اصلاح قانون مدنی
محمدهادی جواهرکلام | صمد حدادی اردکانی

● تشریفات رجوع از وصیت و راهکارهای عدول از آن در حقوق آمریکا؛
تأملی در حقوق ایران
عباس میرشکاری | احسان بهرامی | شبیر آزادبخت

شاپا الکترونیکی | ۶۶۷۳ - ۲۵۸۸

شاپا چاپی | ۹۸۵۸ - ۲۲۵۱

ACADEMIA DOAJ SID ISC



پژوهش‌نامه حقوق اسلامی

فصلنامه علمی پژوهش‌نامه حقوق اسلامی
سال بیست و چهارم | شماره اول | پیاپی ۵۹ | بهار ۱۴۰۲

- صاحب امتیاز: دانشگاه امام صادق علیه السلام
- مدیر مسئول: سلمان عمرانی | استادیار | حقوق جزا و جرم‌شناسی | دانشگاه امام صادق علیه السلام
- سردبیر: نجادعلی الماسی | استاد | حقوق خصوصی | دانشگاه تهران
- ویراستار انگلیسی: طاهر حبیب‌زاده | استادیار | حقوق خصوصی | دانشگاه امام صادق علیه السلام
- مدیر داخلی: مجتبی عشوری
- اعضای هیأت تحریریه (به ترتیب مرتبه علمی و الفبا):

نجادعلی الماسی استاد | حقوق خصوصی | دانشگاه تهران
ولی رستمی استاد | حقوق عمومی | دانشگاه تهران
سیدحسین صفایی استاد | حقوق خصوصی | دانشگاه تهران
علی غلامی استاد | حقوق جزا و جرم‌شناسی | دانشگاه امام صادق علیه السلام
عباس کریمی استاد | حقوق خصوصی | دانشگاه تهران
فرید محسنی استاد | حقوق جزا و جرم‌شناسی | دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری
سیدفضل‌الله موسوی استاد | حقوق بین‌الملل | دانشگاه تهران
توکل حبیب‌زاده دانشیار | حقوق بین‌الملل | دانشگاه امام صادق علیه السلام
سیدمصطفی سعادت‌مصطفوی دانشیار | حقوق خصوصی | دانشگاه امام صادق علیه السلام

- مطابق با مجوز شماره ۳/۱۹۶۱۹۱ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۰۹ وزارت علوم، تحقیقات و فناوری، فصلنامه علمی «پژوهش‌نامه حقوق اسلامی» از شماره سی و چهارم واجد اعتبار «نشریه علمی» است. (اعتبار سابق نشریه: علمی - پژوهشی)
- این نشریه از شماره یکم تا بیست و چهارم با عنوان «اندیشه صادق»، از شماره بیست و پنجم تا سی و یکم با عنوان «معارف اسلامی و حقوق» و از شماره سی و دوم تا کنون با عنوان «پژوهش‌نامه حقوق اسلامی» منتشر شده است.
- تناوب انتشار «پژوهش‌نامه حقوق اسلامی» از شماره پنجاه و پنجم به موجب مجوز اخذ شده از وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی از «دوفصلنامه» به «فصلنامه» تغییر یافته است.

مقالات پژوهش‌نامه حقوق اسلامی در پایگاه‌های ذیل نمایه می‌شود:

www.ensani.ir	پرتال جامع علوم انسانی	www.isc.ac	پایگاه استادی علوم جهان اسلام
www.noomags.ir	پایگاه مجلات تخصصی نور	www.sid.ir	پایگاه مرکز اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی
www.magiran.com	پایگاه بانک اطلاعات نشریات کشور	www.doaj.org	پایگاه DOAJ
www.iranjournals.nlai.ir	سامانه نشریات علمی ایران	www.academia.edu	پایگاه ACADEMIA
www.linkedin.com	پایگاه علمی اجتماعی LinkedIn	scholar.google.com	پایگاه گوگل اسکالر
www.search.ricst.ac.ir	مرکز منطقه‌ای اطلاع‌رسانی علوم و فناوری	www.civilica.com	پایگاه مرجع دانش

نشانی وبگاه اختصاصی نشریه: <https://ilr.isu.ac.ir> | نشانی پست الکترونیک نشریه: ilrisu@yahoo.com

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

مدیریت امور علمی و تحریریه: دانشکده معارف اسلامی و حقوق. تلفن: ۸۸۰۸۲۴۱۴ (۰۲۱) +۹۸

مدیریت امور فنی و چاپ: معاونت پژوهش و فناوری. تلفنکس: ۸۸۵۷۵۰۲۵ (۰۲۱) +۹۸

دسترسی به مقالات این نشریه و بازنشر با رعایت ضوابط (CC-BY-NC 4.0) آزاد است.

مقالات این فصلنامه لزوماً بیان‌کننده دیدگاه دانشگاه صاحب امتیاز نیست.

چاپخانه: انتشارات دانشگاه امام صادق علیه السلام | ۱۸۲ صفحه

بهاه: ۱,۷۵۰,۰۰۰ ریال



فهرست مطالب

- تحلیل مفهوم و ابعاد «قانون» در پرتو اندیشه‌های شهید آیت‌الله دکتر بهشتی ۱
هادی طحان نظیف و محمدصادق داریوند
- تأملی بر شاخصه‌های تضمین شفافیت مربوط به نامزدها، مجری و ناظر انتخابات مجلس شورای اسلامی؛ با تأکید بر سیاست‌های کلی انتخابات ۲۹
بیژن عباسی لاهیجی، محمدحسن باقری خوزانی و محمدصادق فراهانی
- بررسی انتقادی تعریف عقد در حقوق ایران با تمرکز بر تفسیر ماده ۱۸۳ قانون مدنی، بر اساس ماهیت عقد در فقه امامیه، حقوق انگلیس و حقوق فرانسه ۵۳
عطاءالله بیگدلی و محمدرضا محمدی
- رویکردی جدید از فضولی و تطبیق آن بر قانون مدنی ایران ۸۱
سجاد داورپناه مقدم، حسین صابری و حسین ناصری مقدم
- معیارهای شناسایی «تلف حکمی» در حقوق اسلامی؛ با تحلیل ضابطه «انتقال به ثالث با حُسن نیت» در رویه قضائی و طرح اصلاح قانون مدنی ۱۰۹
محمدهادی جواهرکلام و صمد حدادی اردکانی
- تشریفات رجوع از وصیت و راهکارهای عدول از آن در حقوق آمریکا؛ تأملی در حقوق ایران ۱۳۹
عباس میرشکاری، احسان بهرامی و شبیر آزادبخت

تحلیل مفهوم و ابعاد «قانون» در پرتو اندیشه‌های شهید آیت‌الله دکتر بهشتی

هادی طحان نظیف*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۹/۱۹

محمدصادق داریوند**

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۲/۲۷

نوع مقاله: پژوهشی

چکیده

«قانون» پایه و اساس ایجاد یک نظام حقوقی محسوب می‌گردد. از عصر مشروطه تاکنون، همواره متفکران و اندیشمندان مسلمان تلاش خود را مصروف این امر داشته‌اند تا قانون و مسائل مرتبط با آن را مورد کنکاش قرار داده و نسبت میان تقنین و تشریح را بررسی نمایند. در بین این اندیشمندان، دیدگاه‌های شهید سیدمحمد بهشتی به دلیل توانمندی بالای علمی و فقهی و نیز ایفای نقشی فعال در تدوین قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران از جایگاه ارزنده‌ای برخوردار است. پژوهش پیش‌رو با استفاده از روش توصیفی تحلیلی در پی پاسخ به این پرسش است که قانون و مسائل مرتبط با آن از چه جایگاهی در اندیشه شهید بهشتی برخوردار است؟ نتایج حاصل از این پژوهش نشان می‌دهد که از نظر شهید بهشتی، وجود «قانون» در جامعه برای مدیریت آن ضروری بوده و صرفاً عامل «تربیت» نمی‌تواند جامعه را به سعادت واقعی برساند و به‌همین جهت ایشان قانون را قاعده‌ای الزام‌آور از سوی یک منبع دارای قدرت می‌دانند که تکالیفی برای جامعه وضع می‌کند که در صورت سرپیچی افراد از آن، مشمول مجازات خواهند بود. از نگاه ایشان قانون بر تمامی روابط میان افراد حاکم بوده و همگان در مقابل آن به شکل برابر خواهند بود و نیز در نگاه وی، قانون به سه قسم استبدادی، ملی و جهانی تقسیم می‌شود. ایشان بر این اعتقاد است که نسبت قانون و آزادی در جامعه اسلامی بدین‌نحو است که قانون، حدود آزادی را معین می‌کند و روند تقنین در نظام اسلامی عرصه تلاقی مکتبی‌بودن و مردمی‌بودن است و در روند نگارش قوانین باید به سه اصل مهم حاکمیت اسلام، رعایت مصالح عمومی جامعه و عدالت‌محوری توجه شود.

واژگان کلیدی: قانون، آزادی، شهید بهشتی، ضرورت قانون، مفهوم قانون، حاکمیت قانون، تقنین.

* استادیار، گروه حقوق عمومی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق علیه‌السلام، تهران، ایران.

tahan@isu.ac.ir

** دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق عمومی، گروه حقوق عمومی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه

s.darivand@isu.ac.ir

امام صادق علیه‌السلام، تهران، ایران (نویسنده مسئول).



مقدمه

قانون، یکی از مهم‌ترین کلیدواژه‌های حقوق عمومی و هسته اصلی تشکیل نظام‌های حقوقی مدرن به‌شمار می‌رود، تا جایی که تمامیت نظام حقوقی و سامان‌بخشی به امور در جامعه حول محور آن صورت می‌گیرد و مفاهیم مهمی مانند (حق) که شاکله دانش و نظام حقوقی را می‌سازد، نیز بر پایه مفهوم قانون، معنا می‌یابد (راسخ، ۱۳۹۳، ص. ۷۵). تلاش دانشمندان و صاحب‌نظران در طول تاریخ و به‌خصوص در قرون اخیر، همواره بر شناسایی دقیق قانون و تحلیل آن با توجه به اصول فرهنگی - اجتماعی و مبانی بومی نظام حقوقی - سیاسی کشور خویش بوده است (کدخدایی و جواهری طهرانی، ۱۳۹۲، ص. ۱۱). برخورد ایرانیان با قانون به معنای مدرن و مسائل مرتبط با آن به عصر مشروطه بازمی‌گردد؛ چراکه در این دوره با گسترش روابط جهانی و تجارت میان کشورها، این آشنایی از طریق روشنفکران تحصیل‌کرده در غرب و نیز بازرگانان حاصل شد و از این زمان بود که صاحب‌نظران و حتی دولتمردان عصر مشروطه برای فهم قانون به تکاپو و تلاش افتادند (احسانی و طحان‌نظیف، ۱۳۹۶، ص. ۵۸). یکی از مهم‌ترین تأثیرهایی که پیروزی انقلاب اسلامی بر نظام حکمرانی کشور گذاشت، حاکم شدن قانون بر همه روابط میان مردم و زمامداران بود تا جایی که نمایندگان منتخب مردم، قانون اساسی به‌عنوان عالی‌ترین سند رسمی کشور را تدوین کرده و به تأیید آرای عمومی ملت رساندند تا روابط میان مردم و نهادهای حکمرانی مبتنی بر پایه قانونی مکتوب تنظیم شود و به‌همین‌جهت بررسی قانون در اندیشه متفکران انقلاب اسلامی، فارغ از فوایدی که برای خوانش و قرائت‌های تاریخی مفروض است، سبب آشنایی با نظرات ایشان شده و می‌تواند در حل چالش‌های پیرامون رابطه قانون و شرع و نیز ارتباط تقنین و تشریح، مفید و سودمند باشد. از این‌رو بررسی قانون در اندیشه شهید متفکر آیت‌الله دکتر بهشتی که از متفکران برجسته و ارزنده انقلاب اسلامی بوده‌اند، از جایگاه مهمی برخوردار است؛ زیرا ایشان به دلیل برخورداری علمی از محضر فقیهان شاخص و ممتازی چون آیت‌الله العظمی بروجردی (رحمت‌الله‌علیه)، علامه طباطبائی (رحمت‌الله‌علیه) و امام خمینی (رحمت‌الله‌علیه) و نائل آمدن به درجه اجتهاد، از جایگاه علمی ویژه‌ای در بین متفکران انقلاب اسلامی برخوردار هستند و حضور چندساله در

مرکز اسلامی هامبورگ به منظور انجام رسالت تبلیغ دینی و به تبع آشنا شدن با جهان مدرن و شرایط و اقتضائات آن، مبارزه سیاسی جدی با نظام طاغوت و زندانی شدن توسط ساواک، نایب رئیس بودن در مجلس خبرگان قانون اساسی و اداره بیشتر جلسات توسط ایشان و ریاست دیوان عالی کشور و شورای عالی قضائی ابعادی چند از حیات برجسته علمی، سیاسی و اجتماعی شهید بهشتی است که حکایت از اهمیت و ارزش والای جایگاه اندیشه ایشان در پژوهش حاضر دارد.

مقاله پیش‌رو آن سعی بر آن دارد تا با استفاده از روش توصیفی تحلیلی به این پرسش اساسی پاسخ دهد که قانون در اندیشه شهید بهشتی دارای چه جایگاهی است و به این پرسش‌های فرعی پاسخ دهد که:

۱- ضرورت وجود قانون در جامعه از نگاه آیت‌الله بهشتی چیست؟

۲- ایشان مفهوم و انواع قانون را چگونه ارزیابی می‌کنند؟

۳- حاکمیت قانون و برابری همگان در مقابل آن از نگاه دکتر بهشتی چگونه است؟

۴- از نگاه ایشان نسبت میان قانون و آزادی در جامعه به چه نحوی است و روند تقنین در نظام جمهوری اسلامی و اصول حاکم بر تقنین قوانین از نگاه ایشان به چه نحوی ارزیابی می‌شود؟

تاکنون در رابطه با جایگاه قانون در نظر و اندیشه شهید بهشتی پژوهش‌هایی به رشته تحریر درآمده است از جمله آنکه در کتاب «قانون و قانون‌گذاری در آراء اندیشمندان شیعه» (۱۳۸۹) که به اهتمام دکتر محمدجواد جاوید نگارش یافته است، در فصل سوم با عنوان «قانون و قانون‌گذاری در اندیشه دکتر شهید بهشتی»، نویسنده ضمن بررسی مسئله قانون و قانون‌گذاری در اندیشه ایشان، عنوان می‌نماید که از نظر ایشان قانون‌گذاری در اسلام یک نظام بهم‌پیوسته است، نه مجموعه چند مسئله که بر پایه جهان‌بینی اسلام درباره انسان و جامعه استوار می‌گردد. قانون‌گذاری در اسلام بر مبنای وحی و با محاسبه و تنظیم عقل و استفاده از علم صورت می‌گیرد و در این راه باید اصول مکتبی مرتبط از جمله حفظ آزادی انسان، محوریت عدالت، رشد هماهنگ مادی و معنوی، نگاه نظام‌مند به مکتب، آهنگ تربیت در قانون را رعایت کرد.

همچنین در پایان‌نامه «حقوق عمومی در اندیشه آیت‌الله سیدمحمد حسینی بهشتی با

تأکید بر حاکمیت قانون» (۱۳۹۷) نوشته آقای محمدرضا طاهری شیرازی در فصل پنجم با عنوان «حاکمیت قانون در اندیشه آیت‌الله بهشتی»، نویسنده تلاش دارد تا مفهوم قانون و مصلحت عمومی در اندیشه ایشان را بررسی نماید. نیز در مقاله «تأملی بر جایگاه قوه مقننه در اندیشه حقوق اساسی شهید بهشتی» (۱۳۹۹) نوشته دکتر علی مشهدی و آقای آیت‌الله جلیلی، نویسندگان تلاش داشته‌اند تا در این مقاله به برخی از مسائل مرتبط با قوه مقننه در اندیشه و نگاه شهید بهشتی در هنگام تدوین و بررسی قانون اساسی بپردازند و براین اساس به بررسی جایگاه کلی نهاد تقنین و قوه مقننه در اندیشه ایشان پرداخته و سپس مباحث مربوط به قوه مقننه در دیدگاه‌های ایشان بررسی شود.

هر کدام از این پژوهش‌ها از یک منظر به این موضوع پرداخته‌اند لکن وجه نوآورانه مقاله پیش‌رو و تفاوت نوشتار حاضر با آثار یاد شده در این است که در اثر اول، صرفاً به بررسی مبانی فکری شهید بهشتی در زمینه قانون و قانون‌گذاری پرداخته شده است و دیگر مسائل مرتبط با قانون از جمله ضرورت و انواع قانون، نسبت میان قانون و آزادی در جامعه اسلامی و نیز روند تقنین از نگاه شهید بهشتی را به‌طور شایسته لحاظ نکرده است و نیز آثار مورد استفاده از شهید بهشتی در مقاله پیش‌رو هم به جهت کمیّت و کیفیت از گستردگی بیشتری نسبت به اثر یادشده برخوردار است و نکته قابل توجه آن است که نویسنده اثر اول در جمع‌بندی مطالب بر این نکته تأکید داشته‌اند که مسئله قانون و قانون‌گذاری در نگاه شهید بهشتی بایستی با بررسی بیشتر در آثار منتشره بعدی از ایشان مورد واکاوی قرار گیرد تا از تبیین منظومه فکری شهید بهشتی در این رابطه اطمینانی عقلایی حاصل شود لکن مقاله پیش‌رو سعی داشته تا با یک دسته‌بندی منظم، مسائل مرتبط با قانون از جمله ضرورت وجود قانون در جامعه، مفهوم و انواع قانون، مبحث حاکمیت قانون و تساوی در برابر قانون و نیز نسبت‌سنجی میان آزادی و قانون در نظام اسلامی از نگاه شهید بهشتی را مورد واکاوی قرار دهد.

درباره تفاوت اثر دوم با مقاله پیش‌رو قابل ذکر است که در فصل پنجم اثر: اولاً، مفهوم قانون به‌طور دقیق از نگاه شهید بهشتی تعریف نشده است و از تمامی آثار ایشان به نحو شایسته برای تبیین این مفهوم استفاده نشده است؛ ثانیاً، در این اثر نویسنده تعریف دقیقی از مسئله حاکمیت قانون و برابری در مقابل قانون از نگاه ایشان تبیین

نشده است درحالی که مقاله پیش‌رو سعی داشته تا با یک مطالعه جامع‌الاطراف نسبت به اندیشه شهید بهشتی، مسائل مرتبط با مبحث حاکمیت قانون و تساوی در برابر قانون و نیز مفهوم قانون را واکاوی نماید.

درنهایت تفاوت اثر سوم با پژوهش حاضر در آن است که نویسندگان اثر سوم تلاش داشته‌اند تا قوه مقننه و صلاحیت‌های آن را بررسی کنند و نیز تمرکز اثر یادشده بیشتر معطوف به صحبت‌های شهید بهشتی در مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی بوده است حال آنکه در پژوهش حاضر تلاش شده تا ضمن بررسی مسائل مرتبط با قانون، پایه‌ها و مبانی نظام جمهوری اسلامی ایران از نگاه شهید بهشتی، روند تقنین در نظام اسلامی با توجه به مشروح مذاکرات و آثار ایشان و نیز اصول حاکم بر تدوین قوانین از نگاه ایشان تبیین شود.

در همین راستا ابتدا موضع فکری شهید بهشتی در خصوص ضرورت وجود قانون در جامعه تبیین شده (۱)، سپس ضمن بررسی مفهوم قانون، دیدگاه شهید بهشتی درباره انواع قانون توضیح داده می‌شود (۲)، در ادامه مسئله حاکمیت قانون (۳) و تساوی افراد در برابر قانون (۴) از نگاه شهید بهشتی بررسی شده و پس از آن، نسبت‌سنجی میان آزادی و قانون در اندیشه شهید بهشتی صورت می‌گیرد (۵) و درنهایت با بررسی ریزمؤلفه‌های اندیشه شهید بهشتی درخصوص پایه‌های نظام جمهوری اسلامی ایران، روند تقنین در نظام حقوقی ایران بررسی شده و سرانجام اصول حاکم بر تدوین قوانین در نظام اسلامی از نگاه شهید بهشتی به زیر ذره‌بین می‌رود (۶).

۱. ضرورت وجود حکومت و قانون در جامعه

انسان باید در زندگی اجتماعی به دنبال هدفی باشد، چراکه رشد و تعالی خود را در سایه زندگی اجتماعی می‌یابد و تنها در سایه اجتماع است که پیشرفت حاصل می‌شود و انسان‌ها راه زندگی را بهتر می‌شناسند و در نتیجه به کمال نهایی و تأمین مصالح مادی و معنوی نایل می‌شوند. به هر صورت، انگیزه زندگی اجتماعی انسان هر چه باشد، اجتماعی بودن او امری بدیهی و انکارناپذیر است و بدین ترتیب انسان‌ها برای آنکه هر چه بیشتر به کمال دست یابند و نیازهای خود را مرتفع سازند، نیاز به زندگی اجتماعی

دارند؛ چراکه بشر اگر به تنهایی زندگی کند، قادر به تأمین همه مصالح خود نخواهد بود (صالحی، ۱۳۹۰، ص. ۹۹). از سویی به دلیل آنکه انسان‌ها خواسته‌های متفاوت و متنوعی دارند و در مقام عمل دچار تزاخم می‌شوند و همین امر می‌تواند باعث ایجاد هرج و مرج و کشمکش در جامعه شود، از همین روی وجود قانون و مقررات اجتماعی الزام‌آور و دارای ضمانت اجرای برای مدیریت جامعه ضرورت خواهد داشت تا اگر شخص یا گروهی بخواهند از قوانین اجتماعی تخطی کنند، مانع آنها شود و در صورت تخلف آنها را مجازات کند (مصباح یزدی، ۱۳۹۳، ص. ۵۳). از نگاه شهید بهشتی در جامعه اسلامی، نظام زندگی تنها به انصاف دلخواه اشخاص واگذار نشده است؛ زیرا جامعه اسلامی جامعه‌ای دارای قانون و حکومت است و چنین جامعه‌ای همه چیز را به انصاف اشخاص واگذار نکرده است (حسینی بهشتی، ۱۳۸۷، صص. ۳۸-۳۹).

شهید بهشتی معتقد است تجربه تاریخی نشان داده است که برای بردن بشریت به سوی هدف و مقصدی بهتر و سعادت‌ی بالاتر، تربیت به‌عنوان شرط لازم باید باشد اما هرگز شرط کافی تلقی نمی‌شود و هیچ زمانی جامعه‌ای (ولو جامعه‌ای کوچک) را در تاریخ نمی‌توان یافت که تنها بر محور و مدار تربیت صحیح، نظام صحیح هم پیدا کرده باشد و یا اینکه با عامل تربیت توانسته باشد نابسامانی‌هایش را برطرف کند و توانسته باشد تنها با عامل تربیت، دردهایش را برطرف نماید. از نگاه ایشان درست است که نقطه مطلوب این است که انسان به‌صورت یک موجود آزاد انتخاب‌گر به سوی راه حق برود، اما این امر یک آرمان مطلوب است که درصد تحقق آن در جامعه بشری همیشه زیر حد نصاب بوده است و تاجایی که در تاریخ مشاهده می‌شود، نمی‌توان یک نمونه از جامعه‌ای را پیدا کرد که صرفاً با تأثیر عامل تربیتی، اخلاقی و بیانی توانسته باشد در حد نصاب (و نه در حد کمال) روی میزان، زندگی کند. از این‌روی برای اینکه بتوان حداقل مسئله را به حد نصاب رساند به «قانون» و پشتوانه‌های اجرای قانون، یعنی «حکومت» برخاسته از امت، یا مورد قبول امت احتیاج است؛ چراکه برای سامان‌دهی مواردی که عامل تربیت عملاً از عهده آن برنیامده برطرف بشود، چاره‌ای نیست جز اینکه در عین نصیحت کردن مردم، قانون و قدرت حامی قانون را هم در مقابل دیدگان مردم نگاه داشت، که اگر قانون را رعایت نکنند، قانون و مجری قانون می‌آید و آنچه را باید بشود

به مرحله اجرا در خواهد آورد (حسینی بهشتی، ۱۳۹۷، صص. ۱۶۴-۱۶۵)؛ بنابراین از نظر شهید بهشتی، در زندگی انسان‌ها «باید» حقوقی و قانون حقوقی، لازم است؛ زیرا بدون «باید» حقوقی، زندگی هرج و مرج و بی‌شکل است و زندگی انسانی نیست و بدون «باید» حقوقی، هیچ جامعه متحرک و پویایی وجود نخواهد داشت (حسینی بهشتی، ۱۳۹۷، ص. ۱۷). فلذا قانون و اعمال آن به وسیله دولت و حکومت و نهادهای مسئول اجتماعی در جامعه انجام خواهد شد؛ چراکه در جامعه همه افراد بر اساس وجدانشان ایمانشان همیشه قانون را رعایت نمی‌کنند و اگر کسانی پیدا شدند که از قانون تخلفاتی کنند، باید با قدرت قانونی جلوی آنها را گرفته و اعمال این قدرت بر طبق تعالیم اسلام باید صرفاً به وسیله حکومت صورت پذیرد (انتشارات واحد فرهنگی بنیاد شهید، ۱۳۶۱، ج ۱، ص. ۳۳۳).

از منظر شهید بهشتی علاوه بر وجود قانون در جامعه، ضرورت دارد تا حکومتی در جامعه حکم‌فرما باشد؛ چراکه حکومت از ضروریات هر جامعه برای نظم و سامان‌دادن به امور اجتماعی محسوب می‌شود. به عبارت بهتر ایشان معتقدند که همواره در طول تاریخ فرد یا گروهی در محیط اجتماع وجود داشته تا مجری قوانین و مقررات و حافظ و نگاهبان نظام‌های اجتماعی باشد و انجام امور ضرورتاً حکومت بر مردم آن جامعه را طلب می‌کند.

ایشان همچنین حکومت‌ها را دارای هدف واحدی ندانسته و اعتقاد داشتند که حکومت از نظر هدف می‌تواند به سه شکل باشد: ۱- تأمین کردن خواسته‌های حاکم؛ ۲- تأمین کردن خواسته‌های مردم؛ ۳- تأمین کردن مصالح مردم (حسینی بهشتی، بی‌تا، ص. ۲۸).

ایشان بهترین حکومت را حکومت الهی و هدف آن را توجه به مصالح مردم می‌دانند؛ چراکه هدف حکومت الهی آن است عالم انسانیت را به سمت سعادت حقیقی رهنمون سازد که این سعادت متضمن تأمین منافع مادی افراد جامعه در حد ضروری آن و نیز بهره‌مندی از کمالات عالی معنوی است؛ بنابراین در این نوع حکومت از نظر شهید بهشتی، برای برقرای نظم عمومی، قانون در جامعه اجراء می‌شود و از آنجایی که هدف حکومت توجه به تأمین مصالح مردم است، فلذا قانون در زمینه‌های مختلف مانند اقتصادی، فرهنگی، سیاسی و اجتماعی در این جامعه با عنایت به مصالح مردم وضع

می‌شود و حکومت به نوعی از جمله مبانی الزام‌آوری قانون تلقی می‌شود.

۲. مفهوم و انواع قانون

۲-۱. مفهوم قانون

هر دانش متکی و مبتنی بر گزاره‌ها و مؤلفه‌هایی است که در حکم بنیان و بنیاد آن دانش‌اند و این مؤلفه‌ها به نوبه خود موجد ساختارها نهادها رویه‌ها و قواعدی می‌گردند که هر کدام از این زیرشاخه‌ها به نحوی به آن ریشه‌های اصلی و اصیل بازمی‌گردند؛ به همین جهت همواره صحبت از چگونگی‌ها (شاخه‌ها) فرع بر شناخت چیستی‌ها (ریشه‌ها) است. مفهوم‌شناسی به مثابه شناخت مبانی، منابع، روش‌ها و مؤلفه‌هاست این شناخت موجب ژرف‌اندیشی در باب کلیت آن دانش و ارائه تحلیل‌های جامع و مستدل از وجوه گوناگون آن علم می‌گردد (احسانی و طحان‌نظیف، ۱۳۹۷، ص. ۱۳). به بیان دیگر تحلیل مفهومی در پی یافتن حقایق جهان از رهگذر تجزیه ساختار منطقی یا ویژگی‌های ضروری و ذاتی مفاهیم و مقولات است (بیکس، ۱۳۹۳، ص. ۱۳۲). این شیوه تحلیل در واقع منطق معرفت‌شناسانه فلسفه حقوق تحلیلی است که قابل قیاس با شیوه‌های معرفتی علی و تجربی است به صورت مشخص می‌توان از رویکردهای حقوق و جامعه در تقابل با رویکرد تحلیلی یاد کرد که درصدد مطالعه قانون در عمل است نه مطالعه مفهومی قانون (بیکس، ۱۳۹۳، ص. ۱۷۶). این شیوه تحلیل در واقع منطق معرفت‌شناسانه فلسفه حقوق تحلیلی است که قابل قیاس با شیوه‌های معرفتی علی و تجربی است (بیکس، ۱۳۹۳، ص. ۱۷۶). پرسش از مفهوم قانون پرسشی دیرین بوده و تا جایی که مکتوبات بشری نگارش کرده‌اند، این پرسش همواره یکی از محورهای مهم اندیشه‌ورزی او بوده است (هارت، ۱۳۹۳، ص. ۱۱). «قانون» مهمترین عنصر مؤلف نظام حقوقی مدرن است به گونه‌ای که حتی «حق» نیز در این نظام بر اساس قانون رسمیت می‌یابد (راسخ، ۱۳۹۳، ص. ۱۱۱). البته این بنیاد مهم در همه نظام‌های حقوقی به شکل یکسانی ارزش‌گذاری نمی‌شود، چه اینکه در برخی از نظام‌ها، منبع اولی قانون، عرف بوده و بنابر اصل، قانون در این نوع نظام، قانون عرفی دانسته می‌شود و نیز در نوع دیگری از نظام‌ها منبع اصلی قانون، مصوبات مرجع صالح برای تقنین یا قانون موضوعه می‌باشد (احسانی و طحان‌نظیف، ۱۳۹۷، ص. ۱۴). از نظر لغوی، «قانون» در معانی رسم، قاعده، روش و آیین آمده

است. همچنین، امری کلی که بر همه جزئیاتش منطبق گردد و احکام جزئیات، از آن شناخته شود. دیگر آنکه قاعده‌ای است که مقامات صلاحیت‌دار، وضع و ابلاغ کنند و آن مبنی بر طبیعت عالم تمدن و متناسب با مصلحت مردم است و همه افراد مملکت باید از آن تبعیت کنند (معین، ۱۳۷۱، ج ۲، ص. ۲۶۲۷). در معنای اصطلاحی، قانون در لسان حقوق‌دانان به سه معنا استعمال شده است: «الف) دستور کلی که به وسیله مرجع صالح انشا شده و به وسیله مجلس قانون‌گذاری تصویب و سپس به توشیح مرجع صلاحیت‌دار برسد. ب) قانون در معنی اعم، شامل مجموعه قواعد حقوقی است که به وسیله قانون‌گذار مقرر می‌شود. ج) قانون علی‌الاصول مصادیق فراوانی دارد و اختصاص به مورد معینی ندارد و حتی گاهی اوقات قانون در معانی ذیل نیز به کار می‌رود:

۱- قاعده حقوقی دارای ضمانت اجرا هر چند که ناظر به مورد خاص باشد... قانون به این معنا در مقابل عرف و عادت است و اعم از تعاریف بالاست.

۲- قاعده حقوقی عام یا خاص که توسط قوه مقننه وضع شده باشد معنی واقعی قانون این است و به این معنی شامل تصویب‌نامه و نظام‌نامه وزارتی که توسط قوه مجریه مقرر می‌شود نمی‌باشد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸، ص. ۵۱۷).

از نگاه شهید بهشتی یکی از مهم‌ترین عوامل لازم برای استقرار نظام عادل اجتماعی وجود قانون است چراکه در زندگی همگانی خودبه‌خود امکان آن هست که دو یا چند نفر درصدد بهره‌گیری از یک زمینه معین برآیند و اگر برای آنها حد و مرز و ضابطه‌ای مشخص نشود، ممکن است کارشان به برخورد و کشمکش بیانجامد. فلذا برای پیشگیری از این برخوردها و کشمکش‌های احتمالی چاره‌ای جز این نیست که حدودمرزها مشخص شود و ضابطه و میزانی در کار باشد که همه موظف به رعایت آن باشند. آنچه در هر نظام این‌گونه حدودمرزها را مشخص می‌کند، قانون نام دارد؛ بنابراین مفهوم قانون از نگاه شهید بهشتی عبارت است از: «ضوابط و مقررات معین که از طرف یک منبع دارای قدرت و اعتبار اجتماعی مقرر شود و در آن برای همه کسانی که در قلمرو آن منبع قدرت زندگی می‌کنند تکالیف، حقوق، حدود و مسئولیت‌هایی معین گردد و همه افراد جامعه اعم از قوی یا ضعیف، به رعایت آن ملزم باشند و به عواقب تخلف از آن گردن نهند.» (حسینی بهشتی، ۱۳۹۰، ب، ص. ۴۱۳).

به عبارت دقیق‌تر از نظر شهید بهشتی حکومت اسلامی که نماینده مردم در اداره کشور می‌باشد موظف است که مصالح و منافع مردم را در نظر بگیرد و برای تحقق آن تلاش نماید. از طرفی حقوق و آزادی‌های مردم به دلیل طبع استخدام‌گر انسان در عرصه اجتماع با مشکل مواجه می‌شود فلذا حکومت اسلامی قواعد تعهدآوری را برای همه اعضای جامعه در نظر می‌گیرد تا حقوق و وظایف افراد معین شود و از بروز هرج و مرج در جامعه جلوگیری شود تا جامعه قابلیت استمرار و تداوم نظم اجتماعی را داشته باشد. به همین دلیل ایشان قانون را مجموعه‌ای از قواعد لازم‌الاتباع ارزیابی می‌کند که متکی به مرجع دارای قدرت یعنی حکومت اسلامی مورد قبول امت بوده و از پشتوانه ایمانی و فرهنگی مردم برای عملیاتی کردن قوانین بهره‌مند است و چنانچه شخصی از این قواعد سرپیچی کند، نظام اسلامی موظف است تا برای برقراری نظم اجتماعی و مصالح مردم، فرد خاطی را مجازات نماید.

۲-۲. انواع قانون از نگاه شهید بهشتی

قوانین و مقررات را می‌توان از جهات مختلف و متعددی تقسیم و طبقه‌بندی نمود. با تتبع در آثار شهید بهشتی متوجه آن می‌شویم که ایشان قانون را به اعتبار مبدأ و منشأ آن به سه قسم، قانون استبدادی، قانون ملی و قانون مسلکی و جهانی طبقه‌بندی کرده‌اند که در ادامه بررسی می‌شوند.

۲-۲-۱. قانون استبدادی

نظام‌های استبدادی به انحصار درآوردن قدرت سیاسی را سرلوحه کار خویش قرار داده و این عمل منجر به محروم ساختن توده‌های مردم از سیاست می‌شود. استبداد همواره به‌عنوان پوششی بر حکومت‌های خودکامه و خودسر عمل کرده است و از لحاظ ماهوی سازگاری چندانی با ارزش‌هایی مانند حقوق و آزادی‌های فردی و جمعی و پاسخگویی ندارد ولی باوجوداین در نظام‌هایی که به اصل حاکمیت پارلمانی مبتنی هستند، نوعی از ابقاء استبداد مشروط قابل مشاهده است (هیوود، ۱۳۹۸، صص. ۲۰۳-۲۰۴). از نگاه شهید بهشتی قانون استبدادی به دو نوع استبدادی فردی و استبدادی طبقاتی تقسیم می‌شود.

الف. قانون استبدادی فردی

از نظر شهید بهشتی، این نوع قانون معمولاً از خواست و اراده یک فرد صاحب قدرت سرچشمه می‌گیرد که بنابر تمایلات و تشخیص خویش، مقرراتی وضع و از قدرت خود به‌عنوان پشتوانه اجرا و به کرسی نشاندن آن استفاده می‌کند. طبیعی است که چنین قانونی معمولاً در جهت تأمین تمنیات همان فرد صاحب قدرت و اطرافیان اوست، نه در جهت مصلحت عموم مردم، مگر در برخی موارد استثنایی که فرد صاحب قدرت یا کسی از اطرافیان از روحیه خدمت به دیگران برخوردار باشد یا مصالح شخصی آنها ایجاب کند کمی هم به مصالح مردم بیندیشند و یا احیاناً مصالح خصوصی آنها با مصالح عموم هماهنگ گردد (حسینی بهشتی، ۱۳۹۰، ب، ص. ۴۱۴).

ب. قانون استبدادی طبقاتی

شهید بهشتی معتقد است گاهی قانون نه از اراده و خواست یک فرد یا یک گروه، بلکه از اراده و خواست یک طبقه برمی‌خیزد؛ طبقه‌ای که بر جامعه تسلط پیدا کرده است مانند طبقه زمین‌داران، طبقه سرمایه‌داران یا طبقه زحمتکشان. این نوع قانون هم معمولاً در جهت تأمین تمنیات همان طبقه‌ای است که قدرت را در دست دارد، مگر در مواردی که احیاناً منافع آن طبقه با منافع دیگران هماهنگ گردد (حسینی بهشتی، ۱۳۹۰، ب، ص. ۴۱۴).

۲-۲-۲. قانون ملی

قانون ملی از دید شهید بهشتی به قانونی اطلاق می‌شود که از خواست و اراده همه یا لااقل اکثریت یک ملت ریشه گیرد، نه از خواست یک فرد یا یک طبقه. ایشان معتقد است قانون و حکومت ملی در همه یا بیشتر جامعه‌هایی که گفته می‌شود به صورت ملی اداره می‌شوند، عنوانی کم‌وبیش توخالی و فریبنده است و با تجزیه و تحلیل دقیق‌تر می‌توان فهمید که آنها غالباً همان استبداد طبقاتی یا فردی هستند که در شکل قانون و حکومت ملی نمایش داده شده‌اند. ایشان معتقدند به فرض اینکه قانون ملی در یک جامعه پیشرفته تحقق پیدا کند، حداکثر در پی تأمین منافع همه یا اکثریت همان جامعه و ملت است، خواه با منافع و مصالح عموم انسان‌ها سازگار باشد، خواه نباشد و تجربه تاریخی

نشان داده است که جوامع و ملت‌هایی که به اصطلاح از حکومت ملی برخوردار بوده‌اند، عملاً به صورت قطب‌های قدرتی درآمده‌اند که همه چیز دنیا را در خدمت خود و رفاه و آسایش خود درآورده‌اند و کمتر اتفاق افتاده که منافع و مصالح عموم جامعه بشری و خواسته‌های آن در محاسبات و ملاحظات آنها یا در زمینه قانون‌گذاری و اجرای قانون جای مناسبی داشته باشد. از سویی شهید بهشتی به این نکته تأکید دارد که قانون ملی به همان دلیل که از خواست اکثریت یک ملت ناشی می‌شود، خود به خود دنباله‌رو تشخیص اکثریت نیز هست و در اینکه آیا تشخیص اکثریت یک ملت همواره با مصلحت واقعی آنها منطبق است یا خیر، تجربه علمی نشان داده که اگر تشخیص اکثریت تنها معیار اصلی قانون باشد، در بسیاری از موارد برای همه و حتی برای همان اکثریت زیان‌های جبران‌ناپذیری به بار می‌آورد و چه بسا که ملت‌ها را به سقوط اخلاقی و اجتماعی بکشاند؛ به طوری که نمونه‌های زنده این سقوط را هم‌اکنون در بسیاری از جامعه‌های برخوردار از حکومت به اصطلاح ملی، به‌منخصوص در جامعه‌های پیشرفته صنعتی می‌توان یافت. در این جامعه‌ها حکومت‌ها کوشیده‌اند به مقدار زیاد دنباله‌رو خواسته‌های کسانی باشند که باید با رأی آنها بر سر کار آیند یا بر سر کار بمانند، هر چند این خواسته‌ها مبتذل و برای سلامت جامعه زیانبار باشد (حسینی بهشتی، ۱۳۹۰، ب، صص. ۴۱۴-۴۱۶).

۲-۳. قانون مسلکی و جهانی

شهید بهشتی درباره این قسم از قوانین اعتقاد دارد که قانون مسلکی و جهانی، قانونی برخاسته از یک مکتب و مسلک است که در پی تأمین منافع و مصالح همه مردم جهان است نه منافع ملت، طبقه، گروه یا فرد معین و قبل از هر چیز پایبند به اصول و معیارهای روشن و قاطعی است که در یک جهان بینی مسلکی به ثبوت رسیده و از طرف عموم کسانی که در قلمرو آن هستند پذیرفته شده، نه اینکه در هر مورد تابع خواسته اکثریت گردد که قانون اسلام از این نوع محسوب می‌شود. از نظر ایشان در اسلام قوانین و مقرراتی لازم‌الاجرا شناخته شده که مستقیماً از جانب خدا وضع شده باشد، یا از جانب پیامبر خدا (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) یا امام معصوم (علیه‌السلام) بیان شده باشد و یا به وسیله مسئولان و کارگردانان امور جامعه که بر طبق معیارهای اسلامی سر کار آمده باشند وضع شود. قانونی که از جانب خدا و پیامبر یا امام معصوم باشد، قانونی است که

به‌آسانی مورد قبول و اعتماد کامل همه کسانی قرار می‌گیرد که آن را از جانب خدا و پیامبر بدانند، زیرا در آگاهی و علم قانون‌گذار به همه جوانب و بی‌غرضی و توجه او به مصالح همگان کمترین تردیدی ندارند ولی مقرراتی که از جانب کارگردانان، مسئولان و زمامداران امور اجتماعی باشد، به هر شکل و به‌وسیله هر فرد یا گروهی مقرر گردد، در صورتی لازم‌الاجراست که برخلاف قوانین و معیارهای اساسی که در کتاب خدا و سنت پیامبر (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) و ائمه طاهرین (علیهم‌السلام) آمده، نباشد. در وضع آنها به همه جوانب و ریزه‌کاری‌ها، در حدی که آگاهی بر آنها مقدور بوده، توجه شده باشد. از روی کمال پاکی و بی‌غرضی و در جهت مصالح همه، نه مصلحت فرد یا گروهی خاص، مقرر شده باشد. تنها این‌گونه مقررات است که می‌تواند از حمایت کتاب خدا و سنت پیامبر و امامان بزرگوار و ایمان مردم که پشتوانه و تکیه‌گاهی نیرومند در اعماق دل انسان‌هاست برخوردار باشد (حسینی بهشتی، ۱۳۹۰، ب، ص. ۴۱۶-۴۱۷).

نگاهی به نظرات شهید بهشتی ما را به این مقصود می‌رساند که ایشان در تقسیم‌بندی قانون به جهت خاصی توجه دارند. به عبارت دیگر نگاهی به کتب حقوقی از جمله کتاب‌های مقدمه علم حقوق نشان می‌دهد که نویسندگان قانون موضوعه را از جهت نوع مفاد بررسی آن به دو دسته قوانین شکلی و محتوایی تقسیم می‌کنند لکن شهید بهشتی در تقسیم‌بندی قوانین موضوعه به در نظر گرفتن مصالح دقت دارند که بر مبنای این معیار، قوانین به سه دسته استبدادی، ملی و مسلکی و جهان شمول تقسیم می‌شوند. ایشان به دلیل آنکه حکومت الهی را از جمله مبانی الزام‌آور قانون در میان افراد جامعه می‌دانند، قانون مسلکی و جهانی را بر سایر قوانین ارجح می‌دانند، زیرا قانون مسلکی یا به جهت بیان توسط معصومین (علیهم‌السلام) و یا به جهت عدم تغایر با معیارهای مهم مکتب اسلام، مصالح همه افراد جامعه را در نظر می‌گیرد و به جهت اطمینان مردم به نظام اسلامی، از پشتوانه فرهنگی بهره‌مند می‌شود در حالی که در قانون استبدادی و قانون ملی، محدوده کمتری از افراد و مصالح آن را در بر می‌گیرد.

۳. التزام به حاکمیت قانون^۱ و قانون محوری

یکی از مهم‌ترین ثمرات انقلاب اسلامی، حاکم شدن قانون بر روابط میان مردم و زمامداران می‌باشد که از آن تعبیر به حاکمیت قانون می‌شود. حاکمیت قانون بدین معنی است که همه اعمال حکومت باید مبنایی در قانون داشته باشند و به وسیله آن تجویز شوند. حاکمیت قانون در پی مقید کردن قلمرو اختیارات و صلاحیت‌های اربابان قدرت به قواعد و حدود از پیش ترسیم شده است تا تحدید حدود صلاحیت‌ها، ضمن پیش‌بینی‌پذیر ساختن امور و امکان برنامه‌ریزی افراد برای زندگی شخصی‌شان، آرامش خاطر برای شهروندان پدید آورد (نیکونهاد، ۱۳۹۳، ص. ۲۰). ثمره التزام به قانون‌مداری، جلوگیری از بروز استبداد و دیکتاتوری‌هایی است که ممکن است در چهره‌ها و شکل‌های جدید رخ بنماید. شهید بهشتی معتقد است کشور باید بر مبنای حاکمیت قانون جلو برود و زیربنای همه قوانین قانون اساسی است بنابراین نهادهای مقرر در قانون اساسی، نهادهایی قانونی محسوب شده و کارها را باید همین نهادها انجام بدهند و چنانچه کسی بخواهد سراغ راه‌حل‌های خارج از قوانین برود این کار نمی‌تواند جامعه را به جایی برساند (انتشارات واحد فرهنگی بنیاد شهید، ۱۳۶۱، ج ۲، صص. ۷۲۶-۷۲۷). ایشان اعتقاد دارند حفظ ارزش‌های عالی و معنوی انقلاب اسلامی و برقراری امنیت و جلوگیری از تشنج، در گرو حاکم کردن قانون در جامعه می‌باشد (سرابندی، ۱۳۸۶، ج ۳، ص. ۲۱۹)؛ بنابراین از دیدگاه شهید بهشتی اصل حاکمیت قانون ناظر به این نکته است که هیچ تفاوتی در نگاه حکمرانی زمامداران نسبت به مردم نباید باشد و تمام ارکان حکومتی در نظام اسلام باید این اصل مهم را نسبت به همه اشخاص به شکل کاملاً یکسان اعمال و اجرا کند.

۴. تساوی در برابر قانون

در برداشت از برابری، به برابری همگان در مقابل قانون و ناسازگاری پیشینی استثنائات، معافیت‌ها و امتیازات موردی یا اعطای مخفیانه مصونیت‌هایی خاص به برخی از افراد و گروه‌ها تأکید می‌شود؛ چراکه قانون باید بدون هیچ جانبداری و غرض‌ورزی نسبت به همگان اعمال شود و هرگونه تخطی از این اصل به نقض عدالت می‌انجامد (مرکز مالگیری،

۱۳۹۴، ص. ۱۱۶). یکی از اصول مهم منعکس در فصل سوم قانون اساسی که ناظر به حقوق ملت است، اصل نوزدهم و بیستم آن است که بر تساوی همگان در برابر قانون و حمایت قانونی از آنها تأکید می‌کند. عدم رعایت این اصل مهم، علاوه بر ایجاد یأس در میان مردم، می‌تواند سبب تجرّی قانون‌شکنان شود (داریوند، ۱۳۹۸، ص. ۱۷۶). از نگاه شهید بهشتی در اندیشه اسلامی چون مردم از نظر بنیادی دارای تفاوت نیستند، همه از نیای واحدی پیدا شده‌اند و سرشت مشترک دارند. پس اختلاف حقوقی که در بین برخی ملت‌ها به تناسب نژاد، طبقه، وابستگی‌های قبیله‌ای و غیره وجود داشت، از ریشه در اسلام منتفی است؛ بنابراین با این جهان‌بینی که اسلام نسبت به افراد انسان‌ها دارد، از نظر اصولی و طبیعی بین همه افراد انسان نوعی وحدت، هماهنگی و تساوی در حقوق اساسی ضرورت دارد. زیرا وقتی که از نظر خلقت و سرشت اولیه برای افراد جای معینی در جامعه در نظر گرفته نشده، طبعاً هیچ‌کس و هیچ‌گروهی، نمی‌تواند مناصب بالا و مشاغل عالی را در انحصار خود بداند و دیگران را محکوم به فرمانبری و تصدی کارهای پست قلمداد کند. طبعاً برای هیچ دسته‌ای حقوق خاص و امتیازات معینی وجود ندارد و برای دیگران حقوق و امتیازاتی کمتر. بر اساس این بینش، همه افراد جامعه در برابر قانون یکسان هستند (حسینی بهشتی، ۱۳۹۰، ب، صص. ۴۰۵-۴۰۶). شهید بهشتی در رابطه با این خصلت محوری معتقد است: «در اسلام همه مردم در برابر کلیه قوانین و دستگاه‌های قانونی برابرند. هر کس از هر طبقه و دارای هر شغل و مقام و منصب باشد مشمول کلیه قوانین هست. قوانین اسلام و دستگاه‌های قضائی و اجرایی آن، شغل و مقام و مزایای فردی نمی‌شناسد. رئیس حکومت با یک فرد عادی، مالک عمده با کشاورز، کارفرمای بزرگ با کارگر ساده، عالم و جاهل، مرجع تقلید و مقلدین او، شاه و رعیت و... همه در برابر قانون و مجریان آن یکسان‌اند. در دادگاه‌ها و سازمان‌های دیگر حکومتی حتی انجام تشریفات خاص برای اشخاص ممنوع است» (حسینی بهشتی، ۱۳۸۶، ص. ۳۷۵).

البته لازم به توجه است از آنجایی که نظام جمهوری اسلامی برپایه اتکاء به مکتب اسلام و مذهب تشیع به وجود آمده و در قانون اساسی بر این امر تأکید شده است، طبعاً در احراز مناصب بالای حکومتی باید اشخاصی انتخاب شوند که هم به مذهب رسمی کشور اعتقاد داشته و هم با عملکرد خود زمینه‌ساز ترویج مذهب رسمی کشور شوند و

شهید بهشتی نیز بر این امر تأکید دارند که شرایط انتخاب‌شوندگان در هر انتخاباتی باید توسط قانون معین شود و هم قانون اساسی و هم قوانین عادی بر معتقد بودن اشخاص عالی‌رتبه کشوری از جمله ولی فقیه و نیز رئیس جمهور به دین و مذهب رسمی کشور تأکید دارند. به عبارت بهتر معنای تساوی در برابر قانون آن است که همه افراد از حمایت قانونی برخوردار باشند و هیچ فردی از حقوق مقرر خود در قانون به بهانه رنگ، نژاد، زبان و... محروم نشود لکن این به معنای برابری افراد در شرایط احراز مناصب حکومتی نیست، اگرچه طبق قانون اقلیت‌های دینی و مذهبی در مجلس خبرگان رهبری، مجلس شورای اسلامی و شورای‌های اسلامی شهر و روستا می‌توانند منتخبانی داشته باشند.

۵. نسبت قانون و آزادی در جامعه اسلامی

آزادی که یکی از ارزش‌های متعالی انسانی است در اندیشه دکتر بهشتی به معنای تسلط انسان بر ساختن خویشتن و ساختن محیط خویش است؛ چراکه امتیاز انسان بر همه موجودات دیگر عالم طبیعت این است که می‌تواند بر طبیعت مسلط باشد و شرایط طبیعی را بر وفق خواسته و نیاز خود دگرگون کند یا در برابر هجوم عوامل نامساعد طبیعی، سد و مانع به وجود آورد. این توان در جانداران دیگر نیز کم‌وبیش هست، اما آنچه انسان می‌تواند و می‌کند در مقایسه با آنچه جانداران دیگر می‌کنند بسی پیشرفته‌تر و کامل‌تر است (انتشارات واحد فرهنگی بنیاد شهید، ۱۳۶۱، ج ۳، ص. ۱۱۸۳). از نگاه شهید بهشتی، آزادی و انتخاب آزادانه تأثیر سرنوشت‌سازی در زندگی انسان دارد به طوری که شخصیت و زندگی او را انسانی می‌کند و بسیاری از تدابیر اسلام در نظامات سیاسی و اجتماعی در حقیقت برای از بین بردن عوامل ضد آزادی است؛ چراکه کوشش مکتب اسلام این است که انسان آزاد از بند هوی و هوس‌های نفسانی و آزاد از تسلط دیگران تربیت کند تا بتواند راه خویش را آزادانه انتخاب کند (اردشیری لاجیمی، ۱۳۹۰، صص. ۲۰۵-۲۰۶). از نگاه شهید بهشتی آزادی انسان‌ها امری مطلق نیست بلکه آن مقید به این امر است که: اولاً، حدود آزادی را باید قانون معین کند و ثانیاً، آزادی‌ها نباید به اصول اسلامی و سلامت اخلاقی جامعه و آسایش عمومی مردم لطمه‌ای وارد کند (حسینی بهشتی، ۱۳۸۸، ص. ۴۰۴). به عبارت بهتر از نگاه شهید بهشتی محدودیت‌های قانونی که در نظام اسلامی به وجود می‌آیند دو ریشه دارند:

۱- آزادی یک فرد تا آنجا اعمال شود که به آزادی دیگران ضربه نزند. این قید در آنارشیسم وجود ندارد، ولی در آزادی اسلامی وجود دارد. این قید حتی در آزادی لیبرالیستی هم وجود دارد. لیبرال‌ها هم همین را می‌گویند. آنان می‌گویند، ما معتقدیم که آزادی فرد در یک جامعه لیبرال باید تا حدی باشد که به آزادی دیگران لطمه نزند. البته می‌گویند ولی عمل نمی‌کنند.

۲- آزادی‌هایی که محیط را فاسد می‌کند و زمینه‌ها را برای رشد فساد در جامعه آماده می‌کند، این آزادی‌ها هم در نظام اسلامی گرفته می‌شود. یعنی به انسان‌ها اجازه داده نمی‌شود که مطابق میل و هوا و هوس خودشان و هر جور دلشان می‌خواهد زندگی کنند... اینجا در نظام اجتماعی اسلامی گفته می‌شود که در اعمال آزادی مشخص خود تا اینجا نمی‌توانید پیش بروید. اینجا برایتان مرز معین می‌کنند. به دلیل آنکه این نوع آزادی زمینه اجتماعی را برای آسان‌تر شدن نفوذ فساد در انسان‌های دیگر و به بیراهه کشاندن انسان‌های دیگر آماده می‌سازد و اسلام و نظام اسلامی باید در هدایت اجتماعی و در اداره جامعه مواظب این انحراف باشد» (حسینی بهشتی، ۱۳۹۰، ج. صص. ۹۲-۹۳).

بنابراین آزادی از نظر شهید بهشتی به معنای بی‌بندوباری و ضابطه‌ناپذیری و خودکامگی مطلق و آنارشیسم و آزاد گذاردن نیروهای مخرب و مضر و منافی با کرامت انسان و مزاحم حقوق و مصالح خود او و دیگران نیست و به همین جهت است که در همه نظام‌های اجتماعی همواره روی این اصل تأکید می‌شود که «حدود آزادی‌ها را قانون معین می‌کند».

به عبارت دیگر با دقت در اندیشه شهید بهشتی درمی‌یابیم که ایشان اعتقاد دارد که انسان از نگاه مکتب اسلام، موجودی مختار و صاحب آزادی است و در ذات و طبیعت خود علاقه وافر به حفظ آزادی در همه عرصه‌ها دارد اما این آزادی به شکل مطلق و دلخواه افراد قابلیت اجرا شدن در محیط اجتماع را ندارد؛ چراکه آزادی انسان هم در قلمرو حدود الهی و در چارچوب قوانین و احکام الهی قرار دارد و هم اینکه اگر بنا باشد همه افراد در اجتماع آزادی دلخواه خود را اجرا نمایند، این مسئله تعارض و برخورد افراد را در پی خواهد داشت و موجب هرج و مرج در جامعه اسلامی خواهد

شد، مضافاً بر اینکه آزادی‌های مخربی که موجب ایجاد فساد در جامعه و تزلزل در بنیان اخلاق عمومی جامعه شده و زمینه انحراف را ایجاد می‌نماید در جامعه اسلامی نفی و طرد می‌شود؛ بر همین اساس است که شهید بهشتی آزادی‌های سازنده و مثبت را در حدود قوانین و مقررات الهی ارزیابی می‌نماید و اعتقاد دارد که قانون در جامعه اسلامی بایستی مرز آزادی‌های افراد را مشخص کند تا جامعه بتواند بر مدار صحیح جلو رفته و پیشرفت نماید.

۶. تقنین در نظام جمهوری اسلامی

۶-۱. چارچوب کلی نظام حقوقی جمهوری اسلامی از دید شهید بهشتی

شهید بهشتی معتقد است نام راستین نظام حقوقی و سیاسی جمهوری اسلامی ایران، نظام امت و امامت است و از این نظر با هیچ‌کدام از عنوان‌هایی که در کتب حقوق عمومی و حقوق اساسی به‌کار رفته است، مطابقت ندارد چراکه این عنوان مختص به فرهنگ اسلامی است و از دیگر فرهنگ‌ها به‌عاریت گرفته نشده است (حسینی بهشتی، ۱۳۹۰، الف، ص. ۳۹). از نگاه شهید بهشتی دو ویژگی محوری این نظام سیاسی، «مکتبی بودن» و «مردمی بودن» است. در باب «مکتبی بودن»، شهید بهشتی اعتقاد دارد جوامعی که بر پایه یک مکتب ایجاد می‌شوند، جوامعی هستند که در آن، مردم در اولین گام و قبل از هر اقدام دیگری، مکتب و ایدئولوژی خود را انتخاب می‌کنند و با این انتخاب خود، در واقع اعلام می‌دارند که زین‌پس باید همه امور بر اساس این مکتب پیش برود. این انتخاب به شکل کاملاً آزادانه‌ای صورت پذیرفته و مردم این جامعه با اقدام اول خود، اقدام‌های بعدی را در چهارچوب مکتب محدود کرده‌اند. فلذا به این نوع جامعه‌ها، جامعه‌های ایدئولوژیک یا نظام‌های مکتبی می‌گویند و بر همین اساس جمهوری اسلامی که یک نظام مکتبی است، با جمهوری مردم‌سالارانه متفاوت خواهد بود (صورت مشروح مذاکرات قانون اساسی، ۱۳۶۴، ج ۱، ص. ۳۸۰). ایشان درباره مکتبی بودن نظام امت و امامت معتقد است: «اولین ویژگی نظام سیاسی اسلام این است که نظامی است مکتبی و متعهد در برابر مکتب. اجباری هم نیست. هر کس این مکتب را پسندید، دوست داشت و به آن دل بست بیاید و هر کسی هم به آن دل بست نیاید؛ ولی نظام مکتبی است و آنچه در اوج و قله قرار دارد اصول عقیدتی و عملی اسلام بر

اساس کتاب و سنت است. از آنجا این تعلیم داده می‌شود که مسئله مهم برای نظام ناس و مردم، یعنی کل مردم جهان است و حامل این مسئولیت در جهت صلاح کل مردم جهان امت است» (حسینی بهشتی، ۱۳۹۰. الف، ص. ۴۲). از سویی شهید بهشتی بزرگ‌ترین ویژگی انقلاب اسلامی ایران را مردمی بودن انقلاب می‌داند و معتقد است که خصلت مردمی بودن انقلاب و متکی بودن انقلاب به توده مردم را باید حفظ کرد و حفظ این خصلت را بر هر مصلحت دیگر و هر کار خوب دیگر مقدم داشت تا جایی که مدیریت ملت و اداره مملکت، روزه‌روز بر خواست ملت و حمایت ملت بیشتر تکیه کند (اردشیری لاجیمی، ۱۳۹۰، ص. ۱۰۴). ایشان درباره مردمی بودن نظام جمهوری اسلامی به صراحت اعلام می‌کند: «نظام اجتماعی جدید ایران نظامی است اسلامی، ولی نظامی است که مردم با انتخاب و اختیار و گزینش خودشان آن را انتخاب کردند، نظامی است در راه خدمت به مردم؛ یا به تعبیر دیگر نظامی است مردمی بر پایه اسلام. بنابراین نظام اجتماعی آینده ما نظامی است ایدئولوژیک، نه نظامی فاقد ایدئولوژی؛ متعهد در برابر اسلام؛ و نظامی است مردمی و اومانستی نه ملی و ناسیونالیست، آن‌هم اومانسیم اسلامی که انسان دوست است نه انسان‌پرست و همه این مفاهیم در نامی که برای این نظام انتخاب شد نهفته است. چه نامی انتخاب شد؟ جمهوری اسلامی» (حسینی بهشتی، ۱۳۹۰. الف، ص. ۶۴).

عرصه تقنین در نظام اسلامی در اندیشه شهید بهشتی، نقطه اتصال مردمی بودن و مکتبی بودن نظام حقوقی جمهوری اسلامی و یا به تعبیر ایشان، نظام امت و امامت است؛ چراکه جلوه مردمی بودن روند تقنین بدین صورت است که مردم با رأی دادن به افراد موردنظر خود، آنها را به‌عنوان منتخبان خود تعیین می‌کنند تا در مجلس شورای اسلامی به نگارش قوانین پردازند و جلوه مکتبی بودن روند تقنین بدین نحو است که فقهای شورای نگهبان که از سوی مقام رهبری تعیین می‌شوند بر طبق اصل ۴ و ۹۶ قانون اساسی وظیفه حراست و پاسداری از احکام شرع و موازین اسلامی را برعهده دارند.

۲-۶. روند تقنین در نظام جمهوری اسلامی ایران

قوه مقننه در نظام حقوقی ایران از دو رکن مجلس و شورای نگهبان تشکیل می‌شود. بر

اساس قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تصویب قانون به صورت یک مرحله انجام می‌شود و این عمل توسط فقط توسط مجلس شورای اسلامی صورت می‌گیرد که بر اساس اصل ۵۸ قانون اساسی از طریق نمایندگان منتخب مردم در مجلس شورای اسلامی انجام می‌شود و مصوبات آن پس از تصویب، بر طبق اصول ۷۲ و ۹۶ قانون اساسی برای بررسی از نظر عدم مغایرت با احکام اسلام و قانون اساسی به شورای نگهبان ارسال می‌شود (مهرپور، ۱۳۸۹، ص. ۱۵۱).

جایگاه مجلس از نگاه شهید بهشتی بدین صورت است که در نظام اسلامی، دولت در معنای عام خود، از دو طریق به امت مرتبط می‌شود، یکی از راه انتخاب رئیس جمهور و دیگری از طریق انتخاب نمایندگان مجلس شورای اسلامی و به این ترتیب دولت به صورت مستقیم برخاسته از امت می‌شود. ایشان درباره نقش مهم قوه مقننه عقیده مند است که قوانین اجرایی در هر زمینه باید با رعایت کامل موازین اسلام و قانون اساسی به وسیله مجلس شورای اسلامی بررسی و تصویب شود و نمایندگان این مجلس با رأی اکثریت مردم تعیین می‌شوند (حسینی بهشتی، ۱۳۸۸، ص. ۳۹۲). ایشان اعتقاد دارد که مجلس یک مجموعه است و به دلیل آنکه این مجموعه منتخب ملت است؛ بنابراین، وقتی اکثریت نمایندگان رأی را که مطابق اسلام باشد، پذیرفت و شورای نگهبان تشخیص داد که این تخلف از اسلام و قانون اساسی نیست، آن مصوبه تبدیل به قانون شده و باید طبق آن عمل کرد. ایشان درباره تفاوت رأی نمایندگان مجلس و رأی رئیس جمهور معتقد بودند هر دو مقام با رأی مردم انتخاب شده‌اند لکن نمایندگان مجلس یک «عده» هستند که با رأی مردم انتخاب شدند درحالی که رئیس جمهور یک «فرد» است. در نتیجه آرای یک عده که منتخب مردم هستند از استواری بیشتری برخوردار است (حسینی بهشتی، ۱۳۹۰، الف، ص. ۶۷).

از سویی شهید بهشتی معتقد است که اگر قرار باشد قانون اسلام در جامعه حاکم شود مسئولیت شناسایی قانون اسلام و اینکه قانون‌هایی که در عرصه عمل، اجرا می‌شود قانون اسلام باشد، بر عهده ولی فقیه است و در همین راستا ایشان معتقد است شخص فقیه دو نقش اساسی در جامعه اسلامی ایفا می‌کند: فقاقت فقیه و ولایت فقیه. «فقیه بعد از اینکه نظرات اسلامی را روشن کرد و فقهای شورای نگهبان که آنها هم باید فتاوی فقاقت

رهبری را رعایت کنند، قوانین را تطبیق کردند و معلوم شد قوانینی که از مجلس گذشته مطابق اسلام است، اگر این قسمت تأمین شد، یعنی فقهای شورای نگهبان، نقش فقه‌ای ولی فقیه را در تأیید انطباق قوانین با اسلام ایفا کردند، بعد از اینکه این کار را کردند، باید در مجاری اجرای قوانین، ولایت فقیه و تسلط او بر کیفیت اداره جامعه تأمین شود تا این قوانین مصوب و تضمین شده از نظر انطباق با اسلام، در مقام عمل هم اجرا شود و این ولایت فقیه است» (حسینی بهشتی، ۱۳۸۶، صص. ۲۸۱-۲۸۲)؛ بنابراین برداشت شهید بهشتی آن است که نهاد شورای نگهبان، بازوی فقه‌ای مقام رهبری در نظام اسلامی محسوب می‌شود و به همین سبب اعتقاد داشتند که شورای نگهبان باید حالت تداومی داشته باشد به گونه‌ای که همیشه نظام جمهوری اسلامی دارای شورای نگهبان باشد و هیچ زمانی اختلال و سستی در تشکیل این نهاد به وجود نیاید (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ۱۳۶۴، ج ۲، ص. ۹۷۱)

نکته قابل توجه در اندیشه شهید بهشتی آن است که ایشان معتقدند که تشخیص مصلحت بودن قانون تنها بر عهده مجلس شورای اسلامی است و نقش شورای نگهبان صرفاً بررسی مصوبات مجلس از جهت عدم مغایرت با احکام شرع و قانون اساسی می‌باشد. ایشان در این راستا در جریان تصویب اصل ۹۱ قانون اساسی معتقد بودند: «کار این دو گروه، چه حقوق‌دان‌ها و چه فقها، کار یک کارشناس است و جهت کارشناسیشان هم مشخص است یعنی نه فقیه و نه حقوق‌دان درباره اینکه آیا این قانون به صلاح مردم هست یا نیست حق اظهار نظر ندارند و این تشخیص با نمایندگان مردم است. فقط اینها به عنوان کارشناس نظر می‌دهند این چیزی را که نمایندگان ملت به صلاح ملت تشخیص داده‌اند خارج از دایره شرع یا قانون اساسی نباشد؛ بنابراین این شورا صرفاً شورای کارشناسان برای تشخیص جهت معین است» (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ۱۳۶۴، ج ۲، ص. ۹۴۷). به عبارت بهتر شورای نگهبان در راستای انجام وظیفه خویش، بررسی کارشناسی انجام می‌دهد و هیچ وقت وارد این حوزه نمی‌شود که بگوید مصوبه‌ای خوب یا بد است. به صلاح است یا به صلاح نیست. ضرورت دارد یا ندارد؛ زیرا مجلس باید این کار کارشناسی را انجام بدهد. آنچه در بررسی مصوبات مجلس شورای اسلامی صرفاً وظیفه شورای نگهبان

است این امر است که مصوبه را با شرع و قانون اساسی تطبیق دهد و اعلام دارد که آیا مصوبه خلاف شرع یا خلاف قانون اساسی است یا خیر (قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی: <https://www.shora-gc.ir/fa/news/8883>)؛ بنابراین از نگاه شهید بهشتی، قانون زمانی در جامعه اسلامی قابلیت اجرا پیدا می‌کند که عدم مغایرت آن با احکام شرع و قانون اساسی مورد تأیید شورای نگهبان قرار گیرد.

۳-۶. اصول حاکم بر تدوین قوانین در نظام اسلامی از نگاه شهید بهشتی

در جامعه اسلامی، ضرورت دارد تا احکام و قوانین مکتب اسلام اجرا شود و شهید بهشتی در این باره اعتقاد دارد جامعه ایران یک جامعه اسلامی است؛ یعنی جامعه‌ای است که می‌خواهد با اسلام اداره بشود و می‌خواهد در راه اسلام بماند؛ آن هم اسلام راستین، اسلامی که فقهای متخصص در شناخت اسلام که با تقوا، روشن‌بین و آگاه به مسائل روز باشند، برای امت مسلمان بیان کنند (سرابندی، ۱۳۸۶، ج ۱، ص. ۲۸۶). به همین جهت ضرورت دارد تا احکام اسلامی به صورت قانون مورد تصویب قرار گیرد و در این مسیر لازم است تا اصول و مبانی اسلامی در روند قانون‌گذاری مورد توجه و عنایت قرار گیرد که در ادامه بررسی می‌شوند.

۱-۳-۶. حاکمیت اسلام بر تمام قوانین

جامعه اسلامی از دیدگاه شهید بهشتی، جامعه‌ای است که در آن ارزش‌ها و احکام و قوانین اسلام بر همه روابط اجتماعی حاکم باشد (حسینی بهشتی، ۱۳۸۸، صص. ۳۸۶-۳۸۷). در واقع خواست صریح قرآن این است که جامعه اسلامی به صورت جامعه نمونه درآید تا برای همه مردمی که خواستار زندگی اجتماعی سالم و سعادت‌بخش هستند، الگو شود و شاهدی عینی بر این اصل عالی انسانی گردد که راه سالم زیستن و به عدل و اعتدال رسیدن به روی انسان‌ها بسته نیست و این خود انسان‌ها هستند که باید این راه را بشناسند و با آگاهی و ایمان و تلاش بدان درآیند^۱ (حسینی بهشتی، ۱۳۹۰، ب، ۳۹۳). نگاهی به مشروح مذاکرات قانون اساسی نشان می‌دهد که دغدغه اعضای مجلس بررسی

۱. وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ (بقره - آیه ۱۴۳).

نهایی قانون اساسی این بوده که هیچ قانون و مقرره‌ای مخالف با احکام و موازین اسلامی تصویب نشود و باید اصول اسلامی حاکم بر قوانین باشد. در همین راستا شهید بهشتی به صراحت در خصوص لزوم اسلامی بودن همه قوانین و مقررات بر پایه اجتهاد اسلامی می‌فرماید: «کلیه مسائل مربوط به قانون‌گذاری‌ها و تهیه و تصویب آیین‌نامه‌ها، در یک نظام ایدئولوژیک یعنی در یک نظام مکتبی، نمی‌تواند دور از نظر مکتب و جهت‌گیری از آن صورت بگیرد. همه این قوانین باید در رابطه با تصمیم و جهت‌گیری خاص آن باشد تا آن قانون و آن آیین‌نامه بتواند متناسب با یک جامعه مکتبی باشد. در یک جامعه اسلامی کلیه قوانین و مقررات و تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌ها باید ناظر داشته باشد و باید قوانین و مقررات را با مراجعه به منابع و مأخذ اسلامی مشخص کرد و بعد، از نظر روش‌های قانون اساسی آن را دنبال کرد و تکمیل کرد» (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ۱۳۶۴، ج ۱، ص. ۲۶۱).

۶-۳-۲. تقدم مصلحت عمومی بر مصلحت شخصی و گروهی

شهید بهشتی اعتقاد دارد که ایجاد نظام جمهوری اسلامی که بر آراء مردم متکی بوده، در جهت رعایت مصالح و خواسته‌های انسانی آنان حرکت می‌کند و در این راستا حکومت اسلامی مسئول تأمین مصالح عمومی جامعه می‌باشد و لازم است که همه احکام و ارزش‌های جامعه در خدمت مصالح جامعه از دیدگاه مکتب اسلامی قرار گیرد (حسینی بهشتی، ۱۳۹۰ الف، ۳۸۳). بر این اساس ضرورت دارد تا در روند تدوین قوانین همواره به مصالح عمومی و اجتماعی افراد جامعه توجه شود. شهید بهشتی در رابطه با این ویژگی محوری اعتقاد دارد: «نظام قانونی اسلام، یک نوع نظام تقنینی است که قانون در آن از دید مصالح همه انسان‌ها وضع می‌شود؛ نه از دید مصالح یک فرد یا یک گروه، نه از دید مصالح یک طبقه، نه از دید مصالح یک ملت، بلکه از دید مصالح انسان‌ها» (حسینی بهشتی، ۱۳۹۷، ص. ۱۹)؛ بنابراین قانون اسلامی از نگاه شهید بهشتی، قانونی است که می‌خواهد مصلحت همه مردم مسلمان جامعه را به صورت جمعی مورد نظر قرار دهد و به مصالح و منافع عمومی آنها توجه کند؛ چراکه موضوع مصلحت به هر حال افراد انسان هستند اما مصلحت فردی، به فرد برمی‌گردد و به دیگران هم چندان ارتباطی ندارد و

مصلحت اجتماعی یعنی اینکه به فرد بر می‌گردد ولی نه به یک فرد بلکه به مجموعه افراد؛ بنابراین در اسلام در آنجا که مصلحت جامعه مطرح باشد، بی‌شک مصلحت جامعه بر مصلحت فرد مقدم است (حسینی بهشتی، ۱۳۹۰، الف، صص. ۸۳-۸۴).

۶-۳-۳. عدالت محوری

در باور شهید بهشتی جامعه اسلامی به نص قرآن کریم جامعه‌ای است که باید مردم بر اساس تعالیم انبیاء سرپرده قسط و عدل را در آن برپا کنند. محور این جامعه عدل است آن‌هم نه فقط عدل اقتصادی، عدل سیاسی و اجتماعی، بلکه عدل اقتصادی و عدل سیاسی بر پایه اعتدال و عدل بینشی و اخلاقی (حسینی بهشتی، ۱۳۶۱، ص. ۲۳). شهید بهشتی معتقد است موضع اسلام در زمینه عدل این است که جهان، بر پایه عدل و اعتدال و هماهنگی آفریده شده و قانون تکوینی خداوند، قانون عدل است و انسان در جهان مسئول اقامه عدل می‌باشد. مسئولیت انسان‌ها و توده‌های بشر این است که در پرتو قرآن و آیات الهی و به پیروی از انبیاء خدا و ائمه هدی، قسط را برپا دارند؛ بنابراین، در جامعه اسلامی، جامعه‌ای که به راستی جامعه اسلامی باشد، هیچ چیز ضد عدلی نباید وجود داشته باشد (حسینی بهشتی، ۱۳۹۰، د، ص. ۵۱). برای اینکه این عدل جامع در جامعه به وجود آید باید بر اساس تعلیمات انبیاء عمل کرده و حرکت کرد؛ زیرا آموزه‌های پیامبران، انسان‌های عادل می‌سازد و خود ایشان برپا دارندگان عدل‌اند و عدل در درجه اول، عدل خود انسان یعنی عدل در اخلاق، عدل در فرهنگ، عدل در معرفت، عدل در ایمان و عدل در عمل است (حسینی بهشتی، ۱۳۹۱، ص. ۲۴۷)؛ بنابراین ضرورت دارد تا در تدوین و نگارش قوانین به مقوله عدل و عدالت محوری توجه لازم صورت گیرد چراکه از نگاه شهید بهشتی روح کلی حاکم بر همه مقررات اسلامی عبارت است از حمایت از عدل و داد، نیکی به دیگران و مبارزه با ظلم و فساد و این یک معیار و محک اساسی برای شناخت چهره اصیل تعالیم اسلامی در همه زمینه‌هاست (حسینی بهشتی، ۱۳۹۰، ب، ص. ۵۱۳).

نتیجه‌گیری

شهید بهشتی به‌عنوان یکی از متفکران برجسته انقلاب اسلامی اعتقاد دارد که تنها عامل

تربیت در جامعه برای حل مشکلات و چالش‌های میان افراد اجتماع کفایت نمی‌کند و باید در کنار عامل تربیت، از ابزار قانون بهره جست؛ زیرا با نگاهی به تجربه تاریخی بشر متوجه می‌شویم که قانون و پشتوانه اجرایی آن یعنی حکومت در کنار عامل تربیت در مدیریت جامعه کارآمد بوده است. از نگاه شهید بهشتی قانون به معنای قواعد معینی است که از طرف یک منبع دارای قدرت اجتماعی تعیین شود و برای همه افرادی که در قلمرو آن منبع قدرت زندگی می‌کنند تکالیفی را مشخص می‌کند و همه افراد اجتماع به رعایت آن ملزم باشند و به عواقب تخلف از آن گردن نهند. ایشان ضمن تقسیم قانون بر مبنای منشأ آن به سه دسته استبدادی، ملی و جهانی، اعتقاد دارند که تنها قانون متکی به یک مسلک جهانی یعنی قانون اسلام است که می‌تواند قانون برتر محسوب شود؛ چراکه از جانب خداوند متعال بر پیامبر اکرم (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) و ائمه اطهار (علیهم‌السلام) نازل شده است و ایشان بر مردم جامعه اسلامی عرضه داشته‌اند و البته در زمان غیبت و عدم دسترسی به ایشان، قوانین اسلام که توسط حکومت اسلامی و با رعایت موازین شرعی و مقتضیات زمان وضع می‌شود، لازم‌الاتباع خواهند بود. حاکمیت قانون و برابری همگان در مقابل قانون از دیگر نکات برجسته در اندیشه شهید بهشتی است که ایشان همواره بر این امر تأکید داشته‌اند و در متن مورد بررسی قرار گرفت. از دید شهید بهشتی میان آزادی و قانون این نسبت برقرار است که در جامعه اسلامی آزادی‌ها با این محدودیت مواجه هستند که باید حدود آن به وسیله قانون تعیین شود و این آزادی‌ها نباید به سلامت اخلاقی جامعه صدمه‌ای وارد نماید. شهید بهشتی نام راستین نظام جمهوری اسلامی را نظام امت و امامت دانسته است که این نظام بر دو اصل مکتبی بودن و مردمی بودن استوار است. از نگاه ایشان قانون‌گذاری در این نوع نظام سیاسی، عرصه تقاطع جمهوریت و اسلامیت است، بدین نحو که تجلی مردمی بودن تقنین در انتخاب نمایندگان مجلس شورای اسلامی بر طبق اصل ۶۲ قانون اساسی بوده و تجلی مکتبی بودن تقنین در نظارت فقهای شورای نگهبان بر اسلامی بودن قوانین مصوب مجلس به‌عنوان بازوی فقهی ولی فقیه بر طبق اصول ۴ و ۹۶ قانون اساسی است و شهید بهشتی اعتقاد دارد که تدوین قوانین در نظام اسلامی، باید بر پایه اصول سه‌گانه حاکمیت اسلام، رعایت مصالح عمومی جامعه و عدالت‌محوری

تهیه و تنظیم شود.

منابع

قرآن کریم.

- احسانی، رضا و طحان نظیف، هادی (۱۳۹۶). خوانشی نو از دیدگاه‌های تحلیلی نسبت به مفهوم قانون در عصر مشروطه. پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، ۱۸(۴۵)، ۵۷-۸۰.
- احسانی، رضا و طحان نظیف، هادی (۱۳۹۷). مفهوم قانون از منظر فقه امامیه و مکتب اثبات‌گرایی حقوقی. تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق (علیه‌السلام).
- اردشیری لاجیمی، حسن (۱۳۹۰). گزیده‌ای از دیدگاه‌های شهید بهشتی. قم: نشر بوستان کتاب.
- انتشارات واحد فرهنگی بنیاد شهید (۱۳۶۱). او به تنهایی یک امت بود. ج ۱-۳، تهران: انتشارات واحد فرهنگی بنیاد شهید.
- بیکس، برایان (۱۳۹۳). فرهنگ نظریه حقوقی. ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر نی.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۶۸). ترمینولوژی حقوق. تهران: انتشارات کتابخانه گنج دانش.
- حسینی بهشتی، سیدمحمد (۱۳۶۱). بررسی و تحلیلی از جهاد، عدالت، لیبرالیسم، امامت. تهران: نشر ستاد برگزاری مراسم هفتم تیر.
- حسینی بهشتی، سیدمحمد (۱۳۸۶). ولایت، رهبری و روحانیت. تهران: نشر روزنه.
- حسینی بهشتی، سیدمحمد (۱۳۸۷). بانکداری، ربا و قوانین مالی در اسلام. تهران: نشر روزنه.
- حسینی بهشتی، سیدمحمد (۱۳۸۸). حزب جمهوری اسلامی (مواضع تفصیلی). تهران: نشر روزنه.
- حسینی بهشتی، سیدمحمد (۱۳۹۰ الف). مبانی نظری قانون اساسی. تهران: نشر بقعه.
- حسینی بهشتی، سیدمحمد (۱۳۹۰ ب). شناخت اسلام. تهران: نشر بقعه.
- حسینی بهشتی، سیدمحمد (۱۳۹۰ ج). آزادی، هرج و مرج، زورمداری. تهران: نشر بقعه.
- حسینی بهشتی، سیدمحمد (۱۳۹۰ د). حزب جمهوری اسلامی (گفتارها، گفتگوها، نوشتارها). تهران: نشر روزنه.
- حسینی بهشتی، سیدمحمد (۱۳۹۱). پیامبری از نگاه دیگر. تهران: نشر روزنه.
- حسینی بهشتی، سیدمحمد (۱۳۹۷). نظام اقتصادی در اسلام (مباحث نظری). تهران: نشر روزنه.
- حسینی بهشتی، سیدمحمد (بی‌تا). سه گفتار. بی‌جا: بی‌نا.
- داریوند، محمدصادق (۱۳۹۸). جایگاه حقوق و آزادی‌های شهروندی در منظومه فکری شهید بهشتی. نشریه حقوق بشر و شهروندی، ۴(۲)، صص. ۱۶۹-۱۹۴.

- راسخ، محمد (۱۳۹۳). حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش. تهران: نشر نی.
- سرابندی، محمدرضا (۱۳۸۶). سخنرانی‌ها و مصاحبه‌های آیت‌الله شهید دکتر سیدمحمد حسینی بهشتی. جلد ۱ و ۳، تهران: مرکز اسناد انقلاب اسلامی.
- صالحی، جواد (۱۳۹۰). ضرورت قانون برای جامعه. ماهنامه کانون، ۵۳ (۱۱۷)، صص. ۹۱-۱۰۲.
- صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (۱۳۶۴). جلد ۱ و ۲، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی.
- طحان نظیف، هادی (۱۴۰۱). صلاحیت‌های شورای نگهبان در سایه صلاحیت نظارت بر انتخابات مغفول مانده است. قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:
<https://www.shora-gc.ir/fa/news/8883>
- کدخدایی، عباسعلی و جواهری طهرانی، محمد (۱۳۹۲). کاوشی در مفهوم و اوصاف قانون. نشریه مطالعات حقوقی دولت اسلامی. ۲ (۳)، ۳۱-۹.
- مرکز مالگیری، احمد (۱۳۹۴). حاکمیت قانون، مفاهیم، مبانی و برداشتها. تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
- مصباح یزدی، محمدتقی (۱۳۹۳). حقوق و سیاست در قرآن. قم: انتشارات مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (رحمت‌الله‌علیه).
- معین، محمد (۱۳۷۱). فرهنگ فارسی. تهران: انتشارات امیرکبیر.
- مهرپور، حسین (۱۳۸۹). مختصر حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران. تهران: نشر دادگستر.
- نیکونهاد، حامد (۱۳۹۳). گزارش پژوهشی «آشنایی با مفاهیم حقوق عمومی؛ بررسی مفهوم «حاکمیت قانون»». تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
- هارت، هربرت (۱۳۹۳). مفهوم قانون. ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر نی.
- هیوود، اندرو (۱۳۹۸). کلیدواژه‌ها در سیاست و حقوق عمومی. ترجمه اردشیر امیراجمند و سیدباسم موالی‌زاده، تهران: انتشارات امیرکبیر.

تأملی بر شاخصه‌های تضمین شفافیت مربوط به نامزدها، مجری و ناظر انتخابات مجلس شورای اسلامی؛ با تأکید بر سیاست‌های کلی انتخابات

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۷/۱۳

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۲/۳۱

نوع مقاله: پژوهشی

بیژن عباسی لاهیجی*

محمدحسن باقری خوزانی**

محمدصادق فراهانی***

چکیده

امروزه شفافیت به‌عنوان یکی از شاخصه‌های حکمرانی شایسته در اغلب جنبه‌های حکمرانی، نیاز ضروری حکومت‌ها است. قطعاً شفافیت در فرایند برگزاری انتخابات، یکی از راه‌های پیمایش این مسیر به‌شمار می‌آید. بر همین اساس سنجه شفافیت در انتخابات می‌تواند از یک‌سو ناظران و مجریان انتخابات و از سوی دیگر نامزدهای انتخاباتی را دربرگیرد. در سیاست‌های کلی انتخابات به‌عنوان یک سند بالادستی، بایسته‌های نظام انتخاباتی شفاف به‌منظور اعتلای نظام انتخاباتی کشور جهت نیل به وضعیت مطلوب ترسیم شده است. بر همین مبنای این مقاله درصدد است با شیوه توصیفی تحلیلی به این پرسش پاسخ دهد که «بر اساس سنجه و معیار سیاست‌های کلی انتخابات، نواقص و خلأهای مربوط به شفافیت در نظام حقوقی کنونی حاکم بر انتخابات مجلس شورای اسلامی و راهکارهای اصلاح آن چیست؟» مبتنی بر سیاست‌های مذکور مشخص شد در حوزه شفافیت ناظر بر نامزدهای انتخاباتی، قانون‌گذار باید بر اساس مبانی نظام جمهوری اسلامی، کلیت و ابهام شرایط کیفی داوطلبان را بکاهد. همچنین اموال و دارایی‌های داوطلبان و هزینه‌های تبلیغات انتخاباتی برای عموم انتخاب‌کنندگان شفاف شود. مجری انتخابات نیز باید در فرایند رأی‌گیری و شمارش آرا سازوکارهای شفاف و اطمینان‌بخش تعیین نماید. همچنین لازم است مراجع قانونی استعلام‌شونده در رابطه با تأیید و رد صلاحیت داوطلبان پاسخ استعلامات را به موقع ارسال داشته و از تأخیر پرهیز نمایند.

واژگان کلیدی: شفافیت، انتخابات مجلس شورای اسلامی، سیاست‌های کلی انتخابات، حکمرانی شایسته، شورای نگهبان.

* دانشیار، گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران. abbasi@ut.ac.ir
** دانش‌آموخته دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق، الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران (نویسنده مسئول). mohamadhasan92@yahoo.com
*** دانشجوی دکتری حقوق عمومی، گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران. msfarahani72@ut.ac.ir

مقدمه

امروزه در نظام‌های مختلف دنیا، جهت نیل به برگزاری انتخابات عادلانه و سالم راهکارها و مؤلفه‌های مختلفی به کار گرفته شده که شفافیت را می‌توان یکی از مؤثرترین این راهکارها تلقی کرد. شفافیت کلمه‌ای عربی از ریشه «شف» است (حیدری، ۱۴۲۳ق، ص. ۳۸۸). شف به معنای ظریف و روشن بودن است (آذرنوش، ۱۳۸۶، ص. ۳۳۶). شفاف در لغت به هر چیز لطیف و نازک گفته می‌شود که اشیاء دیگر از پشت آن نمایان باشد (عمید، ۱۳۸۳، ص. ۷۹۷). در اصطلاح نیز سازمان شفافیت بین‌الملل، «شفافیت» را تمهید جواز دسترسی به اطلاعات به صورت قابل فهم به ذی‌نفعان جهت ارتقای مشارکت ایشان تعریف نموده است.^۱ در عرصه قدرت، شفافیت عمدتاً به‌عنوان شاخصی از کیفیت سیاست و حکمرانی لحاظ می‌شود (حبیب‌نژاد و عامری، ۱۳۹۵، ص. ۱۳۰). امروزه هم سیاستمداران و هم شهروندان، خواهان شفاف‌سازی بیشتر امور هستند؛ زیرا تقریباً راه‌حل برخورد با هر گونه فساد در نظام سیاسی را شفاف‌سازی برای عموم می‌دانند (بخشایش اردستانی و دشتی، ۱۳۹۲، ص. ۶۸).

انتخابات نیز که موجه‌ترین و مشروع‌ترین ابزار رسیدن به قدرت و رایج‌ترین شیوه کاربست اراده عمومی در نظام‌های مردم‌سالار است یک رابطه چندسویه بوده و ذی‌نفعان مختلفی اعم از نامزدها، احزاب و رأی‌دهندگان را شامل می‌شود. بر همین اساس فرایند برگزاری آن باید از رویه‌های شفاف پیروی نموده تا منجر به تأمین حقوق همه ذی‌نفعان شود. به عبارت دیگر نظام انتخاباتی شفاف، عملکردها و تصمیم‌های اتخاذ شده را در معرض دید مشارکت‌کنندگان و عموم مردم قرار می‌دهد و کمک می‌نماید تا عاملان دخیل در روند انتخابات، مسئول عملکردهای خود شناخته شوند و گردانندگان انتخابات، مسئولیت تصمیم‌های اتخاذ شده در جریان برگزاری انتخابات را به‌خوبی عهده‌دار شوند.

لازم به ذکر است مراد از شفافیت در انتخابات، شفافیت در آرای شرکت‌کنندگان در انتخابات نمی‌باشد. کماینکه در اصل ۶۲ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران تصریح

۱. قابل دسترسی در نشانی زیر:

شده است نمایندگان ملت با رأی مخفی انتخاب می‌شوند؛ بنابراین مخفی بودن رأی و حفظ حریم خصوصی رأی‌دهندگان جزء محدودیت‌های شفافیت در انتخابات است. با تتبع و بررسی در سیاست‌های کلی انتخابات به‌عنوان یک سند بالادستی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، می‌توان مؤلفه‌های نظام انتخاباتی شفاف را به شکل مستقیم و غیرمستقیم استنتاج نمود. برخی از مؤلفه‌های بیان شده در سیاست‌های مذکور ناظر به نامزدها و برخی دیگر متوجه مجریان و ناظران انتخابات است. شفافیت ناظر بر ابعاد مرتبط با نامزدها شامل شرایط انتخاب‌شوندگی، اموال و دارایی و هزینه‌های تبلیغات و فعالیت‌های انتخاباتی بوده، همچنین بهره‌گیری از فناوری‌های نوین و اتخاذ سازکارهای شفاف در أخذ و شمارش آراء و اعلام نتایج متوجه مجری انتخابات است. مؤلفه‌های شفافیت در عملکرد نهاد ناظر بر انتخابات نیز می‌تواند شامل پاسخگویی شفاف، مستند، مکتوب و به موقع در خصوص دلایل رد صلاحیت داوطلبان باشد. درخصوص موضوع نوشتار حاضر، پژوهش‌هایی که تاکنون صورت گرفته غالباً ناظر به شفافیت در هزینه‌های تبلیغاتی نامزدهای انتخاباتی مجلس شورای اسلامی بوده است؛ لذا جامعیت این پژوهش نسبت به آثار مشابه و توجه آن به تطبیق ملاک‌های مورد اشاره با سیاست‌های کلی ابلاغی مقام رهبری، وجه بدیع بودن آن را توجیه می‌کند. برای تحصیل مقصود در این پژوهش، سعی شده تا اولاً، معیارهای شفافیت ناظر به هر سه ساحت پیش گفته تحلیل و بررسی شود و ثانیاً، با توجه به مفاد سیاست‌های کلی انتخابات، قوانین مربوط به انتخابات مجلس شورای اسلامی مورد آسیب‌شناسی قرار گیرد. در پایان نیز در صورت عدم انطباق قوانین با سیاست‌های مذکور، پیشنهادی اصلاحی ارائه شده است. براین اساس در بند اول شفافیت در ارتباط با نامزدهای انتخابات، در بند دوم اصل شفافیت در عملکرد مجری انتخابات و در بند سوم شفافیت در عملکرد نهاد ناظر با شیوه توصیفی تحلیلی مورد تحلیل و ارزیابی قرار گرفته است.

۱. شفافیت ناظر بر نامزدهای انتخابات

شفافیت ناظر بر ابعاد مرتبط با نامزدهای انتخاباتی می‌تواند شامل شفافیت در شرایط

انتخاب‌شوندگی، شفافیت اموال و دارایی و شفافیت در هزینه‌های تبلیغات و فعالیت‌های انتخاباتی باشد که در ذیل هر یک از آنها مورد تحلیل و ارزیابی قرار گرفته است.

۱-۱. شفافیت شرایط نامزدهای انتخابات مجلس شورای اسلامی

امروزه دولت‌ها برای انتخاب‌شوندگان شرایط سخت‌تری را در مقایسه با انتخاب‌کنندگان در نظر می‌گیرند و این شرایط به تناسب اهمیت نمایندگی موضوع انتخاب، متغیر است (تقی‌زاده، ۱۳۸۵، ص. ۵۸). بدیهی است که هر کسی شایستگی نامزدی انتخابات را نداشته و وضع برخی شروط به‌منظور تشخیص واجدین شرایط، امری ضروری است (فتاحی زفرقندی، ۱۳۹۷، ص. ۳۰). به‌طورکلی باید گفت شرایط نامزدها باید به نحوی روشن، شفاف، عینی و کمی باشد که نهاد ناظر بر انتخابات در مقام بررسی آنها دچار برداشت‌ها و سلیقه‌های گوناگون نگردد. قانون‌گذار اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصل ۶۲^۱ قانون اساسی، تعیین شرایط انتخاب‌شوندگان را به «قانون» احاله داده است. علی‌رغم اطلاق تعیین شرایط انتخاب‌شوندگان به وسیله «قانون» در اصل ۶۲، صلاحیت مجلس شورای اسلامی با برخی از اصول قانون اساسی از جمله اصول ۳ و ۶۷ مقید شده است. به موجب بند (۱) اصل ۳ قانون اساسی، دولت جمهوری اسلامی ایران موظف است که برای نیل به اهداف مذکور در اصل ۲، همه امکانات خود را برای ایجاد محیط مساعد برای رشد فضایل اخلاقی بر اساس «ایمان» و «تقوی» و «مبارزه با کلیه مظاهر فساد و تباهی» به‌کار گیرد. مسلماً دستیابی به این مهم جز با به‌کارگیری کارگزاری در تراز آرمان‌ها و اهداف ترسیم‌شده در قانون اساسی میسر نیست. اصل ۶۷ قانون اساسی که مفاد آن ناظر بر سوگند نمایندگان در نخستین جلسه مجلس شورای اسلامی است، در مقام بیان برخی از شرایط مهم برای تصدی نمایندگی مجلس برآمده است. به‌عبارت‌دیگر اگرچه در این اصل تصریحی مبنی بر شرایط انتخاب‌شوندگان نمایندگی مجلس وجود ندارد، اما با عنایت به برخی از

۱. اصل ۶۲: «مجلس شورای اسلامی از نمایندگان ملت که به‌طور مستقیم و با رأی مخفی انتخاب می‌شوند تشکیل می‌گردد. شرایط انتخاب‌کنندگان و انتخاب‌شوندگان و کیفیت انتخابات را قانون معین خواهد کرد.»

عبارت‌های سوگندنامه به‌خوبی می‌توان دریافت که چه کسانی صلاحیت و شایستگی نمایندگی مجلس شورای اسلامی در نظام جمهوری اسلامی ایران را دارا می‌باشند. «عدالت»، «امانت‌داری»، «تقوا»، «داشتن روحیه خدمتگزاری به مردم»، «تأمین مصالح عمومی جامعه» و «دفاع از قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران» از جمله شرایطی است که می‌توان از متن سوگندنامه به‌عنوان شرایط انتخاب‌شوندگان برداشت نمود. شورای نگهبان نیز اصول پیش‌گفته را در نظرات خود مورد توجه قرار داده است؛ به‌عنوان نمونه در لایحه «اصلاح قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی» مصوب جلسه مورخ ۱۳۸۱/۱۲/۱۴ مجلس شورای اسلامی مقرر شده بود: داوطلبان هنگام ثبت‌نام باید «مسلمان» باشند^۱ که شورای نگهبان اطلاق اکتفا به شرط مسلمان بودن برای نمایندگی مجلس شورای اسلامی را مغایر بند ۱ اصل ۳ و اصل ۶۷ قانون اساسی اعلام نمود.^۲ علاوه بر اصول ذکر شده از قانون اساسی، یکی دیگر از اسناد بالادستی که قانون‌گذار عادی در تعیین شرایط انتخاب‌شوندگان باید توجه کند، سیاست‌های کلی انتخابات ابلاغی ۱۳۹۵/۰۷/۲۴ است. در این سیاست‌ها نیز معیارهایی در ارتباط با شرایط انتخاب‌شوندگان مقرر شده است. مستنبط از بند ۱۰ این سیاست‌ها، قانون‌گذار عادی باید شرایطی را در قانون برای داوطلبان مقرر نماید که شایسته‌گزینی را ارتقا داده و داوطلبانی بتوانند بر کرسی نمایندگی مجلس شورای اسلامی تکیه زنند که در تراز نظام جمهوری اسلامی باشند؛ این امر زمانی محقق خواهد شد که:

اولاً، قانون‌گذار عادی شرایطی را برای داوطلبان نمایندگی مجلس شورای اسلامی تعیین نماید که دارای معیارها و شاخص‌های «دقیق» باشد؛

ثانیاً، این شرایط باید در چارچوب قانون اساسی باشد؛

۱. لایحه اصلاح قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی مصوب جلسه مورخ ۱۳۸۱/۱۲/۱۴ مجلس شورای اسلامی. در این مصوبه مقرر شد بود: «... ماده ۱۱- ماده ۲۸ قانون مذکور و تبصره‌های آن به شرح زیر اصلاح می‌شود:

ماده ۲۸- داوطلبان هنگام ثبت‌نام باید دارای شرایط زیر باشند: ۱- مسلمان بودن؛ ۲- ابراز وفاداری به قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در فرم ثبت‌نام؛ ۳-...».

۲. نظر شماره ۸۲/۳۰/۲۷۱۲ مورخ ۱۳۸۲/۱/۱۱ شورای نگهبان.

ثالثاً، شرایطی باشد که مبتنی بر کارآمدی علمی و جسمی باشد؛
رابعاً، تعیین شرایط انتخاب‌شوندگی متناسب با مسئولیت‌های اصلی نمایندگان یعنی
قانون‌گذاری و نظارت باشد؛
خامساً، این شروط دربرگیرنده تعهد به اسلام، انقلاب و نظام اسلامی و قانون اساسی
به‌ویژه التزام به ولایت فقیه باشد؛

سادساً، سلامت اقتصادی و اخلاقی انتخاب‌شوندگان را تضمین نماید.^۱
همچنین تعیین شرایط باید منجر به حسن اجرای وظایف نمایندگی شده^۲ و درنهایت به
عموم انتخاب‌کنندگان کمک نماید تا اشخاص «اصلح» انتخاب شوند.^۳ در حال حاضر به
موجب ماده (۲۸) قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی، نامزدهای انتخابات باید
شرایط ذیل را داشته باشند: اعتقاد و التزام عملی به اسلام، التزام عملی به نظام مقدس
جمهوری اسلامی ایران، تابعیت کشور جمهوری اسلامی ایران، ابراز وفاداری به قانون
اساسی و اصل مترقی ولایت مطلقه فقیه، داشتن مدرک تحصیلی کارشناسی ارشد یا
معادل آن، نداشتن سوء شهرت در حوزه انتخابیه، سلامت جسمی در حد برخوردار از
نعمت بینایی، شنوایی و گویایی و حداقل سن سی سال تمام و حداکثر هفتاد و پنج سال
تمام. با دقت در شرایط مذکور می‌توان دریافت به جز برخی از شرایط کمی و عینی
(سن، تابعیت، مدرک تحصیلی)، مابقی شرایط از جمله اعتقاد و التزام عملی به اسلام،
ساحت کیفی داشته و قابل تفسیر است. همان‌طور که ذکر شد تعیین برخی شروط کیفی
برای داوطلبان انتخابات مجلس مانند اعتقاد و التزام عملی به اسلام و نظام جمهوری
اسلامی و ولایت فقیه، منبعث از قانون اساسی است و قانون‌گذار عادی باید شروط
مذکور را شفاف نماید. یکی از چالش‌های این شرایط در قانون فعلی انتخابات، کلی و
مبهم بودن آنها است؛ به‌عنوان مثال، سوء شهرت، شرطی کلی و دارای ابهام است و لازم
است در قانون تبیین شود. به نظر می‌رسد ملاک اولیه سوء شهرت ناظر به موارد منکر،
تخلفات و جرایم است اما با توجه به مقصود قانون‌گذار، قلمرو سوء شهرت محدود به

۱. همان، بند (۱-۱۰).

۲. همان، بند (۱۳).

۳. همان، بند (۸).

وظایف نمایندگی نیست و اتصاف داوطلب نمایندگی به هر گونه وصف و رفتار سوء در حوزه‌هایی نظیر حوزه‌های مالی، اخلاقی، سیاسی و اقتصادی وی را مشمول این شرط می‌کند. اطلاق عبارت «نداشتن سوء شهرت در حوزه انتخابیه» و توجه به جایگاه و شأن نماینده مجلس و البته نهاد نمایندگی گویای این موضوع است. همچنین سوء شهرت الزاماً به معنای داشتن سوء پیشینه کیفری نیست. سوء شهرت می‌تواند ناظر به آن دسته از عناوین بندهای ماده ۳۰ قانون انتخابات مجلس باشد که هنوز در مراجع قضایی به اثبات نرسیده‌اند و در عین حال مردم حوزه انتخابیه آن داوطلب، فعل مزبور را به عنوان یک وصف سوء تلقی می‌کنند.

همچنین التزام عملی به اسلام، دارای تعاریف متفاوتی است و این شرط، مفهومی تشکیکی و دارای مراتب است؛ کما اینکه در کتاب‌های فقهی نیز از مفهوم نزدیک به آن یعنی عدالت تعاریف مختلفی ارائه شده است و در این خصوص میان فقها اختلاف نظر وجود دارد (عمید زنجانی، ۱۳۸۶، صص. ۹۰-۹۵). لازم به ذکر است اگرچه شروط کیفی را در ماهیت نمی‌توان با معیارهای تماماً کمی و شفاف بیان کرد، ولی قانون‌گذار می‌تواند با استفاده از روش‌های مبتنی بر مبانی نظام جمهوری اسلامی، کلیت و ابهام شرایط را بکاهد و حقوق و تکالیف مراجع انتخاباتی و داوطلبان را به نحو مطلوب‌تری تضمین کند (طحان نظیف و قلیچ‌پور، ۱۴۰۰، ص. ۳۹).

۲-۱. شفافیت اموال و دارایی نامزدهای انتخابات مجلس شورای اسلامی

شفافیت اموال و دارایی‌های نامزدهای انتخابات، از دو بُعد اهمیت دارد: اولاً، با اعلام عمومی میزان اموال و دارایی و درآمدهای هر نامزد، مردم شناخت بهتری نسبت به وی پیدا کرده و از خاستگاه اجتماعی و نوع نگاه او به مسائلی نظیر ثروت‌اندوزی، اشرافیت‌گرایی و رسیدگی به محرومان آگاه خواهند شد؛ ثانیاً، با ثبت این اموال و دارایی و مقایسه آنها در ابتدا و انتهای دوره تصدی مسئولیت، گام بزرگی در راه مبارزه با فساد و مال‌اندوزی مسئولان برداشته شده و از سوءاستفاده افراد از جایگاه‌های حاکمیتی جلوگیری خواهد شد.

در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران به موجب اصل ۱۴۲ قانون اساسی، دارایی

رهبر، رئیس جمهور، معاونان رئیس جمهور، وزیران و همسر و فرزندان آنان توسط رئیس قوه قضائیه، قبل و بعد از خدمت آنان مورد رسیدگی قرار گرفته تا بر خلاف حق افزایش نیافته باشد. علی‌رغم تأکید چندباره شورای نگهبان بر استثنایی بودن مفاد اصل ۱۴۲ و حصری بودن مقامات مندرج در آن^۱ و شائبه مغایرت تسری حکم مندرج در این اصل به نامزدهای انتخابات مجلس شورای اسلامی با اصول دیگر قانون اساسی همچون اصول ۲۲، ۲۵، ۳۷ و ۴۷ باید گفت ادله‌ای چون غلبه دیدگاه تمثیلی بودن مقامات بر دیدگاه حصری بودن آنها در مشروح مذاکرات مربوط به اصل در سال ۱۳۵۸، بنیان‌های استوار شرعی پیشگیری از تخلف و فساد کارگزاران نظام اسلامی، امکان قیاس اولویت و تعبیر مفاد اصل ۱۴۲ به تأکید بر «اولویت» و نه «انحصار»^۲ اعلام دارایی اموال نامزدهای انتخابات مجلس شورای اسلامی به شکل قانونمند برای مردم قابل توجیه می‌نماید.

سیاست‌های کلی انتخابات نیز به شکل مستقیم و غیرمستقیم، ضرورت قانون‌گذاری توسط مجلس شورای اسلامی را در این حوزه نمایان می‌سازد؛ از جمله این موارد می‌توان به ارتقاء سطح شناخت و آگاهی به‌منظور افزایش مشارکت و حضور آگاهانه و با نشاط مردم و کمک به انتخاب اصلاح، ارتقاء شایسته‌گزینی همراه با زمینه‌سازی مناسب در انتخاب داوطلبان تراز شایسته جمهوری اسلامی ایران، تعیین دقیق معیارها و شاخص‌ها و شرایط عمومی و اختصاصی داوطلبان در چارچوب قانون اساسی و

۱. ملاحظه کنید نظرات این شورا در خصوص «لایحه احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور»، «طرح رسیدگی به دارایی مقام‌ها، مسئولان و کارگزاران نظام جمهوری اسلامی ایران»، «لایحه ارتقاء سلامت نظام اداری و مقابله با فساد» و «طرح نحوه اعمال نظارت بر کاهش هزینه‌های غیرضرور و جلوگیری از تجمل‌گرایی» قابل دسترسی در نشانی زیر:

<http://nazarat.shora-rc.ir/Forms/frmKolNazar.aspx?TableNames=&Onvan=&MozooKol=&Dore=&ShomareName=&ShomareNameNazar=&AzNameShoraNazarDate=&TaNameShoraNazarDate=&NatijeNazar=&MatnNazarKol=&NatijeNazarGhanooni=%d8%a7%d8%b5%d9%84-%d9%8a%d9%83%d8%b5%d8%af-%d9%88-%da%86%d9%87%d9%84-%d9%88-%d8%af%d9%88%d9%85&>

۲. جهت مشاهده تفصیلی ادله مذکور رک: مرادخانی، فردین و صباغی ولاشانی، ابراهیم (۱۴۰۱). نقدی بر نظر شورای نگهبان در مورد توسعه مقامات مذکور در اصل ۱۴۲ قانون اساسی. فصلنامه حقوق اداری، (۳۰)، صص.

سلامت اخلاقی و اقتصادی توسط نامزدهای انتخابات اشاره کرد.^۱ در سال‌های اخیر نیز یکی از دلایل و مستندات مهم شورای نگهبان برای رد صلاحیت نامزدهای انتخابات مجلس که در دوره‌های قبل نماینده مجلس بوده‌اند، فسادهای گسترده اقتصادی و مالی آنها بوده است؛ به‌عنوان مثال، در یازدهمین دوره انتخابات مجلس شورای اسلامی، صلاحیت ۹۰ نفر از نامزدهای انتخابات که در مجلس دهم حضور داشتند، به دلیل مسائل مالی و اقتصادی رد شد.^۲

۳-۱. شفافیت هزینه‌های تبلیغات انتخاباتی نامزدهای مجلس

صرف هزینه‌های تبلیغات انتخاباتی نیازمند قواعد و مقرراتی است که این قواعد و مقررات در کشورهای مختلف متفاوت بوده و به‌طور کلی سه هدف اصلی را دنبال می‌کند: ۱- محدودیت در صرف هزینه‌ها؛ ۲- محدود نمودن کمک‌های مالی به رقابت‌های انتخاباتی؛ ۳- تنظیم قواعد و سازکارهایی برای اعلام و افزایش شفافیت هزینه‌ها (افوسو - اماه؛ امین و آپرتی، ۱۳۸۴، ص. ۴۹). مدیریت صحیح تأمین مالی هزینه انتخابات بر توانایی کشورها برای برگزاری انتخابات آزاد به شکل مؤثر و عادلانه، حکمرانی مؤثر و تنظیم فساد تأثیرگذار است (Ohman & Zainulbhai, 2009, p. 15). در ارتباط با نظارت بر هزینه‌های انتخاباتی در نظام انتخاباتی ایران باید بیان کرد مطابق با بند (۴) سیاست‌های کلی انتخابات، اولاً، حدود و نوع هزینه و منابع مجاز و غیرمجاز انتخاباتی باید مشخص شود؛ ثانیاً، احزاب و نامزدهای انتخاباتی ملزم به شفافیت‌سازی منابع مالی هزینه انتخاباتی خود هستند؛ ثالثاً، منابع تأمین مالی انتخابات باید گزارش شود و مقامات صلاحیت‌دار نیز باید نظارت دقیق بر آن داشته باشند؛ رابعاً، با تخلفات مالی نامزدها و احزاب سیاسی برخورد شود. همچنین در بند ۶ سیاست‌های مذکور، هر نوع تأمین مالی هزینه انتخاباتی از طریق بیگانگان ممنوع شده است. در خصوص شفافیت هزینه‌های تبلیغات و فعالیت‌های انتخاباتی مجلس، باید گفت تا پیش از تصویب «قانون شفافیت و نظارت بر تأمین مالی فعالیت‌های انتخاباتی در انتخابات مجلس شورای

۱. بندهای ۸، ۱۰ و ۱۳ سیاست‌های کلی انتخابات.

۲. مصاحبه سخنگوی شورای نگهبان؛ دکتر کدخدایی. قابل دسترسی در:

اسلامی» در سال ۱۳۹۸، مقرره‌های پراکنده‌ای در ارتباط با تبلیغات نامزدها و برخی از محدودیت‌های آن پیش‌بینی شده بود که از جمله آنها می‌توان به تبصره ۲ (الحاقی) (۱۳۸۶/۱۲/۱) ماده ۵۷،^۱ ماده ۶۳^۲ (اصلاحی ۱۳۷۸/۱۰/۱۳) و ماده ۵۹^۳ قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی اشاره کرد. در ماده ۳ «قانون شفافیت و نظارت بر تأمین مالی فعالیت‌های انتخاباتی در انتخابات مجلس شورای اسلامی»، منابع مالی تأمین هزینه انتخاباتی، ممنوعیت‌ها و همچنین سقف هزینه انتخاباتی تعیین شده است.^۴ نکته قابل توجه در این ماده این است که به درستی کمک‌های اشخاص حقوقی (به جز احزاب) به‌عنوان منابع تأمین مالی فعالیت‌های انتخاباتی نامزدها شناخته نشده است؛ اهمیت این مسئله به این دلیل است که می‌توان از آن به‌عنوان پوششی برای ارائه کمک‌های غیرقانونی توسط اشخاص حقوقی به نامزدها بهره برد. در واقع شخصیت اشخاص حقوقی مستقل از شخصیت اداره‌کنندگان آن می‌باشد و این امکان وجود دارد که اشخاص حقیقی در لوای اشخاص حقوقی اقدام به ارائه کمک‌هایی نمایند و هیچ‌گونه مشخصه‌ای از اشخاص حقیقی مزبور در فرایند شفافیت تأمین مالی هزینه‌های انتخاباتی وجود نداشته باشد.

۱. ماده ۵۷: «استفاده از هر گونه پلاکارد، پوستر، دیوارنویسی و کاروان‌های تبلیغاتی و... از طرف نامزدهای انتخاباتی و طرفداران آنان ممنوع می‌باشد.»

۲. ماده ۶۳ (اصلاحی ۱۳۷۸/۱۰/۱۳): «ستادهای تبلیغات انتخاباتی تنها در مراکز بخش‌ها، شهرها و شهرستان‌ها دایر می‌گردد...»

۳. ماده ۵۹: «انجام هر گونه فعالیت تبلیغاتی از تاریخ اعلام رسمی اسامی نامزدها برای نامزدهای نمایندگی مجلس از صداوسیما و میز خطابه نمازجمعه و یا هر وسیله دیگری که جنبه رسمی و دولتی دارد و... سازمان‌های وابسته به آنها و نهادها و مؤسسه‌هایی که از بودجه عمومی (به هر مقدار) استفاده می‌کنند و همچنین در اختیار گذاشتن وسایل و امکانات مزبور ممنوع بوده و مرتکب مجرم شناخته می‌شود.»

۴. ماده ۳: «امکانات و منابع قانونی تأمین مالی تبلیغات و فعالیت‌های انتخاباتی نامزدهای انتخابات، اعم از نقدی و غیرنقدی و مستقیم و غیرمستقیم منحصرأ شامل موارد زیر است:

۱- اموال و دارایی شخصی نامزد؛

۲- کمک‌های احزاب و گروه‌های سیاسی؛

۳- کمک‌های اشخاص حقیقی ایرانی؛

۴- منابع و امکانات عمومی که مطابق این قانون و سایر قوانین مرتبط استفاده از آن برای انجام فعالیت‌ها و تبلیغات انتخاباتی مجاز است، از قبیل سالن‌های اجتماعات، جایگاه‌های نصب تبلیغات، امکانات و رسانه‌های صوتی و تصویری در فضای مجازی؛...»

مطابق بند ۴ ماده مذکور، استفاده از امکانات دولتی در حدود مقررات این قانون و سایر قوانین و مقررات مجاز تلقی شده است. با این حال مصادیق مرتبط با کمک دولتی به نامزدهای انتخابات مجلس شورای اسلامی در این قانون مشخص نشده است. مطابق ماده ۱۵ این قانون حداکثر هزینه انتخاباتی هر نامزد، متناسب با پراکندگی جمعیت محدوده جغرافیایی و نیز کرسی‌های نمایندگی حوزه انتخابیه، با پیشنهاد وزیر کشور و تأیید هیئت مرکزی نظارت تعیین می‌شود. درخصوص سقف کمک به نامزدهای انتخاباتی از سوی اشخاص حقیقی، به موجب تبصره ۴ ماده ۵، هر شخص حقیقی حداکثر به میزان ۲۰ درصد سقف هزینه‌های یک نامزد که مطابق صدر ماده ۵ تعیین می‌شود، می‌تواند کمک کند؛ اما هیچ سقفی برای کمک احزاب و گروه‌های سیاسی تعیین نشده است. بر اساس ماده ۷ این قانون نیز «داوطلبان موظفند حسابی را جهت واریز، برداشت و هر گونه نقل و انتقال وجوه و منابع نقدی مربوط به هزینه‌های انتخاباتی، نزد یکی از بانک‌های دارای مجوز از بانک مرکزی، تعیین یا افتتاح و هنگام ثبت‌نام و یا درخواست مجوز توسط احزاب، شماره و مشخصات آن و گواهی بانک مربوطه را در این خصوص ارائه دهند...»؛ در ارتباط با این ماده نیز باید بیان کرد از جمله ابزارهایی که باعث می‌شود احکام یاد شده در این قانون قابل نظارت باشد، تمرکز وجوه مربوط به منابع مالی در حسابی خاص است. ماده حاضر سعی نموده تا حد ممکن چنین امکانی را فراهم آورد. البته در صدر ماده صرفاً به تکلیف نامزدها در این خصوص اشاره شده است؛ ولی در ذیل ماده درخواست مجوز توسط احزاب نیز منوط به ارائه گواهی مربوطه در این خصوص شده است. در این رابطه مناسب بود در صدر ماده نیز به احزاب اشاره می‌شد. در نهایت باید گفت اگرچه قانون مذکور نخستین تجربه قانون‌گذاری در ایران در زمینه شفافیت و نظارت بر تأمین مالی فعالیت‌های انتخاباتی است و این اقدام مجلس در جهت اجرایی نمودن سیاست‌های کلی انتخابات را می‌توان مثبت تلقی نمود، اما شایان توجه است محدودیت‌ها و ممنوعیت‌ها در خصوص هزینه‌های انتخاباتی تنها در صورتی مؤثر است

۱. ماده ۵: «حداکثر هزینه هر نامزد انتخاباتی، در هر دوره انتخابات متناسب با پراکندگی جمعیت، محدوده جغرافیایی و تعداد کرسی‌های هر حوزه انتخابیه با پیشنهاد وزارت کشور به تأیید هیئت مرکزی نظارت می‌رسد.»

که مقررات مناسبی در زمینه افشا و همچنین اجرای کارآمد آنها وجود داشته باشد. بدون افشای کامل هزینه‌های انتخاباتی برای عموم، امکان نظارت و اجرایی کردن ممنوعیت‌ها و محدودیت‌های مرتبط با هزینه‌های انتخاباتی وجود ندارد (اکبری؛ هاشمی و رستمی، ۱۴۰۱، ص. ۱۰۱). برخی از مواردی که می‌تواند در جهت ارتقای قانون فوق‌الذکر مد نظر قانون‌گذار قرار گیرد عبارت هستند از:

۱- پیش‌بینی کمک دولت به انتخابات، شامل نحوه تخصیص یارانه‌های دولتی به احزاب و نامزدهای انتخاباتی و کمک‌های غیرمستقیم دولتی. لازم به ذکر است این کمک‌ها و یارانه‌ها که عموماً با هدف ارتقای کیفیت انتخابات و صیانت از منفعت عمومی شهروندان صورت می‌پذیرد، باید به میزان برابر به همه نامزدها و یا احزاب تخصیص پیدا کند و به‌گونه‌ای باشد که آزادی و سلامت انتخابات را تحت‌الشعاع خود قرار ندهد.

۲- شفاف نمودن هزینه‌های انتخاباتی برای عموم مردم؛

۳- اگرچه به موجب ماده ۱۱ این قانون، در صورت عدم رعایت احکام این قانون ضمانت اجرا پیش‌بینی شده، اما ضروری است در راستای اجرایی نمودن بند ۱۳ سیاست‌های کلی انتخابات، ضمانت اجرای مذکور را به دوران نمایندگی نیز تسری داد. به عبارت دیگر لازم است پیش‌بینی شود در صورتی که در دوران نمایندگی کشف شود نماینده‌ای در ایام انتخابات از قانون مورد بحث تخطی نموده است، مجازات شود.

۲. شفافیت ناظر بر عملکرد مجری انتخابات

مجری انتخابات نقش به‌سزایی در جهت حداکثرسازی شفافیت در فرایند آخذ و شمارش آرای انتخاب‌کنندگان را دارد که در ذیل راهکارهای آن ارائه شده است.

۱. ماده ۱۱: «تخلف از مفاد این قانون و انجام هر گونه هزینه تبلیغاتی و انتخاباتی برخلاف احکام آن جرم است و مرتکب به یکی از مجازات‌های تعزیری درجه شش به استثنای مجازات حبس محکوم می‌شود و...».

۲. ماده ۱۳: «تعیین سازوکار لازم برای حسن اجرای وظایف نمایندگی، رعایت قسم‌نامه، جلوگیری از سوءاستفاده مالی، اقتصادی و اخلاقی و انجام اقدام‌های لازم در صورت زوال یا کشف فقدان شرایط نمایندگی مجلس در منتخبان.»

۲-۱. شفافیت در شیوه أخذ و شمارش آرا

یکی از مهم‌ترین و اصلی‌ترین بخش‌های انتخابات روز رأی‌گیری است. از این رو مدیریت اجرایی انتخابات در فرایند رأی‌گیری و شمارش آنها دارای تکالیف بسیار مهمی است و مشروعیت و اعتبار انتخابات و حفظ حقوق سیاسی و انتخاباتی در گرو مدیریت کارآمد و مؤثر این روز است (خسروی، ۱۳۸۷، ص. ۲۵۰). شفافیت در رأی‌گیری و شمارش آرا یکی از مهم‌ترین مؤلفه‌های حفظ اعتماد عموم شرکت‌کنندگان در انتخابات و جلوگیری از تخلفات و جرایم انتخاباتی به منظور افزایش سلامت آن است؛ به عنوان مثال در صورتی که فرایند رأی‌گیری به نحوی باشد که مشخص نباشد شخص چندبار در فرایند رأی‌گیری شرکت کرده است، فرد رأی‌دهنده می‌تواند چندبار رأی خود را به صندوق اندازد و زمینه پیروزی انتخاب‌شونده را به نحو تقلب فراهم سازد. در حال حاضر به موجب ماده ۶۶ قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی، رأی‌دادن بیش از یک بار جرم-انگاری شده و چنانچه وقوع این جرم موجب گردد که جریان انتخابات در یک یا چند شعبه ثبت‌نام و أخذ رأی از مسیر قانونی خود خارج شود و در نتیجه کلی انتخابات مؤثر باشد، مراتب وسیله وزارت کشور به منظور طرح در شورای نگهبان به هیئت مرکزی نظارت اعلام می‌گردد. مستفاد از بندهای (۱۱) و (۱-۱۱) سیاست‌های کلی انتخابات، تأمین سلامت انتخابات، جلب مشارکت حداکثری و تأمین حقوق داوطلبان و رأی‌دهندگان در بستر «تعیین سازوکارهای شفاف و اطمینان‌بخش» در فرایند رأی‌گیری و شمارش آرا خواهد بود. در بند (۱۵) سیاست‌های مذکور نیز مقرر شده است «پاسداری از آزادی و سلامت انتخابات و حق انتخاب آزادانه افراد و صیانت از آراء مردم به عنوان حق الناس» و «رعایت کامل بی‌طرفی از سوی مجریان و ناظران» که همگی می‌تواند در گرو شفاف‌سازی فرایند أخذ رأی و شمارش آن باشد. در زمینه شفافیت فرایند رأی‌گیری پیشنهاد نصب و استفاده از دوربین در شعب أخذ رأی در کشف و پیشگیری از فساد می‌تواند کارآمد باشد.

۲-۲. بهره‌گیری از فناوری‌های نوین در انتخابات

امروزه گسترش استفاده از فناوری‌های پیشرفته، زمینه بهبود فرایند انتخابات را فراهم

کرده است؛ به همین دلیل در سال‌های اخیر، دست‌اندرکاران انتخابات به شکل گسترده‌ای به انتخابات الکترونیکی توجه کرده‌اند (زرافشان و حسینی‌پور، ۱۳۹۴، ص. ۱۰). در بند (۱۲) سیاست‌های کلی انتخابات مقرر شده است: «بهره‌گیری از فناوری‌های نوین در جهت حداکثرسازی شفافیت، سرعت و سلامت در آخذ و شمارش آراء و اعلام نتایج». قبل از ابلاغ این سیاست‌ها در تاریخ ۱۳۹۵/۷/۲۴ و تأکید بر بهره‌گیری از فناوری‌های نوین در جهت حداکثرسازی شفافیت، در تبصره‌های (۶) و (۷) (اصلاحی ۱۳۹۵/۳/۳) و تبصره (۸) (الحاقی ۱۳۹۵/۳/۳) ماده ۹ قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۷۸/۹/۷، استفاده از روش‌ها و فناوری‌های نوین در برگزاری انتخابات پیش‌بینی شده بود. با وجود این تأکید مجدد آن در سیاست‌های مذکور نشان از اهمیت موضوع دارد. نکات قابل توجه در ارتباط با تبصره‌های پیش‌گفته آن است که در تبصره (۶) بدون اینکه به ملزومات انتخابات الکترونیکی و همچنین شاخصه‌های آن توجه شود، به صورت کلی به نوین‌سازی شیوه‌های آخذ رأی و شمارش آراء اشاره شده است. همچنین در تبصره (۷) در خصوص حوزه شمول استفاده از فناوری‌های نوین در «تمام مراحل انتخابات»، مشخص نیست چگونه با این حکم کلی و براساس چه ضوابطی می‌توان از روش‌ها و فناوری‌های نوین استفاده کرد؛ چراکه همه فرایندهای مربوط به برگزاری انتخابات، از زمان دستور شروع انتخابات تا نحوه ثبت نام و رأی‌گیری و شمارش و اعلام نتایج، در قوانین و مقررات انتخاباتی به صورت دقیق مشخص شده است و هم‌اکنون این فرایندها در قوانین و مقررات مربوط، مطابق شیوه دستی تنظیم

۱. تبصره ۶ (اصلاحی ۱۳۹۵/۳/۳): «وزارت کشور موظف است ظرف مدت شش ماه از زمان تصویب این قانون، نسبت به نوین‌سازی شیوه‌های آخذ رأی و شمارش آراء، به منظور دقت، سلامت و نظارت بهتر در آخذ، شمارش و اعلام نتایج و همین‌طور استانداردسازی صندوق‌های آخذ رأی در حدود اعتبارات مصوب و پس از تأیید شورای نگهبان اقدام نماید.»

۲. تبصره ۷ (اصلاحی ۱۳۹۵/۳/۳): «وزارت کشور موظف است با هماهنگی و موافقت شورای نگهبان تمام مراحل انتخابات را در حدود اعتبارات مصوب با استفاده از روش‌ها و فناوری‌های نوین برگزار کند.»

۳. تبصره ۸ (اصلاحی ۱۳۹۵/۳/۳): «در انتخابات الکترونیکی با تأیید شورای نگهبان از امضاهای الکترونیکی مجریان و ناظران استفاده می‌شود. همچنین در صورت برگزاری هم‌زمان چند انتخابات، در هر شعبه آخذ رأی از یک دستگاه به‌طور مشترک برای تمامی انتخابات در آخذ رأی و شمارش آراء با تأیید شورای نگهبان استفاده می‌شود.»

شده است و در صورت وجود اراده‌ای مبنی بر برگزاری انتخابات به صورت الکترونیکی، لازم بود چنین ضوابطی مطابق برگزاری انتخابات الکترونیکی پیش‌بینی می‌شد. شورای نگهبان در اظهار نظر خود درباره این مصوبه، توجه مجلس را به این موضوع جلب کرد و اعلام داشت: «با عنایت به اینکه مبنای برگزاری انتخابات در قوانین فعلی به روش دستی است و نظر به اینکه در این مصوبه دستگاه‌های ذی‌ربط ملزم به برگزاری انتخابات با استفاده از روش‌های نوین در تمام مراحل انتخابات شده‌اند؛ بنابراین در مواردی که برگزاری انتخابات به روش نوین نیازمند پیش‌بینی مقررات متناسب با آن می‌باشد، مقررات مربوط باید بر این اساس تنظیم و تصویب گردد تا امکان برگزاری و نظارت فراهم شود».^۱ با عنایت به مطالب مذکور پیشنهاد می‌گردد: اولاً، مجلس شورای اسلامی به شکل منجز و دقیق‌تر موضوعات فوق‌الذکر را در قانون انتخابات مجلس اصلاح و تکمیل نماید؛ ثانیاً، آیین‌نامه‌های اجرایی نیز باید به نحوی تنظیم و تصویب شود که زمینه اجرایی استفاده از فناوری‌های نوین فراهم شود؛ ثالثاً، در مقام عمل و اجرا، زیرساخت‌های لازم و فنی توسط دستگاه‌ها و سازمان‌های متولی باید به نحوی آماده‌سازی شود تا این امر در حد پیش‌بینی در قوانین و مقررات متوقف نشده و عملیاتی و اجرایی شود. کما اینکه در برخی از ادوار برگزاری انتخابات، شورای نگهبان با توجه به آماده نبودن زیرساخت‌های لازم به لحاظ فنی و عدم اطمینان از سلامت انتخابات (اصل مخفی بودن رأی و صیانت از آرای شرکت‌کنندگان، اضافه نمودن آرای داوطلبین به‌نحو تقلب، عدم وجود بسترهای مناسب الکترونیکی و...)، با برگزاری انتخابات به شیوه تماماً الکترونیکی و در همه شعب أخذ رأی مخالفت نموده است (بهادری جهرمی و باقری خوزانی، ۱۳۹۷، ص. ۸۳).

۳. شفافیت ناظر بر عملکرد نهاد ناظر بر انتخابات

نهاد ناظر بر انتخابات می‌تواند با انجام اقدام‌هایی هم به وظیفه ذاتی نظارتی خود پرداخته و هم در جهت ارتقای نظام انتخاباتی شفاف، اقداماتی را انجام دهد که در ذیل به شکل مجزا هر یک از آنها مورد تحلیل و ارزیابی قرار گرفته است.

۱. نظر شماره ۹۴/۱۰۲/۴۵۰۶ مورخ ۱۳۹۴/۹/۴.

۳-۱. پاسخگویی مکتوب در خصوص دلایل رد صلاحیت داوطلبان

از مواردی که در بند (۱۱-۲) سیاست‌های کلی انتخابات مورد تأکید قرار گرفته است پاسخگویی مکتوب در خصوص دلایل رد صلاحیت داوطلبان در صورت درخواست آنان است. به‌طور کلی باید گفت موجه‌سازی عقلانی و منطقی نتیجه بررسی صلاحیت‌های نامزدهای انتخابات نقش بسیار بزرگی در اقناع افکار عمومی و خود نامزدها دارد؛ چراکه توجیه عقلی و منطبق با نظام ارزشی و عرفی حاکم بر جامعه، اعتماد و اطمینان عموم به اصالت و حقانیت بررسی صلاحیت نامزدهای انتخابات را افزایش می‌دهد. زمانی می‌توان به مدیریت انتخابات در جهت تأیید یا رد صلاحیت کاندیداها اعتماد و اطمینان داشت که فرایند رسیدگی‌ها به‌طور شفاف و روشن صورت گرفته باشد. به‌عبارت‌دیگر باید مشخص شود نهاد مدیریت انتخابات چگونه و از چه طریقی و در اثر چه اقدامات و اعمالی به نتیجه تأیید و یا رد صلاحیت کاندیداها رسیده است (خسروی، ۱۳۸۷، ص. ۳۰۹). چراکه رد صلاحیت داوطلبین در حقوق افراد، اثر بسزایی خواهد داشت و لذا پیش‌بینی سازوکار دقیق و شفاف برای حفظ حق دفاع برای این داوطلبین ضروری است (عطریان، ۱۳۹۶، ص. ۱۴۴). شفافیت و اعلام دلایل رد صلاحیت نامزدهای انتخابات می‌تواند از نفوذ فعالیت‌های سلیقه‌ای و سیاسی در تشخیص واجدین شرایط و اطمینان از اصالت آنها مؤثر واقع شود. ناظران در فرایند نظارت حق تجاوز از مسیر طراحی شده قانونی را ندارند و بر اساس اصل شفافیت در تأیید و رد صلاحیت نامزدها، مقامات ناظر باید در انجام وظایف خویش صرفاً قانون را معیار قرار دهند و به‌نحوی عمل کنند که تصمیم‌ها و اقدام‌هایشان برای مجموعه انتخاب‌شوندگان و انتخاب‌کنندگان مبتنی بر قانون باشد و توجیحات حقوقی آنها مستند و مستدل قلمداد شود (فتاحی زفرقندی، ۱۳۹۷، ص. ۳۸). در حال حاضر مطابق «ماده‌واحد قانونی لزوم رسیدگی دقیق به شکایات داوطلبین رد صلاحیت شده در انتخابات مختلف» مصوب ۱۳۷۸، چنانچه مراجع صالح رسیدگی به صلاحیت‌ها، صلاحیت داوطلبی را رد کنند، باید علت رد صلاحیت را با ذکر مواد قانونی مورد استناد و دلایل مربوط و رعایت شرایط مذکور در این قانون به داوطلب ابلاغ نمایند. هر چند بر اساس این قانون در مواردی که دلایل و مدارک با عفت عمومی یا هتک حیثیت

اشخاص مرتبط باشد و نیز در مواردی که مربوط به امنیت ملی باشد، محدودیت‌هایی برای اعلام مدارک و مستندات در نظر گرفته شده است.^۱ لازم به ذکر است مرجع رسیدگی‌کننده به صلاحیت داوطلبان موظف است که در صورت درخواست داوطلبان، علاوه بر آنکه دلایل رد صلاحیت را با ذکر مواد و مدارک قانونی مورد استناد به داوطلب بیان نماید، ضروری است به صورت عینی مصادیق و مستندات عدم رعایت شرایط مذکور را اعلام نموده و به بیان کلیات اکتفا نکند؛ به طور مثال در فرضی که داوطلبی به جهت «عدم التزام عملی به اسلام و نظام جمهوری اسلامی ایران» رد صلاحیت می‌گردد، نباید مرجع رسیدگی‌کننده صرفاً به بیان عنوان کلی مذکور و عناوین کلی در ماده (۲۸) قانون انتخابات مجلس اکتفا و استناد کند، بلکه لازم است مصادیق و موارد عدم التزام به شرط مذکور به صورت مستند، مستدل و مکتوب اعلام گردد، اگرچه در تشخیص شرایط کیفی، مدارک و مستندات حقوقی همانند شرایط کمی مؤثر است اما نقش تأثیرگذار بر عهده عنصر انسانی قرار دارد که ممکن است با اعمال سلیقه مستندات موجود را ارزیابی نماید و تصمیم نهایی را اتخاذ کند (طحان‌نظیف و کدخدامرادی، ۱۳۹۸، ص. ۱۱۳۴).

۲-۳. فراهم کردن حضور داوطلبان یا نمایندگان آنها در تمام مراحل انتخابات

یکی دیگر از موضوعاتی که به منظور تأمین سلامت انتخابات، جلب مشارکت حداکثری و تأمین حقوق داوطلبان و رأی‌دهندگان در سیاست‌های کلی انتخابات مورد توجه قرار گرفته است، فراهم کردن حضور داوطلبان یا نمایندگان آنها در تمام مراحل انتخابات

۱. «ماده واحده - ...

ب. در موردی که دلایل و مدارک با عفت عمومی و یا هتک حیثیت اشخاص مرتبط می‌شود، چنانچه شخص داوطلب در معرض هتک باشد دلایل و مدارک حضوراً به اطلاع وی می‌رسد و در صورتی که پس از اطلاع حضوری، فی‌المجلس به طور کتبی تقاضا کند دلایل و مدارک مربوط، کتباً به وی ابلاغ می‌شود.
ج. چنانچه ذکر دلایل و مدارک علاوه بر هتک حیثیت داوطلب متضمن هتک فرد یا افراد دیگر باشد، دلایل و مدارک فقط حضوری به اطلاع داوطلب می‌رسد.

د. در مورد مربوط به امنیت ملی اعلام دلایل و مدارک و نحوه اعلام آنها به داوطلب به تشخیص کمیسیون عضویت رئیس ستاد فرماندهی کل قوا و وزیر اطلاعات و وزیر کشور خواهد بود»

است. مقصود از حضور داوطلبان در مراحل رسیدگی هم به معنای حضور فیزیکی و هم به معنای دسترسی و اطلاع داشتن از تمام مراحل انتخابات اعم از بررسی صلاحیت، حضور در پای صندوق‌های رأی، شمارش آرا و رسیدگی به شکایات است. در حال حاضر مطابق ماده ۵۵ «قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی» مصوب ۱۳۷۸ هر یک از نامزدها به تنهایی یا چند نامزد مشترکاً می‌توانند برای شعب أخذ رأی یک نفر نماینده به هیئت نظارت حوزه انتخابیه معرفی نمایند. این نمایندگان می‌توانند در محل شعب أخذ رأی حضور داشته باشند و چنانچه تخلفی در شعب أخذ رأی صورت گیرد، بدون دخالت، مراتب را به هیئت‌های اجرایی و نظارت بخش یا مراکز شهرستان کتباً اعلام نمایند. حضور نمایندگان هر یک از کاندیداها تا پایان أخذ رأی و شمارش آرا و تنظیم صورتجلسه بلامانع است و ممانعت از حضور نمایندگان کاندیداها در شعب أخذ رأی ممنوع بوده و جرم محسوب می‌گردد و متخلف به مجازات مقرر در ماده ۸۳ قانون محکوم خواهد شد. نکته‌ای که در این ارتباط باید به آن توجه داشت آن است که مطابق با بند (۱۱-۱) سیاست‌های کلی انتخابات، باید سازوکارهایی در قانون انتخابات مجلس پیش‌بینی گردد تا داوطلبان یا نمایندگان آنها بدون منع قانونی بتوانند در «تمام مراحل» انتخابات حضور داشته باشند و از نزدیک در جریان جزئیات برگزاری انتخابات قرار گیرند. در صورتی که این امر محقق شود: اولاً، داوطلبان، نمایندگان آنها و حامیان آنها در صورتی که برنده انتخابات نباشند از اعتراض‌های بدون دلیل و شکایت‌های فاقد استناد آنها جلوگیری به عمل خواهد آمد و ثانیاً، در صورتی که عوامل اجرایی و یا نظارتی قصد انجام تخلف را داشته باشند، با حضور داوطلبان و یا نمایندگان آنها تخلف‌ها و جرایم به حداقل خواهد رسید و اثر بازدارندگی خواهد داشت؛ بنابراین قید «در تمام مراحل» در بند مذکور، موضوعیت داشته و منشأ اثر خواهد بود. از این حیث ضروری می‌نماید مجلس شورای اسلامی در مقام اصلاح قانون انتخابات مجلس این موضوع را مورد توجه قرار دهد؛ به‌عنوان مثال مطابق با ماده ۲۲ قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی، قبل از شروع رأی‌گیری باید در حضور نمایندگان هیئت نظارت بر حوزه انتخابیه مربوط، صندوق‌های خالی، بسته و مهمور به مهر هیئت نظارت حوزه انتخابیه گردد و در صورتجلسه‌ای که «قبل از آغاز زمان انتخابات» در محل أخذ رأی

تنظیم می‌گردد، نمایندگان هیئت نظارت بر حوزه انتخابیه مربوط، تعداد صندوق‌ها و خالی بودن آنها را گواهی نمایند. پیشنهاد می‌گردد داوطلبین و یا نمایندگان آنها نیز در این مرحله بتوانند با مجوز قانونی حضور داشته و از خالی بودن صندوق‌ها اطمینان حاصل نمایند تا هم از شائبه تقلب و تخلف در مواردی که تخلف و تقلب صورت نگرفته است جلوگیری به عمل آید و هم در حوزه‌های انتخابیه‌ای که ممکن است عوامل اجرایی و نظارتی قصد پُر نمودن صندوق‌های آخذ رأی به نفع داوطلب خاصی را دارند جلوگیری شود. یکی دیگر از مواردی که می‌توان از عبارت «تمام مراحل» مصرح در بند (۱۱-۱) سیاست‌های کلی انتخابات استنباط نمود حضور داوطلبان در شورای نگهبان در زمان بررسی صلاحیت آنها است. به عبارت دیگر می‌توان در قانون عادی پیش‌بینی نمود در زمانی که تحقیقات محلی، پاسخ استعلامات مراجع قانونی و کلیه شرایط مربوط به پرونده صلاحیتی داوطلبان جهت اعلام نظر شورای نگهبان آماده شده است، داوطلب از نزدیک در جریان پرونده خود قرار گیرد و از نظر شورای نگهبان آگاه شود. این امر می‌تواند هم حقوق داوطلبان را تأمین نموده و هم شورای نگهبان را در اعلام نظر صحیح کمک نماید. تغییر نظر شورای نگهبان نسبت به برخی از داوطلبان رد صلاحیت شده بعد از برگزاری دوره‌هایی از انتخابات مجلس شورای اسلامی به جهت حضور آنها در شورای نگهبان و استماع اظهارات داوطلبان، مؤیدی بر این برداشت است. به عبارت آخری به جای اینکه بعد از برگزاری انتخابات، شرایط حضور داوطلبان در شورای نگهبان فراهم شود و دلایل رد و یا عدم احراز صلاحیت به آنها گفته شود (که اثری برای داوطلب در همان دوره انتخابات ندارد) تا قبل از شروع رأی‌گیری در همان انتخابات این امکان فراهم شود. در حال حاضر به نظر می‌رسد شورای نگهبان در برخی از موارد بدون اینکه الزام قانونی وجود داشته باشد این کار را انجام می‌دهد^۱ ولی باید سازوکار دقیق آن در قوانین انتخاباتی پیش‌بینی شود تا این نهاد نسبت به همه

۱. اظهارات سخنگوی شورای نگهبان: «ما سعی‌مان بر این است که در زمان انتخابات هم اگر گزارش‌هایی دریافت می‌کنیم آنها را با خود افراد مطرح و نکات و دفاعیه افراد را دریافت کنیم که معمولاً این اقدام شورا با تشکر و تقدیر و استقبال افراد همراه می‌شود». قابل دسترسی در:

داوطلبینی که چنین درخواستی دارند چنین تدبیری را اتخاذ نماید.

۳-۳. پاسخگویی مستند، شفاف و به موقع مراجع ذی صلاح در احراز صلاحیت داوطلبین

یکی از موضوع‌هایی که در بررسی صلاحیت داوطلبان محل چالش بوده و تأثیر زیادی در حقوق این افراد دارد نوع پاسخ استعلام‌های مراجع مصرح در ماده ۴۸^۱ قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی و سایر مراجعی است که شورای نگهبان از آنها استعلام می‌نماید. مطابق با ماده مذکور وزارت اطلاعات، دادستانی کل، سازمان ثبت احوال کشور و اداره تشخیص هویت و پلیس بین‌الملل موظف‌اند ظرف پنج روز نتیجه بررسی‌های خود را با دلیل و سند به وزارت کشور و شورای نگهبان اعلام نمایند. یکی از خلأهای جدی در این ماده عدم پیش‌بینی ضمانت اجرا برای اشخاص مستنکف از تکلیف قانونی مصرح در این ماده است. به عبارت دیگر در صورتی که نهادهای مذکور اطلاعات غیر صحیح داده یا اصلاً سوابق داوطلبان را در اختیار نهادهای مذکور قرار ندهند، قانون‌گذار هیچ ضمانت اجرایی مشخص ننموده است. نکته دیگر آنکه ممکن است برخی از مراجع استعلام‌شونده، در بازه‌های زمانی مختلف پاسخ‌های متناقضی را نسبت به داوطلبین اعلام نمایند که این امر می‌تواند هم در سرنوشت اشخاص تأثیرگذار باشد و هم شورای نگهبان را در اعلام نتیجه قطعی نسبت به داوطلبین دچار تردید نماید. به عبارت دیگر اگرچه ممکن است با توجه به مدارک جدیدی که از یک داوطلب به دست آمده است نتیجه استعلام‌ها نیز تغییر نماید؛ اما این موضوع باید به‌عنوان یک استثناء تلقی شده و قابل تعمیم به درصد زیادی از داوطلبین نباشد. شایان ذکر است در ماده ۴۸ تصریح شده این مراجع نتیجه بررسی‌های خود را با دلیل و سند به وزارت کشور و شورای نگهبان اعلام نمایند، همچنین در بند (۳-۱۰)^۲ سیاست‌های کلی انتخابات مراجع ذی‌صلاح مکلف شده‌اند در قبال نظرات خود

۱. ماده ۴۸: «وزارت کشور و شورای نگهبان پس از وصول مشخصات داوطلبان، روزانه فهرست کامل آنان را تهیه و به منظور بررسی سوابق آنان در رابطه با صلاحیت‌های مذکور در این قانون، به وزارت اطلاعات، دادستانی کل، سازمان ثبت احوال کشور و اداره تشخیص هویت و پلیس بین‌الملل در مرکز ارسال می‌دارد. مراکز مزبور موظفند ظرف پنج روز نتیجه بررسی را با دلیل و سند به وزارت کشور و شورای نگهبان اعلام نمایند.»

۲. بند (۳-۱۰): «بررسی دقیق و احراز شرایط لازم برای صلاحیت نامزدها با پیش‌بینی زمان کافی در چارچوب قانون هر انتخابات از طریق استعلام از مراجع ذی‌صلاح و پاسخگویی مسئولانه و به موقع آنها.»

«پاسخگویی مسئولانه» داشته باشند. در مقام جمع این دو گزاره باید گفت: اولاً، مراجع باید پاسخ‌های خود را به شکل شفاف و دور از ابهام برای وزارت کشور و شورای نگهبان ارسال کنند تا این نهاد نیز بتواند دلایل رد صلاحیت داوطلبین را با اسناد مثبته به آنها اعلام نماید و ثانیاً، مراجع ذیصلاح نسبت به اظهارات خود مسئولیت‌پذیر بوده و در صورتی که خلاف آنها ثابت گردد در مراجع قانونی پاسخگو باشند.

در فرایند رسیدگی به صلاحیت‌های داوطلبان، عامل زمان بسیار مؤثر بوده و می‌تواند در سرنوشت نتایج انتخابات نقش زیادی داشته باشد. تعیین نمودن شرایط کیفی و کمی توسط قانونگذار برای داوطلبین، تنها مقدمه‌ای برای ورود افراد صالح و شایسته به مجلس شورای اسلامی است. مرحله بعد و مهم‌تر آن است که مراجع ذیصلاح فرصت کافی برای احراز شرایط معین شده در قانون را داشته و از این طریق هم کسانی که صلاحیت داشته‌اند را به اشتباه رد صلاحیت ننمایند و هم کسانی که شایستگی نمایندگی مردم را نداشته‌اند به غلط تأیید نمایند. به همین دلیل در بند فوق‌الذکر از سیاست‌های کلی انتخابات، پاسخ «به‌موقع» مراجع ذیصلاح مورد تأکید واقع شده است. بر همین اساس مراجع یاد شده باید با توجه به زمان‌بندی ایام انتخابات، پاسخ استعلام‌ها را در زمان مقرر داده و از تأخیر پرهیز نمایند. در صورتی که بازه زمانی اختصاص داده شده به بررسی صلاحیت داوطلبان تمام شود و داوطلب به‌عنوان منتخب حوزه انتخابیه شناخته شود (اعتبارنامه وی در مجلس تأیید شود)، پاسخ استعلام مراجع ذیصلاح هر چند ناقص تأیید صلاحیت فرد منتخب باشد دیگر اثر ندارد و این موضوع می‌تواند سلامت انتخابات را مخدوش نماید. در نهایت پیشنهاد می‌شود مبتنی بر بند (۳-۱۰) سیاست‌های کلی انتخابات و در راستای شفاف‌سازی دلایل رد صلاحیت داوطلبان، یک تبصره به ماده ۴۸ قانون فعلی انتخابات مجلس شورای اسلامی اضافه و این ماده اصلاح شود:

«تبصره ۲- عدم ارائه پاسخ در مهلت مقرر و یا ارسال پاسخ برخلاف واقع یا بدون اسناد و مدارک یا ارائه مدارک غیرمرتبط، جرم است و مرتکب به مجازات انفصال موقت از خدمات دولتی از شش ماه تا یکسال محکوم می‌شود».

نتیجه‌گیری

شفاف‌سازی فرایندهای انتخابات، می‌تواند ساختار سالمی برای «انتخابات درست» و «انتخاب درست» فراهم نماید. بر همین اساس سنجه شفافیت بر کل بازیگران انتخابات، یعنی نامزدهای انتخاباتی و نهاد ناظر و مجری قابل‌تعمیم است. سیاست‌های کلی انتخابات به‌عنوان یک سند بالادستی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، بایسته‌های نظام انتخاباتی شفاف را تعیین کرده است که با نسبت‌سنجی بین سیاست‌های مذکور و قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی نتایج ذیل حاصل شد.

۱- مبتنی بر بندهای (۱-۱۰) و (۱۱) سیاست‌های کلی انتخابات، ماده ۲۸ قانون فعلی انتخابات مجلس شورای اسلامی باید اصلاح شده و برخی از شرایط کیفی و مبهم تعیین شده، ساحت شفاف و کمی پیدا کنند.

۲- سلامت اقتصادی نامزدها از دیگر مسائل مهم و ضروری انتخابات مجلس است که می‌تواند نقش مؤثری در جلب مشارکت عمومی در انتخابات داشته و از ورود افراد ناسالم به مجلس شورای اسلامی جلوگیری نماید. در مجلس هشتم طرحی در قالب اصلاح موادی از قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی با قید دو فوریت تقدیم مجلس شد که دو فوریت آن رد و با مخالفت مجلس روبه‌رو شد؛ پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار در راستای اجرایی نمودن بند (۱-۱۰) سیاست‌های کلی انتخابات، مجدداً در جهت شفاف‌سازی داری‌های منقول و غیرمنقول نامزدهای انتخابات و همسر و فرزندان آنان طرحی را به تصویب رساند.

۳- در ارتباط با شفافیت هزینه‌های تبلیغات انتخاباتی باید بیان کرد «قانون شفافیت و نظارت بر تأمین مالی فعالیت‌های انتخاباتی در انتخابات مجلس شورای اسلامی» مصوب ۱۳۹۸ جامعیت لازم را نداشته و در بحث کمک دولت به انتخابات، شامل نحوه تخصیص یارانه‌های دولتی به احزاب و نامزدهای انتخاباتی و کمک‌های غیرمستقیم دولتی، پیش‌بینی صورت نگرفته است؛ هر چند تصویب این قانون در جهت اجرایی شدن بند (۴) سیاست‌های کلی انتخابات، مثبت ارزیابی می‌شود.

۴- مطابق با بند (۱۱-۲) سیاست‌های کلی انتخابات، پاسخگویی مکتوب در خصوص دلایل رد صلاحیت و یا عدم احراز شرایط داوطلبان در صورت درخواست آنان، از

دیگر حقوق داوطلبان بوده که لازم است علاوه بر ذکر مواد قانونی مورد استناد در رد صلاحیت، به صورت عینی مصادیق و مستندات عدم رعایت شرایط مذکور اعلام شده و به ذکر کلیات اکتفا نگردد.

مطابق با بند (۳-۱۰) سیاست‌های کلی انتخابات، مراجع ذیصلاح در روند بررسی صلاحیت داوطلبین در پاسخ استعلام‌های صورت گرفته:

اولاً، باید «پاسخگویی مسئولانه» داشته و ثانیاً، پاسخگویی آنها باید «به موقع» باشد. بر همین اساس لازم است ماده ۴۸ قانون فعلی انتخابات مجلس اصلاح شده و ضمانت اجرای لازم در جهت عدم پاسخ استعلام‌ها توسط مراجع مذکور و یا عدم رعایت زمان تعیین شده پیش‌بینی شود.

منابع

- سیاست‌های کلی انتخابات ابلاغی ۱۳۹۵/۷/۲۴ مقام معظم رهبری.
قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب سال ۱۳۵۸.
قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۷۸/۹/۷ با اصلاحات و الحاقات بعدی.
آذرنوش، آذرتاش (۱۳۸۶). فرهنگ معاصر عربی - فارسی. تهران: نشر نی.
افوسو - اماه، دبلیو. پا اتی؛ امانین، راج سوپر و آپرتی، کیشور (۱۳۸۴). چارچوب‌های حقوقی مقابله با فساد (مالی). ترجمه احمد رنجبر، تهران: دفتر مطالعات سیاسی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
اکبری، محمدتقی؛ هاشمی، سیدمحمد و رستمی، ولی (۱۴۰۱). آسیب‌شناسی نظام مالی انتخابات جمهوری اسلامی ایران. فصلنامه دانش حقوق عمومی، (۳۵)، صص. ۹۳-۱۱۸.
بخشایش اردستانی، احمد و دشتی، فرزانه (۱۳۹۲). مردم‌سالاری در حکومت امام علی (علیه‌السلام). پژوهشنامه علوی، (۸)، صص. ۳۹-۶۸.
بهادری جهرمی، علی و باقری خوزانی، محمدحسن (۱۳۹۷). نگاهی به عملکرد شورای نگهبان در نظارت بر انتخابات و صیانت از آرای مردم در دوازدهمین دوره انتخابات ریاست جمهوری. تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
تقی‌زاده، جواد (۱۳۸۵). شرایط خاص انتخاب‌پذیری در انتخابات سیاسی. مجله حقوق اساسی، (۶۷)، صص. ۵۷-۸۰.
حبیب‌نژاد، احمد و عامری، زهرا (۱۳۹۵). شاخص‌های شفافیت در حکومت اسلامی (با تأکید

- بر حکومت علوی). حقوق اسلامی، (۴۹)، صص. ۱۲۹-۱۵۷.
- حیدری، سیدمحمد (۱۴۲۳ق). معجم‌الفعال‌المتداوله. قم: مرکز‌العالمی‌للدراست‌الاسلامیه.
- خسروی، حسن (۱۳۸۷). حقوق انتخابات دموکراتیک. تهران: مجد.
- زرافشان، محمدهادی و حسینی‌پور، سیدمجتبی (۱۳۹۴). الزامات حقوقی انتخابات الکترونیک. گزارش پژوهشی پژوهشکده شورای نگهبان، شماره مسلسل ۱۳۹۴۰۱۶۵.
- طحان‌نظیف، هادی و قلیچ‌پور، سجاد (۱۴۰۰). آسیب‌شناسی تعیین شرایط داوطلبان نمایندگی مجلس در پرتو قانون اساسی و سیاست‌های کلی انتخابات. فصلنامه دانش حقوق عمومی، سال دهم، (۳۱)، صص. ۱۹-۴۲.
- طحان‌نظیف، هادی و کدخدامرادی، کمال (۱۳۹۸). «آسیب‌شناسی نظام حقوقی حاکم بر فرایندهای نظارت بر انتخابات مجلس شورای اسلامی در پرتو سیاست‌های کلی انتخابات. فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، (۴)۴۹، صص. ۱۱۲۷-۱۱۴۸.
- عطریان، فرامرز (۱۳۹۶). حقوق اداری تطبیقی: اداره خوب (مطالعه تطبیقی نظام حقوقی ایران و اتحادیه اروپا). تهران: میزان.
- عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۶). قواعد فقه بخش حقوق عمومی. جلد سوم، تهران: سمت.
- فتاحی زفرقندی، علی (۱۳۹۷). شورای نگهبان؛ نظارت بر انتخابات. تهران: انتشارات پژوهشکده شورای نگهبان.

Ohman, M. & Zainulbhai, H. (2009). *Political Finance Regulation: The Global Experience*. The International Foundation for Electoral Systems (IFES)

<https://farsi.khamenei.ir>
<http://nazarat.shora-rc.ir>
<https://rc.majlis.ir>
<https://www.tasnimnews.com>

بررسی انتقادی تعریف عقد در حقوق ایران با تمرکز بر تفسیر ماده ۱۸۳ قانون مدنی، بر اساس ماهیت عقد در فقه امامیه، حقوق انگلیس و حقوق فرانسه

عطاءالله بیگدلی*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۰/۰۴

محمد رضا محمدی**

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۲/۰۷

نوع مقاله: پژوهشی

چکیده

تعارض در تعریف کلی عقد در ماده ۱۸۳ قانون مدنی ایران و نیز تعارض این تعریف با تعریف مصادیق عقد مانند عقد بیع در ماده ۳۳۸ این قانون از مباحث بحث برانگیز است. ماده ۱۸۳ قانون مدنی در تعریف عقد به صورت یکپارچه عمل نکرده است. از طرفی در این ماده عقد از جنس تعهد تعریف شده است، اما در ماده ۳۳۸ مذکور، مصادیق همین عقد از جنس «تملیک» تعریف شده است. این ثنویت در تعریف سبب شده که بحث حول این مسئله شکل بگیرد که چگونه تملیک را می‌توان به صورت «عهدی» فهم کرد. در زمینه حل تعارض دو مفهوم تملیک و تعهد نظریاتی از سوی حقوقدانان ایرانی ابراز شده است اما این نظریات در رفع اشکالات وارده توفیقی نداشته‌اند. از این‌روی، پرسش پژوهش حاضر، امکان‌سنجی حل این تعارض می‌باشد. فرضیه این مقاله را این‌گونه می‌توان صورت‌بندی کرد که: «تعارض موجود، از مصادیق تعارض‌های بنیادین قانون مدنی است که امکان حل آن نیست» و این فرضیه در طول تحقیق با بررسی ریشه‌های دوگانه قانون مدنی در سنت رومی - ژرمنی و سنت فقهی بررسی و نمایان می‌گردد. این تحقیق با روش استنباطی تفسیری در موضوع مقاله به اقوال فقهاء و حقوقدانان رجوع کرده، سپس با تقریر و نقد نظریات ایشان، روایی فرضیه اخیرالذکر را اثبات می‌کند.

واژگان کلیدی: تعریف عقد، عقود تملیکی، عقود عهدی، نظریه عمومی تعهدات، تعریف عقد در فقه.

* استادیار، گروه حقوق، دانشکده علوم اجتماعی و فرهنگی، دانشگاه جامع امام حسین علیه‌السلام، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

ataollah.bigdeli@gmail.com

** دانشجوی دکتری حقوق عمومی، گروه حقوق عمومی و حقوق اقتصادی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

m.r.mohammadi.1375.1394@gmail.com



مقدمه

قوانین مختلف در ایران از بسترهای متفاوتی برخاسته‌اند. گاهی نیز یک قانون به‌تنهایی از چند سرمنشأ استفاده کرده است مانند قانون مدنی که ریشه‌ای در حقوق مدرن و نظام رومی - ژرمنی و ریشه‌ای فقهی دارد. توجه به این مسئله و ارتباط این نظام‌ها را باید در تفسیر مواد قانون در نظر داشت. ازسویی، مفاهیم، جزء بسیار مهم و بحث‌برانگیزی از نظام‌های حقوقی هستند و بخشی از قوانین نیز متعاطی تعریف مفاهیم در نظام‌های حقوقی‌اند. قانون مدنی ایران نیز از این اصل مستثنی نیست و در ماده ۱۸۳ به بررسی تعریف عقد پرداخته است. این ماده رویکردی رومی - ژرمنی به تعریف عقد دارد و عقد را کاملاً عهدی می‌فهمد. قانون مدنی در مواد دیگری مانند ماده ۳۳۸ به تعریف عقد بیع و در سایر مواد نیز به تعریف سایر عقود معین پرداخته است، قانون مدنی ایران در تعریف عقود معین، رویکردی فقهی دارد که مبتنی بر مفهوم «ملکیت» است. اما چگونه عقدی تملیکی را می‌توان ذیل مفهوم بنیادین عهد تعریف کرد؟ این تعارض را چگونه می‌توان حل نمود؟

فرضیه و نوآوری: دو دسته مواد ناظر به مفهوم عقد در حقوق مدنی ایران، برآمده از دو سنت و بنیاد فکری متفاوتند و امکان جمع بین آنها وجود ندارد؛ راه‌حل‌های ارائه شده از سوی حقوقدانان هیچ‌یک راه‌حلی‌هایی بسنده نیستند زیرا اصولاً حل کردن تعارض‌های بنیادین ممتنع است. نمی‌توان بین رویکرد بنیادین تملیکی - عینی با رویکرد عهدی - شخصی جمع قابل قبولی ارائه داد و از آن‌روی که روشن‌ترین محل ظهور و بروز این اختلاف، تعریف عقد است، نمی‌توان در حقوق مدنی ایران، تعریف روشن و علی‌المبنائی از عقد ارائه کرد.

پیشینه: اولین شارح قانون مدنی که تعارض بین مواد بخش کلیات و بخش‌های عقود معین را گزارش نموده است، دکتر سید حسن امامی است (امامی، ۱۳۵۵، ج ۱، ص. ۱۶۰) پس از ایشان تقریباً تمامی شارحان در این مورد نظریه‌پردازی کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۱، ص. ۱۶؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، ص. ۱۰؛ صفایی، ۱۳۸۳، ص. ۱۸؛ محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹، ج ۱، ص. ۷۲؛ شهیدی، ۱۳۹۰، ص. ۳۹؛ امیری قائم مقامی، ۱۳۷۸، ص. ۵۳؛ قاسم‌زاده، ۱۳۸۳، ص. ۱۰؛ نوین، ۱۳۸۴، ص. ۲۷؛ علی‌آبادی،

۱۳۸۱، ص. ۹ و...).

در حوزه مقالات: دادمرزی در مقاله خود با عنوان «تعارض تعریف قانونی عقد با بیع با رویکردی به فقه و حقوق غرب» به این تعارض پرداخته و تلاش داشته است با ارائه تفسیری خاص و موسع از «تعهد» که شامل تملیک نیز می‌شود، این تعارض را حل کنند (دادمرزی، ۱۳۹۳). جعفری خسروآبادی در مقاله‌ای با عنوان «تأملی بر مفهوم تعهد و التزام در فقه امامیه و حقوق ایران» معتقد است تعهد در ماده ۱۸۳ ق.م. به معنای مصدري (کاربرد فقهی تعهد) استفاده شده است نه اسم مصدر (کاربرد فرانسوی)؛ لذا تعهد در معنای مصدري تنها به معنای ملتزم شدن به مفاد یک رابطه حقوقی است نه به عهده‌گرفتن یک امر، مقاله از این نظر دفاع نموده که این کاربرد درست بوده و تدوین‌کنندگان با توجه به مبانی فقهی از واژه تعهد استفاده کرده‌اند، لذا اشکالات به ماده ۱۸۳ ق.م. وارد نیست (جعفری خسروآبادی، ۱۳۹۶). دلیلی در مقاله‌ای با عنوان «کالبدشناسی مفهوم تعهد»، معتقد است تعهد فقهی نسبتی با معنای Obligation ندارد (دیلمی، ۱۳۹۸). خوباری و طباطبایی در مقاله‌ای با عنوان «تحلیل ماهیت «عقد عهدی» با بازخوانی مفهوم «تعهد» در حقوق ایران»، تعهد در ماده ۱۸۳ ق.م. را به معنای مصدري و از نوع انشای رابطه وضعی تفسیر نموده‌اند (خوباری و طباطبایی، ۱۴۰۰). موضع مقاله حاضر در نقد تمامی رویکردها و پاسخ‌های ارائه شده است و مقالات مورد اشاره، توجه به تفاوت بنیادین دو نظام و نظریه امتناع حل، را مورد توجه قرار نداده و به تفسیری دور از واقع از ماده ۱۸۳ ق.م. دست زده‌اند.

ساختار پژوهش: ابتدا به بررسی تعریف عقد در نظام حقوقی فرانسه و انگلستان به‌عنوان نماینده‌هایی از نظام رومی - ژرمنی و کاملاً پرداخته می‌شود. در این بین نیز بیان خواهد شد که در نظام‌های رومی - ژرمنی گرچه با تعریف بیع به تعهد مشکلاتی دارند اما کماکان آن را بر اساس تعهد تعریف می‌کنند. در ادامه بحث به بررسی تعریف عقد در فقه و ارائه خلاصه‌ای از نظریه تفاوت بنیادین که در آن بین نهاد عقد و انعقاد عقد (عقد بستن) تفاوت قائل می‌شود، خواهیم پرداخت. در ادامه بحث نیز وارد بررسی مواد ۱۸۳ و ۳۳۸ قانون مدنی و بررسی تلاش‌های صورت‌گرفته برای رفع تعارض‌ها خواهیم شد و سرانجام روایی این پاسخ‌ها را نقد کرده، پیشنهادهایی برای اصلاح قانون

ارائه خواهیم داد.

روش: این پژوهش با روش استنباطی و تفسیری و استدلالی به صورت اسنادی و رجوع گسترده به متن و اقوال فقهاء و حقوقدانان و تقریر و نقد این نظریه‌ها صورت گرفته و روایی بیشتر نظریه فوق‌الذکر بیان می‌گردد.

۱. تعهد و عقد در نظام‌های رومی - ژرمنی و کامن‌لا

دو نظام کامن‌لا و رومی - ژرمنی ریشه‌هایی در سنت‌های حقوق رومی و حقوق کلیسایی دارند و به انحاء مختلفی از این دو سنت تأثیر گرفته‌اند. تعهد و عقد هم از این قاعده استثناء نیست. در ادامه مفهوم تعهد و عقد در دو نماینده عمده این نظام‌ها یعنی فرانسه و انگلستان بررسی می‌شود.

۱-۱. تعهد و عقد در نظام حقوقی فرانسه

قانون مدنی فرانسه تعهد را تعریف نکرده است ولی سنت حقوقی فرانسه تعهد را یک رابطه حقوقی بین دو شخص و ناظر به امور غیرعینی، شخصی و دینی می‌داند. طبق تعریف ماده ۱۰۱۱ قانون مدنی قدیم فرانسه عقد (Contrat) عبارت بود از توافقی که به موجب آن یک یا چند شخص در مقابل یک یا چند شخص دیگر تعهد به انتقال مال یا انجام یا عدم انجام کاری می‌کنند.

در حقوق فرانسه، عقد (Convention) توافق دو یا چند اراده بر موضوع معین حقوقی است^۱ و عقد در واقع نوع خاصی از Convention است (Mazeaud(s), 1995, T: 2, p. ۱).^۲ Molitor, 2009, P. 88؛ 48, n: 52؛ Bénabent, 1991, n: 12^۳؛ اوبر و دوتیول، ۱۳۹۰، ص. ۱۷؛ لذا هر عقد، نوعی Convention است اما هر توافقی عقد نیست (Larombière, 1862, p. 8, n: 3) در نظام حقوقی فرانسه دو واژه Convention و Contrat عموماً مترادفند (Ghestin, 1993, n: 5)^۴ روشن است که این تعریف، عهدی و

۱. برای تحلیل تعریف عقد در حقوق سوئیس ر.ک: امیری قائم‌مقامی، ۱۳۷۸، ص. ۵۲.

۲. برای ترجمه عربی ر.ک: بینابنت، ۲۰۰۴م.

۳. برای دیدن تمایز اندک این دو واژه در اصلاحات سال ۲۰۱۶م ر.ک:

<https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap1-dispositions-liminaires/>

ناظر به ماهیت تعهد است و مؤید نظام تعهد محور رومی - ژرمنی است و موضوع عقد همان موضوع تعهد است و ناظر به تعهد بر یک کار - ولو انتقال مال - است (Molitor, 2009, p. 2)، عقد در این تعریف، «تملیک» نبوده و با معنای تعهد سازگار است.

در متن آماده شده اصلاح قانون تعهدات^۱ به سرپرستی استاد معروف حقوق تعهدات، استاد کاتالا علی‌رغم تلاش اساتید فرانسوی برای اصلاح ایرادها، ایشان بر سنت عهدی عقد تأکید نموده‌اند و تنها ذیل ماده را اصلاح نموده‌اند: «قرارداد عبارت از توافقی است که طبق آن یک یا چند شخص... تعهد می‌دهد تا تعهدی را انجام دهد».^۲ ماده ۱۱۰۱-۱ طرح برای رهایی از معضله تعریف بیع و همساز کردن تعریف عقد با عقد بیع، Convention را این‌گونه تعریف نموده است: «توافقی بین دو یا چند نفر در راستای ایجاد آثار حقوقی آن» و به این ترتیب قرارداد را دایره مدار ایجاد یک اثر حقوقی که ممکن است تملیک باشد قرار داده و ظاهراً از سنت رومی خود با وارد کردن واژگان مبهم دور شده است؛ اما این دوری ظاهری است، بلکه امتیاز این طرح نسبت به قانون مدنی قدیم فرانسه تأکید این طرح بر محوریت و اساس بودن نظریه عمومی تعهدات بود؛ زیرا برخلاف قانون مدنی قدیم فرانسه پیش‌نویس کاتالا از ماهیت و نحوه ایجاد تعهد آغاز می‌کند و در ماده ۱۱۰۱ پیشنهادی مقرر می‌دارد: «تعهدات از اعمال حقوقی و وقایع حقوقی ایجاد می‌گردد...» و سپس اعمال حقوقی و سایر مفاهیم خود را در بندهای بعدی توضیح می‌دهد.

سرانجام در اصلاحات سال ۲۰۱۶م، قانون مدنی فرانسه تعریف جدیدی از عقد ارائه داد. طبق ماده ۱۱۰۱ق.م.ف «قرارداد، عبارت است از توافق اراده‌ها بین دو یا چند

۱. این طرح با عنوان: L'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription به سفارش وزارت دادگستری فرانسه تهیه شده و بیش از ۲۰ استاد معروف فرانسوی مشارکت داشته‌اند و به ترتیب به هر قسمت از قانون مدنی فرانسه می‌پردازد و انتقادهای اساتید به هر بخش را به صورت منظم ارائه می‌دهد. ر.ک:

http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf

این طرح توسط دانشگاه سن یوسف بیروت به عربی با عنوان «مشروع تمهیدی لتعديل قانون الالتزامات و التقادم فی القانون الفرنسي» ترجمه شده است.

2. Art. 1102: Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à accomplir une prestation. (catala, 2006, p. 65).

شخص به منظور ایجاد، تغییر، انتقال یا پایان دادن تعهدات^۱. قانون جدید با این تغییر، چند نکته مهم را مورد تأکید قرار داده است: اولاً، با صراحت بیشتری اعلام کرده است که اصل قراردادهای، توافق اراده‌ها است، در واقع قانون جدید، به جای واژه توافق (Convention) از «توافق اراده‌ها» استفاده نموده که معنای روشن‌تری دارد؛ ثانیاً، به جای تعیین مصادیق تعهدات (انجام فعل، ترک فعل و...) موضوع قرارداد را «تعهد» قرار داده است و با رهاکردن مصادیق، معنایی عام به تعهد داده است ضمن آنکه معنایی عام نیز به موضوع تطابق اراده‌ها داده و بر امکان ایجاد، تغییر، انتقال و اسقاط تعهدات، تأکید نموده است. نکته بسیار مهم آن است که قانون فرانسه، بر سنت نظریه عمومی تعهدات پافشاری نموده و علی‌رغم تمامی انتقادهای، بر عهدی بودن اصل عقد در این نظام تأکید نموده و مجدداً تصریح کرده است که اصولاً موضوع عقد، «تعهد» است.^۲

در قانون مدنی فرانسه (قدیم و جدید) سایر عقود ذیل ماده ۱۱۰۱ ق.م.ف تعریف شده‌اند و در نظام مفهومی قرارداد خللی ایجاد ننموده‌اند. تنها مورد مناقشه برانگیز، بیع بوده است؛ قانون مدنی فرانسه (این ماده در اصلاحات سال ۲۰۱۶م تغییر نکرده) در ماده ۱۵۸۲ عقد بیع را این‌گونه تعریف نموده است: «عقد بیع، قراردادی است که طبق آن فرد متعهد می‌شود تا چیزی را انتقال دهد و طرف مقابل نیز متعهد به پرداخت می‌شود، بیع می‌تواند رسمی یا به صورت عادی منعقد گردد»^۳ هر چند رویه قضایی فرانسه برای آنکه ثمرات تملیکی از این تعریف أخذ کنند و به سنت نظریه عمومی تعهدات نیز پایبند باشند با توجه به ماده بعد از تعریف عقد بیع، مالکیت را بلافاصله بعد از انعقاد بیع انتقال یافته فرض می‌کنند؛ اما به هر حال اصل عقد بیع و ماهیت آن دائر مدار تعهد است و در واقع مصداقی از همان تعریف عقد است که در ماده ۱۱۰۱ مورد قبول واقع شده بود؛ لذا به نظر می‌رسد نظام فرانسوی از این لحاظ کاملاً هماهنگ است (همچنین ر.ک به مواد ۱۱۲۸، ۷۱۱ قانون مدنی قدیم فرانسه که شبیه ماده ۱۴۰ قانون

1. Art. 1101.- Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations.

۲. برای دیدن شرحی از مواد جدید و مقایسه یا تعریف قدیم ر.ک:

Gaylor, 2019, p. 30; Lecourt, 2019, p. 13; Véronique, 2017, p. 21; Lachièze, 2020, p. 25, N: 59; Cabrol et Ribeyrol, 2018, p. 33.

3. Article 1582: La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer. Elle peut être faite par acte authentique ou sous seing privé.

مدنی ایران است). به عبارتی انتقال حقوق عینی به دنبال تعهد می‌آید و اثر مستقیم خود تعهد نیست بلکه اثر مستقیم تعهد ایجاد یک دین و عهد است. هر چند حقوقدانان فرانسوی تأکید می‌کنند نظریه عمومی تعهدات بیشتر در مورد نظریه عمومی قراردادهای شخصی اعمال می‌شود و آثار آن در مورد انتقال حقوق عینی باید در قسمت مربوط به ملکیت بحث و بررسی شود (Mazeaud(s), 1995, T: 2, p. 48, N:54 et: 397).^۱

استاد کاتوزیان معتقدند در حقوق قدیم فرانسه اصل عهدی بودن بیع پذیرفته شده بود ولی برای جبران مشکلات عملی مرسوم بود که در سند بیع اعلام می‌کردند که مبیع به تصرف خریدار داده شده است و همین اعلام برای انتقال ملکیت کافی بود. ایشان معتقدند مشکلات عملی عهدی بودن بیع، سرانجام منجر شد اما قانون مدنی فرانسه سنت دیرینه را شکسته و در ماده ۱۱۳۴^۲ به مفهوم تملیک و به تبع، تملیکی بودن عقد بیع را پذیرفته است؛ لذا در حقوق کنونی فرانسه مبیع با عقد، منتقل می‌شود و ماهیت عقد بیع تملیکی شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص. ۶؛ امامی، ۱۳۵۵، ج ۱، ص. ۴۱۸). این نظر را در حقوق فرانسه به صورت خاص گستن مورد تأکید قرار داده است (Ghestin, 1993, n: 55). در مورد این سخن باید به گفت:

ماده ۱۱۳۸، در اصلاحات سال ۲۰۱۶م، تغییرهایی کرده است. طبق ماده جدید «در قراردادهایی که موضوعشان انتقال مال یا حق است، انتقال به محض انعقاد قرارداد صورت می‌گیرد، این انتقال بنا به اراده طرفین، یا ماهیت اشیاء یا قانون می‌تواند به تعویق بیفتد... این ماده و ماده ۷۱۷ ق.م.ف، در باب توضیح مؤلفه‌های عقد در ماده ۱۱۰۱ ق.م.ف و در پی توضیح تعهد به انتقال است، این سخن درست است که ماده ۱۱۳۸ ق.م.ف (چه قدیم و چه جدید) صراحت دارد که خود این تعهد، متعهدله را مالک

۱. در حقوق سوئیس - که از کشورهای متعهد به نظام رومی ژرمنی به شیوه معمول آن است - بیع مطلقاً عهدی است. ماده ۱۸۴ قانون تعهدات سوئیس در تعریف عقد بیع می‌گوید: «قراردادی است که به موجب آن فروشنده تعهد می‌کند در برابر پولی که خریدار متعهد به پرداختن آن شده است، مبیع را به او منتقل و تسلیم نماید». مواد ۷۱۴ و ۷۱۷ قانون مدنی سوئیس انتقال اموال منقول را موقوف به تسلیم مورد معامله نموده و ماده ۱۹۷ انتقال اموال غیرمنقول را منوط به ثبت در دفتر املاک کرده است، آلمان نیز همین مقررات را اعمال می‌کند (ماده ۹۲۹ و ۸۷۳ قانون مدنی آلمان) (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص. ۱۶).

۲. ظاهراً سهو قلمی رخ داده است و منظور ماده ۱۱۳۸ قانون مدنی فرانسه است.

می‌گرداند و نیاز به کار دیگری برای انتقال مالکیت نیست؛ اما به نظر می‌رسد این فرض «ماهیت» عقد بیع را تملیکی نمی‌کند. مخصوصاً دقت در الفاظ ماده ۱۱۳۸ ق.م.ف اصلاحی ۲۰۱۶م نشان می‌دهد که مقصود مقنن فرانسوی نوعی فرض قانونی است که مالکیت را با انجام خود تعهد منتقل شده می‌داند و باز مبنای تعهدی بودن عقد را حفظ می‌کند این فرض قانونی که عقد عهدی بیع را منتج به ملکیت می‌داند ماهیت اصیل بیع را تغییر نمی‌دهد، بیع عهدی است اما قانون‌گذار فرض می‌کند که با انجام تعهد به تسلیم، مالکیت ایجاد می‌گردد و این فرض دخیل در ماهیت نیست.

از سوی دیگر از مجموع سنت فکری رومی و ژرمنی به‌خصوص با توجه به قوانین سوئیس و آلمان و تفاسیری که از قانون مدنی فرانسه شده است (Larombière, 1862, p. 176). باید به این نکته توجه ویژه داشت که اصولاً مفهومی که ما در فقه از مالکیت فهم می‌کنیم با آنچه در نظام رومی - ژرمنی فهم می‌شود متفاوت است و صرف اینکه کلمه مالکیت (propriété) در آن نظام وجود دارد نباید این توهم را پیش آورد که مالکیت در دو نظام، یک مفهوم را افاده می‌کند در نظام فقهی اصل مالکیت است و حق، مرتبه‌ای از ملکیت است؛ اما در نظام رومی - ژرمنی حق اصل و ملکیت، مرتبه شدید و عمومی حق است و بین این دو تفاوت فراوان است. ملکیت در فرانسه نوعی حق شخصی بر شیء (حق مثبت) و تکلیف دیگران در خودداری از تصرف در شیء (حق منفی، تکلیف) است. به عبارتی مفهوم مالکیت، بین حق شخصی و تکلیف عمومی فهم می‌شود؛ اما در نظام فقهی ملکیت تسلط فرد بر مال است و این درست است که دیگران باید این سلطه و ملک را محترم شمرند؛ اما مفهوم ملکیت از این دو انتزاع نمی‌شود بلکه خود، جعلی اصیل و مستقل دارد. استاد کاتوزیان نیز معتقدند بیع در نظام فقهی تملیکی و در نظام رومی تسلیطی بوده است. سخن ما آن است که در حقوق امروز فرانسه نیز ماهیت عقد بیع تسلیطی است و مفهوم مالکیت در آن نظام با تسلیط مناسبت بیشتری دارد تا با تملیکی که ما در فقه فهم می‌کنیم. لذا این سخن که در کد ناپلئون بیع تملیکی شده و از سنت عهدی رومی خود فاصله گرفته است با این اطلاق صحیح نیست (برای یک بحث مفصل ر.ک: Molitor, 2009, pp. 2-10).

۲-۱. تعهد و عقد در نظام حقوقی انگلستان

برای آشنایی با ماهیت تعهدات در نظام حقوقی انگلستان می‌توان از بررسی تطبیقی نظام‌های کامن‌لا و رومی - ژرمنی بهره برد. تبار تعهد در نظام رومی - ژرمنی به کد ژوستین می‌رسد. اما در نظام کامن‌لا وضعیت بدین‌منوال نیست (Neyers, 2009, p. 78-80). دلایل مختلف و متنوع سیاسی - اجتماعی و تاریخی را برای این اختلاف برشمرده‌اند که البته بررسی آنها از محل بحث حاضر خارج است. در نگاهی دوردست‌تر ریشه دیگر نظام حقوقی رومی - ژرمنی، نظام حقوقی روم است. در نظام حقوقی روم، تعهد و حقوق تعهدات ذیل حقوق اموال قرار داشت و رومیان تفاوت چندانی بین اشخاص و اموال قائل نبودند. موضوع این بخش از حقوق نیز بررسی رفتار افراد آزاد با یکدیگر^۱ بود. در نظام رومی تعهد یک ضمانت قانونی^۲ است که به سبب آن فرد موظف است عملی را انجام دهد. این مفهوم از تعهد در نظام حقوق فرانسه نیز تداوم یافته است (Samuel, 2001, p. 3). از طرفی قانون اسباب تعهد^۳ را دو دسته قراردادی مانند بیع و تعهدات خارج از قرارداد می‌داند. با این نگاه موضوع حقوق تعهدات نیز در حقوق رومی - ژرمنی، حق بر اجرای تعهد است (Samuel, 2001, p. 4).

نظام حقوقی کامن‌لا تفاوت‌هایی اساسی با نظام رومی - ژرمنی دارد و این تفاوت در ماهیت عقد نیز به‌شدت مؤثر افتاده است. نظام حقوقی انگلیس حوزه‌های حقوقی را به‌صورت ماهوی تقسیم‌بندی نمی‌کرده است لکن براساس ساختار رویه‌ای که دارد، حوزه‌های حقوق را بر اساس رفتار قاضی تقسیم‌بندی کرده است. لکن در دوره‌ای بنا به دستوری که صادر شده است، نظام حقوقی انگلستان به سمت تقسیم‌بندی ماهوی حوزه‌ها رفت. در این تغییر دعاوی شبه قراردادی که نزد قضات اقامه می‌شده، به حقوق قراردادهای ترجمه شده است. چند مسئله دیگر بین حقوق تعهدات در نظام کامن‌لا انگلیسی و نظام رومی - ژرمنی سبب تمایز شده است؛ اولاً، اینکه نظام حقوقی انگلیس قانون مدنی ندارد و ثانیاً، حقوقدانان انگلیسی تعهد را سبب به‌وجود آمدن «راه جبران

1. actiones in personam
2. vinculum iuris
3. Institutes of Gaius

خسارت^۱ به جای «حق^۲» می‌دانند؛ ثالثاً، قضات انگلیسی تفاوت چندانی بین حقوق اموال و اشخاص قائل نیستند (Samuel, 2001, pp. 11-14). با توجه به این نکات، در نظام حقوقی انگلیس حقوق تعهدات عبارتست از: راهکارهایی برای جبران خسارت که دادگاه به متعهدله علیه متعهد اعطا می‌کند.

نظام حقوقی انگلیس عقد را محصول یک توافق (agreement) یا (promise) برای ایجاد یک تعهد می‌داند و قرارداد یک توافق بین طرفین است که محصول ایجاب و قبول از دو طرف می‌باشد (Oughton and Davis, 2000, p. 24). توافق نیز معنایی اعم از قرارداد دارد و به معنی تلاقی اراده‌ها است. قرارداد به نوع خاصی از توافق اطلاق می‌گردد که لااقل همراه با دو عنصر دیگر یعنی معوض بودن و قصد طرفین برای الزام یکدیگر باشد. عقد توافقی الزام‌آور بین دو یا چند طرف است و سبب حقوق و تکالیفی می‌گردد که می‌تواند در دادگاه مورد پیگیری قرار گیرد. شیوه پیگیری هم از طریق اقامه دعوا جهت دریافت خسارت به دلیل نقض تعهدات است، گرچه بعضاً الزام به اجرای قرارداد هم محقق می‌گردد (محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹، ج ۱، ص. ۷۳؛ داکسبری، ۱۳۷۷، ص. ۱۷). بدین‌رو در نظام حقوقی انگلستان، حقوق قراردادها بخشی از حقوق تعهدات شناخته می‌شود (Samuel, 2001, p. 1; Burrows, 1998, p. 3-5). قراردادها به دنبال حفظ حقوق قابل پیش‌بینی طرفین هستند که در قرارداد ذکر شده است. این هدف حقوق قراردادها وجه تمایز آنها از سایر بخش‌های حقوق تعهدات است. درنهایت باید اشاره کرد که قرارداد و عقد باید این ویژگی‌ها را داشته باشید: توافق، قصد داشته باشند که همدیگر را قانوناً ملزم کنند، معوض بودن. برخی از قوانین انگلیس نیز می‌توانند مؤید باشند؛ به‌عنوان مثال در ماده ۱ و ۲ قانون Unfair Contract Terms Act 1977 قرارداد منشأ تعهد دانسته شده است.

عقود در حقوق انگلستان به دو دسته تقسیم می‌شوند:

۱- قرارداد دوجانبه: تعهد یک طرف در مقابل تعهد طرف مقابل قرار می‌گیرد. صرف تبادل تعهدات برای قابل اجرا ساختن هر دو کافی است. بدین ترتیب در یک قرارداد

1. remedy
2. right

بیع کالا، خریدار متعهد به پرداخت قیمت و فروشنده متعهد به تحویل کالا می‌کند. ۲- قرارداد یک جانبه: در این قرارداد یک طرف تعهد به انجام کاری در مقابل فعل طرف دیگر می‌کند (داکسبری، ۱۳۷۷، صص. ۱۸-۱۹) و عقد بیع نیز نوعی قرارداد دوجانبه است.

۲. تعریف عقد در فقه امامیه

یافتن تعریفی متفق‌علیه از عقد در فقه، کاری دشوار است. انعقاد عقد، امری بین متعاقدین است که وابسته به اراده طرفین است و از این جهت با مباحثی چون قصد و رضای طرفین، نحوه ابراز اراده و... گره می‌خورد؛ لذا بسیاری از فقها عقد را مقوله‌ای لفظی می‌دانند. اینان عقد را دالی می‌دانند که مدلولش نسبت به هر عقدی متفاوت است. این نظر همواره مورد نقد متأخرین بوده است چراکه آنان عقد را امری معنوی و از مقوله اراده می‌دانند و لفظ را حاکی از آن. بسیاری از متأخرین نیز عقد را ربطی می‌دانند که بین دو اراده برقرار می‌گردد. تعاریف مختلفی برای عقد ارائه شده که اجمالاً به آنها پرداخته می‌شود:

۲-۱. عقد به مثابه لفظ

بسیاری از فقهای متقدم عقد را از مقوله ایجاب و قبول و نوعی لفظ می‌دانند. از جمله صاحب شرایع عقد را لفظ می‌داند (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص. ۷؛ محقق حلی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص. ۱۱۸). این دست از فقها عقد را یک دال با ماهیتی لفظی می‌دانند که بر مدلولی دلالت دارد و آن مدلول به نسبت هر عقدی متفاوت است؛ مثلاً در بیع مدلول انتقال است (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۲۷، ص. ۲۰۴؛ کاشف‌الغطاء نجفی، ۱۴۲۲ق، ب، ص. ۱؛ مصطفوی، ۱۴۲۳ق، ص. ۱۸۳؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۱، ص. ۵). متأخرین همواره بر این نظر نقد می‌کنند که عقد از قبیل امور معنوی است و نه لفظی و تعریف عقد به لفظ تعریف خود عقد نیست (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص. ۷؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص. ۱۳۶).

۲-۲. عقد به مثابه ربط

این نظریه در بین متأخرین طرفداران فراوانی دارد، این دسته از فقها قائل اند عقد حیثیت ارتباطی طرفین و یا دو قرار تعهدی و ربط یک تعهد به تعهد دیگر است. به عبارتی عقد دو قرار را با هم پیوند می‌دهد: «أن العقد عبارة عن الربط والوصل» (اصفهانى، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص. ۲۸۳). محقق اصفهانی در ماهیت عقد بین عهد و عقد تفاوت می‌گذارد و معتقد است عهد یا التزام قلبی است و یا جعل و قرار معاملی اما عقد ربط دادن یک التزام به دیگری یا ربط یک قرار به قرار دیگر است؛ لذا ماهیت و حیثیت عهدیه با حیثیت عقدیه متفاوت است و حقیقت عقد ربط است و نه وصل (اصفهانى، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص. ۲۸۴). به این نظر انتقاد شده است که اگر منظور از این قول آن باشد که عقد صرف رابطه بین دو نفر است این قول به اصالت رویکرد شخصی در حقوق غربی نزدیک است و نمی‌توان بسیاری از عقود تملیکی و اذنی را در فقه امامیه با آن توجیه نمود (محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹، ج ۱، ص. ۶۴).

۲-۳. عقد به مثابه انشاء

در این نگاه عقد ماهیتی ایجادى و انشایی دارد نه ماهیتی اخباری. عقد جعل از سوی متعاقدین است (عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۲، ص. ۴۸۰؛ عراقی، ۱۴۲۱ق، ص. ۲۶۷). برخی از فقها بیع را به انشاء تملیک مال به عین تعریف نموده‌اند (عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۲، ص. ۴۸۲؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص. ۷). از این تعریف، می‌توان استظهار نمود که ماهیت عقد را انشاء می‌دانند و البته ایجاب و قبول را به عنوان مبرز پذیرفته‌اند؛ اما عقد را از مقوله معنا می‌دانند و نه لفظ (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص. ۱۱).

توجه به انشایی بودن عقد توجه خوبی است؛ اما نمی‌تواند تمام ماهیت عقد را بیان کند، زیرا در حقوق امور دیگری مانند حکم قاضی وجود دارد که ماهیت انشایی دارد. همچنین این بیان در واقع تعریف نیست و مشکلی را حل نمی‌کند، زیرا بقیه اقوال نیز منکر انشاء بودن عقد نیستند. مسئله آن است که عقد انشاء چه چیزی است؟ آیا انشاء یک رابطه است؟ یا ایجاد یک عهد؟ یا... . ضمناً این تعریف بیشتر بیان ماهیت فعل طرفین و متعاقدین (عقد بستن) است تا ماهیت عقد.

۲-۴. عقد به مثابه عهد

این قول، عقد را به معنای عهد یا عهد مؤکد و موثق می‌داند: «ان العقد هو العهد الموثق» (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۲۲) میرزای نائینی معتقد است عقد موجودی اعتباری است که الزام و التزام در آن وجود دارد، از سویی عقد، عهدی موثق است که ناشی از ایجاب و قبول است و نه خود ایجاب و قبول و الفاظ در واقع آلات ایجاد معانی انشائیه هستند (غروی نائینی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص. ۱۱۲).

این نظر به خصوص با تقریر مرحوم بجنوردی به معنای غربی از تعهد نزدیک است و قائل به آن در تبیین ماهیت غالب عقود و به خصوص عقودی مانند بیع و اجاره به مشکل برمی‌خورد. تعهد اثر مستقیم عقود تملیکی نیست (محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹، ج ۱، ص. ۶۵). عقد تملیکی ملکیت چیزی را به دیگری منتقل می‌کند و در آن تعهدی در کار نیست، آری پس از انتقال ملکیت بایع و مشتری هر یک تعهداتی مانند تسلیم ثمن و ثمن دارند که از ثمرات عقد است ولی ذات و ماهیت خود عقد نیست. با الهام از حقوق فرانسه اساتید پیشنهاد داده‌اند که در اینجا نیز فرض کنیم اثر مستقیم همه عقود تعهد است، ولی در عقود تملیکی این تعهد بلافاصله اجرا و ملکیت منتقل می‌شود (محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹، ج ۱، ص. ۶۵).

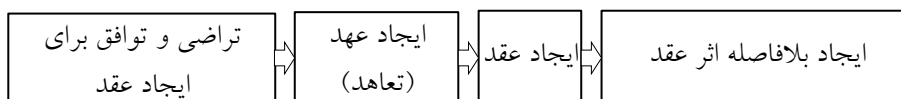
۲-۵. عقد به مثابه قول یا فعل شرعی

صاحب جواهر در این قول متفرد است. ایشان قبل از ورود به کتاب متاجر عقد بماهو عقد را این‌گونه تعریف نموده است: «و هو لغه ضد الحل، و شرعاً قول من المتعاقدين، أو قول من أحدهما و فعل من الآخر رتب الشارع الأثر المقصود علیه» (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۲۲، ص. ۳).

این قول شبیه قول مشهور است با همان انتقادهای وارد بر آن (محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹، ج ۱، ص. ۶۵)؛ اما توجه به شرعی بودن آثار عقد ولو اینکه آن را در ماهیت عقد وارد نکنیم توجه درستی است. عقد ولو دارای حقیقتی شرعی و متشرعه نباشد دارای شرایط و ضوابطی است که غالباً در ماهیت نیز دخیل می‌شوند و این شرایط را شارع روشن نموده است.

۲-۶. عقد به مثابه تعهد

برخی از اساتید حقوق معتقدند در حقوق ایران و حتی فقه امامیه نظریه تعهدات با مفهومی کم‌ویش شبیه حقوق تعهدات مدرن وجود دارد. مهم‌ترین قائل این قول استاد جعفری لنگرودی در کتاب مکتب‌های حقوقی در اسلام (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ص. ۲۰۲) و کتاب حقوق تعهدات (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۹) هستند؛ اما به نظر این سخن، صحیح نیست و فقه امامیه با نظریه عمومی تعهدات به معنای رومی - ژرمنی آن مخالف است. به نظر می‌رسد استاد لنگرودی دچار اشتراک لفظی بین «عقد» در فقه و obligation شده‌اند. فقهای که عقد را عهد می‌دانند ناظر به ماهیت معاملی ذات عملی بوده است که بین متعاملین انجام می‌شده است و نه ذات عقد. متعاقدين با هم تراضی می‌کنند تا بیع کنند، این تراضی همواره نوعی تعاهد و قرار معاملی است، اما ذات خود عقد بیع، تعهد نیست بلکه تملیک است و نه حتی تعهدی که بلافاصله اجرا شود. بین عقد و ایجاد اثر تملیکی آن فاصله نیست، بلکه تعاهد فاصله بین متعاقدين و ذات عقد است:



هر عقدی مانند بیع موجد پاره‌ای تعهدات است (مانند تعهد به تسلیم که البته آن نیز نوعی ملکیت ذمه است) و شاید تسمیه عقد به تعهد از باب تسمیه کل به اجزاء باشد؛ لذا فقه این موضوعات را با مبنای ملکیت حل می‌کند و نیازی به نظریه تعهدات فرانسوی ندارد.

۲-۷. جمع‌بندی تعریف فقهی عقد

اولاً، باید بین دو مفهوم «عقد» و «عقد بستن» تمایز گذاشت (برای دیدن تفصیل این تمایز ر.ک: بیگدلی و محمدی، ۱۴۰۰). از منظر فقها «عقد» یک نهاد، چارچوب و قالب شاری است، اما «عقد بستن» فعل مکلفین و متعاقدين است؛ غالب فقها در واقع عمل عقد بستن را تعریف کرده‌اند و نه خود عقد را. ثانیاً، تمامی نظریه‌های فقهی در مورد عقد بستن، دارای یک هسته مشترک است و آن

اینکه عقد بستن در واقع ایجاد یک رابطه و تعاهد طرفینی است که می‌تواند موضوعات مختلفی چون تملیک، اذن، انتقال و... را دربرگیرد (کاربرد مصدری واژه تعهد برای تبیین عقد). از سویی «عقد» به‌مثابه چارچوبی شرعی تعریف می‌شود که موضوع آن، اعم از نقل و انتقال و ملکیت و اذن و سایر آثار حقوقی است (ملکیت می‌تواند ثمره مستقیم عقد باشد). مهم‌ترین عقدی که به‌صورت سنتی در فقه محور همه بحث‌ها قرار می‌گیرد عقد بیع است که فرد اجلای عقود تملیکی است؛ عقد بیع معین و کلی قطعاً ملکی است و عقودی چون عقد صلح و جعاله و... نیز در واقع خود نوعی ملکیت ذمه را ایجاد می‌کنند به‌عبارتی با غلبه ادبیات ملکیت، مفهوم ملکیت بسیار گسترده شده است و شامل ملکیت ذمه، ملکیت کلی، کلی در ذمه و... می‌شود؛ لذا می‌توان در فقه تمامی عقود را ذیل ملکیت موجه نمود (ر.ک: بیگدلی، ۱۳۹۳، ص. ۲۵۳).

۳. تعریف عقد در حقوق ایران

قانون مدنی ایران در ماده ۱۸۳ که یکی از پربحث‌ترین مواد این قانون بوده است عقد^۱ را تعریف نموده است. طبق این ماده: «عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آن‌ها باشد». این ماده محل اشکال و جواب‌های بسیاری شده که نیاز به مرور دارد.

۳-۱. اشکالات وارده بر ماده ۱۸۳

بر این ماده سه اشکال اساسی و چند اشکال فرعی وارد شده است:

۳-۱-۱. اشکالات اساسی

۱- عدم شمول عقود تملیکی: تعریف مزبور شامل عقد تملیکی نمی‌شود، در عقود تملیکی به محض ایجاد عقد ملکیت حاصل است و تعهدات جنبه فرعی دارند مگر آنکه راه‌حل فرانسه را بپذیریم و بگوییم به محض ایجاد تعهد در عقود تملیکی،

۱. در مورد اینکه در حقوق ایران آیا بین دو واژه عقد و قرارداد اختلافی هست یا خیر ر.ک: امیری قائم‌مقامی، ۱۳۷۸، ص. ۵۲.

تعهد ایفاء و ساقط می‌گردد تعارض این ماده با ماده ۳۳۸ ق.م و تعریف بیع کاملاً روشن است (امامی، ۱۳۵۵، ج ۱، ص. ۱۶۰؛ محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹، ج ۱، ص. ۷۲؛ شهیدی، ۱۳۹۰، ص. ۳۶، ش ۹؛ قاسم‌زاده، ۱۳۸۳، ص. ۱۰؛ نوین، ۱۳۸۴، ص. ۲۷؛ علی‌آبادی، ۱۳۸۱، ص. ۹).

۲- مغالطه سبب و مسبب: این تعریف عقد را به تعهد تعریف نموده است در حالی که تعهد، مسبب، اثر و معلول عقد است و نه خود عقد، این نشان از اختلاط معنای عقد و تعهد نزد تدوین‌کنندگان قانون مدنی دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص. ۱۶).

۳- عدم شمول عقود معوض: این تعریف شامل عقود معوض نمی‌شود و تنها شامل عقود مجانی است زیرا در عقود معوض، هر دو طرف تعهد را قبول می‌کنند، مانند قوانین کار که در واقع دو تعهد وجود دارد و تعهد یک طرف در مقابل تعهد طرف مقابل قرار می‌گیرد و ماهیت آن را دو تعهد تشکیل می‌دهد در صورتی که در ماده ۱۸۳ ق.م عقد را متضمن یک تعهد دانسته است (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص. ۲۰).

۳-۱-۲. اشکالات فرعی

۱- این تعریف کامل نیست و شامل انتقال تعهد و یا سقوط تعهد نمی‌شود؛ زیرا ظاهراً ماده دلالت دارد که موضوع ماده ایجاد تعهد است. لذا اقاله که خود نوعی قرارداد بر فسخ تعهد سابق است و باید متضمن بر شرایط اساسی صحت معاملات باشد، شامل تعریف مندرج در ماده نمی‌شود (صفایی، ۱۳۸۳، ص. ۱۹).

۲- این تعریف شامل قراردادهایی که برای هر دو طرف ایجاد تعهد می‌کند نمی‌شود (صفایی، ۱۳۸۳، ص. ۱۹).

۳- این تعریف شامل عقود که هیچ تعهدی ایجاد نمی‌کنند نیز نمی‌شود مانند هبه (شهیدی، ۱۳۹۰، ص. ۳۸).

۴- تعریف مذکور صرفاً ناظر به افراد است و اشخاص حقوقی را شامل نمی‌شود مگر با تفسیری گسترده از واژه «نفر» (صفایی، ۱۳۸۳، ص. ۱۹؛ قاسم‌زاده، ۱۳۸۳، ص. ۱۰؛ علی‌آبادی، ۱۳۸۱، ص. ۹).

۵- تفکیک مفهوم عقد از تراضی الزام‌آور و اختصاص عقد به امر موجد تعهد بی‌فایده و نادرست است زیرا قواعد کلی بر همه قراردادها حاکم است و نه صرفاً عقود

موجد تعهد. ضمن آنکه پاره‌ای از عقود معین که قطعاً عقد است به‌طور مستقیم ایجاد تعهد نمی‌کند و توجیه اجرای تعهد به محض ایجاد که در حقوق فرانسه پذیرفته شده با مبانی حقوق ما و فقه سازگار نیست، در نتیجه این اشکال ناشی از تقلید نابجای تدوین‌کنندگان از قانون فرانسه است (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص. ۱۸).

۶- اشکالی که به نظر می‌توان بر موارد بالا افزود آن است که با توجه به تفکیک دو مفهوم عقد و عقد بستن، به نظر می‌رسد قانون مدنی ایران اصولاً عقد را تعریف ننموده بلکه «عقد بستن» را تعریف نموده است، یعنی به جای آنکه متعرض ماهیت عقد به مثابه یک نهاد و چارچوب قانونی و شرعی برای ایجاد آثار حقوقی در خارج شود، عمل متعاقدین را تعریف کرده و آن را به تعهدکردن که نوعی فعل اشخاص است بازتعریف نموده است، این تعریف ناظر به تحلیل فعل متعاقدین است و نه حقیقت، ماهیت و ذات خود عقد. اگر قانون مدنی قصد آن را داشت که عقد را تعریف کند، باید ذات عقد را تعریف می‌کرد و نه عمل عقد بستن را.

۳-۲. پاسخ به اشکالات ماده ۱۸۳ق.م

حقوقدانان برای رفع این تعارض‌ها و اشکال‌ها پاسخ‌هایی داده‌اند:

- ۱- عقد دائر مدار عهد است، اما اگر مفاد تعهد بلافاصله ایجاد و اجرا شود مانند آنکه در عقد بیع تعهد به تملیک و تسلیم با عقد ایجاد و بلافاصله (آن‌ما) اجرا شود مشکل حل خواهد شد. در فروضی که مفاد تعهد بلافاصله انجام گیرد آن عقد را تملیکی و در غیر این صورت عهدی می‌گوییم (محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹، ج ۱، ص. ۷۳؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۱، ص. ۱۸). این راه‌حل با انتقادهای فراوانی مواجه شده و عملاً فرضی بدون دلیل است که سنت فقهی و متن صریح قانون مدنی آن را برنمی‌تابد (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۱، ص. ۱۸؛ کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص. ۷).
- ۲- اما اصلی‌ترین پاسخی که تلاش داشته است تمامی اشکال‌های بالا را یک‌جا مرتفع نماید، ارائه‌دادن تفسیری متفاوت از واژه «تعهد» در ماده است. این نظر معتقد است «تعهد» در ماده ۱۸۳ق.م به معنای تعاهد فقهی و گره‌خوردن دو اراده برای ایجاد آثار حقوقی به‌کاررفته است. این اساتید معتقدند، تعهد در ماده ۱۸۳ق.م مدنی در معنای

مصدری استفاده شده نه اسم مصدری، کاربرد مصدری، با معنای لغوی تعهد در عربی، نزدیک است که به «حفظ و نگهداری یک شیء» دلالت دارد (جعفری خسروآبادی، ۱۳۹۶، ص. ۸۱).^۱ این دسته از اساتید ماده را این گونه تفسیر می‌نمایند که منظور از تعهد بر امری، قرارگذاشتن و بناگذاشتن است حال این اثر می‌تواند عهدی باشد یا تملیکی. در این نگاه تعهد، عهد در مقابل تملیکی نیست بلکه معامله و ایجاد یک رابطه اعم است که بنابر اقتضاء، آثار عهدی تا تملیکی دارد (محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹، ج ۱، ص. ۷۳؛ کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص. ۶، ش ۶؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۱، ص. ۲۱، ش ۱۰؛ خوئینی، ۱۳۷۹، ص. ۵۳؛ جعفری خسروآبادی، ۱۳۹۶، ص. ۸۱). به عبارتی منظور ماده ۱۸۳ ق.م «عهد» پسینی نیست، بلکه عهد پیشینی است یعنی طرفین با انعقاد عقد، قرار و بنایی می‌گذارند، نه اینکه طرفین چیزی را به موجب عقد به عهده بگیرند؛ طرفین تنها تراضی و اراده خود را به التزام به مضمون یک عقد اعلام می‌دارند و اعلام می‌کنند که امر اعتباری عقد و مفاد آن را نگهداری و حفظ می‌کنند حال این محتوا هر چه می‌خواهد باشد، وفای به این عهد، مانند وفای به شرط نتیجه است و دلالت بر حفظ مضمون شرط دارد نه ایجاد امری جدید (جعفری خسروآبادی، ۱۳۹۶، ص. ۸۲).

استاد جعفری لنگرودی با توجه به مبنای خاص خود در تفسیر عهدی تمامی عقود، معتقدند تعهد در ماده ۱۸۳ ق.م همان تعاهد و تعاهد در فقه است که ماهیت تمامی عقود را تشکیل می‌دهد، لذا تعاهد هیچ مابیتی با مدلول ماده ۳۳۸ ق.م ندارد؛ زیرا منظور ماده ۱۸۳ ق.م آن بوده است که عقد، التزام به حفظ و نگهداری مضمون و مفاد عقد است، در حالی که ماده ۳۳۸ ق.م در مقام تعیین محتوا و مفاد عقد بیع بوده است، ایشان با انتقاد از کسانی که به فقه تسلطی نداشته‌اند از جمله شارح اول قانون مدنی، معتقدند هر عقد چهار عنصر دارد: ۱- تعهد به معنای تعاهد؛ ۲- قصد انشاء (یک‌جانبه یا دوجانبه)؛ ۳- کاشف از قصد انشاء (ایجاب و قبول)؛ ۴- لفظی بودن کاشف. سپس ایشان با نقل قول تعریف استاد کاتوزیان از عقد، بر آن تاخه است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، ص. ۱۲ به

۱. برای دیدن معنای لغوی و اصطلاحی «تعهد» و «التزام» در فقه امامیه و عامه و حقوق کشورهای دیگر رک: جعفری خسروآبادی، ۱۳۹۶؛ دیلمی، ۱۳۹۸؛ خوباری و طباطبایی، ۱۴۰۰.

بعد). برخی دیگر از اساتید نیز از این نظر که این ماده اصولاً از تعریف فقهی عقد گرفته شده و ترجمه ماده فرانسوی نیست دفاع می‌کنند (خوئینی، ۱۳۷۹، ص. ۵۰) و هیچ‌یک از اشکال‌های مطرح شده بر ماده ۱۸۳ق.م را وارد نمی‌دانند (جعفری خسروآبادی، ۱۳۹۶، ص. ۸۴؛ خوبیاری و طباطبایی، ۱۴۰۰، ص. ۱۲۰).

برخی اساتید نیز نقدها را وارد می‌دانند و از عدم تغییر ماده ۱۱۰۱ق.م.ف در حین ترجمه انتقاد کرده و معتقدند نمی‌توان این اشکال‌ها را پاسخ داد و البته حق با این دسته از اساتید است. خود این اساتید عقد را به صورت زیر تعریف می‌کنند: «همکاری متقابل اراده دو یا چند شخص در ایجاد ماهیت حقوقی» (شهیدی، ۱۳۹۰، ص. ۳۹).

۳-۳. نظر برگزیده در تفسیر ماده ۱۸۳ق.م

به نظر تعارض موجود در ماده ۱۸۳ق.م با سایر مقررات و مواد از نمونه‌های تعارض‌های بنیادین قانون مدنی بوده و قابل حل نیست. غالب اساتید نیز این تعارض را به صورت صریح یا ضمنی پذیرفته و در صدد ارائه تعاریف جدیدی از عقد برآمده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۱، ص. ۲۱؛ صفایی، ۱۳۸۳، ص. ۲۰؛ شهیدی، ۱۳۹۰، ص. ۳۹). برای فهم درست منظور ماده ۱۸۳ق.م باید به چند نکته توجه نمود:

۱- ماده ۱۸۳ق.م در واقع در پی تعریف «عقد بستن» بوده است نه «عقد»، ابهام ناشی از به‌کارگیری نادرست واژه «عقد» در ابتدای ماده، دامن‌گیر غالب تفاسیر طیف‌های مدافع و منتقد این ماده شده است و اساتید کم‌تر در ابتدا، به این موضوع پرداخته‌اند. چنان‌که در آثار فقهی نیز غالباً عقد بستن تعریف شده است نه خود عقد، به نظر می‌رسد قانون مدنی، در ماده ۳۳۸ نیز، عقد بیع بستن را تعریف نموده اما ماده ۴۶۴ق.م و به‌ویژه ۴۶۶ق.م خود عقد را تعریف کرده‌اند. لذا این سخن که ماده ۱۸۳ق.م و ۳۳۸ق.م دو موضوع جداگانه دارند و اصولاً نمی‌توانند موضوع تعارض قرار بگیرند درست نیست، زیرا هر دو در پی تعریف «عقد بستن» بوده‌اند.

۲- تقریباً تمامی اساتید معترفند که ماده ۱۸۳ق.م ترجمه و اقتباس شده از ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی فرانسه (قدیم) است (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۱، ص. ۱۶؛ صفایی، ۱۳۸۳، ص. ۱۸؛ محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹، ج ۱، ص. ۷۲؛ شهیدی، ۱۳۹۰، ص. ۳۹؛

امیری قائم مقامی، ۱۳۷۸، ص. ۵۳ و...) و حتی اساتیدی که در پی دفاع از ماده هستند نیز بر اینکه این ماده از ماده ۱۱۰۱ ق.م.ف گرفته شده معترفند اما فائلمند به رسم مآلوف، مؤلفان قانون مدنی در آن دخل و تصرف‌هایی نموده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، ص. ۱۰). از سویی تعریف سایر عقود در بخش عقود معین مانند ماده ۳۳۸ ق.م. در تعریف بیع، ماده ۴۶۴ ق.م. در تعریف معاوضه؛ ماده ۴۶۶ ق.م. در تعریف اجاره و... تعاریف را از فقه امامیه گرفته است یعنی انصاف آن است که این دو دسته تعریف از دو سنت حقوقی متفاوت اخذ شده‌اند.

۳- به نظر می‌رسد تدوین‌کنندگان قانون مدنی به تعارض ماده ۱۱۰۱ ق.م.ف با معنای عقد در نظام فقهی توجه داشته‌اند، لذا سعی نموده‌اند آن را به گونه‌ای با این نظام هماهنگ سازند؛ اما در این کار موفق نبوده‌اند. تدوین‌کنندگان عین ماده ۱۱۰۱ ق.م.ف را ترجمه نموده‌اند و موضوع تعهد را (انتقال، انجام کار، عدم انجام کار) ذکر نموده‌اند و شاید گمان کرده‌اند با تعریف اجمالی «تعهد بر امری» و مبهم رها نمودن موضوع تعهد مشکل رفع می‌گردد؛ اما چون مشکل در عبارت «تعهد بر» بوده است ابهام در موضوع، مشکل را حل نکرده است و تعارض باقی مانده است. ضمن آنکه تعیین موضوع تعهد در ماده ۲۱۴ ق.م. عملاً این حذف را بی‌فایده نموده است.

۴- اما مهم‌ترین نظریه رقیب این سخن، نظریه‌ای است که قائل است واژه تعهد در ماده ۱۸۳ ق.م، همتا تعاهد فقهی است. به نظر می‌رسد این نظریه درست نباشد زیرا: اولاً، ناهمگونی سیاقی: اگر ماده از فقه مأخوذ بود باید در سیاق جمله ماده ۳۳۸ ق.م می‌آمد؛ اما این دو عبارت با هم بیگانه‌اند کما اینکه ماده ۱۸۳ ق.م با ماده ۴۶۶ ق.م و سایر تعاریف از عقود نیز از نظر ساختار جمله و مفاد کاملاً ناهمگون است.

ثانیاً، عدم مطابقت با مشهور: بنای تدوین‌کنندگان پیروی از مشهور در فقه است و دیدیم که مشهور، عقد (و حتی عقد بستن) را تعاهد و پیوند دو اراده و قرار و معامله نمی‌دانند؛ بلکه صاحب عناوین و برخی دیگر از این سخن دفاع نموده‌اند؛

۱. به نظر می‌رسد تعریف عقد بستن به صرف تعاهد، درست نیست و نظر صاحب عناوین و... قابل خدشه است، از جمله اینکه، این تعریف یک تعریف انتزاعی - ذهنی است نه واقعی. طرفین همواره موضوع عقد را در ماهیت

اما مشهور قائل به این تعریف نیست و عقد را از سنخ ایجاب و قبول یا انشاء می‌داند، لذا ماده ۱۸۳ق.م می‌توانست عقد بستن را به انشاء رابطه‌ای حقوقی تعریف نماید.

ثالثاً، عدم دلالت واژه تعهد: اگر منظور تعاهد فقهی است و تدوین‌کنندگان آن معنا را مدنظر داشته‌اند نباید از واژه تعهد بهره می‌بردند، چرا که اینک همه فقهایی نیز که به این تعریف قائل هستند هیچ‌گاه از لفظ تعهد استفاده ننموده‌اند بلکه از عهد، تعاهد، التزام، قرار معاملی و... استفاده نموده‌اند.

رابعاً، توجه به مضمون ماده ۱۹۱ق.م: ماده ۱۸۳ عقد را تعهد بر امری می‌داند که مورد قبول باشد. از سویی در ماده ۱۹۱ق.م تحقق این تعهد را منوط به وجود قصد انشاء و مقرون بودن آن به دال می‌داند، این سخن نشان می‌دهد قصد انشاء و ایجاب و قبول که از ارکان عقود در فقه هستند در قانون مدنی جزء ذات و ماهیت عقد نیستند بلکه شرط تحقق است و این خود نشان می‌دهد منظور در ماده ۱۸۳ق.م تعاهد فقهی نیست.

خامساً، توجه به مضمون ماده ۲۱۴ق.م: در این ماده، مقنن ابهام «تعهد بر امری» را روشن می‌کند نشان می‌دهد که منظور مقنن، کاملاً تعهد فرانسوی است؛ زیرا می‌گوید مورد معامله باید مال یا عملی باشد که هر یک از متعاملین تعهد تسلیم یا ایفاء آن را می‌کنند؛ به نظر می‌رسد در این ماده، آنچه را در ترجمه ماده ۱۱۰۱ق.م.ف در ماده ۱۸۳ فروگذارده بود استدراک نموده و موضوع تعهد را عمل یا مالی که باید تسلیم شود می‌داند، تعارض این ماده با تعریف بیع که تملیکی است و نیز با ماده ۳۴۸ق.م روشن است.

سادساً، مخالفت با ظاهر ماده: از همه روشن‌تر، تعاهد فقهی، تعاهد بر هیچ «امری» نیست، تعاهد فقهی یک عهد و قرار مطلق است که موضوع آن پایبندی و حفظ اصل یک قرار و عقد است. ماده ۱۸۳ق.م تصریح دارد که عقد (عقد بستن) تعهد

و ذات عقد لحاظ می‌کنند، طرفین به صرف العقد ملتزم نمی‌شوند بلکه غایت آنها موضوع عقد (تملیک، اذن و...) است و طرفین به کل رضا می‌دهند. تفصیل مطلب مجالی دیگر می‌طلبد.

بر «امری» است؛ تفسیر «امر» بر اصل عقد نیز منجر به ایجاد «دور» در تعریف می‌گردد، لذا ظاهر بلکه نص ماده، نشان می‌دهد که منظور تدوین‌کنندگان، تعهد فرانسوی بوده است نه تعاهد فقهی.

دقت در این موارد و به‌خصوص توجه به ماده ۲۱۴ ق.م.نشان می‌دهد که منظور قانون مدنی از ماده ۱۸۳ همان مفهوم تعهد فرانسوی است و حمل آن به معنای تعاهد و قرار معاملی فقه بی‌وجه است.

نتیجه آنکه ماده ۱۸۳ ق.م.برآمده از سنت رومی - ژرمنی و ناظر به نظریه عمومی تعهدات است اما مواد ۳۳۸ ق.م. و همه عقود معین، برآمده از سنت فقهی تملیکی هستند و لذا تعارض ماده ۱۸۳ با ماده ۳۳۸ و مواد مشابه، مبنایی بوده و این مواد با هم غیرقابل جمع هستند.

۴. تعریف برگزیده از عقد

در بحث از ماهیت عقود باید دو مفهوم را از هم جدا نماییم:

اول. تعریف «عقد»: عقد، نهاد و چارچوبی است که شارع (نظام‌های دینی) یا قانون (سکولار) برای تحقق آثار حقوقی وضع می‌نماید تا احتیاج‌ها و امیال فردی و اجتماعی بشر تأمین شود. این وضع و جعل ارتباط وثیقی با مبانی و نظام اجتماعی و مبانی فکری و جهان‌شناختی و انسان‌شناختی جاعل و واضع دارد فلذا نظام‌های مختلف عقود مختلفی ایجاد می‌کنند. در نظام‌های سکولار و بشری این چارچوب‌ها با سوگیری نظم عمومی از سوی خود انسان‌ها ایجاد و خلق می‌شوند تا همه افراد بتوانند به حداکثر میل ممکن خود دست یابند و نظم اجتماعی نیز حفظ شود. البته ممکن است که هر نظامی مقداری از اختیار ایجاد عقد و قالب را به خود افراد واگذارد؛ اما این اختیار نیز در قالب یک چارچوب و ضوابط کلی‌تر معنا می‌یابد و در هیچ نظامی مطلق نیست (مانند ماده ده قانون مدنی ایران یا عقد صلح در فقه و یا نهادهای مشابه در حقوق فرانسه و کامن‌لا)، یعنی شارع، خود گاه جعل عقلا را بما هم عقلا دارای حجت می‌داند (در این مرحله فرض آن است که بین مجعولات شارع با بنای عقلا تعارضی نیست) اما حجیت این جعل‌ها نیز در چارچوبی از سوی شارع معلوم می‌شود و ضوابط آن باید رعایت شود والا حجت نخواهد بود، لذا بنای عقلا نیز با واسطه، حکم شرعی است.

دوم. تعریف «عقد بستن»: «انعقاد عقد» (عقد بستن) فعل مکلفین است، عقد بستن الحاق به عقد (چارچوب شرعی و قانونی) برای تحقق و تنفیذ آثار حقوقی آن عقد است. عقد بستن مانند هر عمل انسانی یک «فرایند» است. انسان با دیدن یک شیء یا مال (اجمالاً) به آن میل پیدا می‌کند و برای برآوردن این میل (نیاز) «اقدام» می‌کند. اقدام شامل طیف گسترده‌ای از امور است، این اقدام‌ها در نظام‌های دینی باید در چارچوب‌هایی باشد که شارع ایجاد و جعل کرده، اگر این اقدام‌ها داخل این چارچوب باشد مؤثر است ولی اگر این چارچوب‌ها و شکل‌ها و اسباب رعایت نشود عمل شخص بی‌اثر و در ضمن حرام (در نظام‌های غیردینی جرم) است. توجه به این نکته مفید است که در هنگام انعقاد عقد، طرفین یک کل را در نظر می‌گیرند نه یک ماهیت منتزعه مفهومی را؛ به‌عنوان مثال وقتی طرفین قصد بیع دارند درست است که محور اصلی تعلق اراده آن‌ها مبادله و انتقال ملکیت است اما این هسته مرکزی با احکام و آثار پیرامونی، مدنظر متعاقدین قرار می‌گیرد و با توجه به این کل، به آن ملحق شوند؛ مثلاً در بیع توجه می‌کنند که مالکیت منتقل می‌شود، اختیارات وجود دارد، ضمان تلف قبل از قبض وجود دارد، کلمات حمل بر معانی عرفی می‌شود و... همه و همه قصد و رضا و انشا را محقق می‌کند.

نتیجه‌گیری

ماده ۱۳۸ قانون مدنی عقد را به‌مثابه تعهد به امری تعریف کرده، درحالی‌که ماده ۳۳۸ همین قانون، بیع را به‌مثابه تملیک تعریف کرده است. علت اصلی این ناهماهنگی آن است که در نظام حقوق فرانسه، نظریه عمومی تعهدات عهده‌دار تبیین و معناداری به مفاهیم کلیدی حقوق مدنی است، در نظریه عمومی تعهدات، دو شخص در برابر هم، واجد «تعهد» می‌گردند، ملکیت نیز، تعاهد دو طرف برای پاسداشت حریم اموال یکدیگر است، لذا تمامی عقود با مفهوم «تعهد» موجه می‌شوند، اما در فقه امامیه، با توجه به وجود مفهوم ذمه و قابلیت تملک ذمه از سوی افراد، اصل در توجیه عقود، ملکیت است؛ لذا تلاش می‌شود، عقود، هماره، تملیکی تعریف شوند. دوگانه عهدی - تملیکی منجر به ایجاد دشواری در جمع بین معانی عقد شده است؛ لذا تعریف تملیک

ذیل عقود عهدی (تعهد) امری است که حتی نظام‌های رومی - ژرمنی را نیز درگیر کرده است؛ اما نظام رومی ژرمنی، از تعریف عهدی عقود دست نکشیده است. همین مسئله، نظام حقوقی ایران را نیز درگیر نموده و تلاش‌ها برای حل این دوگانه چندان موجه و روا نبوده است؛ لذا به نظر می‌رسد، امکان متلائم ساختن این دو نظریه با توجه به: ۱- ریشه‌های متفاوت این دو؛ ۲- تعریف مقبول نزد دو نظام از عقد؛ ۳- تفاوت مفهوم نهاد عقد و فعل عقد بستن؛ فراهم نیست.

پیشهادها

پیشنهاد می‌شود:

قانون مدنی ایران بین مفهوم «عقد» و «عقد بستن» تمایز صریح قائل شود و اصل را بر تملیکی بودن عقود گذاشته و عقود عهدی را نیز ذیل عقود تملیکی تعریف نماید. به این ترتیب ماده ۱۸۳ق.م با درج چنین مضامینی می‌تواند اصلاح گردد:

«عقد عبارت است از «نهادی» قانونی که موجب ایجاد آثار حقوقی مخصوص به خود آن عقد می‌گردد، مانند عقد بیع که منجر به تملیک است.»

«عقد بستن» عبارت است از توافق یک یا چند شخص با یک یا چند شخص دیگر برای تنفیذ آثار مخصوص به یک عقد.»

قابل ذکر است، هر نظام حقوقی با توجه به مبنای خود در جواز یا عدم جواز ایجاد عقود غیر نام‌برده شده در قوانین می‌تواند ذیل این ماده با گنجاندن متنی، این امکان یا عدم امکان را تصریح نماید، در نظام حقوقی فعلی ایران با توجه به وجود ماده ۱۰ قانون مدنی، می‌توان پیشنهاد داد:

«تبصره: اشخاص می‌توانند با توافق، عقود غیر نام‌برده شده در قانون را ایجاد نمایند به شرطی که آثار مخصوص عقد جدید روشن بوده و خلاف مفاد آمره قانونی، نظم عمومی و مسلمات شرعی نباشد.»

هر چند پیشنهاد ذیل با قول مشهور فقها انطباق بیشتری دارد (عدم جواز):

«عقد، نهادی قانونی است و اشخاص نمی‌توانند با توافق خود، عقود غیرنام‌دار در قوانین مدونه را ایجاد نمایند؛ در صورتی که طرفین آثاری را بخواهند که در عقود معین (دارای نام) وجود ندارد، باید در قالب عقد صلح، آثار را ایجاد نمایند. این آثار باید

مورد تصریح بوده و خلاف مفاد امره قانونی، نظم عمومی و مسلمات شرعی نباشد».

منابع

- اصفهانی، محمدحسین کمپانی (۱۴۱۸ق). حاشیه کتاب المکاسب. قم: أنوار الهدی.
- امامی، حسن (۱۳۵۵). حقوق مدنی. تهران: کتابفروشی اسلامیه.
- امیری قائم مقامی، عبدالمجید (۱۳۷۸). حقوق تعهدات (جلد دوم) اعمال حقوقی - تشکیل عقد. تهران: نشر میزان.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق). کتاب المکاسب. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- اوبر، ژان لوک و دوتیول، فرانسوا کولار (۱۳۹۰). حقوق تعهدات: قراردادها. ترجمه و تحقیق مجید ادیب، تهران: میزان.
- بیگدلی، عطاءالله (۱۳۹۳). تفاوت مبانی نظریه تعهدات در دو نظام رومی - ژرمنی و فقه امامیه و آثار آن در حقوق قراردادهای ایران و فرانسه. (رساله دکتری). استاد راهنما: سیدمصطفی محقق داماد، دانشگاه امام صادق (علیه السلام)، تهران، ایران.
- بیگدلی، عطاءالله و محمدی، محمدرضا (۱۴۰۰). بررسی انتقادی تعاریف عقد در فقه امامیه و ارائه نظریه تفاوت بنیادین «ماهیت عقد» با «انعقاد عقد». آموزه‌های فقه مدنی، ش ۲۶، صص. ۲۱-۴۶.
- بینابنت، آلان (۲۰۰۴م). القانون المدني، الموجبات (او الالتزامات). ترجمه منصور القاضی، بیروت: مجد (المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع).
- جعفری خسروآبادی، نصراله (۱۳۹۶). تأملی بر مفهوم «تعهد و التزام» در فقه امامیه و حقوق ایران. مطالعات حقوقی، ۹(۳)، صص. ۷۵-۹۶.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۰). مکتب های حقوقی در اسلام. تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۶۹). حقوق تعهدات (دوره حقوق مدنی) جلد اول. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۰). فلسفه حقوق مدنی، جلد اول: عناصر عمومی عقود. تهران: کتابخانه گنج دانش.
- خوبیاری، حامد و طباطبایی، سید محمدصادق (۱۴۰۰). تحلیل ماهیت «عقد عهدی» با بازخوانی مفهوم «تعهد» در حقوق ایران. مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق، (۴۳)، صص. ۱۰۵-۱۲۸.

- خوئینی، غفور (۱۳۷۹). حقوق تعهدات: تحلیل فقهی حقوقی. تهران: زهد.
- دادمرسی، سیدمهدی (۱۳۹۳). تعارض تعریف قانونی عقد با بیع با رویکردی به فقه و حقوق غرب. پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، (۱)، صص. ۲۷-۴۲.
- داکسبری، رابرت (۱۳۷۷). مروری بر حقوق قراردادهای در انگلستان. ترجمه حسین میرحمد صادقی، تهران: نشر حقوق دان.
- دیلمی، احمد (۱۳۹۸). کالبدشناسی مفهوم تعهد. دانشنامه‌های حقوقی، (۴)، صص. ۲۶۹-۲۸۶.
- سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ق). مهذب الأحكام. قم: مؤسسه المنار.
- شهیدی، مهدی (۱۳۹۰). تشکیل قراردادهای و تعهدات (حقوق مدنی جلد اول). تهران: مجد.
- صاحب جواهر، محمدحسن (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- صفایی، سیدحسین (۱۳۸۳). قواعد عمومی قراردادهای. تهران: نشر میزان.
- عاملی، سید جواد بن محمد (۱۴۱۹ق). مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- عراقی، آقا ضیاءالدین علی کزازی (۱۴۲۱ق). حاشیه المکاسب. قم: انتشارات غفور.
- علی‌آبادی، علی (۱۳۸۱). ایجاد و سقوط تعهدات ناشی از عقد در حقوق اسلامی. تهران: دانشگاه تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ.
- غروی نائینی، محمدحسین (۱۴۱۳ق). المکاسب و البیع. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- قاسم‌زاده، مرتضی (۱۳۸۳). حقوق مدنی: اصول قراردادهای و تعهدات نظری و کاربردی. تهران: دادگستر.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱). دوره مقدماتی حقوق مدنی، درس‌هایی از عقود معین، جلد اول: بیع، اجاره، قرض، جعاله، صلح. تهران: گنج دانش.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳). حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادهای، جلد اول، مفهوم عقد، انعقاد و اعتبار قرارداد «تراضی». تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳). حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادهای، جلد دوم، انعقاد و اعتبار قراردادهای، ضمانت اجرای شرایط اساسی معامله، نظریه بطلان و عدم نفوذ. تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
- کاشف‌الغطاء (نجفی)، علی بن جعفر بن خضر (۱۴۲۲ق). شرح خیارات اللمعنه. قم: دفتر

انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام*. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۱۸ق). *المختصر النافع فی فقه الإمامیه*. قم: مؤسسه المطبوعات الدینیّه.
محقق داماد، سیدمصطفی و دیگران (۱۳۷۹). *حقوق قراردادها در فقه امامیه*. تهران: سمت.
مراغی، سیدمیرعبدالفتاح بن علی حسینی (۱۴۱۷ق). *العناوین الفقهیه*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
مصطفوی، سیدمحمدکاظم (۱۴۲۳ق). *فقه المعاملات*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
موسوی بجنوردی، سیدحسن بن آقابزرگ (۱۴۱۹ق). *القواعد الفقهیه (للجنوردی، السید حسن)*. قم: نشر الهادی.
نوبین، پرویز (۱۳۸۴). *حقوق مدنی (۱) در عقود و تعهدات به‌طورکلی: انعقاد و انحلال قراردادها*. تهران: تدریس.

Bénabent, Alain (1991). *Droit civil: les obligations*. Montchrestien.
Burrows, A. S. (1998). *Understanding the law of obligations. Essays on contract, tort and restitution/ Andrew Burrows*. Oxford: Hart.
Cabrol, Pierre et Ribeyrol, Monique (2018). *Leçons de Droit des obligations*. Paris: Ellipses.
Catala, Pierre, et al. (2006). *L'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*. Paris.
Garner, Bryan A.; Black, Henry Campbell (2009). *Black's law dictionary*. 9th ed. St. Paul, MN: West.
Gaylor, Rabu (2019). *Droit des obligations*. Paris: Editions Ellipses.
Ghestin, Jacques (1993). *Traité de droit civil: La formation du contrat*. (1-2), Les obligations, paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence. <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap1-dispositions-liminaires/>
Lachière, Christophe (2020). *Droit des contrats*. Paris: Editions Ellipses.
Larombière, Léobon (1862). *Théorie et pratique des obligations, ou commentaire des titres III & IV, livre III du Code Napoléon, Art. 1101 à 1386*, T: 1, Bruxelles: Durand.
Lecourt, Arnaud (2019). *Fiches de droit des obligations*. Paris: Editions Ellipses.
Martin, E. A. (2006). *Law, Jonathan: A dictionary of law*. 6th ed. New York: Oxford University Press.
Mazeaud(s), (Henri, Jean, Léon) (1995). Chabas, François, *Leçons de droit civil, tome 2, premier volume: Obligations: theorie generale*. Edition 7, par

- Chabas, François, Publisher Montchrestien, paris.
- Molitor, Philippe (2009). *Les Obligations en droit Romain: avec l'indication des rapports entre la Législation Romaine et le droit Français*. Volume 1 n, Paris, 1851
- Neyers, Jason W.; Bronaugh, Richard N.; Pitel, Stephen G. A.: *Exploring contract law*. Oxford, Portland Or.: Hart Pub.
- Neyers, Jason et al. (2009). *Exploring contract law*. Oxford, Portland Or.: Hart Pub.
- Oughton, David; Davis, Martin (2000). *Sourcebook on contract law*. 2nd ed. London: Covendish (Cavendish sourcebook series).
- Samuel, Geoffrey (2001). *Law of obligations and legal remedies*. 2nd ed. London: Cavendish.
- Véronique, Nicolas (2017). *Droit des obligations*. Le contrat, Paris: Editions Ellipses.

رویکردی جدید از فضولی و تطبیق آن بر قانون مدنی ایران

سجاد داورپناه مقدم*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۱/۱۹

حسین صابری**

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۹/۲۵

حسین ناصری مقدم***

نوع مقاله: پژوهشی

چکیده

فقه امامیه پایه‌های اصلی قانون مدنی ایران را تشکیل داده است؛ بر اساس همین وابستگی دیدگاه‌های اساسی و کلان قانون مدنی و به تبع آن بعضی از نظرات حقوقدانان برگرفته از آرای فقهی می‌باشد. یکی از این آراء تعریفی است که از معاملات فضولی ارائه شده است. فقهای امامیه هر معامله‌ای که در آن شخص فضول اموال مالک را مورد معامله قرار داده باشد، معامله فضولی دانسته و از جانب مالک قابل تنفیذ می‌دانند. همین دیدگاه نیز در قانون مدنی امری مسلم و غیرقابل انکار دانسته شده است و به تبع آن حقوقدانان نیز به این تعریف از فضولی اذعان داشته‌اند. اما با بررسی که ما در روایات و عرف داشتیم به این نتیجه رسیدیم که معامله فضولی تنها در شرایطی قابل تنفیذ خواهد بود که فضول امکان برقراری ارتباط با مالک را برای کسب اذن نداشته باشد، در این صورت اگر با حسن نیت اقدام به معامله کند و قصد کسب منفعت برای مالک را داشته باشد، به شرطی که با مالک الفت عمیقی داشته و یا از جانب وی وکیل بوده و نسبت به محدوده اختیاراتش تعدی کرده باشد و معامله‌ای را منعقد ساخته باشد، معامله فضولی وی قابل تنفیذ خواهد بود.

واژگان کلیدی: فضول، فضولی، شروط فضولی، مؤلفه‌های فضولی.

* دانش‌آموخته دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران (نویسنده مسئول).

sajjad.davarpanah@mail.um.ac.ir

** استاد، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران. saberi@um.ac.ir

*** استاد، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران. naseri1962@um.ac.ir



مقدمه

در مقالاتی که رویکرد فقهی و حقوقی دارند و حتی مقالاتی که تنها از منظر قانون به کنکاش و بررسی موضوعات مختلفی می‌پردازند، هیچگاه در ارتباط با اساس و ریشه اصلی معاملات فضولی و اینکه این دسته از معاملات چرا و چگونه قابل تنفیذ هستند و چرا نباید در مواردی قابل تنفیذ نباشند سخی به میان نیامده است. این خلأ نه تنها در مقالات به چشم می‌خورد (غلامرضا راوی و امیدی فرد، ۱۳۹۶، صص. ۲۶۷/۵؛ محقق داماد، ۱۳۹۴، صص. ۲۳-۳۳؛ علی‌نژادی و علی‌نژادی، ۱۳۹۷؛ ره‌پیگ، ۱۳۷۶، صص. ۷۱-۷۸؛ خراطها و سعادت مصطفوی، ۱۳۹۵، صص. ۵-۲۵؛ لولو و مبین، ۱۳۹۶، ص. ۲۲۹؛ ملک‌پور و دریایی، ۱۴۰۰، صص. ۱۸۲-۲۱۴)، بلکه در کتب فقهی و حقوقی نیز همین رویه جاری و ساری بوده و هست. البته در کتب فقهی در مواردی معاملات فضولی باطل و غیرقابل تنفیذ دانسته شده است (بحرانی، ۱۳۶۳، ج ۱۸، ص. ۳۹۱؛ ابن‌ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۲۷۴؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۸، ص. ۱۵۸)؛ اما این رویکرد هیچگاه در کتب حقوقی به چالش کشیده نشده و حقوقدانان، قابل تنفیذ بودن معاملات فضولی را امری مسلم دانسته و تنها به چکش‌کاری در زوایای آن پرداخته‌اند. وجه تمایز این مقاله از سایر تلاش‌هایی که در این زمینه چه در غالب مقاله و یا کتب صورت گرفته است این می‌باشد که بر اساس روایات و عرفی که در بین کسبه و عاملان تجاری وجود دارد تنها بعضی از معاملات فضولی که دارای ویژگی‌های خاصی هستند قابل تنفیذ دانسته شده و مابقی معاملات غیرقابل تنفیذ نام خواهند گرفت. مؤلفه اصلی که در روایات و عرف بدان تأکید می‌شود و معاملات فضولی تنها در صورت بودن این مؤلفه قابل تنفیذ خواهند بود چیزی جز حُسن‌نیت فضولی برای تأمین مصالح مالک به صورت جذب سود و دفع و یا رفع ضررهای احتمالی از مالک نمی‌باشد. براین اساس اگر در معامله‌ای، غیر(فضول) تنها مصلحت خود را در نظر داشته باشد این معامله غیرقابل تنفیذ خواهد بود.

علاوه بر مؤلفه حُسن‌نیت، مؤلفه عدم وجود امکان ارتباط برای أخذ اذن نیز برای قابل تنفیذ بودن معاملات فضولی نقشی اساسی ایفاء می‌کند، بر اساس این مؤلفه اگر امکان برقراری ارتباط با مالک و کسب اذن وجود داشته باشد در این صورت عمل

فضول غیرقابل تنفیذ خواهد بود. علاوه بر دو مؤلفه فوق که از درون‌مایه روایات به‌دست می‌آید وجود یکی از دو شرط: الف) الفت میان فضول و اصیل. ب) امین شمرده شدن فضول از جانب اصیل. برای قابل تنفیذ بودن معاملات فضولی لازم و ضروری است.

براین اساس معیار تشخیص اینکه معامله‌ای قابل تنفیذ است یا خیر وجود مؤلفه حُسن نیت و عدم وجود مؤلفه امکان برقراری ارتباط و همراهی یکی از سه شرط بیان شده، می‌باشد. براین اساس اگر مؤلفه حُسن نیت وجود نداشته و یا امکان برقراری ارتباط میسر شده باشد گرچه معامله فضولی از ناحیه برادر مالک انجام شده باشد و یا وکیل وی از حدود اختیاراتش تعدی کرده باشد بازهم چنین معامله‌ای قابل تنفیذ نخواهد بود.

اما رویکرد ما در قبال روایاتی که معاملات فضولی را غیرقابل تنفیذ می‌دانند چیست؟ در ادامه بیان خواهیم کرد که این روایات صورتی را بیان می‌کنند که فضول یا حُسن نیت نداشته است و یا اینکه یکی از سه شرط لازم بیان شده را رعایت نکرده است.

در ادامه بسیار از عبارات «روایات صحت» و «روایات بطلان» استفاده می‌کنیم که مراد از این دو عبارت، روایاتی است که دلالت بر قابل تنفیذ و غیرقابل تنفیذ بودن عقود فضولی دارند؛ اما پیش از ورود در اصل مسئله، شایسته است که مراد حقیقی از فضولی روشن گردد:

۱. معنای فضولی

ریشه واژه فضولی، فضل است که به معنای زیادت می‌باشد (مرتضی زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج ۸، ص. ۷). در منابع علم فقه واژه فضولی در دو جا استفاده می‌شود در معنای اول به عقدی که از سوی غیرمالک شکل می‌گیرد، اطلاق می‌شود و در معنای دوم، از شخص غیرمالک به‌عنوان فضولی یاد می‌شود (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص. ۳۶۶). در این مقاله برای تفکیک میان این دو معنا فضولی برای معامله و فضول برای شخص استفاده خواهد شد. همچنین باید به این نکته اشاره کرد که عقد فضولی به دو گونه است:

اول. عهدی: در این نوع از عقد، فضول با فرد ثالث عقدی را منعقد می‌کند و در ضمن آن تعهدی را به نفع یا ضرر دیگری قبول می‌کند (امامی، ۱۳۸۶، ج ۱، ص. ۲۹۹). البته پذیرش تعهد به نفع و یا ضرر دیگری بدان معنا نیست که فردی متعهد به انجام فعلی و یا ترک فعلی شود که ضرر و یا نفع آن به فرد دیگری خواهد رسید بلکه منظور از تعریف فوق آن است که شخص فضول، فرد ثالثی را متعهد له و یا متعهد علیه در معامله‌ای قرار دهد، در عین حال که آن شخص اذن در انعقاد آن معامله به شخص فضول نداده است.

دوم. تملیکی: در این معامله فضول، اموال مالک را به شخص ثالث واگذار می‌کند (امامی، ۱۳۸۶، ج ۱، ص. ۲۹۹). منظور از مال در این تعریف تنها کالا نیست که در نتیجه تعریف فوق فضولی را منحصر در فروش قرار دهد، بلکه منظور از «مال» دارایی نقدی افراد نیز می‌باشد در نتیجه خرید و فروش را شامل می‌شود. همچنین عبارت «واگذار کردن» سبب می‌شود که بر اساس تعریف فوق از انحصار فضولی در خرید و فروش چشم‌پوشیم و هر معامله‌ای را که در آن واگذاری اموال وجود دارد در زمره معاملاتی قرار دهیم که فضولی در آنها قابل تصور است مانند اجاره. در مقاله پیش‌رو تنها نوع دوم فضولی که با عنوان فضولی تملیکی از آن یاد کردیم، بررسی خواهد شد. در این نوع از معاملات، فضول معامله‌ی فضولی را گاهی به نفع مالک و گاهی به نفع خود منعقد می‌سازد. به اصطلاح فقیهان قدر متیقن یعنی مصداق یقینی که می‌توانیم فضولی را بر آن حمل کنیم حالت اول است که فضول اموال دیگری را به نفع مالک آن معامله می‌کند. با وجود این شکل دوم نیز صحیح دانسته شده است و حتی در قانون مدنی ذیل ماده ۳۰۴ به قابل تنفیذ بودن این معامله تصریح شده است. بر اساس این ماده اگر فردی با این گمان که اموال خود را می‌فروشد اقدام به فروش اموال دیگری کرده باشد این معامله در زمره معاملات فضولی‌ای قرار خواهد گرفت که قابل تنفیذ از ناحیه مالک آن کالا خواهد بود.

در تعبیر حقوقی معامله‌ای فضولی دانسته شده است که از جانب فردی بدون سمت نمایندگی واقع شود (امامی، ۱۳۸۶، ج ۱، ص. ۲۹۹). آیا به واقع سمت نمایندگی به اندازه‌ای مهم است که در صحت و عدم صحت معامله‌ای نقش داشته باشد؟ بر

اساس دیدگاه بعضی از حقوقدانان، اگر در ابتدا وکالت در خرید و فروش وجود داشته باشد در این صورت خرید و فروش فرع وکالت خواهند بود و از آن جهت که وکالت ایجاد شده است فرع آن نیز ایجاد خواهد شد، اما اگر وکالتی از سوی مالک وجود نداشته باشد در این صورت اصلی وجود نخواهد داشت که ایجاد فرع نیز بدان وابسته شده باشد. به تعبیری دیگر فردی که وکیل در خرید و فروش است، علاوه بر اراده انشاء معامله، اراده بر تحقق آن را نیز دارد در نتیجه معامله وی صحیح خواهد بود؛ در مقابل اگر فرد غیر مالک، فاقد عنوان وکالت از ناحیه مالک باشد تنها اراده انشاء معامله را خواهد داشت و اراده‌ای برای تحقق معامله از جانب او وجود نخواهد داشت؛ لذا معامله غیر نافذ بوده و نیازمند بیان اجازه از ناحیه مالک برای ترتب اثر و یا به تعبیری دیگر نافذ بودن، خواهد بود (امامی، ۱۳۸۶، ج ۱، ص. ۲۹۹).

۲. قلمرو فضولی

تعریفی که فقیهان امامیه از فضولی ارائه می‌دهند با تعریفی که حقوقدانان و قانون مدنی از این نهاد بیان کرده است، کمی تفاوت دارد. از دیدگاه اکثریت فقیهان امامیه هر معامله‌ای که لزوم و به تعبیری نافذ بودن آن نیازمند الحاق اجازه از سوی کسی باشد که دارای حق است خواه مالک باشد و خواه مالک نباشد، فضولی نام خواهد داشت؛ (یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص. ۱۴۸؛ بحرالعلوم، ۱۳۶۲، ج ۲، ص. ۲۰۲؛ مامقانی، ۱۳۱۶، ج ۳، ص. ۳۵۱؛ نائینی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص. ۲۰۹). براین اساس اگر راهنی که اموال خود را به جهت بدهکاری تحت عنوان وثیقه در نزد مرتهن گرو گذاشته است بدون اذن مرتهن این اموال را به فروش برساند، نفوذ و لزوم این معامله نیازمند اجازه مرتهن خواهد بود در حالی که مالک راهن است و خود اقدام به فروش اموال خویش کرده است. اما حقوقدانان و قانون مدنی تنها معامله‌ای را که شخص غیر مالک بدون اذن مالک منعقد می‌سازد فضولی نام می‌نهند، بنابراین تفسیری که فقیهان از فضولی ارائه می‌دهند از تفسیری که قانون و حقوقدانان بیان می‌کنند موسع‌تر است. بدان جهت که رویکرد مقاله حاضر بررسی حقوقی فضولی است، ما فضولی را تنها تصرف غیر در اموال مالک تعبیر خواهیم کرد و بر اساس این تعبیر به بیان مطالب خواهیم پرداخت.

از آنجاکه مستند این نگاه آنان، منحصر در روایات و اجماع است، نخست به بررسی و تحلیل این دو دلیل در هر دو خوانش قابل تنفیذ و غیرقابل تنفیذ بودن معاملات فضولی خواهیم پرداخت و سپس رویکرد جدید خود، نسبت به معاملات فضولی را در مباحث حقوقی پی می‌گیریم.

۲-۱. قابل تنفیذ بودن فضولی

۲-۱-۱. روایات

از روایات به‌عنوان تنها و اصلی‌ترین دلیل بر قابل تنفیذ بودن معاملات فضولی یاد می‌شود. همان‌طور که بیان شد فقیهان امامیه که در مقام استفاده از روایاتی که در آنها معاملات فضولی، معاملاتی قابل تنفیذ بیان شده‌اند، هیچگاه به شخصیت و حسن‌نیت فضول و عدم امکان ارتباط با مالک برای کسب اذن در معامله، که در این روایات وجود دارد توجه نداشته و تنها به صورت مطلق، این دسته از روایات را دلیلی بر امکان تنفیذ معاملات فضولی یافته‌اند؛ رویه‌ای که نه تنها به هیچ‌وجه قابل دفاع نیست بلکه ناصواب نیز است؛ لذا شایسته است که اصلی‌ترین روایات که در رابطه با این موضوع مورد استناد فقیهان امامیه قرار گرفته است، در معرض نقد و کنکاش قرار گیرد:

الف. روایت محمد بن حسن

فردی مالک دو بخش از زمین هست اما چهاربخش از آن را می‌فروشد؛ معصوم در پاسخ به صحت این معامله می‌فرماید: «خرید و فروش اموالی که تحت ملکیت طرفین معامله نیست صحیح نمی‌باشد و بر فروشنده واجب است که تنها چیزی را که مالک آن است بفروشد» (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۷، ص. ۴۰۲).

این روایت از حیث سندی در بالاترین مرتبه خود از جهت اطمینان قرار داد لذا به همین جهت از آن تحت عنوان صحیح‌ه نام برده می‌شود (مجلسی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۴، ص. ۲۶۰). اگرچه در روایت مذکور سخنی از الحاق اجازه از ناحیه مالک به میان نیامده است و امام معصوم (علیه‌السلام) از این معامله نهی کرده است که به معنای بطلان آن می‌باشد؛ اما با این وجود اکثریت فقیهان از این روایت به‌عنوان دلیلی بر قابل تنفیذ بودن معاملات فضولی یاد می‌کنند و دلیل نهی معصوم را این‌گونه تفسیر می‌کنند

که مالک زمین این معامله را اجازه نکرده است در نتیجه معامله فضولی تنفیذ نشده و باطل است و اگر تنفیذ شود، نافذ خواهد بود (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۲، صص. ۶-۷ و نائینی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص. ۲۲۱).

چند نکته بسیار مهم در دل این روایت پنهان است، اول. این روایت به هیچ وجه سخنی از قابل تنفیذ بودن معاملات فضولی به میان نمی‌آورد بلکه این نوع از معاملات را غیرقابل تنفیذ و محکوم به بطلان قلمداد می‌کند، در این صورت آیا معاملات فضولی واقعاً غیرقابل تنفیذ هستند؟ خیر! نهی امام معصوم (علیه‌السلام) در این روایت که دلیلی بر بطلان است بدان جهت می‌باشد که مؤلفه حُسن‌نیت در شخص فضول وجود ندارد و همان‌گونه که روایت بدان تصریح می‌کند وی قصد فروش زمین دیگری را به نفع خود و به قصد تصاحب وجه معامله دارد، در نتیجه معصوم معامله فضولی را غیرقابل تنفیذ بیان می‌کنند؛ اما این بدان معنا نیست که تماماً معاملات فضولی غیرقابل تنفیذ باشند، بلکه از مجموع روایاتی که معاملات فضولی را قابل تنفیذ می‌دانند و این روایت برداشت می‌شود که تنفیذ منوط به وجود حُسن‌نیت در شخص فضول است.

ب. روایت اشیم

این روایت در مورد داستان عبد مآذون است؛ عبد مآذون در گذشته به فردی اطلاق می‌شده که از جانب مولای خود اذن داشته است که معاملاتی را انجام دهد. در این روایت فردی جزء مالک عبد، به عبد مآذون وجهی را اعطاء می‌کند و از او درخواست می‌کند که با آن وجه عبدی را خریداری سپس او را آزاد کرده و با باقیمانده پول از جانب آن فرد حج به جا آورد. استناد به روایت از زمانی آغاز می‌شود که فرد اعطاءکننده وجه، از دنیا می‌رود. پس از این واقعه، بین ورثه اعطاءکننده وجه، مولای عبد مآذون و مولای عبدی که خریداری شده و سپس آزاد شده است اختلاف به وجود می‌آید. در این روایت معصوم (علیه‌السلام) بیان می‌کند که هر فردی می‌تواند ادعای خود را با بینه ثبات کند. البته امام معصوم (علیه‌السلام) امتیاز خاصی برای ورثه قرار می‌دهد، بر اساس این امتیاز ایشان می‌توانند خرید و آزادسازی و به جا آوردن حج از جانب عبد مآذون را که مآذون از جانب پدر ایشان نیز بوده است را اجازه و یا رد کنند

(کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۷، صص. ۶۲-۶۳).

براین اساس روایت فوق از نگاه جمعی از فقیهان به عنوان دلیلی بر امکان تنفیذ معاملات فضولی بیان می‌شود؛ زیرا تمامی اعمال حقوقی که عبد انجام داده است پس از فوت مورث صورت گرفته است و از آن جهت که فوت موکل سبب بطلان و کالت است در نتیجه تمامی اعمال عبد مأذون به صورت فضولی واقع شده است و اختیار بر رد و قبول این معاملات به معنای قابل تنفیذ بودن معاملات فضولی می‌باشد (خمینی (سید روح‌الله)، ۱۳۷۶، ص. ۴۳۷؛ بحرالعلوم، ۱۳۶۲، ج ۲، ص. ۲۱۵؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص. ۳۶۱).

موسی بن اشیم که یکی از روایان این حدیث است در کتب رجالی مورد مذمت قرار گرفته است در نتیجه اعتماد به سند و به تبع آن خود روایت کار چندان آسانی نیست (مجلسی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۳، ص. ۱۰۱؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق، ص. ۲۶۵؛ خمینی، ۱۳۷۶، ص. ۴۳۷؛ بحرالعلوم، ۱۳۶۳، ج ۲، ص. ۲۱۶). حتی اگر به جهت اقبالی که فقیهان امامیه به این روایت نشان داده‌اند از ضعف سندی این روایت چشم‌پوشی کنیم باز هم نمی‌توانیم دلالت آن را به قابل تنفیذ بودن هر معامله‌ای که از آن به عنوان فضولی یاد می‌شود ثابت بدانیم و شرطی را برای تنفیذ معاملات فضولی در نظر نگیریم؛ زیرا در این روایت معامله فضولی از جانب عبدی واقع شده است که مالک او را امین خود دانسته و به تبع این حس درونی اموالی را در اختیار او قرار داده است، عبد نیز با حُسن نیت اقدام به معاملات بر اموالی کرده است که در تحت ید امانی وی بوده‌اند. براین اساس مؤلفه حُسن نیت و وجود الفت که نشئت گرفته از امین دانسته شدن عبد از جانب مالک می‌باشد رکن و شرط اساسی قابل تنفیذ بودن این معامله فضولی است.

ج. روایت محمد بن قیس

این روایت داستان فردی است که کنیز پدر خود را بدون اطلاع پدرش به فروش می‌رساند و در پایان روایت پدر این معامله را تنفیذ می‌کند (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۵، ص. ۲۱۵).

از دیدگاه بعضی از فقیهان امامیه، تنفیذ معامله در این داستان به عنوان دلیلی بر قابل تنفیذ بودن معاملات فضولی دانسته شده است (موسوی خوانساری، ۱۳۵۵، ج ۳، ص. ۸۵)؛ البته استناد به این روایت به همین سادگی نیست و ایرادهایی که در آن وجود دارد مسیر استناد به آن را به تنگنا می‌کشاند؛ مثلاً در ابتدا پدر معامله را رد کرده و سپس آن

را تنفیذ می‌کند، به اجماع فقیهان و بر اساس مر قانون، پس از رد معامله فضولی، امکان تنفیذ آن وجود ندارد^۱ (روحانی، ۱۴۲۹ق، ج ۴، ص. ۲۰). البته به اشکال بیان شده این‌گونه پاسخ داده شده است که مالک تنها طرح مخاصمه می‌کند و ردی از جانب وی به وقوع نپیوسته است (اراکي، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص. ۲۹۷).

اگر دلالت روایت را بر معامله فضولی‌ای که از جانب مالک تنفیذ شده است ثابت بدانیم، این نکته نباید از چشم پژوهشگر دور بماند که میان فضول و مالک به جهت رابطه نسبی، الفتی عمیق وجود داشته است و در این شرایط است که امام معصوم (علیه‌السلام) معامله فضولی را قابل تنفیذ قلمداد می‌کند؛ لذا روایت فوق نمی‌تواند به‌عنوان دلیلی بر قابل تنفیذ بودن معاملاتی قرار گیرد که میان فضول و اصیل الفتی وجود ندارد.

د. روایت عروه

عروه نقل می‌کند: «هنگامی که بازار سیار برقرار شد، پیامبر (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) دیناری به من دادند و فرمودند: «با این یک دینار گوسفندی خریداری کن»؛ اما من با آن یک دینار دو گوسفند خریدم. یکی از آن دو گوسفند را به قیمت یک دینار به مردی فروختم. سپس به نزد پیامبر بازگشتم درحالی‌که علاوه بر گوسفند یک دینار نیز داشتم، این دو را به ایشان دادم، اما ایشان یک دینار را به من بازگرداندند و فرمودند: «خداوند به معاملاتت برکت دهد» (نوری، ۱۴۰۸ق، ج ۱۳، ص. ۲۹۴).

اگرچه روایت عروه بارقی مشهورترین و اصلی‌ترین روایتی است که فقیهان برای قابل تنفیذ بودن معاملات فضولی از آن بهره می‌گیرند؛ اما باید به این نکته توجه داشت که این روایت در ابتدا از مجاری روایی اهل سنت بیان شده است که در فقه امامیه این شیوه نقطه ضعف پررنگی دانسته می‌شود. علاوه بر این راوی این روایت فردی به نام

۱. با توجه به اینکه سعی بر این است که رویکرد حقوقی مقاله پیش رو جلوه بیشتری نسبت به رویکرد فقهی داشته باشد از بیان ایرادات این روایت و پاسخ به آنها چشم می‌پوشیم، خوانندگان می‌توانند برای آشنایی با این موارد به کتب ذیل مراجعه کنند (اراکي، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص. ۲۹۷؛ خمینی، ۱۳۷۶، ص. ۴۳۲؛ نائینی، ۱۳۷۳، صص. ۲۱۵-۲۱۶؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق، ص. ۲۵۹؛ روحانی، ۱۴۲۹ق، ج ۴، ص. ۱۸؛ بحرالعلوم، ۱۳۶۲، ج ۲، ص. ۲۰۷).

عروه است که هیچگاه در کتب رجالی مورد تأیید رجال‌شناسان قرار نگرفته است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق، ص. ۲۵۴).

با وجود این بعضی از فقیهان شهرتی که در نقل این روایت وجود دارد و از آن تحت عنوان شهرت روایی یاد می‌شود را دلیل بر آرامش خاطر پژوهشگر برای استناد به این روایت معرفی می‌کنند (صاحب جواهر، بی‌تا، ج ۲۲، ص. ۲۷۷؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق، ص. ۲۵۵؛ بحرالعلوم، ۱۳۶۳، ج ۲، ص. ۲۶۳).

اگر توجیهاات بیان شده را قبول کنیم، روایت فوق دلیل بر قابل‌تنفیذ بودن معاملات فضولی خواهد؛ اما باید به این نکته نیز توجه داشت که تنفیذ این معامله از جانب رسول خدا (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) در شرایطی صورت گرفته است ایشان (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) عروه را وکیل در خرید قرار داده‌اند؛ اما عروه به حدود اختیارات خود توجه‌ای نمی‌کند و البته با حسن‌نیت خرید و فروش فضولی را انجام می‌دهد؛ لذا بر اساس این روایت فضولی تنها در صورت قابل‌تنفیذ خواهد بود که فضول حسن‌نیت داشته و تحت عنوان وکیل از حدود اختیارات خود تعدی کرده باشد؛ بنابراین روایت فوق نمی‌تواند به‌عنوان دلیلی بر قابل‌تنفیذ بودن تمامی معاملات فضولی بیان کرد.

هـ روایت عبدالرحمن

راوی می‌گوید: «از امام صادق (علیه‌السلام) درباره دلالتی که در قبالت دریافت اجرت برای مالک خرید می‌کند سؤال پرسیدم؛ از ایشان پرسیدم به چنین شخصی پول داده می‌شود و بر وی شرط می‌شود زمانی که کالا را خریدی به نزد من خواهی آمد، آنچه را که پسندیدم قبول می‌کنم و آنچه را که نپسندیدم قبول نخواهم کرد». راوی ادامه می‌دهد: «دلالت می‌رود و با کالا بازمی‌گردد و به من می‌گوید آنچه از این کالا می‌خواهی بردار و آنچه نمی‌خواهی واگذار؛ امام صادق (علیه‌السلام) می‌فرمایند: اشکالی ندارد، این عمل صحیح است» (طوسی، ۱۳۶۵، ج ۷، ص. ۵۶).

راوی این روایت مشخص نیست لذا در علم درایه این حدیث تحت عنوان مرسل شناخته می‌شود که به معنای غیرقابل‌اعتماد بودن آن است (مجلسی، ۱۴۰۴ق، ج ۱۹، ص. ۲۱۳). سه احتمال نسبت به‌عنوان دلالت در زمان خرید وجود دارد بر اساس یکی از

این سه احتمال، معامله می‌تواند به‌عنوان مصداقی برای معاملات فضولی قابل استناد باشد (ر.ک: موسوی خوانساری، ۱۳۵۵، ج ۳، ص. ۸۶؛ روحانی، ۱۴۲۹ق، ج ۴، ص. ۲۹؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق، ص. ۲۶۷).

اگر این احتمال را که دلال تحت عنوان فضول معامله را شکل داده است برگزینیم، باید به این نکته توجه داشته باشیم که او از جانب مالک وکیل بوده است و با حُسن نیت و تنها با گذر از حیطه اختیاراتش معامله‌ای را منعقد ساخته است؛ بنابراین تنها همین صورت از فضولی در روایت قابل تنفیذ دانسته شده است و روایت نمی‌تواند به‌عنوان دلیلی بر قابل تنفیذ بودن تمام معاملات فضول بیان گردد.

و. روایت محمد بن مسلم

در این روایت از امام محمدباقر (علیه‌السلام) در مورد مردی سؤال می‌شود که مادرش، بدون اطلاع او زنی را به ازدواجش درمی‌آورد. معصوم می‌فرماید: «هم می‌تواند این ازدواج را قبول کند و هم می‌تواند آن را نپذیرد» (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۵، صص. ۴۰۱-۴۰۲).
گرچه روایت فوق از جهت سندی ضعیف دانسته شده و از دیدگاه فقهی استناد به آن موجه نمی‌باشد (مجلسی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۰، ص. ۱۴۲)؛ اما باوجود این جمعاً از فقیهان بر این عقیده‌اند که استفاده حداکثری تعداد بیشماری از فقیهان از این روایت در مقام استدلال که به شهرت عملی مشهور است، سبب می‌شود که ضعف سندی این روایت جبران شده و دلیلی قابل اتکاء قلمداد شود (انصاری، ۱۴۲۹ق، ج ۱، ص. ۵۴۶؛ طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۱، ص. ۷۴).

براین اساس اگر از روایت فوق به‌عنوان دلیلی بر قابل تنفیذ بودن معاملات فضولی یاد شود باید به این نکته توجه داشت که روایت فوق داستان مادری را بیان می‌کند که بدون اذن و رضایت قبلی از پسر خود، عقد نکاحی را برای وی منعقد می‌سازد و از آنجاکه هیچ مادری ولایت بر فرزند خود ندارد چه رسد به اینکه فرزند وی همان‌طور که در روایت بدان اشاره شده فردی بالغ است.^۱ عمل وی عقد فضولی نام خواهد گرفت. با در نظر داشتن شرایط فوق، امام معصوم (علیه‌السلام) این مرد را در

۱. از واژه رجل برداشت می‌شود که وی فردی بالغ است.

رد و اجازه ازدواج مذکور مخیر می‌دانند که این عمل چیزی جزء تأیید قابل تنفیذ بودن معاملات فضولی نمی‌باشد.

نکته مهم در این روایت که سبب شده است امام معصوم (علیه‌السلام) این روایت را قابل تنفیذ بداند، الفت میان مادر و فرزندش می‌باشد؛ لذا روایت فوق دلیلی بر قابل تنفیذ بودن معاملات فضولی که فاقد این شرط هستند، نمی‌باشد.

البته باید به این نکته توجه داشت که در روایاتی که در مورد فضولی در ازدواج بیان می‌شوند مؤلفه حُسن نیت نقشی ندارد؛ زیرا در عقود همچون نکاح علت و انگیزه انعقاد عقد شخصیت طرفین عقد است؛ اما برخلاف عقد نکاح در عقود دیگر کالا مقصود و علت انگیزه برای انعقاد عقد هستند و طرفین معامله نقشی در انگیزه انعقاد عقد ندارد؛ بنابراین انگیزه تصاحب وجه و یا کالا در عقد نکاح فضولی از جانب فضول برخلاف عقود فضولی دیگر قابل تصور نیست در نتیجه مؤلفه حُسن نیت نیز در عقد نکاح فضولی قابل تصور نخواهد بود.

ز. روایت محمد بن حسن اشعری

در این روایت از وضعیت دختری سؤال می‌شود که عمویش بدون اطلاع وی، او را به عقد نکاح مردی درآورده است؛ امام جواد (علیه‌السلام) به خط خود مرقوم می‌فرمایند: «دختر بر این ازدواج اکراه نمی‌شود و اختیار با خود اوست» (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۵۵، ص. ۳۹۴).

علامه مجلسی از این روایت با عنوان مجهول یاد می‌کند که به معنای مشخص نبودن راوی آن و غیرقابل استناد بودن آن می‌باشد (مجلسی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۰، ص. ۱۳۰)؛ اما با وجود این بعضی از فقیهان این روایت را دلیلی بر قابل تنفیذ بودن معاملات فضولی دانسته‌اند (نجفی، ۱۳۸۷، ج ۵، ص. ۲۰۲؛ مکارم شیرازی، ۱۳۹۰، ج ۱، ص. ۳۶۷).

در این روایت عمو بدون اذن برادرزاده خود وی را به ازدواج مردی درمی‌آورد؛ در ادامه امام معصوم دختر را در رد و قبول این ازدواج مخیر می‌دانند که به معنای قابل تنفیذ بودن این ازدواج فضولی می‌باشد؛ اما نکته مهم این روایت وجود شرط الفت میان فضول و اصیل می‌باشد و به خاطر همین شرط است که نکاح مذکور قابل تنفیذ دانسته شده است؛ لذا روایت فوق نمی‌تواند دلیل بر قابل تنفیذ بودن معاملات فضولی باشد که

فاقد شرط مذکور می‌باشند.

۲-۱-۲. جمع‌بندی روایات

فقیهان امامیه گرچه از روایاتی که بیان شد به‌عنوان منبعی مهم در راستای اثبات قال تنفیذ بودن معاملات فضولی بهره برده‌اند؛ اما به این نکته توجه نداشته‌اند که در این روایات مؤلفه حُسن‌نیت نقش اصلی و شروط دوگانه‌گانه الفت میان فضول و اصیل، امین بودن فضول از جانب اصیل نقش اساسی در امکان تنفیذ معاملات فضولی را دارند. به‌تعبیردیگر معامله فضولی بدون حُسن‌نیت و وجود یکی از شروط قابل تنفیذ نخواهد بود.

همان‌طور که در مقدمه بیان شد عدم امکان برقراری ارتباط با مالک برای کسب اذن مؤلفه‌ای است که در صورت فقدان این مؤلفه و وجود مؤلفه حُسن‌نیت و یکی از دو شرط بیان شده، معاملات فضولی قابل تنفیذ خواهند بود. این مؤلفه به یقین در زمان وقوع روایات و تأیید آنها از جانب معصومین (علیهم‌السلام) وجود داشته است؛ اما اکنون با گسترش فناوری امکان برقراری ارتباط با مالک و کسب اجازه از او، کاری به مراتب سهلو آسان می‌باشد؛ لذا اگر چنین امکانی وجود داشته باشد به یقین معامله فضولی قابل تنفیذ نخواهد بود.

۲-۲. غیر قابل تنفیذ بودن فضولی

فقیهانی که معاملات فضولی را قابل تنفیذ ندانسته و حکم به بطلان این معاملات کرده‌اند از روایات و اجماع به‌عنوان دلایل خود یاد می‌کنند؛ لذا شایسته است این دلایل بررسی کوتاهی شوند:

۲-۲-۱. روایات

فقیهانی که فضولی را قابل تنفیذ می‌دانند در مقام استدلال به روایاتی که بیان شد، به‌ناگاه خود را در برابر روایاتی می‌بینند که در آنها نهی از معاملات فضولی می‌شود و از آن جهت که نهی در اصول ظهور در بطلان دارد این بدان معنا خواهد بود که معاملات فضولی باطل و غیرقابل تنفیذ می‌باشند. ایشان برای رهایی از این مشکل

اساسی، تفسیرهای مختلفی را برای این دسته از روایات، بیان می‌کنند؛ مثلاً نهی در روایات را به معنای عدم لزوم و تنفیذ معاملات فضولی بیان می‌کنند که با الحاق اجازه، نافذ و لازم خواهند شد (فاضل مقداد، ۱۳۷۳ق. ج ۲، ص. ۳۴)، یا در استدلالی دیگر این روایات را به معنای بطلان معامله‌ای می‌دانند که در آن عین شخصی به فروش رسیده و قدرت بر تسلیم آن وجود ندارد (روحانی، ۱۴۲۹ق. ج ۴، ص. ۳۴؛ موسوی خوانساری، ۱۳۵۵، ج ۳، ص. ۸۸؛ امامی خوانساری، بی‌تا، ص. ۲۱۲؛ آل کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۴ق. ج ۱، ص. ۶۱؛ انصاری، ۱۴۱۵ق. ج ۳، ص. ۳۶۷).

گرفتار شدن فقیهان در این تنگنا بدان جهت است که ایشان در ابتدا بدون توجه به مؤلفه و شروطی که به کرات به بیان آنها پرداختیم، معاملات فضولی را قابل تنفیذ می‌دانند و به ناچار در مقام رویارویی با دلایلی که معاملات فضولی را باطل و غیرقابل تنفیذ بیان می‌کنند به تفاسیری روی می‌آورند که از استواری در استدلال برخوردار نیستند. درحالی‌که اگر توجه به مؤلفه و شروط در تنفیذ معاملات فضولی مورد تأکید فقیهان قرار گرفته بود این محذور استدلالی پدیدار نمی‌گردید. برای روشن‌تر شدن موضوع، شایسته است نگاهی به روایات بطلان داشته باشیم:

الف. صحیح محمد بن مسلم

شخصی از امام محمدباقر (علیه‌السلام) درباره تکه زمینی سؤال می‌کند که در دهانه رود نیل قرار دارد و مردی آن را از افرادی که در آنجا زندگی می‌کنند و ادعا می‌کنند صاحب آن زمین هستند خریداری می‌کند. مردم اهالی استان^۱ ادعا می‌کنند که زمین به آن‌ها تعلق دارد. امام باقر (علیه‌السلام) می‌فرماید: «آن زمین را جزء با رضایت اهالی آن نخر» (طوسی، ۱۳۶۵، ج ۷، ص. ۱۴۹).

این روایت از منظر سندی صحیح محسوب می‌شود که بالاترین درجه اعتماد به خبر واحدی می‌باشد که به حد تواتر نرسیده است (مجلسی، ۱۴۰۶ق. ج ۱۱، ص. ۲۴۲). در روایت فوق اگرچه نهی از معامله فضولی شده است؛ اما موافقان معاملات

۱. قریه‌ای در عراق بوده است (درس مکاسب، جلسه نه، بیع فضولی، محمد جواد فاضل لنکرانی).

فضولی بر این عقیده‌اند که امام معصوم (علیه‌السلام) به همراه نهی از معامله فضولی استثنائی را بیان می‌کند. براین اساس معامله فضولی از جانب معصوم نهی می‌شود مگر آنکه رضایت مالک آن وجود داشته باشد. بر همین اساس فقیهانی که معاملات فضولی را قابل تنفیذ می‌دانند بیان می‌کنند که امام معصوم (علیه‌السلام) معامله فضولی را غیرنافذ می‌داند تا زمانی که رضایت که همان اجازه مالک می‌باشد به عقد فضولی ملحق شود (حکیم، بی تا، ص. ۲۱۸)؛ بنابراین روایت دلیلی بر بطلان فضولی نخواهد بود (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص. ۲۲۱؛ موسوی خوانساری، ۱۳۵۵، ج ۳، ص. ۸۹).

اما این استدلال از قوت چندانی برخوردار نیست و تفسیری ضعیف است که به خاطر عدم توجه به مؤلفه و شروط اساسی معاملات فضولی بیان شده است؛ لذا باید بیان کرد که در روایت فوق فروشنده فضول نه از جانب مالک وکیل در فروش بوده تا تعدی کرده باشد و نسبت به تعدی عمل وی فضولی باشد و نه الفتی میان ایشان وجود داشته است و مهم‌تر از این دو شرط قصد تصاحب ثمن معامله را داشته براین اساس مؤلفه حُسن نیت در فضول وجود نداشته است؛ بنابراین معصوم (علیه‌السلام) به جهت وجود همین دلایل، معامله را غیرقابل تنفیذ بیان کرده است.

ب. روایت محمد بن قاسم

راوی می‌گوید: «از امام موسی کاظم (علیه‌السلام) پرسیدم: مردی قطعه زمینی از اراضی طایفه عباسیان را از زنی که از طایفه ایشان بوده خریداری کرده است، و با آن زن قراردادی نوشته و در آن قرارداد قید کرده که پول را به او تحویل داده است درحالی‌که هنوز پولی تحویل نداده است؛ آیا پول را به او تحویل دهد؟ راوی می‌گوید: امام موسی (علیه‌السلام) به من فرمودند: «به هیچ وجه این کار را نکند زیرا آن زن چیزی را فروخته که مالک آن نبوده است» (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۵، صص. ۱۳۴-۱۳۵).

منع شدیدی که امام معصوم (علیه‌السلام) در این روایت نسبت به معاملات فضولی بیان می‌کنند، دستاویزی در خور و شایسته برای مخالفان معاملات فضولی ایجاد کرده است؛ اما با وجود این موافقان معاملات فضولی به تفسیر این نهی شدید پرداخته‌اند؛ مثلاً در مواردی دلیل نهی امام معصوم (علیه‌السلام) آن دانسته شده است که فضول قصد

تصاحب وجه معامله را داشته است (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۸، ص. ۲۲۶) و در موردی دیگر دلیل نهی امام، منع شخص ثالث از پرداخت وجه به شخص فصول بیان شده است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص. ۳۶۹؛ نائینی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص. ۲۲۱؛ خمینی (سید مصطفی)، ۱۳۷۶، ج ۲، ص. ۶۲).

همچون روایت قبل در این روایت نیز شاهد گرفتاری فقیهان در استدلال به جهت بی‌توجهی به مؤلفه اصلی و شروط اساسی معاملات فضولی و در نتیجه قابل تنفیذ دانستن معاملات فضولی به صورت کلی هستیم. حال آنکه اگر به مؤلفه و شروط توجه داشته باشیم و فضولی را تنها در صورت وجود آنها، قابل تنفیذ بدانیم در این صورت خواهیم دید که نهی در این روایت بی‌اساس نبوده و به معنای غیرقابل تنفیذ بودن معاملات فضولی به صورت کلی نیست؛ بلکه در این روایت زن فروشنده که تحت عنوان شخص فصول از او یاد می‌شود قصد تصاحب وجه معامله را داشته است؛ بنابراین مؤلفه حُسن نیت در او وجود نداشته است، بعلاوه از جانب مالک وکیل نبوده و الفتی نیز میان آنها جاری نبوده است؛ بنابراین نهی امام معصوم در این روایات از معامله فضولی به معنای غیرقابل تنفیذ بودن تمام معاملات فضولی نیست.

ج. توقیع صفار

در این روایت، داستان مردی بازگو می‌شود که صاحب دو قطعه از زمین وسیعی است اما چهار قطعه از آن را می‌فروشد. از امام حسن عسکری (علیه‌السلام) حکم این مسئله سؤال می‌شود؛ ایشان در پاسخ می‌فرمایند: «فروش چیزی که مالک آن نیستید جایز نیست، فروشنده باید مالک مالی که می‌فروشد باشد» (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۷، ص. ۴۰۲). بر طبق آموزه‌ها و قوانین علم اصول، نهی از فروش مال غیر، بطلان آن معامله را به همراه خواهد داشت؛ اما این برداشت بر خلاف دلایلی است که معاملات فضولی را قابل تنفیذ می‌دانند؛ لذا تفاسیر مختلفی نسبت به این روایت بیان گردیده است؛ به‌عنوان مثال نهی در این روایت شاهد مثال بر موضوعی قرار گرفته است که فصول اموال مالک را به نفع خود می‌فروشد (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۸، ص. ۲۲۶). در تفسیری دیگر نهی از معامله فضولی شاهی بر عدم نفوذ معامله مذکور تا زمان الحاق اجازه دانسته شده است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص. ۳۶۹-۷۰؛ حکیم، بی‌تا، ج ۱، ص. ۲۱۷).

صحیح است که این روایت معامله فضولی را باطل و غیرقابل تنفیذ می‌داند؛ اما باید به این نکته توجه داشت که بطلان بیان شده به جهت فقدان مؤلفه حُسن نیت می‌باشد زیرا فضول در این روایت قصد تصاحب ثمن معامله را دارد.

۲-۲-۲. جمع بندی

فقیهانی که تعریف کلاسیک از معاملات فضولی دارند تمام کوشش خود را معطوف بر دفاع از عقود فضولی کرده و سعی در اثبات این امر دارند که تمامی عقود فضولی بدون شرط و مؤلفه خاصی قابل تنفیذ هستند؛ لذا در مقام رویارویی با روایاتی که عقود فضولی را به صورت کلی (به عقیده این فقها) باطل و غیرقابل تنفیذ می‌دانند به تفاسیری روی آورده‌اند که قبل دفاع نیست؛ درحالی‌که اگر فرد پژوهشگر معامله فضولی را همان‌طور که روایات و عرف بدان اشاره دارند در صورتی قابل تنفیذ بدانند که مؤلفه حُسن نیت و یکی از شروط دوگانه الفت میان فضول و اصیل، تعدی امین از محدوده اختیارات وجود داشته باشد در این صورت به آسانی به این موضوع نائل خواهد گردید که روایات بطلان، فضولی را تنها در صورتی قابل تنفیذ نمی‌دانند که یا حُسن نیت وجود ندارد و یا گرچه حُسن نیت وجود دارد؛ اما یکی از شروط دوگانه در کار نیست.

ذکر این نکته ضروری است که مؤلفه عدم امکان برقراری ارتباط با مالک، نقشی در حل تعارض میان این دو دسته از روایات ندارد، زیرا هر دو دسته از روایات در زمانی یکسان به وقوع پیوسته و بیان شده‌اند که در عمل هیچ وسیله برای برقراری ارتباط با مالک وجود نداشته است.

۲-۲-۳. اجماع

از اجماع به عنوان یکی از دلایل سه‌گانه احکام شرعی در علم فقه و اصول یاد می‌شود؛ به همین جهت، بعضی از فقیهان امامیه از اجماع فقها به عنوان دلیلی بر بطلان و غیرقابل تنفیذ بودن معاملات فضولی یاد می‌کنند (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص. ۱۶۸). در رابطه با این اجماع باید به این نکته توجه داشت که اگرچه تعدادی از فقیهان امامیه، معاملات فضولی را غیرقابل تنفیذ دانسته‌اند (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۲۷۴؛ مقدس اردبیلی،

۱۴۰۳ق، ج ۸، ص. ۱۵۸؛ اما در مقابل تعداد زیاد از ایشان این معاملات را قابل تنفیذ قلمداد می‌کنند که همین امر سبب تخریب پایه‌های اجماع شده است (شهید اول، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص. ۳۷؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص. ۳۶۶؛ روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۲، ص. ۳۶۸). بر همین اساس ادعای اجماع به معنای توافق فقیهان امامیه بر حکمی خاص در مورد غیرقابل تنفیذ بودن معاملات فضولی، ادعائی بی‌اساس و بنیان خواهد بود (صاحب جواهر، بی‌تا، ج ۲۲، ص. ۲۸۰؛ خویی، ۱۴۱۷ق، ص. ۴؛ تبریزی، بی‌تا، ج ۲، ص. ۲۶۴). به‌علاوه استناد توأمان به اجماع و روایت برای اثبات غیرقابل تنفیذ بودن معاملات فضولی، سبب می‌شود که اجماع مذکور به اجماعی تبدیل شود که دارای دلیل و مدرک می‌باشد و به اقرار اصولیان چنینی اجماعی فاقد اعتبار است.

۳. عرف

با بررسی روایات به این نتیجه نائل گردیدیم که معاملات فضولی تنها در صورتی قابل تنفیذ خواهند بود که مؤلفه برقراری ارتباط با مالک وجود نداشته باشد و در عوض مؤلفه حُسن نیت از جانب فضول به همراه یکی از شروط دوگانه وجود داشته باشد. نکته مهم در این رابطه این می‌باشد که عرف نیز عدم وجود مؤلفه اول وجود مؤلفه دوم و دو شرط اصلی را شرط تنفیذ معاملات فضولی می‌داند.

حقوقدانان و فقیهان امامیه نیز با کمی اختلاف در مؤلفات و شرایط به‌وجود چنینی عرفی معترف هستند؛ به‌عنوان مثال کاتوزیان معتقد است که در عرف کسب و کار و معاملات نیز این‌گونه نیست که تمامی معاملات فضولی قابل تنفیذ دانسته شود، بلکه در این عرف خاص اگر فردی مشخص همچون وکیل و عامل با نیت خیر و با ظن کسب سود برای منفعت‌رسانی به موکل خود از حیطة اختیاراتی که به وی اعطاء شده است پا فراتر نهد عمل وی قابل تنفیذ دانسته می‌شود؛ اما اگر همین فرد معامله‌ای را با اموال دیگری برای خود منعقد ساخته باشد دیگر از جانب وی مصلحتی نسبت به مالک رعایت نشده است و در نتیجه عرف عمل وی را قابل تنفیذ نمی‌داند (کاتوزیان، ۱۴۰۱، ج ۲، ص. ۱۱۳).

فقیهان امامیه نیز بر این عقیده‌اند که عرف تنها معاملاتی را قابل تنفیذ می‌داند که مؤلفه حُسن نیت همراه با دو شرط مذکور وجود داشته باشد (سبحانی تبریزی، ۱۴۲۹ق،

ج ۴، ص ۴۳۶؛ خمینی (سید مصطفی)، ۱۳۷۶، ج ۲، ص ۱۲۰؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۵، ص ۲۷۰.

در هر دو دیدگاه حقوقی و فقهی نسبت به عرف به مؤلفه عدم امکان برقراری ارتباط با مالک اشاره نشده است در حالی که عرف بر این امر معترف است که اگر برقراری ارتباط با مالک برای کسب اذن در انعقاد معامله وجود داشته باشد، و در این شرایط معامله فصولی صورت بگیرد، هیچگاه معامله مذکور قابل تنفیذ نخواهد بود.

۴. جریان دیدگاه بیان شده در حقوق

از آنجایی که خاستگاه اصلی قانون مدنی فقه امامیه می‌باشد تغییر رویکرد در ارتباط با موضوع و حکمی خاص در فقه، تغییر رویکرد در قانون مدنی را نیز به همراه خواهد داشت. پیش از این قانون مدنی همچون فقه امامیه تمامی معاملات را که تحت عنوان معاملات فصولی قرار می‌گرفتند، قابل تنفیذ می‌دانست؛ اما پس از بررسی روایات و عرف به این نتیجه رسیدیم که عدم وجود مؤلفه امکان برقراری ارتباط با مالک و وجود مؤلفه حُسن‌نیت در فصول و شروط دوگانه الفت میان فصول و اصیل، تعدی و کیل از محدوده اختیارات ارکان و شروط اساسی معاملات فصولی هستند؛ براین اساس اگر امکان برقراری ارتباط با مالک وجود داشته باشد و حُسن‌نیت وجود نداشته باشد معامله فصولی غیرقابل تنفیذ خواهد بود. البته عدم امکان برقراری ارتباط و حُسن‌نیت به تنهایی نیز کفایت نخواهند کرد و باید همراه با یکی از شروط گردند تا معامله مذکور قابل تنفیذ باشد.

معاملات فصولی برخلاف اصل نسبی بودن قراردادها هستند و سبب تشویق در نظام معاملاتی خواهند بود، لذا شایسته است از منظر رویکرد قدیم و جدید به معاملات فصولی اشاره‌ای به این اصل داشته و در پایان چند ماده قانونی در قانون مدنی نیز بیان گردد:

۵. فصولی معامله‌ای خلاف اصل نسبی بودن قراردادها

بر اساس اصل نسبی بودن قراردادها، آثار حقوقی هر قرارداد تنها نسبت به طرفین قرارداد مؤثر است. بر اساس این تعریف اشخاص ثالث نسبت به عقد، متعهد بر انجام کاری نخواهند شد و تعهدی نیز به نفع ایشان شکل نخواهد گرفت. در این صورت اگر

فضولی را معامله‌ای قابل تنفیذ بدانیم، معامله‌ای برخلاف اصل مذکور خواهد بود؛ زیرا ایجاد تعهد برای شخصی (مالک) شکل گرفته که دخالتی در انعقاد معامله نداشته است. بنابراین شایسته نیست که فردی با اراده خود استقلال و آزادی اشخاص دیگر را زیر سؤال ببرد (کاتوزیان، ۱۴۰۱، ج ۲، ص. ۱۰۷).

اگر تفسیر موسعی همچون دیدگاه کلاسیک فضولی نسبت به ماهیت معاملات فضولی داشته باشیم در این صورت هر معامله‌ای را که غیر (فضول) نسبت به اموال شخص ثالث (مالک) واقع می‌سازد قابل تنفیذ خواهیم دانست؛ جدا از اینکه تفسیر موسع، تفسیری برخلاف روایات و عرف است، برخلاف اصل نسبی بودن قراردادها نیز می‌باشد؛ لذا بعضی از حقوق‌دانان (کاتوزیان، ۱۴۰۱، ج ۲، ص. ۱۰۸) با دقتی مثال‌زدنی، به جهت وجود اصل مذکور تفسیری مضیق و محدودتر نسبت به تفسیر معمول برای فضولی بیان کرده و تنها معامله‌ای را قابل تنفیذ دانسته‌اند که در آن حُسن‌نیت غیر (فضول) وجود داشته باشد. کاتوزیان مثال این حالت را وکیلی بیان می‌کند که به جهت مصالح موکل خود، با حُسن‌نیت از حدود اختیارات خود تعدی می‌کند؛ در نتیجه معامله‌ای را که منعقد می‌سازد قابل تنفیذ خواهد بود (کاتوزیان، ۱۴۰۱، ج ۲، ص. ۱۰۸). مخالفت محدودتر با اصل نسبی بودن قراردادها از فواید و ثمرات تأکید بر مؤلفه‌های عدم برقراری ارتباط و حُسن‌نیت می‌باشد که با دو شرط وجود الفت و تعدی وکیل از حدود اختیارات همراه می‌شوند.

پس از بیان رویکرد جدید فقهی از معاملات فضولی و همراهی و سازگاری بیشتر آن نسبت به تفسیر معمول فضولی با اصول مسلم حقوقی، شایسته است مواد قانونی که به ماهیت فضولی توجه دارند بررسی و با رویکرد جدید از معاملات فضولی تطبیق داده شوند:

۶. ماده ۲۴۷ قانون مدنی

ماده ۲۴۷ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «معامله به مال غیر جز به‌عنوان ولایت یا وصایت یا وکالت نافذ نیست ولو اینکه صاحب مال باطناً راضی باشد؛ ولی اگر مالک یا قائم‌مقام او پس از وقوع معامله آن را اجازه نمود، در این صورت معامله صحیح و نافذ می‌شود». این ماده قانونی برگرفته از فقه امامیه و بر پایه تفسیر معمول از فضولی می‌باشد که

در تمامی شکل‌های آن قابل تنفیذ از طرف مالک است؛ اما بر اساس آنچه که اثبات شد معاملات فصولی تنها در شرایطی قابل تنفیذ خواهد بود که امکان کسب اذن برای فصول وجود نداشته باشد و در این شرایط فصول با حسن نیت و با رعایت یکی از دو شرط وجود الفت و یا تعدی در فرض وکالت معامله‌ای را منعقد ساخته باشد؛ لذا باید ماده مذکور در جهت همراهی با رویکرد جدید، اصلاح شود.

۷. ماده ۳۰۴ قانون مدنی

در ماده ۳۰۴ قانون مدنی بیان شده است که «اگر کسی که چیزی را بدون حق دریافت کرده است خود را محق می‌دانسته لیکن در واقع محق نبوده است و آن چیز را فروخته باشد، معامله فصولی و تابع احکام مربوطه به آن خواهد بود».

اگرچه متن قانون تصریح دارد بر اینکه فرد فصول گمان بر محق بودن دارد؛ اما حقوقدانان از این ماده به عنوان دلیلی بر قابل تنفیذ بودن معامله‌ای یاد می‌کنند که فصول کالا را به نفع خود می‌فروشد (امامی، ۱۳۸۶، ج ۱، صص. ۳۰۱-۳۰۲؛ کاتوزیان، ۱۴۰۱، ج ۲، صص. ۱۰۹-۱۱۰). براین اساس با صدور اجازه از جانب مالک معامله متناسب به وی می‌شود اگرچه شخص فصول این معامله را برای خود منعقد ساخته است. چند اشکال برای این استدلال وجود دارد:

اول. در ماده ۳۰۴ ق.م قانون‌گذار معامله‌ای را قابل تنفیذ می‌داند که فردی به گمان اینکه مالک است اقدام به فروش اموال دیگری به نفع خود می‌کند. با توجه به تصریح فوق چگونه می‌شود نسبت به تصریح ماده قانونی سکوت کرد؟ و بستر ماده فوق را معاملاتی دانست که فرد فصول با علم به عدم مالکیت نسبت به کالا، اقدام به فروش آن می‌کند؟ و اجازه مالک این معاملات را نافذ می‌کند؟ براین اساس، ماده فوق نمی‌تواند دلیلی بر قابل تنفیذ بودن معاملات غاصب باشد؛ زیرا غاصب گمان و وهم ملکیت نسبت به اموال مورد معامله ندارد بلکه به یقین می‌داند که محق نیست. دوم. در معامله‌ای که شخص فصول معامله را به نفع خود شکل داده است اگرچه قصد انشای معامله در وی وجود داشته و محقق نیز گردیده است اما این قصد انشاء از جانب وی مقید به صورتی شده است که خود، مالک وجهی باشد که از خریدار

دریافت می‌کند؛ پس چگونه ممکن است با صدور اجازه، معامله منتسب به مالک گردد؟ به عبارت دیگر چگونه می‌شود بر اساس اصل حاکمیت اراده و قاعده پیروی عقد از قصد «العقود تابعه للقصد» مالک عقدی را که دیگری برای خود منعقد ساخته است تنها با اجازه آن معامله به خود منتسب کند؟ (کاتوزیان، ۱۴۰۱، ج ۲، ص. ۱۱۳).

سوم. مهمتر از دو اشکال مطرح شده نسبت به برداشت حقوقدانان از ماده ۳۰۴ ق.م و اشکال ماهوی‌ای که بر این ماده وارد است اشکالی اساسی وجود دارد که پایه مقاله حاضر بر آن شکل گرفته است. بر اساس روایاتی که مطرح شد شالوده و ماهیت معاملات فضولی بر عدم وجود مؤلفه امکان برقراری ارتباط با مالک و وجود مؤلفه حُسن‌نیت و دو شرط وجود الفت و تعدی و کیل بنا می‌شود؛ بنابراین در شرایطی که غاصب و یا فردی که با گمان اینکه مالک کالا است، معامله‌ای را منعقد می‌سازد، معامله مذکور گرچه در تعاریف حقوقی معمول فضولی نامیده می‌شود؛ اما بر پایه رویکرد جدید قابل تنفیذ نیست زیرا در معامله غاصب هیچ حُسن‌نیتی وجود ندارد و در معامله‌ای که فرد به گمان اینکه مالک بوده است معامله‌ای را انجام می‌دهد اگر با تسامح حُسن‌نیت را جاری بدانیم؛ اما به یقین وجود دو شرط مذکور را بر نخواهیم تافت؛ در نتیجه معاملات اخیر غیر قابل تنفیذ خواهد بود؛ لذا باید ماده مذکور در جهت همراهی با رویکرد جدید، حذف گردد.

۸. ماده ۳۰۶ قانون مدنی

همان‌طور که بیان شد اگر با عدم وجود مؤلفه برقراری ارتباط و وجود مؤلفه حُسن‌نیت و دو شرط بیان شده معامله‌ای از جانب غیر (فضول) واقع شود این معامله قابل تنفیذ از جانب مالک خواهد بود. حال سؤال این است که آیا غیر در این شرایط مستحق دریافت اجرت بابت انتقال و نگهداری کالا و انعقاد خود معامله خواهد بود؟ برای بررسی دقیق این موضوع باید به بررسی ماده ۳۰۶ قانون مدنی بپردازیم، در بخش پایانی این ماده آمده است:

«... در صورتی که تحصیل اجازه در موقع مقدور بوده و یا تأخیر در دخالت موجب ضرر نبوده است (فضول) حق مطالبه مخارج (را) نخواهد داشت ولی اگر عدم دخالت

یا تأخیر در دخالت موجب ضرر صاحب مال باشد دخالت‌کننده، مستحق اخذ مخارجی خواهد بود که برای اداره کردن لازم بوده است».

در ماده فوق به نکته بسیار مهمی اشاره شده است که بیان می‌دارد استحقاق اخذ اجرت تنها در شرایطی وجود خواهد داشت که دسترسی به مالک برای کسب اجازه از او وجود ندارد و یا عدم دخالت به هنگام از جانب غیر، سبب شود که ضرر مالی بر مالک وارد شود. در این تفسیر سه کلید واژه ضرر مالی، اداره اموال و کسب اجازه خود نمایی می‌کند. حق مطلب آن است که باید بر این سه کلیدواژه درنگی صورت بگیرد:

ضرر. برای تبیین ماده فوق باید منظور از ضرر نیز روشن شود. در انتهای ماده ۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در ارتباط با ضرر و زیان‌هایی که می‌شود مدعی جبران خسارت آنها بود، ضرر و زیان را این‌گونه تعبیر شده است: «منافعی که ممکن‌الحصول بوده و در اثر ارتکاب جرم، مدعی خصوصی از آن محروم و متضرر می‌شود». شاید بتوان این ماده را مفسر ماده ۳۰۶ ق.م. دانست و براین اساس، هدررفت منافع را نیز مجوزی برای دریافت اجرت برای نگهداری، انتقال و انعقاد معامله فصولی دانست. اما در حقیقت این‌گونه نیست و نمی‌توان از ماده ۹ آ.د.د. به‌عنوان مفسری برای ماده ۳۰۶ ق.م. یاد کرد؛ زیرا از ماده ۹ آ.د.د. در ارتباط با مجرمی است که سبب ضرر و زیان بر مالک شده است و قانون‌گذار برای جلوگیری از وقوع این‌گونه از اعمال و جرایم تفسیر موسعی از ضرر را ارائه داده است که هدررفت منابع را نیز شامل می‌شود؛ اما این تفسیر و توجیه در ماده ۳۰۶ ق.م. نه تنها وجود ندارد بلکه به‌صورت متناقضی قابل ارائه است. تصرف در اموال دیگران برخلاف اصل تسلیط می‌باشد و مستحق دانستن فصول برای دریافت اجرت برخلاف اصل برائت ذمه است. فصول حق تصرف در اموال دیگری را ندارد و اگر تصرفی بدون اذن کند به‌تبع عدم حق تصرف مستحق اجرت نیز نخواهد بود همان‌گونه که اصل بر برائت ذمه مالک است. در این شرایط اگر دلیلی داشته باشیم که فصول را مستحق اجرت بدانند می‌شود برخلاف این دو اصل، عمل کرد؛ باوجوداین اگر تفسیر به این‌صورت بیان شود که در هر موردی هدررفت منافع به‌عنوان مجوزی برای وقوع دریافت اجرت برای اعمال مذکور در ماده از جانب غیر(فصول) می‌باشد اصل‌های مذکور با استثنائات فراوانی روبرو خواهند شد

که در اصول فقه عملی قبیح دانسته می‌شود؛ بنابراین تفسیر مضیق ضرر در این ماده شایسته است.

اداره اموال. منظور از اداره اموال چیست؟

الف. اگر منظور از اداره اموال تنها نگهداری و جابه‌جایی اموال باشد در این صورت به دو شرط وجود الفت و تعدی و کیل از حدود اختیارات احتیاجی نخواهد بود و دو مؤلفه‌ی عدم امکان برقراری ارتباط و وجود مؤلفه حُسن‌نیت برای دریافت حق‌الزحمه کفایت خواهند کرد.

ب. اگر منظور از اداره اموال، علاوه بر نگهداری و جابه‌جایی، معاملات فضولی نیز باشد در این صورت علاوه بر مؤلفه‌های مذکور، وجود یکی از دو شرط فوق‌الذکر برای دریافت حق‌الزحمه لازم و ضروری است؛ زیرا اصل بر عدم استحقاق حق‌الزحمه و برائت مالک است و در مسیر عدم مخالفت با این اصول باید به خاطر داشت که بر اساس روایات تنها معامله فضولی‌ای قابل تنفیذ است که یکی از این دو شرط در آن وجود داشته باشد، و تا زمانی که معامله از لحاظ وضعی شرعی و حقوقی صحیح نبوده و یا به عبارتی قابل تنفیذ نباشد، فضول نیز مستحق اجرت نخواهد بود چون از لحاظ حقوقی عملی انجام نداده است.

کسب اجازه: کسب اجازه نکته بسیار مهمی است که نه تنها در این ماده که مجوز دریافت اجرت دانسته شده و از آن سخن به میان آمده است، شایسته است که در دیگر مواد قانونی که به ماهیت معاملات فضولی و قابلیت تنفیذ آن پرداخته می‌شود، مورد توجه قرار گیرد. همان‌طور که در دفعات متعددی بیان کردیم، شرایط زمانی و فقدان فناوری که در زمان وقوع روایات وجود داشته، عملاً کسب اذن از مالک نامیسر بوده است زیرا با کسب اذن شاید شرایط معامله از بین رفته و دیگر منفعتی برای مالک قابل کسب نبوده است؛ اما اکنون با پیشرفت در وسایل ارتباط جمعی این شرط بسیار مهم باید نقش اصلی در فضولی را ایفاء کند و فضولی تنها در شرایطی که امکان برقراری ارتباط با مالک وجود نداشته است، قابل تنفیذ قلمداد شود؛ لذا در این ماده به درستی نسبت به این امر توجه شده است.

۹. ماده ۶۷۴ قانون مدنی

در ماده مذکور قانون‌گذار مقرر کرده است که: «موکل باید تمام تعهداتی را که وکیل در حدود وکالت خود کرده است انجام دهد. در مورد آنچه که در خارج از حدود وکالت انجام داده شده است موکل هیچ‌گونه تعهد نخواهد داشت مگر اینکه اعمال فصولی وکیل را صراحتاً یا ضمناً اجازه کند».

بر اساس ماده مذکور تعدی وکیل از حیطة اختیاراتی که موکل به او سپرده است، در زمره اعمال فصولی‌ای قرار می‌گیرد که با تنفیذ مالک، برای شخص ثالث و مالک الزام و التزام را به همراه خواهد آورد. این ماده قانون بر حسب اتفاق در موازات رویکردی جدید ما از فصولی است. البته وجود حُسن نیت و فقدان امکان ارتباط با مالک دو مؤلفه‌ای هستند که وجود و عدم وجود آن‌ها برای قابل تنفیذ دانستن فصولی باید مدنظر قانون‌گذار قرار گیرد.

نتیجه‌گیری

برخلاف تعریف معمول که از معاملات فصولی ارائه شده است، معاملات فصولی تنها در شرایطی قابل تنفیذ خواهند بود که فصول امکان برقراری ارتباط با مالک برای کسب اذن را نداشته باشد، در این صورت اگر با حُسن نیت و در جهت کسب منفعت برای مالک معامله‌ای را منعقد سازد به شرط آنکه یکی از دو شرط، الفت میان او و مالک و یا وکالت در امور در صورت تعدی از محدوده اختیارات وجود داشته باشد، عمل وی از جانب مالک قابل تنفیذ خواهد بود؛ لذا شایسته است قانون مدنی ایران به منظور تأمین این رویکرد مورد اصلاح جدی قرار گیرد. البته در جهان حاضر با گسترش فناوری و راه‌های برقراری ارتباط اصل بر غیرقابل تنفیذ بودن معاملات فصولی است مگر آنکه فصول ثابت کند که برقراری ارتباط در زمان انعقاد معامله بنا بر دلایلی امکان‌پذیر نبوده است.

منابع

- آل کاشف الغطاء، عباس بن حسن (۱۴۲۴ق). منهل الغمام فی شرح شرائع الإسلام. نجف: مؤسسة کاشف الغطاء العامة.
- ابن ادریس، محمد بن احمد (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- اراکي، محمد علی (۱۴۱۵ق). کتاب البیع. قم: اسماعیلیان.
- امامی خوانساری، محمد (بی تا). الحاشیة الثانیة علی المکاسب. قم: بی نا.
- امامی، سید حسن (۱۳۸۶). حقوق مدنی. تهران: اسلامیة.
- انصاری، قدرت الله (۱۴۲۹ق). موسوعة احکام الأطفال و أدلتها. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم السلام).
- انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۵ق). المکاسب المحرمة (ط - الحدیثة). محقق: گروه پژوهش در کنگره، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم.
- بحرالعلوم، محمد بن محمد تقی (۱۳۶۲). بلغة الفقیه. تهران: مکتبه الصادق (علیه السلام).
- بحرانی، یوسف بن احمد (۱۳۶۳). الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة. قم: جماعة المدرسین فی الحوزة العلمیة بقم، مؤسسة النشر الإسلامی.
- تبریزی، میرزا فتاح شیرازی (بی تا). هدایة الطالب إلى أسرار المکاسب. تبریز: چاپخانه اطلاعات حکیم، محسن (بی تا). نهج الفقاهة. قم: ۲۲ بهمن.
- خراطها، محمد طه و سعادت مصطفوی، سید مصطفی (۱۳۹۵). «کاشفیت» یا «ناقلیت» اجازة معامله فضولی در فقه امامیه و قانون مدنی ایران. مطالعات فقه و اسلامی و مبانی حقوق، (۳۴)، صص. ۲۵-۵.
- خمینی، سید روح الله (۱۳۷۶). کتاب البیع تقریرات قدیری. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت الله علیه).
- خمینی، سید مصطفی (۱۳۷۶). کتاب البیع. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت الله علیه).
- خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۷ق). مصباح الفقاهة. قم: مؤسسه أنصاریان.
- روحانی، صادق (۱۴۱۲ق). فقه الصادق (علیه السلام). قم: دارالکتاب - مدرسه امام صادق (علیه السلام).

- روحانی، صادق (۱۴۲۹ق). *منهاج الفقاهة*. قم: انوار الهدی.
- ره‌پیگ، سیامک (۱۳۷۶). *اجازه وارث معامله فضولی در قانون مدنی ایران*. دیدگاه‌های حقوق قضایی، (۵ و ۶)، صص. ۷۱-۷۸.
- سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۲۹ق). *رسائل فقهیه*. قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
- شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۱۴ق). *غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد*. محقق: رضا مختاری، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- صاحب جواهر، محمدحسن (بی تا). *جواهرالکلام فی شرح شرایع الإسلام*. محقق: عباس قوچانی و علی آخوندی، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- طباطبایی، علی بن محمد علی (۱۴۱۸ق). *ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل (ط- الحدیث)*. محقق: محمد بهره‌مند؛ محسن قدیری؛ کریم انصاری و علی مروارید، قم: مؤسسه آل‌البت (علیهم السلام).
- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۶۵). *تهذیب الأحکام*. تهران: دارالکتب الإسلامیه.
- طوسی، محمد بن حسن، (۱۴۰۷ق) *الخلاف*. قم: جماعة المدرسين فی الحوزة العلمیه بقم، مؤسسه النشر الإسلامی.
- علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۴ق). *تذکره الفقهاء (ط- الحدیث)*. محقق: گروه پژوهش مؤسسه آل‌البت (علیهم السلام)، قم: مؤسسه آل بیت (علیه السلام).
- علی‌نژادی، محسن و زهرا (۱۳۹۷). *توارث اجازه در معامله فضولی*. *قانون یار*، ۲(۷)؛ صص. ۴۶۶-۴۵۱.
- غلامرضا راوی، هادی و امید فرد، عبدالله (۱۳۹۶). *آثار عقد فضولی در مصاهرت*. *مجله فقه و حقوق خانواده*، ۲۴(۷۱)، صص. ۵-۲۶.
- فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله (۱۳۷۳). *کنز العرفان فی فقه القرآن*. محقق: محمدباقر مرتضوی بهبودی، تهران: بی‌نا.
- کاتوزیان، امیرناصر (۱۴۰۱). *قواعد عمومی قراردادها*. بی‌جا: بی‌نا.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۲۹ق). *الکافی (ط-الإسلامیه)*. مصحح: علی‌اکبر غفاری، قم: دارالحدیث للطباعة و النشر.
- لولو، سیده مهناز و مبین، حجت (۱۳۹۶). *مبانی و چگونگی جبران خسارات وارده به خریدار در معامله فضولی با مطالعه تطبیقی در حقوق انگلستان*. *مطالعات حقوقی*، ۹(۴)، صص. ۲۵۶-۲۲۹.

- مامقانی، محمدحسن بن عبدالله (۱۳۱۶). غایة الآمال. قم: مجمع الذخائر الإسلامية.
- مجلسی، محمدباقر (۱۴۰۴ق). مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول. محقق: سید هاشم رسولی، تهران: دار الکتب الإسلامية.
- مجلسی، محمدباقر (۱۴۰۶ق). ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار. محقق: مهدی رجایی، قم: کتابخانه عمومی حضرت آیت الله العظمی مرعشی نجفی (ره).
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۴). وضعیت حقوقی معامله فضولی مسبوق به منع. تحقیقات حقوقی، ۱۸(۶۹)، صص. ۲۳-۳۳.
- مرتضی زبیدی، محمد بن محمد (۱۴۱۴ق). تاج العروس من جواهر القاموس. محقق: علی شیری، بیروت: دار الفكر للطباعة و النشر و التوزیع.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان. محقق: آقا مجتبی عراقی؛ علی پناه اشتهاودی و آقا حسین یزدی اصفهانی، قم: دفتر انتشارات اسلامی و وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۹۰). أنوار الفقاهة فی أحكام العترة الطاهرة (النکاح). قم: دار النشر الإمام علی بن أبی طالب (علیه السلام).
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۵ق). أنوار الفقاهة (البيع). قم: مدرسه الإمام علی بن أبی طالب (علیه السلام).
- ملک پور، حسن شاه و دریایی، رضا (۱۴۰۰). تحلیل اثر وضعی معاملات فضولی. فصلنامه تعالی حقوق، سال دوازدهم، (۳)، صص. ۱۸۲-۲۱۴.
- موسوی خوانساری، احمد (۱۳۵۵). جامع المدارک فی شرح المختصر النافع. تهران: مکتبة الصدوق.
- نائینی، محمدحسین (۱۳۷۳). منیة الطالب فی حاشیة المکاسب. تهران: المکتبة المحمدیة.
- نجفی، هادی (۱۳۸۷). الآراء الفقهیة. اصفهان: مهر قائم.
- نوری، حسین بن محمدتقی (۱۴۰۸ق). مستدرک الوسائل. بیروت: مؤسسة آل البيت (علیهم السلام) لإحياء التراث.
- یزدی، محمدکاظم بن عبدالعظیم (۱۴۲۱ق). حاشیة المکاسب. قم: مؤسسه اسماعیلیان.

معیارهای شناسایی «تلف حکمی» در حقوق اسلامی؛ با تحلیل ضابطه «انتقال به ثالث با حُسن نیت» در رویه قضائی و طرح اصلاح قانون مدنی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۸/۱۷

محمدهادی جواهر کلام*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۲/۱۵

صمد حدادی اردکانی**

نوع مقاله: پژوهشی

چکیده

در این نوشتار، معیارهای شناسایی «تلف حکمی» در حقوق اسلامی، با مطالعه ضابطه «انتقال به شخص ثالث با حُسن نیت» در رویه قضائی و طرح اصلاح مواد ۳۲۳ و ۳۲۵ قانون مدنی ایران، با هدف رفع اختلاف بین محاکم و ایجاد رویه واحد بین دادگاه‌ها، مورد تحلیل قرار گرفته است. پرسش بنیادین آن است که تحقق تلف حکمی که در سالیان اخیر در قوانین و رویه قضائی ایران بسیار مورد استفاده و استناد قرار گرفته، چه ضابطه و معیاری دارد و آیا می‌توان معیارهای گوناگونی را که در فقه امامیه برای شناسایی این قاعده مطرح گردیده، در قالب معیار واحد یا معیارهای کلی‌تری تحلیل و ارائه کرد؟ با روش تحقیق توصیفی تحلیلی و با مطالعه گسترده در متون فقهی و رویه قضائی، این نتیجه حاصل شد که غالب معیارهای گوناگون مورد پذیرش فقیهان امامیه، در یک ضابطه کلی یعنی «فقدان سلطنت» قابل تفسیر است؛ منتها این عدم سلطنت گاه در معنای بسیار وسیع، گاهی به معنای بسیار مضیق و گاه هم در معنای متعارف استعمال شده است. رویه قضائی نیز در سالیان اخیر، ضابطه تلف حکمی را انتقال مال به شخص ثالث با حُسن نیت قرار داده است؛ به‌ویژه اگر در مبیع تغییرهایی ایجاد شده باشد؛ ایده‌ای که در پیشنهاد اصلاح برخی از مواد قانونی مدنی نیز اعمال شده است. لذا از حیث تحلیلی و با لحاظ انطباق با مبانی فقهی، پیشنهاد شد که در صورت جریان قاعده اقدام و جهل منتقل‌الیه به تعلق حق غیر، تلف حکمی، که یک فرض حقوقی است، تحقق یابد.

واژگان کلیدی: تلف حکمی، سلطنت، انتقال مال به دیگری، عدم امکان نقل و انتقال، منتقل‌الیه با حُسن نیت، قاعده اقدام، فرض حقوقی.

* استادیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران
(نویسنده مسئول).
javaherkalam@atu.ac.ir

** دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، پردیس فارابی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.
s.haddadi1371@yahoo.com

مقدمه

استناد به «تلف حکمی» در سال‌های گذشته از سوی قانون‌گذار و رویه قضائی برای حمایت از شخص ثالث با حُسن نیت و مصالح عمومی بسیار رواج یافته است؛ برای نمونه، ماده ۷ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی^۱ مصوب ۱۳۹۴ و ماده ۱۱۷ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا^۲ مصوب ۱۳۸۷ این اصطلاح را به کار برده است. دادگاه‌های ما نیز در موارد متعددی، به‌ویژه در بحث بیع فضولی، درجایی که مبیع به شخص ثالث با حُسن نیتی منتقل شده است، به‌خصوص اگر تغییرهایی نیز در مبیع صورت گرفته باشد، مانند اینکه خریدار بر روی زمین متعلق به دیگری ساختمانی احداث کرده یا ساختمان قبلی را تخریب و تجدید بنا نموده، برای حمایت از منتقل‌الیه ناآگاه، به‌جای صدور حکم بر بطلان تمامی معاملات بعدی و قلع مستحقات خریدار، به «تلف حکمی مبیع» تمسک جسته‌اند و با نافذ شناختن معاملات بعدی و مالکیت متصرفان بر مستحقات، تنها آنان را مکلف به پرداخت خسارت به مالک پیشین (اصلی) دانسته‌اند. این تدبیر حتی در قالب طرح اصلاح مواد ۳۲۳ و ۳۳۵ قانون مدنی به شماره ۵۶۵ مورخ ۱۳۹۸/۰۲/۲۲ در مجلس شورای اسلامی اعلام وصول شده و بدین ترتیب، حق متصرف با حُسن نیت بر حق مالک مقدم شمرده شده است.

این درحالی است که تاکنون مفهوم روشن و معیار مشخصی از «تلف حکمی» ارائه نشده و انطباق طرح پیشنهادی یادشده با مبانی فقهی و حقوقی و ضابطه‌های ارائه‌شده از تلف حکمی در فقه امامیه نیز محل مناقشه و تردید است. سؤال اصلی این است که تلف حکمی چیست و چه معیاری برای شناسایی آن وجود دارد؟ از طرف دیگر، در متون فقهی قرائت‌ها و تفسیرهای گوناگونی از تلف حکمی ارائه شده و معیارهای متفاوتی برای تحقق آن در ابواب مختلف فقهی مطرح گشته است؛ بنابراین، باید دید آیا

۱. «در مواردی که وضعیت سابق مدیون دلالت بر ملائت وی داشته یا مدیون در عوض دین، مالی دریافت کرده یا به هر نحو تحصیل مال کرده باشد اثبات اعسار برعهده اوست مگر اینکه ثابت کند آن مال تلف حقیقی یا حکمی شده است...».

۲. «هرگاه مورد وثیقه واقعاً یا حکماً تلف شود، سند تابع مقررات اسناد ذمه‌ای خواهد بود». وانگهی، به‌نظر می‌رسد که آیین‌نامه شماره ۷۹ شرایط عمومی بیمه باربری مصوب ۱۳۹۱/۱۰/۲۶، در بند ۱۳ از خطرات تحت پوشش، با عنوان خسارت کلی فرضی، شامل تلف حکمی نیز می‌شود.

از این معیارهای گوناگون می‌توان قدر مشترکی را استخراج کرد؟ آیا در بحث غصب و در حکم غصب (محل اجرای قاعده «علی الید ما إخذت حتی تؤدیه») نیز می‌توان به تلف حکمی استناد کرد؟ در پاسخ به این پرسش‌ها، فقیهان امامیه نیز پاسخ‌های صریحی نداده‌اند و حتی به صورت منسجم به این بحث نپرداخته‌اند و همین امر، بر دشواری‌های ناشی از تدارک قاعده عمومی برای تحقق تلف حکمی افزوده است.

برای پاسخ به پرسش‌های یادشده، در آغاز مفهوم و اقسام تلف و تعریف و صور تحقق تلف حکمی و مبانی استناد فقها به این فرض حقوقی بررسی می‌شود. در ادامه مهم‌ترین معیارهای تحقق تلف حکمی در فقه امامیه مطالعه و تلاش می‌شود ضابطه‌های گوناگون ارائه‌شده ذیل عنوان‌های کلی‌تر و جامع‌تر استخراج و عرضه گردد. در نهایت، انتقال به ثالث با حسن نیت به عنوان ضابطه تلف حکمی در رویه قضائی و طرح اصلاح مواد ۳۲۳ و ۳۲۵ ق.م. و نیز نقش «اقدام» مالک در تمسک به تلف حکمی، از حیث مبانی فقهی و حقوقی مطالعه می‌شود.

۱. مفهوم و اقسام تلف؛ تعریف و صور تلف حکمی و مبانی استناد فقها به آن

پس از بررسی مفهوم و اقسام تلف و روشن شدن معنای تلف حکمی، به صور تحقق تلف حکمی و مبانی استناد فقها به این فرض حقوقی پرداخته می‌شود.

۱-۱. مفهوم و اقسام تلف (حقیقی و حکمی)

تلف در لغت به معنای «هلاک گردیدن» و «نابود شدن» به کار رفته است؛ بدین معنا که یک شیء نابود شده و معدوم گردد (ابن منظور، ۱۴۱۰ق، ج ۹، ص. ۱۸۰). طبق تقسیم‌بندی مرسوم در فقه امامیه، «تلف» به دو دسته تلف حقیقی (یا واقعی) و تلف حکمی (یا اعتباری یا معنوی) تقسیم شده است:

۱- تلف حقیقی بدان معناست که عین مالی که در خارج وجود دارد، حقیقتاً و واقعاً از بین برود؛ مانند اینکه میوه‌ای به دلیل فاسد شدن، زایل شود یا خانه‌ای در آتش بسوزد یا در اثر زلزله منهدم شود و یا اینکه خودرویی در اثر صاعقه بسوزد و نابود گردد و یا مواد خوراکی در اثر استفاده از بین بروند یا شیشه ساختمانی فرو بریزد یا لباسی پاره شود و یا عینکی شکسته شود و نظایر آن. همچنین، ممکن است منافع

مالی در اثر استفاده یا هدر دادن منفعت (مانند مخفی نمودن مال یا معطل گذاشتن آن)، حقیقتاً تلف گردد.^۱ در تمام موارد یادشده، ممکن است مواد اولیه و اجزای تشکیل دهنده مال تلف شده، کاملاً از بین برود، مانند اینکه لباسی در اثر سوختن، تبدیل به خاکستر شود، یا آنکه اجزای مال تالف (تلف شده) موجود باشد، مانند اینکه مصالح ساختمان یا شیشه یا پارچه و نظایر آن همچنان در خارج وجود داشته باشد؛ اما به دلیل آنکه «هیئت اجماعی» مال تلف شده است، بر آن «تلف حقیقی» صدق می‌کند. همچنین، تلف حقیقی ممکن است کلی و ناظر به تمام اجزای مال باشد، مانند اینکه کل خانه فرو ریزد؛ یا جزئی و نسبت به بخشی از مال، مثل اینکه قسمتی از سپر ماشین از بین برود، که از آن به «نقص» مال نیز تعبیر می‌شود.

۲- تلف حکمی یا اعتباری بدین معناست که عین مال در خارج وجود دارد؛ یعنی هم هیئت افرادی و هم هیئت اجماعی مال در جهان خارج موجود است، اما مالک به مال خود دسترسی ندارد و سلطه او بر آن مال قطع شده است؛ مانند حیوانی که به سرقت رفته یا فرشی که دزد آن را برده است یا مالی که در بیابان یا صحرا یا شهری گم شده و هیچ نشانی ندارد که به کمک آن بتوان مال مزبور را پیدا کرد. در تمام این موارد، اگرچه عین مال در جهان خارج وجود دارد، ولی در دسترس و تحت سلطه مالک آن نیست و عادتاً هم امید یافتن آن نمی‌رود؛ یعنی سلطه مالک بر مال خویش عادتاً و عرفاً برای همیشه قطع شده است. به همین جهت، فقها در این حالت از «تلف حکمی» مال سخن می‌گویند؛ یعنی عین مال واقعاً تلف نشده و موجود است، ولی به دلیل عدم دسترسی مالک بدان، در حکم تلف تلقی شده است (جمعی از پژوهشگران زیر نظر هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۶ق، ج ۲، صص. ۶۱۷-۶۱۸).

۲-۱. صورت‌های تحقق تلف حکمی

تلف حکمی دو صورت دارد: ۱- مال از دسترس مالک خارج شود، به نحوی که عادتاً امکان دستیابی بدان نباشد؛ مانند انگشتری که داخل اقیانوسی افتاده است. در این

۱. افزون بر تلف عین و منفعت، تلف ویژگی و صفت مال یا مالیت آن نیز در متون فقهی از مصادیق تلف حقیقی قلمداد شده است (ر.ک: جمعی از پژوهشگران زیر نظر هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۶ق، ج ۳، صص. ۱۹۸-۱۹۹).

حالت، مال «واقعاً» قابل بازگشتن نیست؛ یعنی مالک به صورت «مادی و فیزیکی» نمی‌تواند مال خود را مجدداً به دست بیاورد. به همین دلیل، فقها آن را در حکم تلف می‌شمارند. بند آخر ماده ۳۱۱ ق.م. نیز در موردی که رد عین مال مغضوب امکان‌پذیر نیست، تلف حکمی را پذیرفته و غاصب را ملزم به دادن بدل شمرده است. ۲- مال در جهان خارج وجود دارد و «واقعاً» قابل رد است، اما به دلیل مانع شرعی یا قانونی رد آن به مالک امکان‌پذیر نیست؛ برای مثال، اگر پس از عقد بیع، عین مبیع به شخص دیگری فروخته شود یا اجاره داده شود، و سپس عقد بیع به دلیلی فسخ گردد، به خاطر آنکه مبیع متعلق حق خریدار دوم یا مستأجر قرار گرفته است، رد عین مبیع مطلقاً (در مورد بیع دوم) و یا موقتاً (در مورد اجاره) امکان‌پذیر نیست؛ بنابراین، عقد بیع دوم یا اجاره به حال خود باقی می‌ماند و خریدار به جای عین مبیع، بدل آن را به فروشنده می‌دهد، زیرا مبیع در حکم تلف محسوب است. در واقع، قانون‌گذار یا شارع در این فرض، مال را در حکم تلف قرار داده و به همین جهت، بدان «تلف شرعی» نیز اطلاق می‌گردد (جمعی از پژوهشگران زیر نظر هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۶ق، ج ۲، ص. ۶۱۸). مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی، به تبع متون فقهی، این قسم از تلف حکمی را به صراحت پذیرفته است.

۳-۱. مبانی استناد فقها به تلف حکمی

در فقه امامیه، افزون بر «تلف حقیقی» در برابر «تلف حکمی»، در موارد بسیاری، «حقیقت امری» یا «واقعیت چیزی» در مقابل «در حکم آن چیز» یا «به منزله آن شیء» قرار گرفته و حکم حالت نخست به فرض دوم نیز تسری یافته است. از جمله این مواد، می‌توان به مصادیق زیر اشاره کرد: کشف حکمی در برابر کشف حقیقی در بیع فضولی (انصاری، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص. ۲۰۵)، قبض حکمی در برابر قبض حقیقی، اقرار حقیقی در برابر اقرار حکمی، زیاده حکمی در برابر زیاده حقیقی در بحث ربا، نجاست حکمی در برابر نجاست حقیقی، تصرف حکمی در برابر تصرف حقیقی (مؤمن قمی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص. ۴۳۵؛ سرخسی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۵، ص. ۷۲)، رد حکمی در برابر رد حقیقی در بیع فضولی (مروجی، ۱۴۱۶ق، ج ۵، ص. ۴۴۷)، انحلال حکمی در برابر انحلال حقیقی در علم اصول (حسینی حائری، ۱۳۸۵، ج ۲، ص. ۲۸۹). اینک، باید

پرسید که اساساً چرا فقیهان امامیه به «در حکم شیء» به طور عام، و «تلف حکمی» به نحو خاص، روی آورده‌اند؟ در حقوق ما تاکنون پژوهشی در این باره و علت سرایت و تعمیم حکم از حقیقت مادی و واقعی به حقیقت حکمی یا اعتباری انجام نشده است؛ اما به طور خلاصه می‌توان گفت: هرگاه مفهوم حقیقی امری، فاقد ارکان و عناصر معنای واقعی باشد، اما «ضرورت‌های اجتماعی» توسعه مصادیق یا حکم آن را اقتضا کند، فقیهان معنای حقیقی را به معنای حکمی نیز توسعه داده‌اند؛ برای نمونه، قبض اصولاً در معنای محسوس به کار می‌رود؛ اما اگر در مواردی ضرورت‌های اجتماعی اقتضاء کند، ممکن است قبض را به موارد غیر محسوس نیز سرایت دارد؛ مانند قبض ملک غیر منقول مشاع (عاصم بن منصور، ۱۴۳۴ق، ص. ۲۰۵). همچنین، در مواردی که بین معنای حقیقی و معنای حکمی از حیث نتیجه هیچ تفاوتی وجود نداشته باشد، فقیهان فارغ از اینکه آیا معنای حکمی ارکان معنای حقیقی را دارد، گرایش به مفهوم حکمی پیدا کرده‌اند؛ برای نمونه، هرگاه در عقد هبه، واهب دو طرف عقد را خود بر عهده دارد، عقد هبه بدون نیاز به قبض جدید واقع می‌شود (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، ج ۱، ص. ۲۲)، زیرا عمل واقع شده هیچ تفاوتی با قبض حقیقی در نتیجه ندارد. بدین ترتیب، گرایش فقها به مفهوم «حکمی» و اینکه «یک شیء در حکم یک شیء دیگر» است، ناشی از ضرورت‌های اجتماعی و تساوی در نتیجه است (الریاحنه، ۲۰۰۵م، ص. ۱۰۸).

گفتنی است که در حقوق ما نیز برخی از حقوق‌دانان برای تعدیل سختی و خشکی قاعده «الغاصب یؤخذ بأشقِّ الاحوال» به تلف حکمی استناد کرده‌اند؛ چنان‌که در بحث غصب سنگ یا شمش طلا و خلق شاهکار هنری از آن، به جای رد عین، حکم به دادن بدل، به جهت تحقق تلف حکمی مال مغضوب، داده شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ش ۳۸۵؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص. ۲۰۵). در مذاهب اهل سنت هم در فرض غصب حبه متعلق به غیر و تبدیل شدن آن به محصول، مالک را مستحق مثل حبه دانسته و زراعت را متعلق به غاصب می‌دانند (برای تفصیل بحث، ر.ک: سرخسی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۱، ص. ۹۵؛ سیواسی، بی تا، ج ۱۰، ص. ۲۵۹؛ صدر، ۱۴۱۷ق، صص. ۵۶۱-۵۶۲؛ میرشکاری، ۱۳۹۰، صص. ۵۵-۵۲؛ کیخا و آبین، ۱۳۹۹، صص. ۱۹۰-۲۱۵).

۲. معیارهای تحقق تلف حکمی در فقه امامیه

پس از اینکه مبنای فقهی تلف حکمی بررسی شد، معیارهای تحقق تلف حکمی بحث می‌شود. در متون فقهی، ضابطه‌های متعددی برای صدق تلف حکمی در ابواب گوناگون ارائه شده است؛ معیارهایی که چه بسا جمع آنها با یکدیگر دشوار است. با این حال، به نظر می‌رسد که مهم‌ترین ضابطه برای تحقق تلف حکمی در فقه امامیه، «فقدان سلطنت» است و با تعبیر وسیع از آن، می‌توان سایر معیارها را به همین ضابطه اصلی بازگرداند. با این حال، معیارهای دیگری نیز در این زمینه از سوی آرای فقیهان امامیه ارائه شده است که باید مورد ارزیابی قرار گیرد.

۲-۱. فقدان سلطنت

فقدان سلطنت به عنوان معیاری برای وقوع تلف حکمی، گاهی به مفهوم مضیق به‌کار رفته؛ در پاره‌ای موارد، بسیار موسع تفسیر شده است، و گاهی نیز مفهوم و معیار متعارفی از آن ارائه گشته است.

۲-۱-۱. فقدان سلطنت به معنای مضیق

این معیار، که از دیگر ضابطه‌ها بسیار مضیق‌تر است، در مبحث غصب به‌کار رفته و نشان می‌دهد که در فقه امامیه تلف حکمی در باب غصب به‌دشواری پذیرفته شده است؛ زیرا فقها بر این باورند که حتی در فرض تعذر وصول نیز تلف حکمی محقق نمی‌شود؛ برای نمونه، شیخ انصاری اگرچه تعذر وصول را به معنای تلف حکمی می‌داند، اما معتقد است که مالک می‌تواند حتی در فرض تعذر وصول نیز صبر کند تا به مال خود دسترسی پیدا کند (انصاری، ۱۴۳۳ق، ج ۳، ص. ۲۵۷). این عبارت شیخ انصاری گویای این است که در تعذر وصول هنوز هم «سلطنت» مالک برقرار است. همچنین، فقیهان امامیه معتقدند حتی اگر برگرداندن مال غصبی مستلزم خراب کردن بنا یا هزینه زیاد باشد، باز هم بر غاصب واجب است که مال غصبی را بازگرداند (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۷، ص. ۷۶؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص. ۱۰۹؛ رشتی، بی‌تا، ص. ۱۴۶؛ اصفهانی، ۱۴۲۲ق، ص. ۶۰۴؛ خمینی، بی‌تا، ج ۲، صص. ۱۷۷-۱۷۸؛ سیستانی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص. ۲۰۸؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۱، ص. ۳۱۰)؛ بنابراین تا زمانی که

مال به «استهلاک» نرسیده است، سلطنت مالک به جای خود باقی است. در سخنی سخت‌گیرانه‌تر، نویسنده کتاب گران‌سنگ منیه الطالب، می‌گوید: تحقق تلف حکمی در مال غضبی منحصر به موارد استهلاک است و نه غیر آن (نایینی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص. ۲۴۹). برخی نیز گفته‌اند: مال غضبی زمانی در حکم تلف است که به کلی از قیمت بیفتد؛ به گونه‌ای که اگر قرار باشد عین مال داده شود، هیچ ارزشی نداشته باشد (خویی، ۱۳۷۷، ج ۳، ص. ۲۱۸). به علاوه چنانچه مال مغضوب با مال دیگری مخلوط شود، این امر به منزله تلف حکمی نیست، بلکه حق مالک بر عین مالش باقی است و مالک با غاصب شریک خواهد شد؛ بنابراین، تنها زمانی که این مخلوط شدن باعث از قیمت افتادن مال مغضوب گردد، تلف حکمی محقق می‌شود (مامقانی، ۱۳۵۰، ج ۱، ص. ۸۲؛ خویی، ۱۳۷۷، ج ۳، ص. ۲۱۸؛ خمینی، بی تا، ج ۲، ص. ۱۷۸؛ اصفهانی، ۱۴۲۲ق، ص. ۶۴۰؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۱، ص. ۳۱۰؛ سیستانی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص. ۲۵۸). برخی دیگر برای وقوع تلف حکمی، از «عذر دائمی» یاد کرده‌اند (حسینی خواه، ۱۳۹۰، ص. ۱۱). به طور کلی، فقیهان امامیه برای وقوع تلف حکمی در بحث غضب، از معیارهایی چون «عیب قابل تسری به تلف» (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۶، ص. ۲۶۰)، «عدم امید برای بازگشت مال» (غروی اصفهانی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص. ۳۹۰) یاد نموده و برخی از فقیهان بیان داشته‌اند که تمام این معیارها برای تحقق تلف حکمی در غضب، به «تعذر وصول» برمی‌گردد (رشتی، ۱۴۳۰ق، ج ۲، ص. ۱۲۲). قانون مدنی نیز افزون بر ماده ۳۱۱، در ماده ۳۱۳ به صراحت مقرر می‌دارد: «هر گاه کسی در زمین خود با مصالح متعلقه به دیگری بنائی سازد یا درخت غیر را بدون اذن مالک در آن زمین غرس کند صاحب مصالح یا درخت می‌تواند قلع یا نزع آن را بخواهد مگر اینکه به أخذ قیمت تراضی نمایند».

دقت و توجه در متون فقهی گویای این است که در باب غضب، سخت‌گیری بسیار زیادی در فتاوی وجود دارد؛ به گونه‌ای که اگر احتمال عقلانی برای بازگشت مال وجود نداشته باشد، باز هم نمی‌توان سخن از تلف حکمی گفت، چون تا آخرین لحظه‌ای که سلطنت مالک بر مال وجود دارد، اوست که حقش زائل شده و می‌تواند بازگرداندن مال خود را از غاصب و یا ایادی بعدی بخواهد.

حال باید به این پرسش پاسخ گفت که آیا می‌توان «تعذر وصول» را نیز به سلطنت بازگرداند؟ پاسخ از یک جهت آری است و از یک جهت خیر. از این جهت که بسیاری از فقیهان در بحث غصب، مالک را شخصی می‌دانند که بدون اذن وی، حقوق او مورد تصرف قرار گرفته و از این رو، تا زمانی که به مال و حق خود نرسیده است، همچنان «سلطنت» وی باقی است، می‌توان پاسخ مثبت به سؤال یادشده داد. اما از یک جهت نیز پاسخ منفی است، زیرا حتی آن دسته از فقها که صرف انتقال مال را موجب زوال سلطنت مالک می‌دانند؛ در باب غصب، حتی در صورت مخلوط شدن مال مغضوب با مال دیگری نیز سلطنت مالک را باقی می‌شمرند؛ چه رسد به اینکه به ثالث منتقل شود.

۲-۱-۲. فقدان سلطنت به معنای موسع

بر اساس این معیار، تلف حکمی چنان وسیع مورد توجه فقها قرار گرفته است که صرف تصرف در مال باعث می‌شود که مال مزبور در حکم تلف به‌شمار آید، حتی اگر منتقل‌الیه مال موضوع معامله را به دیگری منتقل نکرده باشد؛ برای مثال، هر گاه متهم در مال موهوب تصرفی انجام دهد، آن مال را در حکم تلف قرار می‌دهد و سبب می‌شود که حق رجوع و اهب ساقط شود. این قول به اکثر فقیهان امامی نسبت داده شده است (فاضل لنکرانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص. ۴۸۴؛ و برای نظر مخالف، ر.ک: انصاری، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص. ۲۶۸) و بند ۴ ماده ۸۰۳ ق.م. نیز به‌صراحت آن را پذیرفته است. در این معیار، با وسیع‌ترین معیار از تلف حکمی روبه‌رو هستیم که حتی نقل و انتقال مال نیز در آن شرط نیست. با وجود این، تنها در بحث هبه این دیدگاه مورد توجه فقیهان قرار گرفته است.

۲-۱-۳. فقدان سلطنت به معنای متعارف

منظور از فقدان سلطنت در معنای متعارف این است که شخص باید سلطنت کامل و شایسته بر مال خویش را از دست بدهد تا بتوان قائل به تلف حکمی شد؛ یعنی لازم است سلطنت کامل و بالفعلی که هر شخص نسبت به مال خود دارد، از بین برود. در فقه امامیه، این معیار در مبحث خیارات، اقاله، وکالت، طلاق، معاطات و مضاربه به‌کار رفته است. هر چند در متون فقهی این ضابطه با تعبیر مختلفی مطرح شده، اما تمامی

آنها را می‌توان به فقدان سلطنت بازگرداند. این سلطنت در معنای وسیع خود مورد نظر است که شامل سلطنت بر عین مال و سلطنت بر حقوق مالی می‌شود.

بر اساس این معیار، همین‌که شخص نسبت به مالی سلطنتی را که شایسته یک مالک است از دست بدهد، تلف حکمی محقق شده است؛ بنابراین، در این ضابطه، مالک دیگر نمی‌تواند بر تصرفاتی که بر آن مال صورت می‌گیرد اشراف داشته باشد و در آن دخل و تصرف نماید. پس، اگر حقی هم بخواهد مطالبه کند این حق را باید از بدل مال بگیرد و نه از خود آن مال. انتقال به دیگری از مواردی است که مال را در حکم تلف قرار می‌دهد. این نتیجه را از مبحث خيارات، مانند خيار عیب و غبن، به خوبی می‌توان استخراج کرد (طباطبایی قمی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص. ۱۲۶؛ خوبی، ۱۳۷۷، ج ۵، ص. ۴۷۹؛ سبحانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص. ۲۴۴؛ عارفی بشی، ۱۴۲۶ق، ج ۱۰، ص. ۲۸۳؛ حسینی شاهرودی، ۱۴۲۹ق، ج ۴، ص. ۴۰۲؛ ایروانی، ۱۳۸۴، ج ۲، ص. ۷۵). این دیدگاه بر این تحلیل استوار گشته است که اگر شخصی بر مالی سلطه داشته باشد، می‌تواند هر اقدامی را که بخواهد انجام دهد؛ بنابراین، مشتری حتی در زمان خيار شرط می‌تواند تصرف دلخواه را انجام دهد و اینکه ممکن است در آینده با بیع اصلی خيار شرط را اعمال نماید، نمی‌تواند مشتری دوم را از انجام تصرف منع کند (انصاری، ۱۴۳۳ق، ج ۶، ص. ۱۵۱). حتی در خيار شرط که به جعل طرفین صورت می‌گیرد، گفته شده است: اگرچه مشتری حق انتقال مبیع را ندارد، اما اگر مبیع را به ثالث واگذار کند و مالک اصلی اعمال خيار نماید، تنها می‌تواند بدل بگیرد (انصاری، ۱۴۳۳ق، ج ۶، ص. ۱۵۱). بر اساس این دیدگاه، تلف حکمی در خيارات جعلی نیز پذیرفته شده است. به طور کلی، می‌توان گفت: در خيارات، مبنای مشهور بر این دیدگاه استوار شده است که هر زمان که سلطنت «فعلی» مالک از بین برود، تلف حکمی محقق می‌شود.

پرسشی که مطرح می‌شود اینکه آیا معیار فقدان سلطنت این است که مالک سلطنت بر مال نداشته باشد یا اینکه آنچه مهم است این است که سلطنت بر اعمال حقوق متعلق به مال نداشته باشد؟ بر مبنای معیار نخست، باید گفت که اگر مال از دسترس مالک خارج شود، فقدان سلطنت محقق خواهد شد؛ اما بسیاری از فقها ضابطه دوم را پذیرفته‌اند. بنابراین، اگر مال در دسترس نباشد؛ اما همچنان مالک امکان اعمال حقوق

خود را داشته باشد، تلف حکمی هنوز محقق نشده است؛^۱ برای نمونه، اگر مبیع پیش از تحویل به سرقت رود، بر اساس دیدگاه برخی از فقیهان، مانند شیخ انصاری، تلف حکمی واقع می‌شود (انصاری، ۱۴۳۳ق، ج ۶، ص. ۲۷۲). در این حالت، سلطنت شخص بر کالا وجود دارد، هر چند سلطنت تامه نیست؛ بلکه سلطنت ضعیف شده است. ممکن است ایشان بدین دلیل عدم امکان دسترسی را در حکم تلف دانسته باشد که سلطنت کامل وجود ندارد. این معیار به نفع خریدار است و باعث می‌شود علی‌رغم اینکه وی مالک محسوب می‌شود، همین که دسترسی به مال برای وی فراهم نشود، بیع منفسخ گردد. باین حال، این مثال شیخ انصاری، با مخالف بسیاری از فقیهان واقع شده است؛ زیرا آنان معتقدند که به‌صرف عدم امکان دسترسی به مال، تلف حکمی محقق نمی‌شود و تا زمانی که عین مال باقی است، هر چند به سرقت رفته باشد، سلطنت مالک بر مال باقی خواهد بود. به‌ویژه آنکه تلف حکمی امری خلاف اصل است و در مصادیق مورد تردید نباید جاری شود (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶ق، ص. ۲۷۸؛ روحانی، ۱۴۲۹ق، ج ۲۶، ص. ۵۲۲، شهیدی، ۱۴۰۰، ج ۳، ص. ۶۱۹؛ خویی، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص. ۱۱۱)؛ مگر اینکه دیگر امکان دسترسی وجود نداشته باشد. در ادامه، برخی از معیارهایی که با عناوین ویژه‌ای مطرح شده‌اند، هر چند به‌نظر می‌رسد در ذیل سلطنت به مفهوم متعارف قابل بررسی هستند، ذکر می‌گردد.

۱. البته بعضی از فقیهان در برخی از مصادیق بیان داشته‌اند که تلف حکمی دائر مدار بقا یا عدم بقای مال است؛ بنابراین، هرگاه عین مال وجود داشته باشد، ولو اینکه به دیگری منتقل شده باشد، تلف حکمی محقق نخواهد شد؛ برای نمونه، در دعوی مشتری و خریدار در میزان ثمن مشهور فقیهان معتقدند اگر عین مال در ید مشتری باقی باشد، بایع سوگند می‌خورد و ادعای وی پذیرفته می‌شود. از دیدگاه شهید ثانی صرف انتقال این مال توسط مشتری به ثالث، باعث نمی‌شود که دلیل سوگند به طرف مشتری چرخش پیدا کرده و وی بتواند با یک سوگند، ادعای خود را به اثبات برساند. شهید ثانی دلیل را «بقای مال» می‌داند. به تعبیر دیگر، از منظر ایشان تا زمانی که عین مال وجود دارد، تلف حکمی محقق نمی‌شود؛ ولو اینکه به شخص ثالث هم منتقل شده باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص. ۵۳۷). بدین ترتیب، معیار تلف حکمی از دیدگاه شهید ثانی، «عدم بقای مال» است و صرف انتقال را به معنای تلف نمی‌داند؛ اما برخی دیگر از فقیهان به درستی، گفته‌اند: انتقال به شخص ثالث موجب تحقق تلف حکمی می‌شود (طباطبایی قمی، ۱۴۲۲ق، ج ۸، ص. ۱۵۱؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱۹، ص. ۱۹۶؛ خویی، ۱۳۷۷، ج ۴، ص. ۲۱۹). بنابراین، همین که مالک سلطه بر مالش را از دست بدهد، هر چند به نقل لازم باشد، فقدان سلطنت محقق خواهد شد.

الف. تبیین معیار صرف انتقال به دیگری در معنای فقدان سلطنت

یکی از معیارهایی که برای تحقق تلف حکمی در فقه امامیه پذیرفته شده و به نظر می‌رسد که ذیل ضابطه فقدان سلطنت در معنای متعارف می‌گنجد، صرف انتقال مال به دیگری است. این معیار در باب اقاله، وکالت، طلاق و معاطات به شرح زیر پذیرفته شده است.

۱- چنانچه پس از انعقاد عقد بیع، خریدار مال موضوع معامله را به دیگری انتقال دهد و سپس، خریدار و فروشنده آن را اقاله نمایند، صرف انتقال موجب وقوع تلف حکمی می‌شود. از این رو، خریدار دیگر نمی‌تواند بعد از اقاله مال موضوع قرارداد را به فروشنده برگرداند، بلکه باید مثل یا قیمت را بدهد (فیاض، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص. ۲۰۴). ماده ۲۸۷ ق.م. نیز از همین رویکرد دفاع کرده است.

۲- در باب وکالت، هرگاه موکل خود مال موضوع انتقال را به دیگر انتقال بدهد، موضوع وکالت در حکم تلف به‌شمار می‌آید و وکالت منفسخ می‌شود (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص. ۲۴۴). این دیدگاه از ماده ۶۸۳ ق.م. نیز قابل استنباط است.

۳- در مورد طلاق پیش از نزدیکی، تحقق تلف حکمی در برخی از متون فقهی منوط به انتقال لازم شده است. پس، اگر مردی که تمام مهریه را به زن تسلیم کرده، پیش از نزدیکی زن خود را طلاق دهد، زن باید نصف مهریه را به او بازگرداند. با وجود این، هر گاه زن مال موضوع مهریه را به نقل لازم انتقال داده شود، باید مثل یا قیمت آن را به شوهر برگرداند؛ اما در خصوص انتقال جایز، وقوع تلف حکمی پذیرفته نشده است؛ اگرچه احتیاط این است که زن با فسخ عقد جایز و استرداد عین مهریه، آن را به شوهر بازگرداند (فاضل لنکرانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص. ۴۳۷). اما در مورد ناقص شدن مهریه، تلف حکمی مورد پذیرش قرار نگرفته است؛ بلکه زوجه باید عین مهریه را به همراه ارش رد کند (سبحانی، ۱۴۲۲ق، ج ۲، ص. ۲۴۰).

۴- فقیهانی که معاطات را برای انعقاد عقد و تحقق ملکیت کافی نمی‌شمرند، صرف انتقال مال به دیگری را باعث الزام‌آور شدن معاطات و تحقق تلف حکمی می‌دانند، اگرچه پس از آن معامله معاطاتی در اثر اقاله منحل شود. همچنین، در صورتی که یکی از عوضین دین باشد و سپس معاطات واقع شود، چون این

معاطات موجب سقوط دین خواهد شد، با توجه به قاعده «الساقط فی حکم التالف» باید گفت که معاطات تبدیل به عقدی لازم می‌شود و سقوط دین موجب تلف دین خواهد بود (انصاری، ۱۴۳۳ق، ج ۳، ص. ۹۹).

۲-۲. عدم امکان نقل و انتقال

برخی از فقیهان امامیه گفته‌اند: اگر در عین یک شیء تغییرهایی رخ بدهد که مانع از نقل و انتقال آن شود، به گونه‌ای که قابلیت تملک خود را از دست بدهد، تلف حکمی رخ داده است؛ هر چند که عین شیء باقی باشد؛ به عنوان مثال، اگر بر مایعی نجاستی وارد شود، چون نقل و انتقال آن دیگر امکان‌پذیر نیست، تلف حکمی واقع می‌شود (حسینی حائری، ۱۴۳۳ق، ج ۲، ص. ۳۷۸؛ خوبی، ۱۳۷۷، ج ۴، ص. ۱۹۲).

این معیار در تحلیل عبارتی از شیخ انصاری در بحث از کشف یا نقل بودن اجازه در بیع فضولی استنباط شده است؛ بدین معنا که اگر کالایی به صورت فضولی خریداری شود و پیش از اجازه مالک مقداری نجاست در آن وارد شود، بر اساس دیدگاه کشف این معامله صحیح است؛ اما بر اساس دیدگاه نقل معامله مزبور درست نیست، زیرا آن مایع نجس شده و در حکم تلف است و با آن نمی‌توان نقل و انتقالی صورت داد (انصاری، ۱۴۳۳ق، ج ۳، ص. ۴۱۸). بر اساس این معیار می‌توان گفت که هر زمان نقل و انتقال کالایی ممنوع شود، می‌تواند در زمره تلف حکمی توصیف شود.

با وجود این، برخی از فقیهان به درستی این معیار را مورد انتقاد قرار داده و این عبارت شیخ انصاری را به سهو قلم نسبت داده‌اند، زیرا صرف عدم امکان نقل و انتقال مالی باعث تحقق تلف حکمی نمی‌شود؛ نهایت امر اینکه آن مال قابل خرید و فروش نیست؛ اما همچنان مالکیت باقی است. باین حال، اگر تغییرهایی در مال رخ دهد که به لحاظ ماهوی آن را دستخوش تغییر و تحول نماید و آن را از مالکیت بیندازد، می‌تواند قائل به تحقق تلف حکمی شد (خوبی، ۱۳۷۷، ج ۴، ص. ۱۹۲).

براین اساس و با توجه به نقدی که محقق خوبی بر ضابطه پیش گفته وارد نموده، پذیرش این معیار حتی در نظام فقهی امکان ندارد. در حقوق ایران نیز می‌توان گفت تا زمانی که «مالکیت» و «سنت» مالک بر مال باقی است، نمی‌توان مالک را از حق خود

محروم ساخت. آری، اگر عذر شرعی به گونه‌ای باشد که مال را به حد استهلاک برساند و آن مال را غیرقابل استرداد نماید، تلف حکمی محقق می‌شود؛ ضابطه‌ای که باید زیر معیار استهلاک، چنان‌که گذشت، مورد بررسی قرار گیرد.

۲-۳. مباینت عرفی

یکی دیگر از معیارهای ارائه شده در مورد وقوع تلف حکمی، ضابطه مباینت عرفی است. درحقیقت، در بحث مسئولیت مدنی این پرسش مطرح است که اگر شخصی خسارتی به مال دیگری وارد آورد، به گونه‌ای که تغییر عمده در آن واقع شود و بین قبل و بعد از ورود خسارت، مباینت عرفی در مال حادث شود، آیا می‌توان گفت که تلف حکمی رخ داده است؟ برای مثال، در جنایت بر حیوان که موجب مرگ آن حیوان می‌شود، بر اساس دیدگاه برخی از فقیهان، تلف حکمی واقع می‌شود، زیرا حیوانی که پیش از جنایت وجود داشت با حیوانی که مرده است، از لحاظ عرفی مباین هستند و موضوع جنایت، در حکم تلف است (خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۲، ص. ۴۲۸). در حقوق مسئولیت مدنی نیز برخی بر این باورند که اگر قطعه سنگی به ناروا در دست دیگری قرار گیرد و وی از آن سنگ شاهکار هنری خلق کند، به دلیل وقوع تلف حکمی مالک نمی‌تواند عین کالای خود را مطالبه کند، بلکه باید بدل آن را بگیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ش ۳۸۵؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص. ۲۰۵).

باین حال، دیدگاه مزبور با مخالفت بسیاری از فقیهان امامیه واقع شده است، چراکه در این مورد مال مزبور در حکم تلف به حساب نمی‌آید؛ بلکه مالک می‌تواند ارزش (تفاوت قیمت زنده و مرده) بگیرد. بر این دیدگاه، ادعای اجماع نیز شده است (روحانی، ۱۴۲۹ق، ج ۲۶، ص. ۲۶۷؛ طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۶، ص. ۵۵۰؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۳۸ق، ج ۳، ص. ۴۲۰؛ طوسی، ۱۴۲۲ق، ج ۸، ص. ۳۰). قانون مدنی نیز در ماده ۳۳۰ از نظریه مشهور فقیهان تبعیت نموده و مسبب خسارت را موظف کرده است که تفاوت قیمت زنده و کشته حیوان را بدهد. از همین روی است که شهید ثانی در برخی از آراء خود بیان می‌دارد صرف نقص در انتفاع از مال، باعث نمی‌شود که مال در حکم تلف قرار گیرد (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۷، ص. ۳۸). باین حال، در مواردی که مرده حیوان ارزشی نداشته باشد، مال «واقعاً و حقیقتاً» تلف شده است و عامل زیان باید

بدل آن را به مالک بپردازد. از همین رو، برخی به درستی گفته‌اند: «... اگر شخصی بدون اینکه اذن تصرف در چراغ مردم {را} داشته باشد طوری آن را بشکند که در حکم تلف باشد و برای شکسته آن قیمتی نباشد تمام قیمت چراغ را ضامن است و اگر طوری شکسته که نقص وارد شده ولی تلف نشده، تفاوت مابین شکسته و صحیح را باید بدهد» (گلپایگانی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص. ۱۱۰).

۳. انتقال به ثالث با حُسن نیت به عنوان ضابطه تلف حکمی در رویه قضائی و طرح اصلاح قانون مدنی

در حقوق ایران، به تبع فقه امامیه، معیارهای پیش گفته، به ویژه انتقال مال یا تغییر و مابینت عرفی آن، مورد توجه دکترین حقوقی و رویه قضائی قرار گرفته است (ر.ک: آقاخانی، ۱۴۰۰، صص. ۳۷-۵۳)؛ اما مهم‌ترین معیاری که در سالیان اخیر در آرای محاکم و دکترین حقوقی برای تحقق تلف حکمی ارائه شده، انتقال مال به شخص ثالث با حُسن نیت است که طرح اصلاح مواد ۳۲۳ و ۳۲۵ ق.م. نیز بر همین مبنا تنظیم شده است. از این رو، ضمن نقد و بررسی این دیدگاه، به نقش «اقدام» مالک در تحقق تلف حکمی و امکان پذیرش آن به عنوان یک فرض حقوقی می پردازیم.

۳-۱. نقد و تحلیل رویه قضائی

ابتدا به بیان نظریه انتقال مال به شخص ثالث با حُسن نیت به عنوان معیار تلف حکمی از منظر رویه قضائی پرداخته می شود. سپس، این رویکرد بر مبنای دیدگاه فقیهان اسلامی مورد انتقاد قرار می گیرد. آنگاه با توجه به تأثیر «اقدام» مالک در تحقق تلف حکمی، به تعدیل این نظریه خواهیم پرداخت.

۳-۱-۱. بیان نظریه

در بسیاری از آرای قضائی، تحلیل‌ها بدین سمت گرایش یافته است که صرف انتقال مال به غیر، در صورتی که حقوق شخص ثالث ناآگاه را مورد خدشه قرار دهد، به معنای

تحقق تلف حکمی است^۱؛ برای مثال، دادنامه شماره ۱۴۰۰۹۳۹۰۰۰۹۷۶۳۰۸۹ مورخ ۱۴۰۰/۰۹/۰۶ صادر شده از شعبه ۲۲ دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان در این خصوص قابل تحلیل است. بر اساس این دادنامه، زوجه به ادعای انگیزه شوهر برای فرار از ادای دین، صدور حکم به بطلان معامله زوج با شخص ثالث را از دادگاه خواستار شده و پس از صدور حکم به نفع زوجه، شخص ثالث به این حکم اعتراض نموده است. دادگاه در مقام رسیدگی، حقوق ثالث را ترجیح داده و مانع از این می‌شود که بطلان معامله به ضرر وی تمام شود و طلبکار را ملزم می‌کند که به اموال دیگر مدیون مراجعه نماید. در بخشی از این رأی بیان شده است: «دادگاه توجه دارد که پای اشخاص ثالث دیگری نیز در میان است و آن خریداران بعدی مال است که هیچ اطلاعاتی از انگیزه مدیون اولیه نداشته‌اند و بر اساس اعتماد، معامله کرده‌اند. یک نظام حقوقی باید همه این امور و نسبت‌ها را ببیند و تنها با اعلام یک ضمانت اجرا در یک رابطه، کل روابط را تحت تأثیر قرار ندهد. غفلت از این مهم سبب شده است که برای مثال قواعد غصب نتیجه‌ای جز ابطال اسناد اشخاص بی‌گناه و گناهکار نداشته باشد؛ زیرا این ادعا را دارند که وقتی اولین بیع باطل باشد، بقیه نیز به صورت دومینو، باید ساقط شوند! چنین وضعیتی، تنها به نزاع‌های بی‌پایان دامن می‌زند و در شرایط اقتصادی فعلی، کارایی را از بین می‌برد... بدین سان، جمع بین حقوق طلبکار و اشخاص ثالث دیگر، بر اساس

۱. ممکن است گفته شود در برخی از مصادیق مطرح شده در فقه امامیه نیز منافع ثالث با حسن نیت در نظر گرفته شده است؛ برای نمونه، در عقد اجاره، هرگاه موجر مال خود را به صورت مقید اجاره دهد، یعنی شرط کند که تنها مستأجر حق استفاده از مورد اجاره را داشته باشد، اما مستأجر از این شرط تخلف ورزد و موضوع اجاره را به دیگری اجاره دهد، از دیدگاه بسیاری از فقیهان اجاره دوم باطل نیست، بلکه مالک به دلیل اینکه مستأجر نخست مال را در حکم تلف قرار داده است، می‌تواند اجرت‌المثل مدت باقی‌مانده را از مستأجر اول بگیرد (طباطبایی قمی، ۱۴۲۲ق، ج ۸، ص. ۳۸۹. حسینی حائری، ۱۴۲۸ق، ج ۱، ص. ۱۷۱؛ خویی، ۱۴۲۸ق، ج ۲، ص. ۹۳؛ طباطبایی حکیم، ۱۳۷۸، ج ۱۲، ص. ۹۱؛ خویی، ۱۴۰۵ق، ج ۲، ص. ۲۹۷؛ غروی اصفهانی، ۱۴۰۸ق، ج ۱، ص. ۱۱۱). براین اساس، ممکن است صرف انتقال مال به دیگری را در حکم تلف آن شمرده. باوجود این، مبنای این حکم حفظ حقوق شخص ثالث نیست؛ بلکه یکی از مبانی مهم بحث، این است که نتیجه فسخ از لحظه اعلام است و نه از لحظه انعقاد عقد و از این رو، مالک می‌تواند اجاره نخست را فسخ کند، هر چند نمی‌تواند اجاره دوم را باطل سازد. باین حال، برخی از فقیهان در این زمینه حتی به بطلان عقد اجاره دوم نیز مایل شده‌اند (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۹ق، ج ۲، ص. ۱۰۲).

ضمانت اجرای مذکور، قاعده‌ای را به دست می‌دهد که مبنای یک قانون عام باشد (مبنای اخلاقی کانت و نزدیک به قاعده زرین که بر اساس آن، آنچه برای خود می‌پسندی، برای دیگری نیز بپسند و بالعکس) و حق طلبکار را وسیله تضييع حق اشخاص ثالث با حُسن نیت قرار ندهد و در توازن دو بی‌گناه، کسی زیان را تحمل کند که فعلاً متحمل آن شده است... مدلول التزامی قسمت اخیر ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی حکایت از آن دارد که حتی در صورت علم منتقل‌الیه به انگیزه انتقال به قصد فرار از دین که بیان‌گر ورود این انگیزه نامشروع به حوزه تراضی است و مطابق قواعد عمومی قراردادها سبب بطلان می‌شود، منتها انتقال ثانوی را در ردیف تلف و یکی از مصادیقی دانسته است که طلبکار نمی‌تواند از محل مال منتقل شده، حق خود را استیفاء نماید و این به معنای صحت معامله اخیر علی‌رغم بطلان معامله سابق است...».

در مقام نقد و بررسی این رأی باید گفت که اگرچه نتیجه و منطوق این حکم با مفاد ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی سازگار است، اما مقدمات رأی و استدلال دادگاه قابل ایراد می‌نماید، زیرا قسمت انتهایی ماده مزبور ارتباطی به تلف حکمی ندارد؛ بلکه در صورت انتقال مال به دیگری از سوی مدیون با انگیزه فرار از ادای دین، به نحوی که باقی‌مانده اموال برای پرداخت دیون کافی نباشد، تنها بیان می‌دارد: «... در صورتی که منتقل‌الیه با علم به موضوع اقدام کرده باشد... عین مال و در صورت تلف یا انتقال، مثل یا قیمت آن از اموال انتقال‌گیرنده به‌عنوان جریمه أخذ و محکوم‌به از محل آن استیفاء خواهد شد». بنابراین، ماده مذکور فقط گویای این است که چنانچه منتقل‌الیه به انگیزه مدیون برای فرار از دین آگاه باشد، در فرض انتقال مال به شخص ثالث، انتقال‌گیرنده نخست باید مثل یا قیمت مال را به طلبکار بپردازد؛ بدون اینکه انتقال مال موضوع معامله باعث تحقق تلف حکمی شود. به‌ویژه آنکه برخی از استادان گفته‌اند: چنانچه انتقال‌گیرنده دوم هم از انگیزه فرار از دین آگاه باشد، طلبکار می‌تواند از عین مال یا بدل آن از اموال منتقل‌الیه دوم نیز طلب خود را وصول نماید (صفایی، ۱۳۹۹، ص. ۱۷۲)؛ بنابراین، مال موضوع معامله همچنان موجود است و تلف حکمی آن منتفی است.

در بسیاری دیگر از آرای قضائی، به دلیل نقل و انتقال‌های متعددی که بر مال موضوع معامله صورت گرفته، دادگاه‌ها موضوع را از مصادیق تلف حکمی دانسته و به جهت پرهیز از ورود ضرر به اشخاص ثالث با حُسن نیت، از بطلان معاملات بعدی و ابطال اسناد مالکیت و استرداد عین مال خودداری کرده‌اند. دادنامه شماره ۹۷۰۰۸۴۱-۱۳۹۷/۶/۲۶ صادره از شعبه ۱۱ دادگاه عمومی حقوقی تهران، موضوع پرونده کلاسه ۹۶۰۹۹۸۰۲۲۷۱۰۱۱۰۸، که از سوی شعبه ۱۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران طی دادنامه شماره ۱۳۹۷/۱۰/۲۴-۹۷۰۹۹۷۰۲۲۱۸۰۱۵۶۷ عیناً تأیید شده، از همین رویکرد دفاع نموده است. به علاوه، شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان نور در دادنامه شماره ۱۳۹۹-۱۳۹۷/۱۹/۲۳-۹۹۰۹۹۷۱۹۶۴۳۰۱۴۱۲، در موردی که به جهت تحقق شرط فاسخ، معامله نخست منحل شده، ولی معاملات متعددی پیش از آن بر مورد معامله واقع شده است، به دلیل آنکه مبیع متعلق حق شخص ثالث با حُسن نیت شده، مبیع را در حکم تلف شمرده و فروشنده نخست را مستحق مطالبه بدل (مثل یا قیمت مبیع) شمرده است.

در فرضی که منتقل‌الیه مال دیگری در مبیعی که خریدار است مستحدثاتی ایجاد نموده باشد، استناد به تلف حکمی رایج‌تر است؛ به گونه‌ای که بسیاری از محاکم تغییر و تبدیلی را که در مال صورت می‌گیرد سبب تحقق تلف حکمی می‌شمارند؛ برای مثال، در دادنامه شماره ۱۴۰۲۵۳۹۰۰۰۰۲۹۲۳۹۰ مورخ ۱۴۰۱/۱/۱۸ صادره از شعبه ۴ دادگاه عمومی حقوقی مشهد، در مورد ملکی که در آن اعیانی ساخته شده است، قائل به تلف حکمی شده و دادخواهی خواهان در خصوص رد عین ملک را نپذیرفته است. بخشی از دادنامه بیان می‌دارد: «... با عنایت به اینکه با ساخت اعیانی در ملک خواهان، وضع ملک او به نحوی تغییر یافته است که همان ملک سابق نمی‌باشد، لذا بر اساس قواعد تلف حکمی امکان خلع ید و قلع و قمع بنا وجود ندارد و قواعد مربوط به حفظ نظم عمومی راجع به املاک و ساخت‌وساز شهری و تالی فاسد ناشی از پذیرش دعوای خواهان که در قوانین موضوعه هم برای مثال لایحه قانونی مربوط به رفع تجاوز و جبران خسارات وارده به املاک مصوب ۱۳۸۵/۰۹/۲۷ مورد شناسایی قرار گرفته است، مانع پذیرش دعوای خواهان می‌باشد و به عبارتی، از لحاظ تحلیل اقتصادی باید راه‌حلی را پذیرفت که کمترین هزینه را چه بر طرفین و چه بر اجتماع داشته باشد و در دعوای

مذکور حفظ وضع موجود (عدم پذیرش دعوی خلع ید و قلع و قم بنا) و مطالبه قیمت روز ملک تصرف شده (اصلاح اسناد طبق تصرفات) کمترین هزینه را دارد...؛ همچنین، در دادنامه شماره ۱۸۸۳۸۶۵/۱۰۰۱۸۸۳۹۰۰۰ مورخ ۱۴۰۰/۰۲/۲۱، موضوع پرونده کلاسه ۹۸۰۹۹۸۰۰۱۱۷/۰۱۵۳۲ صادره از شعبه ۱۰۰ دادگاه عمومی حقوقی تهران، در فرضی که روی زمین متعلق به خواهان واحدهای مسکونی و تجاری متعددی ساخته شده و چندین معامله بر آن واقع شده و خواهان ابطال اسناد متصرفان و اعاده وضع به حال سابق را درخواست نموده، دادگاه به استناد هزینه‌های صورت گرفته از سوی متصرفین و جلوگیری از ضرر آنان، موضوع را از مصادیق «تلف حکمی» دانسته است.

دادنامه قابل توجه دیگر، دادنامه شماره ۱۴۰۱۳۶۳۹۰۰۰۲۲۵۲۶۳۷ مورخ ۱۴۰۱/۰۶/۱۵ شعبه اول دادگاه عمومی حقوقی شهرستان الشتر است که قسمتی از آن می‌خوانیم: «وکیل خواهان‌ها توضیح داده خواننده ردیف اول در تاریخ... ۱۳۸۵/۱۲/۱ اقدام به فروش ملک مشاعی به آقای... نموده است، درحالی که موکلین علی‌رغم سهم داشتن در ملک پدری آن را تأیید یا امضاء ننموده‌اند و فروشنده بدون اذن و اجازه سایر وراثت و موکلین اقدام به معامله نموده‌اند... خوانندگان ضمن اقرار ضمنی بر اینکه ملک موضوع معامله ارثی بوده، لیکن توافق شفاهی بر این امر وجود داشته و باین حال فروخته‌ایم. با توجه به اوراق و محتویات پرونده، نخست نظر به انتقالات بعدی و ساخت (اعیانی) به تاریخ مرقوم و موجود نبودن عین معامله و تبدیل آن به ساختمان و اخذ سند رسمی و در صورت پذیرفتن خواسته مزبور و اقامه دعوی بعدی دایر بر دعوی خلع ید و قلع و قم آنکه متحمل خسارات زیادی بوده و چند برابر عرصه به صاحب سند رسمی خسارات وارد می‌نماید و از طرفی ثالث سوءنیتی نداشته و حسب اظهارات و اوضاع و احوال پرونده، از غصبی بودن آن مطلع نبوده‌اند، فرضی که طرفین متحمل ضرر جبران‌ناپذیر، بالاخص مالکین و خریدار با حسن نیت گردد و تمامی حقوق آن‌ها جبران نشود، تلف حکمی است...».

۳-۱-۲. نقد نظر به

از آنچه به اختصار گفته شد معلوم گردید که امروزه در نظام حقوقی و قضائی ما برای

جلوگیری از تضييع حقوق شخص ثالث با حُسن نیت، به ویژه اگر در مبيع مستحدثانی پدید آمده باشد، به صورت گسترده و شایع به تلف حکمی استناد می‌شود؛ یعنی مهم‌ترین مبنا و ضابطه تلف حکمی، حمایت از شخص ثالث ناآگاه و احتراز از ورود ضرر ناروا به اوست. به دیگر سخن، در مقام کشف حق احتمالی بین دو محق احتمالی، گرایش غالب در رویه قضائی به دادن حق به متصرف فعلی ملک است. با وجود این، هیچ‌یک از فقهای امامیه، در معیارهای گوناگونی که برای وقوع تلف حکمی در جای جای متون فقهی ارائه داده‌اند، حفظ حقوق شخص ثالث با حُسن نیت را باعث تحقق تلف حکمی قلمداد نکرده‌اند. در حقیقت، با مطالعه در متون فقهی آشکار می‌شود که در هیچ موردی فقها به جهت متضرر شدن شخص ثالث با حُسن نیت، مال را در حکم تلف ندانسته و شخص ثالث با حُسن نیت را بر مالک ترجیح نداده‌اند. به ویژه آنکه تلف حکمی یک قاعده فقهی است و باید با مبنا و ریشه تاریخی خود سازگار باشد؛ بنابراین، نمی‌توان یک نهادی را از فقه استخراج کرد و وارد نظام حقوقی نمود؛ بدون آنکه با مفهوم و معیار فقهی خود تطابق داشته باشد. بدین ترتیب، اگر بخواهیم به روش «دلالت پژوهی» عبارات فقیهان را تفسیر کنیم، باید گفت که از منظر ایشان آنچه نظام اجتماعی و اسلامی را حفظ می‌کند، حفظ حقوق مالک است و نه ثالث با حُسن نیت، زیرا آنچه قطعیت دارد مالکی است که حقوق خود را از دست داده است و مشخص هم نیست که با ارائه راهکار مطالبه مثل یا قیمت بتواند به حقوق خود برسد. به ویژه آنکه ممکن است غاصب، مال دیگری نداشته باشد که مالک بتواند عوض مال خود را از او مطالبه کند. پس در دوران بین مالک و ثالث با حُسن نیت، بدون تردید، این مالک است که ترجیح پیدا می‌کند. در واقع، به نظر می‌رسد که ترجیح مالک بهتر می‌تواند مصالح اجتماعی را تأمین کند، چرا که در اینجا با دو بی‌گناه روبه‌رو هستیم: شخصی که مالک بوده و حقوق خود را از دست داده است و شخصی که ناآگاه مالی را خریده و اکنون معلوم شده که سبب تملک به نحو صحیح وجود نداشته است. قواعد منطقی و اولیه حقوقی و عدالت و انصاف بیانگر آن است که جانب مالک گرفته شود تا به حقوق خود نایل آید. در حوزه قراردادهای نیز برای تحقق تلف حکمی، باید به معیارهای پیش‌گفته در فقه مراجعه نمود و هر نقل و انتقالی را نمی‌توان به مثابه تلف حکمی تفسیر کرد.

نکته مهم آنکه هیئت عمومی دیوان عالی کشور نیز به موجب رأی وحدت رویه شماره ۸۱۰ مورخ ۱۴۰۰/۳/۴، درباره انحلال قرارداد نخست به جهت اعمال خیار تخلف از شرط، انعقاد معاملات متعدد بعدی بر مبیع را به منزله تلف آن به‌شمار نیاورده و نظر به استرداد عین مبیع داده است (برای تحلیل آن، ر.ک: جواهرکلام، ۱۴۰۱ق، ص. ۱۷۰ به بعد). گفتنی است که پس از صدور رأی وحدت رویه یادشده، آرای متعددی در تأیید همین رویکرد از دادگاه‌ها صادر شده است، که از جمله آنها می‌توان به دادنامه شماره ۱۲۹۰۶۲۵/۱۰۷۳۹۰۰۰ مورخ ۱۴۰۱/۴/۳۰ صادرشده از شعبه ۶ دادگاه عمومی حقوقی اردبیل اشاره کرد.

از حیث تحلیلی نیز می‌توان گفت: همان‌طور که ثالث ناآگاه، بی‌گناه است و باید از حقوق او حمایت نمود، مالک نیز بی‌گناه و نیازمند حمایت است. از این‌رو، در تعارض بین حقوق مالک و حقوق اشخاص ثالث، بنابر قواعد اولیه، تقدم با مالک است، نه ثالث با حُسن‌نیت. در واقع، در این حالت با دو بی‌گناه روبه‌رو هستیم: یکی مالک ناآگاه و دیگری شخص ثالث جاهل. منتها به اقتضای مالکیت پیشین مالک و نبود سبب مملک، حق او بر حق متصرف بعدی مقدم می‌شود. وانگهی، اگر بخواهیم به یک معیاری کلی، مانند «مصلح عمومی»، برای توجیه حمایت از شخص ثالث و تقدم حق او بر مالک و توسعه تلف حکمی استناد نماییم، به‌نظر می‌رسد که مصلح اجتماعی، بیشتر به حفظ حقوق مالک می‌اندیشد و از او حمایت می‌کند، نه شخص ثالثی که بی‌اجازه مال دیگری را تصرف نموده است؛ به‌عنوان نمونه، هر گاه حق منتقل‌الیه با حُسن‌نیت را بر حق مالک مقدم بداریم و مالک با حکم دادگاه مبنی بر وقوع «تلف حکمی» مواجه شود، ناگزیر است مثل یا قیمت مال خود را از اموال غاصب بستاند. حال، اگر پس از اخذ حکم از سوی مالک مبنی بر مطالبه بدل، به‌جای عین مال خویش، و با مراجعه او به اجرای احکام دادگستری، روشن شود که متصرف اساساً مالی به اندازه مثل یا قیمت مال مالک ندارد، مالک چه راهی برای استیفای حقوق خود در اختیار دارد؟ اقامه دعوا بر ایادی بعدی و طلب مثل یا قیمت از آنها تا چه میزان برای مالک سودمند است؟ در این وضعیت اسفبار، مالک بی‌گناه که دارایی خود را از دست داده است، باید سال‌ها نتایج استفاده نابه‌جا از معیار تلف حکمی را در زندگی خود مشاهده کند و به انتظار

بنشیند که آیا غاصب در آینده مالی پیدا خواهد کرد تا از آن محل بدل مال خود را بگیرد یا خیر!

۳-۱-۳. تعدیل نظریه؛ جایگاه «اقدام» مالک در تحقق تلف حکمی

از تحلیل پیش‌گفته چنین بر می‌آید که موضوع بحث در جایی است که مالک و شخص ثالث هر دو بی‌گناه و نیازمند حمایت باشند. از این‌رو، هر گاه شخص ثالث نسبت به تعلق حق غیر، عالم باشد، بدون تردید او مستحق حمایت نخواهد بود و حق مالک بی‌گناه بر او مقدم است. در برابر هر گاه وقوع معاملات متعدد بر مبیع و تسلیم آن به خریداران و احداث مستحدثات در آن ناشی از تقصیر مالک باشد و منتقل‌الیه نسبت بدان جاهل باشد، به نظر می‌رسد می‌توان حق «متصرف ناآگاه» را بر حق «مالک مقصر» ترجیح داد و انتقال مال به غیر و انجام تصرفات و تغییرات در مبیع را سبب تحقق تلف حکمی شمرد. بر همین اساس، چنانچه مالک علی‌رغم تکلیف قانونی مبنی بر ثبت رسمی مال خود، آن را ثبت نکند، نباید توقع داشته باشد که در صورت غصب مالش توسط دیگری و سپس نقل و انتقال آن، به راحتی بتواند تمام معاملات بعدی را ابطال و مستحدثات را قلع و قمع و ملک خود را بازپس گیرد، چراکه از راهکاری که نظام حقوقی در اختیار وی قرار داده است، یعنی ثبت رسمی ملک، استفاده نکرده و بدین وسیله، به ضرر خویش «اقدام» کرده است. بدین ترتیب، در صورت تقصیر مالک در عدم مراقبت از مال خود که زمینه تسلط و تصرف غیر را در آن فراهم آورده یا عدم ثبت رسمی ملک خویش یا عدم ممانعت از ایجاد مستحدثات در ملک خود، علی‌رغم اطلاع از وقوع معامله بر آن، می‌توان قاعده اقدام را به عنوان مبنایی فقهی و حقوقی برای تحقق تلف حکمی در نظر گرفت و تلف حکمی را به عنوان نتیجه «سهل‌انگاری» مالک برشمرد. در این صورت، مالک به جای مطالبه عین مال خود، باید برای بدل آن، به اموال دیگر انتقال‌دهنده رجوع کند.

۳-۲. تحلیل فقهی و حقوقی طرح اصلاح مواد ۳۲۳ و ۳۲۵ قانون مدنی

قانون مدنی، با پیروی از نظر فقهای امامیه، در فرض انتقال مال غیر به صورت فضولی به شخص ثالث، اگرچه جاهل باشد و در مبیع مستحدثات ایجاد نموده باشد، حق مالک را

مقدم شمرده و به او اختیار داده است که بتواند عین مال خویش را با قلع مستحذات از متصرف یا مترفین بخواهد (اصفهانی، ۱۴۲۲ق، صص. ۳۳۹-۳۴۰؛ خمینی، بی‌تا، ج ۱، صص. ۵۱۲-۵۱۳). ماده ۳۲۳ در این زمینه تصریح می‌کند: «اگر کسی ملک مغضوب را از غاصب بخرد آن کس نیز ضامن است و مالک می‌تواند بر طبق مقررات مواد فوق به هر یک از بایع و مشتری رجوع کرده، عین و در صورت تلف شدن آن، مثل یا قیمت مال و همچنین منافع آن را در هر حال مطالبه نماید». ماده ۳۲۵ نیز می‌گوید: «اگر مشتری جاهل به غصب بوده و مالک به او رجوع نموده باشد او نیز می‌تواند نسبت به ثمن و خسارات به بایع رجوع کند، اگرچه مبیع نزد خود مشتری تلف شده باشد و اگر مالک نسبت به مثل یا قیمت رجوع به بایع کند، حق رجوع به مشتری را نخواهد داشت». به این ترتیب، از منظر قانون مدنی، انتقال مال به شخص ثالث ناآگاه یا ساخت بنا و کاشت درخت در آن، سبب تحقق تلف حکمی در مبیع نمی‌شود.

با وجود این، در طرح اصلاح مواد ۳۲۳ و ۳۲۵ قانون مدنی که در تاریخ ۱۳۹۸/۰۲/۲۲ در مجلس شورای اسلامی وصول شده، آمده است: «ماده واحده - مواد (۳۲۳) و (۳۲۵) قانون مدنی مصوب ۱۳۱۴/۸/۸^۱ به شرح ذیل اصلاح می‌شود:

۱- یک تبصره به شرح ذیل به ماده (۳۲۳) الحاق می‌گردد: «تبصره - انتقال مال مغضوب، از طریق تنظیم سند رسمی در حکم تلف است و مالک تنها می‌تواند به انتقال‌دهنده رجوع نماید؛ مگر آنکه انتقال‌گیرنده عالم به غصب باشد که در این صورت وفق مقررات عمل می‌شود».

۲- عبارت «در غیرفرض قسمت اول تبصره ماده ۳۲۳» به ابتدای ماده (۳۲۵) الحاق می‌گردد. طرح یادشده اگرچه در فقه امامیه سابقه‌ای ندارد و با مبانی فقهی و حقوقی مغایر به نظر می‌رسد، اما با توجه به مباحثی که ذیل تعدیل قاعده گذشت، در صورت صدق قاعده اقدام، «انتقال مال» به «شخص ثالث با حسن نیت» سبب تحقق تلف حکمی می‌شود و از این

۱. گفتنی است که جلد نخست قانون مدنی در سال ۱۳۰۷ تصویب شده است.

لحاظ، طرح پیشنهادی با متون فقهی منافاتی نخواهد داشت. به علاوه، این راهکار برای حفظ امنیت و اعتماد در روابط حقوقی و معاملاتی مردم و جلوگیری از بی‌اعتباری گسترده و زیانبار قراردادهای و پرهیز از اختلال در نظم عمومی و روابط اجتماعی می‌تواند مناسب باشد. با این حال، راه حل مزبور تنها در صورتی می‌تواند مؤثر باشد که ثبت معاملات در حوزه املاک و خودرو، الزام‌آور باشد و نتیجه عدم ثبت، بطلان قرارداد باشد. اما در وضعیت کنونی که دادگاه‌های ما قراردادهای عادی را در حوزه‌های یادشده صحیح می‌دانند، این طرح در صورت تصویب می‌تواند باعث درهم ریختگی بیشتر قواعد حقوقی شود. درحقیقت، عیب بزرگ این طرح آن است که نمی‌توان از یک طرف معامله عادی را صحیح شمرد و از طرف دیگر، حق شخص ثالث ناآگاه را بر حق مالک ترجیح داد. اگر در کشورهای دیگر، مانند فرانسه، از این راهکار استفاده می‌شود، بدین جهت است که در آنجا انتقال املاک بدون تنظیم سند رسمی اعتبار ندارد و مال منقول نیز در هر حال ملک متصرف است. بر این اساس، در صورت کاهلی مالک و وقوع معامله بر مال او به صورت رسمی، طبیعی است که نتوان معامله واقع شده بر مال منقول یا قرارداد رسمی بر ملک را ابطال کرد. اما در کشور ما که معاملات عادی املاک نیز صحیح‌اند، چرا در فرض انتقال رسمی ملک به شخص دیگر، مالک نتواند با اثبات معامله عادی خود یا بدون آن، معاملات بعدی را باطل سازد؟ بنابراین، ضروری است که پیش از تصویب این طرح، نخست قانون‌گذار در قالب اصلاح ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور یا مواد ۲۲، ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت یا در قالب قانون مستقل، انتقال املاک ثبت نشده را باطل بشمارد یا در مقابل سند رسمی غیرقابل استناد بداند.

۳-۳. شناسایی تلف حکمی به عنوان یک فرض حقوقی

«فرض حقوقی عبارت از یک تمهید و تدبیر حقوقی است که قانون‌گذار یا قاضی به منظور نیل به نتایج حقوقی مطلوب، عمداً وقایع را برخلاف واقع توصیف می‌نمایند» (دلشاد معارف، ۱۳۸۸، ص. ۱۹۱)؛ بنابراین، فرض حقوقی بدین معناست که قانون‌گذار به عمد موضوعی را بر اساس مصالح اجتماعی برخلاف واقعیت فرض و اعتبار می‌کند؛ مانند فرض آگاهی همگان نسبت به قوانین پس از انتشار؛ درحالی که روشن است که همگان نسبت به قانون آگاه نیستند. بر این اساس، در مواردی که بر اساس مطالب

پیش‌گفته، تلف حکمی محقق می‌شود، می‌توان آن را یک فرض حقوقی شمرد؛ یعنی علی‌رغم اینکه مال حقیقتاً و واقعاً تلف نشده است، اما شارع یا قانون‌گذار بنا به رعایت مصالحی، آن را در حکم تلف فرض می‌کند.

نتیجه‌گیری

بررسی و تحلیل تلف حکمی در حقوق اسلامی، گویای تعدد دیدگاه‌های فقیهان در مورد مفهوم و معیار تحقق تلف حکمی در ابواب گوناگون فقهی است. برخی از این معیارها در قانون مدنی نیز اعمال شده؛ بدون اینکه اصطلاح تلف حکمی در این قانون به‌کار رفته باشد. همچنین، در برخی از قوانین پراکنده، اصطلاح تلف حکمی استعمال شده است. از طرف دیگر، رویه قضائی در سالیان اخیر، ضابطه تحقق تلف حکمی را انتقال مال به شخص ثالث با حسن نیت دانسته و طرح اصلاح مواد ۳۲۳ و ۳۲۵ ق.م. نیز بر همین مبنا تنظیم شده است. با این‌همه، معلوم نیست که تلف حکمی به چه معنا بوده و معیار تحقق آن چیست؛ امری که ممکن است منجر به تفسیرهای متفاوت و ناروا شود. در نوشتار حاضر با هدف زدودن ابهام‌های موجود در زمینه مفهوم و ضابطه تلف حکمی و ارائه معیارهای دقیق برای شناسایی آن در ابواب گوناگون فقهی، به‌صورت گسترده دیدگاه فقهای امامیه، با مطالعه در رویه قضائی ایران، تحلیل شده و نتایجی به شرح ذیل حاصل گردید:

۱- در فقه اسلامی، تلف حکمی در بیش از بیست مبحث مورد استناد فقیهان قرار گرفته است؛ که در سه معیار کلی به‌شرح زیر قابل ارائه است: «فقدان سلطنت»، «منع نقل و انتقال» و «مباینت عرفی». باین‌حال، غالب معیارهای ارائه‌شده را می‌توان ذیل معیار کلی‌تر «فقدان سلطنت»، معرفی و تحلیل کرد. ضابطه فقدان سلطنت نیز خود در معیارها و قرائت‌های جزئی‌تر به‌کار رفته است: گاهی فقدان سلطنت به‌معنای بسیار وسیع مورد توجه قرار گرفته، مانند اینکه صرف تصرف در مال موهوب موجب تحقق تلف حکمی شدن آن می‌شود. در برخی از ابواب فقهی، مانند غضب، فقدان سلطنت به‌معنای بسیار مضیق ملاک عمل قرار گرفته است. گاهی نیز فقدان سلطنت به‌معنایی متعارف تبیین شده است؛ مانند انتقال مال به شخص ثالث.

وانگهی، در بین معیارهای ارائه شده در متون فقهی، حفظ حقوق شخص ثالث با حُسن نیت و جلوگیری از متضرر شدن او، مورد توجه فقها قرار نگرفته است.

۲- در حقوق ما، رویه قضائی غالب و قاطع در سالیان اخیر بدین سمت حرکت کرده است که هرگاه مال مالک به شخص ثالث با حُسن نیت منتقل شود، به ویژه در مواردی که در آن مال مستحدثاتی ایجاد شده باشد، و استرداد عین مال در همان حالتی که در حین تصرف داشته دشوار بوده و به ضرر منتقل الیه جاهل باشد، تلف حکمی را محقق شمارند و به مالک حق دهند که به جای مطالبه عین، بدل آن را بخواهد. این دیدگاه اگرچه با متون فقهی تطبیق نمی کند و فقها در باب غصب و در حکم غصب (مجرای قاعده علی الید) به سختی تلف حکمی را می پذیرند، اما طرح اصلاح مواد ۳۲۳ و ۳۲۵ ق.م. از همین رویکرد الهام گرفته و انتقال مال به صورت رسمی به شخص ثالث با حُسن نیت را در حکم تلف مال شمرده است. برای تطبیق حکم با مبانی فقهی، می توان گفت: چنانچه در اثر تقصیر و اقدام مالک، مال او در تصرف دیگری قرار گرفته و برای آن سند رسمی تنظیم شده یا احداث بنا صورت گرفته و متصرف نیز به تعلق حق غیر جاهل بوده باشد، می توان تلف حکمی را که یک فرض حقوقی است، محقق دانست.

منابع

- آقاخان، ابوالفضل (۱۴۰۰). مفهوم و قلمرو تلف حکمی موضوع عقد با نگاهی به نظام حقوقی انگلستان. *مجله حقوقی دادگستری*، ۸۵(۱۱۶)، صص. ۳۳-۵۷.
- ابن ادریس حلی، محمد (۱۴۳۸ق). *السرائر*. قم: دفتر نشر اسلامی.
- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۰ق). *لسان العرب*. بیروت: دارالکتب الاسلامیه.
- الریاحنه، مروان سالم علی (۲۰۰۵م). *المعنی الحقیقی و الحکمی؛ ضوابطه و احکامه فی الفقه الاسلامی*. الاردن: جامعه آل البیت.
- اصفهان، سیدابوالحسن (۱۴۲۲ق). *وسیلۃ النجاة*. قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت الله علیه).
- انصاری، مرتضی (۱۴۳۳ق). *المکاسب المحرمه*. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- انصاری، مرتضی (۱۴۲۱ق). *صیغ العقود و الإیقات*. قم: مجمع اندیشه اسلامی.

- ایروانی، علی (۱۳۸۴). حاشیه‌المکاسب. تهران: نشر کیا.
- بحرانی، یوسف (۱۴۰۵ق). الحقائق الناظرة. قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام).
- جواهرکلام، محمدهادی (۱۴۰۱). اثر فسخ قرارداد نخست بر معاملات بعدی؛ تحلیل و تفسیر رأی وحدت رویه شماره ۸۱۰-۱۴۰۰/۳/۴ هیأت عمومی دیوان عالی کشور. نقد و تحلیل آرای قضایی، (۲)۱، صص. ۱۶۸-۲۱۳.
- حسینی حائری، سیدکاظم (۱۴۲۸ق). منهاج‌الصالحین. قم: دارالبشیر.
- حسینی حائری، سیدکاظم (۱۴۳۳ق). فقه‌العقود. قم: مجمع‌الفکر الاسلامی.
- حسینی حائری، سیدمحمدکاظم (۱۳۸۵). مباحث‌الاصول. قم: دارالبشیر.
- حسینی شاه‌رودی، علی (۱۴۲۹ق). محاضرات فی‌الفقه‌الجعفری. قم: دارالکتاب الاسلامی.
- حسینی عاملی، سیدجواد (۱۴۱۹ق). مفتاح‌الکرامه، قم: دفتر نشر اسلامی.
- حسینی خواه، سیدجواد (۱۳۹۰). قاعده ضمان ید. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم‌السلام).
- خراسانی، محمدکاظم (۱۴۰۶ق). حاشیه‌المکاسب. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- خمینی، سیدروح‌الله (بی‌تا). تحریر‌الوسیله، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
- خویی، سیدابوالقاسم (۱۳۷۷). مصباح‌الفقاهه. قم: داوری.
- خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۰۵ق). محشی‌العروة‌الوثقی. قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام).
- خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۹ق). التنقیح فی شرح‌المکاسب. قم: مؤسسه الامام الخویی.
- خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۲۲ق). مبانی تکلمه‌المنهاج. قم - عراق: جامعه بغداد.
- خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۲۸ق). منهاج‌الصالحین. قم: مؤسسه الامام الخویی.
- دلشاد معارف، ابراهیم (۱۳۸۸). ماهیت و اثر فرض حقوقی. فصلنامه حقوق، (۴)۳۹.
- رشتی، حبیب‌الله (۱۴۳۰ق). کتاب‌القضاء. قم: دفتر نشر اسلامی.
- رشتی، حبیب‌الله (بی‌تا). کتاب‌الاجاره. قم: بی‌نا.
- روحانی، محمدصادق (۱۴۲۹ق). فقه‌الصادق (علیه‌السلام). قم: آیین دانش.
- سبحانی، جعفر (۱۴۱۹ق). المختار فی احکام‌الخیار. قم: مؤسسه الامام‌الصادق (علیه‌السلام).
- سبحانی، جعفر (۱۴۲۲ق). نظام‌النکاح فی الشریعه الاسلامیه‌الغراء. قم: مؤسسه الامام‌الصادق (علیه‌السلام).
- سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ق). مهذب‌الأحكام. قم: مؤسسه المنار.
- سرخسی، محمد بن احمد (۱۴۱۹ق). المبسوط. بیروت: دارالفکر.
- سیستانی، سیدعلی (۱۴۱۵ق). منهاج‌الصالحین. عراق: مکتبه آیت‌الله‌العظمی سیستانی.

سیواسی، محمد بن عبدالواحد و شمس‌الدین احمد بن قودر (بی تا). شرح فتح القدير. بیروت: دار الفکر.

شهید ثانی، زین‌الدین (۱۴۱۰ق). الروضه البهیة. نجف: جامعه النجف الدینیة.
شهیدی، میرزا فتاح (۱۴۰۰). هدایه الطالب الی اسرار المكاسب. قم: ذوی القربی.
صاحب جواهر، محمد حسن (۱۴۳۰ق). جواهر الکلام. تهران: مرتضوی.
صدر، سید محمد باقر (۱۴۱۷ق). اقتصادنا. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
صفایی، سید حسین (۱۳۹۹). قواعد عمومی قراردادها. تهران: میزان.
طباطبایی (حائری)، سید علی (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل. قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام).
طباطبایی حکیم، سید محسن (۱۳۷۸). مستمسک العروة الوثقی. عراق: مطبعة الآداب.
طباطبایی قمی، سید تقی (۱۴۱۳ق). عمدة المطالب فی التعلیق علی المكاسب. قم: محلاتی.
طباطبایی قمی، سید تقی (۱۴۲۲ق). مبانی منهاج الصالحین. قم: قلم شرق.
طوسی، محمد (۱۴۲۲ق). المبسوط. قم: دفتر نشر اسلامی.
عارفی بشی، علی (۱۴۲۶ق). ایضاح المطالب فی شرح المكاسب. تهران: دارالتفسیر.
عاصم بن منصور بن محمد ابا حسین (۱۴۳۴ق). القبض الحکمی فی الاموال و تطبیقاته المعاصره. عربستان: جامعه الامام محمد بن سعود الاسلامیه.
غروی اصفهانی، محمد حسین (۱۴۰۸ق). کتاب الاجاره. قم، مؤسسه اسماعیلیان.
غروی اصفهانی، محمد حسین (۱۴۱۹ق). حاشیه المكاسب. بیروت: دارمصطفی لایحیاء التراث.
فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۱۹ق). تفصیل الشریعه، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم‌السلام).
فیاض، محمد اسحاق (۱۴۱۹ق). منهاج الصالحین. قم: مکتبه آیه‌الله العظمی فیاض.
کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). وقایع حقوقی. تهران: شرکت سهامی انتشار.
کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷). الزام‌های خارج از قرارداد، مسؤلیت مدنی. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

کاشف‌الغطاء، حسن (۱۴۲۲ق). أنوار الفقاهه. عراق: مطبعة کاشف‌الغطاء.
کیخا، محمدرضا و آبین، علیرضا (۱۳۹۹). نگرشی انتقادی به سیاست سخت‌گیرانه نهاد غضب و لزوم درجه‌بندی مسؤلیت (بر پایه کیفیت دخالت عنصر درون‌ذاتی حُسن یا سوءنیت). پژوهش حقوق خصوصی، ۹(۳۳)، صص. ۱۸۹-۲۱۹.

گلپایگانی، سید محمدرضا (۱۴۰۹ق). مجمع المسائل. قم: دارالقرآن الکریم.
مامقانی، عبدالله (۱۳۵۰). نهاییه المقال. قم: مجمع الذخائر الاسلامیه.

معیارهای شناسایی «تلف حکمی» در... / محمدهادی جواهرکلام و صمد حدادی اردکانی
پژوهش‌نامه حقوق اسلامی ۱۳۷

مروجی، علی (۱۴۱۶ق). تمهید الوسائل فی شرح الوسائل. قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (علیه السلام).

مؤمن قمی، محمد (۱۴۰۹ق). کتاب الصلاة. قم: دفتر نشر اسلامی.

میرشکاری، عباس (۱۳۹۰). بررسی استحقاق غاصب نسبت به افزایش قیمت مال مغضوب. قضاوت، (۷۴)، صص. ۵۶-۵۰.

نایینی، محمدحسین (۱۴۱۰ق). منیة الطالب. قم: المكتبة المحمدیه.

هاشمی شاهرودی، سید محمود و جمعی از پژوهشگران (۱۴۲۶ق). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (علیهم السلام). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اهل بیت (علیهم السلام).

تشریفات رجوع از وصیت و راهکارهای عدول از آن در حقوق آمریکا؛ تأملی در حقوق ایران

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۷/۱۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۱/۱۵

نوع مقاله: پژوهشی

عباس میرشکاری*

احسان بهرامی**

شیر آزادبخت***

چکیده

در اکثر نظام‌های حقوقی دنیا، انشای وصیت مستلزم رعایت پاره‌ای تشریفات است. این تشریفات از آنجایی که قصد واقعی موصی را نشان می‌دهد، از تقلب جلوگیری می‌کند و رسیدگی به دعاوی راجع به وصیت را تسهیل و ضابطه‌مند می‌نماید، همواره مورد توجه قانون‌گذاران بوده است. بر این اساس، نظام حقوقی ایران تنها وصیت‌های رسمی، خودنوشت و سرّی را قابل ترتیب اثر می‌داند. در نظام حقوقی آمریکا نیز اعتبار وصیت منوط به رسمی، خودنوشت یا محضری بودن آن است. پرسشی که اکنون مطرح می‌شود این است که آیا رجوع از وصیت نیز مستلزم رعایت تشریفات است؟ به‌دیگر بیان، اگر هدف از وضع تشریفات در مرحله انشاء، صیانت از قصد موصی، جلوگیری از فریب مزورّان و تسهیل و ضابطه‌مند نمودن رسیدگی به دعاوی راجع به وصیت است، آیا همین اهداف اقتضاء نمی‌کند که رجوع از وصیت نیز تشریفات‌محور باشد؟ در این مقاله، با روش توصیفی تحلیلی به این پرسش پاسخ داده می‌شود. نتیجه آنکه در حقوق ایران، ظاهر ماده ۸۳۸ قانون مدنی، سکوت قانون امور حسبی و دیدگاه‌های فقهی دلالت بر غیرتشریفاتی بودن رجوع دارد. با این حال، تحلیل دقیق مقرر مزبور و توجه به کارکردهای شکل‌گرایی در وصیت، غیرتشریفاتی بودن رجوع را در هاله‌ای از ابهام قرار می‌دهد. در مقابل، موضع حقوق آمریکا روشن است. در حقوق این کشور، اعتبار رجوع از وصیت منوط به رعایت تشریفات خاصی است. با وجود این، از آنجاکه تشریفاتی بودن رجوع، منجر به نادیده گرفتن قصد موصی در برخی موارد می‌گردد، راهکارهایی جهت عدول از تشریفات ارائه شده است. این راهکارها اما به دلیل نواقصی که دارند، تا کنون مورد پذیرش قرار نگرفته است.

واژگان کلیدی: تشریفات، رجوع کتبی، رجوع عملی، موصی، شکل‌گرایی.

* استادیار، گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران
mirshekariabbas1@ut.ac.ir (نویسنده مسئول).

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
e_bahramy@sbu.ac.ir

*** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران.
shobeir_azadbakht95@atu.ac.ir



مقدمه

وصیت، عملی حقوقی است که به موجب آن، شخص به طور مستقیم یا در نتیجه مسلط گردانیدن دیگران، در اموال یا حقوق خود برای بعد از فوت تصرف می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ج ۳، ص. ۲۲۹). برای اینکه عمل حقوقی وصیت به نحو صحیح منعقد و در دادگاه نیز پذیرفته شود، علاوه بر لزوم رعایت قواعد ماهوی نظیر قصد انشاء، رضا، اهلیت و... تشریفات مشخصی نیز باید رعایت شود. ضرورت پیروی از تشریفات، در نظام‌های حقوقی مختلف، از جمله ایران (مواد ۲۷۶ و ۲۹۱ قانون امور حسبی) و ایالات متحده آمریکا مورد پذیرش قرار گرفته است (Hall, 2019, p. 341). در واقع، از آنجاکه عدم حضور موصی در زمان اجرای وصیت، راه را برای تزویر و فریب‌کاری بسیاری از افراد هموار می‌سازد، قانون‌گذاران برای جلوگیری از تقلب از یک‌سو و تحقق خواست و اراده موصی از سوی دیگر، همواره تشریفات را جهت انعقاد وصیت پیش‌بینی کرده‌اند (امامی، ۱۳۹۴، ج ۳، ص. ۱۸۳).

با این حال، پس از رعایت تشریفات در مرحله انشاء، ممکن است موصی با توجه به تغییر اوضاع و احوال حاکم در زمان انعقاد وصیت و یا به هر علت دیگری، از اراده اظهار شده خود در گذشته پشیمان شود؛ یعنی، اراده کنونی او به صورت جزئی یا کلی با آنچه سابقاً در قالب وصیت ابراز داشته، متفاوت باشد. از این رو، پرسشی که مطرح می‌شود، این است که آیا رجوع از وصیت نیز، همانند انعقاد آن، دارای تشریفات و الزامات شکلی خاصی است؟ به‌دیگر بیان، اگر هدف از وضع تشریفات، صیانت از قصد موصی و معطل نماندن خواسته او و همچنین، جلوگیری از فریب مزوران است، آیا همین اهداف اقتضاء نمی‌کند که رجوع از وصیت نیز تشریفات محور باشد؟ برای مثال، آیا ادای شفاهی عباراتی نظیر «از وصیت خویش رجوع کردم»، «این وصیت‌نامه باطل است» و... جهت رجوع از وصیت کفایت می‌کند یا اعتبار این عبارات منوط به مکتوب نمودن آنها به صورت خودنوشت، رسمی یا سرّی خواهد بود؟ همچنین، آیا در معرض تلف قرار دادن موصی به، در حالی که وصیت‌نامه کماکان موجود است، جهت رجوع کافی است یا اعتبار رجوع در چنین مواردی نیازمند از بین بردن، سوزاندن و... وصیت‌نامه است؟ اهمیت پاسخ به این سؤال‌ها واضح است. در واقع، اگر رجوع از

وصیت مستلزم رعایت تشریفات باشد، رجوع بدون رعایت تشریفات مذکور فاقد اثر بوده و می‌بایست به وصیت به همان شکلی که منعقد شده، عمل نمود. برعکس، اگر رجوع از وصیت به‌عنوان یک عمل رضایی تلقی شود، عنایت به اراده موصی برای تحقق رجوع کفایت می‌کند، صرف‌نظر از اینکه این رجوع به چه شکلی صورت پذیرفته باشد.

در پاسخ به پرسش‌های فوق، مباحث گسترده‌ای در قوانین، رویه قضائی و دکترین حقوقی آمریکا مطرح شده است (Chaffin, 1977, pp. 330-365). در حقوق ایران نیز، پژوهش‌های ارزشمندی توسط اندیشمندان در خصوص رجوع و اقسام آن مطرح شده که عمدتاً این اقسام را در بستر حقوق ایران و فقه امامیه بررسی کرده‌اند (صفایی و شعبانی کندسری، ۱۳۹۷، صص. ۴۲-۴۷؛ صادقی مقدم و میرجلیلی، ۱۳۹۶، صص. ۵-۲۶؛ تقی‌زاده و عسگری، ۱۳۹۸، صص. ۴۲۵-۴۴۴). با این اوصاف، این مقاله از دو جهت با آثار پیشینیان متفاوت است: نخست، در آثار مذکور، بی‌آنکه توجهی به جایگاه تشریفات رجوع از وصیت شده باشد، عمده مطالعات پیرامون این است که چه گفتارها و رفتارهایی می‌تواند دلالت بر رجوع موصی از وصیت داشته باشد. از این‌رو، ضمن احترام به قصد موصی و اقوال و اعمال دلالت‌کننده بر رجوع، این مقاله در پی یافتن پاسخ این پرسش است که آیا اعتبار این اقوال و اعمال، مستلزم پیروی از تشریفات می‌باشد یا خیر. دوم، فقدان رویکرد تطبیقی به حقوق آمریکا که سوابق قابل‌توجهی در این زمینه دارد، وجه اشتراک آثار گذشته است. از این‌رو، این مقاله سعی می‌کند حقوق آمریکا را نیز مورد مطالعه قرار دهد.

مقاله حاضر با شیوه توصیفی - تحلیلی نگاشته می‌شود تا در گام نخست، حقوق آمریکا را مورد بررسی قرار دهد. به این منظور، ابتدا به‌طور مختصر تاریخچه تشریفات رجوع از وصیت مورد مطالعه قرار می‌گیرد. سپس، اقسام تشریفات رجوع مطرح می‌گردد و در پایان، راهکارهای ارائه شده جهت عدول از این تشریفات بحث می‌شود. در گام دوم نیز، موضع حقوق ایران با مطالعه پیشینه فقهی موضوع، تجزیه و تحلیل اطلاق ماده ۸۳۸ قانون مدنی و سکوت قانون امور حسبی تبیین خواهد شد.

۱. حقوق آمریکا

در حقوق آمریکا، وصیت‌نامه ممکن است در دو قالب رسمی^۱ و خودنوشت^۲ تنظیم شود (McGovern; Kurtz & English, 2001, p. 197; Sitkoff & Dukeminier, 2017, pp. 197-198). این وصیت‌نامه‌ها دو نوع تشریفات مشترک دارند: اولاً، هر دو باید به صورت مکتوب تنظیم شوند (McGovern; Kurtz & English, 2001, pp. 198, 217-218). ثانیاً، هر دو باید به امضای موصی برسند (Hall, 2019, p. 341). افزون‌براین، شرط شکلی دیگری نیز وجود دارد که بسته به رسمی یا خودنوشت بودن وصیت‌نامه، متفاوت است. وصیت‌نامه رسمی باید توسط حداقل دو شاهد در حضور موصی، گواهی و امضاء شود (McGovern; Kurtz & English, 2001, pp. 204, 210). این در حالی است که وصیت‌نامه خودنوشت، نیازی به شهادت شهود ندارد و به جای آن، وصیت‌کنندگان باید متن وصیت را با دستخط خود بنویسند (Sitkoff & Dukeminier, 2017, pp. 198, 208-210; McGovern; Kurtz & English, 2001, pp. 210, 213-214). علاوه‌براین دو نوع وصیت‌نامه، دو ایالت کلرادو و داکوتای شمالی، وصیت‌نامه محضری^۳ را نیز به رسمیت می‌شناسند؛ وصیت‌نامه‌ای که تنظیم آن، مستلزم حضور یک سردفتر اسناد رسمی به جای شهود می‌باشد (Hall, 2019, p. 341). در این کشور، بر اساس قوانین و مقررات حاضر، رجوع از وصیت نیز مانند انعقاد آن، نیازمند رعایت تشریفات است. با این حال، در «قانون متحدالشکل امور حسبی»^۴ مصوب ۱۹۶۹ و رویه قضائی، راهکارهایی جهت عدول از این تشریفات ارائه شده است. در این بخش، پس از مطالعه پیشینه تاریخی پدیدار شدن تشریفات رجوع از وصیت، به تجزیه و تحلیل تشریفات حاکم بر رجوع از وصیت پرداخته می‌شود و در نهایت، راهکارهای عدول از این تشریفات مطالعه می‌شود.

۱-۱. پیشینه تاریخی

بررسی و تحلیل تشریفات رجوع از وصیت در حقوق آمریکا، مستلزم مذاقه در

1. Formal Will
2. Holographic Will
3. Notarized Will
4. Uniform Probate Code (UPC)

تحولات حاکم بر وصیت در حقوق انگلیس است. به طور سنتی، در حقوق این کشور تشریفات خاصی برای رجوع از وصیت وجود نداشت (Grant, 2008, p. 116)، به گونه‌ای که حتی «قانون وصایا»^۱ سال ۱۵۴۰ نیز نسبت به تشریفات رجوع از وصیت ساکت بود. به همین علت، دادگاه‌های کلیسایی^۲ و حتی کامن لایی، رجوع از وصیت را به صورت شفاهی قابل قبول می‌دانستند (GGG, 1960, p. 374). با وجود این، پس از طرح پرونده Cole v. Mordaunt در سال ۱۶۷۶، یکی از دادگاه‌های کامن لایی^۳ کشور انگلیس مطلبی را در خصوص لزوم پیش‌بینی تشریفات جهت رجوع از وصیت متذکر شد. در این پرونده، موصی با تنظیم یک وصیت‌نامه، اموال قابل توجهی را به یک خیریه اختصاص داده بود. پس از فوت موصی، همسرش مدعی شد که او در بستر مرگ، به صورت شفاهی از این وصیت رجوع کرده است. او خاطر نشان ساخت که همسرش پس از رجوع از وصیت مزبور، شفاهاً وصیت نموده که تمام اموالش به او واگذار شود. او همچنین شهود متعددی را جهت اثبات ادعای خود به دادگاه معرفی کرد. با این حال، پس از اینکه کذب بودن شهادت شهود نزد دادگاه محرز شد، یکی از قضات پرونده (عالی‌جناب ناتینگهام) گفت: «امیدوارم روزی شاهد قانونی باشم که بر اساس آن، رجوع از وصیت صرفاً از طریق نوشتن ممکن باشد» (Whitman, 1992, p. 1038). پس از تصویب «قانون پیشگیری از تقلب و شهادت دروغ (قانون تقلب‌ها)»^۴ در سال ۱۶۷۷، رجوع از وصیت‌نامه‌هایی که راجع به زمین بودند، تابع تشریفات خاصی قرار گرفت (Whitman, 1992, pp. 1038-1039). مطابق این قانون، موصی جهت رجوع از وصیت دو راهکار داشت: نخست، او می‌توانست از طریق سوزاندن، لغو کردن^۵، تکه‌تکه کردن و محو کردن وصیت‌نامه، از وصیت رجوع کند (Whitman, 1992, pp. 1038-1039). دوم، او قادر بود از طریق تنظیم یک نوشته، رجوع خود از

1. Wills Act

2. Ecclesiastical Courts

مجموعه‌ای از دادگاه‌ها در انگلیس که صلاحیت رسیدگی به امور مربوط به مذهب، حقوق، تکالیف و امور انضباطی افراد کلیسایی را دارد (Black, 1968, p. 602).

3. The Court of King's Bench

4. An Act for the Prevention of Frauds and Perjuries (Statute of Frauds)

۵. جهت ملاحظه مفهوم «رجوع از طریق لغو کردن»، ر.ک: شماره ۱-۲-۳.

وصیت را اعلام نماید؛ خواه این نوشته یک وصیت‌نامه جدید یا تنها حاکی از قصد موصی مبنی بر رجوع از وصیت باشد (Whitman, 1992, pp. 1038-1039).

حدود دو قرن بعد، این بار در «قانون وصایا» مصوب ۱۸۳۷ به تشریفات رجوع از وصیت اشاره شد. این قانون ضمن حفظ تشریفات، تغییرهایی را نسبت به «قانون تقلب‌ها» ایجاد نمود. مطابق «قانون وصایا»، نوشته‌ای که صرفاً حکایت از رجوع دارد (یعنی حاوی وصیت جدید نمی‌باشد)، معتبر نیست (Whitman, 1992, p. 1039).

همچنین، تشریفات رجوع صرفاً ناظر به وصایای راجع به زمین نبوده، بلکه شامل کلیه اموال موصی می‌گردد (Sitkoff & Dukeminier, 2022, p. 145).

پس از تحولات فوق در حقوق انگلیس، بسیاری از ایالات متحده آمریکا متقاعد شدند تا شکل‌گرایی را در حوزه مقررات وصیت وارد کنند. البته رویکردهای مختلفی توسط این ایالت‌ها اتخاذ شد. برای مثال، برخی از ایالت‌ها صرفاً از الگوهای «قانون تقلب‌ها» استفاده کردند. گروهی دیگر از «قانون وصایا» الگوبرداری کردند. تعدادی دیگر نیز ترکیبی از این دو قانون را برگزیدند (Whitman, 1992, p. 1041).

یکی از دلایل رغبت به شکل‌گرایی در رجوع، چالش‌هایی بود که در آن زمان، در پرونده‌های رجوع از وصیت وجود داشت. در این پرونده‌ها، از یک‌سو وصیت‌نامه در دسترس بازماندگان و دادگاه قرار داشت و از سوی دیگر، ذی‌نفعان ترکه ادعا می‌کردند که موصی شفهاً از وصیت خود رجوع نموده است. آنها ادعا می‌کردند که موصی در راستای نشان دادن قصد خود، اقدام به سوزاندن وصیت‌نامه کرده، اما موصی‌له بدون اینکه موصی متوجه شود، در آخرین لحظات مانع از سوختن و آسیب رسیدن به وصیت‌نامه شده است (Horton, 2022, pp. 582-583).

این ادعا از سوی ذی‌نفعان ترکه به این سبب طرح می‌شد تا دادگاه به تناقض میان بقای وصیت‌نامه و درعین حال، رجوع موصی از آن توجه نکند، زیرا بقای وصیت‌نامه عرفاً دلالت بر عدم رجوع موصی از وصیت دارد (Horton, 2022, p. 583).

از اوایل قرن نوزدهم و همزمان با تشریفات شدن رجوع از وصیت در قوانین و

1. Runkle v. Gates (1858); Mundy v. Mundy (1858); Kent v. Mahaffey (1859); Graham v. Birch (1891)

مقررات ایالات متحده، دادگاه‌های آمریکا نیز رجوع از وصیت را صرفاً زمانی معتبر می‌دانند که تشریفات رجوع در آن رعایت شده باشد. در این رابطه، دادگاه عالی ایالت ایندیانا در سال ۱۸۵۸ اعلام کرد که قصد موصی برای رجوع، به‌خودی‌خود، ساقط‌کننده اعتبار وصیت نمی‌باشد (Horton, 2022, p. 583). همچنین، در پرونده راجع به ترکه سیلوا^۱، دادگاه اعلام کرد از آنجاکه رجوع موصی با رعایت تشریفات «قانون وصایا» انجام نشده، رجوع معتبر نمی‌باشد (Sitkoff & Dukeminier, 2022, p. 322).

۲-۱. تشریفات رجوع از وصیت

موصی می‌تواند با نگارش یک متن یا انجام برخی از رفتارها، از وصیت خود رجوع کند. او همچنین می‌تواند با لغو کردن عبارات وصیت‌نامه، از وصیت خود رجوع نماید. رجوع از وصیت در قالب هر یک از موارد پیش‌گفته، نیازمند رعایت پاره‌ای تشریفات است که در این بخش از نوشتار مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۱-۲-۱. رجوع کتبی^۲

رجوع کتبی یکی از رایج‌ترین شیوه‌های رجوع از وصیت در آمریکا محسوب می‌شود. این رجوع، به چند شکل صورت می‌پذیرد: نخست، ممکن است از طریق نوشته‌ای صورت پذیرد که صرفاً مبین قصد موصی مبنی بر رجوع از وصیت باشد، یعنی در این نوشته، هیچ خواسته دیگری که شائبه انعقاد وصیت را ایجاد نماید وجود ندارد، بلکه موصی منحصراً خواسته خود مبنی بر رجوع را به‌صورت کتبی اعلام می‌نماید (Beyer & Hanft, 2015, p. 133). دوم، ممکن است از طریق انعقاد وصیت جدید یا یک سند متمم یا ضمیمه^۳ که وصیت سابق را تغییر می‌دهد، تحقق یابد (Beyer & Hanft, 2015, p. 133). برخلاف مورد قبل، در این فرض موصی علاوه بر رجوع از وصیت سابق، وصیت جدیدی را نیز منعقد می‌نماید. رجوع از وصیت از طریق انعقاد وصیت جدید، خود به دو صورت قابل انجام است: گاه موصی به‌صراحت از وصایای سابق خود

1. In re Silva's Estate (1915)
2. Revocation By Writing
3. Codicil

رجوع می‌کند و گاه این رجوع به صورت ضمنی و به دلیل وجود ناهماهنگی آشکار^۱ و عدم امکان اجرای همزمان دو وصیت (سابق و لاحق) محقق می‌شود (Chaffin, 1977, pp. 332-334). شایان توجه است که دادگاه‌ها در مواجهه با وصیت جدید یا سند ضمیمه، به راحتی رجوع از وصیت سابق را نمی‌پذیرند. درحقیقت، تلاش بر این است که حتی المقدور وصیت جدید یا سند ضمیمه (که اصولاً این سند هدف رجوعی ندارد، بلکه هدف از نگارش آن، تکمیل وصیت سابق است) با وصیت سابق موصی جمع شود، مگر آنکه به هیچ طریقی امکان اجرای هر دو سند با یکدیگر وجود نداشته باشد (Chaffin, 1977, pp. 334-336; GGG, 1960, p. 378).

هر چند این تقسیم‌بندی در حقوق آمریکا تثبیت شده است، اختلاف‌هایی پیرامون اعتبار اقسام مختلف رجوع کتبی در ایالات متحده دیده می‌شود. منشأ این اختلاف‌ها این است که آیا رجوع کتبی باید حتماً در قالب تنظیم یک وصیت‌نامه جدید باشد (که از آن با عنوان رجوع کتبی مرکب نام برده می‌شود) یا رجوع کتبی بدون انشای وصیت جدید (که از آن با عنوان رجوع کتبی ساده یاد می‌شود)^۲ نیز معتبر است (Horton, 2022, pp. 589-590)؟ در پاسخ به این پرسش، محاکم برخی از ایالت‌ها تنها رجوع کتبی مرکب را معتبر می‌دانند. این دیدگاه که در دعوی *Maddox v. Mock* در سال ۱۹۶۶ مورد تصریح قرار گرفت (Johanson, 2010, p. 156)، در رأی پرونده *Brown v. Brown* در سال ۲۰۰۹ نیز ملاحظه می‌شود. در این پرونده، حدود پنجاه سال پس از تنظیم وصیت‌نامه، موصی به موجب نوشته‌ای امضا شده اعلام کرد که قصد دارد از وصیت‌نامه خود رجوع کند. در مقام رسیدگی به اعتبار این رجوع، دادگاه تجدیدنظر آلاباما اعلام کرد که اقدام موصی برای رجوع از وصیت، منطبق با مقررات این ایالت نمی‌باشد، زیرا رجوع او در قالب تنظیم یک وصیت‌نامه جدید نبوده است (Horton, 2022, p. 592).

با این حال، دادگاه‌های اکثر ایالت‌ها صرف‌نظر از اینکه نوشته جدید موصی، رجوع ساده باشد یا مرکب، رجوع از وصیت را معتبر می‌دانند (Johanson, 2010, p. 156)؛

1. Revocation by Inconsistency
2. Non-Testamentary Writing (Anti-Will)

به‌عنوان نمونه، در پرونده راجع به ترکه هیزل^۱، این استدلال که «چون رجوع ساده دربرگیرنده وصیت جدید نیست؛ پس نمی‌تواند رجوع معتبری محسوب شود»، مردود اعلام شد (Horton, 2022, pp. 591-592). همچنین، در دعوی Grotts v. Casburn در سال ۱۹۲۰، گفته شد برای اینکه رجوع کتبی معتبر شناخته شود، لازم نیست رجوع در قالب وصیت جدید باشد (Johanson, 2010, p. 156). بر اساس این رویکرد، اعتبار رجوع کتبی نیازمند انشای وصیت جدید نبوده، بلکه همین که مشخص شود رجوع کتبی با رعایت تشریفات تنظیم وصیت‌نامه صورت گرفته، رجوع معتبر خواهد بود (Beyer & Hanft, 2015, p. 133).

۱-۲-۲. رجوع عملی^۲

در رجوع عملی، بی‌آنکه موصی قصد خود را به‌صورت مکتوب اعلام نماید، با انجام برخی از رفتارها نظیر از بین بردن وصیت‌نامه، سوزاندن آن و... از وصیت رجوع می‌کند. اگرچه تقریباً همه ایالت‌ها رجوع عملی را پذیرفته‌اند، در مورد اینکه مصادیق رجوع عملی چیست، اختلاف‌هایی وجود دارد (Chaffin, 1977, p. 238). اکثر ایالت‌ها سوزاندن، تکه‌تکه کردن، محو کردن و از بین بردن را به‌عنوان مصادیق رجوع عملی معرفی کرده‌اند. باوجوداین، گستره این رفتارها در برخی از ایالت‌ها کمتر بوده و در برخی از ایالت‌ها مخدوش کردن، بریدن و تحریف کردن نیز به‌عنوان مصادیق رجوع عملی مطرح شده است (Horton, 2022, p. 585).

اعتبار رجوع عملی نیازمند تحقق چند شرط است: نخست، رجوع عملی باید نسبت به نسخه اصلی وصیت‌نامه صورت پذیرد؛ نه نسخه‌های رونوشت آن (Johanson, 2010, p. 160; Wendel, 2018, p. 165). در این رابطه، دعوی Wehr v. Wehr در سال ۱۹۴۵ جالب توجه است. در این دعوا، موصی پس از تنظیم وصیت‌نامه، نسخه اصلی آن را نزد وکیلش سپرد و رونوشت آن را پیش خود نگه داشت. پس از مرگ موصی، رونوشت وصیت‌نامه به‌صورت تکه‌تکه‌شده در میز او پیدا شد. پس از مشاهده این اتفاق، همسر او با مراجعه به دادگاه، استدلال کرد از آنجاکه موصی نسخه اصلی را

1. In re Heazle's Estate (1952)
2. Revocation by Act (Physical Revocation)

در اختیار نداشته است، از بین بردن رونوشت آن باید به منزله یک رجوع معتبر تلقی شود. در مقام اعتبارسنجی رجوع، دادگاه مقرر نمود که معتبر دانستن رجوع عملی نسبت به رونوشت وصیت‌نامه، راه را برای تقلب باز می‌کند و از این رو، چنین رجوعی نمی‌تواند معتبر تلقی گردد (Horton, 2022, pp. 586-587). در این زمینه، پرونده راجع به ترکه تولین^۱ نیز جالب توجه می‌باشد. در این پرونده، رجوع عملی نسبت به رونوشت وصیت‌نامه که حاوی امضای موصی و شهود نیز بود، انجام شده بود. با این اوصاف، دادگاه اعلام کرد که چون رجوع نسبت به نسخه اصلی انجام نشده، اعتبار ندارد (Johanson, 2010, p. 160).

دومین شرط، ناظر به رجوع عملی توسط اشخاص ثالث است. بر اساس مقررات اکثر ایالت‌ها، موصی می‌تواند به شخص ثالث دستور دهد که اعمال معتبر در رجوع از وصیت را به نمایندگی از او انجام دهد (Johanson, 2010, p. 160)؛ برای مثال، موصی می‌تواند به نماینده خود دستور دهد که وصیت‌نامه را درون آتش بیندازد. مطابق این مقررات، آنچه در اجرای این امر توسط نماینده اهمیت دارد، این است که رجوع عملی باید در حضور موصی انجام شود (Johanson, 2010, p. 160). تجلی این شرط در رویه قضائی را می‌توان در پرونده راجع به ترکه بوت^۲ ملاحظه کرد. در این پرونده، موصی پس از مدتی تصمیم گرفت از وصیت خویش رجوع کند. در این راستا، او پس از ملاقات با وکیل، از وی خواست تا وصیت‌نامه را از بین ببرد. هر چند وکیل پس از این ملاقات، وصیت‌نامه را از بین برد، دادگاه تجدیدنظر در مقام اعتبارسنجی رجوع، اعلام کرد که رجوع وکیل به نمایندگی از موصی هیچ‌گونه اعتباری ندارد، زیرا وصیت‌نامه صرفاً به دستور موصی از بین رفته است، نه در حضور او (Horton, 2022, pp. 600-601).

شرط اخیر سبب می‌گردد تعداد قابل توجهی از رجوع‌های عملی، غیرمعتبر شناخته شوند، زیرا در بسیاری از مواقع، موصی و نماینده در مجاورت یکدیگر قرار ندارند؛ نظیر موکلی که از وکیل خود می‌خواهد از وصیت او رجوع نماید. به همین خاطر، به نظر می‌رسد که لزوم رعایت این شرط، سبب می‌شود نمایندگی در رجوع عملی از وصیت،

1. In re Estate of Tolin (1993)

2. In re Estate of Boote (2005)

کاربرد چندانی نداشته باشد، زیرا وقتی نیاز به حضور شخص موصی در صحنه رجوع عملی باشد، نیابت دادن به غیر جهت رجوع معنایی ندارد. البته ممکن است این شرط در برخی موارد، معقول باشد؛ به عنوان نمونه، اگر موصی که شناخت خاصی از ابزارهای الکترونیکی ندارد، بخواهد از وصیت الکترونیکی^۱ خود رجوع نماید، شرط اخیر چندان بدون فایده نخواهد بود، زیرا از یک سو، به دلیل عدم شناخت موصی از وسایل دیجیتال، امکان رجوع بدون مداخله ثالث وجود ندارد. از سوی دیگر نیز، با رجوع در حضور موصی، اطمینان بیشتری حاصل می‌شود که رجوع، مقصود واقعی او بوده است. با این اوصاف، تشریفات حاکم بر رجوع عملی ممکن است در وصیت‌نامه‌های الکترونیکی متفاوت جلوه کند. درحقیقت، برخی از رفتارهای ذکر شده در مقررات راجع به رجوع عملی مانند سوزاندن و تکه‌تکه کردن سند، در مورد فایل‌های الکترونیکی مصداق ندارد. برای مثال، فرض کنید موصی یا نماینده او با استفاده از قلم نوری، اقدام به تنظیم یک وصیت‌نامه خودنوشت نماید. در این فرض، او چگونه می‌تواند این وصیت‌نامه را بسوزاند؟! در پاسخ، بخش هفتم «قانون متحدالشکل وصایای الکترونیکی»^۲ مقرر می‌دارد که موصی یا نماینده او می‌تواند با انجام اقدامات فیزیکی، از وصیت‌نامه الکترونیکی رجوع نماید. هر چند این قانون، هیچ مثالی از عبارت «اقدامات فیزیکی» ارائه نمی‌دهد، تفسیرکنندگان معتقدند این عبارت به اندازه‌ای گسترده است که می‌تواند شامل حذف یک فایل با «کلیک ماوس» یا «شکستن فلش با چکش» باشد (National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, 2019, p. 14). درمقابل، در مقررات برخی از ایالات، مصادیق رجوع عملی از وصیت‌نامه‌های الکترونیکی مشخص شده است؛ برای مثال، به موجب مقررات ایالت فلوریدا، رجوع از وصیت الکترونیکی می‌تواند از طریق حذف کردن، ناخوانا کردن یا محو کردن وصیت‌نامه تحقق یابد (Hirsch, 2021, p. 192).

به‌همین ترتیب، بحث اعتبار رجوع عملی نسبت به رونوشت یک وصیت‌نامه الکترونیکی نیز قابل توجه است. توضیح بیشتر آنکه در اسناد الکترونیکی، تشخیص

۱. برای ملاحظه تعریف و انواع وصیت الکترونیکی، ر.ک: (Ekhtator, 2020, p. 15; Fox, 2019, pp. 52-55).

2. Uniform Electronic Wills Act. § 7

نسخه اصلی از رونوشت، بسیار سخت و چه بسا فاقد موضوعیت می‌باشد. درحقیقت، زمانی که کاربران سندی را در فضای الکترونیکی ایجاد می‌کنند، معمولاً سعی می‌کنند نسخه‌های متعددی از آن را در ابزارهای الکترونیکی مختلف نگهداری نمایند. به همین خاطر، موصی ممکن است نسخه‌های مختلفی از وصیت‌نامه الکترونیکی خود را در فضاهای مختلف ذخیره نموده باشد؛ درحالی‌که نمی‌داند کدام یک برای اولین بار ایجاد شده است. در این موقعیت، سؤال اساسی این است که آیا حذف فایلی که برای نخستین بار ایجاد شده، جهت رجوع کفایت می‌کند یا بایستی تمامی فایل‌ها حذف شوند؟ اگر پاسخ مثبت است، در فرضی که تشخیص فایل مقدم و مؤخر ممکن نیست، رجوع باید چگونه انجام شود (Hirsch, 2021, p. 191)؟ برای حل این قبیل چالش‌ها، مقررات ایالت ایندیانا از افرادی که وصیت‌نامه خود را به امین نسپرد، می‌خواهد هر رونوشتی که در دسترس خود دارند را حذف کنند؛ درحالی‌که برخی از ایالت‌ها مانند آریزونا، فلوریدا و نوادا پاسخی به این چالش نداده‌اند (Hirsch, 2021, p. 194).^۱

۱-۲-۳. رجوع از طریق لغو کردن^۲

گاهی اوقات، موصی بدون اینکه وصیت‌نامه جدیدی تنظیم کند یا به نحو مکتوب، از وصیت‌نامه پیشین خود رجوع کند یا حتی اقدام به رجوع عملی نماید، رجوع از وصیت را از طریق لغو کردن وصیت‌نامه موجود نشان می‌دهد. منظور از لغو کردن وصیت‌نامه، این است که موصی بر روی عبارات وصیت‌نامه خط بکشد (قلم‌خوردگی ایجاد کند) یا عباراتی نظیر «باطل است»، «رجوع می‌کنم» و... را تحریر نماید (Johanson, 2010, p. 159). مطابق رویکرد غالب ایالات متحده، صرفاً لغو کردن وصیت‌نامه از طریق ایجاد قلم‌خوردگی در آن، می‌تواند رجوع معتبر محسوب شود (Johanson, 2010, p. 159). درمقابل، در برخی از پرونده‌ها، ذکر عباراتی نظیر «باطل» در قسمت‌های خالی وصیت‌نامه، به عنوان یک رجوع معتبر شناخته شده است؛ برای مثال، در پرونده Warner v. Warner's Estate در سال ۱۸۶۴، موصی در وصیت‌نامه خود (ذیل محل امضاء)

۱. در حقوق ایران، هرچند به موجب مواد ۶ و ۷ قانون تجارت الکترونیکی، رجوع کتبی در فضای الکترونیکی با مانعی جدی مواجه نمی‌باشد، چالش‌های رجوع عملی نسبت به وصیت الکترونیکی همچنان باقی است.

2. Revocation By Cancelling

نوشت: «بدین وسیله این وصیت به‌طورکامل در پانزدهمین روز مارس ۱۸۵۹ لغو و باطل می‌گردد». او همچنین در پشت صفحه چهارم وصیت‌نامه که هیچ محتوایی از وصیت روی آن وجود نداشت، نوشت: «لغو گردید و باطل است» و سپس، آن را با ذکر نام خود امضاء کرد. با این اوصاف، دادگاه اعلام کرد که رجوع از طریق لغو کردن معتبر می‌باشد (Sitkoff & Dukeminier, 2022, p. 228).

هر چند بر اساس رویه غالب، نوشتن عباراتی نظیر «وصیت‌نامه باطل شد» در قسمت‌های خالی وصیت‌نامه نمی‌تواند به‌عنوان رجوع از طریق لغو کردن شناخته شود، برخی از محاکم معتقدند که چنین رجوعی ممکن است بر اساس مقررات رجوع کتبی معتبر شناخته شود. درحقیقت، اگر همین عبارت با رعایت تشریفات تنظیم وصیت‌نامه نگارش شود، می‌تواند به‌عنوان یک رجوع کتبی ساده معتبر تلقی گردد. در این خصوص، دعوای Kronauge v. Stoecklein در سال ۱۹۷۲ قابل ذکر می‌باشد. در این دعوا، موصی با تنظیم یک وصیت‌نامه، اموال خود را به نفع شخصی تملیک نمود. سه سال بعد، موصی در حاشیه وصیت‌نامه نوشت که «این وصیت‌نامه باطل است و من مالی برای او باقی نمی‌گذارم». در مقام بررسی اعتبار رجوع، دادگاه تجدیدنظر اعلام کرد که هر چند تمایل موصی برای رجوع از وصیت‌نامه مشکوک نیست، این نحوه رجوع از وصیت هیچ اعتباری ندارد، زیرا نه عبارات لغو بر روی متن وصیت‌نامه قرار گرفته و نه این عبارت، مورد شهادت شهود قرار گرفته است [تا بتوان بر اساس تشریفات رجوع کتبی، رجوع را معتبر دانست] (Horton, 2022, p. 605). در کنار رویه قضائی، «قانون متحدالشکل امور حسبی» نیز تلاش‌هایی جهت رفع این چالش انجام داده است. به‌موجب بخش ۲-۵۰۷ این قانون، خواه عبارات دلالت‌کننده بر رجوع از طریق لغو کردن، بر روی عبارات وصیت‌نامه درج شود یا در فضای خالی آن، رجوع معتبر خواهد بود.

با این همه، یک پرسش باقی است: اگر موصی با خط زدن عبارات وصیت‌نامه، علاوه بر رجوع از وصیت، به‌دنبال انعقاد وصیت جدیدی نیز باشد، آیا رجوع معتبر تلقی می‌گردد یا خیر؟ برای مثال، فرض کنید در متن وصیت‌نامه، موصی اموال خود را به نفع سه تن وصیت می‌کند. پس از مدتی، به هر دلیلی، او تصمیم می‌گیرد که نام شخص

سوم را خط بزند؛ یعنی به صورت جزئی از وصیت رجوع کند. اکنون، اگر موصی با حذف نام شخص سوم (رجوع جزئی^۱)، قصد انشای وصیت به نفع سایر ذی‌نفعان وصیت‌نامه را داشته باشد، با یک تیر دو نشان زده است: علاوه بر حذف سهم یکی از ذی‌نفعان وصیت از طریق رجوع جزئی، سهم سایرین را نیز افزایش داده و به نوعی، وصیت جدیدی را در پوشش رجوع جزئی منعقد کرده است.

در پاسخ، دادگاه‌ها به دو گروه تقسیم شده‌اند: برخی (رویه غالب) معتقدند که اگر رجوع جزئی از وصیت منتهی به ایجاد معنای جدید و به‌طور کلی، تغییر ساختار وصیت شود، این رجوع به لحاظ حقوقی معتبر نمی‌باشد (Chaffin, 1977, pp. 345-346; Evans, 1935, p. 572). این دیدگاه را می‌توان در پرونده راجع به ترکه آپلتن^۲ ملاحظه کرد. در این پرونده، موصی یک‌دوم از اموالش را برای آقای فرانک، یک‌چهارم را برای شخص دیگر و یک‌چهارم دیگر را به نفع یک خیریه وصیت کرد. پس از مدتی، موصی عبارت «یک‌دوم» را حذف و واژه «تمام» را جایگزین آن کرد. در مقام اعتبارسنجی رجوع، دادگاه اشعار داشت که درج این عبارت، اولاً، به معنای این است که آن دو «یک‌چهارم» به شخص دیگر و خیریه منتقل نشود؛ ثانیاً، سهم جدیدی برای فرانک در نظر گرفته شود. با این حال، از آنجاکه رجوع جزئی موصی ملازمه با انعقاد وصیت جدید دارد و موصی موفق به رعایت تشریفات تنظیم وصیت نگشته، رجوع او معتبر نخواهد بود (Schwartz, 2004, pp. 172-173). در مقابل، رویه برخی دیگر از دادگاه‌ها این است که حتی اگر مقصود موصی از رجوع، انتقال سهم به بقیه ذی‌نفعان باشد، رجوع و وصیت حتی بدون رعایت تشریفات مقرر همچنان معتبر خواهند بود (Schwartz, 2004, p. 168).

۳-۱. راهکارهای عدول از تشریفات رجوع از وصیت

با تشریفات دانستن رجوع، آزادی اراده موصی در رجوع از وصیت نادیده گرفته می‌شود. بر این اساس، حتی اگر قصد موصی بر رجوع از وصیت، بر همگان آشکار باشد، اعتبار رجوع تابع پیروی از تشریفات قانونی است. این رویکرد حداکثری به لزوم

1. Partial Revocation
 2. In re Appleton's Estate (1931)

رعایت تشریفات، منجر به ارائه راهکارهایی جهت عدول از تشریفات در مرحله رجوع از وصیت گشته است. در این راستا، برخی تلاش کرده‌اند با ارائه نظریه اشتباه بی‌ضرر، از اهمیت تشریفات بکاهند و ارزش بیشتری برای قصد موصی قائل شوند. برخی دیگر نیز با استفاده از قواعد و مقررات حاکم بر تراست، به دنبال این هستند که بهای کمتری به تشریفات رجوع از وصیت بدهند. راهکارهای مذکور، در این بخش از نوشتار مورد مطالعه قرار می‌گیرد. به این منظور، ابتدا راهکار «اعمال نظریه اشتباه بی‌ضرر» و سپس، راهکار «اعمال مقررات رجوع از تراست» بررسی می‌گردد.

۱-۳-۱. اعمال نظریه اشتباه بی‌ضرر^۱

به موجب اصلاحات «قانون متحدالشکل امور حسبی» در سال ۱۹۹۰، نظریه اشتباه بی‌ضرر به عنوان جایگزین تشریفات رجوع از وصیت مطرح شده است. به موجب بخش ۲-۵۰۳ این قانون، در فرضی که موصی موفق به رعایت تشریفات رجوع از وصیت نشود، نظریه اشتباه بی‌ضرر می‌تواند رجوع او را به عنوان یک رجوع معتبر به رسمیت بشناسد. بر اساس این نظریه، در مواردی که رجوع موصی از طریق یک نوشته صورت می‌پذیرد، لکن عاری از سایر تشریفات لازم برای رجوع است، در صورتی که ذی‌نفع بتواند با دلایل «آشکار و قانع‌کننده»^۲ اثبات نماید که موصی با تدارک دیدن این نوشته، قصد رجوع از وصیت را داشته است، رجوع معتبر تلقی می‌شود (Crawford, 2019, p. 283). بر این بنیاد، در یک نوشته که دلالت بر قصد رجوع موصی دارد، عدم رعایت تشریفات نظیر شهادت شهود، نگارش به دستخط موصی، تنظیم در دفترخانه اسناد رسمی و... بی‌ضرر بوده و از این رو، خللی به اعتبار رجوع وارد نمی‌کند.

این نظریه علی‌رغم اینکه قادر است کمک شایانی به معتبر شناختن بسیاری از رجوع‌های کتبی نماید، درمانی برای رجوع عملی معرفی نمی‌کند (Sitkoff & Dukeminier, 2022, p. 237)، زیرا پیش شرط اعمال آن، رجوع از طریق یک نوشته است. از این رو، این نظریه در رابطه با رجوع عملی که در آن، صحبتی از سند یا نوشته مطرح نیست، کارایی ندارد؛ بنابراین، اگر نماینده موصی در غیاب او وصیت‌نامه را

1. Harmless Error Rule
2. Clear and Convincing Evidence

بسوزاند، نظریه اشتباه بی ضرر سبب اعتباربخشی به رجوع نمی‌گردد. البته به نظر می‌رسد این نظریه بتواند به اعتباربخشی به رجوع از طریق لغو کردن نیز بیانجامد. درحقیقت، در مواردی که رجوع با درج عباراتی نظیر «باطل است» و «رجوع می‌کنم» همراه است، نظریه اشتباه بی ضرر می‌تواند از غیرمعتبر تلقی شدن رجوع جلوگیری کند، زیرا در این حالت نیز، رجوع از طریق نوشته صورت گرفته است.

۱-۳-۲. اعمال مقررات رجوع از تراست^۱

تراست، سازوکاری است که به موجب آن، اشخاص می‌توانند با تعیین یک امین، اموال خود را به دیگران منتقل نمایند. در این سازوکار، امین وظیفه دارد این اموال را در راستای منافع ذی‌نفع مدیریت نماید (Black, 1968, p. 1680). نهاد تراست، سه طرف دارد:

۱- شخصی که اقدام به انتقال اموال خویش می‌نماید که اصطلاحاً به او «بانی تراست»^۲ گفته می‌شود؛

۲- شخصی که این اموال در راستای منافع او اداره می‌شود که اصطلاحاً «ذی‌نفع تراست»^۳ نامیده می‌شود؛

۳- شخصی که اداره اموال موضوع انتقال را در راستای منافع ذی‌نفع تراست بر عهده دارد که اصطلاحاً «امین تراست»^۴ خطاب می‌شود.

در رجوع از تراست، تشریفات خاصی وجود ندارد. درحقیقت، در مواردی که بانی تراست می‌تواند از آن رجوع کند، او قادر است با تدارک دیدن هر گونه دلیل آشکار و قانع‌کننده‌ای که حکایت از قصد او بر رجوع دارد، این مهم را انجام دهد (Cushman, 2019, p. 261). با این حال، بانی تراست می‌تواند تشریفات خاصی را نیز برای رجوع از تراست پیش‌بینی نماید (Cushman, 2019, pp. 259-261)؛ برای مثال، او می‌تواند شرط کند که رجوع از تراست، صرفاً باید به صورت مکتوب و با شهادت دو شاهد معتبر انجام شود.

از آنجا که رابطه موصی، موصی له و سایر ذی‌نفعان ترکه اصولاً در قالب تراست قرار

1. Trust
2. Settlor (Truster)
3. Beneficiary of Trust
4. Trustee

نمی‌گیرد، مادام که مقررات ایالات متحده، اطلاق نهاد تراست بر وصیت را به رسمیت نشناخته است، امکان بهره‌گیری از مقررات رجوع از تراست در رابطه با وصیت وجود ندارد. این واقعیت، برخی از محاکم را بر آن داشته تا جهت استفاده از مقررات حاکم بر رجوع از تراست، وصیت را در حکم تراست (تراست حکمی)^۱ بدانند (Sitkoff & Dukeminier, 2022, p. 237). توضیح بیشتر آنکه گاهی اوقات، علی‌رغم اینکه رابطه اشخاص با یکدیگر در قالب تراست قرار نمی‌گیرد، قواعد انصاف ایجاب می‌کند که رابطه آنها در پرتو مقررات تراست تفسیر شود. این مقتضیات که به موجب قواعد انصاف مطرح می‌گردد، منجر به پدید آمدن اصطلاحی موسوم به «تراست حکمی» در حقوق آمریکا گشته است. براین اساس، تراست حکمی ابزاری است که دادگاه می‌تواند با تمسک به آن، از دارا شدن غیرمنصفانه اشخاص جلوگیری نماید (Hepburn, 2001, p. 401; Beyer & Hanft, 2015, p. 399).

با اعمال نظریه تراست حکمی، برخی از محاکم سعی می‌کنند ضمانت اجرای تشریفات رجوع از وصیت را خنثی نموده و در نتیجه، رجوع را معتبر تلقی کنند. به موجب این راهکار، اعتبار رجوع از وصیت تابع قصد موصی و قواعد انصاف می‌باشد؛ نه رعایت تشریفات. در حقیقت، اگر دادگاه قصد رجوع از وصیت را احراز کند و تشخیص دهد که معتبر شمردن رجوع، منطبق با انصاف است، رجوع ولو بدون رعایت تشریفات، معتبر خواهد بود. در این زمینه، دعوی *Gushwa v. Hunt* در سال ۲۰۰۸ قابل توجه می‌باشد. در این دعوا، موصی در تمام صفحات رونوشت وصیت‌نامه عبارت «رجوع شد» را نوشت. او توضیح داد به این دلیل که شخص ثالث مانع دسترسی او به نسخه اصلی شده، رجوع را بر روی رونوشت وصیت‌نامه درج کرده است. در نهایت، دادگاه اعلام کرد که اگر ادعای ممانعت بدون جهت شخص ثالث اثبات شود، تراست حکمی باید جهت جلوگیری از دارا شدن غیرمنصفانه دیگران اعمال شده و ترکه به ورثه موصی منتقل شود (Sitkoff & Dukeminier, 2022, p. 237)؛ همچنین، در دعوی *Morris v. Morris* در سال ۱۹۸۲، گفته شد اگر رجوع عملی نسبت به سند دیگری به جای وصیت‌نامه انجام شده باشد، تراست حکمی اقتضاء

1. Constructive Trust (Trust Arising by Operation of Law)

می‌کند رجوع معتبر تلقی گردد (Johanson, 2010, p. 160).

با این همه، استفاده از نظریه تراست حکمی در عدول از تشریفات رجوع، با مخالفت‌هایی مواجه شده است؛ برای مثال، در دعوی *Reiter v. Carroll* در سال ۱۹۴۶، دادگاه تجدیدنظر عقیده داشت در فرضی که موصی به شخصی دستور می‌دهد که وصیت‌نامه را از بین ببرد و این شخص، به دروغ به او اعلام می‌کند که وصیت‌نامه را از بین برده است، استناد به نظریه تراست حکمی صحیح نمی‌باشد (Horton, 2022, p. 611). گذشته از این قبیل مخالفت‌ها، محاکمی که حتی نسبت به اعمال نظریه تراست حکمی تمایل دارند، با یک مانع بسیار مهم مواجه هستند. درحقیقت، خواهانی که به دلیل عدم توفیق موصی در رعایت تشریفات رجوع، سعی می‌کند با استناد به این نظریه مال را از موصی‌له مسترد نماید، باید موجبات تراست حکمی را با تکیه بر دلایل متقن و صریح اثبات نماید. در این رابطه، در دعوی *Kurtz v. Solomon* در سال ۱۹۹۵ گفته شد که دلیل خواهان باید به اندازه‌ای واضح، قانع‌کننده، قوی و صریح باشد که دادگاه را به تراست حکمی متقاعد کند (Horton, 2022, p. 612).

به هر روی، به نظر می‌رسد که راهکارهای پیشین یارای مقابله قاطعانه با تشریفات رجوع از وصیت را نداشته باشند، زیرا از یک سو، نظریه اشتباه بی‌ضرر در اعتباربخشی به آن دسته از رجوع‌های عملی که بدون رعایت تشریفات صورت پذیرفته، ناتوان است. از سوی دیگر، از آنجاکه در حکم تراست دانستن وصیت، مستلزم دور زدن تشریفات رجوع از وصیت بوده و همچنین، بار اثبات دعوا را بر عهده مدعی رجوع از وصیت قرار می‌دهد، اعمال نظریه تراست حکمی با مخالفت‌هایی روبه‌رو است.

۲. حقوق ایران

در حقوق ایران، تشریفات جایگاه چندان روشنی در رجوع از وصیت ندارد. از یک سو، ماده ۸۳۸ قانون مدنی (ق.م.) هیچ اشاره‌ای به لزوم رعایت تشریفات در رجوع از وصیت نمی‌کند و از سوی دیگر، قانون امور حسبی (ق.ا.ح.) علی‌رغم پیش‌بینی تشریفات متعدد جهت تنظیم وصیت‌نامه، در رابطه با تشریفات رجوع از وصیت، سکوت کرده است. در این بخش از نوشتار، پس از بررسی جایگاه تشریفات در انعقاد وصیت، تلاش می‌شود به این سه پرسش، پاسخ داده شود: نخست، از دیدگاه فقها، تشریفات چه نقشی

در رجوع از وصیت دارد؟ دوم، آیا اطلاق ماده ۸۳۸ ق.م. دلالت بر غیرتشریفاتی بودن رجوع از وصیت دارد؟ سوم، آیا می‌توان سکوت ق.ا.ح. را حمل بر غیرتشریفاتی بودن رجوع کرد؟

۲-۱. جایگاه تشریفات در انعقاد وصیت

به موجب ماده ۲۷۶ ق.ا.ح. وصیت از حیث شکل، بر سه قسم رسمی، خودنوشت و سرّی می‌باشد. قانون امور حسبی پس از تبیین تشریفات حاکم بر تنظیم هر یک از این وصیت‌نامه‌ها، در ماده ۲۹۱ مقرر داشته: «هر وصیتی که به ترتیب مذکور در این فصل واقع نشده باشد، در مراجع رسمی پذیرفته نیست مگر اینکه اشخاص ذی‌نفع در ترکه به صحت وصیت اقرار نمایند». این مقرر از ماده ۱۰۰۱ قانون مدنی فرانسه اقتباس شده است که مطابق آن: «وصیتی که بر اساس تشریفات مقرر در مواد ۹۶۷ الی ۱۰۰۰ این قانون تنظیم نشده باشد، معتبر نخواهد بود». برخی در تأیید این الگوبرداری گفته‌اند: «قانون امور حسبی ایران تقریباً ترجمه قانون مدنی فرانسه است و بنابراین جز در بعضی موارد جزئی، از جمله تشریفات وصیت‌نامه رسمی، و مقررات مربوط به امانت وصیت‌نامه سرّی و مدت اعتبار وصیت‌نامه‌ها، با قانون فرانسه شباهت کامل دارد» (کاتوزیان، ۱۳۹۹، ص. ۲۲۳).

هر چند پس از وضع مقرر یادشده، تردیدی در تشریفاتی بودن وصیت در نظام حقوقی ایران وجود نداشت (عمید، ۱۳۲۱، صص. ۱۳۵-۱۳۶)، شورای نگهبان با صدور دو نظریه، تشریفاتی بودن وصیت را با چالشی جدی مواجه کرد. نقطه آغاز مداخله شورای نگهبان، نظریه شماره ۶۲۹۵ مورخ ۱۳۶۵/۴/۲۲ در خصوص ماده ۲۹۴ ق.ا.ح. بود. در این نظریه، ماده ۲۹۴ ق.ا.ح. بر خلاف موازین شرعی تشخیص داده شد (شورای نگهبان، سامانه جامع نظرها، www.nazarat.shora-rc.ir). بار دیگر و در پی استعلام شعبه اول دادگاه مدنی خاص شهرستان گلپایگان، شورای نگهبان در نظریه شماره ۲۶۳۹ مورخ ۱۳۶۷/۸/۴، علاوه بر آنکه ماده ۲۹۴ را خلاف شرع اعلام و ابطال نمود، در ذیل نظریه مقرر کرد: «اعتبار وصیت‌نامه به‌طور کلی مانند سایر اسناد در صورتی است که حجت شرعی بر صحت مفاد آن باشد» (شورای نگهبان، سامانه جامع نظرات،

www.nazarat.shora-rc.ir). این عبارت، این تصور را ایجاد نمود که شورای نگهبان در قواعد شکلی تنظیم وصیت، دخل و تصرف کرده است. بر این بنیاد، برخی معتقدند وصیت تشریفاتی نبوده، بلکه از طریق شهادت شهود نیز می‌توان به وصایای اشخاص اعتبار بخشید (صفایی و شعبانی کندسری، ۱۳۹۷، صص. ۳۹-۴۰).

با وجود این، در مقام تحلیل نظریه اخیر شورا به نظر می‌رسد که: نخست، زمینه صدور این نظریه هیچ ارتباطی به بحث تشریفات در انعقاد وصیت ندارد. درحقیقت، سؤال مرجع پرسشگر در خصوص ماده ۲۹۴ ق.ا.ح. راجع به مدت ارائه وصیت‌نامه و ضمانت اجرای آن می‌باشد؛ پس ناظر به تشریفات بودن انعقاد وصیت نیست.

دوم، اصل جواز مداخله شورای نگهبان در ما نحن فیه، به شدت مورد تردید است. توضیح آنکه، شورای نگهبان به موجب اصل ۹۱ قانون اساسی (ق.ا.)، به منظور پاسداری از احکام اسلام و قانون اساسی از حیث عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با آنها تشکیل شده است. به علاوه، بر اساس اصل ۵۸ ق.ا.: «اعمال قوه مقننه از طریق مجلس شورای اسلامی است»؛ لذا آشکار است که شورای نگهبان صلاحیت تقنینی ندارد و این صلاحیت از آن مجلس است. در نتیجه، اگر قانونی بر خلاف موازین اسلامی است، راهکار قانون اساسی عبارت است از نسخ آن قانون از طریق وضع قانون جدید توسط مجلس شورای اسلامی به نحوی که مورد تأیید شورای نگهبان باشد. در تأیید این دیدگاه، برخی ضمن نادرست دانستن رویه عملی شورا مبنی بر ابطال قوانین و مقررات، گفته‌اند استفاده از قوای عمومی تنها از راه تشریفات و آیین ویژه آن ممکن است (کاتوزیان، ۱۳۹۲، صص. ۱۶۸-۱۶۹).^۱

سوم، حتی بر فرض آنکه شورای نگهبان صالح بر مداخله و ابطال قانون باشد، در محدوده صلاحیت خود عمل نکرده است. به عبارت بهتر، پرسشی در خصوص مواد ۲۷۶ یا ۲۹۱ ق.ا.ح. از شورای نگهبان انجام نشده و این شورا نیز اشاره‌ای بر این مواد نداشته است، بلکه عبارتی را در ذیل نظریه خود بیان داشته که حاکی از قانون‌گذاری است؛ نه ابطال قانون موجود. در حقیقت، شورای نگهبان اعتبار وصیت‌نامه و دیگر

۱. جهت مشاهده نظر موافق و مخالف، به ترتیب ر.ک: وکیل و عسکری، ۱۳۹۴، ص. ۷۶؛ فلاح‌زاده و درویش‌متولی، ۱۳۹۲، ص. ۱۰۷.

اسناد را منوط به اقامه حجت شرعی نموده و این بیان، صراحت یا ظهوری در ابطال مواد مرتبط ندارد، بلکه شبیه به قانون‌گذاری است.

چهارم، همسو شدن با نظریه شورا، اعتبار استقلالی اسناد مکتوب را از بین برده و وصیت‌نامه مصرح در قانون امور حسبی را نیز بی‌اعتبار جلوه می‌دهد. توضیح آنکه، در بخش پایانی نظریه، شورای نگهبان اعلام داشته که اعتبار وصیت‌نامه تابع ادله شرعی است، چراکه اقامه حجت شرعی معنایی جز وجود ادله اثبات فقهی مانند بینه، اقرار و علم قاضی ندارد؛ بنابراین، گویا شورا در پی بیان آن بوده که وصیت‌نامه به‌طور خاص و سایر اسناد به‌طور کلی، دلیل اثباتی نبوده و در صورتی معتبر هستند که دلیل و حجت شرعی بر صحت مندرجات آن اقامه گردد. با این حال، این تلقی از نظریه شورای نگهبان، نظام حاکم بر ادله اثبات در قانون مدنی را ویران می‌سازد، زیرا قانون مدنی به‌موجب ماده ۱۲۵۸، اسناد کتبی را یکی از ادله اثباتی معرفی نموده و وفق مواد ۱۲۸۴ الی ۱۳۰۵، قواعد حاکم بر دلیل سند کتبی را تقریر کرده است. افزون‌براین، ماده ۲۷۶ ق.ا.ح. اشکال وصیت‌نامه را منحصر در سه شکل پیش‌گفته نموده و در ماده ۲۹۱ در مقام بیان ضمانت‌اجرا، هر گونه وصیتی (نه وصیت‌نامه‌ای) را که منطبق بر ترتیب مذکور در این فصل از قانون نباشد، غیرقابل پذیرش در مراجع رسمی دانسته است؛ بنابراین، از آنجاکه نظریه پیشین در مقابله آشکار با اعتبار استقلالی اسناد است، باید در اعتبار آن تردید نمود.

درنهایت، به باور نویسندگان، نظریه مذکور تغییری در موضع قانون امور حسبی در رابطه با تشریفاتی بودن انعقاد وصیت ایجاد نکرده است. گویا این نتیجه مدنظر برخی از حقوق‌دان‌ها، فقهای معاصر و قضات نیز بوده است؛ برای مثال، یکی از استادان علم حقوق، جبران نقص تشریفات به‌وسیله ادله اثبات دعوا نظیر شهادت و اماره قضائی را امری دشوار دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۹، ص. ۲۰۹). یکی از فقهای معاصر نیز گفته‌اند: «به‌نظر می‌رسد وصیت‌نامه موضوعیت دارد نه طریقیّت، چون با وصیت‌نامه انشاء وصیت می‌شود نه آنکه وصیت قبلاً واقع شده و وصیت‌نامه کاشف از آن باشد...» (محقق داماد، ۱۳۸۷، ص. ۲۰۸). در رویه قضائی نیز، دیدگاه مشابه قابل رویت است؛ به‌عنوان نمونه، شعبه هفتم دیوان عالی کشور در دادنامه شماره ۷/۱۰۹۲ مورخ

۱۳۷۰/۱۰/۱ اشعار می‌دارد: «وصیت‌نامه ابرازی مطابق ماده ۲۷۶ ق.ا.ح. تنظیم نگردیده است و مستنداً به ماده ۲۹۱ همان قانون در مراجع رسمی پذیرفته نیست» (نقل از رودیجانی، ۱۳۹۷، ص. ۶۱۱). همچنین، شعبه ۲۲ دادگاه عمومی حقوقی تهران در دادنامه شماره ۱۳۷۰/۱۱۸۰۶۱۱۹ مورخ ۱۴۰۰/۸/۲۲ بیان داشته: «... ماده ۲۷۶ منحصرأً صرفاً سه نوع وصیت را نام برده است و اگر قرار بر پذیرش انواع وصیت‌های دیگری باشد ... ماده ۲۹۱ لغو خواهد بود». در رویه برخی از شعب دادگاه عالی انتظامی قضات نیز وضعیت مشابهی ملاحظه می‌گردد؛ برای مثال، پس از صدور نظریات شورای نگهبان، شعبه اول دادگاه عالی انتظامی قضات در مقام رسیدگی به تخلفات دادنامه شماره ۶۴ مورخ ۱۳۷۲/۳/۱ مقرر داشته: «در مورد وصیت نیز وصایایی برای تنفیذ قابل رسیدگی است که سرّی یا خودنوشت یا رسمی باشد که وصیت‌نامه‌های ابرازی در پرونده فاقد چنین اوصافی بوده است» (کریم‌زاده، ۱۳۸۹، ص. ۱۱). این شعبه در دادنامه شماره ۱۹۳-۱۹۱ مورخ ۱۳۷۲/۷/۲۹ نیز عدول از تشریفات بودن وصیت را تخلف دانسته و اعلام کرده است: «مفاد وصیت‌نامه دارای تشریفات خاصی بوده و دادگاه بدوی بدون رسیدگی و توجه به اینکه در تنظیم وصیت‌نامه ابرازی شرایط قانونی آن رعایت و حاصل شده یا خیر؟... به استناد ماده ۲۷۹ ق.ا.ح. وصیت‌نامه را تنفیذ و شعبه دیوان عالی کشور هم بدون توجه به اعتراض‌های مستدلی که بر رأی صادره به عمل آمده است آن را تأیید و استوار کرده است» (کریم‌زاده، ۱۳۸۹، صص. ۲۵۱-۲۵۲).

۲-۲. دیدگاه‌های فقهی

در فقه امامیه که مهم‌ترین منبع نویسندگان قانون مدنی محسوب می‌شود، رجوع از وصیت تابع تشریفات خاصی نمی‌باشد. براین اساس، رجوع از وصیت ممکن است از طریق لفظ، انجام رفتار منافی با وصیت و تصرف در موصی به (به نحوی که عنوان موصی به تغییر یابد) تحقق یابد (شهید ثانی، بی تا، ج ۶، صص. ۱۳۵-۱۳۹؛ طباطبایی، ۱۴۱۹ق، ج ۹، ص. ۴۴۴؛ سبزواری، بی تا، ج ۲۲، ص. ۲۳۱). به عبارت بهتر، رجوع ممکن است «قولی» باشد، مثلاً موصی بگوید از وصیت رجوع کردم یا عدول کردم و نحو اینها. مضافاً بر این، می‌توان از وصیت به صورت «فعلی» رجوع نمود، مثلاً موصی موضوع وصیت را از بین ببرد، یا با عقد لازم مانند بیع یا صلح، موضوع وصیت را

منتقل کند و یا حتی، با عقد جائزی مانند هبه آن را انتقال دهد. همچنین، اگر عرف برخی از افعال و اقوال را رجوع تلقی کند، هر چند که متعلق وصیت همچنان در مالکیت موصی بماند و تغییری در آن ایجاد نشود، بازهم رجوع محقق خواهد شد، مانند اینکه موصی برای انتقال مال به دیگری وکالت دهد (زین‌الدین، ۱۳۱۴ق، ج ۶، ص. ۵۸۴). افزون‌براینها، ممکن است ناسازگاری میان دو وصیت به معنای رجوع از وصیت مقدم تلقی شود (خویی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۲۱۵)؛ بنابراین، در موازین فقهی، همان‌طور که انعقاد وصیت فاقد تشریفات است و هر چیزی که دلالت بر قصد موصی نماید، برای تحقق وصیت کفایت می‌کند (محقق‌حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص. ۱۸۹)، در رجوع از وصیت نیز تشریفات خاصی لازم نیست.

۲-۳. اطلاق ماده ۸۳۸ قانون مدنی

قانون مدنی هیچ اشاره‌ای به لزوم رعایت تشریفات در فرایند رجوع از وصیت نمی‌کند. به موجب ماده ۸۳۸ این قانون: «موصی می‌تواند از وصیت خود رجوع کند». ممکن است از اطلاق این ماده استفاده شده و گفته شود که قانون‌گذار شیوه مشخصی را برای رجوع از وصیت تعیین نکرده؛ برای همین، موصی می‌تواند به هر روش که بخواهد از وصیت رجوع نماید؛ به‌ویژه آنکه در دیدگاه‌های فقهی نیز، رجوع نیازمند رعایت تشریفات نمی‌باشد (جهت ملاحظه نظر حقوق‌دان‌هایی که رجوع را غیرتشریفاتی می‌دانند، ر.ک: صفایی و شعبانی کندسری، ۱۳۹۷، ص. ۴۵؛ قاسم‌زاده، ۱۳۹۴، ص. ۱۰۶). «اصل رضایی بودن اعمال حقوقی» نیز می‌تواند به کمک این اندیشه بیاید. به‌دیگریان، ممکن است گفته شود با توجه به عدم پیش‌بینی تشریفات جهت رجوع از وصیت، قانون‌گذار اصل یادشده را در مورد رجوع از وصیت پذیرفته و اعمال کرده است. این دیدگاه با دقت نظر در ماده ۲۳۰ قانون آیین دادرسی مدنی (ق.آ.د.م.) تقویت می‌گردد. به موجب بند «ب» این مقرره، در دعواهایی که مقصود از آنها مال است، مدعی می‌تواند دعوی خود را با شهادت شهود اثبات نماید. بر این بنیاد، در دعوایی که دربرگیرنده ادعای رجوع از وصیت است، طبیعتاً مقصود مال بوده و ازاین‌رو، مدعی می‌تواند با استناد به شهادت شهود، رجوع از وصیت را اثبات نماید. براین اساس، به نظر

می‌رسد که این مقررہ دلالت بر غیر تشریفاتی بودن رجوع از وصیت دارد، زیرا زمانی که خواهان می‌تواند از طریق شهادت شهود، رجوع از وصیت را اثبات نماید، تشریفاتی بودن رجوع معنایی نخواهد داشت.

با این حال، حقیقت این است که:

اولاً، غیر تشریفاتی محسوب کردن رجوع از وصیت با استناد به اطلاق ماده ۸۳۸ صحیح نمی‌باشد، زیرا این مقررہ اساساً در مقام بیان تشریفاتی بودن یا نبودن رجوع از وصیت نیست، بلکه صرفاً در مقام بیان اصل امکان رجوع از وصیت می‌باشد. به همین علت است که برخی در شرح این ماده مقرر داشته‌اند که: «چون وصیت عقد جائزی است موصی تا حیات دارد می‌تواند از وصیت سابق خود عدول نماید» (حائری شاه‌باغ، ۱۳۹۶، ص. ۷۴۰). پس، از ماده فوق چیزی بیش از اصل اعطای اختیار مبنی بر رجوع از وصیت قابل برداشت نیست؛ فلذا، در مقام بیان نبودن قانون‌گذار، مانع از تمسک به اطلاق فوق‌الذکر می‌گردد (قافی و شریعتی، ۱۳۹۳، ج ۱، ص. ۲۶۹). گذشته از این، دقت نظر در ماده ۸۳۸ ق.م. و مقایسه آن با مقررات مشابه، مانع از تمسک به اطلاق پیش‌گفته می‌گردد. توضیح آنکه در این مقررہ به این موضوع که رجوع موصی باید در چه قالبی صورت پذیرد، هیچ اشاره‌ای نشده است. این در حالی است که در مقررات مشابه که دلالت بر فسخ و رجوع از عمل حقوقی دارد، قانون‌گذار قالب‌ها و سازوکارهای رجوع را مورد اشاره قرار داده است. در این رابطه، به‌موجب مواد ۲۸۴، ۴۴۹، ۴۵۰ و ۴۵۱ ق.م، قانون مشخص نموده که اقاله، فسخ و حتی اسقاط حق فسخ ممکن است از طریق لفظ یا رفتار طرفین قرارداد واقع شود. همچنین، ماده ۱۱۴۹ ق.م. مقرر می‌کند که رجوع شوهر از طلاق، ممکن است از طریق لفظ یا رفتار مقتضی انجام شود. این دوگانگی میان مقررہ مندرج در ماده ۸۳۸ و سایر مقررات ق.م، لاقلاً این احتمال را به ذهن القاء می‌کند که رجوع از وصیت بر خلاف سایر موارد، قالب و سازوکار خاصی دارد، زیرا در غیر این صورت، قانون‌گذار می‌توانست به راحتی و مانند مقررات پیش‌گفته، اقسام رجوع (قولی و فعلی) را مورد اشاره قرار دهد.

ثانیاً، استناد به «اصل رضایی بودن اعمال حقوقی» در رابطه با رجوع از وصیت با یک

مانع جدی مواجه است. توضیح آنکه، وقتی بر اساس قانون امور حسبی، انعقاد وصیت تشریفاتی بوده و در این زمینه، «اصل رضایی بودن اعمال حقوقی» جایگاهی ندارد، چگونه می‌توان به سادگی پذیرفت که سکوت قانون‌گذار به معنای جریان اصل یادشده در رجوع از وصیت است؟ به‌ویژه آنکه منطقی‌تر هر گاه انعقاد یک عمل حقوقی مستلزم رعایت تشریفات باشد، انحلال آن نیز از این ویژگی برخوردار خواهد بود. درحقیقت، غیرمنطقی است که برای تحقق وصیت، به‌موجب قانون امور حسبی، تشریفات ویژه‌ای پیش‌بینی شده باشد، اما برای رجوع از آن، هیچ قید و شکل مشخصی وجود نداشته باشد. احتمالاً به‌همین دلیل است که در فقه، رجوع از وصیت فاقد تشریفات تلقی می‌شود، چراکه تحقق آن نیز در فقه، مستلزم پیروی از تشریفات نیست. این رویکرد در نظام حقوقی آمریکا نیز دیده شده و از آن با عنوان «اصل جایگاه برابر»^۱ نام برده می‌شود (Horton, 2022, p. 582). از این رو، ممکن است قانون‌گذار در مانحن‌فیه، در راستای تحقق «اصل جایگاه برابر» سکوت کرده باشد؛ نه در راستای پیروی از «اصل رضایی بودن اعمال حقوقی».

ثالثاً، غیرتشریفاتی بودن رجوع در آرای فقهای امامیه، لزوماً به معنای پذیرش این دیدگاه در نظام حقوقی کنونی نخواهد بود، زیرا با وجود سکوت قانون مدنی، موضع قانون‌گذار در خصوص نحوه تحقق وصیت در قانون امور حسبی، مشخص شده است. درواقع، برخلاف دیدگاه فقهی مشهور که به‌موجب آن، انعقاد وصیت تابع ایجاب و قبول بوده و در این خصوص، هیچ ضرورتی به مکتوب بودن ایجاب و قبول، دیده نمی‌شود (حسینی عاملی، بی‌تا، ج ۱۷، ص. ۸۵۸؛ شهید اول، بی‌تا، ص. ۱۶۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۵، ص. ۱۳)، به‌موجب ماده ۲۹۱ ق.ا.ح، وصیت در صورتی معتبر بوده و در مراجع رسمی پذیرفته می‌شود که بر اساس تشریفات ق.ا.ح. تنظیم شده باشد. از این رو، سکوت قانون مدنی را نمی‌توان به سادگی حمل بر قول مشهور فقهای امامیه نمود.

رابعاً، استناد به ماده ۲۳۰ ق.آ.د.م. نمی‌تواند چندان راهگشا باشد، زیرا این مقرره دلالتی بر قدرت اثباتی شهادت شهود در رجوع از وصیت ندارد، بلکه این مهم تابع

اصل مندرج در ماده ۲۲۹ این قانون است که مقرر می‌دارد: «در مواردی که دلیل اثبات دعوا یا موثر در اثبات آن، گواهی گواهان باشد برابر مواد زیر اقدام می‌گردد». بر این بنیاد، عمل به مقررات مبحث شهادت شهود در ق.آ.د.م. فرع بر این امر است که استناد به شهادت شهود در دعوی طرح شده، مؤثر باشد. این درحالی است که با توجه به مراتب پیشین، مشخص نیست که آیا رجوع وصیت از طریق شهادت شهود نیز قابل اثبات می‌باشد یا خیر.^۱

۲-۴. سکوت قانون امور حسبی

تشریفات تنظیم وصیت‌نامه در قانون امور حسبی پیش‌بینی شده است. به موجب ماده ۲۷۶ این قانون: «وصیت‌نامه اعم از اینکه راجع باشد به وصیت عهدی یا تملیکی منقول یا غیر منقول ممکن است به‌طور رسمی یا خودنوشت یا سرّی تنظیم شود». این قانون که سه نوع وصیت‌نامه را به رسمیت می‌شناسد، برای تنظیم هر یک، تشریفات را در مواد ۲۷۷ الی ۲۷۹ تعیین نموده است. در ماده ۲۹۱ این قانون، رعایت تشریفات مزبور با ضمانت اجرا مواجه گشته است. بر اساس این مقرر: «هر وصیتی که به ترتیب مذکور در این قانون واقع نشده باشد، در مراجع رسمی پذیرفته نمی‌شود مگر اینکه اشخاص ذی‌نفع در ترکه به صحت وصیت اقرار نمایند». با وجود این، قانون امور حسبی دلالتی بر

۱. گفتنی است که برخی معتقدند هر چند رجوع از وصیت مستلزم رعایت تشریفات تنظیم وصیت‌نامه نمی‌باشد، اثبات آن از طریق شهادت شهود نیز ممکن نخواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ج ۳، صص. ۳۳۰-۳۳۱؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، صص. ۳۹۷-۳۹۸). بر این بنیاد، به این دلیل که اثبات رجوع شفاهی از طریق شهادت شهود در تعارض با ماده ۱۳۰۹ ق.م. قرار دارد، رجوع از طریق شهادت نیز قابل اثبات نخواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ج ۳، صص. ۳۳۰-۳۳۱). به باور ایشان، از آنجا که شهادت بر رجوع از وصیت، در تعارض با وصیت‌نامه (به‌عنوان سند رسمی یا عادی که اعتبار آن در محکمه احراز شده است) قرار دارد، نمی‌تواند رجوع از وصیت را اثبات نماید (ماده ۱۳۰۹ ق.م.). از این رو، صرفاً یک نوشته (رسمی یا عادی) می‌تواند رجوع از وصیت را اثبات نماید (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ج ۳، ص. ۳۳۱). البته در درستی این نظر تردید جدی وجود دارد، زیرا مفاد رجوع هرگز در تعارض با مفاد وصیت‌نامه نمی‌باشد. درحقیقت، وصیت‌نامه دلالت بر انعقاد وصیت دارد؛ درحالی‌که رجوع از آن، ضمن معتبر دانستن مندرجات وصیت‌نامه، حکایت از صرف‌نظر کردن موصی از مفاد وصیت‌نامه دارد؛ لذا تعارضی در مفاد این دو وجود ندارد تا بتوان با تمسک به ماده ۱۳۰۹ ق.م، اعتبار رجوع را منوط به تنظیم سند عادی یا رسمی نمود.

لزوم رعایت این تشریفات در خصوص رجوع از وصیت ندارد. براین اساس، ممکن است گفته شود که با توجه به سکوت قانون در مانحن‌فیه، قانون‌گذار در مقام بیان بوده است. در واقع، مقررات مفصل این قانون در رابطه با تشریفات تنظیم وصیت و سکوت آن در خصوص تشریفات رجوع از وصیت، معنایی جز این ندارد که رجوع از وصیت، مستلزم رعایت تشریفات نمی‌باشد.

این وجه اما ممکن است منجر به نقض غرض قانون‌گذار شود. در واقع، از آنجاکه پیش‌بینی تشریفات در رابطه با تنظیم وصیت، در راستای تحقق اهداف مشخصی بوده است، غیرتشریفاتی تلقی کردن رجوع از وصیت، منجر به نقض این اهداف و بالتبع، نقض غرض قانون‌گذار خواهد شد. توضیح بیشتر آنکه وضع تشریفات جهت تنظیم وصیت، چند هدف مهم را تأمین می‌کند:

نخست، وصیتی که با رعایت تمام تشریفات لازم تنظیم می‌شود، آشکارکننده قصد موصی است (Perillo, 1974, pp. 56-57). براین اساس، شخصی که با صرف زمان قابل توجه، تشریفات تنظیم وصیت را رعایت می‌کند، قصدش بر وصیت برای همگان آشکار است. همچنین، زمانی که موصی متوجه می‌شود که باید در راستای تنظیم وصیت، تشریفات معینی را رعایت کند، درمی‌یابد که این عمل حقوقی، ساده نیست که خودش بتواند ابتداء به ساکن، وصیت خویش را تنظیم کند و از این رو، به مشاور حقوقی مراجعه می‌کند، از تشریفات تنظیم وصیت آگاهی می‌یابد و حتی از ماهیت وصیت هم ممکن است از وی سؤالاتی بپرسد؛ بدین ترتیب، با رعایت تشریفات، مشخص است آنچه به رشته تحریر درآمده، مقصود اوست (Friedman, 1996, pp. 367-368). در راستای اشاره به این مهم گفته‌اند: «هدف قانون‌گذار از وضع شکل‌های نوشتاری... احترام به اراده موصی و تضمین رعایت دقیق خواسته‌های او در زمانی است که دیگر زنده نیست و نمی‌تواند از خود دفاع کرده و دیگران را به رعایت خواسته‌های خود فراخواند» (قاسمی، ۱۳۸۸، ص. ۴۴۹). با این اوصاف، غیرتشریفاتی تلقی کردن رجوع، یک نتیجه فاسد دارد: از یک‌سو قانون‌گذار با وضع تشریفات، به دنبال احراز قصد موصی است و از سوی دیگر، او با تجویز اثبات رجوع از وصیت با تمسک به دلایلی مانند شهادت شهود که ممکن

است همراه با کذب و حتی تزویر باشد، قصد احراز شده موصی را در معرض نادیده گرفتن قرار می‌دهد.

دوم، از آنجاکه ممکن است موصی تحت فشار، فریب، اجبار، تقلب و... مبادرت به انشای وصیت کند (Clowney, 2008, p. 139)، لزوم رعایت تشریفات مقرر، از موصی و اراده او حمایت می‌کند. براین اساس، کسانی که به هر دلیلی، قصد دارند وصیت موصی را از آنچه که در حقیقت است، متفاوت نشان دهند، در مقاصد مذموم خویش، ناکام می‌مانند؛ زیرا شخصی که قصد انجام تقلب در وصیت موصی و قلب حقیقت را دارد، زمانی که با لزوم رعایت تمام تشریفات تنظیم وصیت‌نامه مواجه می‌شود، امکان توفیق خود در تقلب را کم می‌بیند و دست از انحراف در قصد موصی برمی‌دارد (Gulliver & Tilson, 1941, pp. 12-13). در این رابطه گفته‌اند: «... در وصیت، که به‌طور معمول نزدیک به مرگ موصی انشاء می‌شود و ناتوانی مادی و معنوی محتضر به فریبکاران فرصت بیشتری برای سوءاستفاده می‌دهد، تشریفات تنظیم وصیت‌نامه را می‌توان ضامن حفظ آزادی و استقلال فکر موصی دانست» (کاتوزیان، ۱۳۹۹، ص. ۱۶۳). با این اوصاف، عدول از تشریفات در فرایند رجوع از وصیت، یک تالی فاسد دارد: از یک طرف، قانون سعی می‌کند با وضع تشریفات نسبتاً مفصل، مسیر را بر پلیدی‌ها مسدود کند و از طرف دیگر، با غیرتشریفات محسوب کردن رجوع، مسیر دیگری را برای متقلبان فراهم می‌کند. براین اساس، شخصی که در مرحله تنظیم وصیت، موفق به قلب حقیقت نشده است، با اثبات رجوع از طرق دیگر نظیر شهادت شهود، به خواسته نامشروع خود دست پیدا می‌کند.

سوم، با پذیرش لزوم رعایت تشریفات قانونی در تنظیم وصیت‌نامه، وظیفه دادگاه در تشخیص وصیت معتبر از غیرمعتبر راحت‌تر بوده، در چارچوب مشخصی قالب زده شود و وصف هزینه‌بر بودن و زمان‌بر بودن از دعای راجع به وصیت، زدوده می‌شود (Langbein, 1975, p. 504, 541, 544). در واقع، دادگاه در مقام رسیدگی به صحت و اصالت وصیت، یک چارچوب مشخص دارد: اگر وصیت بر اساس شرایط شکلی لازم تنظیم شده باشد، معتبر است؛ در غیراین صورت، فاقد اعتبار خواهد بود

و دادگاه نیز صلاحیت اعتبار بخشیدن به آن را نخواهد داشت (Glover, 2014, p. 630). با این اوصاف، زدودن تشریفات از رجوع، یک پیامد منفی خواهد داشت: از یکسو، قانون‌گذار با وضع تشریفات تنظیم وصیت‌نامه، سعی کرده است علاوه بر حفظ منابع محدود نظام عدالت قضائی، رسیدگی به دعاوی راجع به وصیت را قابل پیش‌بینی و ضابطه‌مندتر از سایر دعاوی نماید. از سوی دیگر اما، قانون‌گذار با عدم اعمال تشریفات در فرایند رجوع، این بار باید منابع محدود خود را برای رسیدگی به دعاوی راجع به رجوع از وصیت در مواردی نظیر «مچاله کردن وصیت‌نامه»، «پیدا شدن وصیت‌نامه در سطل زباله» و... مهیا نماید.

بر این بنیاد، حمل سکوت قانون بر غیرتشریفات بودن رجوع، اهداف و کارکردهای شکل‌گرایی در مرحله تنظیم وصیت را در معرض خطر قرار می‌دهد. درحقیقت، «هدف از قواعد مربوط به تنظیم وصیت‌نامه، حفظ حقوق موصی له و تأمین اراده موصی است تا از گزند حادثه‌ها و تحریف‌ها و تجاوزها مصون بماند. پس، اگر اشخاص ذینفع بتوانند، به استناد اظهار شفاهی موصی یا استنادی که تضمین‌های وصیت‌نامه را دارا نیست، وصیت را ابطال کنند، همه تمهیدهای قانون‌گذار بی‌اثر خواهد شد و هیچگاه هدفی را که دنبال می‌کرده است تأمین نمی‌شود» (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ج ۳، ص. ۳۳۰). بنابراین، درستی حمل سکوت قانون‌گذار بر غیرتشریفات بودن رجوع، اگر نگوییم مردود است، با تردید جدی مواجه می‌باشد.

نتیجه‌گیری

در حقوق آمریکا، اعتبار رجوع از وصیت منوط به رعایت تشریفات قانونی است. این تشریفات صرفاً ناظر به رجوع مکتوب نبوده، بلکه رجوع عملی و رجوع از طریق لغو کردن را نیز دربرمی‌گیرد. براین بنیاد، رجوع مکتوب در صورتی معتبر است که مطابق با تشریفات تنظیم وصیت‌نامه صورت گرفته باشد. رجوع عملی در صورتی معتبر است که منجر به از بین رفتن وصیت‌نامه، تکه‌تکه شدن یا سوزاندن آن گردد. همچنین، در فرضی مانند مخدوش کردن وصیت‌نامه یا محو کردن عبارات آن، رجوع عملی معتبر خواهد بود. اعتبار رجوع از طریق لغو کردن نیز تابع ایجاد قلم‌خوردگی یا درج عبارات

جدید بر روی متن وصیت‌نامه می‌باشد. با این‌همه، از آنجاکه تشریفات دانستن رجوع ممکن است در برخی از موارد، منجر به نادیده گرفتن قصد موصی گردد، دیدگاه عدول از تشریفات در ذهن گروهی پرورش یافته است. بر این اساس، استفاده از نظریه اشتباه بی‌ضرر و نهاد تراست حکمی پیشنهاد شده که چندان مورد پذیرش قرار نگرفته است. در مقابل، وضعیت حقوق ایران آشکار نمی‌باشد. از یک سو، موازین فقهی دلالت بر غیرتشریفات بودن رجوع از وصیت دارد. اطلاق ماده ۸۳۸ قانون مدنی، سکوت قانون امور حسبی و دیدگاه غالب حقوق‌دان‌ها نیز غیرتشریفات بودن رجوع را تقویت می‌کند. از سوی دیگر اما دلایل و قرائنی وجود دارد که غیرتشریفات بودن رجوع را با تردید جدی مواجه می‌کند:

اولاً، همان‌طور که موازین فقهی در فرایند تنظیم وصیت، مورد قبول قانون‌گذار قرار نگرفته است، هیچ قطعیتی در پذیرش این موازین در فرایند رجوع نیز وجود ندارد. ثانیاً، با توجه به اینکه ماده ۸۳۸ قانون مدنی صرفاً در مقام اشاره به اصل امکان رجوع می‌باشد، تمسک به اطلاق آن جهت غیرتشریفات محسوب کردن رجوع، ممکن نیست. حتی بر فرض در مقام بیان بودن قانون‌گذار، وجود قرینه‌هایی نظیر ماده ۱۱۴۹ قانون مدنی، امکان استناد به اطلاق را منتفی می‌سازد.

ثالثاً، از آنجاکه پیش‌بینی تشریفات در مرحله تنظیم وصیت، در راستای تضمین قصد موصی، حمایت از او در برابر متقلبان و تسهیل و ضابطه‌مند نمودن رسیدگی به دعاوی راجع به وصیت بوده است، غیرتشریفات تلقی کردن رجوع، منجر به نقض این اهداف و بالتبع، نقض غرض قانون‌گذار خواهد شد.

با این اوصاف، غیرتشریفات دانستن رجوع در حقوق ایران، اگر نگوئیم مردود است، با تردید قابل اعتنایی روبه‌رو است. از این رو، با توجه به جایگاه قابل توجه تشریفات در فرایند رجوع از وصیت، شایسته است قانون‌گذار مداخله نموده و غائله را خاتمه دهد. در این راستا، به باور نگارندگان، رویکرد قانون‌گذار هر آنچه باشد، باید کارکردها و اهداف شکل‌گرایی در وصیت را تأمین نماید. در حقیقت، اهمیت شکل‌گرایی در وصیت، به اندازه‌ای است که یک فصل از قانون امور حسبی به آن اختصاص یافته است. این اهمیت که در کارکردهای شکل‌گرایی مستور است، طبیعتاً

باید منجر به ایجاد وضعیتی شود که ضمن تضمین قصد موصی، راه را بر متقلبان بسته و رسیدگی به دعاوی راجع به رجوع از وصیت را تسهیل و ضابطه‌مند نماید. در پایان، متن زیر به قانون‌گذار پیشنهاد می‌گردد:

«اعتبار رجوع از وصیت که ممکن است به‌طور کتبی یا عملی واقع شود، منوط به رعایت تشریفات زیر است:

الف) اعتبار رجوع کتبی، منوط به رعایت تشریفات تنظیم وصیت‌نامه (موضوع مواد ۲۷۶ الی ۲۹۹ قانون امور حسبی) می‌باشد. در فضای الکترونیکی، این تشریفات با رعایت مواد ۶ و ۷ قانون تجارت الکترونیکی فراهم می‌شود.

ب) اعتبار رجوع عملی، منوط به از بین بردن وصیت‌نامه یا رفتارهای متناظر آن مانند سوزاندن و تکه‌تکه کردن وصیت‌نامه می‌باشد. در وصیت الکترونیکی، اقداماتی مانند حذف کردن، پنهان کردن و رمزنگاری کلیه فایل‌های مربوط به وصیت که منجر به از دسترس خارج شدن این فایل‌ها می‌شود، جایگزین تشریفات فوق می‌شود. تبصره: هر رجوعی که به ترتیب فوق واقع نشده باشد، در مراجع رسمی پذیرفته نیست؛ مگر اینکه اشخاص ذی‌نفع در وصیت به صحت آن اقرار نمایند».

منابع

- امامی، سید حسن (۱۳۹۴). حقوق مدنی. تهران: اسلامیه.
- تقی‌زاده، علی و عسگری، غلامحسین (۱۳۹۸). رجوع از وصیت تملیکی در حقوق مدنی ایران با مطالعه تطبیقی در حقوق مصر و انگلیس. مطالعات حقوق خصوصی، ۴۹(۳). صص. ۴۲۵-۴۴۴.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۹۰). حقوق مدنی. وصیت. تهران: گنج دانش.
- حائری شاه‌باغ، سیدعلی (۱۳۹۶). شرح قانون مدنی. تهران: گنج دانش.
- حسینی عاملی، محمدجواد (بی‌تا). مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة. قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين.
- خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۰ق). منهاج‌الصالحین. قم: مدینه‌العلم.
- دادنامه شماره ۱۴۰۰۶۸۳۹۰۰۱۱۸۰۶۱۱۹ مورخ ۱۴۰۰/۸/۲۲، صادره از شعبه ۲۲ دادگاه عمومی حقوقی مجتمع قضایی شهید بهشتی تهران.

- رودیجانی، محمد مجتبی (۱۳۹۷). *قانون امور حسبی در نظم حقوقی کنونی*. تهران: کتاب آوا.
- زین‌الدین، محمد امین (۱۴۱۳ق). *کلمة التقوی*. قم: مطبعه مهر.
- سبزواری، سید عبدالاعلی (بی تا). *مهذب الاحکام فی بیان حلال و الحرام*. قم: دار التفسیر.
- شهید اول، محمد بن جمال‌الدین (بی تا). *اللمعة الدمشقیة فی فقه الإمامیة*. بیروت: دار التراث (دار الإسلامیه).
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۰ق). *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*. قم: داوری.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (بی تا). *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیة.
- صادقی مقدم، حسن و میرجلیلی، محمد مهدی (۱۳۹۶). *اقسام رجوع از وصیت در فقه امامیه و حقوق ایران. آموزه‌های حقوقی گواه*، ۳(۲). صص. ۵-۲۶.
- صفاپی، سیدحسین و شعبانی کندسری، هادی (۱۳۹۷). *حقوق مدنی (وصیت، ارث، شفعه)*. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- طباطبایی، سیدعلی (۱۴۱۹ق). *ریاض المسائل*. قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسین.
- عمید، موسی (۱۳۲۱). *حقوق مدنی ایران - بخش دوم (هبه - وصیت - ارث)*. تهران: چاپخانه خودکار ایران.
- فلاح‌زاده، علی محمد، درویش متولی، میثم (۱۳۹۲). *نظارت شورای نگهبان بر قوانین مصوب پیش از انقلاب و شورای انقلاب. فصلنامه دانش حقوق عمومی*، ۲(۵). صص. ۱۰۳-۱۲۲.
- قاسم‌زاده، سیدمرتضی (۱۳۹۴). *حق شفعه، وصیت و ارث*. تهران: دادگستر.
- قاسمی، محسن (۱۳۸۸). *شکل‌گرایی در حقوق مدنی*. تهران: میزان.
- قافی، حسین و شریعتی، سعید (۱۳۹۳). *اصول فقه کاربردی*. تهران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲). *مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران*. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۸). *دوره حقوق مدنی عقود معین (عطایا)*. تهران: گنج دانش.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۹). *وصیت در حقوق مدنی ایران*. تهران: گنج دانش.
- کریم‌زاده، احمد (۱۳۸۹). *آرای دادگاه‌های انتظامی قضات (امور حقوقی)*. تهران: جنگل.
- محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). *شرایع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام*. قم:

اسماعیلیان.

محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۷). بررسی فقهی و حقوقی وصیت. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

وکیل، امیرساعد و عسکری، پوریا (۱۳۹۴). قانون اساسی در نظم حقوقی کنونی. تهران: مجد.

- Beyer, Gerry W. & Hanft, John K(2015). *Wills, Trusts, And Estates For Legal Assistants*. New York, Wolters Kluwer.
- Black, Henry Campbell(1968). *Black's Law Dictionary*. Minnesota, West Publishing Co.
- Chaffin, Verner F(1977). Execution, Revocation, and Revalidation of Wills: A Critique of Existing Statutory Formalities. *Ga. L. Rev.* 11(2), pp. 297-368.
- Clowney, Stephan(2008). In Their Own Hand: An Analysis of Holographic Wills and Homemade Will making. *Real Property, Trust and Estate Law Journal*, 43(1), pp. 27-72.
- Crawford, Bridget J(2019). Wills Formalities in the Twenty-First Century. *Wisconsin Law Review*, (2), pp.269-294.
- Cushman, Barry(2019). The Decline of Revocation by Physical Act. *Real Property, Trust & Estate Law Journal*, (54), pp. 243-274.
- Ekhtor, Ekhorutomwen Gabriel(2020). Creating Electronic Will: Conflating the Traditional Wills Law with Contemporary Electronic Will. *The University of Nigeria, Bar Journal*, 6(1), pp. 9-32.
- Evans, Alvin E(1935). Testamentary Revocation by Act to the Document and Dependent Relative Revocation. *Current Legal Thought*, 23(4), pp.559-588.
- Fox, Jennifer L(2019). Twenty-First Century Wills. *Prob. & Prop*, 33(6), pp.52-55.
- G. Gulliver, Ashbel & J. Tilson, Catherine(1941). Catherine Classification of Gratuitous Transfers. *Yale Law Journal*, 51(1), pp.1-39.
- GGG, I(1960). Revocation of Wills by Subsequent Instrument. *Virginia Law Review*, 46(2), pp. 373-389.
- Glover, Mark(2014). Decoupling the Law of Will-Execution. *St. Johns Law Review*, 88(3), pp. 597-652.
- Grant, Joseph Karl(2008). Shattering and Moving Beyond the Gutenberg Paradigm: The Dawn of the Electronic Will. *University of Michigan Journal of Law Reform*, 42(1), pp. 105-139.
- H. Langbein, John(1975). Substantial Compliance with the Wills Act, *Harvard Law Review*, 88(3), pp. 489-531
- H. Sitkoff, Robert; Dukeminier, Jesse(2017). *Wills, Trusts, and Estates*. New York: Wolters Kluwer.
- H. Sitkoff, Robert; Dukeminier, Jesse(2022). *Wills, Trusts, and Estates*. New York: Wolters Kluwer.
- Hall, Paige(2019). Welcoming E-Wills into the Mainstream: The Digital Communication of Testamentary Intent. *Nevada Law Journal*, 20(1), pp. 339-372.

- Hepburn, Samantha(2001). *Principles of Equity and Trusts*. Sydney- London: Cavendish Publishing Limited.
- Hirsch, Adam J(2021), Models of Electronic-Will Legislation. *Real Property, Trust and Estate Law Journal*, 56(2), pp. 163-235.
- Horton, David (2022). Revoking Wills. *Notre Dame Law Review*, 97(2), pp. 563-618
- Lindgren, James (1990). Abolishing the Attestation Requirement for Wills. *The North Carolina Law Review*, 68(3), pp.541-574.
- M. Friedman, Lawrence(1996). The Law of the Living, the Law of the Dead: Property, Succession, and Society. *Wisconsin Law Review*, 2, pp. 340-378.
- M. Johanson, Stanley (2010), *Gilbert Law Summaries on Wills*, Chicago: Thomson/West.
- M. McGovern Jr., William; F. Kurtz, Sheldon; M. English, David(2001). *Wills, Trusts and Estates, Including Taxation and Future Interests*, Minnesota: West Academic Publishing.
- M. Perillo, Joseph (1974). The Statute of Frauds in the Light of the Functions and Dysfunctions of Form. *Fordham Law Review*, 43(1), pp. 39-82.
- National Conference of Commissioners on Uniform State Laws(2019). *Uniform Electronic Wills Act*, Anchorage, Alaska: National Conference of Commissioners on Uniform State Laws.
- Schwartz, Frederic S. (2004). Models of Will Revocation. *Real Property, Probate and Trust Journal*, 39(1), pp. 135-192.
- Wendel, Peter (2018). *Emanuel Law Outlines for Wills, Trusts, and Estates; Keyed to Sitkoff/Dukeminier*, New York: Wolters Kluwer.
- Whitman, Robert (1992). Revocation and Revival: An Analysis of the 1990 Revision of the Uniform Probate Code and Suggestions for the Future. *Albany Law Review*, 55(4), pp. 1035-1066.

Formalities of Withdrawal of a Will and the Ways to Avoid Them under American Law; A Reflection on Iranian Law

Abbas Mirshekari*
Ehsan Bahramy**
Shobeir Azadbakht***

Received: 2022/10/06
Accepted: 2023/04/04

Abstract

In most legal systems of the world, the creation of a 'will' requires the observance of certain formalities. Since these formalities show the genuine intention of the testator, hence they prevent fraud, facilitate and regulate legal proceedings related to wills, and they have always been paid attention by law-makers. Based on this, Iranian law only recognizes official, self-written (handwritten), and secret wills as legally effective wills. Similarly, in American law, the legal validity of a will requires to be formal, self-written (handwritten), or notarized. The question is raised as to whether the withdrawal of the will requires the observance of formalities or not. In other words, if the purpose of stipulating formalities in the phase of creation of a will is to protect the intention of the testator, prevent the deception of forgers, facilitate and regulate the legal proceedings concerning the will, then, do not these aims require that the withdrawal should also be based on formalities? In this article, an attempt is made to answer this question with a descriptive-analytical method. The conclusion is that in Iranian law, wording of Article 838 of the Civil Code, the silence of the Probate Code, and Imamiya jurisprudential views indicate that the withdrawal does not require formalities. However, the above-mentioned view, by an accurate analysis of Article 838 and considering functions of formalism, still have an aura of ambiguity. In contrast, the position of American law is evident; the legal validity of withdrawal depends on the satisfaction of certain formalities. Nevertheless, since the formalities of withdrawal lead to the ignorance of the testator's intention in some cases, solutions have been provided to avoid them. These solutions have not been accepted yet, due to their weaknesses.

Keywords: Formalities, Revocation in Writing, Revocation by Conduct, Testator, Formalism.

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

mirshekariabbas1@ut.ac.ir

** PhD Student in Private Law, Department of Private Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

e_bahramy@sbu.ac.ir

*** PhD Student in Private Law, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran.

shobeir_azadbakht95@atu.ac.ir



Identifying Criteria of ‘Waste in Law’ in Islamic Jurisprudence; by Analyzing the Rule of ‘Transfer to a Third Party of Good Faith’ in the Judicial Practice and a Plan to Amend the Iranian Civil Code

Mohammad Hadi JavaherKalam*

Received: 2022/11/08

Samad Haddadi Ardakani**

Accepted: 2023/05/05

Abstract

In this article, the criteria for identifying ‘waste in law’ or ‘as waste’ in Islamic law, by studying the rule of ‘transfer to a third party of good faith’ in judicial practice and the proposal to amend the Articles 323 and 325 of the Iranian Civil Code, with the aim of resolving disputes between courts and creating a uniform practice in courts have been analyzed. The fundamental question is what the rule and criterion for the realization of ‘waste in law’ is, which has been used and cited in Iranian laws and judicial practice in recent years, and whether it is possible to analyze and present the various criteria that have been proposed in Imamiya jurisprudence to a single criterion format or more general criteria? With an analytical-descriptive research method and extensive study in Imamiya jurisprudential texts and judicial practices, it was concluded that the majority of the various criteria accepted by the Imamiya jurists can be interpreted in a general rule, i.e., ‘absence of dominance’. However, this lack of dominance is sometimes used in a very broad sense, sometimes in a very narrow sense, and sometimes in a conventional sense. In recent years, the judicial practice has adopted the transfer of property to a third party of good faith as a criterion for ‘waste in law’, especially if changes have been made in the subject-matter of contract. This is an idea that has also been applied in the proposal to amend some articles of the Civil Code. From an analytical point of view and in terms of compliance with Imamiya jurisprudential foundations, it is suggested that if the ‘Volenti non fit injuria’ rule is applied and the transferee is in ignorance of right of others, waste in law, which is a legal presumption, is realized.

Keywords: Waste in Law, Dominance, Transfer of Property to Another, Impossibility of Transfer, Transferee of Good Faith, Volenti non fit injuria, Legal Presumption.

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

javaherkalam@atu.ac.ir

** LLM Student in Private Law, Department of Private Law, Faculty of Law, College of Farabi, University of Tehran, Tehran, Iran.

s.haddadi1371@yahoo.com



A New Approach to Unauthorized Contract and Its Comparison to Iranian Civil Code

Sajjad Davarpanah Moghaddam*

Hosein Saberi**

Hosein Naseri Moghaddam***

Received: 2022/04/08

Accepted: 2022/12/16

Abstract

Imamiya jurisprudence has formed the main foundations of the Iranian Code of Civil. Based on this dependence, the basic and general views of the Code of Civil and, accordingly, some of the opinions of legal scholars are derived from jurisprudential opinions. One of these opinions is the definition that has been provided for unauthorized contracts. Imamiya jurists consider any contract in which an unauthorized person has dealt the property of the owner as an 'unauthorized contract' and becomes valid and enforceable by the owner. The same approach has been considered as a certain and undeniable affair in the Civil Code, and accordingly, Iranian legal scholars have also acknowledged this definition of unauthorized contracts. The investigation made in relevant narrations and custom, shows that an unauthorized contract can be declared valid and enforceable only in a situation where the unauthorized person does not have any possibility to communicate with the owner to obtain his permission. In this case, if he makes the contract in good faith and with an intention to gain benefit for the owner, provided that he has a deep friendship or tie with the owner, or is an agent on his behalf and without trespassing the scope of his authority, this unauthorized contract can be declared valid and enforceable by the Owner.

Keywords: Unauthorized Person, Non-authorization, Unauthorized Terms, Components of Non-authorization.

* PhD in Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran (Corresponding Author).

sajjad.davarpanah@mail.um.ac.ir

** Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran.

saberi@um.ac.ir

*** Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran.

naseri1962@um.ac.ir



Critical Study of the Definition of Contract in Iranian law with a Focus on the Interpretation of Article 183 of the Iranian Civil Code based on the Nature of Contract under Imamiya Jurisprudence, English law and French law

Ataollah Bigdeli*
Mohammad Reza Mohammadi**

Received: 2022/12/25
Accepted: 2023/04/27

Abstract

Conflict in the general definition of ‘contract’ in Article 138 of the Iranian Civil Code and also conflict between this definition and the other definitions of contract in instances such as sale contract in Article 338 of the Iranian Civil Code, are amongst controversial issues. Article 138 of the Civil Code has not acted uniformly in defining the contract. On the one hand, this article defines ‘contract’ of an obligatory nature, and on the other hand, in Article 338, it is defined referring to the nature of examples of ‘contract’ with vesting ownership. This duality in the definitions of contract has given rise to this debate of how ‘vesting ownership’ can be perceived as ‘obligatory’ nature. To solve this conflict between the two concepts of ownership and obligation, some solutions have been expressed by Iranian legal scholars, but they have not been successful in resolving the conflict. Therefore, the question of the present research focuses on the feasibility of resolving this conflict. The hypothesis of this article can be formulated as follows: "The existing conflict is one of the examples of fundamental conflicts in the Iranian Civil Code which cannot be resolved." This hypothesis will be presented in the course of this research by examining the dual roots of the Iranian Civil Code in the Roman-Germanic tradition and the jurisprudential (Fiqh) tradition. The present article refers to the viewpoints of jurists (Fuqaha) and lawyers by an inferential-interpretive method in the subject of the article, and then proves the validity of the above-mentioned hypothesis by means of interpreting and criticizing their theories.

Keywords: Definition of Contract, Ownership Contracts, Covenant Contracts, General Theory of Obligations, Definition of Contract in Jurisprudence.

* Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Social and Cultural Sciences, Imam Hussein University, Tehran, Iran (Corresponding Author).

ataollah.bigdeli@gmail.com

** PhD Student in Public Law, Department of Public Law and Economic Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

m.r.mohammadi.1375.1394@gmail.com



A Reflection on Indicators of Guaranteeing Transparency in Relation to Candidates, Executive and Supervisor of Parliamentary Elections; with an Emphasis on General Policies of Elections

Bizhan Abbasi Lahiji*
Mohammad Hasan Bagheri Khouzani**
Mohammad Sadegh Farahani***

Received: 2022/10/05

Accepted: 2023/05/21

Abstract

Nowadays, transparency as one of the indicators of qualified governance is an essential need of governments in almost all aspects of governance. Definitely, transparency in the process of holding elections is one of the ways of holding a healthy election. Accordingly, evaluation of transparency in elections may include observers and executors of elections on one hand, and election candidates on the other hand. In the general policies of elections, as an upper-hand document, the requirements of a transparent electoral system have been illustrated in order to improve the country's electoral system and reach the favorable condition. Based on this, this article, by a descriptive-analytical method, aims to answer this question of, according to the general policies of elections, what are the weaknesses and gaps concerning transparency in the current legal regime governing the parliamentary elections and the solutions to reform it? By examining the general policies of elections, it was found that the lawmaker should reduce the ambiguity of requirements of candidates based on the foundations of Islamic Republic regime. Furthermore, the assets, properties and election costs of candidates should be made transparent to all voters. The executor of elections should employ clear and trustworthy framework in the process of voting and vote counting. Furthermore, legal authorities must respond to the inquiries made as to the approval or rejection of candidates's qualification in due course and avoid any delays.

Keywords: Transparency, Parliamentary Elections, General Policies of Elections, Qualified Governance, Guardian Council.

* Associate Professor, Department of Public Law, Faculty of Law and Political Sciences, Tehran University, Tehran, Iran.

babbasi@ut.ac.ir

** PhD in Public Law, Faculty of Law, Theology and Islamic Studies, Islamic Azad University, Najaf Abad, Iran (Corresponding Author).

mohamadhasan92@yahoo.com

*** PhD Student in Public Law, Department of Public Law, Faculty of Law and Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran.

msfarahani72@ut.ac.ir



Analysis of Concept of ‘Law’ and its Dimensions in the light of Thoughts of Martyr Ayatollah Dr. Beheshti

Hadi Tahan Nazif*

Received: 2022/12/10

Mohammad Sadiq Darivand**

Accepted: 2023/05/17

Abstract

‘Law’ is the foundation and cornerstone in creating a legal regime. From the Constitutionalism Era until now, Muslim thinkers and scholars have always endeavored to investigate the concept of law and its related issues, and examine the ratio between legislation and canonization (Shariat). Among these scholars, martyr Beheshti has a worthy position due to his high scientific and jurisprudential capability and representation of an active role in codifying the constitution of the Islamic Republic of Iran. The current research, using a descriptive-analytical method, seeks to answer this question of what the position of ‘law’ and its related issues in the thought of martyr Beheshti is? The results of this research show that, according to the thoughts of martyr Beheshti, the existence of ‘law’ in a society is necessary for its management, and the mere factor of education cannot bring real felicity to the society and for this reason, he considers the law as a binding rule from a powerful source that imposes duties on the society, and if people disobey the law, they will be subject to punishments. From his point of view, the law governs all relationships between individuals, and everyone is equal before the law. Furthermore, in his view, law is divided into three types: authoritarian, national and universal. He believes that the ratio between law and freedom in Islamic society is such that the law determines the limits of freedom. The process of legislation in the Islamic regime is the confluence of ideology and democracy, and in the process of writing laws, attention should be paid to the three important principles: rule of Islam, observance of public interests of society, and rule of justice.

Keywords: Law, Freedom, Martyr Beheshti, Necessity of Law, Concept of Law, Rule of Law, Legislation.

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

tahan@isu.ac.ir

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

s.darivand@isu.ac.ir



Contents

- **Analysis of Concept of ‘Law’ and its Dimensions in the light of Thoughts of Martyr Ayatollah Dr. Beheshti 1**
Hadi Tahan Nazif and Mohammad Sadiq Darivand
- **A Reflection on Indicators of Guaranteeing Transparency in Relation to Candidates, Executive and Supervisor of Parliamentary Elections; with an Emphasis on General Policies of Elections 29**
Bizhan Abbasi Lahiji, Mohammad Hasan Bagheri Khouzani and Mohammad Sadegh Farahani
- **Critical Study of the Definition of Contract in Iranian law with a Focus on the Interpretation of Article 183 of the Iranian Civil Code based on the Nature of Contract under Imamiya Jurisprudence, English law and French law..... 53**
Ataollah Bigdeli and Mohammad Reza Mohammadi
- **A New Approach to Unauthorized Contract and Its Comparison to Iranian Civil Code..... 81**
Sajjad Davarpanah Moghaddam, Hosein Saberi and Hosein Naseri Moghaddam
- **Identifying Criteria of ‘Waste in Law’ in Islamic Jurisprudence; by Analyzing the Rule of ‘Transfer to a Third Party of Good Faith’ in the Judicial Practice and a Plan to Amend the Iranian Civil Code ... 109**
Mohammad Hadi JavaherKalam and Samad Haddadi Ardakani
- **Formalities of Withdrawal of a Will and the Ways to Avoid Them under American Law; A Reflection on Iranian Law..... 139**
Abbas Mirshekari, Ehsan Bahramy and Shobeir Azadbakht

In the Name of Allah, The Compassionate, The Merciful

Islamic Law Research Journal

59

The Quarterly Journal of Islamic Law Research
24th Year | First Number | Serial No. 59 | Spring 2023

- **Publisher:** Imam Sadiq University
- **Director-in-Charge:** Salman Emrani | Assistant Professor | Criminal Law & Criminology | Imam Sadiq University
- **Editor-in-Chief:** Nejad Ali Almasi | Professor | Private Law | University of Tehran
- **English Text Editor:** Taher Habibzadeh | Assistant Professor | Private Law | Imam Sadiq University
- **Director-in-Chief:** Mojtaba Ashoori
- **Editorial Board (in Academic Rank & Persian Alphabetical Order):**

Nejad Ali Almasi Professor | Private Law | University of Tehran
Vali Rostami Professor | Public Law | University of Tehran
Seyyed Hosein Safaei Professor | Private Law | University of Tehran
Ali Gholami Professor | Criminal Law & Criminology | Imam Sadiq University
Abbas Karimi Professor | Private Law | University of Tehran
Farid Mohseni Professor | Criminal Law & Criminology | University of Judicial Sciences & Administrative Services
Seyyed Fazlollah Moosavi Professor | International Law | University of Tehran
Tavakkol Habibzadeh Associate Professor | International Law | Imam Sadiq University
Seyyed Mostafa Sa'adat Mostafavi Associate Professor | Private Law | Imam Sadiq University

- In Accordance with the License No. 196191/3 - 2013/10/09 of the Ministry of Science, Research & Technology, this Journal has the Grade of "Scientific Journal" from the 34th Serial Number. (Preceding Grade: Scientific - Research Journal)
- This Scientific Journal is Released from 1th to 24th Number by the Title of "Andisheh Sadiq", from 25th to 31th Number by the Title of "Islamic Studies & Law" and from 32th Number as Yet by the Title of "Islamic Law Research".
- According to the Obtained License from the Ministry of Culture & Islamic Guidance, the Release Period of the Journal of Islamic Law Research Was Changed from a "Bi-Annually" to a "Quarterly" from the 55th Number.

The Articles of This Journal are Indexed in The Following Websites:

www.isc.ac	www.ensani.ir
www.sid.ir	www.noormags.ir
www.doaj.org	www.magiran.com
www.academia.edu	www.iranjournals.nlai.ir
scholar.google.com	www.linkedin.com
www.civilica.com	www.search.riest.ac.ir

Website Address: <https://ilr.isu.ac.ir>

E-mail Address: ilrisu@yahoo.com

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

Scientific Management: Faculty of Islamic Studies & Law. Phone No: +98 (21) 88082414

Technical Management: Research & Technology Deputy. Telefax: +98 (21) 88575025

Access & Reissue of The Articles is Open in Accordance With The (CC BY-NC 4.0).

The Articles Do Not Necessarily Express The Views of The Publisher University.

Printing: Imam Sadiq University Press | 182 Pages

Price: 1,750,000 Rials





Imam Sadiq University
Faculty of Islamic Studies & Law

The Quarterly

Journal of Islamic Law Research

59

24'th Year | First Number | Serial No. 59
Spring 2023

- **Analysis of Concept of 'Law' and its Dimensions in the light of Thoughts of Martyr Ayatollah Dr. Beheshti**
Hadi Tahan Nazif | Mohammad Sadiq Darivand
- **A Reflection on Indicators of Guaranteeing Transparency in Relation to Candidates, Executive and Supervisor of Parliamentary Elections; with an Emphasis on General Policies of Elections**
Bizhan Abbasi Lahiji | Mohammad Hasan Bagheri Khouzani | Mohammad Sadegh Farahani
- **Critical Study of the Definition of Contract in Iranian law with a Focus on the Interpretation of Article 183 of the Iranian Civil Code based on the Nature of Contract under Imamiya Jurisprudence, English law and French law**
Ataollah Bigdeli | Mohammad Reza Mohammadi
- **A New Approach to Unauthorized Contract and Its Comparison to Iranian Civil Code**
Sajjad Davarpanah Moghaddam | Hosein Saberi | Hosein Naseri Moghaddam
- **Identifying Criteria of 'Waste in Law' in Islamic Jurisprudence; by Analyzing the Rule of 'Transfer to a Third Party of Good Faith' in the Judicial Practice and a Plan to Amend the Iranian Civil Code**
Mohammad Hadi JavaherKalam | Samad Haddadi Ardakani
- **Formalities of Withdrawal of a Will and the Ways to Avoid Them under American Law; A Reflection on Iranian Law**
Abbas Mirshekari | Ehsan Bahramy | Shobeir Azadbakht

