

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

یافته‌های حقوقی

سال سوم ● شماره ششم ● خزان و زمستان ۱۴۰۲

صاحب امتیاز: دانشگاه بین‌المللی المصطفیٰ (ص) - افغانستان

مدیر مسئول: دکتر سید عبدالحمید ثابت

سر دبیر و دبیر تخصصی: دکتر سید عزیزالله موسوی

ویراستار: زکریا فصیحی

طراح جلد و صفحه‌آرا: سید مهدی موسوی

هیئت تحریریه: سید عزیز الله موسوی، عبدالحسین رسولی، عبدالحالق قاسمی، محمد حجتی، جمعه‌علی

نظری، محمد آصف محسنی، محمدعلی توحیدی، خداداد محمدی، لشکرعلی بشردوست

دوفصلنامه «یافته‌های حقوقی»، آماده دریافت و نشر مقالات صاحب‌نظران و نویسندگان است.

محتوای مقالات، بازتاب آرای نویسندگان بوده و لزوماً بیانگر رویکرد دوفصلنامه «یافته‌های حقوقی» نیست.

دوفصلنامه «یافته‌های حقوقی»، پس از دریافت مقالات، برای رد، پذیرش و ویرایش آن‌ها آزاد است.

آدرس: کابل، دهبوری، چهارراهی شهید، دانشگاه بین‌المللی المصطفیٰ (ص)، آمریت نشرات.

تلفن: ۰۷۸۹۰۱۷۸۱۵

آدرس سامانه: <http://lf.miu.edu.af>

ایمیل: lf.chiefeditor@miu.edu.af

قیمت: ۱۵۰ افغانی

- ارسال و پیگیری مقاله

فهرست

- پیام ریاست نمایندگی جامعه المصطفی^(ص) العالمیه در افغانستان..... ۱
- سخن سردبیر..... ۳
- مطالعه تطبیقی معیارهای تفسیر قرارداد در اصول حقوق قراردادهای اروپا، اصول قراردادهای تجاری بین المللی، کنوانسیون بیع و حقوق ایران..... ۵
سید عزیز الله موسوی
- بررسی تطبیقی عقد فاسد و باطل در قانون مدنی ایران و افغانستان..... ۲۵
لشکر علی بشردوست
- ضمان مالیت در فقه و حقوق موضوعه..... ۵۱
محمد آصف محسنی
- مبانی حسن معاشرت در خانواده از منظر فقه اسلامی و حقوق افغانستان..... ۸۱
خداداد محمدی
- تمکین در فقه و حقوق ایران و افغانستان..... ۱۰۱
احمد ذبیح افشاگر

پیام ریاست نمایندگی جامعه المصطفی (ص) العالمیه در افغانستان

پیشرفت بشر در زمینه‌های علم، فرهنگ، اخلاق و معنویت، مرهون تلاش‌ها و پژوهش‌های خستگی‌ناپذیر عالمان، اندیشمندان و نویسندگانی است که عمر پربرکت خود را وقف پژوهش و کشف رازهای هستی نموده‌اند؛ همان‌ها که ارزش والای حقیقت‌جویی و گوهر تقوا و فضیلت را هرگز به متاع و مقام زودگذر دنیا نفروخته‌اند. به همین جهت است که عالمان و اصحاب قلم در مکتب اسلام، ارج و منزلتی ویژه دارند و از دانشمندان و صاحبان اندیشه، با بهترین تجلیل‌ها و تمجیدها یاد می‌شود. در باب اهمیت قلم و اندیشه همین بس که در آموزه‌های اسلامی، مداد علما برتر از خون شهیدان و تکریم اندیشمندان، به‌عنوان وارثان انبیای الهی، در حکم احترام گذاشتن به خداوند و پیامبر قلمداد شده است؛ زیرا حیات برتر انسانی در تفکر اسلامی، درگرو اندیشه و ایمان است. لذا فرزاندگانی که با اندیشه و قلم خود مشعل دانش و معرفت را فرا راه انسان‌ها برمی‌افروزند، حق عظیمی بر عهده بشریت دارند و شایسته‌ترین ستایش‌ها و قدردانی‌ها هستند.

بدون تردید گسترش علم از زمره اساسی‌ترین عوامل رشد، انکشاف و ترقی جامعه است و رشد علمی از طریق آموزش و پژوهش به دست می‌آید. آموزش و پژوهش به‌مثابه بال‌های ترقی و اوج‌گیری یک جامعه است که با بهره‌گیری از آن دو، می‌توان به تعالی و شکوفایی مادی و معنوی رسید. جامعه علمی و آکادمیک افغانستان در سال‌های اخیر گام‌های نسبتاً خوبی در عرصه‌های آموزش برداشته است؛ اما به نظر می‌رسد که پژوهش هنوز در این کشور جایگاه مناسبش را نیافته و کمتر مورد اقبال بوده است. این در حالی است که رسیدن به پیشرفت مادی و معنوی، درگرو «آموزش و پژوهش» توأمان است.

امروزه یکی از ابزارهای مؤثر برای توسعه آموزش پژوهش‌محور، انتشار مجلات علمی است. به همین دلیل نشریات دانشگاهی به‌بخش جدایی‌ناپذیری از ساختار دانشگاه‌ها و مؤسسات تحصیلاتی عالی تبدیل شده است. گروه‌های علمی دانشگاهی برای پیشبرد مقاصد آموزشی و پژوهشی خود و به‌منظور توسعه

دانش بشری، نشریه‌های علمی پژوهشی را تأسیس کرده و یافته‌های پژوهشی با گزارش‌های آموزشی اعضای هیئت علمی خود را در آن منتشر می‌کنند تا به دست دیگر دانش‌دوستان نیز برسد.

نماینده‌ی جامعة المصطفی^(ص) در افغانستان همواره نسبت به توسعه علم و پژوهش همراه با معنویت، اهتمام داشته است. این دانشگاه با هدف تولید و ترویج علوم مرتبط با حوزه‌های علوم اسلامی و انسانی و به منظور ارتقای ظرفیت‌های علمی-پژوهشی اعضای گروه‌های آموزشی، بهبود مهارت‌های پژوهشی اساتید و دانشجویان، تقویت مبادله یافته‌های علمی و تحقیقاتی بین مراکز آکادمیک، ایجاد وحدت رویه در فرایند چاپ و نشر مجلات علمی، واحد نشریات را در مرکز پژوهشی دانشگاه ایجاد کرده است. با توجه به اهمیت و ضرورت پژوهش و با عنایت به این که یکی از مهم‌ترین رسالت‌های هر نهاد آموزشی و دانشگاهی، اهتمام به تحقیقات بنیادی و پژوهش‌های کاربردی است، گسترش کمی و کیفی فعالیت‌های پژوهشی و نشراتی، به‌ویژه در حوزه مجلات علمی، مدنظر قرار گرفت. پس از فراهم شدن زیرساخت‌های لازم، مانند خرید سامانه جامع مدیریت نشریات علمی «سیناوب»، دوازده مجله علمی تخصصی ایجاد شد که مرتب به‌صورت دو فصلنامه در قالب چاپ فیزیکی و الکترونیکی منتشر می‌شود. سامانه مدیریت نشریات علمی «سیناوب» برای نظم بخشیدن و تسهیل چرخش مقاله و اطلاعات پیرامون آن در سامانه تولید نشریات علمی و دانشگاهی طراحی شده است و در نقش یک منشی پیگیر و فعال، تمامی امور مربوط به فرایند انتشار نشریات علمی را انجام می‌دهد و این امکان را فراهم می‌کند که نظریات و آثار علمی نویسندگان افغانستانی در سطح جهان در دسترس علاقه‌مندان و اصحاب علم و اندیشه قرار بگیرد.

لازم می‌دانم از تمام همکاران و نویسندگانی که زمینه تحقق این مهم را فراهم کرده و بستر بسط معارف را گسترانده‌اند، قدردانی کنم و برای همه عزیزان توفیقات روزافزون الهی، استدعا نمایم.

سخن سردبیر

یافته‌های حقوقی، دو موضوع مهم حقوقی را در این شماره مورد توجه قرار داده است؛ یکی حقوق قراردادهای که از جهت کمیت بخش عظیمی از مباحث حقوقی به‌ویژه حقوق خصوصی را به خود اختصاص داده است و از جهت کیفیت و کاربردی بودن، جزء مهم‌ترین مسائلی است که همه افراد جامعه ناگزیر به آشنایی هرچند ابتدایی با مقررات اساسی حقوق قراردادهای هستند؛ زیرا همه در زندگی اجتماعی، برای تأمین معیشت و رونق کسب و کارشان ناگزیر از انعقاد قراردادهای و انجام معاملاتی هستند که چرخ زندگی شخصی و حقوقی‌شان را بچرخانند. در نتیجه چرخه اقتصادی جامعه را فعال کنند و موجب شکوفایی و رونق اقتصادی جامعه گردند. در همین راستا، از میان مقالات متعددی که نویسندگان محترم ارسال کرده بودند، سردبیر با مشورت اعضای محترم هیئت تحریریه و پیشنهاد کارشناسانه هیئت داوران، اقدام به نشر تنها سه مقاله برای استفاده خوانندگان و ارزیابی حقوق دانان فرهیخته نمود که از جهات مختلف قراردادهای را مورد بحث و بررسی علمی قرار داده‌اند.

موضوع دومی که در این شماره بدان پرداخته شده، مسائلی در زمینه حقوق خانواده است. خانواده اساسی‌ترین رکن جامعه بشری است و مباحث حقوق خانواده از نظر اهمیت در رأس همه مباحث حقوقی قرار دارد؛ زیرا جامعه بشری متشکل از خانواده‌های گوناگونی است که هرکدام سهم به‌سزایی در رشد و شکوفایی اخلاقی، اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی و... یا گرفتاری، مشکل‌آفرینی و... جامعه در سطح ملی و بین‌المللی ایفا می‌کند. در این زمینه نیز به دلیل محدودیت مجله، در این شماره تنها به نشر دو مقاله بسنده شد و سعی می‌شود در شماره‌های پیشرو از مقالات فرهیختگانی که مقالاتشان در نوبت ارزیابی داوران قرار دارد یا تازه ارسال می‌کنند، استفاده شود.

سخن پایانی آنکه از همه حقوق دانان و حقوق خوانان هم‌وطن انتظار می‌رود که یافته‌های حقوقی‌شان را با ما به اشتراک بگذارند و در انکشاف و توسعه حقوق و

معارف حقوقی سهم بگیرند تا هم مجله پربار «یافته‌های حقوقی» را پربارتر گردانند و هم دستاوردهای علمی و حقوقی خود را، به صورت چاپی در افغانستان و به صورت دیجیتال در سراسر جهان، در دسترس مخاطبان قرار دهند.

مطالعه تطبیقی معیارهای تفسیر قرارداد در اصول حقوق قراردادهای اروپا، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، کنوانسیون بیع و حقوق ایران سید عزیز الله موسوی^۱

چکیده

قرارداد عمل حقوقی است که به‌منظور اجرای مفاد و التزام به آثار و شرایط آن، تشکیل می‌شود. پس اگر ابهام و اختلاف در ماهیت، مفاد، آثار و شرایط قرارداد پدیدار گردد و کار به دادگاه بکشد، تفسیر قرارداد، ضروری است. رعایت معیارهای تفسیر قرارداد که مبتنی بر اصل حاکمیت اراده است، ضروری‌ترین وظیفه دادرس در مقام تفسیر است؛ اصول اروپایی و اصول یونیدروا «قصد مشترک» و «اراده خاص یک‌طرف» را به‌عنوان معیارهای اصلی و «قصد اشخاص متعارف» را به‌عنوان معیار جایگزین در مواردی که احراز و قابلیت دو معیار اول ممکن نباشد، پیش‌بینی کرده است. در کنوانسیون «قصد یک‌طرف» را به‌عنوان معیار اصلی و «قصد افراد متعارف» را معیار جایگزین دانسته است؛ اما در حقوق ایران، قوانین تصریحی در این زمینه ندارند منتها حقوق دانان ایرانی بر اساس قواعد کلی حاکم بر قراردادها، پذیرش معیارهای مزبور را ممکن دانسته‌اند.

کلیدواژه‌ها: تفسیر قرارداد، معیارهای تفسیر، اراده مشترک، قصد متعارف، اراده باطنی، اراده ظاهری

۱. دکتری حقوق خصوصی، دیپارتمنت حقوق، دانشکده فقه و حقوق، جامعه المصطفی العالمیه (نماینده افغانستان)، کابل، افغانستان. ایمیل: azizmousavi5@gmail.com

مقدمه

حقوق قراردادهای از مهم‌ترین و پرکاربردترین شاخه‌های حقوق خصوصی در نظام اقتصادی جامعه است. این نهاد حقوقی به اعتبار گستردگی، تنوع و کاربردی بودن آن، در دو عرصه ملی و بین‌المللی توجه ویژه دانشمندان حقوق و اقتصاد را به خود جلب نموده و از زوایای مختلف مورد بحث و بررسی قرار گرفته و موجب تدوین اسناد مهم ملی و بین‌المللی گردیده است.

تردیدی نیست که عنصر اصلی و کلیدی در قراردادها، قصد و نیت تشکیل‌دهندگان آن است که هم در انعقاد و هم در آثار و لوازم قرارداد، نقش اساسی دارد. بنابراین ضرورت تفسیر قرارداد در مواردی که نزاع و اختلاف بین تشکیل‌دهندگان آن پدیدار می‌گردد، امر غیرقابل انکار است؛ زیرا منشأ اختلاف هرچه باشد، قرارداد را دچار وقفه می‌کند و مانع تحقق غرض اطراف قرارداد می‌شود. راه درست عبور از این مانع، آن است که دادرس با اشراف کامل بر معیارها و ابزار کشف قصد و اراده اطراف قرارداد، جوانب مبهم قرارداد را به صورت دقیق تبیین و تفسیر نماید تا دو طرف وظیفه خودشان را بشناسند و با اجرای قرارداد، به آثار و نتایج آن که همان دسترسی به مال مورد نظرشان است، دست یابند. پس شناسایی معیارهای تفسیر قرارداد برای دادرس از اهمیت حیاتی برخوردار است.

این نوشتار سعی دارد، معیارهای تفسیر قرارداد را در «اصول حقوق قراردادهای اروپا»، «اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی»، «کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا» و حقوق ایران، به صورت تطبیقی مورد مطالعه قرار دهد. گفتنی است که در ادامه به خاطر رعایت اختصار، از قوانین و اسناد فوق به ترتیب با عنوان‌های اصول اروپایی، اصول یونیدروا و کنوانسیون، یاد خواهد شد.

۱. تعریف ضرورت و گستره قرارداد

۱-۱. تعریف تفسیر قرارداد

برای تبیین تفسیر قرارداد، نخست لازم است دو واژه «تفسیر» و «قرارداد»، از نظر لغوی



و اصطلاحی، به صورت گذرا تبیین گردند تا با استفاده از مفهوم حقوقی آن دو، بتوان به تعریف تفسیر قرارداد پرداخت.

تفسیر: از ریشه «فسر» و به معنای آشکار کردن، پرده‌برداری نمودن، (فیروزآبادی، ۲: ۱۱۰) کشف مقصود از لفظ مشکل (مبهم) (ابن منظور، ۱۴۰۸، ۶: ۳۶۱) و بیان کردن و واضح نمودن (جوهری، ۲: ۷۸۱) است. برخی از گفتار اهل لغت نتیجه گرفته‌اند که «تفسیر عمدتاً در دو معنا به کار رفته است؛ یکی تبیین معنای الفاظ و دیگری بیان قصد گوینده آن‌ها که با عنایت به هر دو معنا می‌توان گفت که منظور از تفسیر، تبیین معنای الفاظ برای دستیابی به قصد گوینده است»؛ (قشقایی، ۱۳۷۸: ۱۳) اما به نظر می‌رسد، از گفتار بیشتر اهل لغت استفاده می‌شود که تفسیر به مطلق آشکار کردن و واضح نمودن اطلاق می‌شود و اختصاص به تبیین معنای لفظ ندارد گرچه غالباً در مورد بیان الفاظ استفاده می‌شود.

قرارداد: واژه فارسی و در لغت به معنای قول، شرط و پیمان است. (دهخدا، ۱۳۳۹: ۳۸، ۱۹۴) «در اصطلاح حقوقی، قرارداد مترادف با عقد به معنای ربط قرار به قرار دیگر یا ارتباط دو قرار معاملی است». (محقق داماد، ۱۳۹۱: ۱۱۲) گفتنی است که مراد از قرارداد، تنها قراردادهای مکتوب نیست، بلکه به هر توافقی که طرفین قصد التزام قانونی بدان را داشته باشند و به توافق کامل دست یابند، قرارداد اطلاق می‌گردد؛ زیرا در قوانین کشورها و اسناد بین‌المللی، قرارداد به صورت عام مطرح است. همان‌گونه که در قانون مدنی ایران در ماده ۱۸۳ بیان شده است: «عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آن‌ها باشد». اصول اروپایی نیز در بند ۲ از ماده ۱۰۱-۲ تصریح نموده است که «لازم نیست قرارداد به صورت کتبی منعقد یا مستند شود». پس آنچه در قرارداد مهم است توافق طرفین و التزام به تعهد داده شده است چه به صورت کتبی، شفاهی و یا صورت‌های دیگر باشد.

تفسیر قرارداد: برخی از حقوق‌دانان گفته‌اند: «تفسیر قرارداد به معنی تشخیص مفهوم مقررات آن است». (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ۳: ۷) این تعریف تا حدودی ابهام

دارد؛ زیرا بیان نکرده است که تشخیص مفهوم مقررات بر چه اساسی باید صورت گیرد. پس بهتر است گفته شود: «تفسیر قرارداد عبارت است از تشخیص ماهیت و مفاد و طرف‌های قرارداد بر اساس اراده مشترک انشاء کنندگان آن و مقررات قانونی» (شهیدی، ۱۳۹۱، ۲۹۲) تنها نکته قابل تأمل در این تعریف آن است که مقررات قانونی را در کنار اراده مشترک طرفین عقد، از معیارهای تفسیر قرارداد قلمداد نموده است، در حالی که نظریه غالب آن است که قرارداد صرفاً باید بر اساس قصد مشترک طرفین، تفسیر گردد.

۲-۱. ضرورت تفسیر قرارداد

بسیار اتفاق می‌افتد که پس از توافق اشخاص و تشکیل قرارداد، اختلافاتی بین اشخاص طرف قرارداد پدیدار می‌گردد و اجرایی شدن قرارداد را با مشکل مواجه می‌سازد. «سرچشمه این اختلافات، یا سوء تفاهم و یا سودجویی است؛ در برخی موارد نارسایی الفاظ و سایر وسایل انتقال مفاهیم مربوط به قرارداد از یک طرف به طرف دیگر، موجب اشتباه یک طرف در فهم معانی واژه‌های به کار رفته به وسیله طرف دیگر می‌شود؛ اما در مواردی منشأ بروز اختلاف و دعوی، انگیزه سودجویی طرف یا طرف‌های قرارداد است که برای به دست آوردن سود نامشروع و سوسه می‌شود و لذا برخی از نکات مبهم و حتی آشکار قرارداد را در جهت منافع خویش، مبنای طرح دعوا قرار می‌دهد» (شهیدی، ۱۳۹۱: ۳۰۸ و ۳۰۹)

وقتی اختلاف پدیدار گشت، تفسیر قرارداد به عنوان یک ضرورت غیر قابل اجتناب، برای تبیین وظایف قراردادی طرفین و ایجاد زمینه مناسب برای اجرای قرارداد، مطرح خواهد شد؛ زیرا «آنگاه که پای نزاع و اختلاف در میان باشد، دقیق‌ترین قراردادهای نیز نیاز به تفسیر پیدا می‌کند. حتی قراردادهای نمونه که جنبه شخصی و بین‌المللی پیدا کرده است، به هنگام اجرا با تعبیرها و مشکلاتی روبرو می‌شود که در ذهن نویسندگان آن نیز نمی‌گنجیده است» (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ۳: ۱۰) چه رسد به قراردادهایی که به صورت بسیار ابتدایی و کلی مورد توافق قرار می‌گیرند و حدود وظایف طرفین قرارداد به خوبی ابراز نمی‌شود یا قراردادهای شفاهی که از



دقت کم‌تری نسبت به قراردادهای مکتوب برخوردارند.

خلاصه در اصل ضرورت تفسیر قرارداد، نه تنها کم‌ترین تردیدی روا نیست، بلکه «ضرورت تفسیر قرارداد همانند قانون است و گریزی از آن نیست»؛ (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۱) اما در اینکه چه قواعدی برای تفسیر قرارداد باید رعایت شود و با چه ابزارهایی می‌توان به تفسیر قرارداد دست‌یافت، موضوعاتی هستند که در ادامه به صورت مشروح بیان خواهند شد.

۳-۱. گستره تفسیر قرارداد

تفسیر قرارداد، وظیفه دادرس است و زمانی مطرح می‌شود که اطراف قرارداد در ماهیت، مفاد، شرایط یا لوازم قرارداد، اختلاف نظر پیدا کنند. پس همان‌گونه که اختلاف یا در مرحله انعقاد و شکل‌گیری عقد و یا در مرحله اجرا و اثرگذاری آن مطرح می‌گردد، تفسیر قرارداد نیز، گاهی ناظر به مرحله تکوین قرارداد و گاهی ناظر به مرحله اثرگذاری قرارداد است.

برای مثال، اگر در قرارداد مربوط به انتقال یک باب منزل مسکونی، اختلاف صورت بگیرد بدین صورت که صاحب‌خانه ادعا کند که آن را به اجاره داده است؛ اما طرف مقابل بگوید که آن خانه را خریده است. در چنین فرضی، وظیفه دادرس تفسیر قرارداد در مرحله تکوین و انعقاد قرارداد خواهد بود تا مشخص کند که اصلاً قراردادی شکل گرفته است یا نه؛ زیرا مالک اجاره را ایجاب کرده، ولی طرف مقابل قصد قبول بیع نموده است. پس دادرس ممکن است از طریق تفسیر این قرارداد در مرحله انعقاد آن، به این نتیجه برسد که اصلاً قراردادی شکل نگرفته است؛ زیرا قرارداد به معنای ربط قراری به قرار دیگر است و درجایی که متعلق اراده‌ها متفاوت باشد، قراردادی تشکیل نمی‌گردد.

برخی از حقوق‌دانان فرض مزبور را خارج از حدود و گستره تفسیر قرارداد دانسته است. با این استدلال که تفسیر قرارداد و موضوع تفسیر، خود قرارداد است پس موردی را که وجود یا عدم آن هنوز مشخص نیست، نمی‌توان در محدوده تفسیر قرارداد قلمداد کرد؛ زیرا هنوز قرارداد محسوب نمی‌شود تا در محدوده تفسیر قرارداد

جا بگیرد، (شهیدی، ۱۳۹۱: ۳۱۱ و ۳۱۲) ولی مشهور حقوق دانان این فرض را نیز مشمول تفسیر قرارداد دانسته‌اند.

مثال دیگر، اگر یک دستگاه ماشین سواری مورد خرید و فروش قرار بگیرد و پس از تحویل ماشین مشتری ادعا کند که ماشین را با لوازم آن مثل لاستیک زاپاس، جعبه ابزار و غیره خریده، ولی باید لوازم را خارج از مفاد قرارداد بداند. در چنین فرضی مسئله تفسیر قرارداد در مرحله اجرا و اثرگذاری مطرح می‌گردد؛ زیرا قرارداد به صورت صحیح تشکیل شده است منتها اختلاف در آن است که آیا لوازم ماشین مشمول بیع خود ماشین قرار می‌گیرد یا باید به صورت جداگانه مورد خرید و فروش واقع شود.

نتیجه بحث اینکه، تفسیر قرارداد در تمام مراحل قرارداد که مورد اختلاف و نزاع واقع شود ساری و جاری خواهد بود و اختصاص به مرحله اجرا ندارد. به تعبیر دیگر، همه جهات و حیثاتی که ممکن است در قرارداد مورد اختلاف و نزاع قرار بگیرد، داخل در گستره وسیع تفسیر قرارداد می‌شود. لذا برخی از حقوق دانان مشخص کردن همه اموری را که در حوزه تفسیر قرارداد وارد می‌شوند، غیر قابل شمارش دانسته‌اند. (شهیدی، ۱۳۹۱: ۳۲۰) بنابراین تفسیر قرارداد همه مسائل مطرح در قرارداد مثل تشخیص ماهیت، مفاد، شرایط، لوازم و... قرارداد را، پوشش می‌دهد.

۴-۱. جایگاه قصد در تفسیر قرارداد

«قصد» عنصر مشترکی است که در همه معیارهای قرارداد وجود دارد. بنابراین نگاه گذرا به مفهوم و ماهیت حقوقی قصد، ضروری می‌نماید.

قصد در لغت به معنای در پیش گرفتن راه، (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۶۷۲) برخورد دقیق تیر به هدف، آوردن شیء مورد نظر، (عبدالسلام، ۱۴۰۴، ۵: ۹۵) راست، متوسط و معتدل به کار رفته است. (قرشی، ۱۳۷۱، ۶: ۸) در اصطلاح حقوقی، برخی آن را به «قصد انشاء یا اراده ایجاد عقد»، (شهیدی، ۱۳۹۰: ۱۲۷) برخی دیگر به «قصد انشاء ایجاد امر متصور» (امامی، ۱۳۸۳، ۱: ۱۸۰) و بعضی دیگر به «قصد ایجاد عمل حقوقی در عالم ذهن» (صفایی، ۱۳۸۷: ۶۲) تعریف کرده‌اند. همان گونه



که روشن است، این تعاریف شبیه هم هستند و تنها تفاوت در الفاظ دارند و این امر بیانگر وضوح و بدهات حقیقت قصد است. در این نوشتار قصد و اراده به یک معنا فرض شده و لذا گاهی از این و گاهی از آن استفاده گردیده است.

نکته قابل ذکر آن است که در حقوق غربی تنها قصد طرفین برای صحت معامله معتبر است؛ اما در فقه امامیه و حقوق ایران قصد و رضایت اطراف قرارداد از شرایط اساسی صحت معامله شمرده شده و برای هرکدام آثار خاصی را بار نموده است. فقیهان و حقوق دانان اسلامی برای تشکیل عقد از نظر روانی مراحلی را برشمرده و نشان داده اند که مرحله قصد و رضا متفاوت است. بدین صورت که شخصی که می خواهد قراردادی را منعقد کند، از زمانی که به این فکر می افتد تا زمان تشکیل عقد فعالیت های روانی زیر را انجام می دهد:

۱. خطوط و تصور؛

۲. سنجش؛

۳. رضا و تصمیم؛

۴. قصد و اجرای تصمیم؛

همان گونه که پیداست، در مرحله سوم فعالیت ذهنی رضایت به قرارداد شکل می گیرد و قصد تشکیل قرارداد در مرحله چهارم و یک مرحله عقب تر از مرحله رضا است. وقتی این مراحل روانی شکل گرفت، مقام عمل و ابراز آن قصد می رسد که به صورت لفظ یا کتابت و... بروز و ظهور می کند.

پرسش: قصد، نیاز به مبرز دارد حالا این مبرز که به صورت لفظ یا کتابت یا فعل باید صورت بگیرد، آیا جنبه علامت و وسیله بودن دارد و یا اینکه از شرایط تحقق قصد می باشند؟

پاسخ: پرسش فوق در واقع بیانگر دو نظریه در انعقاد قراردادها به حساب می آید؛ یکی نظریه اراده باطنی و دیگری نظریه اراده ظاهری که در زیر به صورت گذرا بیان می شود.

۱. نظریه اراده باطنی: مطابق این دیدگاه، «ادرس باید در مقام جستجوی این اراده

باشد و مفاد آن را بر معنای ادبی و عرفی عبارت قرارداد ترجیح دهد. نتیجه مهم این تحلیل، پذیرفتن دلایل خارجی، به‌ویژه شهادت، برای اثبات مقصود دو طرف قرارداد است»؛ (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ۳: ۱۲) زیرا مهم به دست آوردن اراده طرفین قرار است و شهادت شهود یکی از وسایل مهمی است که دادرس را برای پی بردن به منظور طرفین یاری می‌رساند.

۲. نظریه اراده ظاهر: بر اساس این دیدگاه، «رکن اصلی توافق گفتار و رفتاری است که دو طرف برای بیان اراده خود و تفاهم با یکدیگر برگزیده‌اند؛ حقوق وسیله کشف اراده روانی را ندارد. در وقت معامله نیز دو طرف از آنچه در درون مخاطبشان می‌گذرد، آگاهی ندارند و ناچار به اعلام‌های او اعتماد می‌کنند و بر این پایه تراضی انجام می‌شود. پس هریک از دو طرف به اثر متعارفی که گفته‌ها و نوشته‌های او در دیگری به جا می‌گذارد و به معنایی که القاء می‌کند، پایبند است. نتیجه مهم این شیوه آن است که دادرس نمی‌تواند برای احراز «قصد مشترک» به دلایلی خارج از اعلام‌های دو طرف رجوع کند»؛ (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ۳: ۱۳-۱۴) زیرا در این فرض، وظیفه دادرس کشف مقصود طرفین از متن قرارداد است و نمی‌توان مثلاً با شهادت دیگران بدان دست یافت، بلکه باید به مفاد قرارداد توجه و به معنایی مطابق عرف، تکیه نماید.

۲. معیارهای تفسیر قرارداد

قرارداد یک عمل حقوقی است که پیدایش آن مرهون تلاقی اراده اطراف قرارداد است. بنابراین معیار اصلی در تفسیر قرارداد، قصد و نیت تشکیل‌دهندگان آن خواهد بود و وظیفه دادرس نیز در کشف مراد و مقصود آن‌ها خلاصه می‌شود. به تعبیر دیگر، هدف از تفسیر، کشف مراد و مقصود کسانی است که قرارداد با اراده آن‌ها منعقد گردیده است. منتها در اینکه مراد از قصد، قصد طرفین قرارداد به صورت شخصی است و یا قصد نوعی موردنظر است و یا اینکه می‌توان با کشف قصد یکی از طرفین قرارداد نیز به تفسیر قرارداد پرداخت یا حتماً بایستی قصد مشترک دو طرف احراز



بشود تا زمینه تفسیر قرارداد فراهم گردد، مسائلی است که مورد تأمل قرار خواهند گرفت.

۱-۲. قصد مشترک طرفین

اصلی ترین معیاری که برای تفسیر قرارداد بیان شده، قصد مشترک طرفین قرارداد است. این ملاک مورد توجه همه نظام های حقوقی قرار گرفته و لذا در قوانین داخلی کشورها و اسناد بین المللی به رسمیت شناخته شده است؛ دلیل مقبولیت همگانی آن، پذیرش اصل مسلم «حاکمیت اراده» است که هم فقه اسلامی و هم نظام های حقوقی غرب در قراردادهای خصوصی معتبر تلقی نموده و وجود قرارداد را مرهون تلاقی اراده ها دانسته اند. منتها نکته که در این معیار جای بررسی دارد آن است که مراد از قصد مشترک، اراده باطنی طرفین قرارداد است و یا اراده ظاهری شان مورد نظر است که در این زمینه دیدگاه اصول اروپایی، اصول یونیدروا، کمیسیون بیع بین المللی و حقوق ایران، در زیر بیان می گردد.

۱. اصول اروپایی در معیار بودن اصل قصد مشترک کم ترین تردید به خود راه نداده است همان گونه که در باطنی دانستن این اراده و قصد نیز شکی نکرده و به صراحت در بند ۱ از ماده ۱۰۱-۵ مقرر داشته است: «قرارداد بر اساس قصد مشترک طرفین تفسیر می شود حتی اگر این تفسیر با معنای ظاهری کلمات متفاوت باشد». مطابق این بند، آنچه در تفسیر قرارداد ملاک است، «قصد و اراده مشترک» طرفین قرارداد است. بنابراین اگر قرارداد به صورت مکتوب تنظیم یا شفاهی القا شده و در آن کلماتی به کار رفته باشد که با تفسیر قرارداد مبتنی بر قصد مشترک طرفین مخالفت داشته باشد، به تصریح بند مزبور این تفسیر ارجحیت دارد و بر ظاهر کلمات مخالف مقدم می شود. خلاصه اینکه وظیفه دادرس در مقام تفسیر قرارداد، کشف اراده واقعی طرفین قرارداد و تفسیر عقد بر اساس همان اراده مشترک است و کلمات مندرج در سند مکتوب یا گفتار شفاهی، در صورت مخالفت با تفسیر مبتنی بر قصد مشترک، اعتبار تفسیری نداشته و گان لم یکن تلقی می شود.

۲. اصول یونیدروا نیز بسان اصول اروپایی، اراده واقعی و مشترک دو طرف عقد را،

معیار تفسیر قرارداد تلقی کرده و در بند ۱ از ماده ۱-۴ بیان داشته است: «قرارداد باید مطابق قصد مشترک طرفین تفسیر شود».

همانگونه که ملاحظه می‌شود، بند فوق عین قسمت اول بند ۱ ماده ۱۰۱-۵ اصول اروپایی است تنها با این تفاوت که در اصول یونیدروا از واژه «shall» (باید) استفاده شده؛ اما در اصول اروپای این کلمه به کار نرفته است. تفاوت اساسی که بین دو بند مزبور خودنمایی می‌کند همان تأکیدی است که در ذیل بند اصول اروپایی بیان شده و به واسطه آن جلو هرگونه تفسیر مخالف اراده مشترک را گرفته است؛ اما آن ذیل در اصول یونیدروا نیامده است، ولی به نظر می‌رسد کلمه «shall» با تمام اختصاری که دارد می‌تواند جایگزین مناسبی برای ذیل بند ۱ اصول اروپایی باشد و همان تأکید را برساند.

۳. کنوانسیون از اراده مشترک سخن به میان نیاورده است؛ زیرا به عقیده برخی از حقوق دانان «نویسندگان کنوانسیون عقیده داشتند که وجود اراده مشترک، فرضی است و چه بسا چنین اراده‌ای وجود نداشته و تشکیل قرارداد بیشتر نتیجه دو عمل یک جانبه (ایجاب و قبول) و دو اراده مستقل باشد». (صفایی و همکاران، ۱۳۹۲: ۱۷)

۴. حقوق ایران هر چند به صراحت از اراده مشترک به عنوان معیار تفسیر قرارداد، سخن نگفته است؛ اما حقوق دانان ایرانی با توجه به اصل حاکمیت اراده که از اصول بنیادین قراردادها در فقه امامیه و به تبع در حقوق ایران است، استفاده کرده‌اند که در حقوق ایران، اولاً «قصد مشترک طرفین محور تفسیر قرارداد است». (شهیدی، ۱۳۹۱: ۲۹۴) ثانیاً «قرارداد تابع اراده باطنی و مقصود واقعی دو طرف است. [زیرا] نتیجه منطقی حکومت اراده واقعی این است که در مقام تفسیر قرارداد، دادرس باید در جستجوی «قصد واقعی و مشترک» دو طرف عقد باشد و خود را پایبند به ظاهر و معنای ادبی آن‌ها نداند». (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ۳: ۲۴)

نتیجه بحث اینکه، اصول اروپایی و یونیدروا به صراحت «اراده واقعی و مشترک» طرفین قرارداد را ملاک تفسیر قرارداد دانسته‌اند، ولی نویسندگان کمیسیون بیع، به دلیل فرضی دانستن اراده مشترک، اصلاً متعرض آن نشده‌اند؛ اما در حقوق ایران



گرچه در قوانین موضوعه، ماده خاصی بدان اختصاص پیدا نکرده؛ اما مقتضای اصل مسلم «حاکمیت اراده در قراردادها»، آن است که تفسیر قرارداد باید بر اساس اراده واقعی و مشترک طرفین قرارداد صورت پذیرد. پس می‌توان در این مسئله، فی الجمله حقوق ایران را با اصول اروپایی و اصول یونیدروا هم‌نوا دانست.

۲-۲. قصد واقعی یک طرف قرارداد

تئوری پرداز اصلی این معیار، نویسندگان کنوانسیون هستند. آن‌ها پس از آنکه وجود «اراده مشترک» طرفین قرارداد را انکار کردند و تشکیل قرارداد را نتیجه دو عمل یک‌جانبه (ایجاب و قبول) و دو اراده مستقل دانستند، در مقام تفسیر قرارداد توجه ویژه به قصد خاص یک طرف قرارداد نشان دادند. منتها در کنوانسیون مشخص نشده است که اراده موجب ملاک تفسیر قرارداد است و یا اراده قابل. ممکن است در وهله اول به نظر بیاید که اراده موجب معیار تفسیر قرارداد است؛ زیرا در تشکیل قرارداد ابتکار عمل در دست موجب است، چون او آغازگر عمل حقوقی است و نقش قابل در تشکیل قرارداد صرفاً به پذیرش یا عدم پذیرش اراده موجب خلاصه می‌شود. اگر اراده وی را پذیرفت، عقد شکل می‌گیرد و اگر نپذیرفت عقد تشکیل نمی‌گردد، ولی دقیق‌تر آن است که بگوییم اراده هرکدام که در تشکیل قرارداد یا تعیین مفاد، شرایط و آثار قرارداد، نقش تعیین‌کننده داشته باشد، محور و مدار تفسیر قرارداد خواهد بود؛ زیرا در بسیاری از موارد، حتی در تشکیل قرارداد، ابتدا خریدار شرایط خریدش را بیان می‌کند و پس از آن فروشنده با توجه به اراده واقعی خریدار، اعلام ایجاب می‌نماید و با قبول مشتری عقد نهایی می‌گردد.

بنابراین گرچه خاستگاه اصلی این معیار، روند تشکیل قرارداد است، منتها باید دید در قوانین موضوعه مورد بحث (اصول اروپایی، اصول یونیدروا، کمیسیون و حقوق ایران)، تنها برای تفسیر در زمینه ایجاد قرارداد پیش‌بینی شده است و یا در فروضی مثل تعیین مفاد، شرایط و نتایج قرارداد نیز، تفسیر باید بر اساس اراده یک طرف قرارداد صورت پذیرد.

۱. اصول اروپایی «قصد یک طرف قرارداد» را از معیارهای تفسیر قرارداد قلمداد

کرده و لذا در بند ۲ از ماده ۱۰۱-۵ مقرر داشته است: «اگر ثابت شود که یک طرف قصد مفهوم خاصی از قرارداد را داشته است و در زمان انعقاد قرارداد، طرف دیگر نمی‌توانسته از قصد طرف اول بی‌اطلاع باشد، قرارداد به تعبیری که طرف اول قرارداد قصد نموده تفسیر می‌شود». همان‌گونه که پیداست، از نظر اصول اروپایی این معیار در عرض معیار نخستین (قصد مشترک طرفین) قرار دارد. به همین جهت آن را، در یک‌بند مستقل مطرح کرده و مترتب بر عدم امکان احراز معیار اول هم نکرده است. مطابق بند فوق، در صورت بروز اختلاف بین طرفین قرارداد و احراز قصد واقعی یک طرف، دادرس باید بر اساس اراده همان طرف قرارداد را تفسیر کند و ادعای طرف دیگر مبنی بر اینکه، از تعلق اراده وی به این مفهوم خاص اطلاع نداشته است، شنیده نمی‌شود؛ زیرا در بند مزبور، آگاهی طرف مقابل از مقصود واقعی طرف اول، مفروض دانسته شده است. بنابراین از دیدگاه اصول اروپایی، اولاً در قراردادهایی که اراده یک طرف تعیین کننده است، اراده واقعی همان طرف معیار تفسیر قرارداد خواهد بود و ثانیاً معیار بودن آن، منحصر در مرحله تشکیل و انعقاد قرارداد نیست بلکه در تعیین مفاد و شرایط و نتایج چنین قراردادهایی نیز اگر اختلاف پدیدار گردد، دادرس باید بر اساس قصد واقعی طرف مزبور، قرارداد را تفسیر نماید؛ زیرا در بند فوق هیچ قرینه‌ای که دلالت بر اختصاص بکند وجود ندارد.

۲. اصول یونیدروا نیز در قراردادهای یک‌جانبه، اراده واقعی طرف ذی‌نفع را محترم شمرده و آن را معیار تفسیر قرارداد دانسته است. در بند ۱ از ماده ۲-۴ این اصول می‌خوانیم: «اظهارات و سایر رفتارهای یک طرف باید بر طبق قصد آن طرف تفسیر شود. مشروط بر اینکه طرف دیگر از آن قصد آگاه بوده یا نمی‌توانسته است از آن ناآگاه بوده باشد».

بر اساس بند فوق، اگر اراده واقعی یک طرف محرز باشد، تمام اظهارات و رفتارهای وی بر اساس قصد واقعی او تفسیر می‌شود. منتها معیار بودن قصد واقعی وی را مشروط کرده به اینکه اولاً طرف مقابل از اراده باطنی وی اطلاع داشته باشد و یا به گونه‌ای باشد که طرف دیگر نمی‌توانسته بی‌اطلاع باشد.



تفاوتی که بین این بند از اصول یونیدروا و بند ۲ از ماده ۱۰۱-۵ اصول اروپایی به چشم می‌خورد آن است که در اصول اروپایی علم و آگاهی طرف دیگر مفروض دانسته شده است. پس طرف مقابل نمی‌تواند ادعای عدم آگاهی بکند؛ اما در اصول یونیدروا چنین نیست بلکه آگاهی طرف مقابل شرط شده است پس می‌تواند با ادعای عدم اطلاع از قصد واقعی طرف دیگر، جلو تفسیر قرارداد بر اساس اراده واقعی وی را بگیرد.

۳. کنوانسیون تنها «اراده واقعی یک طرف» قرارداد را، به عنوان معیار شخصی تفسیر قرارداد پذیرفته و در بند ۱ از ماده ۸ مقرر داشته است: «از نظر این کنوانسیون، هرگاه یکی از طرفین نسبت به مؤدای قصد طرف دیگر علم داشته باشد، یا جهل او مسموع نباشد، الفاظ و سایر اعمال طرف دیگر باید مطابق قصد وی تفسیر شود». گرچه گفته شده است که قلمرو اصلی اعمال این بند، «روند تشکیل قرارداد خواهد بود. در طی این روند هنگامی که طرفین اظهاراتی می‌کنند یا رفتاری را عملی می‌کنند، برای تعیین اینکه در نهایت قراردادی منعقد شده است یا نشده، باید معنا و مفهوم دقیق حقوقی آن‌ها احراز شود»، (اخلاقی و امام، ۱۳۹۳: ۱۷۹) ولی این بدان معنا نیست که در موارد و فروض دیگر کاربرد نداشته باشد، بلکه می‌تواند «در فروض دیگر هم قابل اعمال باشد، مانند موردی که فعالیت خریدار رافع هرگونه ابهام راجع به نوع کالای سفارش شده است، یا موردی که یک خریدار فرانسوی با یک فروشنده انگلیسی معامله می‌کند و مقدار کالا با مقیاس «تُن» به وسیله فروشنده تعیین می‌شود. در این فرض خریدار می‌داند، یا باید بداند که تُن (ton) در انگلیس متفاوت با تُن (tonne) در فرانسه است. پس در صورت بروز اختلاف، قرارداد باید بر طبق مقصود فروشنده تفسیر شود. هم چنین هرگاه در قیمت پیشنهادی کالا به اشتباه یک رقم افتاده باشد، چنانکه به جای ۵۰۰,۰۰۰ دلار ۵۰,۰۰۰ دلار نوشته شده باشد، خریدار حرفه‌ای می‌داند، یا باید بداند که اشتباهی در ارقام روی داده است. پس قیمت باید بر طبق قصد واقعی فروشنده تعیین شود» (صفایی و همکاران، ۱۳۹۲، ۱۸) نه مطابق عدد درج شده در سند.

۴. حقوق ایران از ملاک بودن قصد خاص یک طرف، سخنی به میان نیاورده است؛ اما شاید بتوان بر اساس قواعد کلی حاکم بر قراردادهای مثل قاعدة العقود تابعه للقصد، اوفوا بالعقود و... معیار بودن قصد خاص یک طرف را استفاده نمود. با این بیان که در مواردی که اراده یک طرف تعیین کننده است و طرف دیگر جز قبول یا رد اراده طرف اول اختیاری ندارد، وقتی تن به معامله داد، درواقع حاکمیت اراده طرف اول را در عقد پذیرفته و عقد منعقد می‌شود. پس آثار عقد نیز بر اساس قواعد کلی حاکم بر قراردادهای بر چنین عقدهایی یک جانبه مترتب خواهد شد و ازجمله این آثار آن است که قرارداد بر اساس قصد واقعی طرف ذی نفع تفسیر گردد.

۳-۲. قصد اشخاص متعارف

یکی از معیارهای تفسیر قرارداد، «قصد اشخاص متعارف» است. مسائل قابل بحث در این معیار آن است که آیا در قوانین موضوع بحث، این معیار پذیرفته شده است یا نه؟ و بر فرض پذیرش، آیا در عرض دو معیار پیش گفته، قرار دارد؟ و در صورت تعارض کدام یک مقدم می‌شود؟ و پذیرش دو معیار متفاوت (شخصی و نوعی) چه توجیه حقوقی می‌تواند داشته باشد؟ این‌ها پرسش‌هایی است که از طریق مطالعه تطبیقی قوانین زیر باید پاسخ داده شود.

۱. اصول اروپایی معیار اصلی تفسیر قرارداد را «اراده مشترک طرفین» و یا «اراده واقعی یک طرف» قرارداد دانسته است؛ اما در مواردی که احراز آن دو ممکن نباشد، قصد متعارف را به عنوان معیار جایگزین معرفی کرده و در بند ۳ از ماده ۱۰۱-۵ مقرر داشته است: «در صورتی که قصدی بر اساس بندهای ۱ و ۲ اثبات نشود، قرارداد بایستی بر طبق معنایی که اشخاص متعارفی همانند طرفین قرارداد، در همان اوضاع و احوال به قرارداد می‌دهند، تفسیر شود».

بر اساس این بند، اصلی اولی در تفسیر قرارداد آن است که تفسیر باید مبتنی بر «اراده مشترک» و در پاره از موارد بر اساس «اراده یک طرف» قرارداد، صورت پذیرد. ولی از آنجایی که همیشه احراز قصد مشترک و یا اراده واقعی طرف ذی نفع در قرارداد، ممکن نیست، چاره نیست جز اینکه دادرس، در مقام دادرسی و حل اختلاف، از



طریق نزدیک‌ترین راه به اراده معتبر، به تفسیر قرارداد پردازد. به همین دلیل، نظر اشخاص متعارف را به صورت کلی و تحت هر شرایطی، معیار ندانسته بلکه دیدگاه اشخاص متعارفی را معتبر تلقی کرده است که اولاً همانند طرفین قرارداد باشند و ثانیاً در همان اوضاع و احوالی قرار داشته باشند که طرفین عقد قرار داشتند.

۲. اصول یونیدروا نیز قصد متعارف را به عنوان معیار جایگزین برای «اراده مشترک» در تفسیر قرارداد شناخته و در بند ۲ از ماده ۱-۴ بیان داشته است: «اگر نتوان چنین قصدی را احراز کرد، قرارداد باید بر طبق معنایی تفسیر شود که شخصی متعارف از همان نوع طرفین، در اوضاع و احوالی مشابه، آن معنا را برای قرارداد در نظر می‌گرفت».

این بند اصول یونیدروا عین بند ۳ از ماده ۱۰۱-۵ اصول اروپایی است. پس همان تحلیلی که در آنجا گفته شد، در اینجا نیز جاری است.

هم‌چنین در بند ۲ از ماده ۲-۴ این اصول، قصد اشخاص متعارف را، جایگزین اراده یک طرف قرارداد دانسته و گفته است: «اگر بند پیشین قابلیت اعمال نداشته باشد، اظهارات و سایر رفتارهای مزبور باید بر طبق معنایی تفسیر شوند که یک شخص متعارف از همان سنخ طرف دیگر، در اوضاع و احوالی مشابه، برای آن‌ها در نظر می‌گرفت».

در نگاه نخست به نظر می‌رسد، این بند تکرار همان بند ۲ از ماده ۱-۴ این اصول باشد و لذا لغو و زیاده‌نویسی شمرده شود؛ اما شاید نظر نویسندگان این اصول آن بوده که قصد اشخاص متعارف را نمی‌توان به صورت یکسان (آن‌گونه که در اصول اروپایی آمده) جایگزین «اراده مشترک» و «اراده یک طرف» نمود؛ زیرا اراده مشترک بدون هیچ شرطی به عنوان معیار تفسیر قرارداد پذیرفته شده است؛ اما اراده یک طرف در صورتی معیار تفسیر دانسته شده است که طرف مقابل از آن آگاهی داشته باشد و به همین دلیل است که در ابتدای این بند آمده است «اگر بند پیشین قابلیت اعمال نداشته باشد»؛ یعنی طرف مقابل ادعا کند که از قصد خاص طرف دیگر، مطلع نبوده و دلیلی هم بر اطلاع وی وجود نداشته باشد. در این صورت، بر فرض احراز

اراده طرف ذی نفع، قصد خاص وی معیار تفسیر قرارداد نخواهد بود؛ زیرا فاقد شرط آگاهی طرف مقابل است. شاید به همین دلیل است که نویسندگان اصول یونیدروا «اراده مشترک» و «اراده یک طرف» را در دو ماده جداگانه تدوین نموده و در ذیل هر کدام با ادبیات خاص «عدم احراز» و «عدم قابلیت اعمال» شرط معیار جایگزین (قصد اشخاص متعارف) را بیان کرده‌اند.

۳. کنوانسیون نیز در مواردی که طرف مقابل از قصد خاص طرف ذی نفع اطلاع نداشته و ناآگاهی او نیز موجه و مسموع باشد، قصد اشخاص متعارف را ملاک تفسیر قرارداد دانسته و در بند ۲ از ماده ۸ گفته است: «در صورت عدم شمول بند پیشین، الفاظ و سایر اعمال هر یک از طرفین محمول بر استنباط افراد متعارف همان صنف در اوضاع و احوال مشابه است».

برخی از حقوق دانان در اهمیت این معیار (قصد اشخاص متعارف) گفته‌اند: اغلب یک طرف، متن قرارداد را تنظیم و به طرف دیگر پیشنهاد می‌کند و توجه به اراده باطنی تنظیم کننده قرارداد - که چه بسا برای طرف دیگر معلوم نیست - اعطای امتیاز ناروایی به تنظیم کننده است. بدین جهت کنوانسیون، رجوع به معنای متعارف الفاظ و اعمال را پیش بینی کرده است. در ضمن جنبه مجرد و کلی فرد متعارف، با قید «همان صنف در اوضاع و احوال مشابه» تعدیل شده است. در حقیقت نظریه نوعی پذیرفته شده در کنوانسیون، یک نظریه تعدیل شده و نزدیک به اراده واقعی است. بنابراین هرگاه یک فروشنده اروپایی، فروش کالایی را به قیمت دلاری به یک کانادایی یا شخصی که ساکن هنگ کنگ است، پیشنهاد کند، اگر مقصودش دلار آمریکا باشد، باید بدان تصریح کند. در غیر این صورت، خریدار می‌تواند ادعا کند که پول کشور او مورد نظر بوده است». (صفایی و همگان، ۱۳۹۲: ۱۸)

۳. حقوق ایران در زمینه این معیار ساکت است. گرچه برخی از حقوق دانان معتقدند که «چنانچه قصد مشترک طرفین کشف نشود، در حقوق ایران نیز مانند بند ۳ از ماده ۱۰۱-۵ اصول حقوق قراردادهای اروپا، تفسیر قرارداد به طور نوعی و بر مبنای عرف انجام می‌پذیرد به موجب ماده ۲۲۴ ق.م. «الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفی



آن‌ها». پس در واقع چون حقوق راهی به باطن اشخاص ندارد و کشف باطن و ضمیر اشخاص در عالم خارج ممکن نیست، مگر اینکه دلایل خارجی بر آن اقامه شود. بنابراین فهم عرف ملاک تفسیر الفاظ قرارداد خواهد بود؛ زیرا اصل این است که طرفین قرارداد به زبانی صحبت می‌کنند که عرف جامعه آن را می‌فهمد؛ (شعاریان و ترابی، ۱۳۸۹: ۲۲۳) اما به نظر می‌رسد، نمی‌توان با استناد به ماده ۲۲۴ ق.م. معیار بودن «قصد اشخاص متعارف» را اثبات نمود؛ زیرا ماده مزبور برای کشف «اراده مشترک طرفین» وضع گردیده است و از ابزار تفسیر قرارداد برای کشف اراده مشترک به حساب می‌آید نه اینکه در صدد تأسیس معیار جایگزین برای اراده مشترک باشد.

نتیجه‌گیری

در اصول اروپایی و اصول یونیدروا سه معیار برای تفسیر قرارداد، پیش بینی شده است؛ دو معیار شخصی که عبارتند از «اراده مشترک و اراده یک طرف» قرارداد و یک معیار نوعی، یعنی «قصد افراد متعارف» در جایی که احراز معیارهای شخصی ممکن نباشد.

در کنوانسیون «اراده مشترک» را معیار ندانسته و لذا اصلاً متذکر نشده است؛ اما در شناسایی دو معیار دیگر، روش اصول اروپایی و اصول یونیدروا را اتخاذ نموده است. بنابراین از نظر اصول مذکور و کنوانسیون، اصل در تفسیر قرارداد آن است که مبتنی بر معیارهای شخصی باشد؛ اما در جایی که امکان احراز معیار شخصی وجود ندارد، به ناچار از معیار نوعی به عنوان ملاک جایگزین برای تفسیر قرارداد، استفاده می‌گردد. پس معیار نوعی در عرض آن دو معیار دیگر نیست بلکه در مرحله بعد از آن‌ها قرار دارد.

در حقوق ایران، با اینکه در هیچ ماده قانونی به معیارهای مذکور پرداخته نشده است، می‌توان دو معیار شخصی را بر اساس اصول حاکم بر قراردادها، پذیرفته شده دانست؛ اما اثبات معیار نوعی به عنوان ملاک مستقل یا جایگزین دشوار به نظر می‌رسد.

فهرست منابع

۱. ابن منظور، محمد بن مکرم، (۱۴۰۸ق)، لسان العرب، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
۲. امامی، سید حسن، (۱۳۸۳)، حقوق مدنی، تهران: انتشارات اسلامیة.
۳. جوهری، اسماعیل بن حماد، (۱۴۰۷ق)، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، (تحقیق: احمد بن عطار)، بیروت: دارالعلم للملایین.
۴. دهخدا، علی اکبر، (۱۳۳۹)، لغت نامه دهخدا، تهران: دانشگاه تهران.
۵. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، (۱۴۱۲ق)، المفردات فی غریب القرآن، دمشق، بیروت: دارالعلم الدارالشامیة.
۶. شعاریان، ابراهیم و ترابی، ابراهیم، (۱۳۸۹)، اصول حقوق قراردادهای اروپا و حقوق ایران (مطالعه تطبیقی)، تبریز: فروزش.
۷. شهیدی، مهدی، (۱۳۹۱)، اصول قراردادهای و تعهدات، تهران: انتشارات مجد.
۸. شهیدی، مهدی، (۱۳۹۰)، تشکیل قراردادهای و تعهدات، تهران: مجد.
۹. صفایی، سید حسین و همکاران، (۱۳۹۲)، حقوق بیع بین المللی (بررسی کنوانسیون بیع بین المللی ۱۹۸۰ با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، فرانسه، انگلیس و ایالات متحده آمریکا)، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۱۰. صفایی، سید حسین، (۱۳۸۷)، دوره مقدماتی حقوق مدنی ج ۲، (قواعد عمومی قراردادهای)، تهران: نشر میزان.
۱۱. قرشی، سید علی اکبر، (۱۳۷۱)، قاموس قرآن، تهران: دار الکتب الإسلامیة.
۱۲. قشقایی، حسین، (۱۳۷۸)، شیوه تفسیر قراردادهای خصوصی در حقوق ایران و نظامهای حقوقی معاصر، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۱۳. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۳)، قواعد عمومی قراردادهای، تهران: انتشار برنا.
۱۴. مؤسسه بین المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی، (۱۳۹۳)، اصول قراردادهای

تجاری بین المللی، (ترجمه و تحقیق: بهروز اخلاقی و فرهاد امام)، تهران: موسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش.

۱۵. هارون، عبدالسلام، (۱۴۰۴ق)، معجم مقایس اللغة، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.



بررسی تطبیقی عقد فاسد و باطل در قانون مدنی ایران و افغانستان

لشکرعلی بشردوست^۱

چکیده

حقوق افغانستان به تبعیت از فقه حنفی، عقد غیر صحیح را به عقد باطل و فاسد تقسیم کرده است. این تقسیم‌بندی منحصرأً عقودی را شامل می‌شود که انتقال مالکیت و سبب تعهدات طرفین است؛ مانند بیع، اجاره، هبه و...؛ اما در عقود غیرمالی مثل وکالت، وصایت، عقود مالی که در آن تعهدات طرفینی وجود ندارد و اعمال یک طرفی مثل طلاق و اقرار، بین فاسد و باطل تفاوت وجود ندارد. هم‌چنین در عبادات حنفی‌ها فرق بین فاسد و باطل نمی‌گذارند؛ زیرا اطاعت را محض می‌دانند. در نکاح قائل به تفصیل هستند. قبل از نزدیکی را باطل می‌دانند؛ اما اگر با عقد فاسد، نزدیکی صورت گرفته باشد، آثار عقد صحیح را بر آن مترتب می‌دانند؛ اما سایر مذاهب اسلامی و ازجمله مذهب امامیه، عقد باطل و فاسد را مترادف دانسته و بر هر دو حکم واحد و یکسان بار کرده‌اند. در فقه امامیه عقود صحیح غیرنافذ شباهت زیادی به عقد فاسد در فقه حنفی دارد؛ زیرا عقودی مثل عقد اکراهی، عقد فضولی و... با رضایت و اذن بعدی، تکمیل می‌شود و عقد از زمان انعقاد نافذ می‌گردد؛ اما در مذاهب مالکیه، حنبلیه و شافعیه، عقود یا صحیح هستند و یا باطل دیگر حد وسط ندارند.

کلیدواژه‌ها: عقد صحیح، عقد باطل، عقد فاسد، عقد نافذ، قانون مدنی

۱. دانشجوی کارشناسی ارشد، حقوق خصوصی دانشگاه اهل بیت (ع)، تهران، ایران

۱. مفهوم عقد

عقد کلمه عربی در لغت به معنای بستن (بهرامی، ۱۳۹۰: ۴۵) ضد حل (ابن منظور ۱۴۱۴، ۳: ۲۹۶)، عقد بستن و گره زدن (قرشی، ۱۴۱۲، ۵: ۲۴) و ربط دادن، پیوند دادن، استوار داشتن، ابرام و احکام میان دو چیز است؛ چنان‌که از گره زدن دو طناب به (عقد الجبل) و به بستن آهنگ و قصد، عقد نیت و نیز از بسته شدن سوگند، به عقد الیمین تعبیر می‌شود. (انصاری و طاهری، ۱۳۸۶، ۲: ۱۳۷۲)

عقدی که در قانون و حقوق فعلی مطرح است، غیر از عقدی است که در فقه مورد بحث قرار می‌گیرد؛ زیرا عقدی که در قانون مدنی به تعریف آن اشاره شده، مساوی با مطلق قرارداد است اعم از این‌که آن قرارداد با لفظ یا غیر لفظ حاصل شده باشد، درحالی‌که بین فقها، عقد تنها با لفظ تحقق پیدا می‌کند و عقد اخرس را به صورت استثنایی عقد نامیده‌اند. در فقه، قرارداد بدون وساطت لفظ را تراضی می‌دانند و اگر با فعل انجام شود، معامله معاطاتی محسوب می‌کنند. (طاهری، ۱۴۱۸، ۴: ۳۴) پس عقد در اصطلاح عبارت است از تعهد یک طرف بر قبول امری که مورد قبول طرف دیگر نیز باشد. (طاهری، ۱۴۱۸، ۲: ۸)

عقد را از دو جهت باید تعریف کرد، یکی از جهت تحلیلی و دیگر از جهت دامنه شمول. از جهت تحلیلی، عقد دو معنا دارد؛ یک معنای مصدری و یک معنای محصولی (یا اسم مفعولی) که در قانون، در هر دو معنا به کار رفته است. عقد از حیث دایره شمول، دارای دو معنای اعم و اخص است؛ عقد در معنای اعم، عقود معین و غیر معین را در بر می‌گیرد، ولی در معنای اخص منحصرأشامل عقود معین می‌شود. (شهیدی، ۱۳۹۴: ۳۸)

معنای مصدری عقد در ماده ۱۸۳ قانون مدنی ایران آمده و مقرر شده است: «عقد عبارت است از این‌که یک یا چند نفر در مقابل یک و یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آن‌ها باشد». بند اول ماده ۴۹۷ قانون مدنی افغانستان نیز عقد را به معنای مصدر به کار برده و گفته است: «عقد عبارت از توافق دو اراده است به ایجاد یا تعدیل یا نقل یا ازاله حق در حدود قانون». هم‌چنین عقد بیع در آیه «وَأَحَلَّ



اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا»، (بقره: ۱۷۵) در معنای مصدري به کار رفته است؛ زیرا احکام تکلیفی و از جمله حرمت و حرمت به فعل نسبت داده می شود نه به آنچه از فعل نتیجه می شود. (شهیدی، ۱۳۹۴: ۳۶)

تعریف عقد به خصوص در قانون مدنی ایران تعریف جامع نیست و قابل انتقاد است؛ زیرا اولاً، فقط شامل عقود عهدی می شود و عقود تملیکی را در بر نمی گیرد. (امامی، بی تا، ۱: ۱۶۰) ثانیاً تعریف ماده ۱۸۳ قانون مدنی ایران فقط شامل عقود غیر معوض می شود و عقود معوض را در بر نمی گیرد. ثالثاً، در تعریف مذکور، تعهد و قبول فقط به نفر که واحد انسان است نسبت داده شده است. (شهیدی، ۱۳۹۴: ۳۸) رابعاً تعریف عقد به اثر آن است، نه تعریف خود عقد؛ زیرا عقد به تعهدی که یک یا چند نفر در برابر دیگران تعهد می کنند، تعریف شده است و تعهد اثر عقد است، نه خود عقد، (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۱: ۱۸) بلکه توافقی است که ماحصل این توافق می تواند ایجاد تعهد باشد. (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۱: ۱۸) خامساً تعریف فوق یکی از ارکان مهم تشکیل دهنده عقد، یعنی انشا را در بر نمی گیرد؛ زیرا تحقق عقد در خارج، منوط به انشای آن از سوی متعاقدین است و صرف تعهد قبلی طرفین بر امری، برای ایجاد عقد کافی نیست، بلکه علاوه بر توافق دو طرف و تعهد آن دو بر انجام دادن کاری، باید مقصود و مافی الضمیر خود را به طریقی خواه به قول یا فعل یا اشاره یا کتابت و... ابراز کند تا عقد در خارج تحقق یابد. (عسکری، بی تا: ۷۸) برخی از حقوق دانان با توجه به ایرادات تعریف قانون مدنی از عقد گفته اند: «عقد عبارت است از همکاری متقابل اراده دو یا چند شخص در ایجاد ماهیت حقوقی»؛ (شهیدی، ۱۳۹۴: ۳۷) اما در معنای اسم مفعولی، عقد عبارت است از ماهیت حقوقی که با همکاری متقابل اراده دو یا چند شخص در عالم اعتبار به وجود می آید.

۲. ارکان عقد

ارکان جمع رکن و رکن در لغت به معنای جزء بزرگ تر و قوی تر یک چیزی، عضو عمده، پایه و ستون است. (مشکینی، ۱۴۲۸: ۲۷۴) رکن امری است که وجود شیء

متوقف بر آن است، خواه داخل شیء باشد یا نه. (زحیلی، ۱۴۰۹، ۳: ۲۹۳) عقد بر اراده (تراضی) طرفین استوار است و اراده باید ناشی از انگیزه مشروع باشد. به انگیزه سبب عقد نیز گفته می‌شود. بنابراین عقد دورکن دارد: تراضی و سبب (سنهوری، ۲۰۱۱، ۱: ۱۷۰) فقیهان امامیه از عقد به مطلق عهد و به مجموع ایجاب و قبول تعبیر کرده‌اند. ارکان عقد در فقه حنفیه همان ایجاب و قبول یا صیغه است و عاقدین و موضوع عقد از جمله مقومات و لوازم عقد است.

۲-۱. ارکان عقد در قانون مدنی افغانستان

۱. ایجاب و قبول: ماده ۵۰۶ قانون مدنی افغانستان مقرر می‌دارد: «(۱) عقد به ایجاب و قبول طرفین منعقد می‌گردد. (۲) ایجاب و قبول عبارت است از الفاظی که در عرف برای انشاء عقد استعمال می‌گردد». ماده ۱۰۱ مجله الاحکام ایجاب را چنین تعریف می‌کند: «ایجاب اول لفظ است که توسط یکی از عاقدین به منظور انشاء تصرف صادر می‌شود و به وسیله آن، تصرف دیگری واجب می‌گردد و به اثبات می‌رسد». ماده ۱۰۲ مجله الاحکام در تعریف قبول می‌گوید: «قبول دومین لفظ است که توسط یکی از عاقدین به غرض انشاء تصرف صادر می‌گردد و عقد به آن اتمام می‌یابد».

در قانون مدنی ایران تعریفی از ایجاب و قبول وجود ندارد در فقه هم با صراحت تعریف نشده است، ولی فقها در عقود مختلف عقاید مختلف دارند؛ مثلاً در بیع قصد انشاء بایع را ایجاب می‌دانند و عقیده دارند که باید ایجاب مقدم بر قبول باشد. در عقود اذنی مانند ودیعه هر چند که صاحب مال، ایجاب کننده است، ولی عقیده دارند که در عقود اذنی مانعی ندارد که ایجاب مؤخر از قبول باشد. در عقد صلح و نکاح عقیده‌ای فقها این است که هر یک از طرفین که مبادرت و پیش‌دستی نماید و قصد خود را ابراز کند قصد انشاء و ایجاب است و از این جهت صلح غیر از بیع است. درست این است که در هر عقدی نخستین قصدی که ابراز می‌شود ایجاب است و از ماده ۱۸۳ قانون مدنی ایران هم این مطلب به دست می‌آید. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۹۸)



۲. عاقدین: ماده ۵۰۵ قانون مدنی می نویسد: «شرط صحت عقد عبارت است از رضایت عاقدین و بدون اکراه و اجبار. عاقدین به معنای متعاقدین است که دو طرف عقد هستند خواه عقد مالی باشد مانند بیع خواه نباشد مانند نکاح». (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۴۴۰)

۳. موضوع عقد: ماده ۵۷۹ قانون مدنی افغانستان «برای هر نوع وجیه ناشی از عقد وجود موضوعی که عقد به آن نسبت داده شده و قابلیت حکم عقد را داشته باشد، حتمی پنداشته می شود. موضوع عقد را عین، دین، منفعت یا سایر حقوقی مالی تشکیل داده می تواند. هم چنان اجرا یا امتناع یک عمل، موضوع عقد قرار گرفته می تواند». مراد از موضوع عقد همان معقود علیه و یا هر آن موضوعی است که توافق بر سر آن حاصل شده باشد. ثمن و مضمن ممکن است عین، اعم از مالی و غیر مالی یا منفعت باشد». (انصاری و طاهری، ۲: ۱۳۷۳)

۴. سبب: ماده ۵۹۱ قانون مدنی می گوید: «سبب عبارت از مقصد اصلی ای است که عقد وسیله مشروع رسیدن به آن قرار گرفته باشد». از مواد ۵۹۱ تا ۵۹۴ به دست می آید که سبب در قانون مدنی افغانستان از ارکان عقد است و با فقدان آن عقد باطل است.

۲-۲. ارکان عقد در فقه امامیه

۱. صیغه عقد (ایجاب و قبول): فقیهان امامی به اتفاق آرا، ایجاب و قبول را دو رکن اساسی عقد دانسته اند. منظور از ایجاب و قبول در بیشتر موارد، ایجاب و قبول لفظی است و می توان گفت که هرگاه در فقه امامیه سخن از ایجاب و قبول به عنوان شرط تحقق و انعقاد عقد یا رکن آن به میان می آید، منظور ایجاب و قبول لفظی است. باین وجود، چون عقد از امور انشایی و ارادی است، اگر ایجاب و قبول لفظی ناشی از قصد و اراده جدی موجب و مخاطب ایجاب نباشد، هیچ گونه اثری در ایجاد ماهیت حقوقی نخواهد داشت. (قنواتی، ۱۳۷۹: ۷۵)

۲. طرفین عقد: فقیهان امامی وجود دو طرف را از ارکان عقد می دانند؛ به گونه ای که با فقدان یکی از آن دو، ماهیت حقوقی عقد تحقق نمی یابد. باین همه برخی از

فقیهان وجود متعاقدان را در شمار ارکان عقد به حساب نیاورده و فقط از ایجاب و قبول و عوض و معوض به عنوان ارکان عقد مالی نام برده‌اند؛ اما در عقد نکاح، طرفین را از ارکان و عناصر سازنده عقد تلقی کرده‌اند.

۳. **مورد عقد (عوض و معوض):** در فقه امامیه، عوض و معوض از ارکان عقود معاوضی است؛ اما در عقود غیر معاوضی و معاملات مجانی و بلاعوض، وجود عوض رکن و عنصر عقد نیست.

گفتنی است که بین موضوع عقد و مورد عقد فرق است؛ موضوع عقد عمل حقوقی است که به منظور تحقق آن عقد انجام می‌شود؛ مثلاً در عقود تملیکی مثل بیع، تملیک و تملک و در عقود عهدی، ملتزم شدن به پرداخت دین دیگری یا ایجاد شرکت یا اعطای وکالت موضوع عقد است؛ اما مورد عقد عبارت از شیء و مالی است که باید به طرف مقابل تسلیم گردد و یا انجام کار و خدمتی است که باید برای طرف مقابل صورت بگیرد. از مورد عقد اصطلاحاً به عوض و معوض نیز تعبیر می‌شود. بنابراین بهتر است به جای کلمه عوض و معوض از کلمه «محل عقد» استفاده شود، چون اصطلاحی عامی است که شامل مورد تعهد در عقود عهدی نیز می‌شود. در حالی که عوض و معوض فقط عقود معاوضی را شامل می‌شود. (قنوتی، ۱۳۷۹: ۸۱)

۳. تقسیم عقد به اعتبار صحت و فساد

یکی از تقسیمات مهم عقد، تقسیم آن به عقد صحیح و غیر صحیح است؛ منظور از عقد صحیح عقدی است که با اراده انشا کنندگان آن، در عالم اعتبار و حقوق موجود می‌شود؛ اما عقد غیر صحیح به عقدی گفته می‌شود که دارای آثار حقوقی نیست. تا این قسمت تفاوتی بین حقوق افغانستان و ایران وجود ندارد؛ اما در اینکه منظور از عقد غیر صحیح چیست، دیدگاه حقوق افغانستان و ایران متفاوت است.

در حقوق ایران به تبعیت از فقه امامیه، عقد غیر صحیح بر دو قسم عقد غیر نافذ و عقد باطل تقسیم می‌شود؛ (امامی، بی تا، ۴: ۵۰) عقد غیر نافذ، عقدی است که



غیر از رضا، تمامی شرایط اساسی برای صحت را دارا است. این عقد به وسیله رضای مؤخر تکمیل شده و دارای آثار حقوقی می گردد. به تعبیر دقیق تر، عقد غیر نافذ اگر تنفیذ شود، در شمار عقد صحیح و در صورتی که رد شود، باطل محسوب می شود؛ اما عقد باطل عقدی است که یکی از ارکان اساسی برای صحت معامله را نداشته باشد. مثلاً عقد انسان مست، خواب و مدهوش به خاطر فقدان قصد و عقد صغیر غیر ممیز و مجنون به خاطر فقدان اهلیت، باطل است و عقد باطل به هیچ صورت قابلیت تصحیح ندارد.

گفتنی است که در اطلاق عنوان عقد صحیح یا غیر صحیح بر عقد غیر نافذ، عبارات فقیهان امامی هماهنگ نیست و گاهی بدان عقد غیر صحیح و گاهی عقد صحیح گفته اند. (شهیدی، ۱۳۹۳: ۳۲) عقد غیر نافذ را نمی توان با عقد باطل یکی دانست؛ زیرا این عقد با اراده طرف های قرارداد انشا می شود و به علت صحت ارکان آن در ردیف عقود صحیح قرار می گیرد، ولی به علت پاره ای از نواقص، متزلزل تلقی می شود و امضا و تأیید بعدی عاقد یا مالک یا ولی قانونی آنان، برای تکمیل عقد ضروری است تا از حالت تزلزل خارج گردد. مثل عقد فضولی که با امضای بعدی مالک، نافذ می شود. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۴۶۰)

اما حقوق افغانستان به تبعیت از فقه حنفی، عقد غیر صحیح را به عقد باطل و فاسد تقسیم کرده است. البته این تقسیم بندی منحصرراً عقودی را شامل می شود که انتقال مالکیت و سبب تعهدات طرفین است؛ مانند بیع، اجاره، هبه و...؛ اما در عقود غیر مالی مثل وکالت، وصایت، عقود مالی که در آن تعهدات طرفینی وجود ندارد و اعمال یک طرفی مثل طلاق و اقرار، بین فاسد و باطل تفاوت وجود ندارد. (زحیلی، ۱۴۰۹، ۴: ۲۳۵) هم چنین در عبادات حنفی ها فرق بین فاسد و باطل نمی گذارند؛ زیرا اطاعت را محض می دانند. در نکاح قائل به تفصیل هستند. قبل از نزدیکی را باطل می دانند؛ اما اگر با عقد فاسد، نزدیکی صورت گرفته باشد، آثار عقد صحیح را بر آن مترتب می دانند. (سنهوری، ۱۳۹۱، ۴: ۱۳۳) در زمینه عقد نکاح، قانون مدنی افغانستان در ماده ۹۷ مقرر داشته است: «(۱) ازدواج فاسد قبل از دخول در حکم

نکاح باطل است. (۲) هرگاه بعد از ازدواج فاسد، دخول صورت بگیرد، مهر، نسب، حرمت مصاهره، عدت، تفریق و نفقه ثابت می‌گردد».

مطابق فقه حنفی عقد غیر صحیح به دو قسم تقسیم می‌شود که در ذیل مورد بررسی قرار می‌گیرد:

۱-۳. عقد باطل

عقد باطل بر آن دسته از اعمال حقوقی مغایر با قانون دلالت دارد که دارای اثر و اعتبار قانونی نیستند؛ خواه آن اعمال از آغاز غیرقانونی باشند و خواه به علت امری عارضی اعتبار قانونی خود را ازدست داده باشند. (محقق داماد، ۱۴۰۶، ۲: ۱۳۷) بطلان یعنی از بین رفتن اثر عقد نسبت به طرفین عقد و به تبع آن نسبت به غیر. (سنهوری، ۲۰۱۱: ۲۱۱) عقدی که درواقع به وجود نیامده و هیچ راهی برای اصلاح آن نیست. (بهرامی، ۱۳۹۰: ۱۳۰) در فقه امامیه، گاهی از عقد غیرنافذ به عنوان عقد باطل یاد شده است مثلاً عقد اکراهی که باطل اعلام کرده‌اند درحالی که مرادشان عدم نفوذ عقد است، چون اشاره کرده‌اند که با رضای بعدی مالک، عقد آثار خود را بر جای می‌نهد و حال آنکه باطل عقدی است که اصلاً صحیح و مشروع نیست. (سعدی، ۱۴۰۸: ۴۴)

بطلان عقد به حالتی گفته می‌شود که عقد وجود حقوقی پیدا نمی‌کند، خواه در نتیجه واقع نشدن «تراضی» یا بدون موضوع بودن آن، خواه به دلیل منع قانون از نفوذ تراضی نامشروع باشد (کاتوزیان، بی تا، ۲: ۲۹۷). عقد باطل عقدی است که اصلاً و وصفاً مشروع نیست و ایجاد مالکیت هم نکند (محمود، بی تا: ۳۵۳) و ماده ۲۱۹ مرشدالحیران عقد باطل را چنین تعریف می‌کند: «عقدی باطل آن است که اصلاً و وصفاً نامشروع باشد، در رکن و موضوع عقد خلل وجود داشته باشد یا ایجاب و قبول از طرق کسی صادر شود که اهلیت ندارد و یا موضوع عقد قابلیت حکم را نداشته باشد در این صورت عقد منعقد نمی‌شود و افاده ملکیت در اعیان مالی حتی با قبض هم نمی‌کند».

گفتنی است که اطلاق عقد بر عمل باطل همراه با تسامح است؛ زیرا در چنین



مواردی عقدی به وجود نمی‌آید تا باطل باشد، بلکه از روی ساختار و ظاهر چنین اعمالی بر آنان عقد اطلاق می‌شود. در حالی که هیچ اثر شرعی و قانونی بر عقد باطل، مترتب نیست.

۱-۱-۳. مشخصات بطلان عقد

عقد باطل دارای مشخصات ذیل است:

۱. در حکم هیچ بودن عقد باطل: عقد باطل در دید حقوق و به اعتبار اثری که در روابط اجتماعی برجای می‌گذارد، در حکم هیچ است، پدیده‌ای است که در واقع هیچ تغییری در حقوق و تکالیف طرفین عقد به وجود نمی‌آورد. عقد باطل یک پدیده و واقعه مادی است که وجود خارجی ندارد. (سنه‌وری، ۱۳۹۱، ۴: ۹۹)

۲. نتیجه فساد: بطلان نتیجه فساد در ارکان اصلی عقد و برخورد مفاد آن با مصالح اجتماعی است، به همین جهت نیز، از آغاز آن را بی اعتبار می‌کند، هر چند که بطلان مدت‌ها پس از آن اعلام شود.

۳. غیرقابل جبران بودن فساد ناشی از بطلان عقد: فسادی که در ارکان عقد باعث بطلان آن می‌شود، قابل جبران نیست و دو طرف نمی‌توانند به تراضی آن را اصلاح کنند. بی‌گمان آنان می‌توانند عقد جدید ببندند و همان مضمون را در ترکیبی نافذ مورد تراضی قرار دهند، ولی این عقد از زمان انعقاد اثر دارد و نهاد تازه‌ای است که گذشته را اصلاح نمی‌کند. برای مثال، چند تن گندم به جای جو به اشتباه فروخته می‌شود. پس از رسیدن کالا به مقصد، دو طرف به اشتباه خود پی می‌برند، ولی به مصلحت می‌بینند که گندم را باز نگردانند و معامله را نسبت به آن بپذیرند. به طور مسلم چنین اختیاری را دارند، لیکن تراضی آنان عقد فاسد پیشین را اصلاح نمی‌کند و تملیک از زمان توافق تازه انجام می‌شود. حتی طرفی هم که از عقد فاسد زیان می‌بیند، نمی‌تواند با رضایت خود عقد را نسبت به گذشته صحیح تلقی کند؛ زیرا عقدی به وجود نیامده است. قانون مدنی افغانستان مواد ۶۱۶ و ۶۱۸ همین حکم را بیان می‌کند.

۴. بطلان نتیجه قهری تجاوز از قوانین است و نیازی به حکم دادگاه ندارد؛ اما

چون فرض می‌شود که صورتی از عقد فراهم آمده و برای اثبات خلاف ظاهر است که «بطلان» عنوان می‌شود، ناچار باید دادگاه بطلان عقد را اعلام کند و به اختلاف پایان دهد. تحلیل مرحله ثبوت و اثبات بطلان جمع بین این دو وضع به ظاهر متضاد را روشن می‌کند. به این معنا که در عالم ثبوت، معامله‌ای باطل است، ولی برای تحقق این ادعا در مرحله اثبات، باید امر در دادگاه مطرح شود و حکمی که دادگاه می‌دهد، اعلام بطلان عقد است. پس حکمی که از طرف محکمه صادر می‌شود، حکم اعلامی است، نه حکم تأسیسی. (ماده ۶۱۹ ق.م.افغانستان)

۳-۱-۲. مصادیق بطلان عقد

در موارد زیر عقد باطل تلقی می‌شود:

۱. فقدان قصد انشای طرفین: منظور از قصد با توجه به ماده ۱۹۱ قانون مدنی ایران که مقرر می‌دارد: «عقد محقق می‌شود به قصد انشا، به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند. آنچه قابل ترتیب اثر بوده و برای طرفین ایجاد تکلیف می‌نماید، قصد واقعی آن است نه صرف الفاظی که در قرارداد به کار می‌روند یا عنوانی که بر آن انتخاب می‌شود». (قاسم‌زاده، ۱۳۸۲: ۷۵) قصد انشا یا اراده، ایجاد عقد است. هرچند قصد و رضا، با هم در ماده ۱۹۰ قانون مدنی ایران آمده است، ولی نباید اشتباه کرد و آن دو را یکی پنداشت، بلکه با توجه به مواد قانونی و مراحل فعالیت روانی معامله کننده به دست می‌آید که مرحله قصد، یک مرحله بعد از مرحله رضا است. اراده در قانون مدنی ایران به پیروی از فقه امامیه و برخلاف حقوق برخی کشورها، مفهوم بسیط نیست، بلکه متشکل از دو عنصر رضا و قصد است. این تفکیک به خوبی در ماده ۱۰۷۰ قانون مدنی ایران در باب نکاح مشخص است که می‌گوید: «رضای زوجین شرط نفوذ عقد است و هرگاه مکره بعد از زوال گره عقد را اجازه کند، نافذ است. مگر این که اکراه به درجه‌ای بوده که عاقد، فاقد قصد باشد». بنابراین قصد با رضا متفاوت است و رضا مبنا و پایه قصد محسوب می‌شود. مراحل شکل‌گیری اراده در طول هم قرار دارند و در صورتی که یکی از این مراحل وجود نداشته باشد، مرحله بعدی هم وجود نخواهد داشت. به همین دلیل است که



در مبحث اکراه، از معیوب بودن رضا سخن گفته می‌شود نه فقدان آن. (کاتوزیان، بی‌تا: ۲۲۰) ماده ۵۰۵ قانون مدنی افغانستان، شرط صحت عقد را رضایت عاقدین بدون اکراه و اجبار می‌داند. بنابراین در صورت عدم رضایت عاقدین و با اکراه و اجبار، عقد باطل پنداشته می‌شود. بند ۲ ماده ۵۰۲ قانون مدنی افغانستان شرط صحت عقد را اهلیت عاقدین، قابلیت معقود علیه برای حکم عقد، مفیدیت و عدم مخالفت آن با نظام و آداب عامه بیان کرده است و با عدم وجود هریک، عقد باطل خواهد بود.

۲. فقدان اهلیت: یکی از مواردی که منجر به بطلان معامله می‌شود، فقدان اهلیت استیفا است. ماده ۲۱۱ قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد: «برای این که متعاملین اهل محسوب شوند، باید بالغ و عاقل و رشید باشند». از این ماده استفاده می‌شود که اهلیت دارای سه رکن است؛ بلوغ، عقل و رشد که در صورت فقدان هر یک از این سه عنصر، معامله باطل خواهد بود همان گونه که در ماده ۲۱۲ قانون مدنی ایران آمده است: «معامله با اشخاصی که بالغ یا عاقل یا رشید نیستند، به واسطه عدم اهلیت، باطل است». ماده ۵۴۳ قانون مدنی افغانستان نیز مقرر می‌دارد: «تصرف صغیر غیر ممیز باطل پنداشته می‌شود، اگرچه ولی وی اجازه داده باشد».

۳. فقدان شرایط مربوط به مورد معامله: برای صحیح بودن هر معامله، لازم است مورد معامله دارای شرایطی باشد که فقدان یکی از آن شرایط بطلان عقد را به همراه دارد. ماده ۲۱۵ قانون مدنی ایران می‌گوید: «مورد معامله باید مالیت داشته و متضمن منفعت عقلایی مشروع باشد» و در ماده ۲۱۶ قانون مدنی ایران اضافه می‌کند: «مورد معامله باید مبهم نباشد، مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است». مجله الاحکام نیز در ماده ۳۶۵ بیان می‌کند: «موضوع عقد قابل حکم باشد؛ یعنی مالیت داشته باشد و موجود باشد. متقوم، مقدور التسليم باشد و آنچه این شرایط را نداشته باشد، عقد باطل است».

۴. جهت نامشروع: جهت یا انگیزه تشکیل عقد، گاهی با نظم عمومی تعارض پیدا می‌کند. در این صورت اعتبار بخشیدن به عمل حقوقی مزبور از سوی قانون

که خود پاسدار نظم جامعه است، فراهم کردن زمینه پیدایش اختلال در نظم تلقی می‌شود. مثلاً معتبر و لازم‌الاجرا شناختن عقد بیع یک ساختمان که انگیزه خریدار آن تأسیس قمارخانه یا مکان فساد در آن ساختمان باشد. به همین دلیل قانون مدنی ایران ماده ۲۱۷ آورد است: «در معامله لازم نیست که جهت آن تصریح شود ولی اگر تصریح شده باشد باید مشروع باشد و الا معامله باطل است». ماده ۵۹۲ قانون مدنی افغانستان می‌نویسد: «هرگاه سبب و جبهه (تعهد) مخالف نظام و آداب عامه بوده یا اصلاً وجود نداشته باشد، عقد باطل پنداشته می‌شود».

۵. ماده ۲۳۳ قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد: «شروط مفصله ذیل باطل و موجب بطلان عقد است: ۱) شرط خلاف مقتضای عقد. ۲) شرط مجهولی که جهل به آن، موجب جهل عوضین شود».

منظور از مقتضای ذات عقد، اثری است که اگر از عقد گرفته شود، جوهره آنچه مورد تراضی است از بین برود. چنانچه شرطی برخی از آثار عقد را نفی کند، درحالی‌که آثار باقی مانده قابل اعتنا نباشد در حکم شرط خلاف مقتضای ذات عقد است، ولی اگر آثار باقی مانده قابل اعتنا باشد، شرط خلاف مقتضای اطلاق تلقی خواهد شد. هرگاه شرط خلاف مقتضای عقد، به گونه‌ای باشد که استنباط گردد، طرفین عقد دیگری را اراده کرده‌اند، شرط صحیح بوده و عقد واقع شده تابع قصد واقعی طرفین خواهد بود.

شرط مجهول در صورتی موجب بطلان عقد است که جهل به آن به عوضین (ارکان عقد) خلل وارد نماید مانند این که خریدار ملک معینی را به مبلغ معین بخرد و در قرارداد شرط کند که فروشنده متعهد است تخفیفی به میزان درخواستی خریدار به وی اعطا کند که در این صورت چون میزان تخفیف مجهول است ثمن معامله نیز مجهول می‌گردد زیرا مشخص نیست چه میزانی باید از ثمن کسر گردد. (بیات، ۱۳۹۴: ۱۴۰)

۳-۱-۳. تبعض در بطلان عقد

بطلان عقد گاهی به صورت فراگیر است و گاهی هم به صورت جزئی در عقد اثر



می‌گذارد. برای مثال، اگر کسی لب تاب دیگری را همراه کتاب خود یکجا به مشتری بفروشد، معامله نسبت به مال غیر (لب تاب) اگر مالک تنفیذ نکند، باطل، ولی نسبت به کتاب باطل نیست. قانون مدنی افغانستان در ماده ۶۱۷ می‌گوید: «هرگاه بطلان قسمتی از عقد ظاهر گردد، قسمت متباقی به حیث عقد مستقل صحیح پنداشته می‌شود. مگر این‌که عقد قابل تجزیه نباشد». بنابراین سبب بطلان گاهی فراگیر نیست و تنها به بخشی از مورد عقد توجه دارد؛ مانند این‌که وارثی سهم برادران را همراه با حصه خود از میراث می‌فروشد و بارد این معامله فضولی رو برو می‌شود، یا پس از انجام معامله معلوم می‌گردد که بخشی از مبیع تلف شده است. (کاتوزیان، بی‌تا: ۳۱۳) در این صورت خیار تبعض صفقه حاصل می‌شود.

ماده ۴۴۱ قانون مدنی ایران می‌گوید: «خیار تبعض صفقه وقتی حاصل می‌شود که عقد بیع به بعض مبیع به جهتی از جهات باطل باشد در این صورت مشتری حق خواهد داشت بیع را فسخ نماید یا به نسبت قسمتی که بیع واقع شده است قبول کند و نسبت به قسمتی که بیع باطل بوده است ثمن را استرداد کند». برای مثال اگر کسی خانه دیگری را همراه خانه خود یکجا به مشتری بفروشد، معامله نسبت به مال غیر، اگر مالک تنفیذ نکند، باطل ولی نسبت به خانه خودش عقد صحیح است.

قانون مدنی مصر نیز در ماده ۱۴۳ مقرر می‌دارد: «هرگاه بخشی از عقد، باطل یا قابل ابطال باشد، فقط همان بخش ابطال می‌شود، مگر این‌که محرز شود، عقد بدون آن بخش، واقع نمی‌شده است که در این صورت، عقد به عنوان یک کل، باطل خواهد بود» و ماده ۱۳۹ قانون مدنی عراق هم در مورد بخشی از بطلان عقد همین مضمون را بیان می‌کند.

۲-۳. عقد فاسد

فاسد در لغت به معنی تباه، معیوب، خراب، زبون، گندیده، گمراه و باطل به کار می‌رود. (معین، ۱۳۷۱: ۲۴۷۰) فساد تغییر چیزی از حالت سالم و خارج شدن از اعتدال است. (زرقاء، ۱۴۱۸، ۱: ۷۲۹) مراد از فاسد، ممنوعیت مجازی و عرفی به اعتبار عرف است. در فقه و حقوق از جهات متفاوت معانی مختلفی را افاده می‌کند،

مهم‌ترین مفهوم فساد در فقه و حقوق آن است که فساد وصفی است برای عقود و معاملات و تصرفاتی که منشأ اثر واقع نمی‌شود. مفهوم دیگر فساد، تباهی مادی است که این مفهوم فساد نیز در حقوق خصوصی مورد توجه است. به عنوان نمونه، فساد اعیان موجب می‌شود که وصف مال بودن (به اختلاف موارد) از عین زایل شود و عین فاسد به عینی گفته می‌شود که وضعیت آن چنان دگرگون شده باشد که مقصود از آن حاصل نشود، مانند گوشت گندیده که هدف خوردن آن با برخورداری از این وصف از بین می‌رود. (انصاری، ۱۳۸۶، ۲: ۵۹۹)

در فقه امامیه فاسد و باطل به یک معنی است؛ در عقود، هر فاسدی باطل و هر باطلی فاسد است و آن عقدی است که شروط مورد نظر شارع در آن جمع نشده و هیچ اثری بر آن مترتب ناست. (مغینه، ۱۴۲۱، ۲: ۴۸) بنابراین هیچ تفاوتی بین احکام و آثار عقد باطل و فاسد در فقه امامیه وجود ندارد. به همین دلیل است که در بسیاری از مواقع، فقهای امامیه این دو اصطلاح را به جای یکدیگر استفاده کرده‌اند. مثلاً آنجا که فقها از مقبوض به عقد فاسد بحث می‌کنند، منظور همان مالی است که به واسطه عقد باطل تحویل شده است. پس ماهیت باطل و فاسد یکی است، چون این دو، از این جهت که بلا اثر هستند هیچ فرقی باهم ندارند. (کاشف الغطاء، ۱۳۷۳، ۱: ۱۲۳)

در فقه حنفی میان عقد فاسد و باطل تفاوت وجود دارد و در قانون مدنی برخی کشورها که مذهب حنفی دارند، مانند افغانستان، امارات متحده عربی و اردن، عقد باطل و فاسد را جداگانه در نظر گرفته‌اند. برای مثال در ماده ۱۷۰ قانون مدنی اردن در تعریف عقد فاسد آمده است: «(۱) عقدی که در اصل مشروع و در وصف نامشروع باشد اگر سبب فساد زایل گردد عقد صحیح است. (۲) عقد فاسد افاده‌ای ملکیت نمی‌کند مگر به قبض»؛ اما در برخی کشورها مانند مصر، عراق، سوریه، لیبی و الجزایر، عقد فاسد به صورت مجزا مطرح و تعریف نشده، بلکه صرفاً اصطلاح عقد باطل در مقابل عقد صحیح به کار رفته است که شاید مشعر به آن باشد که قوانین این کشورها بین عقد فاسد و باطل تفکیک قائل نیستند.

مطابق فقه حنفی، عقد باطل آن است که در رکن و موضوع آن نقض باشد و رکن



عقد عبارت از ایجاب و قبول است؛ اما عقد فاسد آن است که نقض در رکن و موضوع نباشد، ولی خلل در ثمن باشد، مانند آنکه ثمن شراب باشد. هرگاه مشتری متاعی را خریداری کند و ثمن آن را شراب قرار دهد، بیع فاسد است و این بیع فاسد با قبض مبیع نافذ می شود منتها مشتری مکلف است که به جای شراب، چیزی دیگری پرداخت کند؛ زیرا شراب صلاحیت ثمن بودن را ندارد. (جزیری، ۱۴۱۹، ۲: ۲۷۵)

دیدگاه فقیهان شافعی، مالکی و حنبلی مذهب در زمینه عقد فاسد آن است که در صورت فساد عقد، ملکیت حاصل نمی شود، خواه قبض انجام گرفته و خواه نگرفته باشد و مشتری نمی تواند در مبیع تصرفاتی چون بیع و امثال آن انجام دهد. شفیق شحاته در رساله «النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية» می نویسد: «عقد فاسد در واقع باطل است و اثری بر آن مترتب نیست و تنفیذ، فساد عقد را برطرف نمی کند».

فقیه بزرگ شافعی جناب سیوطی می نویسد: «باطل و فاسد نزد ما شافعیه مترادف هستند. مگر در خلع، عاریه، وکالت، شرکت، مضاربه، عبادات و در حج». (سیوطی، ۱۴۱۸، ۲: ۳۳) هم چنین می گوید: «بیع آنچه نفعی ندارد، بیع شیء نجس، بیع آنچه حق الهی یا حق خصوصی به آن تعلق گرفته مثل بیع مال موقوف یا مرهون، ربا، بیع کالی به کالی، بیع فضولی و معاطات و اکراهی نیز در مذهب شافعی موجب بطلان بیع می گردد». بنابراین مطابق فقه شافعی بیع فضولی از اقسام بیع باطل است و اجازه بعدی مالک، موجب رفع فساد نمی شود. هم چنین در عقد اکراهی، رفع اکراه و اجازه مالک موجب تنفیذ آن نمی شود.

در فقه مالکی همانند شافعیه و حنابله، عقد باطل و فاسد مترادف تلقی شده است و اگر نامی از عقد فاسد برده می شود، منظور همان عقد باطل با احکام و آثار ویژه خود است. فقیهان مالکی، موجبات فساد بیع را به دو دسته تقسیم کرده اند:

۱. موجبات عمومی فساد که عبارت اند از حرمت عین مبیع، ربا، غرر و شروطی که به ربا و غرر مربوط می شود.

۲. موجبات خارجی فساد مثل غش، ضرر، نهی از معامله و...

گفتنی است که در فقه مالکی برخلاف فقه حنفی، عقد اکراهی جزء عقود صحیح، ولی غیر لازم به شمار می‌رود؛ اما بیع فضولی به استناد روایت عروه بارقی راجع به تنفیذ خرید و فروش گوسفند توسط بارقی و تنفیذ آن توسط پیامبر اکرم (ص) جزء عقود موقوف بر اجازه مالک به شمار می‌آید، نه باطل.

در فقه حنبلی نیز عقد فاسد و باطل مترادف دانسته شده است. فقیهان حنبلی معتقدند بیع هنگامی صحیح است که موافق فرمان شارع انجام گرفته و همه ارکان و شروط، خواه مربوط به متعاملین و خواه مربوط به عوضین و یا نفس عقد در آن کامل باشد. چنین بیعی ملکیت مبیع و ثمن افاده می‌کند و انتفاع از چنین معامله‌ای حلال خواهد بود؛ اما بیعی که مخالف فرمان شارع باشد، فاسد و باطل است.

براین اساس، دیدگاه فقه حنفی نسبت به عقد فاسد متفاوت از دیدگاه سایر مذاهب اسلامی است. طبق فقه حنفی و ماده ۱۰۹ مجله الاحکام: «بیع فاسد بیعی است که به اعتبار اصل خود مشروع است ولی به اعتبار وصف مشروع نیست، به این معنی که از ناحیه ذات خود صحیح بوده و به اعتبار بعضی اوصاف خارجی فاسد باشد. درواقع عقد فاسد حالت میانه بین عقد صحیح و باطل است»؛ اما سایر مذاهب چنین تقسیم‌بندی را ندارد و تفاوت بین عقد باطل و فاسد قائل نیستند. بارزترین مصداق عقد فاسد عقدی است که مورد معامله در آن مجهول باشد. عقد مزبور از نظر فقه امامیه و سه مذهب دیگر اهل سنت باطل است و رفع ابهام بعدی نیز آن را تصحیح نمی‌کند. برخی گفته‌اند: بیع فاسد بیعی است که اسلام آن را تشریع نکرده و به همین جهت منعقد می‌شود لکن افاده حکم شرعی نمی‌کند و ملکیت بر آن مترتب نمی‌شود اگرچه به قبض مشتری درآید، زیرا حرام نمی‌تواند طریقی برای تملک باشد؛ (سید سابق، ۱۳۹۱، ۳: ۲۲۴) اما از دیدگاه مذهب حنفی می‌توان با رفع ابهام از مورد معامله، عقد فاسد را تصحیح کرد و بدان اثر بخشید. (قنوتی، ۱۳۷۹: ۱۰۹) ماده ۳۶۴ مجله الاحکام مقرر کرده است: «هرگاه شروط انعقاد بیع موجود گردد ولیکن به اعتبار بعضی از اوصاف خارجی درست نشود مانند این که مبیع معلوم نباشد یا نقص در قیمت باشد، بیع فاسد می‌گردد».



۴. منشأ اختلاف در عقد فاسد و باطل

در معاملات نهی یا راجع به ذات معامله یا راجع به جزئی از اجزا معامله است و یا به وصف لازم یا به وصف مفارق و یا به امری خارج، از بین این اقسام، آنجایی که نهی راجع به امری خارج باشد، مثل نهی از بیع در وقت ندا (نماز جمعه) نهی مقتضی فساد نیست؛ اما در سایر موارد لازم است هر موردی جداگانه مورد نظر قرار گیرد تا معلوم شود که مراد از نهی، فساد و بیان حکم وضعی و یا منظور از نهی، بیان حکم تکلیفی است و غیر از ممنوعیت عمل و حرمت آن، اثر دیگر ندارد. (عبده، بی تا: ۳۱) مطابق فقه حنابلّه، نهی چه به وصف ملازم با فعل و چه به وصف خارج از فعل تعلق گرفته باشد، از اسباب فساد و بطلان تلقی می شود. (جمال، بی تا، ۱: ۱۲۰)

از دیدگاه فقه‌های مذاهب اسلامی، عقد هنگامی صحیح است که مطابق فرمان شارع بوده، تمام ارکان و شروط را دارا باشد؛ اما اگر مخالف فرمان شارع باشد، فاسد و باطل خواهد بود و در این که نهی شارع در ذات باشد یا وصف، فرقی نیست. (حکیم و البکری، ۱۹۸۰، ۱: ۱۱۹) بنابراین عقد فاسد و باطل عقدی است که اسلام آن را نهی نموده و اثری بر آن مترتب نمی شود، هر چند قبض نیز در آن عقد تحقق یافته باشد، چرا که حرام نمی تواند طریقی برای تملک باشد. (سید سابق بی تا، ۳: ۱۰۳) هر آنچه در اصل ممنوع شده باشد، در وصف نیز ممنوع است و هیچ اثری بر آن مترتب نمی شود. به خصوص که در قرآن نیز فرق میان باطل و فاسد گذاشته نشده است؛ زیرا باطل چیزی است که در حقیقت به وجود نمی آید. خداوند نیز شیء را که حقیقتاً به وجود نیامده است، فاسد می داند.

برخلاف دیدگاه اغلب مذاهب اسلامی، حنفیه میان باطل و فاسد تفکیک قائل شده است. تفکیک یاد شده از معنای لغوی نیز استفاده می شود؛ زیرا مراد از فاسد، معیوب یا خراب بودن است که در شیء مورد نظر تغییر حالت حادث شده و از حالت سلامت به ناسالم تغییر یافته، ولی عین هم چنان موجود باشد. مثل آنکه گوشت در اثر فساد، غیر قابل استفاده شود، ولی اصل گوشت همچنان باقی باشد،

برخلاف باطل که اصلاً وجود ندارد. شهید ثانی در کتاب تهمة القواعد خود بین باطل و فاسد تفکیک قائل شده است، ولی این تفکیک را صرفاً تفاوت لغوی تلقی کرده و مؤثر در رابطه حقوقی نمی‌داند. اگر فقهای حنفی در عبادات فرقی بین فاسد و باطل نمی‌گذارند بدان جهت است که عبادات، تعبد محض هستند و حکم شارع به غیر اطاعت امتثال نمی‌یابد و مخالفت با آن مقصود را از بین می‌برد. لذا ذمه مکلف با عبادات فاسد بری نشده و مانند آن است که عبادت انجام شده باطل بوده است؛ اما در معاملات اولاً مقصود از بین نمی‌رود، ثانیاً، هدف مصالح بندگان در دنیا است و فرصت اصلاح همچنان وجود دارد و به این دلیل تا هنگامی که خلل در حقیقت و ماهیت نباشد، علتی برای از بین رفتن وجود ندارد. (سنه‌وری، ۲۰۱۱، ۱: ۱۰۵) همچنین مطابق فقه حنفی و بند ۲ ماده ۹۷ قانون مدنی افغانستان، «هرگاه بعد از ازدواج فاسد دخول صورت بگیرد، مهر، نسب، حرمت مصاهره، عدت، تفریق و نفقه ثابت می‌گردد» و حال آنکه طبق ماده ۹۵ قانون مدنی افغانستان، «هیچ‌یک از آثار ازدواج صحیح بر ازدواج باطل گرچه دخول در آن صورت گرفته باشد، مرتب نمی‌گردد».

حنفی‌ها حکم بر قبیح منهی عنه می‌کنند و قبیح منهی عنه را به قبیح برای عین و قبیح برای غیر عین تقسیم می‌کنند؛ آنچه قبیح برای عین است را بر دو قسم قبیح وصفی و قبیح شرعی می‌دانند. قبیح برای غیر عین را نیز دارای دو نوع دانسته‌اند، قبیح وصفی غیر عینی مثل روزه روز عید و قبیح نزدیک به وصف مثل نهی از معامله در روز جمعه به دلیل ترک نماز جمعه. حکم آنچه قبیح آن برای عین است، اصلاً نامشروع است؛ اما آنچه قبیح آن برای نهی از امور شرعی است، نهی در وصف واقع می‌شود و منهی عنه بعد از نهی در اصل مشروع است، ولی در وصف نامشروع است. (سرخسی، بی‌تا، ۱۳: ۹۵)

خواستگاه تفکیک بین عقد فاسد و باطل از نظر ابوحنیفه بر پایه جدایی اصل عقد از وصف عقد است. منظور از اصل عقد، رکن و شرایط صحت عقد است و مراد از رکن عقد، ایجاب و قبول است و شرایط رکن در صیغه توافق بین ایجاب و قبول و



اتحاد مجلس و در عاقد عقل و تعدد طرفین عقد و در مبیع امکان تعیین و صلاحیت معامله است؛ اما اوصاف عقد بیشتر به موضوع عقد برمی گردد. موضوع عقد گاهی حرام است و گاهی حرام نیست. بنابراین ابوحنیفه تفکیک قائل شده است که اگر نقص در اصل و اختلاف رکن یا شرطی از شرایط باشد، عقد باطل است؛ (سرخسی، بی تا، ۱۳: ۱۴۷) اما اگر نقص در وصف و اختلاف به یکی از اوصاف مانند شرط فاسد یا ربا یا ضرر هنگام تسلیم یا خدشه دار شدن رضا باشد، عقد فاسد است نه باطل.

۵. دلایل مخالفین جدایی عقد باطل و فاسد

مهم ترین دلایل مخالفین جدایی عقد فاسد و باطل، موارد ذیل است:

۱. هریک از عقد فاسد و باطل منهی عنه شارع است و عقد منهی عنه، نافرمانی از فرمان قانون گذار و حرام است و هرچه نافرمانی و حرام باشد، صلاحیت اثبات مالکیت یا تعهد را ندارد و هیچ اثر حقوقی بر آن مترتب نمی گردد. پیامبر اکرم می فرماید: «هر عملی که در آن فرمان من نیست، آن عمل مردود است». معنای بطلان عقد همین است. (سرخسی، بی تا، ۱۳: ۱۴۷) خواه این نافرمانی مخالف با ذات و حقیقت عقد باشد یا مخالف با وصفی از اوصاف عقد باشد.

۲. نهی از اصل و وصف یکی است، یعنی نهی از وصف نهی از اصل شمرده می شود. فقهای مالکیه می گویند: هر امری که شارع از اقدام به آن نهی کرده، فاسد است خواه در عبادات مثل نماز و روزه و خواه در عقود مثل بیع و نکاح باشد، به شرطی آنکه نهی مربوط به ذات باشد. مانند مردار، خوک که شارع به جهت ذاتشان از آن ها نهی کرده است. اگر این ها فروخته شوند، حرام و باطل خواهد بود. خواه در وصف باشد؛ مانند شراب که شارع به جهت وصف آن یعنی مست کردن آن را مورد نهی قرار داده و بیعش باطل است یا امر خارج لازم آن باشد؛ مانند روزه روز عید که به جهت ذات و وصف مورد نهی قرار نگرفته، بلکه به جهت امر خارج لازم آن منهی عنه است؛ زیرا روزه گرفتن اعراض از ضیافت الهی است؛ اما اگر نهی به امر

خارج غیر لازم آن باشد، عمل هرچند حرام است؛ اما فاسد نیست. مانند نماز در خانه مغضوب، با آنکه نهی به آن تعلق گرفته، ولی این نهی به جهت امر عرضی و غیر لازم نماز است؛ یعنی نهی به جهت وجود شخص در خانه مغضوب صدور یافته است. بنابراین خود نماز صحیح است لیکن نماز خوان گناه کار است. (گرجی، ۱۳۹۴، ۱: ۲۲۹)

۳. تفکیک میان عقد فاسد و باطل آن گونه که حنفی‌ها قائل هستند، مخالف با قاعده «کل ما کان ممنوعاً بوصفه فهو ممنوع باصله» است. بنابراین اگر فقیهان حنفی قائل به جدایی عقد فاسد از عقد باطل باشد، نباید قاعده مزبور را بپذیرند؛ درحالی که ایشان این قاعده را از قواعد عمومی حقوق و فقه دانسته و در کتاب‌های معتبر خود آورده‌اند. مطابق این قاعده، اگر عقد منهی عنه حادث شود چه باطل و چه فاسد باشد، هیچ اثری بر آن مترتب نمی‌شود؛ زیرا نهی شارع عقد را غیر مشروع و غیر موجود قرار می‌دهد. (زحیلی، ۱۴۰۹، ۴: ۲۳۵)

۶. مهم‌ترین مصادیق عقد فاسد در فقه حنفی

در فقه حنفی مصادیق فراوانی را برای عقد فاسد می‌توان برشمرد که مهم‌ترین آن‌ها، موارد ذیل است:

۱. **عقد اکراهی:** در اکراه علمای احناف اختلاف نظر دارند؛ ابوحنیفه می‌گوید اکراه عقد را فاسد می‌کند و آثار عقد فاسد بر آن مترتب است. نظر زفر بن الهذیل یکی از بزرگان حنفی مذهب آن است که عقد اکراهی صحیح و موقوف است و نه فاسد. (زرقا، ۱۴۱۸، ۱: ۳۴۶) ماده ۱۰۰۶ مجلة الاحکام می‌گوید: «در حال اکراه هیچ‌یک از عقود فروش، خرید، هبه، اجاره، صلح، بخشش، اقرار، ابرا از مال، تأجیل دین و اسقاط شفع اعتبار ندارد. خواه اکراه ملجی باشد که موجب زوال رضا و محدودیت اختیار و آزادی اراده می‌شود و در آن خوف تلف نفس یا عضو وجود دارد و یا اکراه غیر ملجی باشد که تنها سبب زوال رضا شده و محدودیتی در اراده و آزادی انتخاب ایجاد می‌کند». ماده ۵۵۱ قانون مدنی افغانستان در این مورد می‌گوید:



«اکراه تام عبارت است از تهدید به خطر فاحش جسمی یا مالی. تهدید به خطر غیر فاحش اکراه ناقص گفته می‌شود؛ اما اگر خود مکره بعد از زوال اکراه این عقود را اجازه داد، معتبر پنداشته می‌شود».

مذاهب دیگر اسلامی نظریات گوناگونی در مورد عقد اکراهی دارند. شافعیه عقد اکراهی را باطل می‌داند و مالکیه تصرف در عقد مکره را نافذ غیر لازم محسوب می‌کند. فقیهان امامی هم در عقد اکراهی نظریات متفاوت را مطرح کرده‌اند و از جمله برخی از آن‌ها اعتقاد به بطلان عقد مکره دارند؛ زیرا اولاً، در عقد اکراهی قصد محقق نمی‌شود و از آنجاکه قصد، رکن در تحقق عقد است و عقد اکراهی فاقد چنین رکنی است، عقد تحقق پیدا نمی‌کند. این گروه رضایت و طیب نفس را مترادف قصد می‌دانند و مکره را چون فاقد رضایت است، فاقد قصد تلقی می‌کنند. (اردبیلی، ۱۴۰۳، ۸: ۱۵۵). ثانیاً، آیه شریفه «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ»، (نساء: ۲۹) دلالت بر بطلان عقد اکراهی می‌کند. ثالثاً، محقق کرکی نیز می‌گوید: «نسبت به حکم عقد اکراهی اگر اجماعی می‌بود دیگر جای بحث نداشت و در صورت فقدان اجماع میدان بحث و نظر باز است چون با عدم رضایت، اصلاً عقد منتفی می‌شود»؛ (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ۴: ۶۲) اما مشهور فقیهان امامی می‌گویند: «مکره فقط فاقد رضا و طیب نفس است ولی واجد قصد است و لذا حکم به فساد عقد نمی‌شود» (شیهد ثانی، ۱۴۱۰، ۳: ۲۲۶) و اگر شخص مکره بعد از برطرف شدن اکراه راضی به معامله شد، عقد صحیح است و قبل از آن عقد فضولی محسوب می‌شود. (خویی، ۱۴۱۳، ۳: ۳۱۳)

عقد اکراهی در فقه امامیه و قانون مدنی ایران غیر نافذ است، ماده ۳۴۶ قانون مدنی ایران می‌نویسد: «عقد بیع باید مقرون به رضای طرفین باشد و عقد مکره نافذ نیست». علت عدم نفوذ معامله اکراهی تنها نبودن رضای باطنی و طیب خاطر نسبت به نتیجه‌ای معامله است؛ یعنی همه ارکان صحت معامله در معامله مکره موجود است به جز رضای باطنی و همین عدم رضای مکره باعث عدم نفوذ معامله مکره است و قهراً اگر مکره به دلیلی، پس از انجام معامله راضی شود و نسبت به آن

معامله طیب خاطر پیدا کند، طبق عقیده مشهور فقیهان معامله صحیح و نافذ خواهد شد. (امامی، بی‌تا، ۴: ۷۲) ماده ۲۰۹ قانون مدنی ایران می‌گوید: «امضای معامله بعد از رفع اکراه موجب نفوذ معامله است». بنابراین رضای در معامله نقش تنفیذ کنندگی دارد و با الحاق رضا به معامله، آن معامله تنفیذ می‌شود، چنان‌که در معامله فضولی رضای بعدی کاشف از صحت عقد فضولی از زمان انشاء است.

۲) جهل فاحش: جهلی که سبب فاسد شدن عقد می‌گردد، از قرار ذیل است:
- جهل در معقود علیه (محل عقد)، مانند جهل مشتری بر مبیع در عقد بیع و جهل مستأجر به مورد اجاره.

- جهل در عوض در عقود معاوضی، مانند جهل بر ثمن در عقد بیع.

- جهل در مدت ملزم، مانند جهل متعاقدين در عقد اجاره.

ماده ۲۱۳ مجله الاحکام می‌نویسد: «بیع مجهول فاسد است. پس اگر بایع برای مشتری بگوید که جمیع اشیایی را که در ملکیت من قرار دارد، بر شما فروختم و در مقابل مشتری بگوید که آن‌ها را خریدم، درحالی‌که وی نمی‌داند که این اشیا چه است، بیع فاسد است». بیع زمانی فاسد است که مبیع یا ثمن مجهول باشد یا زمان پرداخت ثمن مجهول باشد. (علی، بی‌تا، ۱: ۱۰۷) ماده ۲۳۷ مجله الاحکام می‌نویسد: «مسمی نمودن پول در خرید و فروش لازم است. اگر خرید و فروش بدون مسمی نمودن پول صورت گیرد، بیع فاسد دانسته می‌شود». در هنگام بیع مسمی نبودن ثمن (تعیین قیمت) لازم است. اگر در هنگام بیع، عقد با سکوت یعنی نبودن تعیین ثمن منعقد شد، بیع فاسد است نه باطل چون مطلق بیع معاوضه است. پس هرگاه بایع سکوت کند و قیمت مبیع را مشخص نکند و ثمن مجهول بماند، بیع فاسد است. (علی، بی‌تا، ۱: ۲۱۸) بنابراین هرگاه فردی مالی را خریداری کند از فرد دیگر بدین صورت که نصف قیمت را نقد پرداخت کند و نصف دیگر را هنگامی‌که از سفر برگردد پرداخت کند، بیع فاسد است. یا شخصی جنسی را خریداری کند با این شرط که ثمن را زمانی که استخدام به وظیفه شد پرداخت می‌کند، بیع فاسد است. (علی، بی‌تا، ۱: ۲۱۸)



۳. غرر: فقهای احناف دو نوع غرر را بیان می‌کنند؛ ۱) غرر در اصل معقودعلیه، سبب بطلان عقد می‌گردد. مانند بیع حمل در بطن مادرش. ۲) غرر در اوصاف و مقادیر، سبب فساد عقد می‌گردد. مراد از غرر از نظر احناف این نوع غرر است. (زرqa، ۱۴۱۸، ۱: ۳۴۴) ماده ۱۳۳۶ مجله الاحکام می‌نویسد: «بیان تقسیم ربح میان شرکا شرط است پس اگر مبهم و مجهول باقی بماند، شرکت فاسد پنداشته می‌شود».

نتیجه‌گیری

در نظام حقوقی افغانستان و فقه حنفی، ضمانت اجرای اصلی رعایت نکردن قواعد حقوقی و قانونی حاکم بر ارکان یا شرایط اساسی انعقاد عقد فساد یا بطلان است. در کنار این موقوف و غیر نافذ بودن نیز ضمانت اجرای دیگری است که قلمرو محدود دارد؛ اما بر پایه فقه حنفی و قانون مدنی افغانستان فساد یک نهادی است که میان عقد صحیح و باطل قرار دارد که قواعد و اصول خاص خودش را دارد. این نهاد حقوقی و فقهی در صدد حفظ روابط طرفین عقد است تا از این طریق بتواند به تداوم روابط قراردادی کمک کند. امروزه در جهان بیشتر توجه به حفظ روابط قراردادی است، این نهاد اگرچه نارسا و ناقص است ولی شاید بتواند به عنوان یک مقدمه برای جهانی شدن قواعد عمومی قراردادها باشد؛ مانند بطلان نسبی در که در برخی از کشورهای غربی مطرح شده است که یک راهکار برای حفظ و تداوم اشخاص حقوقی است تا از بطلان عقود جلوگیری شود.

در نظام حقوقی ایران و فقه امامیه قاعده اصلی به عنوان اجرای رعایت نکردن شرایط اساسی در عقود، بطلان است و در پاره موارد غیر نافذ بودن عقد نیز مطرح است اما نهادی به نام عقد فاسد به طور جداگانه وجود ندارد. قانون مدنی ایران و مذاهب سه گانه دیگر فاسد و باطل را مترادف هم می‌دانند.

کسانی که طرف دار تفکیک عقد باطل و فاسد هستند، منشأ این اختلاف را تفاوت نهی در وصف و اصل می‌دانند و در اصل وصف تفکیک قائل شده‌اند. فقهای احناف و قانون مدنی افغانستان کوشیده‌اند که روابط طرفین عقد را تا حدی امکان بی‌اثر

تلقى نکنند و این رابطه را از دیدگاه حسن نیت به آن، نگاه می‌کنند با وجود خللی که در انعقاد عقد وجود دارد، باید ترمیم و مستحکم کنند تا از هم جدا نسازند. اگرچه نهاد فساد در قانون مدنی مصر، عراق و برخی از کشورهای اسلامی دیده نمی‌شود. تا جایی که روابط طرفین در عقد فاسد به نظم عمومی برخورد نمی‌کند و حفظ رابطه طرفین به خصوص در حقوق مدنی که امکان تداوم آن وجود دارد از برهم زدن آن بهتر به نظر می‌رسد. با این وجود، مطابق دیدگاه فقیهان سایر مذاهب اسلامی نهادی بنام عقد فاسد هیچ جایگاه ندارد.



فهرست منابع

۱. ابن منظور، جمال‌الدین، (۱۴۱۴ق)، لسان العرب، بیروت: دارالفکر.
۲. اردبیلی، احمد، (۱۴۰۳ق)، مجمع الفایده و البرهان فی شرح ارشادالاذهان، قم: دفتر نشر اسلامی.
۳. امامی، سید حسن، (بی‌تا)، حقوق مدنی، تهران: انتشارات اسلامی.
۴. انصاری، مسعود، طاهری، محمدعلی، (۱۳۸۶)، دانش‌نامه حقوق خصوصی، بی‌جا: نشر مهارت.
۵. بهرامی، حمید، (۱۳۹۰)، حقوق تعهدات و قراردادها، تهران: دانشگاه امام صادق (ع).
۶. بیات، فرهاد؛ بیات، شیرین، (۱۳۹۴)، شرح جامع حقوق مدنی، تهران: انتشارات ارشد.
۷. جزیری، عبدالرحمن؛ غروی، سید محمد، (۱۴۱۹ق)، الفقه علی المذهب الاربعه و مذهب اهل بیت، بیروت: بی‌نا.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۸)، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش.
۹. جمال، عبدالناصر، (بی‌تا)، موسوعه الفقه الاسلامی، قاهره: بی‌نا.
۱۰. حکیم، عبدالمجید؛ البکری، عبدالباقی، (۱۹۸۰م)، نظریه الالتزام فی القانون المدنی العراق، بغداد: بی‌نا.
۱۱. خویی، سید ابوالقاسم، (۱۴۱۳ق)، مصباح الفقاهه، بی‌جا: بی‌نا.
۱۲. الزحیلی، وهبه، (۱۴۰۹ق)، الفقه الاسلامی و ادلته، دمشق: دارالفکر.
۱۳. الزرقا، مصطفی، (۱۴۱۸ق)، المدخل الفقهی العام، دمشق: دارالقلم.
۱۴. سرخسی، شمس‌الدین، (بی‌تا)، المبسوط، بیروت: دارالمعرفه.
۱۵. سعدی، ابوحیب، (۱۴۰۸ق)، القاموس الفقهی لغه و اصطلاحاً، دمشق: دارالفکر.
۱۶. سنهوری، عبدالرزاق احمد، (۲۰۱۱م)، الوسيط، بیروت: منشورات الحقوقیه.
۱۷. سنهوری، عبدالرزاق، (۱۳۹۱)، مصادرالحق، تهران: نشر خرسندی.





۱۸. سید سابق، (۱۳۹۱ق)، فقه السنه، بیروت: دارالکتب العربی.
۱۹. سیوطی، عبدالرحمن، (۱۴۱۸ق)، اشباه النظائر، ریاض: بی‌نا.
۲۰. شهید ثانی، زین‌الدین، (۱۴۱۰ق)، شرح لمعه الدمشقیه، قم: نشر داوری.
۲۱. شهیدی، مهدی، (۱۳۹۳)، اصول قراردادها و تعهدات، تهران: مجد.
۲۲. شهیدی، مهدی، (۱۳۹۴)، تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران: مجد.
۲۳. طاهری، حبیب‌الله، (۱۴۱۸ق)، حقوق مدنی، قم: انتشارات اسلامی.
۲۴. عبده، محمد، (بی‌تا)، کلیات حقوق اسلامی، بی‌جا: بی‌نا.
۲۵. علی حیدر، (بی‌تا)، درر الاحکام، ریاض: دار عالم الکتب.
۲۶. قاسم‌زاده، مرتضی و همکاران، (۱۳۸۲)، تفسیر قانون مدنی، تهران: نشر سمت.
۲۷. قرشی، علی‌اکبر، (۱۴۱۲ق)، قاموس قرآن، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۲۸. فتواتی، خلیل و همکاران، (۱۳۷۹)، حقوق قراردادها در فقه امامیه، تهران: نشر سمت.
۲۹. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۴)، حقوق مدنی، تهران: بی‌نا.
۳۰. کاتوزیان، ناصر، (بی‌تا)، قواعد عمومی قراردادها، تهران: بی‌نا.
۳۱. کاشف الغطاء، محمدحسین، (۱۳۷۳)، تحریرالمجله، تهران: مجمع جهانی تقریب مذاهب الاسلامی.
۳۲. گرجی، ابوقاسم، (۱۳۹۴)، مجموع مقالات، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۳۳. محقق داماد، سید مصطفی، (۱۴۰۶ق)، قواعد فقه، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۴. محقق کرکی، علی، (۱۴۱۴ق)، جامع المقاصد، قم: بی‌نا.
۳۵. محمود، عبدالرحمن، (بی‌تا)، معجم المصطلحات والالفاظ الفقهیه، بی‌جا: بی‌نا.
۳۶. مشکینی، میرزا علی، (۱۴۲۸ق)، مصطلحات الفقه، بی‌جا: بی‌نا.
۳۷. معین، محمد، (۱۳۷۱)، فرهنگ فارسی، تهران: نشر امیرکبیر.

ضمان مالیت در فقه و حقوق موضوعه

محمد آصف محسنی^۱

چکیده

ضمانت به مثل یا قیمت نقش مهمی به ورود طرفین در قرارداد در صورت فسخ یا عدم انجام تعهد در تثبیت حقوق متعاملین دارد، ولی در شرایطی این نوع از ضمان بر اثر تورم و کاهش مالیت مال در عمل بی اثر است و باعث خاتمه یافتن قرارداد به نفع یک طرف می‌گردد. ضمانت اجرایی که در فقه و حقوق موضوعه در صورت نقض قرارداد یا عدم انجام تعهد پیش‌بینی شده است، متفاوت است که نظریه متداول در فقه پرداخت مثل یا قیمت است که در شرایط نابسامان اقتصادی مشی بر مدار عدالت و احترام به مال مسلمان نیست. رویکرد رایج در حقوق موضوعه، اثبات ارزش مبادله‌ای یا همان ضمان مالیت است. لحن روایات و قواعد فقهی - حقوقی، در ضمانت اطلاق دارد. برداشت اکثر فقها از متون روایی و فقهی ضمان مثل و قیمت است، ولی این تحقیق با رد استدلال‌های متداول فقها که دلیل محکم و صریحی به جز اطلاق دلایل ضمان، در دست ندارند، به دنبال اثبات ضمان مالیت در موارد پرداخت دین، مهریه، سپرده‌های بانکی، رد امانت و نقض قرارداد یا عدم انجام تعهد در وقت تعیین شده است.

کلیدواژه‌ها: ضمان، کاهش مالیت، فقه، حقوق موضوعه، تورم، ارزش مبادله‌ای

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، مجتمع آموزش عالی علوم انسانی، جامعه المصطفی العالمیه، قم، ایران

مقدمه

مطرح شدن موضوع ضمان مثل و قیمت در کاهش مالیت و تلف کالا، آن هم در حوزه نقض قراردادها یا عدم انجام تعهد، ابزار حقوقی انعطاف پذیری اند که متضرر می توانند از این طریق هم جبران ضرر کرده و هم تعادل اقتصادی در روابط طرفین قرارداد برقرار گردد. با این حال طرفین گاه در شرایط نابسامان اقتصادی قرار می گیرند که تورم داد می زند و مالیت کالا کاهش شدیدی پیدا می کند که در این گونه وضعیت، نظر دادن به برگرداندن مثل یا قیمت، ضربه مهلکی مالی به طرف معامله وارد و روابط اقتصادی جامعه را خدشه دار و زمینه پرورش فرهنگ ربا را فراهم می گرداند. سؤالی که در چنین شرایطی مطرح می شود آن است که آیا برای جبران ضرر راهکاری به جز برگرداندن مثل یا قیمت وجود دارد؟ آیا متضرر، می تواند مالیت مالش را از ضامن بخواهد؟ این پژوهش بر این پیش فرض استوار است که قایل شدن به ضمان مالیت ابزار معقولی برای جبران ضرر زیان دیده در شرایط تورم و کاهش ارزش مبادله ای کالا باشد. بنابراین، برای رسیدن به مدعا پس از بررسی نظریه فقها و حقوق دانان و مشی حقوق موضوعه، دیدگاه های ارائه شده در این زمینه را مطرح و دلایل و استنادهای قائلین به عدم ضمان مالیت را نقد می کنیم و در پایان با تجزیه و تحلیل نهایی مسئله، پاسخ و راه حل و استدلال معقولی را بر فرضیه مان ارائه خواهیم کرد.

۱. مفاهیم

لازم است پیش از ورود در بحث به بیان دو اصطلاح کلیدی (ضمان و مالیت) در این نوشتار اشاره شود:

۱-۱. ضمان

ضمان در لغت، به معنای پذیرفتن، بر عهده گرفتن، ملتزم شدن به خسارت و... آمده است. (معین، بی تا، ۲: ۲۱۹۰؛ طریحی، ۱۳۷۵، ۶: ۲۷۵) مفهوم تعهد را می شود از موارد استعمال آن در عرف و محاورات نیز استفاده کرد. در یک نگاه اجمالی ضمان به دو بخش (ضمان قراردادی و قهری) تقسیم می شود؛ مراد از ضمان عقدی، تعهدی



است که بر اثر تخلف از مضمون قرارداد، به عهده اشخاص قرار می‌گیرد و موجب مسئولیت می‌گردد. این در صورتی است که بین شخص زیان‌دیده و عامل زیان، قراردادی وجود داشته باشد و خسارت وارده بر اثر عمل نکردن به مفاد عقد و قرارداد باشد. در تعریف این قسم از ضمان، فقها نوشته‌اند: «الضمان عقد شرع للتعهد بمال او نفس؛ ضمان، عقدی است شرعی که نسبت به مال و تن ایجاد تعهد می‌کند».

(محقق حلی، ۱۴۰۹، ۲: ۱۰۷) این نوع از ضمان در اصطلاح فقها دو گونه است: (۱) ضمان به معنای اعم که در بردارنده حواله و کفالت است و به معنای تعهد به مال و نفس می‌آید. (۲) ضمان به معنای اخص؛ به معنای تعهد به مال است، چه عین، منفعت و چه عمل. (طباطبایی یزدی، بی‌تا، ۶۰۴)

در بسیاری از کتب فقهی، عناوین چون ضمان، حواله و کفالت به گونه‌ای مستقل مورد بحث قرار می‌گیرد و ضمان، در معنای خاص خود اطلاق می‌گردد. در هر صورت، در مفهوم و معنای ضمان، فقها اختلافی ندارند، ولی در حقیقت و ماهیت آن، بین فقهای فریقین اختلاف نظر است؛ به گونه‌ای که بسیاری از فقهای اهل سنت، واژه ضمان را از ریشه (ضمّ) به زیادی (نون) گرفته‌اند در نتیجه، این معنا را پذیرفته‌اند که ضمان، ضمّ ذمه به ذمه است؛ یعنی دین بر ذمه مدیون و ضامن مستقر می‌شود و مضمون‌له، مختار است که به ضامن رجوع کند یا به مدیون، ولی فقهای امامیه بر این نظرند که ضمان گرفته شده از (ضمن) است، به دلیل سایر اشتقاق‌ها. گفته‌اند منطقی نیست که در آن واحد، نسبت به یک دین دو ذمه مشغول باشد. از این رو، ضمان به معنای نقل ذمه به ذمه دیگر است، نه ضمّ و پیوسته به آن. (اسدی حلی، بی‌تا، ۲: ۹۳؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۲۶: ۱۱۳) لذا طلبکار بعد از بسته شدن عقد ضمان، فقط می‌تواند حق خویش را از ضامن مطالبه کند، نه از مضمون عنه. بلی اگر ضامن چیزی را به عنوان ضمانت پرداخت کرد، می‌تواند بعداً به مدیون مراجعه کند. از این رهگذر، فقها ثمراتی را بر این دو نظریه بار کرده‌اند که از حیطه‌ای بحث خارج است. ضمان قهری (یا مسئولیت عینی): از بین بردن مال متعلق به دیگری، یا خسارت وارد کردن به آن، چه به دست، یا به وسیله مرکبی که بر آن سوار است و یا توسط

اشیای دیگری که در اختیار دارد و...، ضمان قهری گویند. ضمان عقدی و قهری، دو اصطلاح مورد بحث در حوزه مسئولیت مدنی است که در حقیقت هر دو، یک حقیقت را بیان می‌کند. از این روی، برخی از فقها هر دو را تحت عنوان واحد و جامعی، چون «ضمان عهده» ممکن دانسته‌اند. (کاشف الغطاء، بی تا، ۱: ۸۷ و ۸۶)

در عین حال، شرایط ایجاد مسئولیت و پرداختن خسارت در هر کدام با دیگری فرق می‌کند. فقها مباحث مربوط به ضمان عقدی و قهری را جداگانه مورد تحقیق قرار داده‌اند. راجع به مسائل مربوط به ضمان عقدی و قراردادی و شرایط و ارکان آن، بخش مستقلی به نام کتاب ضمان اختصاص داده‌اند و فروع و جزئیات آن را به دقت تبیین نموده‌اند و برخی، به مسائل مستحدثه و جدید آن، چون بیمه اشاره رفته است و آن را نوعی از عقد ضمان دانسته است و در مباحثی چون اجاره، دیه، ودیعه، عاریه و...، مورد بررسی قرار می‌گیرد، ولی نسبت به ضمان قهری، گرچه بخش مستقلی در فقه به این عنوان اختصاص نیافته است، ولی در ضمن بررسی مباحث غصب، به این نوع از ضمان پرداخته و اسباب و شرایط آن را شناسانده‌اند. از آن طرف در سیستم‌های حقوقی هر کدام به طور جداگانه نظریاتی را در بخش مسئولیت مدنی، به خود مشغول داشته است.

نیاز جامعه بشری اقتضا دارد که به طرح چنین مسئله‌ای پرداخته و به دنبال آن ضمان مالیت را به بوته نقد و بررسی نهیم و با سیری در زندگی امت‌ها و ملت‌ها، به این نتیجه می‌رسیم که جان و مال افراد محترم بوده است و متجاوزان به جان و مال دیگران، نامحترم و مطرود بوده‌اند. برای بقا و اجرای این اصل نشئت گرفته از فطرت بشر، تلاش‌های بسیاری تاکنون صورت گرفته و قوانین و مقررات گوناگونی وضع شده است. در طول تاریخ اجتماعی بشر عامل زیان و خسارت را واهی داشته‌اند که جبران خسارت کنند. درخواست خسارت، مثل یا قیمت، نه تنها ناپسند نبوده، بلکه امری پسندیده و حق مسلم زیان دیده به حساب می‌آمده است. اسلام پس از ظهور، بر این کار عقلایی مهر صحت نهاد و پیروان خود را واداشت تا بر جان و مال دیگران احترام بگذارند و در صورت وارد کردن ضرر و زیان جبران کنند. (موسوی بجنوردی،



۱۳۷۷، ۱۷: ۲) بنابراین در صورت ورود ضرر و خسارت به کسی، دغدغه جوامع بشری در هر برهه‌ای از زمان، جبران ضرر و ایدۀ التیام بخشی برای زیان‌دیده وجود داشته‌اند.

۲-۱. مالیت

قبل از بررسی عنوان فوق، لازم به ذکر است که تعبیر فقه و حقوق از مفهوم مزبور یکی نیست، در فقه مالیت و در حقوق موضوعه ارزش مبادله‌ای، قدرت خرید می‌گویند. از آنجا که عنوان مالیت برگرفته از مال است، بین آن دورابطه ناگزستی وجود دارد. لذا نخست ماهیت مال را بررسی کرده و سپس مالیت را بیان می‌کنیم. عنوان «مال» را برای اشاره به ذات شیء که متّصف به وصف مالیت یا ارزش مبادله‌ای شده است، به کار می‌برند. آن ذات و شیء فرقی نمی‌کند که عین خارجی باشد یا کلی در ذمه؛ مانند دین یا حق، مانند حق تحجیر یا منفعت، مانند سکنای خانه؛ زیرا هر یک از این‌ها مفید بوده و نیازی از نیازهای انسان را برطرف می‌کند و قابل اختصاص و کمیاب است. به همین سبب، ارزش مبادله‌ای و اقتصادی دارد که این خود وصف نسبی و اضافی است. (موسوی خویی، ۱۴۱۷، ۲: ۱۶، ۱۷، ۳۳، ۴۲ و موسوی بجنوردی، ۱۳۷۷، ۲: ۲۹ - ۳۰)

اما لفظ و عنوان «مالیت» را عرف و عقلاً فقط برای اشاره به صفت ارزش مبادله‌ای که وصف نسبی و اضافی است به کار می‌برند. این وصف از آنجا که ذاتی شیء نیست، غیر دائم و زایل شدنی. (راغب، بی‌تا: ۴۹۹) عنوان مالیت به چیزی که قابلیت تقویم به پول داشته باشد، به کار می‌رود. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ۴: ۳۱۶۹) برخی مالیت را به ارزش، بها و قیمت معنا کرده است. (دهخدا، ۱۳۷۷، ۴۳: واژه مالیت) در قانون مدنی ایران ماده ۴۳۴ از مالیت به قیمت تعبیر کرده است: «اگر ظاهر شود که مبیع اصلاً مالیت و قیمت نداشته بیع باطل است و اگر بعض مبیع قیمت نداشته باشد، بیع نسبت به آن بعض باطل است و مشتری نسبت به باقی از جهت تبعض صفقه اختیار فسخ دارد». قانون‌گذار افغانستان مفهوم وسیع‌تری نسبت به مال قائل است و حقوق معنوی را نیز داخل در اموال می‌داند و به لفظ مالیت



نپرداخته است. «مال عبارت است از عین و یا حقی که نزد مردم قیمت مادی داشته باشد». (ماده ۴۷۲ ق.م.ا)

با توجه به مطالب فوق، تفاوت بین مفهوم مال و مالیت روشن و دوگانگی بین این دو از مسائلات است. به نظر می‌رسد از آنجا که مفهوم مالیت عَرْضی است و مقوم به مال است، مناسب است تعریفی از مال را هم بیاوریم تا دورنمای مفهوم مالیت خوب‌تر تبیین گردد. مفردات راغب: «المال سَمی بذلک لکونه مائلاً ابداً و زائلاً، و لذلک سَمی عرضاً»؛ (راغب، بی‌تا: ذیل ماده میل) مال را از آن روی که پیوسته رونده است و زایل شونده، مال گویند و به همین جهت نیز، آن را عرض می‌گویند. مال آن است که از تمام چیزها مالک شوی و اهل بادیه به شتر و گاو و گوسفند مال گویند و فقها به هر آنچه در آن بخشش و بازداشتن جاری شود، مال می‌گویند. بنابراین خاکستر، خاک و مردار مال نیست؛ زیرا نه کسی به دیگری آن‌ها را بذل می‌کند و نه کسی آن‌ها را از دیگری باز می‌دارد.

پس از روشن شدن معنای مال، لازم به یادآوری است که «مَن» در ابتدای قاعده اتلاف و مضاف الی مال یعنی «غیر» هیچ محدودیتی ندارد و می‌تواند فرد، جامعه و اشخاص حقیقی و یا حقوقی باشد. پس در لغت، مال را به چیزی که دارای ارزش مبادله‌ای، قابل استفاده و تملک باشد، معنا کرده‌اند. (نجفی، ۱۴۰۴، ۴۲: ۶۳؛ موسوی خمینی، بی‌تا، ۲: ۵۶۵)

در عرف، مال بر چیزی اطلاق می‌شود که انسان‌ها به آن تمایل دارند و حفاظت از آن را برای استفاده بردن در هنگام نیاز، ضروری می‌شمارند. (موسوی خویی، ۱۴۱۷، ۲: ۳ و ۴) فقها، در تعریف مال، گفته‌اند: «المال مایذلل بازائه المال»؛ مال چیزی است که در برابر آن، مال بدهند. آنچه در رفع نیازهای مردم به کار می‌آید، مانند لباس، غذا و... یا وسیله‌ای باشد برای رفع نیازها، مانند اسکناس و...، به آن مال می‌گویند. (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۷، ۲: ۲۰ و ۲۱) برخی از فقها، بر تعریف فوق ایراد گرفته‌اند و برای تکمیل آن دو چیز را در تحقق مفهوم مال دخیل دانسته‌اند: «احدهما حاجة الناس فی امور دنياهم او عقباهم، والثانی عدم امکان الوصول الیه



بلا اعمال و مشقة». (ایروانی، ۱۳۸۵: ۱۶۵) قانون مدنی افغانستان نیز در ماده ۴۷۲ از مال این گونه تعریف آورده است: «مال عبارت است از عین و یا حقی که نزد مردم قیمت مادی داشته باشد».

۲. تحلیل رابطه ضمان و مالیت

برای بهتر ورود پیدا نمودن به بحث، لازم است عباراتی همچون قدرت خرید، ارزش مبادله‌ای، ارزش اسمی و ارزش حقیقی را که هرکدام به‌نوعی با عنوان مالیت در ارتباط‌اند، تبیین گردد و سپس ارتباط ضمان و مالیت موردبررسی قرار گیرد. پول کالایی و فلزی، دارای دو نوع ارزش بودند: (۱) ارزش استعمالی: منظور از آن فایده‌ای مصرفی است که آن اشیا آن را دارا بودند و ماده پول با صرف نظر از جنبه پولی، دارای چنین ارزش استعمالی بود؛ یعنی دارایی مصارف خاصی بود که مردم از آن استفاده می‌کردند. به‌طور مثال، اگر خوردنی بود، به‌صورت خوراکی، اگر پوشیدنی بود به شکل پوشاکی و اگر زینتی بود در جایگاه زینت به کار می‌گرفتند. (۲) ارزش مبادله‌ای: ارزشی است که به‌وسیله آن، ارزش مبادله‌ای سایر کالاها و خدمات اندازه‌گیری می‌شود [ربا و تورم (بررسی تطبیقی جبران کاهش پول و ربا). (یوسفی، ۱۳۸۱: ۷۲) پس از آنکه این اشیا در نظر عرف و عقلا به‌صورت پول پذیرفته شد، این زمینه پیدا شد که بیش از پیش مورد تقاضا واقع شوند. در نتیجه ارزش مبادله‌ای آن‌ها در مقایسه با همین ارزش پیش از پول واقع شدن، بیشتر می‌شد. بنابراین میزان ارزش مبادله‌ای کالایی قراردادی نبود. همچنان که اصل ارزش مبادله‌ای در پول کالایی نیز اعتباری و قراردادی نبود، بلکه عرف اصل ارزش مبادله‌ای شیئی را به‌صورت معیار سنجش ارزش سایر کالاها و خدمات اعتبار می‌کرد؛ در نتیجه آن شیئی به‌صورت واسطه در مبادله‌ها به کار گرفته می‌شد. (یوسفی، ۱۳۸۱: ۷۲)

اگر عرف و عقلا اعتبار و قرارداد خود را ملغی می‌کردند، آن شیئی عنوان پول بودن خود را از دست می‌داد، ولی ارزش مبادله‌ای و استعمالی آن از بین نمی‌رفت. گرچه این رفتار باعث کاهش تقاضا و ارزش مبادله‌ای آن می‌شد.

۱. قدرت خرید: پول کاغذی و اسکناس، افزون بر ماده فیزیکی (کاغذی)، دارای ارزش مبادله‌ای عام است. ماده فیزیکی نزد عرف و عقلا با صرف نظر از ارزش مبادله‌ای، هیچ‌گونه فایده مصرفی ندارد. لذا در پول غیر از ارزش مبادله‌ای، چیز دیگری به نام قدرت خرید وجود ندارد، بلکه قدرت خرید همان ارزش مبادله‌ای عام در پول است. مالیت در پول نیز چیزی جز همان ارزش مبادله‌ای عام نیست. بنابراین قدرت خرید، مالیت و ارزش مبادله‌ای در پول، یک چیز است و هیچ‌گونه تهاقتی باهم ندارد. (یوسفی، ۱۳۸۱: ۷۲) از طرفی، ارزش مبادله‌ای یا قدرت خرید در پول به دو گونه مورد ملاحظه قرار می‌گیرد:

۲. ارزش اسمی: اگر ارزش پول بدون نظر داشت شاخص قیمت‌ها سنجیده شود؛ یعنی میزان تورم و کاهش ارزش آن را لحاظ نکنند، به آن ارزش اسمی گویند. به طور مثال هزار افغانی (واحد پول افغانستان)، چه تورم وجود داشته باشد یا نداشته باشد، همیشه همان هزار افغانی است.

۳. ارزش حقیقی: اگر ارزش پول را با توجه به شاخص قیمت‌ها در نظر بگیریم؛ یعنی میزان تورم و کاهش ارزش پول در نظر گرفته شود، ارزش حقیقی گویند. به طور مثال هزار افغانی - اگر در طول سال، ۳۰ درصد تورم داشته باشیم - پس از یک سال، ۷۰۰ افغانی خواهد شد. (یوسفی، ۱۳۸۱: ۷۳)

۱-۲. ضمان مالی در فقه

در قرارداد، دو نوع اتلاف مطرح است؛ اتلاف حقیقی و اتلاف حکمی. اتلاف حقیقی آن است که شخصی مال دیگری را به کلی از بین ببرد مثل اینکه ماشین یکی را آتش بزند. اتلاف حکمی آن است که خود کالا ثابت باشد، ولی ارزش و مالیت از بین برود. به طور مثال اگر کسی یک یا چند قالب یخ را در تابستان قرض کرد و سالم و بدون کم و کاستی همان‌ها را در زمستان تحویل قرض دهنده دهد، در اینجا عین مال ثابت مانده؛ اما ارزش آن از بین رفته است.

در اینکه مستفاد از روایات هردو نوع اتلاف ضمانت بردار است یا فقط اتلاف حقیقی را شامل است، معرکه آرای فقها و حقوق دانان قرار گرفته که در ادامه بررسی



می‌شود. به‌جاست که گفته شود (أَتْلَفَ) به معنای (أَهْلَكَ) یعنی نابود کردن است، ولی قاعده اتلاف عین لفظ روایت نیست، بلکه مستفاد از تعداد روایاتی است که در آن‌ها واژگان گوناگونی به کار رفته است و کلمه اتلاف در آن‌ها دیده نمی‌شود، ولی مفهوم این قاعده فقهی - عقلایی از مجموع آن‌ها اصطیاد می‌گردد، برخی آن روایات عبارتند از:

۱. «عَلَى الْيَدِ مَا أُخِذَتْ حَتَّى تَوَدَّى». (نوری، بی‌تا، ۱۷: ۸۸) ۲) «فَانْ حَرَمَةَ أَمْوَالِكُمْ عَلَيْكُمْ وَحَرَمَةَ دِمَائِكُمْ كَحَرَمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا فِي شَهْرِكُمْ هَذَا فِي بَلَدِكُمْ هَذَا؛ إِي مَرْدَمِ خُونِهَا وَمَالَهَايَ شِمَا تَا هَنْگَامِي كِه خُدا رَا مَلَاقَات كْنِيْد، مَانَنْد اَيْن رُوْزْتَان، دَر اَيْن مَاهْتَان دَر اَيْن شَهْرْتَان بَر شِمَا حَرَام اسْت». (نوری، بی‌تا، ۳: ۱۹) ۳) «مَنْ نَالَ مِنْ رَجُلٍ شَيْئاً مِنْ عَرَضٍ أَوْ مَالٍ وَجَبَ عَلَيْهِ الْاِسْتِحْلَالُ مِنْ ذَلِكَ». (نوری، بی‌تا، ۱۲: ۱۰۵) ۴) «اِنَّه قَضَى فِيمَنْ قَتَلَ دَابَّةَ عَثَا أَوْ قَطَعَ شَجَرًا أَوْ أَفْسَدَ زَرْعًا... اِنْ يَغْرِمُ قِيْمَةً مَا اسْتَهْلَكَ وَأَفْسَدَ». (نوری، بی‌تا، ۱۷: ۷۸ و ۹۵). ۵) «مَنْ أَخْرَجَ مِيزَابًا أَوْ كَنْيْفًا، أَوْ أَوْتَدَ وَتَدًا، أَوْ أَوْثَقَ دَابَّةً، أَوْ حَفَرَ شَيْئًا فِي طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ، فَأَضَابَ شَيْئًا فَعَطِبَ، فَهُوَ ضَامِنٌ». (آرام، ۱۳۸۰، ۳: ۱۴۸) ۶) «كُلُّ عَامِلٍ أُعْطِيَتهُ أَجْرًا عَلَى أَنْ يَصْلِحَ فَأَفْسَدَ فَهُوَ ضَامِنٌ» (صدوق، ۱۴۰۴، ۳: ۲۵۳) ۷) «مَنْ أَضَرَّ بِشَيْءٍ مِنْ طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ». (صدوق، ۱۴۰۴، ۴: ۱۵۵)

ملاحظه می‌شود که واژه (اتلاف) در روایات مزبور به کار نرفته. پیدا است که این لفظ اصطیاد هرگاه سخنان دیگران را بخواند و از مجموع آن‌ها، نکته‌ای یا قاعده کلی در ذهن خود بیاورد که از روح آن سخن چنین برداشت می‌شود، گویند از مجموع مثال‌ها، قاعده‌ای را صید کرد و قاعده را قاعده مصطاده می‌گویند و برگرفته شده است نه اقتباس هرگاه انسان در لابه‌لای سخن، یا نوشتار، بخشی از سخن و یا نوشته دیگران را در سخن و نوشته خود درآمیزد و بیاورد، می‌گویند از کلام دیگران اقتباس کرده است. اقتباس، از (قبس) است و قبس به هیزم مشتعلی می‌گویند که از آتشی آورده شود تا جای دیگر با آن، آتشی را برافروزند.

بنابراین نباید اصرار بر تبیین این مطلب داشت که اگر اتلاف صدق نکرد، پس



ضمانت نیست؛ زیرا درواقع (من أُلِف) به جای (من أضرَّ)، (من أفسد)، (من أضع) و... نشسته و معلوم است که اتلاف حکمی، مانند امانت قالب یخ در تابستان و تحویل آن در زمستان، زیان وارد کردن، به تباهی کشیدن و تجاوز است. گرچه برخی از علما را عقیده بر این است که از این روایات نمی‌شود اتلاف حکمی را استفاده کرد و باید برای اتلاف حکمی سراغ دلیل دیگری رفت. از جمله، آقای بجنوردی می‌گوید:

از بین بردن مال، چه به عبارت (من أُلِف) باشد که فقها بر آن اتفاق و اجماع دارند، یا به عبارت: «حرمة مال المسلم كحرمة دمه» باشد، همان از بین بردن حقیقی است. بنابراین ضمان در موردی که مال بودن مال از بین رفته و خود مال باقی باشد، از این قاعده استفاده نمی‌شود و باید دلیل دیگری بر آن اقامه شود. (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ۲: ۲۹) ملاحظه گردید، صاحب القواعد الفقهیه، قاعده «من أُلِف مال الغير فهو له ضامن» را شامل اتلاف حکمی ندانست و ضمانت اتلاف حکمی را از دلیل قرآنی مستفاد می‌داند. آنجا که قرآن فرمود: «فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ؛ هر کس به شما تعدی کرد، همانند آن بر او تعدی کنید! و از خدا پرهیزید (و زیاده روی ننمایید)! و بدانید خدا با پرهیزکاران است». (بقره: ۱۹۴)

از طرفی، صاحب جواهر در باب مثلی و قیمی گوید: «اگر غصب کننده، چیز مثلی را از بین برد و مالک به مثل آن در مکان دیگری غیر از مکانی که آن را از بین برده، دست یافت، در این صورت، از ابن ادریس نقل شده: مالک می‌تواند غصب کننده را به تحویل مثل در آن مکان وادارد، اگرچه قیمت آن از مکان امانت و یا قرض بیش‌تر باشد و حمل آن هزینه ببرد. این اقتضای عدل اسلامی و ادله و اصول مذهب است... و حق کسی که با شدیدترین احوال باید بازخواست شود، نگه‌داشته نمی‌شود. (نجفی، ۱۴۰۴، ۲۵: ۹۹)

از مطالب بالا این به دست می‌آید که مثل، در ذمه غاصب است و این مقتضای اطلاق نظرات فقها و مُعَقَّد اجماع است؛ مکان و زمان، نقشی در حقیقت مثلی بودن



ندارد و قاعده ضرار بین غاصب و مالک مشترک است. این که می‌گویند: «غاصب به اشدّ احوال اخذ می‌شود، مربوط به گرفتن عین از اوست، نه گرفتن مثل... بنابراین وجه وجیه این است که گفته شود. در صورت وجود قیمتی فی الجمله، مثل را در نزدیک‌ترین مکان‌ها به نهر و نزدیک‌ترین زمان‌ها به زمستان، ضامن است، نه بهای آن را در آن مکان یا آن زمان. (نجفی، ۱۴۰۴، ۲۵: ۱۰۰)

بررسی: معلوم نیست چرا در احکام و اموری که تعبّدی محض نیست و عقل و بنای عقلا، فهم عرف و مانند آن، در آن نقش ایفاء می‌کند، این قدر تهافت دیده می‌شود و نظرات مطرح می‌شود که نزد هیچ عاقلی مورد قبول نیست. مثلاً در جایی که عین باقی است، آجری را شخصی غصب کرده و در زیر پایه بنای خود قرار داده است. اگر مالک همان را خواست، باید خانه را خراب کرد و هزاران افغانی به غاصب زیان وارد کرد تا مالکیت شخص صاحب آجر محفوظ بماند، ولی وقتی که بحث تلف عین مطرح می‌شود تا مثل پرداخت شود، ارزش‌ها همه از بین می‌رود. مثلاً مشک آبی که در بیابان ارزش پولی زیادی دارد، با مشک آبی که تنها صفت حیات و داخل مشک قرار گرفتن را در کنار دریا دارد، جبران می‌شود و مالک حق دیگری ندارد.

اما اگر از دید واقع‌بینانه و اقتصادی و کارایی آب‌ها در مکان‌های فوق نظر اندازیم، آبی که در بیابان سوزان واقع است، آن چنان ارزش و کارگشایی دارد که آبی درون مشک و آن هم در کنار نهر، آن ارزش و کارگشایی را ندارد. آیا این مثلی کنار دریا، آن مثلی است که آیه قرآن می‌فرماید: «فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ». آیا اگر کسی در بیابان خشک سوزان، مشغول کار بود و کوزه‌ای آب برای فرونشاندن تشنگی به همراه داشت و شخصی ستم‌پیشه از آن شخص کشاورز، هیزم‌شکن، چوپان و... قرض کرد، روزی در کنار نهری به هم رسیدند، کوزه و یا مشک را پر از آب کرد و به وی داد، آیا این اعتدای به مثل است؟! آیا یخی که در فصل تابستان کارایی فراوانی داشت، همانند یخ در زمستان است؟! و عجب این که ایشان برای این برداشت، آیه و روایتی بیان نکرده، بلکه به اطلاق فتاوا و مُعقد اجماع

تمسک جسته که هر دو در این گونه مسائل، مدرکی و مبتنی بر عرف، عقل و بنای خردمندانند و حجّیت مستقل ندارند.

قول متین آن است که در کالای مثلی، باید ویژگی‌ها و مالیت و ارزش اقتصادی را باهم در نظر گرفت و آنچه تنها از لحاظ ویژگی‌ها، مثلی است، مثل واقعی نیست و عبارات مثلی و قیمی که از سوی فقها و علما حقوق مطرح است تفنّن آنان است تا (أقرب الی التالف) را به مالک برسانند و هیچ صاحب شعوری یخ در زمستان را مثل یخ تلف شده در تابستان، از حیث مالیت و ارزش مبادله‌ای، نمی‌داند.

در نتیجه فهمیدن حکم مواردی مانند؛ یخی که در تابستان مورد معامله واقع و در زمستان همان یخ تحویل گردد و یا مشک آبی که در بیان مورد دستبرد قرار گرفته و... که صاحب القواعد الفقهیه آن را تلف حکمی نامید، به عرف واگذار می‌شود و بر اساس آیه «فمن اعتدی...» حکم آن روشن می‌شود و معنای قاعده «من اتلف مال الغير...»، چنین می‌شود:

هر کس یا ارگان یا مؤسسه، دولتی و غیردولتی، مال دیگری را از بین ببرد، حال چه خود مال از بین برود و یا کارایی آن، شکل ظاهر آن حفظ شود، یا نشود، به طور کامل از بین برود، یا بخشی از آن، از بین برنده، از روی قصد و عمد این کار را کرده باشد و یا عمدی در کار نباشد، در تمامی این موارد ضمان می‌آید، ولی درجایی که عمد باشد، افزون بر ضمانت، کیفر هم دارد.

۲-۲. ضمان مالی در حقوق

لازم به ذکر است در این نوشتار، ضمان مالیت در حقوق موضوعه‌ای برخی کشورهای عربی از جمله مصر و عراق و نیز ایران و افغانستان مورد توجه قرار دارد، نظام حقوقی افغانستان ضمان مالیت را در موضوع غصب و پرداخت مهر مؤجل و عراق در بحث غصب و امانت - در صورت اتمام وقت عاریه و درخواست مستعیر نسبت به رد مال عاریه - پذیرفته‌اند، ولی قانون مصر و ایران ظاهراً در این زمینه ساکت است؛ اما قانون ایران در یک مورد آن‌هم در پرداخت مهریه زن، همانند قانون احوال شخصیه افغانستان، قائل به محاسبه طبق ارزش روز است، مثلاً اگر مهریه در سال ۱۳۶۰ هـ



ش ۲۰۰۰۰۰ ریال تعیین شده بود، در حین پرداخت آن در سال ۱۳۹۰ ش، ارزش ریالی همان سال ۱۳۶۰ را در نظر گرفته و اینکه چه مقدار ارزش مبادله‌ای و قوه تبدیل شدن به کالا را داشت، محاسبه می‌گردد.

۱. حقوق عراق: قانون‌گذار عراق در بند یک ماده ۱۸۶ ق.م نسبت به کسی که مال دیگری را تلف کند یا باعث نقص قیمت به‌طور مباشر و یا تسبیب گردد، حکم به ضمانت داده است: «۱. اذا اتلف احد مال غيره او انقص قيمته مباشرة او تسبباً يكون ضامناً، اذا كان في احداه هذا الضرر قد تعدد او تعدى». همین قانون‌گذار در بحث غصب در مورد که زمین به اثر غصب غاصب کاهش قیمت پیدا کند، حکم به ضمانت غاصب داده است؛ آنجا که در ماده ۱۹۷ ق.م گوید: «المغصوب ان كان عقاراً؛ به خمر هم که عقار بضم اول گفته می‌شود به خاطر آن است که عقل را نازا می‌گرداند؛ اما عقار به کسر اول به معنای مال و ثروت غیر منقول است؛ مانند ملک و زمین». (ر.ک: طریحی، ۱۳۷۵، ۳: ۴۱۰) يلزم الغاصب ردّه الى صاحبه مع اجر مثله واذا تلف العقار طراً على قيمته نقص ولو بدون تعد من الغاصب لزمه الضمان». هم‌چنین قانون‌گذار عراق، در بند دو ماده ۸۶۰ ق.م در حالت که مدت عاریه به سررسیده، در صورت درخواست عاریه دهنده نسبت به ردّ مال عاریه و عدم تحویل آن از سوی عاریه گیرنده، ضمان مالیت را در صورت تلف و نقص قیمت، ثابت دانسته است: «۲. اذا اخل المستعير بالالتزام المتقدم ذكره وتلفت العارية او نقصت قيمتها، لزمه الضمان».

۲. حقوق افغانستان: در نظام حقوقی افغانستان، در دو مورد تصریح به ضمان مالیت نموده است؛ یک. در بند دو ماده ۷۶۹ ق.م در فرضی که کسی زمینی را غصب کرده، طوری که زمین حالت تلف شدن را به خود بگیرد یا غصب او باعث نقص قیمت آن گردد، به عهده غاصب دانسته است: «۲... در صورت تلف شدن عقار یا وارد شدن نقص بر قیمت آن، گرچه غاصب متعدی نباشد، به ضمان مکلف می‌گردد». دو. در نحوه محاسبه مهریه زوجه که در ذیل عنوان بعدی خواهد آمد که قانون‌گذار مالیت کلی مهریه و یا ارزش مبادله‌ای آن را در قانون احوال شخصیه

شیعیان افغانستان، لحاظ نموده است.

۳. حقوق ایران: یافته‌های موجود از قانون موضوعه ایران، ضمان مالیت را تا آنجای که بررسی گردید، فقط در نحوه محاسبه مهریه زن پذیرفته است و در بقیه موضوعات همچون غصب، قرض، امانت و...، تأیید نظریه فقها را نموده است که آن مبتنی بر عدم ضمان مالیت است. برای نمونه در مورد غصب مال در ماده ۳۱۲ ق.م.گوید: «هرگاه مال مغضوب بوده و مثل آن پیدا نشود غاصب باید قیمت حین الاداء را بدهد و اگر مثل موجود بوده و از مالیت افتاده باشد باید آخرین قیمت آن را بدهد». لازم به ذکر است، نظام حقوقی مصر، راجع به ضمان مالیت در موضوعات قابل بحث در این راستا، چیزی را بیان نکرده است؛ یعنی می‌توان گفت، همان مشی اکثر فقها را در پیش گرفته است که گویای عدم ضمان مالیت است.

۳. موضوعات مطرح در ضمان مالیت

قبل از پرداختن به موارد مطرح در بحث ضمان مالیت، توجه به نکات زیر می‌تواند ما را در دستیابی به نتیجه مطلوب یاری رساند:

هرچه در نزد عقلا مال باشد، از دیدگاه اسلام مال محسوب و تمام آثار مال بر آن بار می‌شود، مگر اینکه شارع حکیم آثار مالیت را از آن سلب کرده باشد. مال در نزد عقلا چیزی است که ارزش مبادله‌ای داشته باشد که طبعاً ارزش استعمالی (ارزش استعمالی ارزشی است که یک شیء به اعتبار استفاده‌ای که شخص از استعمال آن به دست می‌آورد، دارد؛ مانند یک قرص نان که نتیجه بهره‌مندی از آن سیر شدن است و ارزش مبادله‌ای آن ارزشی است که شیء در بازار از نظر مبادله داراست) دارد و کمیاب است و هرچه فراوان‌تر باشد از مالیت آن کاسته می‌شود. از این رو میزان ارزش مبادله‌ای با مقدار ارزش استعمالی رابطه مستقیم دارد و با فراوانی تناسب معکوس دارد. (هادوی تهرانی، ۱۳۸۳: ۱۰۶) پول در گذشته دارای ارزش ذاتی بود؛ یعنی از طلا و نقره بود، روی این حساب عیار و وزن حرف اول را در پول می‌زد، ولی پول‌های کاغذی امروزی فاقد چنین ارزش است و از ارزش اعتباری برخوردار است.



اسکناس‌های که در زمان حال رایج است، گرچه ارزش ذاتی در آن مطرح نیست، ولی نمی‌توان گفت هیچ فرقی با سفته ندارند که وصف علامت و سند را دار است. از طرفی در موارد که پول از بین می‌رود گفته می‌شود که مالم از بین رفته است ولی در مورد سفته نمی‌گویند که مالم از دست رفته، بلکه گویند سندم مفقود شده است. (مطهری، ۱۳۸۱، ۲۰: ۳۰۴ و ۳۰۵)

اکثر فقها برای نقدین خصوصیت غیر از پول‌های جدید قائل‌اند و گفته‌اند که این احکام به لحاظ ارزش ذاتی درهم و دینار است؛ یعنی در نقدین قبض و اقباض در مجلس شرط است و خرید و فروش به کم و زیاده اشکال دارد، ولی پول‌های رایج امروزه چنین محدودیت‌های را در معامله ندارند و شاید آن‌هم به خاطر ارزش اعتباری آن‌ها است. (موسوی خویی، بی‌تا: ۶۵) البته شهید صدر (ره) در تعلیقه منهاج، در تبدیل دو پول مختلف، قبض و اقباض در مجلس واحد را شرط می‌داند.

با توجه به نکات فوق، اینک موضوعات که مورد توجه فقها و علما حقوق در بحث کاهش ارزش مالیت و یا عدم آن در ارتباط‌اند، به‌طور گذرا مورد بررسی قرار می‌گیرد:

۱. مهریه: در نحوه پرداخت مهریه بین فقه و حقوق ایران، تفاوت وجود دارد. فقها بر این باورند که اگر پول در عقد و قرار مطرح شود و در مهریه بیاید، خود پول ملاک و موضوع است نه مالیت آن. اگر گفته شود که این ضرری است که متوجه زن می‌شود، آن‌ها می‌گویند ضرری است که زن با آگاهی و علم، خودش بر خود وارد کرده است و نمی‌تواند ضرر خودش را از اموال دیگران جبران نماید. اگر می‌خواهد ضرر متوجه او نشود، چیزی را به‌عنوان مهر قرار دهد که ثبات بیشتری داشته باشد. لازم به یادآوری است که قوانین افغانستان در این زمینه ساکت است و روال قضایی بر این است که در موارد این چنینی، به فقه ارجاع داده شده است و در نتیجه در این راستا همان نظریه فقها در باب مهریه مطرح می‌شود، ولی قانون احوال شخصیه شیعیان افغانستان، محاسبه مهریه زوجه را در حین پرداخت، متناسب با تغییر ارزش سالانه زمان تأدیه قرارداد است. چنانکه در بند یک ماده ۱۱۹ بیان می‌دارد: «(۱) هرگاه مهریه پول رایج کشور، پول خارجی یا طلا باشد، طرفین می‌توانند متناسب با تغییر

ارزش سالانه زمان تأدیه، نسبت به سال انعقاد عقد نکاح آن را محاسبه نمایند، در غیر آن در ما به التفاوت ارزش، مصلحه می‌شود». هم‌چنین قانون‌گذار ایران، در تبصره ماده ۱۰۸۲ ق.م. پرداخت مهریه را متناسب با تغییر شاخص سالانه زمان تأدیه نسبت به سال اجرای عقد که توسط بانک مرکزی مشخص می‌شود، قرارداد است: «چنانچه مهریه وجه رایج باشد، متناسب با تغییر شاخص قیمت سالانه زمان تأدیه نسبت به سال اجرای عقد که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تعیین می‌گردد، محاسبه و پرداخت خواهد شد. مگر اینکه زوجین در حین اجرای عقد، به نحو دیگری تراضی کرده باشند». این امر برای آن است که اجحافی به زن از ناحیه شرایط نابه‌سامان اقتصادی و کاهش مالیت مهریه وارد نیاید.

۲. **خمس:** در بحث خمس هر آنچه مالیت دارد به‌عنوان سرمایه محسوب می‌گردد و در موارد سوددهی و گذشت یک سال بر آن ...، باید تخمیس و به امام یا نائب او داده شود. بعضی از فقها در این راستا می‌گویند: «در محاسبه خمس بازدهی و قدرت خرید نیز باید مورد توجه قرار گیرد، بر فرض اگر وجود ۱۰ درصد تورم در اقتصاد کشوری قطعی است باید در محاسبه خمس مقدار ده درصد کسر شود؛ مثلاً اگر کسی سال گذشته صد هزار تومان از مالش را محاسبه کرده، امسال باید ۱۱۰ هزار تومان کل موجودی را کسر و بقیه را محاسبه کند». (Hazaw.net)، ولی دیدگاه عده‌ای دیگر از علمای فقه این است که «آنچه در ادله به‌عنوان موضوع دلیل خمس وجود دارد، سود است و میزان سود از نظر عرف کمیت نقدینگی است نه مقدار بازدهی آن. بر این اساس است که عرف مردم در مواردی که زمینی را خریده‌اند و همان زمین را در اثر تورم گران‌تر فروخته‌اند، می‌گویند سود کرده‌ایم ولو این که ارزش و بازدهی پول یکسان باشد. از این رو در چنین مواردی، فقها به وجوب خمس فتوا داده‌اند». (همان)

۳. **مضاربه:** یکی از عقود جایز مضاربه^۱ است که اعتبارش را از آیه قرآنی (أوفوا

۱. مضاربه عقدی است که به موجب آن احد متعاملین سرمایه می‌دهد با قید اینکه طرف دیگر با آن تجارت کرده و در سود آن شریک باشند، صاحب سرمایه مالک و عامل مضارب نامیده می‌شود. (ق.م. ماده ۵۴۶)



بالعقود و...) گرفته است. نقدین در مضاربه، به عنوان موضوع اخذ شده و احتمال خصوصیت در این دو نمی رود. در نتیجه طلا و نقره در دلیل مضاربه به عنوان مالیت اخذ شده اند. لذا مضاربه در پول های رایج امروزی هم می آید و گرنه، لازم می آید که قائل به تعطیلی این نوع از قراردادهای اقتصادی شویم، با اینکه حکمت تشریع آن و نیاز به آن هنوز هم در جامعه محسوس است. (Hazaw.net/fa/question)

با اینکه قانون مدنی از شرایط صحت عقد مضاربه را، وجه نقد بودن، به طور مطلق بیان داشته است. ماده ۵۴۷ ق.م: «وجه نقد بودن سرمایه در عقد مضاربه از شرایط صحت عقد مضاربه است». قانون گذار افغانستان نیز (همانند قانون ایران)، در ماده ۱۲۶۳ قانون مدنی، یکی از شرایط صحت عقد مضاربه را نقد بودن پول قرارداد: «سرمایه باید پول نقد و معلوم بوده، به مضارب تسلیم گردد دینی که بر ذمه شخص است، سرمایه شده».

۴. ضمانت: بحث ضمانت در ابواب فقهی هم چون غصب و مقبوض به عقد فاسد و قرض و...، مورد تضارب آرا است. فقها در بحث غصب می گویند: «اگر شخصی از دیگران مالی را به طور عدوانی گرفت، ملزم است که عین آن مال را به صاحبش برگرداند و در صورت تلف شدن، اگر قیمی باشد ضامن قیمت است و اگر مثلی است، عهده او مشغول مثل است».

در مواردی که مالیت به کلی ساقط شود، همه فقها قائل به عدم کفایت مثل هستند و در موارد نقصان مالیت، اختلاف دارند، ولی می توان گفت شرایط مکانی و زمانی در ارزش و مالیت تأثیرگذارند و از این جهت فرقی بین طلا و نقره و پول نیست و به مفاد حدیث (علی الید ما اخذت حتی تودیة) و بنای عقلا و ادله دیگر، نقصان و کاهش مالیت هم مورد ضمان است؛ زیرا در حدیث مزبور شرط عندالتلف وجود ندارد و طبق آن همه جنبه ها و شئون عین مورد تعهد است که یکی از جهات آن، ارزش آن عین است خواه تلف شود یا نقصان یابد. (Hazaw.net/fa/question)

۵. قرض: شرایط داد و ستد امروزی و عدم ثبات اقتصادی و نیز عدالت معاوضی و...، مقتضی است که در قرض هم قرض گیرنده باید ضامن کاهش مالیت باشد؛

اما از ادله ربای قرضی به دست می‌آید که در قرض تکیه روی عین است نه مالیت، ولی در عمل در ثبوت ربا و یا عدم آن، زیادتی صور متنوعی دارد که متعاملین لحاظ می‌کنند که این خود می‌تواند جلوگیری از وقوع ربا باشد: ۱) زیادتی عینی، مثل آنکه ده تومان قرض دهد به شرط ده تومان و یک قران. ۲) زیادتی وصفی، برای مثال، ده تومان نقره شکسته را قرض دهد به شرط ده تومان نقره صحیح. ۳) زیادتی عملی مثل آنکه ده تومان دهد به شرط ده تومان و خیاطی جامه. ۴) زیادتی منفعتی، مثل آنکه ده تومان قرض دهد به شرط ده تومان و معامله محاباتی. ۵) زیادتی انتفاعی، مثل آنکه ده تومان قرض دهد به شرط انتفاع بردن از عین مرهونه که نزد او باشد؛ زیرا منافع مرهونه متعلق به مالک آن است. (طیب، ۱۳۷۸، ۱: ۲۳۶)

تحلیل عقلی و منطقی نسبت به ضمان مالیت در قرض آن است که بگوییم، اگر میزان در قرض مالیت نباشد مثل یا قیمت باشد، در شرایط عدم ثبات اقتصادی باب قرض به کلی بسته می‌شود و کسی اقدام به قرض دادن نخواهد کرد. اگر کسی بگوید در صورتی که میزان در قرض، مالیت باشد، محاسبه دقیق افزایش یا کاهش مالیت یا ممکن نیست یا دشوار است. در جواب می‌گوییم که فقها برای رهایی از محاسبه دقیق این چینی و نیز فرار از وقوع ربای قرضی، راه حل‌های خوبی را پیشنهاد کرده‌اند و آن اینکه، زیادی را یا به صورت مصالحه و یا هبه در نظر بی‌گیرند. (همان)

علاوه بر مطالب فوق، اگر کسی بخواهد در دوران عدم ثبات اقتصادی و تورم، از ارزش مالش کم نشود و متحمل ضرر نشود، از قراردادهای عقود دیگری مثل عقود زیر استفاده نماید:

۱. شرط قرض در بیع: بایع جنس ارزانی را به قیمت بالا بفروشد و در ضمن آن، شرط کند که مبلغی را به خریدار قرض دهد و در ضمان ادای قرض همان را از قرض گیرنده بگیرد و اگر هم نتوانست او قرض را باز پس دهد، چیزی به آن اضافه نگردد. مثلاً اگر ما می‌خواهیم ۱۰۰ هزار تومان به شخصی سه ماهه قرض دهیم و برآورد کردیم که کاهش ارزش این پول در طی این مدت، ۵ هزار تومان است، برای جبران این کاهش می‌شود. مثلاً جعبه کبریتی را به ۵ هزار تومان به طرف بفروشیم و در



ضمن این بیع شرط کنیم که ۱۰۰ هزار تومان به مشتری قرض دهیم یا مشتری بگوید من این جعبه کبریت را به ۵ هزار تومان می خرم به شرط این که شما صد هزار تومان سه ماه به من قرض الحسنه بدهید. در فقه بحثی تحت عنوان حیل شرعی ربا وجود دارد که محل تضارب آرای موافقین و مخالفین از فقها، قرار دارد. (موسوی خمینی، بی تا، ۱: ۴۹۵)

۲. فروش پول به نسیه: بدین منوال که ده هزار افغانی الان را بفروشند به بیست هزار افغانی یک سال بعد. در این نوع بیع از نظر بیشتر علما ایرادی نیست. می گویند ربای معاملی در مکیل و موزون می آید نه در معدود. اسکناس چون از معدودات است، می شود بدین گونه معامله گردد. (مطهری، ۱۳۸۱، ۲۰: ۳۴۵ و ۳۴۶) لذا طبق نظر این عده، خرید و فروش پول به تفاضل به صورت مدت دار، اشکالی ندارد. البته عده ای از فقها از جمله امام خمینی، با اینکه احکام بیع صرف را در اسکناس جاری نمی دانند، در عین حال می گویند: «گرفتن زیاده به قصد فرار از ربا جایز نیست». (بی آزار شیرازی، ۱۳۷۵، ۲: ۱۳۷)

بنابراین در عصر رسالت پیامبر (ص) و امامان معصوم (ع) ارزش پول نوسانات چشم گیری نداشت، ولی به جهاتی در قرض اخذ به زیاده از جانب شارع مقدس، ممنوع اعلان شده است. در زمان حاضر که تورم اقتصادی و کاهش ارزش پول داد می زند، می توان برای جبران ضرر اقتصادی و کاهش ارزش پول از راه های پیشنهاد شده ای فوق استفاده برد تا هم باب قرض بسته نشود و هم قرض دهند تشویق به معامله قرض گردد.

۴. نظریه های مطرح در ضمان مالیت

با نگاه اجمالی به نقطه نظرات فقها و برخی نظام های حقوقی، اجماعی بر ضمان مالیت وجود ندارد، ولی آنچه از ادله ضمان مستفاد است، ضمان را به طور مطلق در بحث تلف ثابت می داند و کدام تهافتی بین ضمان مال و مالیت محسوس نیست که به مهم ترین دیدگاه های موجود در این راستا اشاره می شود.



۱. صاحب جواهر، اسمی از تلف حکمی و ضمان مالیت، پیرامون احادیث ضمان نیآورده و در مورد مطرح نمودن مثال‌های تلف حکمی، دیدگاه دیگران را در این زمینه نقل می‌کند و راجع به رد عین در موارد غصب، ادعای اجماع می‌کند. (نجفی، ۱۴۰۴، ۳۵: ۷۵)

صاحب جواهر بعد از نقل نظریات برخی از علما از جمله، ابن ادریس در زمینه بازگرداندن مثل مال مغضوب، ولو اینکه غاصب متحمل هزینه‌های بسیار گردد، می‌گوید: اگر مثل با گذشت زمان و یا خارج شدن از مکان، از ارزش بیفتد، باز هم غاصب ضامن به مثل است. لذا در مورد قراردادهای چون قرض، امانت، ضمانت، وام و مهریه و...، نیز همین حکم جاری است. بنابراین اگر کسی در تابستان، آبی را در بیابان از کسی قرض کرد، سپس در کنار نهري تصمیم به ادای قرض گرفت، یا یخی را در تابستان فروخت و ثمنش را تحویل گرفت، به دلیلی عقد فسخ شد و مشتری آمد ثمن (یخ) را در زمستان به مالک برگرداند، آیا تحویل عین و یا مثل کفایت می‌کند؟ یا اینکه طبق حدیث لا ضرر و نیز ادله ضمان و آیه مَنْ إعتدى...، ضامن مالیت و ارزش مبادله‌ای آن‌ها است؟ از طرفی دلالت حدیث لا ضرر و قاعده ید، بین غاصب و طرفین عقد بعد از آنکه عقد فسخ شود، در برگرداندن عوضین به مالک، یکی است؛ زیرا بعد از فسخ عقد، ید مالکیت تبدیل به ضمانی می‌گردد. در صورت برنگرداندن عوضین به موقع، ضامن تلف و مالیت آن‌ها است. وجه وجیه این است که گفته شود (در صورت وجود قیمتی فی الجملة) مثل را در نزدیک‌ترین مکان‌ها به نهر و نزدیک‌ترین زمان‌ها به زمستان، ضامن است، نه بهای آن را در آن مکان یا آن زمان. (همان)

۲. شیخ مرتضی انصاری در بحث مقبوض به عقد فاسد، در موردی که مثل از مالیت بیفتد می‌گوید: «سقوط ارزش مبیع در حکم تعذر است که باید قیمت آن کالا به حسب زمانی که در شدت کمبود است، محاسبه و پرداخت شود؛ ...هل یعدُّ مِنْ تَعَذُّرِ الْمَثَلِ خُرُوجُهُ عَنِ الْقِيَمَةِ... أم لا؟ الأقوى بل الممتنع هو الاول». (انصاری، ۱۴۲۳، ۳: ۲۳۸) ایشان در بحث خیار تأخیر ثمن در صورت سرد شدن بازار، قائل



به ضرر نیست و می‌گوید: «فقط نفع را از دست داده نه اینکه ضرر نموده باشد». (انصاری، ۱۴۲۳، ۵: ۲۴۴) بنابراین از نظر شیخ این طور مستفاد است که ایشان در ضمان غیر قراردادی (قهری) قائل به ضمان مالیت است، ولی در ضمان قراردادی، مالیت مال به عهده طرف مستقر نیست.

شاید به همین علت است که برخی از فقهای امامیه قایلند که اگر جنس به موقع به خریدار تحویل نگردد و در زمان تحویل از قیمت آن کاسته شود، این کاهش قیمت ضرر نیست، بلکه عدم النفع است؛ یعنی بایع به جای اینکه به قیمت بالا بفروشد، به ناچار، جنس را به قیمت پایین تر فروخته است. به تعبیر دیگر این تغییر قیمت، سودی بوده که به دست نیامده، ولی چیزی از دارایی کسر نشده است. لذا در دید عرف به چنین حالتی ضرر نمی‌گویند؛ زیرا ضرر نقصان در مال است و در اینجا چیزی از مال او کم نشده، در نهایت، چیزی به او اضافه نشده است.

۳. برخی دیگر از فقها، حقوق دانان و سیستم‌های حقوقی خسارات تأخیر تأدیه را در صورت که در عقد شرط شده باشد، به استناد قاعده فقهی «المؤمنون عند شروطهم»، قابل واخواست دانسته و معتقدند که خسارت تأخیر تأدیه ربا نیست، بلکه جریمه تخلف از شرط ضمن عقد است.

بنابراین خسارت تأخیر تأدیه را برخی از فقهای امامیه با توجه به اصطلاح «عدم النفع لیس بالضرر»، ضرر ندانسته و وصول آن را ربا و حرام می‌شمارند. برخی دیگر جبران آن را ربا نمی‌دانند؛ زیرا در ربای معاملاتی، مورد معامله باید از مکیل و موزون باشد و پول چنین وصفی را ندارد. به نظر می‌رسد تأخیر مدیون، مسلماً باعث از دست رفتن امکان استفاده از منافع پول می‌شود این یک نوع محروم کردن طلبکار از انتفاع مسلم است که باید جبران گردد.

با توجه به دیدگاه فقها، باید گفت که آن دسته نفعی که مقتضای آن کامل شده باشد، عده داخل در عدم النفع می‌دانند، ولی عدم النفعی که عرف آن را ضرر می‌شمارد. در حالی که باید گفت این قسمت چون مقتضایش کامل شده در دید عرف حکم موجود است نه معدوم و اساساً از مفهوم عدم النفع خارج است و به

جهت مسلم بودن ضرر، قابلیت جبران را دارد. نکته اساسی این است که آن دسته از علما که عدم النفع را ضرر شمرده‌اند، یقیناً منظورشان محرومیت از منافع احتمالی نیست، بلکه منظور همان تقویت منفعت مسلم است که خود ضرر محسوب است و قابل جبران. بنابراین نفع احتمالی را باید داخل در عدم النفع بدانیم که مشمول منع تبصره ۲ ماده ۵۱۵ آ.د.م. قرار می‌گیرد و منافع مسلم را که وجودش عرفاً و قانوناً قابل انکار نیست، ضمانت را در آن مسلم بدانیم.

حق مطالبه خسارت به‌عنوان یک شیوه جبران ضرری ناشی از عدم اجرای تعهدات و در پی داشتن کاهش مالیت، در نظام‌های ملی مطرح است که در اینجا به برخی آن‌ها اشاره می‌گردد. در حقوق ایران با توجه به پیشینه فقهی، باید گفت که در صورت عدم مطابقت کیفی کالا با وصف، راه‌حل‌های قانونی متفاوت را پیش‌کش نموده است.

۱. معیوب بودن کالا: در صورت بکه مبیع عین معین یا در حکم آن باشد، خریدار یا کالا را با همان حالت قبول و ارش (البته ارش در برابر مبیع قرار نمی‌گیرد، بلکه خسارت کاهش مالیت کالا است) بگیرد، یا معامله را رد کند، در صورت که مبیع کلی در ذمه باشد، فروشنده را می‌تواند به تحویل کالای مشروط الزام کند یا معامله را فسخ نماید.

۲. تخلف از وصف: وصفی که در قرارداد مدنظر بوده، در صورت تخلف، خیار تخلف از وصف، مطرح است.

۳. تخلف از شرط کیفی: برای متعهدله خیار تخلف از شرط ثابت است. البته در سیستم حقوقی ایران در صورت کاهش مالیت مبیع در اثر عیب، از خيارات فوق استفاده می‌گردد، شیوه تقلیل ثمن برای جبران ضرر، مطرح نیست و نیز در جای که مدیون از پرداخت بدهی در موعد مقرر سرباز زند، در ماده ۲۲۱ ق.م. به پرداخت خسارت حکم داده است: «مدیون را به جبران خسارت حاصله از تاخیر تا دیه دین محکوم نماید». در نتیجه به نظر می‌رسد در مواردی از قانون نافذ، قانون‌گذار ایران، جبران کاهش ارزش کالا را ثابت دانسته است.



در نظام‌های رومی ژرمنی با توجه به سابقه شیوه جبران خسارت زیان‌دیده، جبران ضرر مطرح است که یکی از آن‌ها، شیوه کاهش ثمن است. در ماده ۱۶۴۴ ق.م. فرانسه در موردی که کالا معیوب است، به جهت عدم مطابقت، خریدار مخیر است در ردّ یا قبول و گرفتن خسارت. در بند ۱ ماده ۴۴۱ ق.م. آلمان نیز همین مفهوم آمده است.

نظام‌های کامن‌لای نیز مطالبه خسارت را پیش‌بینی کرده است. از جمله قانون متحدالشکل تجاری آمریکا (C.C.U) در ماده ۷۱۴/۲ در موارد معیوب بودن و عدم مطابقت کیفی کالا به جبران خسارت حکم داده است. در اصول قراردادهای اروپایی (ماده ۴۰۱-۹) این شیوه جبران نیز پیش‌بینی شده است. در صورت عدم مطابقت کیفی کالا، در مواد ۵۰ کنوانسیون بیع، روش‌های را برای جبران پیش‌بینی کرده است. از جمله از ثمن معامله کم کند یا اگر کامل پرداخته، می‌تواند دوباره برگرداند. خسارت عبارت است از قیمت کالای منطبق با قرارداد منهای قیمت واقعی کالای تحویل داده شده.

لازم به ذکر است که در نظام‌های رومی ژرمنی و کامن‌لای، در شیوه جبران خسارت کاهش ارزش مالیت و موارد دیگر، توجه به دو قاعده بسیار مهم و اساسی است: (۱) در هنگام جبران خسارت شخص متضرر، دو اصل حسن نیت و رفتار منصفانه را، بایستی مراعات کنند. (۲) زیان‌دیده باید به وضعیتی برسد که در صورت اجرای کامل و صحیح قرار داد، بدان دست می‌یافت.

نظام حقوقی افغانستان نیز به تبع از سیستم‌های حقوقی، ماده‌های قانونی متعددی را در جبران خسارت ناشی از نقص قرارداد یا عدم انجام تعهد از سوی متعهد، اختصاص داده که به برخی آن‌ها اشاره می‌گردد.

از جمله در جایی که بیع به هر دلیلی فسخ شود، قانون‌گذار در ماده ۱۱۵۴ ق.م. حکم به جبران خسارت که به‌نوعی همان کاهش ارزش مالیت باشد، داده است: «هرگاه به فسخ بیع حکم صادر شود و مشتری از عدم ملکیت بایع در مبیعه علم نداشته باشد، می‌تواند از بایع جبران خساره را مطالبه نماید. گرچه بایع دارای حسن

نیت باشد». مورد دیگر آن جایی که از سهم شرکا پول نقد بوده که متعهد به پرداخت آن به حساب شرکت گردیده تأخیر نماید، قائل به جبران خسارت به شرکت است. آنجا که در ماده ۱۲۲۵ ق.م. بیان می‌دارد: «هرگاه سهم یکی از شرکا پول نقد بوده و آن را تأدیه نکند از تاریخ استحقاق به پرداخت فایده قانونی آن، بدون اینکه مطالبه قضایی و یا ابلاغ صورت گرفته باشد، مکلف است، جبران خسارت وارده ناشی از تأخیر پرداخت سهم نیز بر او تحمیل می‌شود». همچنین در موردی که سهم یکی از شرکا دین باشد، در صورت تأخیر از موعد مقرر، مسئولیت کاهش ارزش را قانون‌گذار در ماده ۱۲۳۰ همان قانون، ثابت دانسته است: «هرگاه سهمیه دین باشد تعهد شریک وقتی ایفا شناخته می‌شود که دین به موعد معین به شرکت پرداخته شده باشد. در صورت عدم پرداخت آن شریک علاوه بر مسئولیت از عدم پرداخت سهمیه، به تأدیه جبران خسارت از موعد تأخیر آن، مکلف است».

در ماده ۷۳ ق.م. افغانستان نیز در مورد که مدیون در موعد مقرر ادای دین نکند، حکم به پرداخت خسارت نموده است: «هرگاه مدیون از تأدیه دینی تأخیر کند که موضوع آن را پول نقد تشکیل داده و مقدار آن حین مطالبه معلوم باشد، دائن می‌تواند جبران خسارت ناشی از تأخیر تأدیه را که سالانه معادل (۳) فی صد در موضوعات مدنی باشد، مطالبه نماید». بنابراین نظام حقوقی افغانستان، بالمناصبه در موارد متعدد جبران کاهش مالیت را مورد توجه قرار داده است.

۵. تحلیل نهایی و نظریه برگزیده

انسان مدنی الطبع خلق شده که خود به تنهای قادر به رفع احتیاجات خود نیست و این لامحال، اثرات مثبت و منفی را روی زندگی می‌گذارد. برخی آن‌ها همچون استکاک منافع و برطرف شدن احتیاجات مادی در سایه داد و ستد و بهبود امر معیشت و رشد اقتصاد همراه با یک‌سری مقرراتی که متعاملین در سایه آن بتوانند حق و حقوق خویش را مطالبه کنند، قابل پیگیری است. از طرفی زیان و خسارت مالی چیزی است که طبیعت انسان از آن نفرت دارد. آیات و روایات متعددی در زمینه جبران ضرر



وارد است؛ طوری که اسلام اصلاً حکم ضرری را منتفی دانسته و اگر کسی در طی قراردادی به تعهد خویش عمل نکرد و باعث ورود ضرر به دیگری شد، به طور مطلق (اعم از مثل و قیمت و یا مالیت مال) حکم به جبران آن داده است.

اکنون بحث این است که اگر کسی با دیگری معامله کرد و در موعد مقرر ثمن آن را ادا نکرد، ارزش ثمن پایین آمد یا اگر آبی را در بیابان خشک قرض گرفت، آمد کنار نهري آن را پس داد یا در صورت که در بانک سپرده‌های بلندمدت گذاشت، در این اثنا بر اثر تورم قدرت خرید پول به شدت کاهش یافت. آیا بانک مکلف به پرداخت مثل آن را، است یا ارزش مبادله‌ای آن را؟ و یا اینکه در عقد نکاح مبلغ ده میلیون مهریه تعیین نمود، حال زوج بعد از ده سال مثل آن را به زوجه بدهکار است؟ و یا اینکه ارزش مبادله‌ای آن را؟ و...

چنانکه بیان شد قاعده ید، اصل لاضرر، قاعده اتلاف، حرمت مال مسلم و عمل به مقتضای آیه (مَنْ اعتدى...) و...، گویای جبران خسارت به طور مطلق است. فقها نظریات متفاوتی در این زمینه داشتند و اکثراً و در رأس آن‌ها صاحب جواهر، شیخ انصاری، قائل به جبران مثل و قیمت کالا هستند نه مالیت آن. در حالی که دلیل مستحکمی از قرآن و روایت بر وفق نظریه‌شان ارائه ندادند. فقط تعداد اندکی مثل شهید صدر، آیت الله بجنوردی و برخی دیگر، قائل به ضمانت ارزش مبادله‌ای پول و قدرت خرید و یا مالیت مال تلف شده‌اند.

یکی از اصول بنیادین اسلام، اصل عدالت است. علاوه بر عقل انسان، آیات و روایات زیادی بر آن دلالت می‌کند. عقل هم به طور مستقل بر خوبی عدل و زشتی ستم، دلالت می‌کند. تمام خردمندان عالم، یا دست کم اهل شرع، حُسن عدل و واجب بودن نگهداشت عدل را رکن اساسی باورهای دینی‌شان می‌دانند. حال اگر مضمون روایتی از روایاتی معصومین (ع) با این اصل پذیرفته شده سازگار نبود، آن خبر به خودی خود حجت نخواهد بود و هیچ‌گاه نوبت ناسازگاری بین آن و اصل عدالت پیش نخواهد آمد؛ زیرا عدالت رکن اساسی دین و مدار اصلی است و با دلیل‌های محکم عقلی و نقلی ثابت شده، ولی خبر ناسازگار با عدالت، خبری است

که صدور آن از معصوم (ع) یقینی نیست.

اکنون با بررسی روایات دال بر ضمان و جبران خسارت، صراحت به پرداخت مثل و یا قیمت مال تلف شده ندارند، بلکه به طور عام حکم به ضمان می‌دهند و فقهای که قائل به جبران خسارت به طور مثلی و یا قیمی هستند، دلیل متقنی بر نظریه‌شان ارائه نداده‌اند. در این میان راجع به قرض روایتی از معصوم وارد است مبنی بر عدم جواز زیاده در قرض. بر فرض که روایت سنداً درست باشد، ولی اگر بر اثر شرایط نابسامان پولی، در زمان ادا، ارزش مبلغ قرض داده شده به نصف کاهش پیدا کرد، طبق روایت، مدیون باید همان مثل را بدهکار باشد. آیا این حکم با عدالت سازگار است؟ و در صورتی که ما نظر به پرداخت ارزش مبادله‌ای ندهیم، باید نظاره‌گر ترویج ربا و رخت بر بستن سنت قرض الحسنه از بین جامعه اسلامی باشیم. علاوه بر این که ما راه حل منطقی را هم پیش کش نمودیم، مبنی بر این که آن زیادی در قرض را یا به صورت هبه و یا مصالحه در نظر بگیرند که هم این سنت نیکو در شرایط تورّم به حیاتش ادامه دهد و هم جلو ترویج فرهنگ ربا گرفته شود.

اگر آب زلالی را در بیابان سوزان خرید و یا تخته یخی را در تابستان مورد معامله قرارداد و به هر دلیلی عقد فسخ شد، آیا طرف، عهده‌شان به بازگردان مثل یا قیمت در کنار نهری یا در زمستان، مشغول است؟ در صورت جواب مثبت، آیا این رفتار با عدالت سازگار است؟ آیا بر وفق فرمایش آیه «فَمَنْ اَعْتَدَىٰ عَلَیْكُمْ فَاَعْتَدُوا عَلَیْهِ بِمِثْلِ مَا اَعْتَدَىٰ عَلَیْكُمْ» به وظیفه‌اش عمل کرده است؟ عقل و منطق و آیه مزبور، حکم می‌کند که در این چنین مواردی، حکم به ضمان مالیت داده شود تا هم عدالت برقرار گردد و هم اعتدا به مثل کرده باشند. همین حکم نیز در امانت (در صورتی که نظریه ودیعه مالیت را نزد بانک، تقویت بخشیم)، مهریه مؤجل، بازپرداخت سپرده‌های بانکی و حتی نسبت به مسئولین دولت؛ (که به عنوان وکلای مردم رتق و فتق اموری سیاسی و اقتصادی مردم را به عهده گرفته‌اند، بر اثر سوء تدبیر و اظهارنظرهای نابجا و غیر کارشناسانه و رفتار غیر منطقی که می‌توانست جلو تورّم را بگیرند و پایه‌های اقتصاد پایدار را بنیان نهند و...، ولی در عوض باعث به وجود آمدن تورّم در اقتصاد



بازار و کاهش ارزش پول و سرمایه ملت گردیدند) ساری و جاری است و باید شرعاً و قانوناً پاسخگوی جبران ضرر مالیت سرمایه‌های مردم باشند؛ چون کسانی که در رأس امور اقتصادی هستند، درواقع علاوه بر آن که اکثراً در شعارهای انتخاباتی‌شان مطرح می‌کنند، با مردم قرارداد کالت دارند و درواقع تعهد در بهبود امر معیشتی و اقتصادی مردم و برقراری نظم و امنیت می‌دهند. در صورتی که وکیل به وظایفشان عمل نکنند، شرعاً و قانوناً پاسخگوی زیان‌های وارده بر موکّلشان هستند.

علاوه بر آن نظام‌های حقوقی رومی-ژرمنی و کامن‌لای و نیز سیستم‌های حقوقی ایران و افغانستان، تمایل به ضمان مالیت دارند و در برخی موارد قائل به جبران خسارت در قراردادها و ضمان مالیت به نفع زیان‌دیده هستند.

نتیجه‌گیری

در مواردی که شخص به تعهد قراردادی‌شان عمل نکند یا بعد از قرض دادن، سپرده‌گذاری در بانک، در پرداخت مهریه مؤجل و برگرداندن امانت، بر اثر وضع نابسامان اقتصادی و تورم، مالیت مال و کالا، کاهش پیدا کند، نظریه‌های مطرح در فقه و حقوق موضوعه، متفاوت است. فقه حکم به پرداخت مثل یا قیمت یا فسخ قرارداد می‌دهد؛ اما سیستم‌های حقوقی چون، فرانسه، انگلیس، آلمان، آمریکا و افغانستان تأکید به مشغول بودن عهده به مالیت مال یا ارزش مبادله‌ای دارند. قانون ایران تحت تأثیر فقه و نظریه اکثر فقها در موارد محدودی چون، پرداخت مهریه و اسناد تجاری بر اساس نرخ تورم که از سوی بانک مرکزی اعلام می‌گردد، نظر دارند. به نظر می‌رسد برداشت فقها از متون روایی و قواعد فقهی-حقوقی هم چون ید، لاضرر و اتلاف آن که به‌طور مطلق گویای ضمان است و تخصیص آن‌ها را به ضمان مثل یا قیمت علاوه بر اینکه ضرر کاهش مالیت را جبران نمی‌کند، با اصل مسلم عقلایی عدالت ناهمگون و با حدیث حرمت مال مؤمن و آیه مَن إعتدى... ناسازگار است.

طیفی از صاحب‌نظران فقهی و حقوقی و نیز سیستم‌های حقوقی، به پذیرش ضمان

مالیت در شرایط تورم اقتصادی شده‌اند. دلایل و استدلال‌های این گروه شایسته تأیید و ایرادات احتمالی آن‌ها نیز قابل پاسخگویی است. با توجه به تحلیلی که از ضمان مالیت و نقش که این نوع از ضمان در جبران خسارت متضرر از نقض قرارداد و استحکام روابط اقتصادی امانت، وام و حتی قرض الحسنه و... دارد، در صورت عدم قول به ضمان مالیت، درواقع بدون سبب به دارای طرف افزوده شده است. میزان تعیین کاهش ارزش مبادله کالا دست بانک مرکزی و حتی عرف بازار است و با پذیرش ضمان مالیت در موارد متذکره، رفتار به عدالت و احترام گذاشتن به مال مسلمان و جامعه عمل پوشاندن به آیه فَمَنْ إِعْتَدَى، است.



فهرست منابع

قرآن کریم

۱. ابن منظور، محمد بن مکرم، (۱۴۱۴ق)، لسان العرب، بیروت: دار صادر.
۲. اسدی حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر (علامه حلّی)، (بی تا)، تذکرة الفقهاء، قم: مؤسسه آل البيت (ع) لإحیا التراث.
۳. انصاری، مرتضی، (۱۴۲۳ق)، المکاسب، قم: شریعت.
۴. ایروانی، علی، (۱۳۸۵)، حاشیة المکاسب، قم: صبح الصادق.
۵. آرام، احمد، (۱۳۸۰)، الحیة، تهران: دفتر نشر فرهنگ اسلامی.
۶. آمدی، عبدالواحد، (۱۳۶۶)، غرر الحکم، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۷. بی آزار شیرازی، عبدالکریم، (۱۳۷۵)، رساله نوین، تهران: دفتر نشر فرهنگ اسلامی.
۸. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۱)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش.
۹. دهخدا، علی اکبر، (۱۳۷۷)، لغت نامه دهخدا، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۱۰. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، (۱۳۷۳)، المفردات فی غریب القرآن، تهران: المكتبة المرتضوية.
۱۱. صدر، سید محمد باقر، (۱۳۷۵)، اقتصادنا، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۱۲. صدوق، محمد بن بابویه، (۱۴۰۴ق)، من لایحضره الفقیه، قم: انتشارات اسلامی.
۱۳. طباطبایی یزدی، سید کاظم، (بی تا)، العروة الوثقی، تهران: دار الکتب الاسلامیة.
۱۴. طریحی، فخرالدین، (۱۳۷۵)، مجمع البحرين، تهران: المكتبة المرتضوية.
۱۵. طیب، عبد الحسین، (۱۳۷۸)، أطيّب البیان فی تفسیر القرآن، تهران: انتشارات اسلام.
۱۶. کاشف الغطاء، محمد حسین، (بی تا)، تحریر المجلة، المكتبة الرضوية، نجف اشرف: بی نا.





۱۷. محقق حلی، جعفر بن حسن، (۱۴۰۹ق)، شرایع الأحکام، تهران: نشر استقلال.
۱۸. مطهری، مرتضی، (۱۳۸۱)، مجموعه آثار، تهران: انتشارات صدرا.
۱۹. معین، محمد، (بی‌تا)، فرهنگ معین، تهران: امیرکبی.
۲۰. موسوی بجنوردی، محمدحسن، (۱۳۷۷)، القواعد الفقهية، تهران: نشر میعاد.
۲۱. موسوی خمینی، سید روح الله (بی‌تا)، تحریر الوسیله، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۲۲. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، (۱۴۱۷ق)، مصباح الفقاهة، قم: انصاریان.
۲۳. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، (بی‌تا)، منهاج الصالحین، بیروت: دارالزهرا(س).
۲۴. نجفی، محمد حسن، (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۲۵. نوری، میرزا حسین، (بی‌تا)، مستدرک الوسائل، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۲۶. هادوی تهرانی، مهدی، (۱۳۸۳)، مکتب و نظام اقتصادی اسلام، قم: مؤسسه فرهنگی خانه خرد.
۲۷. یوسفی، احمد علی، (۱۳۸۱)، ربا و تورم (بررسی تطبیقی جبران کاهش پول و ربا)، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

مبانی حسن معاشرت در خانواده از منظر فقه اسلامی و حقوق افغانستان

خداداد محمدی^۱

چکیده

ازدواج از اساسی‌ترین مراحل تشکیل خانواده است که با عقد نکاح صحیح بین زن و مرد ایجاد شده و نسبت به یکدیگر حقوق و وظایفی به وجود می‌آورند. یکی از مهم‌ترین وظایف، حسن معاشرت است. طبیعتاً در ازای ایجاد هر حقی برای هریک از زوجین، طرف دیگر مکلف به رعایت آن حق است. حسن معاشرت از مسائل مهم فقهی و حقوقی است که پرداختن به مبانی آن در خانواده، یک ضرورت است. تحقیق حاضر که با شیوه توصیفی و با روش کتابخانه‌ای جمع‌آوری شده است، مبانی حسن معاشرت را در نظام خانواده به بررسی گرفته است. طبق یافته‌های این پژوهش، حق حسن معاشرت در نظام خانواده، هم از منظر فقه امامیه و فقه حنفی و هم در حقوق افغانستان مبتنی بر اراده تشریعی خداوند بوده که با مراجعه به آیات، روایات، حکم عقل و مراجعه به مواد قانونی می‌توانیم به اراده خداوند دسترسی پیدا کنیم.

کلیدواژه‌ها: مبانی فقهی و حقوقی، حسن معاشرت، حقوق خانواده، حقوق افغانستان، فقه اسلامی

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، مجتمع آموزش عالی علوم انسانی، جامعه المصطفی العالمیه، قم، ایران

مقدمه

جهان آفرینش که سراسر نظم و قانون‌مندی است، معلول حکمت و قدرت خداوند حکیم و دانا است. در خلقت بشر حقوقی را به او اعطا کرده که لازمه حیثیت انسانی و ذاتی او است و عقل و اراده را با هم آمیخته و به انسان داده تا بتواند خوب و بد را از یکدیگر تمیز دهد. امر و نهی را با هدایت تشریعی توسط پیامبران وضع نموده که در پیروی از آن‌ها تفاوتی بین زن و مرد نیست. کرامت انسان در بینش توحیدی، مختص یک گروه خاص نیست، بلکه آنچه قابلیت رشد و کمال را دارد، روح انسان است که در پرتوی عنایات الهی به کمال می‌رسد. «إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ». (حجرات: ۱۳) در گذر زندگی مادی لازمه ادامه حیات و بقای انسان، زوجیت است که بنای آن بر مودت و رحمت استوار است. چنانکه قرآن کریم می‌فرماید: «وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً». (روم: ۲۱) پروردگار جهان نوع بشر را مرکب از زن و مرد آفرید و چنین قرار داد که هریک از دو جنس با انجام وظایف خود خدمت ارزشمند و شایسته انجام دهند و هردو در عرض هم با رعایت حقوق یکدیگر به پیشرفت و تکامل خویش کمک کنند. در این تحقیق درصدد آن هستیم که موضوع را در حد ظرفیت این مقاله در سه منبع یاد شده در عنوان مطالعه و بررسی کنیم.

۱. تعاریف و مفاهیم

۱-۱. تعریف خانواده

خانواده در فارسی به معنای دودمان، تبار و خاندان و در زبان عربی با عنوان «اسره» به معنای سپر و زره محکم آمده است. (دهخدا، ۱۳۷۷، ۶: ۹۴۳۸) حقوق دانان خانواده را دارایی معنای «عام و خاص» دانسته‌اند (امامی و صفایی، ۱۳۸۴: ۱۱) در تعریف عام، گروهی را گویند که مرکب از شخص و همسر و خویشان نسبی او باشد و در تعریف خاص شامل زن و شوهر و فرزندان که تحت سرپرستی آن‌ها قرار دارد و باهم زندگی می‌کند، می‌شود.



۱-۲. حسن معاشرت

حسن معاشرت ترکیب اضافی متشکل از دو کلمه «حسن» و «معاشرت» است. لذا برای تبیین مفهوم درست و دقیق آن لازم است ابتدا مفهوم هرکدام بررسی شود. «معاشرت» در لغت باکسی زندگی کردن و باهم آمیزش کردن است. (دهخدا، ۱۳۷۷، ۱۳: ۱۸۶۳۲) حسن در عربی به معنای جمال و زیبایی به کار رفته است. (جبران، ۱۳۷۶، ۱: ۶۷۶) با توجه به این معانی، می‌توان «حسن معاشرت» را زندگی زیبا یا خوش رفتاری معنا کرد. (دهخدا، ۱۳۷۷، ۶: ۸۹۶۰) «حسن معاشرت»، در آیات و روایات بیشتر جنبه ارشادی دارد، ولی با توجه به حقوق و قوانین کشورها در حوزه حقوق خانواده، به صورت قاعده حقوقی درآمدها است. (گرجی و همکاران، ۱۳۹۲: ۱۷۷) اصل معروفی که در حقوق خانواده به عنوان موازنه‌ای در روابط متقابل زوجین، در جهت استقرار نظام خانواده حق و تکلیفی را تعریف و تنظیم می‌نماید، همان حسن معاشرت در تعبیر حقوقی و اخلاقی است.

۱-۳. حسن معاشرت در نظام حقوقی خانواده

حسن معاشرت در حقوق خانواده، همان تبلور حاکمیت اصل معاشرت به معروف در قرآن کریم است. مفهوم حسن معاشرت، در معنای عام دربردارنده تکالیفی همچون سکونت مشترک، تمکین زوجه، وفاداری و همکاری زوجین در تحکیممانی خانواده و... هست، همچنین در مفهوم حسن معاشرت در خانواده گفته شده است که انجام مطلوب و وظایف و مسئولیت‌ها، بقای خانواده و سرانجام به تعالی رساندن آن که نوع خاصی از رفتار زوجین نسبت به یکدیگر است. (عظیم زاده اردبیلی، ۱۳۸۷: ۴۸) بعضی از حقوق دانان حسن معاشرت را به معنای شریک بودن در غم و شادی یکدیگر دانسته و رفتارهای محبت‌آمیز را نیز حسن معاشرت تعریف نموده‌اند. (جلالی، ۱۳۸۹، ۱: ۱۳۲)

به‌طورکلی می‌توان گفت تمام حقوق و تکالیفی که در روابط زوجین مطرح می‌شود به نحوی لازمه حسن معاشرت در نظام حقوقی خانواده محسوب می‌شود که رعایت نکرده آن‌ها در حقیقت سوء معاشرت است. حقوق از یک نگاه کلی به دو بخش



حق الله و حق الناس قابل تقسیم‌اند که حق الناس به نوبه خود به دو بخش حقوق مالی و غیر مالی تقسیم می‌شود. «حسن معاشرت» جزء حقوق غیر مالی است.

۱-۴. حسن معاشرت در فقه (امامیه - حنفی)

حیاتی‌ترین عضو تشکیل‌دهنده پیکره جامعه، خانواده است که سلامت و قوام جامعه در گرو سلامت و قوام آن است. در شریعت مقدس اسلام و از نظر مشهور فقها خانواده نهادی است مقدس. زن و مردی که به اختیار و اراده خویش پیمان زناشویی می‌بندند، به تعبیر قرآن در جهت رسیدن به سکینه و آرامش، هستند. معاشرت به معروف، از لوازم رسیدن به آرامش است که باعث دوام و قوام زندگی مشترک و شیرین شدن آن، برای هر یک از زن و شوهر خواهد بود. تا معاشرت نیکو در خانه نباشد آرامشی وجود نخواهد داشت. خداوند در آیه ۱۹ سوره نساء «وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ». (نساء: ۱۹) فرمان معاشرت شایسته و رفتار انسانی مناسب با زنان را صادر می‌کند. این جمله، بعد از نهی از اذیت زنان در قسمت قبل آیه، آمده و دستور می‌دهد با آن‌ها بر اساس معروف زندگی کنید.

رسول اکرم (ص) در خطبه حجة الوداع فرمود: «شما را بر زنان حقی است؛ همانگونه که ایشان را بر شما حقی است. از حقوق شما بر زنان است که نگذارند بر فراش شما کسی پاگذارد و زنان در آنچه معروف است از شما اطاعت کنند. هرگاه این حقوق از ناحیه زنان انجام شود بر شما است که خوراک و پوشاک ایشان را طبق متعارف تأمین کنید». (زحیلی، ۱۴۱۱، ۴: ۳۰۳)

در مفهوم معاشرت مشارکت و برابری نهفته است؛ یعنی ای مردان با زنان بر اساس متعارف رفتار کنید و زنان نیز باید با مردان بر پایه معروف معاشرت داشته باشند. (رشید رضا، ۱۹۹۵، ۴: ۴۵۶) و هبه زحیلی از فقهای اهل سنت، وقت برشماری حقوق شوهر بر زن، از معاشرت به معروف یاد می‌کند. (زحیلی، ۱۴۱۲، ۳: ۳۳۰-۳۲۷) در کلام فقها بسیار آمده که با زنان به طوری معاشرت کنید که مرسوم و عرف است. (طباطبایی، ۱۳۹۴، ۳: ۱۲۴)

برخی فقها در بیان حسن معاشرت مصادیق حسن معاشرت گفته‌اند: «عمل به



معروف اقتضا می‌کند که پدر طفل در طول مدت شیردهی، مراقب حال روحی و روانی مادر طفل باشد». (مکارم شیرازی، ۱۳۷۶، ۲: ۱۹۰) پدران باید در تأمین نیاز مادی و معنوی همسر خود، آنچه را که شایسته و متعارف و مناسب حال زن است، در نظر بگیرند، نه سختگیری کنند و نه اسراف. (همان: ۱۸۹)

۱-۵. حسن معاشرت در حقوق افغانستان

حسن معاشرت در نظام حقوقی افغانستان مورد توجه قانون‌گذار بوده و در جای جای قانون از آن نام برده شده است حال یا به‌طور صریح و یا از محتوا و روح قانون استفاده می‌شود، در قانون اساسی افغانستان که در رأس قوانین قرار دارد و به‌عنوان مبدأ قوانین عادی محسوب است. در اصل ۵۴ قانون اساسی چنین آمده است: «... دولت به‌منظور تأمین سلامت جسمی و روحی خانواده، بالأخص طفل و مادر، تربیت اطفال و برای از بین بردن رسوم مغایر با احکام دین مقدس اسلام تدابیر لازم اتخاذ می‌کند». در توضیح ارتباط این ماده با «حسن معاشرت» باید گفت که سلامت روحی والدین و فرزندان آن‌ها، درگرو حسن معاشرت آن‌ها با همدیگر در کانون خانواده است. (رسولی، ۱۳۹۱: ۱۵۰) وقتی مواد قانون مدنی افغانستان را بررسی می‌کنیم، «حسن معاشرت» به‌طور صریح در آن ذکر نگردیده است؛ اما از مفاهیم بعضی مواد استفاده می‌شود که رفتار زن و مرد باهم مسالمت‌آمیز باشد. مثلاً موادی که در مورد مهریه، نفقه، مسکن و... به‌گونه‌ای اشاره به رفتار مسالمت‌آمیز دارد که این امور از مواد ۶۰ تا ۱۳۰ قانون مدنی که در ارتباط ازدواج و آثار ازدواج است، آورده شده است تا در صورت تخلف هر یک از زوجین بر اساس قانون با او برخورد شود.

به‌طور نمونه در ماده ۱۱۶ ق. م. قانون‌گذار تصریح داشته است که اگر مردی بیش از دوزن داشته باشد نمی‌تواند بدون رضایت، آن‌ها را مجبور به زندگی در یک خانه نماید. در ماده ۱۱۵ بیان نموده که زوج مطابق به توان مالی خود مسکن مناسب برای زنش تهیه نماید. در ماده ۱۱۷ بیان کرده که با ازدواج صحیح نفقه بر گردن زوج لازم می‌گردد. در مواد ۱۱۹ آمده که اگر زوج نفقه زن را پرداخت نکند، از طرف محکمه با صلاحیت به ادای نفقه مکلف (اجبار) می‌شود.

قانون احوال شخصیه به طور صریح اشاره به حسن معاشرت داشته است. بخش دوم این قانون که دارای هشت فصل است، از مواد ۶۷ الی ۱۸۰ این قانون، به خانواده اختصاص دارد. قانون‌گذار در بند ۱ ماده ۱۲۲ این قانون، زوجین را مکلف به حسن معاشرت با یکدیگر دانسته و دامنه حسن معاشرت را به والدین و اقارب ایشان توسعه داده است؛ چنانکه گفته است: «زوجین مکلف به انجام وجایب شرعی و قانونی زوجیت و «حسن معاشرت» با یکدیگر و والدین و اقارب هم دیگر است».

نکته قابل ذکر این است که روح و محتوای قانون همانند صریح قانون الزام‌آور است. (همان) در قانون منع خشونت علیه زنان مواد ۳، ۴ و ۵ به حسن معاشرت اشاره نموده و عدم رعایت «حسن معاشرت» را از مصادیق خشونت علیه زنان دانسته و جرم شمرده است.

۲. مبانی حسن معاشرت

تعریف اصطلاحی مبنا و مبانی، زمانی کامل و قابل فهم‌تر است که با اضافه به یک علمی تعریف شود. بدین اساس ما مطابق با موضوع این تحقیق، مبانی را از نظر فقها و حقوق دانان تعریف می‌کنیم:

۱-۲. تعریف مبانی فقهی

در نظام حقوقی اسلام با توجه به علم بی‌پایان خداوند، همه نیازها در اصول کلی و جزئی قوانین آن پیش‌بینی شده و خلأهای حقوقی، آن‌گونه که در «نظام‌های بشری غیردینی» دیده می‌شود، در آن وجود ندارد. چه این‌که در نظام حقوقی اسلام، حق حاکمیت و قانون‌گذاری مختص ذات خداوند است و هیچ‌کس حق حکومت بر دیگری را ندارد. لذا وحی مبانی اصلی همه قواعد و مقررات این نظام به شمار می‌آید؛ یعنی آنچه مقررات و احکام فقه و حقوق اسلام را الزام‌آور می‌کند و به آن مشروعیت می‌بخشد، اتصال به وحی و صدور از منبع و حیانی است. (صانعی، ۱۳۸۹: ۱۰)

ولی از آنجا که مشیت خداوند بر آزادی و اختیار انسان در مورد اعمال و سرنوشت خویش قرار گرفته است و با توجه به انقطاع وحی و این‌که در نظام اسلامی جایگاه



اصل «اجتهاد» همانند جایگاه اصل قانون‌گذار است، فقیهان و مجتهدین واجد شرایط به استنباط احکام و قوانین الهی که کاشف از اراده تشریعی خداوند است، موظفند. لذا از دیدگاه اسلام، تنها قواعد و قوانینی در جامعه قابل اجرا است که مطابق با عدالت یا حداقل منافی با آن نباشد. بنابراین می‌توان اصل عدالت یا عدم تنافی با عدالت را به‌عنوان مبنای عرضی و ثانوی قواعد و مقررات اسلام دانست. نکته قابل توجه این‌که در نزد اکثر اندیشمندان، واژه مبنا اصطلاح خاص حقوقی است که در فقه اسلام میان فقیهان مسلمان کاربردی برای آن دیده نشده است، بلکه آنچه توسط فقیهان مسلمان به جای واژه «مبنا» به کار برده می‌شود، اصطلاح «ملاک» است. (سلیمی، ۱۳۹۰: ۱۰۲)

۲-۲. تعریف مبانی حقوقی

کلمه مبنا در دانش حقوق عبارت است از نیروی الزام‌آور حقوق و مقامی که ارزش قواعد حقوق را تأمین می‌کند و پایه همه قواعد آن به شمار می‌آید. (صانعی، ۱۳۸۹: ۲۱) بنابراین نیرو و جاذبه‌ای که پشتیبان قانون است و آدمی را به اجرای آن وامی‌دارد، «مبنای حقوق» می‌نامند. (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۷)

عده‌ای بر این باورند که حقوق دارایی دو منبع است: یکی منبع پنهانی که همان را مبانی نیز گویند و دیگری منبع ظاهری. مبانی، عبارت است از منبع پنهانی و نیرومندی که پایه‌ها و اساس قواعد حقوقی را تشکیل داده و الزام ناشی از آن‌ها را توجیه می‌کند (سلیمی، ۱۳۹۰: ۹۰) تمام نظام‌های حقوقی اعم از دینی و غیردینی نمی‌تواند در زمینه مشکلات و در همه روابط فعلی و آینده یک جامعه احکام، مقررات و قواعد مشخصی عرضه نماید؛ زیرا محدودیت و توسعه احکام و مقررات حقوقی تابع روابط اجتماعی یک جامعه است و قانون آن جامعه نیز برای تنظیم این روابط و رفع تعارض و نزاع همکاری بیشتر و بهتر افراد وسعت می‌یابد و احکام کلی و جزئی تازه‌ای وضع یا اعتبار خواهد شد.

بنابراین در هر نظام حقوقی باگذشت زمان خلأهایی کشف خواهد شد. در این صورت لازم است قانون‌گذار یا فقیه، خلأهای قانونی را با وضع احکام جدید یا

استنباط آن‌ها پر نماید و مشکلات و درگیری‌های اجتماعی را مرتفع سازد آنچه قانون‌گذار یا فقیه را در وضع مقررات و استنباط احکام جدید یاری می‌کند کشف اهداف و مبانی است که در یک نظام حقوقی موردنظر بوده و مقررات حقوقی به خاطر تحقق آن اهداف و بر اساس آن مبانی وضع گردیده است. (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۴۰)

روشن است که شناخت و تشخیص مبانی حقوق، بدون آگاهی از ویژگی‌های اساسی آن امکان‌پذیر نیست. لذا لازم است که به بعضی از ویژگی‌های مبانی اشاره شود:

الف. مبانی حقوق همیشه از کلیت وسیعی برخوردار است. لذا همواره تعداد مبانی در هر نظام حقوقی محدود خواهد بود.

ب. مبانی حقوق از نظر حقوق دانان وضع شدنی نیست. لذا اطلاق قانون یا قاعده بر آن‌ها صحیح نیست.

ج. مبنای حقوق الهام‌بخش است؛ یعنی در موارد فقدان یا ابهام قانون می‌تواند در وضع قانون جدید دست قانون‌گذار را بگیرد. (سلیمی، ۱۳۹۰، ۹۰)

د. مبانی حقوق منشأ الزامی بودن قواعد و مقررات اجتماعی به شمار می‌رود، به این معنا که حقوق تا حدود زیادی مشروعیت و الزامی بودن خود را از این مبانی به دست می‌آورد. (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۶۹)

ه. مبانی حقوقی موجب تمایز نظام‌های حقوقی از یکدیگر می‌گردد؛ یعنی نظام حقوقی مبنای الهی دارد یا غیر الهی و مادی هر کدام قواعد متفاوت دارد. (سلیمی، ۱۳۹۰: ۹۱)

و. ضمانت اجرا داشتن از دیگر ویژگی مبانی حقوقی است.

۲-۳. مقایسه مبانی با منابع

واژه «منبع» معادل «مصدر» که از اصطلاحات دانش حقوق است، در لغت به معنای سرچشمه به کار می‌رود. در اصطلاح حقوقی، اگرچه مصدایقی که از آن به ذهن حقوق دانان تبادر می‌کند تا حدودی روشن و خالی از ابهام است، ولی گاهی



ابهاماتی در مورد این واژه مانند بسیاری از واژه‌های دیگر در نزد حقوق‌دانان به چشم می‌خورد. چنانکه بعضی از نویسندگان حقوق از آن به «منابع مادی» تعبیر کرده‌اند. برخی دیگر آن را به معنای «منبع اعتبار» دانسته‌اند. گاهی فقها منبع را با مبنا حقوق درآمیخته و از آن‌ها با عناوین «اصول احکام و عناوین اولیه» و «اصول احکام و عناوین ثانویه» یاد می‌کنند. باوجود اختلاف‌ها و ابهامات موجود پیرامون واژه «منبع»، در یک تعریف می‌توان گفت که منبع حقوق، امر یا اموری است که قواعد حقوقی از آن ریشه می‌گیرند و مقررات حقوقی را می‌توان از آن‌ها استخراج نمود. به دیگر سخن پدیده‌هایی که حقوق و تکالیف جامعه و مردم از آن‌ها سرچشمه می‌گیرد، «منابع حقوق» نامیده می‌شود. (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۴۱)

۲-۴. رابطه مبانی و منابع

باید توجه داشت که تمیز منابع حقوق از مبانی حقوق، موجب این پندار نگردد که این دو مفهوم و دو بحث کاملاً مستقل بوده و باهم ارتباطی ندارد، بلکه ارتباط میان منابع حقوقی و مبانی حقوقی بس محکم و وثیق است که بسیاری قائل به اصل و فرع شده‌اند. (دانش‌پژو، ۱۳۹۱: ۱۰) منبع حقوق در یک معنا، یعنی «یافتگاه» قاعده حقوقی؛ جایی که قواعد حقوقی را می‌توان در آن جستجو نمود. با این‌که مبانی حقوق بنیادی است که قاعده حقوقی بر آن استوار است و با تکیه بر آن، معتبر و الزام‌آور می‌شود. (دانش‌پژو، ۱۳۸۹: ۱۴۹)

برخی از نویسندگان با در نظر داشت مفهوم گسترده برای منابع، آن را به دودسته مادی (موضوعی و واقعی) و رسمی (شکلی و ظاهری) تقسیم نموده‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۲) هدف از منابع مادی، عواملی است که در تکوین قاعده حقوقی نقش دارد و مفهوم مبانی را تا اندازه‌ای تداعی می‌کند. مقصود از منابع رسمی، همان یافتگاه قاعده یا قواعد حقوقی است. (دانش‌پژو، ۱۳۸۹: ۱۵۰)

در فلسفه حقوق اصطلاحات «مبانی» و «منابع» به یک معنا به کار می‌رود. (سلیمی، ۱۳۹۰: ۱۰۲) این اندیشه زمانی در ست است که هدف از منبع، معنای ماهوی آن باشد که همان منشأ و یافتگاه مقررات حقوقی است؛ اما اگر مراد از منابع،

منابع کشفی باشد در اینجا منابع با مبانی متفاوت خواهد بود. (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ۲: ۹) از نکات و مطالب فوق باید متذکر شد که فقها میان منابع و مبانی تفاوت چندانی قائل نیستند و این‌ها را در جای هم به کار برده‌اند؛ اما از نظر حقوق دانان، این دو باهم متفاوت به کار برده شده است.

۳. مبانی حسن معاشرت در فقه (امامیه و حنفی)

در فقه اسلامی، اراده تشریعی شارع مقدس، مبنای اعتبار قوانین اسلامی شمرده می‌شود. با مراجعه به نظام حقوقی اسلام در می‌یابیم که اراده شارع مقدس، در کتاب و سنت رسول اکرم (ص) منعکس شده است. لذا تمام مذاهب اسلامی این دو منبع را پذیرفته، هر چند فرقه‌های مانند اصحاب حدیث در اهل سنت تنها منابع معرفتی اسلام را منحصر به این دو منبع می‌دانند و علمای اخباری بر سنت پیامبر و ائمه و بر رد عقل تأکید داشتند. در حالی که اهل تشیع بر علاوه آن دو منبع، عقل و اجماع را نیز به عنوان منابع دانسته و فرقه‌های دیگر از اهل سنت به منبع بودن موارد مانند قیاس، سد ذرایع، استحسان و... تمسک جسته‌اند.

شمارش منابع حقوقی اسلام از جمله موضوعات و نظریه‌ها در نظام‌های حقوقی است. نظام حقوقی زن در اسلام و حقوق خانواده، دارای منابع اختصاصی نبوده، بلکه منابع عمومی آن در این خرده نظام (نظام حقوقی خانواده) نیز کاربرد دارد. البته که میزان آموزه‌های هر منبع نسبت به بیان حقوق خانواده متفاوت است، به علت میزان استفاده از منابع به نوع منبع و مقدار آموزه‌های آن بستگی خواهد داشت. (حکمت‌نیا، ۱۳۹۰، ۱: ۱۱۷) معمولاً زمانی که در فقه امامیه از منابع حقوقی اسلام یا همان (مصادرالتشريع المعتبر او منابع الفقه و الاحکام)، سخن گفته می‌شود، چهار منبع یعنی (کتاب، سنت، اجماع و عقل)، هدف است. در حقیقت همان اموری که یک فقیه مسلمان برای جستجوی قوانین و احکام اسلامی بدان مراجعه می‌کند. حتی قانون‌گذاران، قوانین را که وضع می‌کند باید به همان منابع مستند سازد. به بیان رساتر باید گفت که در کشور اسلامی، هر حق و تکلیفی باید مستند و مستدل به یک



قانونی باشد که از طرف مقام باصلاحیت وضع و تصویب شده باشد. این قانون باید مستند به یکی از منابع استنباط احکام اسلام باشد. در پشت مبانی حقوق در اسلام، اراده تشریعی خداوند قرار دارد که در حقیقت کتاب، سنت، اجماع و... مبین همان اراده است. (مکارم شیرازی، ۱۳۸۲: ۶۳۶) لذا بحث از منابع، در حقیقت بحث از مبانی خواهد بود و برعکس.

رفتار به معروف یا همان حسن معاشرت از نظر اسلام و فقهای اسلامی اعم از امامیه حنفی منابع و مبانی بر اساس آیات و روایات و... دارد که به آن‌ها اشاره می‌کنیم.

۳-۱. آیات

از نظر قرآن کریم، اساسی‌ترین اصل در رفتار و تعامل بین زوجین، معاشرت به معروف است که آیاتی از قرآن کریم، استقرار اصل معروف را به عنوان وظیفه در روابط زوجین مطرح می‌سازد. واژه معروف بیش از ۴۰ بار در قرآن آمده که ۱۹ مورد آن به موضوع معاشرت مردان با زنان در محیط خانواده پرداخته و معروف را ضابطه و قانون کلی و مبنا در معاشرت و روابط خانوادگی قرار داده است از نگاه قرآن هر نوع رفتاری که در چارچوب معروف جای گیر، بایسته و ستوده و هر رفتاری که از این دایره بیرون باشد، ناپسند و نکوهیده است. قرآن مجید درباره رابطه زناشویی تعبیراتی جالب دارد. از جمله در آیه ۲۱ سوره روم، هدف ازدواج را، کسب سکینه و آرامش زوجین از یکدیگر دانسته و تصدیق می‌کند که میان شما، رحمت و مودت قرار دادیم تا بدین وسیله زمینه ایجاد آرامش را به مخاطبین باز شناساند. در آیه یادشده، خانواده، بر مبنای اصل «مودت و رحمت» حفظ آرامش و سکون، تفاهم و ایجاد زمینه رشد و بالندگی و ارتقای مطلوب و تقویت و تکمیل هر یک از زن و شوهر توسط دیگری شکل گرفته است. در ذیل به مهم‌ترین آیاتی که در متون فقهی به عنوان کاشف اصل معروف و حسن معاشرت زوجین در کانون خانواده معرفی شده است اشاره می‌کنیم. پروردگار عالم می‌فرماید:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرْهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِيَذْهَبُوا بِبَعْضِ



مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا. (نساء: ۱۹)

این آیه شریفه از تنگ گرفتن بر زنان به هر شکلی که باشد، نهی می‌کند. به‌عنوان مثال بر شوهر حرام است که برای فسخ نکاح، زن را وادار به بخشیدن مهرش کند، مگر آن‌که زن، مرتکب عمل زشت و زنای آشکار شده باشد که در این صورت شوهر می‌تواند بر او تنگ بگیرد تا به‌وسیله پول گرفتن طلاقش دهد. (طباطبایی، ۱۳۷۰، ۴: ۴۰۶)

در تفسیر آیه آمده است که در دوران جاهلیت، رسم چنین بوده که اگر مردی فوت می‌شد و زنش مادر وارث نبود (اولاد نداشت)، جزء ارث محسوب می‌شد و ورثه او را مانند اموال میت به ارث می‌بردند. رسم چنین بود که هرکس آن زن را می‌خواست، جامه‌ای بر سر او می‌انداخت و زن از آن او می‌شد. اگر دلش می‌خواست بدون مهریه با او ازدواج می‌کرد؛ زیرا او را به ارث برده بود و اگر علاقه‌ای به این کار نداشت، نزد خود نگه می‌داشت تا به نحوی از او استفاده مادی کند. مثلاً شوهرش دهد و مهریه‌اش را بگیرد یا اگر خواستگاری نداشت، در خانه او می‌ماند و می‌مُرد تا اموالش را به ارث ببرد. (همان) این آیه نازل شد و جایگاه زن را تا آنجا که حقش بود بالا برد. هرچند عده‌ای به این آیه اشکال کرده که چرا مخاطبش فقط زنان است، با اینکه معاشرت به معروف یا حسن معاشرت از حقوق طرفینی و از طرفی تکلیف طرفینی است.

پاسخ در تفاسیر چنین است که اجتماع بشری در عصر نزول قرآن زن را در جایگاه و موقعیتی که اکنون است، جای نمی‌داد و از این‌که زن را جزء اجتماع بشری بدانند، کراهت داشتند. در آن عصر، حاضر نبودند زن را مانند طبقه مردان جزء مردم حساب کنند و زن را موجودی طفیلی و خارج از جامعه انسانی می‌دانستند؛ زیرا جامعه بشری آن روز می‌خواست از وجود زن استفاده کند. از آنجا که به‌نوعی محتاج زن بود و او را انسان می‌دانست، ولی انسانی ناقص در انسانیت و هم‌رتبه با کودک و یا دیوانگان، با این تفاوت که کودکان روزی عاقل و بالغ می‌شدند و دیوانگان نیز روزی بهبودی پیدا



می‌کردند، ولی زنان هیچ‌وقت به انسانیت کامل نمی‌رسیدند. در نتیجه باید همیشه تحت استیلاي مردان قرار می‌گرفتند. (همان: ۶۷۵)

به برکت دین مبین اسلام خداوند متعال نه‌تنها به زن و مقام او ارزش داده بلکه دستور به اکرام او در همه مراحل چه قبل از ازدواج و حتی تا بعد از طلاق دستور معاشرت به معروف (حسن معاشرت) داده است.

دومین آیه که می‌توانیم به‌عنوان مبنای حسن معاشرت بیان نموده و بدان استناد کرد، آیه ۶ سوره طلاق است. خداوند در این آیه می‌فرماید: «وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُمْ بِالْمَعْرُوفِ». (طلاق: ۶) درباره «وَأْتَمِرُوا» سه معنا بیان شده است. معنای اول مشاوره کردن است. معنای دوم هریک دیگری را به نیکویی فراخواندن و معنای سوم؛ پذیرش گفته و امر یکدیگر که هرکدام از این معانی به نحوی اشاره به حسن معاشرت و نیک‌رفتاری دارد لذا با توجه به آیه فهمیده می‌شود که تأکید اسلام بر انعطاف و برخورد منطقی و صمیمی بین زن و شوهر است. (خدادادپور، ۱۳۸۸: ۲۳۱)

«وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ». (بقره: ۲۲۸) در اینجا اصل معروف را بنیان روابط متقابل زن و مرد در استقرار حق و تکلیف قرار می‌دهد و رعایت معروف را به‌عنوان وظیفه‌ای طرفینی بر زوجین لازم می‌داند.

«وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً». (روم: ۲۱) یکی از نشانه‌های قدرت خداوند این است که برای شما از جنس خودتان همسرانی آفریده تا وسیله سکون و آرامش شما باشد و در میان شما دوستی و رحمت قرار داده است. مسلماً روابط ناشی از باهم بودن و صمیمیت و هم‌دلی مایه آرامش و تسکین خاطر آن‌ها می‌گردد.

«وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدِيَهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ وَيُهْتَنَاءُ وَإِثْمًا مُبِينًا»؛ (نساء: ۲۰) اگر خواستار جایگزینی همسری به جای همسر (خود) شدید و به یکی از آنان مال فراوانی (به‌عنوان مهر) پرداخته‌اید، پس هیچ‌چیزی از آن را (باز) مگیرید. آیا آن «مهر» را با تهمت و گناهی آشکار (باز پس) می‌گیرید؟



۳-۲. روایات

روایات بسیاری از ائمه معصومین (ع) در ارتباط با حسن معاشرت و علاقه و خوش‌رویی و مساعدت و احترام متقابل بین زوجین وارد شده است که برای جلوگیری از اطاله کلام به برخی از آن‌ها اشاره می‌کنیم:

امیرالمؤمنین در وصیت خود به محمد بن حنیفه می‌نویسد: «با بانوی خود خوش صحبت باش، چه در گفتار و چه در کردار، همراه خوبی باش تا عیش تو خالص شود» (حر عاملی، ۱۴۰۳، ۸: ۵۰۵)

پیامبر (ص) فرمود: «سفارش مرا درباره زنان خود پاس بدارید تا از سختی حساب‌رسی‌های یابید. هر که سفارش مرا پاس ندارد چه سخت است وضع او در پیشگاه خداوند». (محقق حلی، ۱۳۸۹: ۲۴۹)

امام صادق (ع) فرموده: «هر چه ایمان بنده افزوده شود محبت او به زنان فزونی می‌یابد». (حر عاملی، ۱۴۰۳، ۱۴: ۱۱) البته منظور از محبت در این‌گونه احادیث، خوش‌رفتاری و پاسداشت کرامت زن در حد والای انسانی است و هرگز نظر به جانب شهوت ندارد. بسیاری روایات دیگر نشان‌دهنده آن است که ائمه معصومین تا چه حد بر خوش‌رفتاری و نیکی کردن به همسر و تکریم او تأکید کرده‌اند و بدرفتاری و اذیت و آزار زن را به‌شدت نکوهش کرده‌اند. رعایت چنین مواردی لازمه حسن معاشرت و عدم رعایت آن مصداق سوء معاشرت محسوب می‌شود. نکته قابل توجه در سیاق آیات و روایات ذکرشده، آن است که پیوسته تأکیدی که بر حسن خلق و تکریم مردان نسبت به زنان شده است، به مراتب بیشتر از سفارش زن بر خوش‌رفتاری و احترام نسبت به شوهر است. به نظر می‌رسد علت چنین سیاقی در آیات و روایات، نوع مسئولیت مرد در زندگی و درگیری او با مسائل سخت و خشن و حوادث مختلف و توانمندی بیشتر بدنی و حسن قدرت‌گرایی در او باشد که خواسته یا ناخواسته از او موجودی محکم و استوار و تا حدی خشن می‌سازد. از این رو تأکید آیات و روایات بر آن است که مرد علی‌رغم مسئولیتی که بر عهده دارد همواره سعی بر تعدیل رفتار و تلطیف گفتار خویش بنماید.



۳-۳. عقل و بنای عقلا

دلیل دیگر، عقل است؛ یعنی حسن معاشرت زوجین با یکدیگر و تکلیف آن‌ها به زندگی مسالمت‌آمیز و همراه با رفتار نیکو، یک تئوری و قانون صادر شده از طرف عقلای جامعه بر اساس مصالح عمومی است. بدون شک هر انسان عاقلی به درستی این مطلب پی خواهد برد که زندگی مسالمت‌آمیز و همراه با عشق در کنار خانواده، پیامدی جز سعادت دنیوی و اخروی برای تمامی اعضای خانواده نخواهد داشت. در واقع باید گفت این مسئله جزء مستقلات عقلیه است که عبارت است از اموری که بدون حکم شرع، خود عقل به آن‌ها می‌رسد. این نکته نیز قابل ذکر است که نه تنها مبانی حسن معاشرت دلیل عقل است و عقلای جامعه آن را تایید می‌کنند، بلکه بنای عقلا (روش عملی جاری بین خردمندان و فرهیختگان جامعه) نیز همین مسئله است. عقل و بنای عقلای مورد تایید فقهای امامیه است و آنان به عنوان مدرک و دلیل حسن معاشرت بیان نموده‌اند؛ اما علمای اهل سنت قبول ندارد.

در فقه حنفی بنا بر روایت‌های متعدد که با تفاوت‌هایی جزئی نقل شده، منابع فقهی عبارت است از قرآن، سنت پیامبر، قول صحابه و در صورت دست نیافتن به حکم شرعی در این منابع، عمل به اجتهاد و رأی می‌شود. بر این اساس، منابع استنباط فقهی حنفیان عبارت است از کتاب، سنت، قول صحابی، قیاس، استحسان، اجماع و عرف. (ابوزهره، ۱۹۴۷، ۱: ۲۲۶) در این میان، کتاب، سنت متواتر و اجماع، منابع یقینی و حجت‌هایی است که موجب علم به شمار می‌رود. (سرخسی، بی‌تا، ۲۷۹: ۱)

۴. مبانی حسن معاشرت در حقوق افغانستان

از آنجا که دو نهاد خانواده و اجتماع بر یکدیگر تأثیر متقابل دارند و به دلیل نقش مهم خانواده در تربیت افراد و رشد اجتماع، توجه ویژه‌ای از سوی قانون نسبت به خانواده و رشد و تعالی این نهاد مقدس وجود دارد. نکاح نهادی است که محصول آن زوجین و بالقوه فرزندان هستند. لذا همین که نکاح به درستی واقع شد، حقوق و تکالیفی

برای زن و شوهر ایجاد می‌کند. نکاح فاسد هیچ‌گونه حق و تکلیفی برای طرفین ایجاد نمی‌کند؛ اما بر اساس ماده ۶۰ و ۹۰ قانون مدنی افغانستان و ماده ۱۱۰۲ قانون مدنی ایران، به محض اینکه نکاح صحیحی با کلیه شرایط معتبر شرعی و قانونی واقع شد، برای زوجین حقوق و تکالیفی را ایجاد می‌کند که این حقوق و تکالیف، بخشی مربوط به امور غیرمالی و بخشی در رابطه با امور مالی است، بخشی هم بین زوجین مشترک است که باید رعایت شود. همچنین بخش دیگر مختص به زن یا شوهر است؛ یعنی زوجین پس از وقوع نکاح و تحقق زوجیت، هرکدام هم حقوق و تکالیف مختص به خود و هم حقوق و تکالیف مشترک دارند. هم‌چنین ماده ۱۱۰۳ قانون مدنی ایران و ماده ۱۲۲ قانون احوال شخصیه شیعیان افغانستان، زوجین را به حسن معاشرت با یکدیگر مکلف دانسته است.

از طرفی حقوق و تکالیف غیرمالی، به تنظیم رفتارهای زوجین با یکدیگر که دارای محتوای عاطفی و جسمی و روانی هستند و نیز معاشرت‌های لازم در یک زندگی مشترک می‌پردازد. (جلالی، ۱۳۸۹، ۱: ۱۸۱) در صورتی که این حقوق رعایت نشود، به طرف مقابل خسارت وارد می‌شود و از آنجاکه این حقوق جنبه عاطفی و احساسی دارند، خسارت معنوی نیز به طرف مقابل وارد می‌شود.

خانواده بیش از هر چیز بر پایه مودت و دوستی بین اعضای آن، به خصوص زن و شوهر استوار است. اگر این جریان بر اساس دوستی و تفاهم و به دور از خودخواهی‌ها ادامه یابد، به آرامش و سکون در کنار یکدیگر و در نهایت به کمال انسانی موردنظر خواهد رسید. در میان مکاتب حقوقی، دین مبین اسلام، نظام معاشرتی ویژه‌ای در روابط مردان و زنان در دو حوزه اجتماع و نهاد خانواده تشریع کرده است که از سویی بر مبانی انسان‌شناختی قرآن و اسلام استوار است و از سویی دیگر، ناظر به اهداف و چشم‌اندازهایی است که اسلام برای اصیل‌ترین و بنیادی‌ترین نهاد اجتماعی یعنی خانواده ترسیم می‌کند. عمده‌ترین شاخصه‌های کارآمدی یک نظام حقوقی، مبانی و اصولی است که اندیشه‌های حقوقی آن نظام بر آن استوار است؛ که به برخی از آنان در مانند اصل سکونت و آرامش، اصل مودت و رحمت، اصل صلح و آشتی، اصل



تفضل و گذشت، اصل عدم ضیق و ضرر، در آیات قرآنی اشاره شده است. قانون‌گذار افغانستانی نیز با تأدی به اصول فوق در ماده‌های مختلف قانون اساسی و قوانین عادی جمهوری اسلامی افغانستان به گونه ضمنی یا صریح بدان‌ها اشاره کرده است. مطابق ماده ۳ قانون اساسی افغانستان که بیان نموده است: «در افغانستان هیچ قانون نمی‌تواند مخالف معتقدات احکام دین مقدس اسلام باشد.» از این مقرر قانونی و مواد یک و دو در قانون اساسی پی می‌بریم که اعتقادات اسلامی که همان اراده تشریعی خداوند است، در نظام حقوقی افغانستان خاستگاه حقوق و تکالیف اشخاص قرار گرفته و از طرفی مبنای اعتقادات اسلامی اراده تشریعی خداوند است؛ اما در اینجا باید به دنبال پاسخ این سؤال بود که این اراده تشریعی خداوند چگونه به دست آید و از کدام طریق کشف گردد؟

در ماده ۱۳۰ و ۱۳۱ قانون اساسی افغانستان بیان نموده در مواردی که مسئله‌ای در محاکم عدلی و قضایی مطرح شود و حکم آن در قانون اساسی و قوانین عادی نیامده باشد، محکمه موظف است مطابق احکام فقه حنفی و در خصوص احوال شخصیه شیعیان افغانستان مطابق فقه امامیه حکم نماید. در قانون مدنی بند ۲ ماده ۱ نیز قانون‌گذار بیان نموده: «در مواردی که حکم قانون موجود نباشد، محکمه مطابق با اساسات کلی فقه حنفی شریعت اسلام حکم صادر می‌نماید؛ که عدالت را به بهترین وجهه ممکن آن تأمین نماید».

نتیجه‌گیری

حسن معاشرت هم از نظر فقهای امامیه و حنفی و هم از نظر حقوق افغانستان مبتنی بر اراده خداوند بوده که این اراده خداوند در آیات و روایات و بنای عقلا در فقه و با قوانین موضوعه کشور در حقوق افغانستان متبلور می‌گردد. در خصوص حقوق افغانستان قانون‌گذار تصریح کرده که در جای و در موضوعی که قانون ساکت بود تکلیف قاضی مراجعه به فقه حنفی و در خصوص احوال شخصیه شیعیان به فقه جعفری است و در صورت سکوت فقه عرف و عادت ملاک است.

فهرست منابع

قرآن کریم

الف. کتب

۱. ابوالقاسم گرجی و همکاران، (۱۳۹۳)، بررسی تطبیقی حقوق خانواده، تهران، دانشگاه تهران.
۲. ابوزهره، محمد، (۱۹۴۷)، ابوحنیفه حیات و عصره، قاهره: بی‌نا.
۳. امامی، حسن، (۱۳۸۶)، حقوق مدنی، تهران: اسلامیه.
۴. انصاری، مسعود و طاهری، محمد، (۱۳۸۴)، دانشنامه حقوق خصوصی، تهران: محراب فکر.
۵. جبران، مسعود، (۱۳۷۶)، فرهنگ الفبایی الرائد، (ترجمه: رضا انزایی نژاد)، مشهد: قدس رضوی.
۶. جلالی، مهدی، (۱۳۸۹)، حقوق خانواده، تهران: خرسندی.
۷. حکمت نیا، محمود، (۱۳۹۰)، فلسفه نظام حقوق زن، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۸. خدادادپور، منیره، (۱۳۸۸)، مسئولیت مدنی در روابط زوجین، تهران، مجد.
۹. دانش‌پژوه، مصطفی، (۱۳۸۹)، مقدمه علم حقوق، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۱۰. دانش‌پژوه، مصطفی، (۱۳۹۱)، منابع حقوق، تهران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۱۱. دهخدا، علی‌اکبر، (۱۳۷۷)، لغت‌نامه دهخدا، تهران: دانشگاه تهران.
۱۲. رسولی، عبدالحسین، (۱۳۹۶)، حقوق خانواده (مطالعه تطبیقی حقوق افغانستان با فقه امامیه و حنفی)، کابل: بنیاد اندیشه.
۱۳. رسولی، عبدالحسین، (۱۳۹۱)، قواعد عمومی قراردادها، کابل: انتشارات امیری.
۱۴. رشیدرضا، محمد، (۱۹۹۵م)، تفسیر القرآن الکریم (تفسیر المنار)، بیروت، دارالمعرفه.



۱۵. زحیلی، وهبه، (۱۴۱۱ق)، التفسير المنير في العقيدة و الشريعة و المنهج، دمشق: دارالفكر.
۱۶. زحیلی، وهبه، (۱۴۱۲)، الفقه الاسلامی و ادلته، بیروت: دارالفکر.
۱۷. سرخسی، محمد ابن احمد، (بی تا)، اصول سرخسی، بیروت، بیا.
۱۸. حر عاملی، محمد بن حسن، (۱۴۰۳)، وسائل الشیعه، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۱۹. سلیمی، عبدالحکیم، (۱۳۹۰)، حقوق بین الملل اسلامی، قم: مرکز بین المللی ترجمه و نشر المصطفی.
۲۰. صانعی، پرویز، (۱۳۸۳)، حقوق جزای عمومی، تهران: طرح نو.
۲۱. صفایی، حسین، امامی، اسدالله، (۱۳۸۴)، مختصر حقوق خانواده، تهران: میزان.
۲۲. طباطبایی، سید محمدحسین، (۱۳۷۰)، المیزان فی تفسیر القرآن، تهران: چاپخانه سپهر.
۲۳. عظیم زاده اردبیلی، فائزه، (۱۳۸۷)، مبانی حسن معاشرت به معروف در نظام حقوقی خانواده از نظر قرآن کریم، فقه خانواده، شماره ۴۸، زمستان.
۲۴. فخر رازی، محمود بن عمر، (۱۴۱۵ق)، التفسير الكبير، بیروت: دارالفکر.
۲۵. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۴)، فلسفه حقوق، تهران: گنج دانش.
۲۶. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۴)، کلیات حقوق، تهران، گنج دانش.
۲۷. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۵)، مقدمه علم حقوق، تهران: شرکت انتشار.
۲۸. گرجی، ابوالقاسم و همکاران، (۱۳۹۲)، بررسی تطبیقی حقوق خانواده، تهران: دانشگاه تهران.
۲۹. محقق حلی، (۱۳۸۹)، شرایع الاسلام، (ترجمه: ابوالقاسم کرمی و محمدتقی دانش پژوه)، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۳۰. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۳۷۶)، تفسیر نمونه، تهران: دارالکتب اسلامیه.
۳۱. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۳۸۲)، القواعد الفقهیه، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع).

ب. قوانین

۳۲. قانون اساسی افغانستان، مصوب ۱۳۸۲.



۳۳. قانون مدنی افغانستان، مصوب ۱۳۵۵.

۳۴. قانون احوال شخصیه شیعیان افغانستان، مصوب ۱۳۸۸.

۳۵. قانون منع خشونت علیه زنان، مصوب ۱۳۸۸.

۳۶. قانون مدنی ایران، مصوب ۱۳۱۳.

تمکین در فقه و حقوق ایران و افغانستان

احمد ذبیح افشاگر^۱

چکیده

یکی از مهم‌ترین مسائل در روابط زوجین تمکین است که در کتب فقهی و حقوقی مطرح شده و از جمله وظایف و تکالیف زوجین (عمدتاً زوجه) محسوب می‌شود هرچند این بحث تحت عنوان مستقلی نیامده و معمولاً ضمن بحث مهر نفقه و قسم ذکر شده است؛ اما از مباحثی که در کنار بحث تمکین مطرح بوده و باید به جوانب آن پرداخت، بحث نشوز است که ارتباط نزدیکی با تمکین دارد؛ چه آن‌که نشوز و تمکین در مقابل هم بوده و اوصاف و مفهوم شناسی هر یک، در فهم دیگری مؤثر و مفید است. در قانون ایران و افغانستان عنوان مکین و نشوز به کار نرفته و حقوقدانان آن را از برخی مواد قانون مدنی، استنباط کرده‌اند. در این تحقیق با روش توصیفی تحلیلی، تلاش شده ضمن شرح و توضیح مکین، بحث تمکین و تبیین و نظرات و ادله و مصادیق آن بیان و سپس بحث نشوز و تبیین مفهوم و بیان مصادیق و علائم آن و وظایف زن و مرد در مقابل نشوز طرف مقابل، مطرح شود.

کلیدواژه‌ها: تمکین، نشوز، فقه، حقوق افغانستان، حقوق ایران

۱. دکتری قرآن و علوم تربیتی، دیپارمنت قرآن و حدیث، دانشکده علوم اسلامی، جامعه المصطفی العالمیه (نماینده افغانستان)، کابل، افغانستان. ایمیل: d.ahmadzabih@gmail.com

۱. مفهوم شناسی تمکین

تمکین لغتی عربی و مصدر متعدی به معنای، پذیرفتن قبول کردن دست دادن، پابرجا کردن، نیرو دادن قدرت دادن، احترام، اطاعت کردن، توانایی است. (معین، ۱۳۸۲، ۱: ۱۱۴۲) به معنای منزلت یافتن، قادر شدن بر چیزی نیز آمده است. (سیاح، ۱۳۷۰، ۲: ۱۵۹۲) راغب اصفهانی در توضیح تمکین می‌نویسد تمکین به معنای متمکن و صاحب منزلت است؛ (راغب اصفهانی، ۱۴۰۴، واژه تمکین) اما در اصلاح تعاریف متعددی از تمکین شده است که به ذکر بعضی از آن‌ها اکتفا می‌شود.

تمکین یعنی اطاعت از شوهر در روابط جنسی یا اجازه در ترک منزل یا هر کاری که به حقوق اساسی مرد زیان برساند. (خامنه‌ای، ۱۹۹۰: ۱۶۸) تمکین به معنای تن دادن به حقوق شوهر است و قلمرو بسته و ثابت نخواهد داشت. (مهریزی، ۱۳۸۲: ۳۱۲) تمکین یعنی اعلام آمادگی با فعل و سخن در هر مکان و زمان از سوی، زن به نحوی که اگر با مکان خاصی دریغ ورزد، استحقاق نفقه ندارد (طوسی، ۱۴۱۴، ۶: ۱۳) و شهید ثانی هم به همین مضمون اشاره دارد و می‌گوید مقصود از تمکین کامل آن است که میان خود و شوهر هیچ مانعی و حاجبی نگذارد و خود را در اختیار شوهر قرار دهد و اضافه می‌کند تمکین کامل در صورتی تحقق می‌یابد که عمل هر دو باشد. (عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۶، ۲: ۳۷) لذا تمکین پذیرفتن و اطاعت کردن و تن دادن زن به خواسته‌های مشروع و حقوق شوهر است که با این رفتار به قدر و منزلت شوهر می‌افزاید.

۲. انواع تمکین

تمکین در کلمات فقها و حقوقدانان به دو نوع تمکین عام و تمکین خاص تقسیم شده که به تعریف آن‌ها اشاره می‌کنیم.

۱-۲. تمکین خاص

تمکین به معنای آن است که زن نزدیکی جنسی با شوهر را به طور متعارف بپذیرد و جز در مواردی که مانع موجهی داشته باشد، از برقراری رابطه جنسی با او سرباز نزنند.



(صفایی و امامی، ۱۳۸۴: ۱۲۷) به عبارت دیگر تمکین خاص عبارت است از انجام وظایف خاص زناشویی و خویشتن را در تمامی مواقعی که منع شرعی ندارد به شوهر تسلیم و در اختیار او قرار دهد. در رابطه با تمکین خاص خاطر نشان می شود که از نظر حنفی ها آنچه برای تلذذ و استمتاع است، مانند زینت و آرایش کردن و امثال آن لازم نیست زن انجام دهد، بلکه به اختیار مرد است که اگر درخواست نمود، زن باید آماده کند و اگر تقاضا نکرد، لازم نیست. لذا شرط تمکین خاص درخواست از سوی مرد است و در غیر آن ضرورتی ندارد. (زیدان، ۱۴۲۰، ۸: ۲۸۶)

سؤالی که در مورد تمکین خاص مطرح می شود آن است که آیا تمکین خاص یا تمکین جنسی، مطلق است و مرد می تواند هرگونه بهره‌وری از همسرش داشته باشد یا مواردی از آن استثنا شده است؟

پاسخ این سؤال آن است که در این زمینه اختلاف دیدگاه وجود دارد؛ برخی از محققان قائلند بر فرض اطلاق ظاهری ادله تمکین خاص، قطعاً از موارد انزجار آور انصراف دارد؛ مانند استمتاع از بینی، دهان، چشم و نمونه‌های فراوان دیگر که قطعاً اطلاق دلیل از آن‌ها انصراف دارد. پس از این انصراف و سقوط، اطلاق ادله مجمل خواهد بود و قدر متعارف آن باید لحاظ شود و از طرفی بر فرض اطلاق مواردی که موجب آزار و اذیت شود، با ادله حرمت ایذاء مؤمن و مسلم باید تخصیص بخورد و نمی توان قائل به تعمیم و شمول ادله شود. لذا وسعت و محدوده تمکین خاص به عرف واکذار شده است؛ (مهریزی، ۱۳۸۲: ۳۰۳) اما برخی معتقدند که به جز وطی در دبر هرگونه بهره‌وری زوج از زوجه، جایز است. (سمنی، ۱۹۹۹: ۲۸۰) به دلیل آیه قرآن که می فرماید: «فَاتَّوْهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ»؛ (بقره: ۲۲۲) از طریقی که خدا به شما فرمان داده، هر زمانی که بخواهید می توانید با آن‌ها آمیزش کنید و آیه شریفه: «نَسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَاتُّوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ»؛ (بقره: ۲۲۳) زنان شما محل بذرافشانی شما هستند پس هر زمانی که بخواهید، می توانید با آن‌ها آمیزش کنید.

۲-۲. تمکین عام

اطاعت زن از شوهر در حدود قانون و عرف، تمکین عام نام دارد که در جهت حفظ و



بقای خانواده و تداوم آن ضروری شناخته شده است و مصادیق آن تابع قانون و عرف و عادت و رسوم اخلاقی و اجتماعی است که عمدتاً از شرع مقدس متأثر شده است. (صفایی و امامی، ۱۳۸۴: ۱۹۹) برخی معتقدند غیر از تلذذ جنسی، بقیه اموری که در عرصه زندگی مشترک، شارع توافق زوج یا پذیرش انقیاد زن را معتبر دانسته تمکین عام است. (مهریزی، ۱۳۸۲: ۲۹۰) لذا می‌توان گفت تمکین عام عبارت است از اطاعت زن از شوهر و در اختیار شوهر قرار دادن خویشتن در همه امور زندگی مشترک؛ به گونه‌ای که مقتضای زمان و مکان و موقعیت خانوادگی آنان است. در همین جا باید متذکر شد که ضابطه تمکین، رفتار انسانی متعارف است که در آن شرایط خاص زندگی می‌کند. از این لحاظ هر دو جنبه نوعی و شخصی را شامل می‌شود، همان‌گونه که در مورد تمکین خاص نیز عرف و اخلاق، داور نهایی را به عهده دارد.

۳. مصادیق تمکین

اگرچه تمکین متعدد است، ولی می‌توان گفت اموری همچون سپاس از زحمات مرد، بامحبت و مهربانی با او سخن گفتن، صبر بر مستمندی و فقر او، پذیرایی عاشقانه از وی، استقبال از وی به وقت آمدن، بدرقه او به وقت رفتن، آرایش و زینت و خوب پوشیدن برای او، اداره امور زندگی به نحوی شایسته و مناسب، قناعت در مخارج، تحمیل نمودن بیش از توان شوهر و امثال آن که در سخنان رسول خدا (ص) و امامان معصوم (ع) به عنوان وظیفه زن در مقابل شوهر معین شده که مواردی از آن ممکن است از مصادیق تمکین عام باشد. (انصاریان، ۱۳۸۶: ۳۸۳) چنانکه از مصادیق تمکین خاص، آن است که خودش را به شوهر عرضه کند و با آرایش جذاب سعی در اشباع غریزی و میل جنسی شوهر نماید و این باید به گونه‌ای باشد که با مهربانی و جذابیت‌های زنانه انجام شود و حیث تحریک‌کنندگی داشته باشد تا مرد را جذب کرده و علاقه و محبت او را تثبیت نماید و اسباب رضایت و راحتی او را از این حیثیت داشته باشد. (مهریزی، ۱۳۸۲: ۲۹۵)



۱-۳. مصادیق تمکین در فقه

در فقه بحث از تمکین ضمن بحث از مهر، نفقه و قسم ذکر شده و البته با مسئله نفقه ارتباط بیشتری دارد. به طور کلی تمکین به عنوان یکی از وظایف زن نسبت به شوهر، مورد پذیرش فقها است؛ اما تمکین عام عمده‌تأذیل عنوان ریاست و حسن معاشرت مطرح می‌شود که جهت جلوگیری از اطاله بحث، به همین اشاره اکتفا و از تفصیل آن صرف نظر می‌شود. در رابطه با تمکین جنسی فقهای حنفی معتقدند زوج می‌تواند هر وقت که بخواهد با همسرش وطی نماید، مگر زمانی که عذر شرعی و مانعی مانند حیض و نفاس و... وجود داشته باشد. همچنین نگاه و مس تمام اعضا همسر در حیات او جایز است؛ زیرا وقتی وطی جایز بود، مس و نگاه به طریق اولی جایز است. (کاشانی حنفی، ۱۴۲۴، ۲: ۸۹)

فقهای امامیه هم قائلند که زن هر وقتی که بخواهد، می‌تواند با همسرش هم‌بستر شود. لذا وظیفه زن است که با فعل و سخن در هر مکان و زمان اعلام آمادگی نماید و میان خود و شوهر هیچ مانع و حاجبی نگذارد و خود را کاملاً در اختیار شوهر قرار دهد. (طوسی، ۶: ۱۳ و عاملی شهید ثانی، ۱۴۱۶، ۲: ۳۷۰) البته مواردی که عذر شرعی وجود دارد استثنای شده.

۲-۳. تمکین در حقوق

از نظر حقوق‌دانان، اساسی‌ترین و مهم‌ترین و درعین حال غیر آشکارترین مسئله در خانواده و در روابط زوجین مسئله تمکین است. (مدنی، ۱۳۸۵، ۸: ۲۳۲) می‌توان گفت تمکین در قانون بر دو نوع است: ۱) تمکین عام برابر ماده ۱۱۰۸ ق.م.ایران و ماده ۱۲۲ ق.م.افغانستان و م. ۱۶۲ قانون احوال شخصیه اهل تشیع افغانستان نسبت به شوهر است. مثل حق شغل حق سکونت اطاعت از شوهر و حق ریاست خانواده و... ۲) تمکین خاص، برابر م. ۱۰۸۵ ق.م.ایران انجام وظایف خاص زناشویی است. طبق ماده ۱۱۰۸ ق.م.ایران «هرگاه زن بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع کند مستحق نفقه نخواهد بود» و مطابق ماده ۱۲۲ ق.م.افغانستان «در حالات ذیل زوجه مستحق نفقه نمی‌گردد: ۱) زوجه بدون اجازه زوج یا به غیر مقاصد جایز



از مسکن خارج می‌گردد، ۲) زوجه به امور زوجیت اطاعت نداشته باشد...»
 در ماده ۱۶۲ قانون احوال شخصیه تشیع افغانستان آمده است: «هرگاه زوجه بدون
 عذر شرعی و قانونی از ادای وجایب شرعی و قانونی زوجیت امتناع ورزد مستحق
 نفقه ناست». ماده ۱۰۸۵ ق.م. ایران می‌گوید: «زن می‌تواند تا مهر به او تسلیم نشده
 از ایفای وظایفی که در مقابل شوهر دارد، امتناع کند مشروط بر این که مهر او حال
 باشد و این امتناع مسقط حق نفقه نخواهد بود».

برخی اذعان کرده‌اند که ماده ۱۱۰۸ ق.م. ایران، هم باید بیشتر به تمکین به معنای
 خاص مربوط باشد تا به تمکین در معنای عام. در توجیه تمکین عام آورده‌اند: «زوجه
 باید تمایلات خود را با تمایلات شوهر در هم آمیزد و چیزی را که مخالف نظر شوهر
 است انجام ندهد هرچند که شوهر با صراحت بیان نکند. در این تمکین مرد باید
 احساس کند که زن او را درک می‌کند تمایلات او را می‌فهمد و نمی‌خواهد از آن عدول
 نماید و باید مرد احساس کند که زن منحصرأ به او تعلق دارد و این تعلق به معنی برده
 بودن زن یا تسلط جابرانه مرد نیست این تعلق به معنی معشوق بودن او در خانه است
 که حرارت و گرمی خانه را عینیت می‌بخشد چیزی که با سرد مجازی، دوری جستن،
 خسته شدن از هم‌نشینی با شوهر حاصل نمی‌گردد». (مدنی، ۱۳۸۵، ۸: ۲۳۲)

همچنین حقوق‌دانان از تمکین خاص که همان نزدیکی جنسی به‌طور متعارف
 است مواردی را استثنا کرده‌اند که عبارتند از: ۱) وجود مانع (عذر) شرعی مثل
 حیض، نفاس و روزه واجب ۲) عذرهای پزشکی - بیماری‌های واگیردار در مرد مثل
 سوزاک و سیفلیس. قابل ذکر اینکه آنچه مُسقط حق نفقه است عدم تمکین به معنای
 عام است زوجه برای برخورداری از نفقه لازم است علاوه بر تمکین خاص در حدود
 قانون و متعارف از شوهر تبعیت کند. (صفایی و امامی، ۱۳۸۴: ۱۹۹)

۴. ضمانت اجراهای تمکین

در بحث رابطه با ضمانت اجرای تمکین عده‌ای قائل‌اند با وجود این که قانون
 تمکین را مطرح کرده و آن را از تکالیف حتمی زن شناخته ولی ضمانت اجرای آن



و اثبات آن و صدور حکم نسبت به اجرای آن همواره با اشکال مواجه بوده است و فقط نیاز طرفینی، اخلاق و روابط خاص زوجیت، حسن معاشرت و رفاقت و دوستی زوجین می‌تواند ضمانت اجرای آن باشد، (مدنی، ۱۳۸۵، ۸: ۲۳۲) ولی عده‌ای دیگر معتقدند، در قانون ضمانت اجراهای متعددی برای تخلف از تکالیف به خصوص وظیفه تمکین زوجه در قبال شوهرش پیش‌بینی شده است که برخی از آن‌ها در قانون مدنی و رویه عملی دادگاه‌ها معمول است و به تعدادی از آن‌ها در فقه اشاره شده و به‌صراحت در قانون نیامده که تعدادی از آن‌ها عبارتند از: ۱) استحقاق نفقه ۲) دعوی الزام به تمکین ۳) اجازه ازدواج دوم ۴) عدم استحقاق اجرت‌المثل و نحله در ناحیه زوجه ۵) بررسی و امکان تعزیر زوجه مستنکف و امکان محکومیت زوجه به جبران خسارت. (دیانی، ۱۳۸۷: ۱۶۲ - ۱۶۹)

۵. دلایل لزوم تمکین

چنانکه بیان شد تمکین یکی از وظایف مهم زن نسبت به شوهر تلقی می‌شود و برای آن ادله متعددی بیان شده است؛ اما با توجه به اقسام تمکین تلاش می‌شود ذیل هر قسم ادله مربوطه ذکر شود.

۵-۱. دلایل لزوم تمکین خاص

برای اثبات لزوم تمکین خاص به دلایل متعددی از قرآن کریم، روایات و اجماع استناد شده است که در زیر به پاره‌ای از آن‌ها اشاره می‌شود:

الف. قرآن کریم: خداوند متعال می‌فرماید:

وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ وَيُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ نَسْأُوكُمْ حَرْفٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ؛ (بقره: ۲۲۱-۲۲۲) و از تو درباره حیض سؤال می‌کنند بگو: چیز زیان‌بار و آلوده‌ای است. از این‌رو در حالت قاعدگی از زنان کناره‌گیری کنید و با آن‌ها نزدیکی ننمایید تا پاک شوند و هنگامی که پاک شدند، از طریقی که خدا به شما فرمان، داده با آن‌ها آمیزش کنید خداوند توبه‌کنندگان را دوست دارد و پاکان را (نیز) دوست دارد.



آیه شریفه بعد از آن که مقاربت هنگام حیض را ممنوع می‌کند می‌فرماید: «هنگام طهارت زنان می‌توانید از آن‌ها هرگونه بهره‌وری داشته باشید؛ چراکه آنان همانند زمین کشتزار هستند که هرگونه بخواهید می‌توانید به کشتزارتان [در] آید». لذا آیه در صدد بیان مشروعیت بهره‌وری جنسی مردان از زنان است و زنان باید همواره آمادگی لازم را داشته و در مقابل این حق مردان تمکین نمایند.

ب. روایات: در بیان وظیفه تمکین جنسی زن نسبت به همسرش روایات متعددی وارد شده که به ذکر چند نمونه اکتفا می‌شود:

از رسول خدا (صلی‌الله‌علیه‌وآله) نقل شده که فرمود: «اگر مردی زنش را برای نیاز جنسی بخواند». (حر عاملی، ۱۴۱۴، ۱۴: ۱۱۲)، باید او را پاسخ دهد، اگرچه در تنور باشد. (حر عاملی، ۱۴۱۴، ۱۴: ۱۱۲) نیز فرمود: «یکی از حقوق شوهر بر زن آن است که خود را از او دریغ ندارد ولو بر پشت شتر باشد». (ترمذی، ۱۴۳۰، ۳: ۱۱۶۰) هم چنین از رسول خدا (ص) نقل شده است که فرمود: «سزاوار نیست که زن بخوابد مگر آنکه خودش را به همسرش عرضه کند و لباس‌های خود را در آورد و در کنار شوهرش بخوابد و تن خود را به تن شوهرش بچسباند». (حر عاملی، ۱۴۱۴، ۱۴: ۱۲۶) در روایت دیگر آمده است: «اگر مردی از همسرش درخواست آمیزش کند، ولی زن او را معطل نماید تا خوابش ببرد در این صورت تا زمانی که آن مرد بیدار می‌شود ملائکه زن را لعن و نفرین می‌کند». (کلینی، ۱۳۹۴، ۵: ۵۰۸) نیز فرمود: «بر زنان است که از بهترین عطرها استفاده کرده و مناسب‌ترین لباس‌ها پوشیده، خوب‌ترین زینت و آرایش را نموده و در هر صبح و شام خود را به همسران خود عرضه نمایند و این در حالی است که حقوق همسرانشان بیش از این است. (کلینی، ۱۳۹۴، ۵: ۵۰۸) این دسته از روایات به صراحت وظیفه تمکین جنسی زنان در قبال همسرانشان را بیان می‌دارند.

ج. اجماع: این که تمکین جنسی از حقوق شوهر است و بر زن واجب است، امری مسلم بوده و بسیاری از فقیهان بر آن دعوای اجماع نموده‌اند. (نجفی، ۱۳۶۲، ۱: ۳۰۳)



۵-۲. ادله لزوم تمکین عام

تمکین عام نیز جزء وظایف زن و حقوق شوهر است که ادله آن را می‌توان این چنین برشمرد:

۱. از باب مقدمه واجب: برای تحقق تمکین و استمتاع شوهر تمکین عام لازم است؛ زیرا رعایت بهداشت و نظافت و خوشرویی و عدم ترشرویی، در حد عرف بر زن واجب و لازم است و در غیر این صورت امکان تمتع وجود ندارد.

۲. روایات: مطابق روایات اسلامی تمکین عام زنان نسبت به شوهرانشان واجب است. رسول اکرم (ص) فرمود: «بر زن لازم است که به بهترین عطرها، خودش را برای شوهرش معطر سازد و بهترین لباس‌هایش را بپوشد». (حر عاملی، ۱۴۱۴، ۱۴: ۱۱۱) زن نباید خود را در برابر شوهر، ژولیده و نفرت‌انگیز جلوه دهد بلکه باید خود را تمیز و آراسته و دل‌آرا قرار دهد. چنانکه از امیرالمؤمنین (ع) نقل شده است که فرمود: «زن مسلمان باید خود را برای شوهرش خوشبو کند». (مجلسی، ۱۴۰۳، ۱۰۰: ۲۴۵)

۳. کلمات فقها: فقیهان امامی از بین بردن آنچه را که مایه نفرت و انزجار شوهر است، جزء حقوق شوهر و وظایف زن شمرده‌اند و عدم رعایت آن نشوز محسوب می‌شود. محقق حلی می‌گوید: «زن باید از آنچه باعث نفرت و انزجار شوهر است پرهیز کند». (حلی، ۱۳۶۲: ۱۹۷) صاحب جواهر در شرح کلام مرحوم حلی می‌گوید: «زن از سیر و پیاز و چرک و نجاست و... بپرهیزد». (نجفی، ۱۳۶۲، ۱: ۱۴۸) در تحریر الوسيله آمده: «عدم تمکین یعنی از بین نبردن آنچه مایه تنفر و انزجار و مانع کامیابی است و ترک نظافت و آرایش در صورتی که شوهر بخواهد، نشوز است». (موسوی خمینی، بی‌تا، ۳: ۶۵۰)

۴. ادله نشوز: عبوس بودن و ترشرویی زن و تغییر عادت در گفتار و رفتار مثل خشن کردن صدا، از علانم و امارات نشوز بشمار می‌آید. (موسوی خمینی، بی‌تا، ۳: ۶۵۰)

۵. خوب شوهرداری کردن: روایاتی که جهاد زن را خوب شوهرداری معرفی می‌کند، نیز بیانگر لزوم تمکین عام زنان نسبت به شوهرانشان هستند.

اضافه بر آنچه بیان شد، ادله‌ای که بر قوامیت و سرپرستی مرد و اطاعت زن از

شوهر و اجازه زن از مرد برای خروج از منزل دلالت می‌کنند، می‌توانند دلیل بر لزوم تمکین عام قرار گیرند. لذا تمکین عام بنابر دلالتی که ذکر شد در حد متعارف بر زن واجب و لازم است.

۵-۳. وجوب نفقه و تمکین

بعد از تبیین تمکین و ادله آن، لازم است این مسئله مورد توجه قرار گیرد که آیا نفقه با وجود تمکین وجوب پیدا می‌کند یا به صرف عقد صحیح واجب می‌شود؟ در این زمینه، دیدگاه مشهور فقیهان امامی آن است که شرط وجوب نفقه تمکین کامل زن از شوهرش است؛ (نجفی، ۱۳۶۲، ۳۱: ۳۰۴) اما فقیهان حنفی معتقدند که سبب وجوب انفاق عقد نکاح صحیح است به شرط عدم نشوز (سیواسی، بی‌تا، ۲: ۵۰۸) و یکی از ادله ایشان در این زمینه، اطلاق آیاتی است که در مورد وجوب انفاق وجود دارد. با این بیان که وجوب انفاق در این آیات منوط به تمکین نشده است. (ابن حزم اندلسی، ۱۴۲۴، ۹: ۲۴۹) بر هر کدام این دو نظریه ثمرات و فروع کثیری مترتب می‌گردد که در زیر به برخی از آن‌ها اشاره می‌شود:

۱. هرگاه زوجین در موضوع تمکین نزاع داشته باشند و زوجه مدعی تمکین و زوج منکر آن باشد، طبق نظریه مشهور، زوجه باید تمکین را اثبات کند؛ زیرا تمکین شرط ثبوت نفقه است و تا زوجه حصول آن شرط را اثبات نکند، مطالبه نفقه برایش سودی ندارد؛ اما مطابق نظریه حنفی‌ها، زوج باید نشوز را اثبات نماید؛ زیرا مطابق این نظریه، نفقه با عقد ثابت شده و تا نشوز اثبات نگردد؛ نفقه ساقط نمی‌شود.

۲. بنا بر نظریه مشهور امامیه، تمکین صفتی وجودی است و باید از ناحیه زوجه واقع شود. در حالی که طبق نظریه حنفی‌ها، نشوز صفتی عدمی و به معنای استتکاف است. به عبارت دیگر، نشوز مستلزم درخواست شوهر و سرپیچی زوجه از انجام آن است. بنابراین اگر پس از عقد، زوج از زوجه مطالبه زفاف ننماید و زوجه نیز اظهار آمادگی نکند، مطابق نظریه مشهور امامیه، زوجه مستحق نفقه نخواهد بود برخلاف نظریه حنفی‌ها که با توجه به عدم وقوع نشوز زن مستحق نفقه است. (محقق داماد،



نتیجه گیری

برآیند این تحقیق نکات زیر است:

۱. عنوان تمکین در مواد قانونی ایران و افغانستان به کار نرفته و حقوقدانان آن را از برخی مواد استنباط کرده‌اند.

۲. با توجه به معنای لغوی تمکین پذیرفتن، قبول کردن، اطاعت کردن و... و تعاریف اصطلاحی آن، می‌توان گفت تمکین عبارت از پذیرفتن و اطاعت کردن و تن دادن زن به خواسته‌های مشروع و حقوق شوهر است که به وسیله آن بر قدر و منزلت شوهر افزوده می‌شود.

۳. تمکین بر دو قسم است (۱) تمکین خاص و آن عبارت است از انجام وظایف خاص زناشویی که زن، خود را در تمام مواقعی که منع شرعی ندارد، در اختیار شوهر قرار دهد و تسلیم او باشد. (۲) تمکین عام و آن عبارت است از اطاعت زن از شوهر در همه امور زندگانی مشترک؛ به گونه‌ای که مقتضای زمان و مکان و موقعیت خانوادگی آنان است. از جمله مصادیق تمکین عام، حسن معاشرت و فرمان برداری و اطاعت از شوهر و اجازه گرفتن هنگام خروج از منزل است. علی‌رغم اطلاق ادله تمکین جنسی، باید گفت که تمکین خاص از مواردی که انزجار آور است یا موجب ایذای زن می‌شود، انصراف دارد. از این‌روی آنچه بر زن واجب است، تمکین به صورت متعارف است.

۴. از جمله اموری که می‌توان به عنوان ضمانت اجرای تمکین در قانون برشمرد، عبارتند از عدم استحقاق نفقه، دعوی الزام به تمکین، اجازه ازدواج دوم و امکان تعزیر زوجه مستنکف. از آنجا که اجبار و الزام دادگاه باعث اجرای تمکین از سوی کسی که از آن سرباز می‌زند نمی‌شود، باید پذیرفت که چهره اخلاقی این تکلیف، بیش از وصف حقوقی آن است و خودداری از تمکین نشانه سستی پیوند زناشویی و تزلزل واقعی این اتحاد است و هرگاه ادامه یابد جز طلاق درمان مؤثری برای آن وجود ندارد.

۵. مشهور فقیهان امامیه بر آنند که شرط وجوب نفقه تمکین کامل است، ولی حنفی‌ها معتقدند که سبب وجوب نفقه عقد نکاح صحیح است به شرط عدم نشوز.

فهرست منابع

قرآن کریم

۱. ابن حزم اندلسی، علی بن احمد، (۱۴۲۴ق)، المحلی بالآثار، بیروت: دارالکتب العلمیة.
۲. انصاریان، حسین، (۱۳۸۶)، نظام خانواده در اسلام، تهران: نشر ام ابیها.
۳. ترمذی، محمد ابو عیسی، (۱۴۳۰ق)، الجامع الكبير (سنن الترمذی)، بیروت: دارالرسالة العالمیة.
۴. حر عاملی، محمد بن حسن، (۱۴۱۴ق)، وسائل الشیعة الى تحصیل مسائل الشریعة، بیروت: مؤسسة آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث.
۵. حلّی، نجم الدین ابوالقاسم جعفر بن الحسن، (۱۳۶۲)، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: نشر فردوسی.
۶. خامنه‌ای، سید محمد، (۱۹۹۰م)، فلسفه زن بودن، تهران: بنیاد حکمت اسلامی صدرا.
۷. دهخدا، علی اکبر، (۱۳۳۷)، لغت نامه دهخدا، تهران: موسسه لغت نامه دهخدا.
۸. دیانی، عبدالرسول، (۱۳۸۷)، حقوق خانواده، تهران: نشر میزان.
۹. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، (۱۴۰۴ق)، مفردات فی غریب القرآن، بیروت: دارالمعرفه.
۱۰. زیدان، عبدالکریم، (۱۳۲۰)، المفصل فی احکام المرأة و بیت المسلم فی الشریعة الاسلامیة، قم: دانشکدگان فارابی - دانشگاه تهران.
۱۱. سمنی، علی حسن، (۱۹۹۹م)، الوجیز فی الاحوال الشخصیة فی الزواج و الطلاق، بی‌جا: بی‌نا.
۱۲. سیاح، احمد، (۱۳۷۰)، فرهنگ جامع نوین، تهران: کتابفروشی اسلامی.
۱۳. سیواسی، کمال الدین محمد بن عبدالواحد، (بی‌تا)، شرح فتح القدیر، بیروت: دارالفکر.
۱۴. صفایی، حسین و امامی، اسدالله، (۱۳۸۴)، مختصر حقوق خانواده، تهران: دانشگاه تهران.



۱۵. طوسی، محمد بن الحسن، (۱۴۱۴ق)، الخلاف، قم: مؤسسة النشر الاسلامی.
۱۶. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۲)، حقوق مدنی خانواده، تهران: نشر میزان.
۱۷. کاسانی حنفی، ابی بکر بن مسعود، (۱۴۲۴)، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرايع، تهران: دارالکتب العلمیه.
۱۸. کلینی، محمد بن یعقوب، (۱۳۹۴)، فروع کافی، قم: نشر قدس.
۱۹. لطفی، اسدالله، (۱۳۸۸)، حقوق خانواده، تهران: نشر خرسندی.
۲۰. مجلسی، محمد باقر، (۱۴۰۳ق)، بحار الانوار، بیروت: مؤسسة الوفاء.
۲۱. محقق داماد، مصطفی، (۱۳۸۴)، بررسی فقهی حقوق خانواده (نکاح و انحلال آن)، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۲۲. مدنی، جلال الدین، (۱۳۸۵)، حقوق مدنی (حقوق خانواده)، تهران: پایدار.
۲۳. معین، محمد، (۱۳۸۲)، فرهنگ فارسی معین، تهران: راه رشد.
۲۴. مهریزی، مهدی، (۱۳۸۲)، شخصیت و حقوق زن در اسلام، تهران: انتشارات علمی و فرهنگی.
۲۵. موسوی خمینی، سید روح الله، (۱۳۷۹)، تحریر الوسیله، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۲۶. موسوی خمینی، سید روح الله، (بی تا)، تحریر الوسیله، (ترجمه: علی اسلامی)، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۷. نجفی، محمد حسن، (۱۳۶۲)، جواهر الکلام فی شرح شرايع الاسلام، بیروت: دار احیاء التراث العربی.