

مدرسه عالی فقه‌های تخصصی

ماهنامه داخلی گروه‌های تخصصی

ویژه نشر تحقیق‌های درسی طلاب

سطوح و مراتب حکومت دینی / مهدی جهانشاهی

ماهیت سهام / ابوالفضل حسنی

اقسام حق و احکام آن / محسن یوسفی

بررسی فقهی مشروعیت عقد اذعان یا قرارداد الحاقی / محمد مظفری

جایگاه مجازات حدی در سرقت الکترونیکی / مصطفی درخشنده

بررسی اشتراط رؤیت به نحو مخصوص در شهادت شاهدین بر زنا / سیدمحمدحسن نصراللهی



نوشتاری از طلاب:

گروه فقه سیاسی

گروه فقه اقتصاد

گروه فقه معاملات

گروه فقه جزاء

۷	سطوح و مراتب حکومت دینی، مهدی جهانشاهی
۷	چکیده
۸	واژگان کلیدی
۸	مقدمه
۹	مفهوم حکومت
۱۰	حکومت دینی و سطوح آن
۱۱	۱. حکومت دین‌داران
۱۲	۲. حکومت مشروع
۱۳	۳. نظارت دینی بر حکومت
۱۴	۴. حکومت حاکم دینی
۱۵	۵. حکومت ملتزم به حدود شریعت
۱۹	۶. حکومت مبتنی بر گزاره‌های شریعت
۲۳	جمع بندی
۲۵	ماهیت سهام، ابوالفضل حسنی
۲۵	مقدمه
۲۹	حق عینی و دینی
۳۱	رویکردهای تحلیل سهام
۳۲	پیشینه تحقیق
۳۴	سهام عادی از دیدگاه حقوق موضوعه
۳۵	وجوه حقیقت سهام
۳۵	وجه اول: مالک بودن سهامدار
۳۷	اشکال بر دیدگاه مالکیت
۳۷	الف: ناسازگاری با اساسنامه ها
۳۸	ب: عدم وجود حاصل برای نظریه ملکیت طولی

فهرست	۲
ج: ناسازگاری با برخی آثار	۳۸
وجه دوم: صاحبان حق بودن سهامداران نسبت به شرکتهای سهامی	۳۹
۱. حق دینی	۳۹
اشکال بر حق دینی	۴۱
۲. حق خاص	۴۲
۳. حق ترکیبی	۴۳
اشکال بر حق بودن سهام	۴۴
وجه سوم: مال اعتباری	۴۵
وجه چهارم: مال عینی	۴۵
وجه پنجم: شرکت فقهی (مدنی)	۴۷
اشکال بر شرکت فقهی	۴۸
نظر مختار	۵۰
جمع بندی	۵۳
اقسام حق و احکام آن، محسن یوسفی	۵۵
چکیده	۵۵
کلید واژه	۵۶
مقدمه	۵۶
کلیات و مفاهیم	۵۷
۱) حکم	۵۷
۲) حق	۵۸
الف: تعریف لغوی	۵۸
ب: اصطلاح فقهی	۵۸
ج: اصطلاح حقوقی	۵۹
۳) ارکان حق	۶۱
۴) تفاوت حق و حکم	۶۱
اقسام حق	۶۲

فهرست	۳
۱) به لحاظ قابلیت اسقاط و نقل و انتقال	۶۲
۲) به لحاظ صاحب حق	۶۷
۳) به لحاظ نوع سلطنت	۶۸
تقسیمات حق در حقوق خصوصی	۶۹
۱. به لحاظ «مال» بودن متعلق حق	۷۰
تقسیم حق مالی به عینی و دینی	۷۱
۲. به لحاظ معنوی یا مادی بودن حق	۷۱
۳. تقسیمات دیگر	۷۳
حق طبیعی	۷۳
مطلق و نسبی	۷۴
منجز و معلق	۷۴
حال و مؤجل	۷۴
حق مربوط به شخصیت	۷۵
جمع بندی	۷۵
بررسی فقهی مشروعیت عقد اذعان یا قرارداد الحاقی، محمد مظفری	۷۷
مقدمه	۷۷
تعریف و ماهیت	۷۸
رکن اول : ضروری بودن متعلق قرارداد	۷۹
رکن دوم : داشتن قدرت برتر اقتصادی و انحصار طرف پیشنهاد دهنده	۷۹
رکن سوم : ویژگی مفاد قرارداد : پیچیده بودن مفاد قرارداد	۸۰
رکن چهارم : یکسان بودن شکل قرارداد	۸۰
بررسی ارکان عقد اذعان	۸۱
بررسی صحت عقد اذعان	۸۱
دلیل اول : خیار غبن	۸۱
دلیل دوم : قاعده لاضرر	۸۲
دلیل سوم : الحاق اضطرار به اکره	۸۲

فهرست	۴
دلیل چهارم: اقتضای قاعده عدل و انصاف.....	۸۳
دلیل پنجم: قاعده اکل مال به باطل.....	۸۴
دلیل ششم: مصلحت حفظ عدالت و جلوگیری از تجاوز اشخاص به یکدیگر.....	۸۴
دلیل هفتم: برخورد حکومت اسلامی با محتکران و گرانفروشان.....	۸۵
دلیل هشتم: روایات نهی از بیع با مضطربین.....	۸۶
دلیل نهم: تمسک به ادله لا حرج.....	۸۷
جمع بندی	۸۸
جایگاه مجازات حدّی در سرقت الکترونیکی، مصطفی درخشنده.....	۸۹
مقدمه.....	۸۹
تتبیح موضوع.....	۹۰
تعریف حرز	۹۰
تعریف فضای سایبری	۹۱
تعریف پول الکترونیکی	۹۱
حل مسأله فقهی	۹۲
مقامهای اثبات مجازات حدّی در سرقتها الکترونیکی	۹۲
مقام اول: حقیقی بودن استعمال حرز نسبت به اموال در فضای مجازی	۹۳
مقام دوم: اطلاق ادلهی شرطیت حرز	۹۳
الف: صحیحہ محمد بن مسلم	۹۴
ب: صحیحہ ابیصیر	۹۵
ج: موثقہ اول سکونی	۹۷
د: موثقہ دوم سکونی	۹۸
مقام سوم: بررسی معنای موضوع له سرقت	۹۹
الف: موثقہ طلحه بن زید	۹۹
ب: موثقہ سکونی	۱۰۰
جمع بندی	۱۰۱

بررسی اشتراط رؤیت به نحو مخصوص در شهادت شاهدین بر زنا، سید محمد حسن نصراللهی ..	۱۰۳
چکیده	۱۰۳
کلید واژه	۱۰۴
مقدمه	۱۰۴
کیفیت شهادت شاهدین از جهت اشتراط رؤیت مخصوص در شهادت بر زنا	۱۰۴
جهت اول: اعتبار مشاهده در شهادت بر زنا	۱۰۵
ادله نظریه اشتراط رویت	۱۰۵
جهت دوم: اشتراط مشاهده به صورت مخصوص	۱۱۱
دیدگاه اول: قائلین به اشتراط به رؤیت به صورت مخصوص	۱۱۱
دیدگاه دوم: قائلین به کفایت رؤیت مقدمات ملازم عرفی زنا	۱۱۲
دیدگاه سوم: احتمال تفصیل بین زناى مورد رجم و زناى موجب جلد	۱۱۸
جهت سوم: اشتراط تصریح در الفاظ شهادت بر زنا	۱۲۲
دیدگاه اول: قائلین به اشتراط نصوصیت الفاظ در اداء شهادت بر زنا	۱۲۲
دیدگاه دوم: قائلین به اشتراط ظهور وضعی یا عرفی داشتن الفاظ در شهادت بر زنا	۱۲۴
جمع بندی	۱۲۶

سطوح و مراتب حکومت دینی

استاد راهنما: استاد مدرسی طباطبایی

نویسنده:

مهدی جهانشاهی^۱

چکیده

در حالی که عمده اندیشمندان اسلامی از حکومت دینی به عنوان یک مفهوم ثابت ذیل حاکمیت دین اسلام بحث کرده‌اند، با گسترش افق دید به خارج از فضای دین اسلام، می‌توان به جای مفهوم‌شناسی حکومت دینی، مراتبی برای آن استخراج کرد که دینی بودن همه یا بخشی از آن‌ها قابل بحث باشد. در آن صورت تعدد و تعالی مراتب، متأثر از ابعاد دخالت دین در سیاست خواهد بود. برخی ابعاد ممکن است رکن محوری در دینی بودن حکومت باشند و برخی شرط کمال آن. مقاله حاضر با یک نگاه جامع و استفاده از روش تحلیلی - توصیفی و مطالعه‌ی

۱. دانش پژوه گروه فقه سیاسی، سال تحصیلی ۹۹-۱۴۰۰

کتابخانه‌ای، امکان مطالعه معانی گوناگونی از حکومت دینی را در ذیل ادیان گوناگون، فراهم می‌کند.

مسئله مشروعیت دینی عنصر محوری حکومت‌های دینی است و حکومت دینداران یا حکومت مشروطه را نمی‌توان به قول مطلق حکومت دینی دانست. با اندکی تأمل می‌توان دریافت که صفت مشروعیت از حکومتی که حتی عدالت عرفی را هدف خویش قرار ندهد، به دور است؛ همچنین حکومتی که نسبت به دستورات دینی در قبال حکومت بی‌اعتنا باشد (در شرایطی که دین دستوراتی در این زمینه داشته باشد). با این حال دخالت دین و مقدار آن، در شرایط زمامدار، اهداف اجتماعی دینی و نظامات سیاسی، ذیل ادیان گوناگون قابل مطالعه است و به این لحاظ مراتب چهارگانه‌ای برای حکومت دینی شکل می‌گیرد: (حکومت فاقد این سه جهت، حکومت واجد یک جهت، یا دو جهت، یا هر سه جهت). البته دینی بودن هنگامی وصف واقعی ذات حکومت خواهد بود که نظام سیاسی و آئین حکومت‌داری نیز برآمده از آموزه‌های دینی باشد

واژگان کلیدی

حکومت دینی، سطوح و مراتب، مشروطه، مطابقت یا عدم مخالفت

مقدمه

اندیشمندان اسلامی نوعاً به تحلیل حکومت دینی ذیل دین اسلام می‌پردازند و از منظر دین اسلام بحث می‌کنند که فصل ممیز حکومت دینی از حکومت‌های عرفی یا سکولار چیست. نیز بحث می‌کنند که چه معنایی از حکومت دینی می‌تواند جامع‌ترین و دقیق‌ترین معنای آن با نظر به واقعیت‌های دین اسلام باشد. از این منظر کسانی که حکومت را به وصف دینی و غیر دینی بودن قابل تقسیم می‌دانند، در خصوص دین اسلام بحث می‌کنند که دین در چه زوایایی در امر حکومت دخالت به خرج داده است و چه عناصری در معنای منتخب حکومت دینی از منظر دین اسلام دخیل است. در حالی که در همان نگاه درون‌دینی، با نظر به ادیان پیشین و گسترش افق دید به خارج از فضای دین اسلام، می‌توان به جای مفهوم‌شناسی حکومت دینی، مراتبی برای آن استخراج کرد که دینی بودن همه یا بخشی از آن‌ها قابل بحث باشد و در واقعیت‌های عینی ادیان پیشین نیز قابل مشاهده باشد. این نوشتار با روش تحلیلی - توصیفی و مطالعه کتابخانه‌ای، به

بررسی عناصر مؤثر در دینی بودن حکومت‌ها و ابعاد حسن و کمال دینی بودن حکومت‌ها می‌پردازد تا به سلسله‌ای از مراتب طولی در باب انواع حکومت‌های دینی دست یابد. استخراج سطوح و مراتب این متغیر، امکان مطالعه و مقایسه حکومت‌های دینی را در دوران‌های مختلف و ذیل ادیان مختلف، با توجه به واقعیت‌های آن ادیان فراهم خواهد کرد. به جز مقالات مستقلی که با عنوان «حد نصاب حکومت دینی» و «حکومت اسلامی، معیار تشخیص و شاخصه‌های عملی» به عناصر مؤثر در دینی بودن حکومت همت گماشته‌اند، در مبادی کتبی که با موضوع فقه سیاسی یا رویکردهای فقه حکومتی، به رشته تحریر درآمده‌اند، نیز مباحثی مرتبط با آنچه ما به صدد آن هستیم یافت می‌شود و در این مقاله از تعدادی از آن‌ها استفاده شده است. با این حال آن‌طور که توضیح داده شد، همه منابع معطوف به بستر دین اسلام بوده و در صدد استخراج مراتب گوناگون نبوده‌اند و و نه‌ایتناً سه یا چهار معنا از حکومت دینی را مورد ارزیابی قرار داده‌اند. تمایز مقاله حاضر نسبت به تحقیقات پیشین معطوف به وسعت دید آن نسبت به ادیان مختلف است.

در مجموع به شش مرتبه از حکومت دینی اشاره می‌شود و در مورد دینی بودن هر یک از مراتب و رتبه طولی آن‌ها، دقت به عمل می‌آید. به علاوه، حکومت‌هایی که ذیل هر مرتبه قابل مطالعه خواهند بود، مورد اشاره قرار می‌گیرد.

مفهوم حکومت

حکومت و حکم دو مصدر فعل «حَكَمَ» به معنای منع کردن و بازداشتن^۱، یا کار محکم و استوار^۲ هستند و به این لحاظ استعمال آن‌ها در معنای داوری کردن^۳ و فصل خصومت^۴ و ردّ ظلم^۵ شایع

۱. الحاء و الکاف و المیم أصل واحد، وهو المنع. و أول ذلك الحكم، وهو المنع من الظلم (ابن فارس، ۱۴۰۴، ج ۲، ص ۹۱).

۲. حَكَمَ بينهم يَحْكُمُ أى قَضَى... و الْحَكِيمُ: المتقن للأمر (جوهری، ۱۳۷۶، ج ۵، ص ۱۹۰). و أَحْكَمَهُ إِحْكَامًا: أَثَقَّنَهُ، و منه قَوْلُهُم للرجُل إذا كان حَكِيمًا: قد أَحْكَمْتُهُ التَّجَارِبَ (زبیدی، ۱۴۱۴، ج ۱۶، ص ۱۶۱).

۳. الْحَكَمُ بالشَّيْءِ: أن تَقْضِي بَأْثَهُ كَذَا، أو لَيْسَ بِكَذَا، سواء أَلْزَمْتَ ذَلِكَ غَيْرَهُ أَوْ لَمْ تَلْزَمْهُ (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ج ۱، ص ۲۴۸).

۴. جَمَعَ الْحُكُومَةَ حُكُومَاتٍ، بِقَالَ: هُوَ يَتَوَلَّى الْحُكُومَاتِ وَ يَفْصِلُ الْخُصُومَاتِ (زبیدی، ۱۴۱۴، ج ۱۶، ص ۱۶۰).

۵. قال الأصمعي: أصل الحُكُومَةِ ردُّ الرجل عن الظلم (ازهری، ۱۴۲۱، ج ۴، ص ۶۹).

است. «واژه حکومت به اجمال و در یک هسته معنایی مشترک، عبارت است از مدیریت و تولی

امر یک جامعه» (ضیائی فر، ۱۳۹۱، ص ۱۳۱)

در تلقی دینی بر خلاف تلقی رایج، سیاست بُعد آلی و ابزاری دارد و حکومت‌داری در آن ابزاری برای هدف تربیت اجتماعی دانسته می‌شود. فارابی نیازمندی‌ها به حکومت را از این جهت می‌داند که در پرتو اقتدار آن، مجموعه سنت‌های شایسته و ملکات اخلاقی در میان مردم رواج می‌یابد و مستقر می‌گردد (فارابی، ۱۳۸۱، ص ۱۰۷). از طرفی تلقی دینی، حکومت را متکی به حق سرپرستی الهی - در کنار مساعدت و همراهی جمعی مؤمنین - می‌داند و بدین صورت آن را ماهیتاً از حکومت‌های استبدادی تمایز می‌بخشد. با این توضیح مناسب است حکومت را به «جریان بخشیدن قدرت لایزال الهی در سطح اجتماع به کمک جمعی از مؤمنین با هدف تربیت نفوس انسانی و اصلاح اجتماعی» تعریف کنیم.

حکومت دینی و سطوح آن

مشخصاً مراد از دین در این مجال هر آئین و مسلکی نیست تا حکومت دینی با معنای حکومت ایدئولوژیک تطبیق پیدا کند، بلکه مراد از دین خصوص آئین الهی و ماورائی است که خدای یکتا به واسطه پیامبرانش به مردم ابلاغ کرده و بدین وسیله سلوک مادی و معنوی آنان را به سمت کمال ترسیم فرموده است. بنا بر این اجمالاً حکومتی مراد است که در سایه دین الهی باشد و از جهت از حکومت‌های عرفی - که صبغه دینی در آن‌ها مشهور نیست - و حکومت‌های سکولار - که نسبت به دخالت دین موضع سلبی دارند - متمایز باشد.

با این وجود در این مجال - چون در صدد تحلیل خصوص دین اسلام نیستیم - معنایی موسع از این حکومت دینی در نظر می‌گیریم که مراتب مختلفی - از حیث مقدار دخالت دین در حکومت - برای آن قابل تصور باشد و در تلقی اهل ادیان مختلف قابل توصیف به دینی بودن باشد.

اینکه مقدار دخالت یافتن دین در حکومت‌های دینی و حوزه‌های دخالت آن، وابسته به چه متغیراتی بوده است، مجال مستقلی برای بحث و بررسی می‌طلبید؛ لکن باید توجه داشت که دخالت نداشتن فعلی دین در شکل حکومت یا دخالت حداقلی آن، به معنای سلب صفت دینی بودن از حکومت نیست! چه آنکه معصومی همچون امیرالمؤمنین (ع) نیز در اجرای دین در سطح

جامعه در مقام عمل با محدودیت‌هایی مواجه بوده است و این خللی در مشروعیت و دینی بودن حکومت ایشان ایجاد نکرده است.

برای روشن شدن مراد از حکومت دینی، اشاره‌ای به مراتب مختلف آن می‌کنیم تا تفصیل مراتبی که ذیل آن قرار خواهند گرفت، روشن شود.

۱- حکومت دین‌داران

معنای حداقلی از حکومت دینی، نوعی از حکومت عرفی است که هدایت آن به دست دین‌داران جامعه است و افرادی با گرایش‌های خاص دینی در آن صاحب قدرت‌اند، بدون اینکه نحوه مدیریت جامعه از آموزه‌های خاص دینی متأثر باشد.

حکومت دینی حکومتی است که از پیش خود چیزی به مردم نمی‌دهد، قدرت منبعث از مردم است، و فقط آنچه را که مردم دارند متجلی می‌کند، چون همه رگ و ریشه حکومت از جامعه است. (سروش، ۱۳۸۶، ص ۳۷۵)

مسئولیتی که حکومت دینی دارد این است که وظیفه دارد مشکلات و حاجات اولیه آنان را حل کند تا خود آنان بتوانند به حاجات لطیف ثانوی خود بپردازند که البته یکی از این حاجات لطیف نیازهای دینی آنان است. (همان، ص ۳۷۱)

تجربه حکومت دینی در اروپای قرون وسطا بر اساس این تلقی از حکومت دینی شکل گرفته بود (واعظی، ۱۳۸۳، ص ۲۸). تلقی ناصوابی که از جانب اربابان کتب مقدس بین مردم القا شده بود، نوعی ملازمه قهری بین کسب قدرت، و مشروعیت الهی بود که طی آن به مردم القاء می‌شد: خدا خودش حکومت را به حاکمان ارزانی داشته و طبعاً حکومت او جلوه رحمانی دارد و نمی‌شود که حکومت‌داری او فاقد صفت مشروعیت باشد! نتیجه قهری این تلقی ناصواب از حکومت دین اطاعت بی‌چون‌وچرا و کورکورانه از حاکمان وقت بود (ضیائی فر، ۱۳۹۱، ص ۱۵۲).

شاید بتوان حکومت‌های مستقر در برخی کشورهای عربی را در این دوران نیز ذیل این نوع از حکومت دینی دانست. همین تفسیر از حکومت دینی، امروزه پایه بسیاری از تشکلهای و نهادهای بین‌المللی، از جمله سازمان کنفرانس اسلامی، اتحادیه بین‌المجالس کشورهای اسلامی و بانک بین‌المللی اسلامی است (فیرحی، ۱۳۸۲، ص ۲۱).

با این‌که دین‌دار بودن حاکم قابل اغماض نیست و حکومت حاکم غیر متدین به هیچ وجه ذیل حکومت‌های دینی نمی‌گنجد، با این وجود به نظر می‌رسد این شرط، شرط کافی برای دینی بودن حکومت نیست و به لحاظ توقعات متشرعه بهتر است این‌گونه حکومت‌ها را از وصف دینی بودن عاری بدانیم، همچنان‌که به لحاظ مشروعیت الهی ممکن است چنین حکومتی حتی فاقد مشروعیت باشد و در ذیل حکومت‌های طاغوتی بگنجد!

۲- حکومت مشروع

معنای کامل‌تر، از حکومت دینی، آن است که قید مشروعیت الهی در آن رعایت شده باشد و حاکم اسلامی مشروعیت خویش را از جانب خدا داشته باشد (اعم از اینکه منصوب خاص از جانب خدا باشد یا اینکه واجد اذن شرعی نسبت به امر حکومت باشد یا اینکه اصلاً اذن صریح را در تصدی امر حکومت لازم ندانیم!)^۱. با این حال دینی بودن حکومت در این شکل از حکومت تأثیر قابل ملاحظه‌ای در شکل حکومت ایجاد نکرده است و حتی شاخصه‌های حاکم اسلامی تمایز چندانی با حاکم عرفی ندارد.

از این منظر که چنین حکومتی دین را در اصل حکومت و مسئله حکومت‌داری دخالت داده است، با حکومت سکولار تمایز پیدا می‌کند، لکن از این جهت که دینی بودن آن تفاوتی در شکل و ساختار آن ایجاد نکرده است، شبیه حکومت سکولار است. خواهیم گفت که ذیل شریعت اسلام فرض تحقق چنین حکومتی دور از ذهن است، لکن تحقق آن در ادوار تاریخی گذشته قابل بررسی است.

این نکته قابل تذکر است که تأیید الهی از حکومت‌هایی که حتی بر مدار موازین عرفی به ظلم و جور رفتار می‌کنند به دور است و مشروعیت بخشیدن به یک حکومت لااقل وابسته به این است که حکومتی عادلانه و مردم‌پسند باشد^۲ (علاوه بر اینکه اشاره شد حاکم باید دیندار باشد). با این حال این امکان هست که برخی حکومت‌ها با رفتار مختلط و دوگانه از جانب شریعت مأذون در

۱. به نظر می‌رسد در فرضی که مشروعیت حکومت به معنای اهمال و واگذاری امر حکومت به خود مردم باشد و خداوند جعل و تشریعی در تأیید یا رد آن انجام نداده باشد، نتوان چنین حکومتی را از اقسام حکومت دینی برشمرد.

۲. این مقدار از دخالت شریعت را در محتوای حکومت‌ها نمی‌توان از عناصر دینی بودن حکومت‌ها دانست! زیرا توقع عدالت در حکومت‌های عرفی نیز مشترک است.

حکمرانی باشند و تأیید شرعی شامل اصل حکمرانی آن‌ها شود و رفتارهای ظالمانه آن‌ها را در بر نگیرد. برخی از انواع حکومت‌های عرفی در سابقه کشور ما که تحت نظریه سلطان عادل (ر.ک: ساداتی نژاد، ۱۳۸۸، ص ۱۴۷) یا از باب ضرورت، از جانب فقها مأذون در حکومت بوده‌اند، می‌تواند داخل در این معنا باشد. مشروعیت در چنین حکومتی در حد مأذون بودن به نحو مشروط، خلاصه می‌شود.

برجسته‌ترین بُعد این حکومت که از منظر عرف و عقلا به آن ماهیت دینی می‌بخشد، جنبه حاکمیت الهی آن است؛ به این معنا که چنین حکومتی منبع مشروعیت و حق اعمال قدرت را از جانب خدا دارد و با تکیه بر قدرت برتر ذات باری تعالی به خود حق می‌دهد که در نفوس انسانی تصرف کند. این فصل ممیز حکومت دینی از حکومت‌های سکولار و انسان‌محور است (ر.ک:

ارسطا و بهادری جهرمی، ۱۳۹۳، ص ۳۰ و ۳۴).

ملحق به همین قسم است فرضی که دخالت دین را در عرصه شرایط حاکم و قوانین حکومت و ساختار آن، در حد امضاء و تأیید بالجمله رویکرد عرفی بدانیم. یعنی دین در تعیین حاکم و شکل حکومت موضع‌گیری دارد، لکن موضع آن نسبت به شکل عرفی حکومت کاملاً ایجابی است. شاید حکومت‌های عدل عرفی در دوران شرایع سابق را - که شریعت شکلی بسیط داشته و دین دخالت چندانی در شکل حکومت نشان نداده است - از این نوع بدانیم. در این صورت به یک معنا جزئیات تصمیماتی هم که حاکم اتخاذ می‌کند، به وصف مشروعیت قابل توصیف است و برچسب دینی بودن پیدا می‌کند، چون مورد تأیید شریعت است، گرچه تأیید آن به نحو کلی و اجمالی است.

۳- نظارت دینی بر حکومت

فرض دیگری که در این بین محط نظر برخی علما بوده و گاهی با فروض آتی مورد مقایسه قرار می‌گرفته است، فرضی است که دخالت شرع تنها در حد نظارت در اجرای عدالت یا نظارت بر اجرای احکام شریعت باشد، بدون اینکه دخالتی در شخص حاکم، طبق موازین شرع، صورت گرفته باشد یا حتی قید مشروعیت در تصدی حکومت لحاظ شده باشد! (در این زمینه ر.ک: جعفر پیشه.

۱۳۸۲؛ و شریف زاده، ۱۳۷۷-۱۳۷۸)

آموزه‌های دینی در بردارندهٔ دستورها و رهنمودهایی برای پیروان خود است که آنان را به مبارزه با استبداد و فساد در جامعه و دخالت در سرنوشت سیاسی خود فرا می‌خواند. این معنا در ۱۵۰ سال اخیر در نهضت‌های اسلامی علیه ظلم و فساد سلاطین در جوامع اسلامی از سوی رهبران این نهضت‌ها در بین مردم تبلیغ شده است (ضیائی فر، ۱۳۹۱، ص ۱۵۰). گاهی حتی چنین حکومتی، که شأن علمای دین در آن شأن نظارت بر اجرای قوانین شریعت از سوی حاکم عرفی است، بر ولایت مستقیم آن‌ها مقدم دانسته شده است.^۱

با اینکه چنین حکومتی وجود شریعت دینی و ملزم بودن حکومت را در قبال اجرای آن مفروض گرفته است، لکن با توضیحات فوق‌الذکر معلوم است که فاقد صفت دینی بودن است و به جهت نادیده گرفتن عنصر مشروعیت نمی‌توان آن را حکومت دینی دانست. در کتاب تنبیه الأمه و تنزیه الملة نیز که از باب ضرورت و ترتب از چنین حکومتی دفاع صورت گرفته، نامشروع بودن آن مفروض انگاشته شده است (ر.ک: ص ۷۶ از این کتاب).

تحقق این الگو در ادیان پیشین از جمله در اوایل قرون وسطی قابل بررسی است.

۴- حکومت حاکم دینی

پس از احراز مشروعیت الهی حکومت، می‌توان به مرتبه‌ای اشاره کرد که دین در خصوص شرایط زمامدار دخالت به خرج داده است و حاکمی با شرایط خاص (مثل منصوب بودن، یا فقاقت و درجه‌ای عالی از عدالت که در حکومت‌های عرفی معتبر نیست) را مشروع دانسته است، بدون اینکه دخالتی در کیفیت حکومت عرفی - جز در حد تأیید - صورت گرفته باشد.

مشخصاً شخصیت زمامدار عنصری محوری در دینی بودن حکومت‌هاست و جایگاه او - به عنوان مجری بلاواسطه - ضامن اجرای عدالتی است که حداقل توقعات شریعت است. گذشته از این، از حاکمی که اعتقاد و پایبندی به یک ایدئولوژی نداشته باشد نمی‌توان توقع داشت که مجری آن ایدئولوژی باشد. در نتیجه دخالت شرع در این جهت مقدم بر دخالت در محتوای حکومت و توقعات اجتماعی شریعت است. علاوه بر اینکه گذشت که صفت حداقلی دین دار بودن در تعریف

۱. کتاب «حاکمیت سیاسی فقیهان از دیدگاه آخوند خراسانی؛ علیرضا جوادزاده» به توضیح و نقد این نظریه پرداخته است.

حکومت‌های دینی قابل اغماض نیست، و از این جهت نیز دخالت دین در حکومت دینی مفروض است.

همین‌جا ممکن است تمایزاتی در حاکم لحاظ شود که فراتر از آموزه‌های دینی و برآمده از آموزه‌های خاص مذهبی باشد. مثلاً ممکن است در مذهب تشیع قید افضلیت یا اعلیت معتبر دانسته شود که دیگر مذاهب اسلامی پایبند به آن نباشند یا برای آن درجه اولویت کم‌تری در نظر داشته باشند.

خواهیم گفت که تحقق چنین حکومتی در ذیل شریعت اسلام دور از ذهن است و موافقین یا مخالفین حکومت دینی معمولاً نسبت به این مرتبه از حکومت دینی رضایت نداده‌اند.^۱ با این حال این امکان هست که در حکومتی، عناوین ثانویه موجب شود که احکام اولیه - یا بخشی از آنها - از اجرا بازمانند و در نتیجه آنچه در مرحله فعلیت و عینیت خارجی مشاهده می‌شود همین سطح از حکومت دینی خواهد بود که این برای آن حکومت نوعی نقص محسوب می‌شود و حکومت باید تلاش داشته باشد تا بسترها و زمینه‌های اجرای احکام الهی را در جامعه فراهم کند.

۵- حکومت ملتزم به حدود شریعت

در سطحی بالاتر، حکومت دینی بر حکومتی تطبیق پیدا می‌کند که تقید به حفظ حدود شریعت داشته باشد و خود را ملزم به اجرای احکام شرع و تحقق غایات اجتماعی مورد نظر شرع بداند. یعنی علاوه بر تصرف در تعیین حاکم، دین در احکام اجتماعی نیز دخالت یافته است و وظایف و غایاتی را برای حکومت ترسیم کرده است. در نتیجه این معنا از حکومت دینی از دو جهت با حکومت عرفی تمایز یافته است.

این نوع از حکومت مبتنی بر وجود شریعتی است که واجد ابعاد اجتماعی باشد. «حکومت اسلامی - به طور مثال - حکومت شریعت اسلام بر مردم است و در چنین حکومتی فرمانروایان و فرمان‌بران، همه باید خود را مقید به شریعت اسلام بدانند» (موسوی خمینی - امام -، ۱۴۲۳، ص ۴۳). البته در فرض وجود چنین شریعتی، اگر حکومت خود را ملزم به تبعیت از شریعت نداند، دینی بودن

۱. کسانی را که در راستای مبارزه با استبداد و بی عدالتی، با مبارزات انقلابی ملت ایران با رژیم شاهنشاهی همراهی کردند، و پس از پیروزی و تشکیل نظام اسلامی ندای تفکیک بین دیانت و سیاست سر دادند، می‌توان طرفدار این معنا از حکومت دینی دانست (ضیائی فر، ۱۳۹۱، ص ۱۵۰).

آن - از جهت تزلزل رکن مشروعیت - محل اشکال خواهد بود! امام باقر علیه السلام در وصف امامان حق و باطل فرمودند:

«عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِيهِ علیه السلام قَالَ قَالَ: الْأَيُّمَةُ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِمَامَانِ قَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى «وَجَعَلْنَاهُمْ أَيْمَةً يَهْدُونَ بِأَمْرِنَا» لَا بِأَمْرِ النَّاسِ يُقَدِّمُونَ أَمْرَ اللَّهِ قَبْلَ أَمْرِهِمْ وَ حُكْمَ اللَّهِ قَبْلَ حُكْمِهِمْ وَ قَالَ «وَجَعَلْنَاهُمْ أَيْمَةً يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ» يُقَدِّمُونَ أَمْرَهُمْ قَبْلَ أَمْرِ اللَّهِ وَ حُكْمَهُمْ قَبْلَ حُكْمِ اللَّهِ وَ يَأْخُذُونَ بِأَهْوَاءِهِمْ خِلَافًا لِمَا فِي كِتَابِ اللَّهِ». (شیخ مفید،

۱۴۱۳، ص ۲۱؛ مشابه آن در کلینی، ۱۴۰۷، ج ۱، ص ۲۱۶)

در این روایت اهتمام به اوامر شریعت فصل ممیز امام حق از امامان به‌ناحق، معرفی شده است. در حقیقت در این نوع از حکومت دینی حکومت ابزاری در دست شریعت است تا اهداف خویش را به دست آن در جامعه پیاده کند.

با اینکه شکل فوق از حکومت دینی - به خصوص ذیل فقه اسلامی که دخالت حداکثری در ابواب اجتماعی دارد - تمایز محسوس و نموداری با حکومت‌های عرفی دارد، ولی با این حال این معنا هم نمی‌تواند کامل‌ترین معنا برای حکومت دینی باشد. ممکن است در چنین حکومتی ظواهر شریعت به مقداری که در تعارض با حکومت عرفی نبوده است، بر احکام حکومت عرفی ضمیمه شده باشد، و این تأثیری در ماهیت احکام عرفی ایجاد نکرده باشد. نهایتاً آنچه مشاهده می‌شود تنها دسته‌ای از موازین عرفی است که محدود به حدود شریعت شده و عدم مخالفت آن با شریعت مورد لحاظ قرار گرفته است.

از این منظر گاهی فقه سنتی را فقه موضوعات می‌نامند و این نقص را به آن متوجه می‌کنند که: «فقه موجود احکام ناظر به ساختار ندارد؛ نظامات را تهذیب می‌کند، اما نظام نمی‌سازد» (خسروپناه، ۱۳۹۹، ص ۱۰). این تعریف بدون آنکه دآوری خاصی درباره ماهیت قدرت و ساختار درونی دولت داشته باشد، نسبت به دولت نگاه ابزاری دارد (ر.ک: فیرحی، ۱۳۸۲، ص ۲۳). با این شیوه بسیاری از نظامات عینی وارداتی و بیگانه از فرهنگ مذهبی، در چارچوب احکام رساله قرار می‌گیرند، بی‌آنکه ماهیت و جوهره سیستمی آن‌ها دگرگون شده باشد (میرباقری، ۱۳۹۶، ص ۵۶).

گاهی نیز در مقام دفاع از این تعریف حکومت دینی، گفته می‌شود: «اموری از قبیل: ساختار قدرت سیاسی، کیفیت توزیع قدرت و کیفیت ارتباط نهادهای گوناگون قدرت با یکدیگر، امور

غیر دینی و کاملاً مدنی است و انسان‌ها به خواست و اراده‌های خویش می‌توانند نوع و کیفیت نظام سیاسی خویش را اختیار کنند. حوزه دخالت دین فقط در جنبه آمریت حکومت است» (واعظی، ۱۳۷۸، ص ۲۶).

این بیان امکان دخالت شریعت در ساختار سیاسی را رد نمی‌کند و به هر جهت دخالت شریعت در این جهات امری غیر مستبعد و معقول است. در نتیجه فراتر از مرتبه سابق، این سطح نیز برای حکومت دینی قابل تصوّر است. دینی که در عرفی‌ترین امور مانند احکام تخلی دخالت داشته است، محذوری ندارد که در امور عامه مسلمین نیز ارشاداتی داشته باشد.^۱ شاید اگر کسی با ذهن خالی از شبهه و دور از هیاهوها به واقعیت امر نظر کند، دخالت شریعت در نظامات اجتماعی را برای سعادت بشر اولی و به مراتب ضروری‌تر از ارشادات فردی آن ببیند!

گاهی در این مجال به آیه شریفه: «وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ» (شوری: ۳۸) تکیه می‌شود و به مقتضای آن ادعا می‌شود که امور عرفیه مردم به خودشان محول شده است و شریعت بنای دخالت در امور مردم را ندارد؛^۲ لکن این استدلال هم مخدوش است و به نظر می‌رسد که شور در این آیه - با توجه به فقرات قبل و بعد آیه - تکلیفی متوجه مردم، در زمینه اموری که به طور طبیعی در شأن آنها است، بوده باشد و نه توسعه در حق دخالت در امور اجتماعی. معنای آیه این است که مردم باید در کارهای خویش راه مشورت در پیش بگیرند، و معنایش این نیست که تصمیم درباره امورات آنها به خودشان محول است!

۱. پیامبران و وسائط فیض الهی در ادبیات قرآن و روایات، معلم دانش‌های بشری نیز بوده اند و شأن آنها در ارشاد و انذار خلاصه نمی‌شده است (رک: مؤذن جامی، ۱۳۶۹، ص ۲۶). آیه ی «عَلَّمَ آدَمَ الْأَسْمَاءَ كُلَّهَا» می‌تواند شاهدی کلی برای این ادعا باشد.

۲. «و آیه مبارکه - وَ أَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ - هم اگر چه فی نفسه بر زیاده از رجحان مشورت دلیل نباشد، لکن دلالتش بر آنکه وضع امور نوعیه بر آن است که به مشورت نوع، برگزار شود، در کمال ظهور است». (غروی نائینی، ۱۴۲۴، ص ۸۴). در کتاب اساس الحکومة الاسلامیه (حسینی حائری، ۱۳۹۹، ص ۱۹۸)، همین نتیجه را نسبت به دوران غیبت، بدون استدلال به آیه شریفه و به این بیان به دست آورده‌اند که: آنچه در اسلام ذکر شده است تنها اصل مسئله ی ولایت فقیه است و جزئیات ساختار حکومت همه به مصلحت‌سنجی شخص حاکم، محول شده است. در کتاب حکمت و حکومت (حائری، ۱۹۹۶، ص ۸۲ و ۱۵۲) نیز به مقتضای این آیه اساساً دخالت حاکم دینی در امر حکومت را نفی کرده‌اند!

برخی علمای مشروطه نیز استدلالاتی ناظر به حیطة تصرفات شریعت در حکومت، مطرح کرده‌اند که نسبت به خارج از فضای مشروطه و فرض تمکن فقها از تصدی حکومت، و حتی نسبت به دوران حضور معصوم علیه السلام نیز قابل تعمیم است. در رساله اللئالی المربوطه فی وجوب المشروطه در صدد دفاع از نهاد قانون‌گذاری و اینکه چرا این مسئولیت به فقها موکول نشده، آمده است:

«آن حاکم شرعی را نمی‌رسد که من عندی به اراده شخصی خود در آن امور رفتار نماید بلکه بایست که بر طبق آنچه نظر عقلای مملکت اقتضا دارد عمل کند و این امور ملکیه را به صواب‌دید آن‌ها در تحت میزان درست در آورد و به موقع اجرا گذارد. چنان‌که در صدور اسلام معمول بوده که در کلیه امور سیاسیه مملکت بایست به مشاورت عقلای بزرگ رفتار نمایند. اگر چه خلیفه و رئیس اجرا یکی بوده؛ و سر این مطلب آن است که حاکم شرع مالک شخصی امور مسلمین نیست تا که بتواند تصرف در آن‌ها بنماید به اختیار شخصی استقلال خود، «کتصرف الماک فی أملاکهم وذوی الحقوق فی حقوقهم»... و ولایت در مجرد نگهداری حقوق و ایصالش به اهالی، زیاده بر این اقتضا ندارد که در مقام عمل و موقع اجراء، ولی و صاحب اختیار باشد... نه اینکه در مقام تعیین حقوق و تمیز دادن حق از غیر حق و اثبات و اثبات آن‌ها نیز ولی و صاحب اختیار شود. ... تمیز دادن شخصیات مصالح نوعیه مسلمین ... بایست که به

نظر نوع عقلا از ذوی الحقوق موکول باشد» (زرگری نژاد، ۱۳۸۷، ج ۲ ص ۲۶۶-۲۶۷)

این کلام در این جهت قابل مساعدت است که فرموده: آنچه در شریعت بیان نشده به شیوه عقلایی موکول شده است و مدار بر مصلحت عموم خواهد بود؛ لکن در این جهت که تشخیص این مصلحت نیز باید به دست خود عقلا باشد، تهی از استدلال است و روشن است که در زمان حضور معصوم علیه السلام بسیاری از تصمیمات اجتماعی به تشخیص خود ایشان بوده است.

در این جهت نیز که «شریعت نباید دخالتی در امور عقلانی داشته باشد» اشکال این کلام با سخن پیشین مشترک است و ثمره طبیعی این نگاه حداقلی به حیطة‌های دخالت شریعت، اهمال در کشف نظامات حکومتی و کم‌توجهی نسبت به ظرفیت‌های وحیانی در دسترس است.

۶- حکومت مبتنی بر گزاره‌های شریعت

با توضیحات فوق معلوم شد که کامل‌ترین معنای حکومت دینی آن است که ماهیتی یکپارچه دینی داشته باشد و نظام یکپارچه و ساختار حکومتی دینی، کارآمدی آن را برای رسیدن به اهداف دینی، تأمین کند.

مقصود این است که در حکومت، اسلام و قانون اسلام حکومت کند... در اسلام، حکومت، حکومت قانون است. حتی حکومت رسول الله و حکومت امیر المؤمنین حکومت قانون است؛ یعنی قانون خدا آن را تعیین کرده است. آن‌ها به حکم قانون واجب‌الاطاعه هستند. در مملکت اسلامی باید قانون خدا حکومت کند و غیر قانون خدا هیچ چیز حکومتی ندارد. (موسوی خمینی - امام -، ۱۳۷۹، ج ۷، ص ۱-۲)

به تعبیر رایج در این شکل از حکومت انطباق با شریعت - علاوه بر عدم مخالفت - لحاظ شده است. جلوه‌های مطابقت با شریعت و تمایزات آن با منطق عدم مغایرت، از زوایای متنوعی برخوردار است که به برخی جهات آن اشاره می‌کنیم:

الف) حاکمان دینی در چنین حکومتی در پیگیری اغراض شریعت اخلاص دارند و آلوده به اغراض شخصی و انانیت نیستند. صاحبان قدرت در آن خادم اهداف شریعت‌اند و از کسب قدرت ذی‌نفع نیستند. نیز در چنین حکومتی اهداف شریعت به صورت فعالانه و حداکثری پیگیری می‌شود و به حد رفع تکلیف بسنده نمی‌شود.

ب) در این شکل از حکومت دینی، فرض گرفته می‌شود که دین در ساختار سیاسی و الگوی مدیریت جامعه نظر دارد و دینی بودن صفت بی‌واسطه خود حکمرانی قرار می‌گیرد. بسته به اینکه مقدار دخالت دین در ابعاد حکومتی چه مقدار باشد، مراتبی برای این معنا از حکومت دینی قابل تصور است که گاهی به صورت گرایش‌های مختلف در دل همین معنا خودنمایی می‌کند:

در گرایش حداقلی، دین فقط اصول کلی و اهداف معینی برای سیاست تعیین می‌کند که ساختار سیاسی را به شکلی که با آن اهداف کلی و چشم‌اندازها همخوانی داشته باشد، محدود می‌کند.

(ر.ک: قاضی زاده، ۱۳۷۷، ص ۶۸)

در گرایش دیگر جزئیات الگوی سیاسی برای مدیریت کلان جامعه تحت قالب قوانین و ضوابط عملی بیان شده‌اند و علم سیاست دینی مبنای تدبیر جامعه قرار می‌گیرد. (ر.ک: سروش، ۱۳۸۶، ص ۴۹ به بعد؛ و ضیائی فر، ۱۳۹۱، ص ۱۵۳-۱۵۵) برخی آموزه‌های دین حتی اگر دستورات فقهی نباشند، به عنوان آموزه‌های ارشادی قابل پیشنهاد، کارآمدی جامعه را در عرصه‌های سیاسی و اقتصادی و امنیتی و ... تضمین می‌کنند و ممکن است این آموزه‌ها متفاوت از چیزی باشد که عقل بشری فهمیده است. از این منظر حکومت دینی تمایز ماهوی با حکومت عرفی پیدا خواهد کرد.

فراتر از این، در موارد نادری دخالت شریعت از بیان کلیات نیز فراتر رفته و در سطح داوری و قضاوت در تعیین موضوعات نیز نمود پیدا کرده است! یعنی حتی تعیین موضوعات از قواعد عرف پیروی نمی‌کند و بلکه شریعت با ابزار وحی وارد این میدان می‌شود؛ آن‌طور که در وصف حکومت مهدوی وارد است: «يَنْعَثُ اللَّهُ الرَّيْحَ مِنْ كُلِّ وَادٍ تَقُولُ هَذَا الْمُهْدَى يَحْكُمُ بِحُكْمِ دَاوُدَ وَلَا يَرِيدُ بَيِّنَةً» (نعمانی، ۱۳۹۷، ص ۳۱۵)

این به این معنا نیست که حکومت دینی نباید هیچ نقطه اشتراکی با حکومت‌های عرفی داشته باشد. بلکه مراد ارائه نظام منسجم و یکپارچه‌ای است که اجزای آن با هم هماهنگی درونی داشته باشند و در مسیر اهداف ترسیم شده کمال کارآمدی را داشته باشد؛ و البته روشن شد که دخالت دین در جزئیات چنین حکومتی می‌تواند بسته به شرایط مختلف باشد.

عقل بشری تحت تأثیر «هوا»، عاجز از دوربینی و ژرف‌نگری است. در حالی که عقل ماورائی نگاهی جامع و دقیق دارد و شاهد تجربیاتی است که عقل بشری از آن‌ها غایب بوده است.^۱ شاید حتی بتوان ادعا کرد عقل بشری از جانب خدا دچار تضییق شده است و از آن توقع نمی‌رود که به ژرفای حقایق پیچیده‌ای مثل تدبیر جوامع ره یابد و این سر اختلافات بی‌حد و حصر اندیشمندان غیر الهی است. این معنا از آیه «وَمَا أُوتِيتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا» (اسراء: ۸۵) قابل برداشت است.

ج) ممکن است در پی انقطاع از مزیت وحی و اتصال به منبع علم الهی، حاکمان دینی دسترسی به الگوی دینی حکومت نداشته باشند. در آن صورت مطابقت با شریعت در سطح مطابقت با

۱. ر.ک: طباطبائی، ۱۳۹۰، ج ۷، ص ۲۷۶-۲۷۷ (ذیل آیه ی: عَلَّمْتُمْ مَا لَمْ تَعْلَمُوا). تعریف دین به «برنامه جامع کمال دنیوی و اخروی» که در عبارات بسیاری از حکما مطرح است، ناظر به این حد از دخالت دین در زندگی فردی و اجتماعی دارد.

مصالح و اولویت‌های کلان شریعت که از مجموع شریعت قابل‌برداشت است، عملیاتی خواهد بود.

توضیح مطلب اینکه برخی گزاره‌های حکومتی در فقه اسلامی صراحتاً منعکس شده‌اند و برای حاکم اسلامی لازم‌الاجرا هستند. لکن حاکم اسلامی نیاز به تدوین مقررات بیشتری دارد که به کمک آن‌ها امور اجتماعی را سامان دهد و شریعت نسبت به این موارد دست حاکم را باز گذاشته تا بسته به شرایط و مقتضیات زمانه در مورد آن‌ها تصمیم‌گیری کند. حاکم اسلامی این کار را با حکم حکومتی انجام می‌دهد.

بدان که، مجموعه وظایف راجعه به نظم و حفظ مملکت و سیاست امورات ... خارج از دو قسم نخواهد بود؛ چه، بالضرورة یا منصوصاتی است که وظیفه عملیه آن بالخصوص معین و حکمش در شریعت مطهره مضبوط است، و یا غیر منصوصی است که وظیفه عملیه آن به واسطه عدم اندراج در تحت ضابط خاص و میزان مخصوص، غیر معین و به نظر و ترجیح ولی نوعی موکول

است. (غروی نائینی، ۱۴۲۴، ص ۱۳۴)

توجه به شرایط و ضوابط حکم حکومتی قاعده‌ای تحت عنوان «لزوم تأمین مصالح عمومی در تصرفات حکومتی» را به ارمغان آورده است که به موجب آن «محور تمامی تصرفات حکومتی باید تأمین مصالح عمومی باشد. اصولاً در مفهوم ولایت تأمین مصلحت عمومی نهفته است» (ارسطا، ۱۳۹۰، ص ۱۸۰). با این وجود باید توجه داشت که معمولاً مصالح جنبه‌ی عقلانی دارند و البته گاهی مصلحت‌سنجی با نگاه دینی نتیجه‌ای متفاوت از مصالح عقلانی به نتیجه می‌رساند.

تدوین قوانین و احکام حکومتی ممکن است به صورت‌های مختلفی ممکن باشد که هیچ‌کدام مخالف شریعت تلقی نشوند، لکن اگر حاکم دینی شناخت بالایی از شریعت داشته باشد، نزدیک‌ترین قانون را به اغراض و اولویت‌های مدنظر دین، اجرایی می‌کند. اگر در مسئله خاصی ایده‌های مختلفی برای تدوین قانون وجود داشته باشد، حکومت دینی از بین صور مفروضه سازگارترین ایده را با اغراض شریعت پیگیری می‌کند. «در مواردی احکام متعدد داریم. نمی‌دانیم در مقام عمل این را اجرا کنیم یا آن را. مصلحت اسلام و مسلمین به شما اجازه می‌دهد این را اجرا کنید نه آن را. یک وقت این‌ها با هم تراحم دارند. یک وقت تراحم ندارند اما یکی بیشتر به

مصلحت نظام و جامعه است».^۱ مثلاً بحث می‌شود که چطور باید قانون را طراحی کرد که با نظام تولید و توزیع ثروت اسلامی منافات نداشته باشد؟

در این زمینه که چطور می‌توان در کشف مصالح، از مصلحت‌سنجی‌های عرفی و متناقض رایج در دنیا فاصله گرفت و به یک مصلحت‌سنجی دینی با رنگ و بوی شرعی نزدیک‌تر شد، تصویرهای مختلفی ارائه شده است که اینجا مجال بسط آن نیست. از جمله برخی بر شناخت اهم اغراض و مصالح شریعت که در لسان ادله بر اهمیت آن‌ها تأکید شده تکیه می‌کنند؛ برخی با نگاه کلان به مجموع احکام بر تأمین اهداف حکومت اسلامی تأکید می‌کنند و قائلند که ترکیب قوانین باید تأمین‌کننده‌ی اهداف باشد؛ و برخی بر مصلحت‌شناسی مبتنی بر رابطه‌ی میان «مبانی» و «غایات» تأکید می‌کنند. (در این زمینه ر.ک: میرباقری، ۱۳۹۶، ص ۵۰ به بعد؛ و سرفصل‌های قواعد فقه سیاسی آیت الله کعبی)

د) تاثیر منطق مطابقت در نظر عده‌ای منحصر در احکام حکومتی نیست و گاهی اثر آن در احکام اولیه نیز ظاهر می‌شود؛ مثلاً ممکن است منطق مطابقت در تعیین فتوای معیار در تدوین قانون اثر گذار باشد؛ نیز گاهی ادعا می‌شود که منطق مطابقت، بر موضوع‌شناسی و تعیین مرجع برای تشخیص موضوعات حکومتی اثرگذار است و مجموع این زوایا فقه حکومتی را از فقه رایج متمایز می‌کند (ر.ک: میرباقری، همان).

ه) با توجه به اینکه چنین حکومتی داعیه «مطابقت با شریعت» را دارد، طبیعتاً باید دسترسی به احکام و مصالح واقعی داشته باشد تا ناچار به استفاده از احکام ظاهری نباشد. بنا بر این مطابقت با شریعت به معنای مطابقت با احکام واقعی شریعت خواهد بود. لاجرم باید پذیرفت که تحقق چنین مرتبه‌ای از حکومت دینی جز از ولّی متصل به منبع وحی الهی ممکن نیست و دیگران نهایتاً خواهند توانست اجزائی از این حکومت دینی را به اجرا در بیاورند و به مقداری که بیان به ایشان واصل شده به سمت آن حرکت کنند. (ر.ک: جمشیدی، ۱۳۷۷، ص ۲۴۰-۲۴۱). در عین حال به باور برخی محققین تفاوتی بین منطق مطابقت و عدم مخالفت متصور نیست و عقلانی بودن احکام حکومتی برای متصف شدن به صفت مطابقت با شرع کافی است (علیدوست، ۱۳۸۳، ص ۲۱۴).

۱. مصاحبه با حجة الاسلام و المسلمین خسرو پناه <https://iict.ac.ir/۳۹۹/۰۷/nezamvelaei>

جمع بندی

در پاسخ به این پرسش که: چه سطوحی از حکومت‌ها ذیل حکومت دینی قرار می‌گیرند، به بررسی عناصری پرداختیم که شرط مقوم دینی بودن حکومت یا شرط کمال آن‌ها بودند. نتیجه این بود که دینی بودن یک حکومت می‌تواند در ابعاد چهارگانه «منبع مشروعیت»، «هدف»، «شرایط زمامدار» و «کارآمدی» متجلی شود (ر.ک: ورعی، ۱۳۹۶، ص ۱۰۲). مراد از هدف، غایاتی است که حکومت به عنوان یک ابزار در مسیر تحقق آن‌ها گام بر می‌دارد؛ و مراد از کارآمدی کاربست نظام سیاسی برآمده از ایدئولوژی برای نیل به اهداف است.

در جمع‌بندی صور مفروض برای حکومت دینی، برای تحقیق بیشتر اشاره ای نیز به واقعیت موجود آن می‌کنیم.

از منظر خود شریعت روشن شد که حاکمیت الهی به عنوان «منبع مشروعیت»، رکن اصلی حکومت دینی است و این یک اصل کلامی و مورد اتفاق مذاهب اسلامی است (إِنَّ الْخُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ) (یوسف: ۴۰)؛ اما اینکه مشروعیت الهی شامل چه حکومت‌هایی می‌شود، خلاصه سخن آنکه: در چنین حکومتی والی به‌ناچار باید در مسیر «اهداف» گام بردارد و ملتزم به غایات دین باشد، که البته ممکن است این غایات فراتر از عدالت در حکومت‌های عرفی نباشد! اما اگر حکومت همین مقدار از التزام را هم نداشته باشد دینی بودن حکومت او در حد ادعا، و از درون‌مایه مشروعیت دینی تهی است.

در مورد «شرایط زمامدار» نیز روشن شد که شرط حداقلی دین‌دار بودن در تعریف حکومت دینی نهفته است؛ و البته در خصوص شریعت اسلام دخالت حداکثری در شرایط زمامدار نیز مسلم است و رویکرد اسلام در این جهت کاملاً متمایز از حکومت‌های عرفی است (ر.ک: جعفرپیشه، ۱۳۸۲، ص ۲۱۸). این معنایی است که از آیه شریفه «الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتِمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا» (مائده: ۳) نیز قابل برداشت است. با این حال، در مورد دیگر ادیان، پس از بررسی تفصیلی سنت‌های جاری در آن‌ها به قضاوت خواهیم نشست؛ ممکن است نظر به آیاتی مثل «وَلَقَدْ بَعَثْنَا فِي كُلِّ أُمَّةٍ رَسُولًا أَنْ اعْبُدُوا اللَّهَ وَاجْتَنِبُوا الطَّاغُوتَ» (نحل: ۳۶) ادعا شود که دخالت در شرایط زمامدار نیز اجمالاً در تمام حکومت‌ها مطرح بوده است.

نیز از منظر «کارآمدی» دلیلی بر عدم دخالت دین در ساختارهای حکومتی وجود ندارد. بلکه آیاتی از قرآن کریم با اشاره به «حکم الهی» بیان می‌دارند که خداوند در مورد حکمرانی گروهی از پیامبران، نسبت به ایشان رهنمودهایی دارد و به ایشان ارائه طریق می‌نماید، و این خود نشان از دخالت اجمالی شریعت در کیفیت تدبیر جامعه نیز دارد:

إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ. (نساء: ۱۰۵)

إِنَّا أَنْزَلْنَا التَّوْرَةَ فِيهَا هُدًى وَنُورٌ يَحْكُمُ بِهَا النَّبِيُّونَ الَّذِينَ أَسْلَمُوا لِلَّذِينَ هَادُوا وَالرَّبَّانِيُونَ وَالْأَخْبَارُ بِمَا اسْتُخْفِطُوا مِنْ كِتَابِ اللَّهِ وَكَانُوا عَلَيْهِ شُهَدَاءَ فَلَا تَخْشَوُا النَّاسَ وَاخْشَوْنِي وَلَا تَتَّبِعُوا بَيَاتِي تَمَنَّا قَلِيلًا وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ. (مائده: ۴۴)

البته خداوند در سایه فیض ولی مورد تأیید خویش، عهده‌دار هدایت توحیدی شده و متکفل رشد و هدایت تکوینی آن به سمت نور گردیده است (اللَّهُ وَلِيُّ الَّذِينَ آمَنُوا يُخْرِجُهُم مِّنَ الظُّلُمَاتِ إِلَى النُّورِ)^۱ و این کمال معنای کارآمدی در یک حکومت دینی است. تشریع الهی هم در راستای هدف ترسیم‌شده، بخشی از پازل هدایت تکوینی خداست و در این جهت خداوند به مقداری که با آن هدف انطباق بیشتری داشته باشد در احکام حکومتی دخالت به خرج می‌دهد. ممکن است حداقلی از دخالت دین را در رویکرد عرفی حکومت‌داری صلاح بداند و به طرح توقعاتی در جهات خاص بسنده کند، و ممکن است با ارائه یک نظام دینی منسجم، شیوه حکومت‌داری را نیز به حکمت خود، از رویکرد عرفی متمایز کند.

دخالت حداقلی شریعت ممکن است به بساطت جوامع یا بساطت ادیان مستند باشد؛ همچنان‌که اگر جامعه دین‌داران ظرفیت پذیرش دخالت حداکثری شرع را نداشته باشند، مراتب نازل‌تر حکومت دینی در حق آن‌ها به اجرا در می‌آید.^۲ در نتیجه برای حد دخالت دین در محتوای حکومت الگوی ثابتی قابل ارائه نیست.

۱. ر.ک: کلینی، ۱۴۰۷، ج ۱، ص ۲۴۶ و ۳۷۵ روایت در تفسیر ولایت الله در آیه شریفه به ولایت ولی الهی و هدایت در سایه آن.

۲. مانند اینکه برخی روایات بیان می‌دارند حضرت داوود مدتی بدون بینة قضاوت کرد و سپس این رویه تغییر کرد (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۴۱۴).

ماهیت سهام

تحقیق درس استاد عندلیبی (حفظه الله)

استاد راهنما: استاد نجفی بستان

نویسنده:

ابوالفضل حسینی^۱

مقدمه

امروزه شرکتهای تجاری خصوصاً شرکت های سهامی عام نقش بسیار مهمی را در رشد اقتصادی یک جامعه ایفا می کنند. شرکت سهامی شرکتی است که سرمایه آن به سهام تقسیم شده و مسئولیت صاحبان سهام به مبلغ اسمی سرمایه آنها می باشد. (قانون تجارت، ماده ۱) فلسفه شکل گیری این شرکتها جذب سرمایه های اندک و راکد سرمایه داران جزء و پراکنده و جمع آوری آنها برای فعالیت های اقتصادی بزرگ است. در حقیقت به کار انداختن سرمایه های مردم در مقیاس وسیع تر برای حفظ سرمایه افراد و کسب سود بیشتر مهمترین هدفی است که شرکت سهامی دنبال می کند. ایده شرکتهای سهامی در راستای سهیم شدن توده وسیع نیروی کار در مالکیت موسسه صورت گرفت؛ زیرا پیش از شکل گیری این شرکتها، نیروی کار از هیچ گونه حقی در کارخانجات و موسسات تولیدی و تجاری و خدماتی برخوردار نبود. بر این اساس افراد با اختصاص سرمایه

^۱. دانش پژوه گروه فقه اقتصاد، سال تحصیلی ۹۹-۱۴۰۰

خود به شرکت و دریافت سهام آن عملاً- و در قالب سهامدار شرکت- در مالکیت شرکت شریک شده و متناسب با آورده خویش از برخی حقوق و مزایا برخوردار خواهند شد.

شرکتهای سهامی به دو دسته «شرکت سهامی عام» و «شرکت سهامی خاص» تقسیم می‌شوند. شرکتهای سهامی عام شرکتهایی هستند که موسسین آنها قسمتی از سرمایه شرکت را از طریق فروش سهام به مردم تامین می‌کنند. شرکتهای سهامی خاص شرکتهایی هستند که تمام سرمایه آنها در هنگام تاسیس منحصر توسط موسسین تامین می‌شود. این شرکتها قابلیت عرضه به عموم را ندارد و مالکیت آن در اختیار گروه محدودی است. یکی از دلایل عمده برای عام شدن شرکت، (عرضه عمومی سهام) گردآوری پول برای توسعه است. در این صورت بیشتر از سهامی‌خاص که دارای سهامداران معددی است می‌توان به گردآوری پول امید داشت؛ زیرا افزایش سرمایه مالکین موجب بهبود شرکت برای پرداخت تعهدات و بدهی‌ها و در نتیجه کاهش ریسک مالی شرکت خواهد شد. سهامی‌عام شدن راه مناسبی برای تامین سرمایه مورد نیاز شرکت است. معامله شدن اوراق بهادار شرکت در بازار سرمایه موجب جلب توجه محافل، جراید مالی و مردم به سوی شرکت می‌شود.

از مهم‌ترین ویژگی‌های شرکتهای سهامی، قابلیت نقل و انتقال سهام اینگونه شرکتهاست؛ اوراق سهام به صورت اوراق قابل معامله منتشر می‌شوند تا از این طریق حقوق سهامداران تامین گردد. امروزه «سهام عادی»^۱ مهم‌ترین و رایج‌ترین ابزار مالی بازار سرمایه محسوب می‌شود. روزانه حجم وسیعی از سهام عادی شرکتهای مختلف در بورس اوراق بهادار تهران معامله شده و مالکیت آن از سرمایه‌گذاری به سرمایه‌گذار دیگر منتقل می‌شود.

بررسی تحقق آثار مطلوب بر این انتقال، مبتنی بر بحث از ماهیت حقوقی انتقال است. بی‌شک اگر بتوان این انتقال را در قالب عقود شناخته شده ای مانند بیع، قرض و ... تعریف کرد می‌توان

۱. Common stock: سهام عادی ورقه بهاداری است که نشان‌دهنده مالکیت و ادعای دارنده آن بر بخشی از یک شرکت و درآمدها و دارایی‌های آن است. دارندگان سهام عادی می‌توانند در مجامع و جلسات سالیانه شرکت کنند، حق رأی دارند و می‌توانند در رأی‌گیری‌ها و انتخاب اعضای هیئت‌مدیره شرکت کنند و اگر سود بین سهامداران تقسیم شود، آن‌ها هم بخشی از آن سود را دریافت خواهند کرد. درواقع سهامداران عادی با انتخاب هیئت‌مدیره و حق رأی در مجامع، سیاست شرکت را تعیین و بر شرکت خود کنترل دارند. خریدار این نوع سهام ریسک‌نهایی شرکت را می‌پذیرد زیرا شرکت تعهدی برای پرداخت وجه ندارد. سرمایه‌گذاری با این نوع سهام سرمایه‌گذاری ریسک‌داری است و اگر شرکت نتواند انتظارات سهامدار را برآورده سازد اقدام به فروش خواهند کرد و با عرضه گسترده قیمت بازاری سهم شرکت سقوط خواهد کرد.

آثار مناسب با هریک را بر این انتقال تطبیق داد اما در صورتی که این انتقال را نوعی جدید از عقد بدانیم باید آثار خاص آن را دنبال کرد. آن چه در این میان حائز اهمیت است بحث از موضوع این انتقالها و قراردادهای یعنی سهام است. بنابراین از باب شناخت موضوع باید سخن از ماهیت سهام به میان آورد تا بتوان به قضاوت درباره ماهیت حقوقی این انتقالها پرداخت.

شناخت ماهیت سهام از طریق رجوع به منابع حقوقی و آثار حقوقدانان میسر است گر چه یکی از مشکلات این مسیر اختلاف آراء حقوقدانان در ماهیت سهام است که وجوه مختلفی برای تبیین این پدیده در کتابهای حقوقی مطرح شده است. از این رو باید به تبیین فروض مطرح شده در ماهیت سهام پرداخت و تفسیر منطبق با واقعیت خارجی سهام را به دست آورد.

پیش از ورود به بحث از ماهیت سهام و بررسی آراء ارائه شده بیان چند نکته ضروری به نظر می رسد:

۱. موضوع شناسی از یک پدیده در دو سطح قابل پیگیری است؛ نگاه کلان و کلی به مسأله که در این سطح از کنکاش، پدیده مد نظر در بستر تاریخی و در ارتباط با سائر اجزاء نظام تحقیقی مورد بررسی قرار می گیرد. نگاه کلان به موضوع سهام مستلزم بررسی سیر تاریخی آن و کنکاش درباره ارتباطات آن با سائر اجزاء نظام تجاری و بازارهای مالی و تاثیر آن در نظام مالی است. در این راستا ممکن است ادعاء شود با وجود آنکه فلسفه تشکیل شرکت سهامی، پاسخی به درخواست منطقی نیروی کار عنوان شده است اما بنیانگذاری آن نه در جهت برآوردن خواسته های نیروی کار بلکه در راستای تامین اهداف اصحاب سرمایه صورت گرفته است. با این تحلیل، نگرش به موضوع سهام بسیار متفاوت از آن چیزی خواهد بود که امروزه در ذهن غالب افراد وجود دارد. بی شک تحقیق در این مساله نیاز به واکاوی بحث های تاریخی به صورت تفصیلی دارد و از موضوع این نوشتار خارج است.

سطح دیگر از شناخت موضوع سهام، نگرش خرد و جزئی به این پدیده و در قالب قانون تجارتی است که به عنوان معیار در روند قانونی سازی تعاملات اقتصادی و تجاری اجتماع نقش ایفا می کند. آنچه در این نوشتار مورد بررسی قرار می گیرد بر اساس نظارت بر قانون تجارت است؛ واقعیت سهام و فرآیند شکل گیری شرکتهای سهامی بر اساس این قانون مدنظر این نگارش است و ادعاء نگارنده بر این است که قانون تجارت، سبب ایجاد ارتکاز در میان کنشگران اقتصادی می شود؛ زیرا تاسیس کنندگان شرکت که به دنبال تاسیس شرکت هستند، کلیه مراحل ثبت شرکت مندرج در قانون اعم از پرداخت ۳۵ درصد مبلغ تعهد شده در حسابدی به نام شرکت در شرف

تاسیس، تسلیم اظهار نامه ثبت شرکت های سهامی به ضمیمه طرح اساسنامه و طرح اعلامیه پذیره نویسی به اداره ثبت شرکتها، صدور اجازه انتشار اعلامیه پذیره نویسی سهام توسط اداره ثبت شرکت ها، انتشار اعلامیه پذیره نویسی سهام، پذیره نویسی سهام توسط خریداران طی مدت تعیین شده و ... را با محوریت قانون پیگیری می کنند. از این رو می توان ادعاء کرد در «بازار اولیه» که در آن اوراق بهادار برای اولین بار منتشر می شوند، ذهنیت تاسیس کنندگان شرکت متأثر از قانون و با در نظر گرفتن محدودیت ها و اختیاراتی است که قانون به آنها داده است.^۱ اما در «بازار ثانویه» که به منظور داد و ستد قرار گرفتن اوراق منتشر شده در بازار اولیه تاسیس شده است و وجود آن صرفاً برای افزایش دادن نقد شوندگی این اوراق است، مشارکت کنندگان در این بازار به دنبال بدست آوردن سود هستند و رفتار آنها را نمی توان متأثر از قانون دانست. از این رو با مراجعه به قانون می توان به تحلیل ارتکاز افراد در بازار اولیه پرداخت و به شناخت درست از واقعیت سهام دست یافت.^۲

بحث موضوعی از سهام به معنای تحلیل واقعیتی است که در جامعه امروزی تحقق یافته است. بی شک دخالت دادن دستورات شریعت مقدس برای ارزیابی این تحلیل دارای اشکال خواهد بود. بنابراین اشکال به سهام از جهت ناسازگاری آن با شریعت نادرست است؛ زیرا این اشکال ناظر به حکم است و سازگاری سهام با اسلام یا ناسازگاری آن مبتنی بر فهم درست از ماهیت و چیستی سهام است که در این نوشتار به دنبال آن هستیم. اگر چه پرداختن به سهام به عنوان موضوعی که برخی از احکام شرعی بر آن مترتب می شود، از جهت شناخت موضوع حکم شرعی حائز اهمیت است اما دخالت دادن شرع در شناخت آن و با وجود عرفی بودن موضوع، قابل

۱. ارتکاز شکل گرفته ارتکاز مستحدثی است که در مقام موضوع شناسی می توان از آن استفاده کرد؛ زیرا موضوع مورد بحث موضوع جدیدی است که برای شناخت آن نیاز به ارتکاز جاری پیرامون این موضوع داریم. بنابراین مستحدث بودن این ارتکاز خللی در بحث ایجاد نمی کند زیرا از این ارتکاز در مقام استنباط حکم شرعی نیستیم تا اشکال شود که مستحدث بودن آن نیاز به امضاء شرعی دارد.

۲. ممکن است ادعاء شود که پس از استقرار این ارتکاز در بین معامله گران و عادی شدن روابط تجاری در مورد سهام، عرف اقدام به دخل و تصرف در این روابط نموده و ارتکاز جدیدی که متفاوت از متن قانون باشد به وجود آمده باشد. این احتمال اگر چه به عنوان یک احتمال عقلانی قابل طرح و بررسی است اما اثبات این مطلب بر عهده کسانی است که ادعای این ارتکاز جدید را دارند و در صورت وجود چنین ارتکاز ثانوی می توان بحث را دنبال کرد اگر چه نگارنده تا کنون این ارتکاز را برای خود ثابت ندانسته است.

اشکال است بلکه روند منطقی بحث آن است که در ابتدای امر به کنکاش از ماهیت سهام پرداخته، در مرحله بعد سخن از باطل بودن یا صحیح بودن آن بر اساس احکام شریعت مقدس اسلام به میان آورد.

۲. شرکتهای سهامی با ویژگی های قانونی خود در مقابل شرکت فقهی (مدنی) قرار دارد؛ زیرا جوهره شرکتهای سهامی، اعتبار بخشیدن به شرکت به عنوان شخصیت حقوقی و مستقل از سرمایه گذاران و سهامداران است. در این گونه شرکت ها به محض تشکیل شرکت، آورده شرکا و صاحبان سهام از دارایی آنها جدا شده و در دارایی شخص حقوقی داخل می شود و تا زمانی که تصفیه صورت نگرفته است وثیقه تعهدات شرکت (شخص حقوقی) تلقی می گردد. اما در شرکت مدنی که فاقد شخصیت حقوقی است، سهم الشرکه هر یک از شرکا بر اصالت حقوقی خود باقی است و با انعقاد شرکت، این مالکیت انتقال نمی یابد بلکه ملکیت شریک پس از شرکت تبدیل به ملکیت مشاع با سائر شرکا خواهد شد.

با وجود آنکه یکی از فروض مطرح شده درباره ماهیت سهام، رابطه شرکت فقهی (مدنی) میان سهامداران است اما عمده نظرات مطرح شده از سوی حقوقدانان با پذیرش شرکت سهامی به عنوان عقدی متفاوت از شرکت مدنی است که در آن به اعتبار شرکت به عنوان یک شخص حقوقی اذعان شده است.

۳. به نظر می رسد اعتبار شخصیت حقوقی شرکت امری مسلم و مفروض غنه در نزد حقوقدانان است در حالیکه پذیرش اصل مبحث شخصیت حقوقی در نگاه عرفی به عنوان یک شخصیت مستقل باید مورد دقت و بررسی قرار گیرد. این نوشتار با پذیرش این مطلب و مسلم دانستن آن به عنوان اصل موضوعی نگاشته شده است گو اینکه پذیرش آن از جهت شرعی و مشروعیت شخصیت حقوقی نیز محل اختلاف میان فقهاء خصوصا در میان معاصرین است.

۴. بسیاری از آراء حقوقدانان در زمینه ماهیت سهام با پذیرش مبنای تقسیم حق به «عینی» و «دینی» است. با توجه به اینکه این اصطلاح به صورت مکرر در کلمات حقوقدانان مطرح شده است به نظر می رسد توضیحی مختصر از این اصطلاح حقوقی می تواند در فهم سخنان ایشان راهگشا باشد.

حق عینی و دینی

حقوق به اعتبار موضوع، به دو قسم حقوق سیاسی و غیر سیاسی (مدنی) تقسیم می شود:

حقوق سیاسی حقوقی است که برای انسان به لحاظ وابستگی به یک جامعه سیاسی مقرر می‌شود مثل حق مشارکت سیاسی، حق انتخاب شدن و حق انتخاب کردن. **حقوق مدنی** (غیر سیاسی) حقوقی است که برای انسان به لحاظ انسان بودن او مقرر می‌شود و دارای شاخه‌هایی است: ۱. حقوق مربوط به شخصیت؛ ۲. حقوق خانوادگی؛ ۳. حقوق مالی: حقوقی که در راستای منافع مادی افراد و جامعه مقرر شده است و خود شعبه‌هایی دارد:

حقوق عینی (Right in Rem): حقی است که انسان از یک شی یا منافع آن شی و یا انتفاع از آن شی دارد؛ مثل حق مالک بر عین منزل، حق مستاجر در خصوص سکنای در منزل و حق عابر در عبور از خیابان‌ها، جاده‌ها و پل‌ها.

حقوق دینی (Right in Personam): حقی است که انسان بر دیگری دارد و به موجب آن می‌تواند او را به انجام یا خودداری از کاری الزام کند؛ مثل حق بستانکار بر بدهکار و حق کارفرما بر پیمانکار.

حقوق معنوی (Intellectual Property): حقی است که بر آثار معنوی و غیر مادی مترتب می‌شود. این حقوق اگر چه اصالتاً جنبه معنوی دارد، دارای آثار مادی نیز می‌تواند باشد؛ مثل حق التألیف و حق اختراع و اکتشاف. بعد معنوی این حقوق قائم به شخص است و قابل واگذاری به غیر نیست ولی بعد مادی آن قابل اسقاط و واگذاری است. (دانش پژوه، ۱۳۹۲، ص ۵-۶۴)

در حق عینی رابطه‌ای میان صاحب حق و شیء مستحق به وجود می‌آید که به موجب این حق، صاحب حق به صورت مستقیم بر آن شیء سلطه پیدا می‌کند بدون آنکه شخص دیگری در سلطه یافتن او دخالت داشته باشد. حق ملکیت، حق سکنی، حق انتفاع، حق رهن و ... را می‌توان نمونه‌هایی از حق عینی بر شمرد.^۱

حق دینی رابطه‌ای است که میان دو شخص برقرار می‌شود و به موجب آن صاحب حق می‌تواند سلطه خود بر خواسته‌اش را از طریق فرد دیگر محقق سازد. به عبارت دیگر می‌تواند از شخص

۱. حقوق مدنی (امامی) ۴؛ ۵: مصداق بارز و کامل حق عینی، حق مالکیت است که به اعتبار مزبور و انحصاری بودن آن در عرف با مال متحد می‌باشد، چنانکه می‌گویند: خانه من و نمی‌گویند من بر خانه حق مالکیت دارم، بر خلاف حقوق عینی دیگر که باعتبار کامل و انحصاری نبودن آن در عرف با مال متحد نمی‌باشد، چنانکه می‌گویند فلان دارای حق ارتفاق، انتفاع، حق تحجیر و امثال آن می‌باشد.

دیگر نسبت به آنچه استحقاق دارد مطالبه‌گری کند مانند مطالبه دین یا عمل از سوی قرض دهنده و مستاجری که فردی را برای عمل اجیر کرده است، همانطور که می‌تواند آن شخص دیگر را از عملی باز دارد مانند حق مستاجر بر اجیر در اجاره اعمال که به موجب آن، مستاجر می‌تواند اجیر را از ادامه عمل باز دارد.^۱ بنابراین حق عینی سلطه‌ای است که مالی را به طور کامل یا ناقص در اختیار شخصی قرار می‌دهد و از رابطه مستقیم و قابل استناد در برابر هر شخص دیگر ناشی می‌شود، درحالی‌که حق دینی حقی است که شخص بر دیگری پیدا می‌کند و می‌تواند از او انتقال و تسلیم مال یا انجام دادن کاری را بخواهد. (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۵-۲۴)

به نظر می‌رسد تقسیم بندی حقوق به عینی و دینی قرائت دیگری از تفکیک حقوق اموال از حقوق تعهدات است؛ زیرا طبق مفاهیم حقوقی غرب، «دین» عبارت از «تعهد و التزام» یک شخص در برابر شخص دیگر است. این معنای از دین (طلب) با مفهوم «عهده» در فقه اسلامی قرابت بیشتری دارد که بیانگر رابطه انسان با انسان دیگر است بخلاف حق عینی که بیانگر رابطه انسان با مال است.

رویکردهای تحلیل سهام

یافته های نگارنده حاکی از آن است که مجموع آثار نگاشته شده در این موضوع با توجه به دو رویکرد صورت گرفته است:

الف- رویکرد حق عینی و دینی: بسیاری از حقوقدانان با پذیرش تقسیم حقوق به دینی و عینی، به بحث از ماهیت سهام در چارچوب این تقسیم بندی پرداخته اند. بررسی صحت و سقم این تقسیم بندی بحثی است که خارج از موضوع این نوشتار است. اما به صورت اجمال می‌توان گفت که این تقسیم بندی با توجه به مبانی حقوق غربی شکل گرفته است و در کلمات حقوقدانان اسلامی نیز وارد شده است در حالیکه اصل این تقسیم بندی مورد تردید جدی است به طوری که برخی از حقوقدانان نیز درباره ماهیت سهام بر اساس این چارچوب دچار تردید شده اند و ماهیت سهام را بر هیچ یک از حق دینی و عینی منطبق ندانسته اند و از این رو قائل به حق خاص بودن سهام شده اند. (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۲۲-۲۳) از مهم ترین اشکالات این تقسیم، نقل و انتقال سهام است که بر اساس این رویکرد و با توجه به تحلیل سهم بر مبنای «تعهد»، انتقال آن نیز به سادگی قابل

۱. در برخی از کتب فقهی معاصرین از این حق تعبیر به «حق شخصی» شده است. ر. ک فقه العقود ۱: ۵۲ و موسوعة الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل البيت عليهم السلام زیر نظر آیت الله شاهرودی ره ۴: ۱۴.

تحلیل نیست؛ زیرا تعهد که ریشه در حقوق روم دارد یک رابطه کاملاً شخصی محسوب شده و انتقال آن حتی به واسطه مرگ نیز امکان پذیر نبود و ساقط می‌شد. بر اساس تغییر و تحولات صورت گرفته، انتقال قهری با مرگ مورد پذیرش قرار گرفت اما انتقال ارادی نفس تعهد (حق شخصی) به دلیل جوهره تعهد که رابطه شخصی می‌باشد امکان پذیر نبود. در دورانی که تعهد رابطه حقوقی بین دو شخص تلقی می‌شد و قابل انتقال به دیگران نبود هر گاه به تغییر یا انتقال تعهد نیازی احساس می‌گردید دو طرف تعهد ناچار بودند تعهد را ساقط کنند و تعهد دلخواه دیگری را به جای آن نشانند. (کاتوزیان ۱۳۸۹، ص ۱۹۸)

ب- رویکرد ملک و حق: بر اساس مبانی فقهی می‌توان بحث از سهام را در چارچوب حق و ملک بررسی کرد. مطابق با این رویکرد سهامدار می‌تواند مالک یا صاحب حق تعریف شود و متناسب با هر یک، آثاری بر دارا بودن سهام وی مترتب شود. گروهی از محققین نیز در چارچوب این رویکرد به تبیین ماهیت سهام پرداخته اند.

با در نظر گرفتن دو رویکرد فوق به بررسی وجوه مطرح شده در ماهیت سهام می‌پردازیم.

پیشینه تحقیق

- شعاریان و تفرشی (۱۳۸۱) در مقاله «سهام و حقوق ناشی از آن در شرکت های سهامی» بر مبنای تقسیم بندی حقوق عینی و دینی، ماهیت سهم را «حق دینی» دانسته اند و حق مالکیانه برای سهامداران در نظر نگرفته اند.

- تفرشی و سکوتی (۱۳۸۳) در مقاله «بیع سهام شرکت های سهامی» تنها به تحلیل بیع سهام پرداخته اند و به ماهیت آن اشاره ای نداشته اند. از نظر نویسندگان این مقاله انتقال سهام از طریق عقد بیع با هیچ منع قانونی یا عرفی مواجه نیست.

- باریکلو (۱۳۸۵) در مقاله «ماهیت سهم و باز خرید آن توسط صادر کننده» پس از تحلیل عرفی سهم و بر اساس تقسیم بندی مزبور آن را «مال عینی» دانسته است. از دیدگاه وی سهم، مال مستقل و تجاری است و قابلیت معامله و تملک را دارد.

- مصباحی مقدم و همکاران (۱۳۸۸) در مقاله «امکان سنجی وقف سهام و پول؛ مدل صندوق وقف سهام و پول در ایران» سهام را می‌توان جزء اموال وقف در نظر گرفت زیرا چهار شرط عین بودن، در ملکیت واقف بودن، صحت اقباض آن و بقاء پس از انتفاع را داراست.

-سلطانی و اخوان (۱۳۹۱) در مقاله «ماهیت و قواعد توثیق سهام» به بررسی ماهیت حقوقی توثیق سهام و قوانین و مقررات حاکم بر آن پرداخته اند. در بخشی از مقاله برخی از نظرات راجع به ماهیت حقوقی سهام را تشریح کرده اند.

- غمامی و ابراهیمی (۱۳۹۱) در مقاله «ماهیت حقوقی سهام پذیرفته شده در بورس» بدون تحلیل فقهی و بر اساس تقسیم بندی حق دینی و عینی ماهیت دو گانه ای برای سهام قائل شده اند. نتیجه مقاله آن است که سهم زائیده حقوق قراردادهاست و در ابتدا یک حق ناشی از قرارداد و تعهد تلقی می شود اما پس از ایجاد با انعکاس حقوق آن در ورقه بهادار به یک دارایی عینی تبدیل خواهند شد.

- عبدی پور فرد (۱۳۹۱) در کتاب «مباحث تحلیلی از حقوق تجارت» بدون در نظر گرفتن تقسیم بندی حقوق به عینی و دینی به تحلیل ماهیت سهام پرداخته است. شرکت به عنوان یک مفهوم ذهنی و اعتباری متعلق سلطه مالکانه سهامداران محسوب می شود. سهامداران شرکت های سهامی به عنوان مالکان مشاع شرکت بوده و خود شرکت هم به اعتبار شخصیت حقوقی خویش مالک اموال و دارایی هایش است.

- میرزا خانی و کریمی (۱۳۹۲) در مقاله «هدیه سهام و ابعاد فقهی و حقوقی آن» در ابتدا ماهیت سهام عادی را مطرح کرده و نتیجه گرفته اند که سهام، مالی است که می توان آن را عین معین تلقی کرد.

- جعفری خسرو آبادی و شهیدی (۱۳۹۴) در مقاله «بازپژوهی فقهی - حقوقی اوراق سهام و قرارداد واگذاری آن» با نقد تقسیم بندی رایج حقوق به دینی و عینی و مبتنی دانستن تحقیقات بر اساس این دیدگاه، با ارائه تحلیل مساله بر اساس حق و ملک نتیجه می گیرد که شرکت به عنوان یک مفهوم ذهنی و اعتباری متعلق سلطه مالکانه سهامداران محسوب می شود. سهامداران شرکت های سهامی به عنوان مالکان مشاع شرکت بوده و خود شرکت هم به اعتبار شخصیت حقوقی خویش مالک اموال و دارایی هایش است.

- موسویان ره و همکاران (۱۳۹۴) در مقاله «تحلیل سهام عادی شرکتهای پذیرفته شده در بورس اوراق بهادار تهران در جایگاه مبیع در عقد بیع بر اساس فقه امامیه» نظر مختارشان آن است که شرکت سهامی، موجودی مستقل و اعتباری می باشد و هر سهامدار مالک جزء مشاعی از این شی اعتباری است. بر اساس این دیدگاه مبیع، کلی در مشاع و اعتباری است و متعلق این کلی

در مشاع نیز که شرکت سهامی عام (شخصیت حقوقی) است یک موجود اعتباری است و از آنجا که کلی در مشاع در دیدگاه اکثر فقیهان، از اقسام مال عینی است بنابراین بر اساس نظر مختار، سهام عادی می‌تواند از نظر همه فقهاء می‌تواند در عقد بیع، مبیع واقع شود.

سهام عادی از دیدگاه حقوق موضوعه

بحث راجع به سهام به طور عمده در لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت (۱۳۴۷) مطرح شده است اما قانون اصلاح شده به ماهیت حقوقی سهم نپرداخته و تنها در ماده ۲۴ تعریفی از سهم ارائه داده است. در سایر متون قانونی نیز قانونگذار موضع خود را در خصوص ماهیت حقوقی سهم از این جهت که آیا سهام در زمره دیون بوده یا اینکه عین تلقی می‌شود مشخص ننموده است بلکه تنها در دو مورد سخن از ماهیت سهام به میان آورده است: ۱. در بند ۳ ماده ۶۳۰ قانون اصول محاکمات حقوقی (منسوخ) مصوب ۱۳۲۹ قمری (۱۲۸۵ شمسی) در بحث راجع به توقیف اموال منقول، سهام شرکت را جزو اموال منقول دانسته است. این قانون اگر چه بعدها به دلیل قانون آئین دادرسی مدنی، مصوب ۱۳۱۸ نسخ شد ولی از حیث اینکه دیدگاه قانونگذار را نسبت به سهام مشخص کرده است می‌تواند قابل استفاده باشد.

۲. در ماده ۶۷ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶/۸/۱ است که در آن نیز سهم را در زمره اموال منقول آورده است. (تفرشی، سکوتی نسیمی، ۱۳۸۳، ص ۴۷) با وجود آنکه از این موارد نمیتوان به ماهیت سهام در نگاه قانونگذار دست یافت اما می‌توان نتیجه گرفت که از دیدگاه حقوق موضوعه، سهم در دسته اموال منقول قرار می‌گیرد.

در ماده ۲۴ قانون اصلاحی تجارت، سهم را اینگونه تعریف کرده است:

«سهم قسمتی از سرمایه شرکت سهامی است که مشخص میزان مشارکت و تعهدات و منافع صاحب آن در شرکت سهامی می‌باشد. ورقه سهم، سند قابل معامله‌ای است که نماینده تعداد سهمی است که صاحب آن در شرکت سهامی دارد.» پیرامون این عبارت قانونی، در لابلای دیدگاه و آراء ماهیت سهام سخن به میان خواهد آمد.

وجوه حقیقت سهام

وجه اول: مالک بودن سهامدار

یکی از وجوه بیان شده در تفسیر ماهیت سهام، مالک بودن سهامدار است. نسبت به مملوک در این رابطه مالکانه دو احتمال را می‌توان بیان کرد:

۱. مملوک، شرکت به عنوان شخصیت حقوقی است و سهامداران مالکان شرکت خواهند بود اما مالک دارائی و اموال شرکت که متعلق به شرکت به عنوان یک ماهیت حقوقی مجزا و مستقل است، نیستند. در حقیقت سهامداران مالک شرکت‌اند و مالک اموال شرکت نیستند. بر اساس این دیدگاه رابطه سهام دار با شرکت نوعی «ملکیت» است که موضوع آن، خود شرکت است و نه اموال و دارائی آن. این وضعیت مالکیت خاصی است که ویژه شرکت تجاری است. شرکت یا بنگاه تجاری در حالی که از یک سو خود شخصیت حقوقی داشته و مالک اموال و دارائی خویش و دارنده حق است، از سوی دیگر خود، موضوع حق و مملوک سهامداران است. اما در رابطه دوم موضوع مالکیت مال عینی و ملموس نیست. بلکه شرکت به عنوان یک مفهوم ذهنی و اعتباری موضوع مالکیت قرار می‌گیرد و هر یک از اعضاء یا سهامداران شرکت به نسبت میزان سهام خود در این مالکیت سهیم و شریک هستند. به این ترتیب نوعی مالکیت مشاع تحقق می‌یابد که موضوع آن نه یک عین مادی خارجی بلکه یک مال اعتباری است. مالی که وجود آن در عالم اعتبار فرض می‌شود و مالیت آن براساس تجارتی در جریان آن تقویم و محاسبه می‌شود. (عبدی پور، ۱۳۹۱، ص ۱۳۱)

به عنوان مثال شرکت سهامی ایران خودرو یا ذوب آهن جزء جزء شده و به سهام متعدد مانند صد هزار سهم مساوی منقسم می‌شود. شرکت سهامی اعتباری به سهامداران فروخته شده است و هر یک از سهامداران سهمی از آن را خریداری کرده است مانند آن که ده نفر یک عیدی را خریداری کرده باشند که در این صورت عبد مملوک ده نفر به نحو مشاع خواهد بود و هر کدام یک دهم سهم خواهند داشت. البته شرکت سهامی با فروش کالاها و خدمات خود، سرمایه به دست می‌آورد که ملک خود او خواهد شد. ثمره این مطلب آن است که هر گاه شرکت با این مبلغ به دست آمده کار کند، باید سودی به سهامداران بدهد.

بدین ترتیب نوعی «مالکیت مشاع» تحقق می‌یابد که موضوع آن نه عین مادی خارجی بلکه یک مال اعتباری است. مالی که وجود آن در عالم اعتبار فرض می‌شود و مالیت آن بر اساس «ارزش

تجارت در جریان» تقویم و محاسبه می‌شود. (همان ص ۱۳۸) ارزش معاملاتی هر سهم نیز به عنوان جزئی از ارزش این کل، در بازار سهام تعیین می‌شود و آنگاه که دارنده سهام، سهام خود را منتقل و واگذار می‌کند، در واقع، مالکیت خود بر شرکت را با اوصاف یاد شده کلاً یا بعضاً به دیگری انتقال می‌دهد. بنابراین اگر مطابق با این تحلیل، سهم را نوعی رابطه مالکانه تلقی کنیم، خود نوعی «حق عینی» در مفهوم مدرن است؛ بدین معنا که متعلق این حق عینی، هیچ شی مادی و خارجی نیست بلکه سهامدار نسبت به کل شرکت و بنگاه به عنوان یک مفهوم ذهنی و یک مال اعتباری، حق عینی و رابطه مالکیت دارد. (همان، ص ۱۳۷- موسویان، ۱۳۹۳، ص ۴۰) با توجه به شخصیت حقوقی و مستقل شرکت، مالکیت شرکت نسبت به اموال و دارایی های خود مفروض گرفته شده است. در این صورت مالکیت سهامداران نسبت به خود شرکت بیانگر «ملکیت طولی» است یعنی ملکیت سهامداران در طول ملکیت شرکت نسبت به دارایی ها و اموال خود می‌باشد.^۱ اشکالی که ممکن است در این زمینه مطرح شود تعلق ملکیت به یک امر اعتباری محض است. آیا از نظر فقهی می‌توان قائل شد که مملوک می‌تواند اموال و اشیائی باشند که هیچ مصداق خارجی نداشته و کاملاً اعتباری و ذهنی باشند؟ زیرا متعلق مالکیت در حقوق اسلامی یا عین است یا منفعت و اشیاء غیرمادی و اعتباری محض نه عین محسوب می‌شوند و نه منفعت. پاسخ از این سوال آن است که اعتبار ملکیت از جانب عقلاء به دلیل وجود اغراضی است که بر اساس آن اقدام به اعتبار ملکیت می‌کنند. اگر اعتباری بودن مملوک منافاتی با اغراض عقلانی نداشته باشد بلکه تامین کننده آنها باشد - اگرچه به صورت کلی و نوعی باشد و نه به صورت عین خارجی متشخص که متعارف در فقه است - منعی برای اعتبار ملکیت نسبت به آنها وجود نخواهد

^۱. واژه سهم را از دو زاویه می‌توان تحلیل نمود: از یک زاویه، سرمایه شرکت سهامی به اجزای ریز مساوی با مبلغ اسمی معین تقسیم می‌شود که هر جزء آن سهم نامیده می‌شود و سرمایه اولیه شرکت از مجموع مبالغ اسمی سهام که از پذیره نویسان دریافت می‌شود تشکیل می‌شود و از این رو می‌توان گفت: هر سهمی بیانگر مبلغی پول است که به عنوان ارزش اسمی آن در نظر گرفته می‌شود. از سوی دیگر و با زاویه متفاوت، سهم عنوانی است که برای تعریف و شناسایی حق سهامدار در شرکت به کار گرفته می‌شود؛ این عنوان و واژه که فی نفسه می‌تواند غلط انداز و گمراه کننده باشد و در ذهن شنونده مفهوم سهم مالکانه و مالکیت مشترک را تداعی کند بیانگر آن است که دارنده سهم به تعداد سهامی که پذیره نویسی نموده و به او اختصاص یافته، آورده داشته و به آن میزان در تشکیل سرمایه شرکت مشارکت داشته است و از آن پس تعهدات و منافع او بر مبنای تعداد سهام وی تعریف و مشخص می‌شود. (عبدی پور ۱۳۹۱ ص ۱۳۷)

داشت. همانطور که عقلاء کلی در ذمه را مملوک می‌دانند و با وجود آنکه تحقق خارجی بالفعل ندارد برای آن اعتبار ملکیت می‌کنند.

۲. مملوک، شرکت همراه با دارائی‌های آن است. طبق این احتمال، سهامداران که مالک شرکت می‌شوند، در طول ملکیت شرکت مالک اموال آن نیز خواهند بود. طبق این فرض ملکیت سهامداران شبیه رابطه «موالی و عبید» خواهد بود که مولی مالک عبد بوده و در عین حال عبد نیز دارای اموالی است که مولی مالک اموال عبد در طول ملکیت نسبت به عبد خواهد بود، در نتیجه اموال دارای دو مالک خواهد بود که مالک اول عبد و مالک دوم مولی است که ملکیت او در طول ملکیت عبد است. در مورد سهام نیز سهامداران بلاواسطه مالک شرکت سهامی بوده و اموال شرکت سهامی که بلاواسطه تحت ملکیت شرکت است، مملوک با واسطه سهامداران نیز خواهند بود.

اشکال بر دیدگاه مالکیت

الف: ناسازگاری با اساسنامه‌ها

مطابق ماده ۲۴ از قانون تجارت، «سهم» قسمتی از شرکت نیست بلکه قسمتی از «سرمایه شرکت» است، از این رو داشتن سهم به معنای «مالکیت شرکت» غلط است و خلاف قانونی است که دهها سال بدان عمل می‌شود. تفاوتی میان مالکیت سهامدارن نسبت به خود شرکت و مالکیت آنان نسبت به شرکت و اموال آن از جهت مخالفت با قانون وجود ندارد. یکی از مواد اساسنامه‌ها این است که سرمایه شرکت مثلاً مبلغ یک میلیارد است که منقسم به هزار سهم می‌شود که همگی متعلق به فلان وزارت خانه، دولت و... است. این مطلب اگر در همه اساسنامه‌ها وجود نداشته باشد، در نوع اساسنامه‌ها وجود دارد. بنابراین چیزی که سهم می‌شود، سرمایه است و خود شرکت سهم نمی‌شود و لذا گفته می‌شود که خود شرکت مستقل بوده و سرمایه او منقسم به سهام می‌شود و صاحب سهم به میزان سهم خود از سرمایه شرکت سهام دار خواهد بود. بنابراین طبق قانون و اساسنامه‌ای که شرکت‌ها بر اساس آن کار می‌کنند، سرمایه سهام بین سهام داران منقسم می‌شود. این مطلب که گفته شود سهام به معنای خود شخص حقوقی است که شرکت منقسم به سهام‌ها می‌شود، امر بسیار قابل تأملی است که شاید در هیچ از مکاتب حقوقی نشانه‌ای از آن وجود نداشته باشد.

ب: عدم وجود حاصل برای نظریه ملکیت طولی

چنین طرح شرکتی از نظر عقلانی نتیجه‌ای به همراه ندارد. البته این اشکال مربوط به صورتی است که شرکت دارای اموالی است که سهامداران در طول ملکیت نسبت به شرکت سهامی، اموال آن را نیز مالک شده باشند که این مطلب از سوی عقلاء قابل درک نیست. به این اشکال در برخی از مباحث بیع نیز اشاره شده است که ملکیت طولی نتیجه‌ای به دنبال نخواهد داشت و لذا تحلیل شرکت سهامی بر اساس ملکیت طولی که فاقد نتیجه بوده و برای عرف نیز قابل درک نیست، «غیرعقلانی» و بر خلاف مرتکز عرفی در امر سهام و مالکیت به نظر می‌رسد. از این رو در مورد عبد نیز گفته می‌شود که مولای عبد مالک خود او و اموال او محسوب می‌شود.

ج: ناسازگاری با برخی آثار

طبق فرضی که شرکت سهامی دارای اموال بوده و سهامداران مالک اموال در طول شرکت سهامی باشد، در صورتی که عده ای یا اکثر سهامداران مفلس شده و محجور شوند، با توجه به اینکه اموال برای آنان محسوب می‌شود، با محجور شدن سهامداران باید تصرف در اموال شرکت متوقف شود در حالیکه از آثار شرکت سهامی آن است که بدون توجه به پیشامدهای مختلف برای سهامداران، شرکت به کار خود ادامه خواهد داد.

از جهت دیگر این نظریه با محدود بودن مسئولیت نیز ناسازگار است؛ چون اگر سهامداران مالک شرکت بوده و محجور شوند، شرکت مملوک افراد محجور خواهد بود و با این فرض دیگر نمی‌تواند به کار خود ادامه دهد، در حالیکه شرکت حتی در فرض محجور شدن سهامداران نیز به کار خود ادامه می‌دهد.

نکته دیگر آن است که اگر اموال شرکت سهامی در طول خود شرکت مملوک سهامداران باشد، اتحاد بایع و مشتری رخ خواهد داد؛ چون اگر سهامداران بخواهند چیزی از شرکت خریداری کنند، در عین اینکه خودشان مالک هستند، از خودشان خریداری می‌کنند، در حالیکه خود شرکت ها و حقوقدان ها منکر این اتحادند.

اشکال دیگر در آثار مربوط به تهاتر مدیون است که باید طبق نظریه اول تهاتر رخ دهد، در حالیکه

التزامی نسبت به این مطلب وجود ندارد. (عندلیبی، ۱۳۹۹)

وجه دوم: صاحبان حق بودن سهامداران نسبت به شرکتهای سهامی

در این دیدگاه با تأسیس شرکت و تولد شخص حقوقی، مالکیت آورده‌ها به شخص حقوقی (شرکت) انتقال می‌یابد و سهامداران سهمی از مال مشترک ندارند و مالک خود بنگاه نیز محسوب نمی‌شوند بلکه حداکثر توصیف حقوقی رابطه آنها با شرکت این است که آنها حق برخورداری از سود سالانه سهم و حق تملک باقیمانده سرمایه و دارایی شرکت پس از انحلال و تصفیه شرکت را دارند. بنابراین سهم، بیانگر حق یا امتیاز خاصی برای سهامدار است که در ادبیات حقوقی «حق سهامدار» نامیده می‌شود؛ حقی که دربردارنده امتیازهای گوناگون از جمله حق برخورداری از سود سالانه سهام، حق حضور و حق رأی در مجامع عمومی، حق استرداد بخشی از دارایی و اموال باقیمانده شرکت پس از انحلال و ... است.

نظریاتی که در زمینه ماهیت حقوقی حقوق سهامداران مطرح شده است حول دو محور عمده «حق دینی» و «حق خاص» قرار دارد و در میان نویسندگان حقوقی که به تبیین ماهیت حقوقی حقوق سهامداران پرداخته اند نظری که مبتنی بر پذیرش «حق عینی» باشد مشاهده نمی‌شود. (تفرشی و شعاریان، ۱۳۸۱، ص ۴۲) البته در برخی از تحقیقات حقوقی پیرامون ماهیت سهام سخن از «حق ترکیبی» به میان آورده شده است (غمامی، ۱۳۹۱، ص ۹-۱۲۸) که در ادامه به تبیین این آراء پرداخته خواهد شد.

۱. حق دینی

«در دیدگاه کلاسیک حق دینی به عنوان حقی که یک شخص نسبت به شخص دیگر دارد توصیف شده است. البته این توصیف با انتقاد و ایراد روبرو بوده است که سهامدار طلب کار شرکت نیست و حق مطالبه آورده خود را ندارد که از این باید جواب دهیم که حق دینی اختصاص به دین و طلب به مفهوم خاص آن ندارد و شامل همه حقوق می‌شود.» (عبدی پور، ۱۳۹۱، ص ۱۳۲)

آیت الله سید کاظم حائری (حفظه الله) در مقاله خویش با نام «مالکیت شخصیت‌های حقوقی» در توضیح این دیدگاه می‌فرماید: «طلبکاران شرکت، به صورت مستقیم بر مال شرکت حق دارند و می‌توانند - بی آن که طلبکاران شخصی شرکا مزاحم آنها شوند - حق خود را از مال شرکت استیفا کنند؛ درحالی که اگر فرض شود مال شرکت، ملک شایع شرکا است نه ملک شخصیت حقوقی شرکت، طلبکار شرکت درحقیقت طلبکار شرکا می‌شود و با او همانند دیگر طلبکاران

شخصی شرکا رفتار می‌شود؛ بنابر این اگر شرکا ورشکست شوند، بین این طلبکار و سایر طلبکاران فرقی نخواهد بود؛ بلکه تمام دارایی شخص مفلس چه در شرکت و چه در غیر شرکت، به طور مساوی بر سهم طلبکاران تقسیم می‌شود^۱. (مجله فقه اهل البیت، ۲۱، ص ۱۹) البته دیان بودن در این نظریه به معنای عرفی است که از آن تعبیر به «طلبکار» می‌شود و مفاد حقوقی آن که شامل ملکیت هم می‌شود، مقصود نیست.

بر اساس این دیدگاه، صاحب سهم می‌تواند به نسبت آورده خود از منافع شرکت منتفع شود و در صورت انحلال، قسمتی از دارایی شخص حقوقی را مطالبه نماید. در تأیید این امر به مواد ۲۴، ۲۷، ۳۳، ۳۴، ۳۵، ۳۸ لایحه اصلاحی قسمتی از قانون تجارت به عنوان مبین رابطه حقوق دینی بین صاحبان سهام با شخص حقوقی (شرکت سهامی) استناد شده است. این دیدگاه از آنجا که حقوق سهامدار شرکت را ناظر بر حق سهم شدن در سود در زمان حیات شرکت و حق تملک قسمتی از سرمایه شرکت بعد از انحلال دانسته است آن را بیشتر با حق دینی سازگار می‌داند. (سلطانی، ۱۳۹۱، ص ۱۴۳)

قابلیت انطباق بیشتر حقوق سهامداران با حق دینی موجب تعریف رابطه شرکت تجاری و شرکا به یک رابطه حقوق دینی شده است. بعضی از حقوقدانان معتقدند که قانون مدنی غیر از حقوق دینی و عینی حق دیگری را نمی‌شناسد و بنابراین تقسیم بندی حقوق به عینی و دینی را مطلق می‌دانند و چون عینی بودن حقوق سهامداران را مردود دانسته‌اند لذا حق شریک را در شرکتهای با مسئولیت محدود حق دینی دانسته‌اند که علی القاعده باید نظر اخیر درباره شرکتهای سهامی نیز صادق باشد. (تفرشی، ۱۳۸۱، ص ۴۳) گروه دیگری از حقوقدانان نیز سهم را طلب شریک از شرکت دانسته و چون مطابق ماده ۲۰ قانون مدنی، طلب طلبکار از مدیون، «منقول» محسوب می‌شود؛ لذا سهام شرکت را جزء اموال منقول قرار داده‌اند. (اسکینی، ۱۳۷۷، ص ۱۱۲)

اگر حق سهامدار را نوعی طلب از شرکت بدانیم، تحلیل ماهیت سهام و نقل و انتقال آن - بر خلاف حقوق غربی - بر اساس حقوق اسلامی مانعی نخواهد داشت؛ زیرا در حقوق اسلامی طلب، ماهیت متفاوتی نسبت به حق شخصی و طلب در حقوق غربی دارد. در حقوق اسلامی تاسیس دین به معنای مال کلی در ذمه است و دین یکی از مصادیق اموال است البته یک مال اعتباری و نه خارجی و می‌تواند متعلق رابطه مالکیت قرار می‌گیرد. بر اساس مبانی فقه امامیه، «مالکیت عرض خارجی نیست» بلکه از اعتبارات عقلانی است و لذا مانعی از اعتبار کردن آن در یک

موضوع اعتباری دیگر وجود ندارد. دین و یا مال کلی بر ذمه معدوم مطلق نیست بلکه موجود به وجود اعتباری است و این موجود اعتباری گاهی در ذمه و گاهی در خارج از ذمه اعتبار می‌شود و با این وصف، عقلاء آن را ملک و قابل تملک می‌دانند. تردیدی در قابلیت نقل و انتقال دین وجود ندارد و بیع و حواله دین با هیچ مشکلی مواجه نیست^۱ و در صورت تحلیل سهام بر مبنای دین و طلب (دین و طلبی که پس از انحلال قابل وصول است) سهامدار بدون هیچ مانعی حق واگذاری طلب خود به غیر را دارد. اما دین در حقوق غربی (تاسیس Debt) بر اساس تفسیر آن به «تعهد» صورت می‌گیرد و تحلیل سهم بر مبنای تعهدات از جمله موانع قابلیت نقل و انتقال محسوب می‌شود. اگر چه برخی به صراحت اسناد با نام از جمله سهام با نام شرکتها را جزء دیون محسوب می‌کنند. (الماسی ۱۳۸۹ ص ۱۹۴)

ممکن است اشکال شود که سهامدار طلبکار شرکت نیست و حق مطالبه آورده خود را ندارد که در پاسخ باید گفت: حق دینی اختصاص به دین و طلب به مفهوم خاص خود ندارد و شامل همه حقوقی است که یک شخص نسبت به شخص دیگر دارد. سهامدار نیز اگر چه بستانکار شرکت نیست - از این جهت که نمی‌تواند آورده یا ارزش سهام خود را از شرکت مطالبه کند - اما دارای حقوق و امتیازاتی بر عهده شرکت به عنوان یک شخص حقوقی است و در صورت نادیده گرفته شدن این حقوق و امتیازات، سهامدار می‌تواند مدیریت شرکت را از طریق مراجع قضایی به رعایت آنها الزام کند. (عبدی پور، ۱۳۹۱، ۱۳۸-۱۳۹)

اشکال بر حق دینی

این نظریه نیز بر اساس قانون، اساسنامه و آثار نظریه نادرستی است؛ زیرا قانون سهم را بر ذمه شرکت ندانسته و سهام دار را طلب کار نمی‌داند بلکه سهم قسمتی از سرمایه شرکت است. در اساسنامه ها نیز بیان شده است که سرمایه شرکت به تعدادی سهام تقسیم شده و متعلق به دولت،

^۱. نسبت به بیع دین صور مختلف و آراء مختلفی وجود دارد که در بحث های فقهی به صورت مفصل به آنها پرداخته شده است. به صورت اجمال باید بیان داشت که اگر بیع دین در مقابل دین باشد بیع کالی به کالی خواهد بود که از نظر فقهی محل بحث است. همچنین اگر بیع دین به پول نقد و به صورت اقل از مقدار دین باشد که اصطلاحاً به آن تزیل گفته می‌شود اگر چه مشهور فقهاء قائل به جواز آن هستند اما گروهی از فقهاء قائل به باطل بودن تزیل و فساد معامله هستند. اما سایر صور دین مانند بیع دین حال به نقد حال یا بیع دین مابجل به نقد حال به همان قیمت دین اشکال فقهی ندارد. با وجود این صور مختلف به صورت اجمالی می‌توان گفت که دین بما هو دین مانع از انتقال نیست کما اینکه در برخی از صور بیع دین اشکالی وجود ندارد.

وزارت خانه ها و یا اشخاص می‌باشد. در نتیجه بر اساس قانون و اساسنامه خود سرمایه منقسم شده و سهام محسوب می‌شوند و سهام دار نیز صاحب همان قسمت است و بحث دین بر ذمه شخصیت حقوقی مطرح نیست.

اشکال دیگر اینکه این نظریه خلاف مقتضای عرفی در بین معامله گران در بورس و بازار سهام است؛ چون اساسا به ذهن مردم عام و حتی به ذهن افرادی که در بورس معامله می‌کنند، خطور نمی‌کند که سهام داران طلب کار محسوب می‌شوند. (غذلیبی، ۱۳۹۹)

توصیف ماهیت حقوقی سهم به عنوان یک طلب، بیشتر ناظر به رابطه شریک با شرکت و نه رابطه شریک با خود سهم است. سهم مالی است اعتباری و غیرمادی که در ازای سرمایه گذاری در شرکت به سهامدار اعطا می‌گردد و وی را مالک بخشی از سرمایه شرکت با تمامی حقوق و تعهداتش می‌سازد. این حق سهامدار بر یک مال است نه بر شخص دیگر تا مشمول عنوان حق دینی گردد.

در رابطه با طلبی که در این نگاه مطرح می‌شود باید پرسید: طلب سهامدار از شرکت آیا طلب احتمالی است یا طلب مسلم؟ اگر طلب احتمالی باشد، با بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی که یکی از شرایط اساسی صحت معاملات را وجود موضوع معلوم و معین می‌داند، مخالف خواهد بود. در حالی که رعایت آن در هر قراردادی لازم است. بنابراین قرارداد فروش یا انتقال سهام (طلب) باطل خواهد بود.

اما اگر طلب مسلم باشد - که قبول آن دشوار است - تا زمانی که شرکت منحل نشده و دیون آن پرداخت نشده است معلوم نیست که هر سهمی معترف چه میزان از دارایی شرکت است و چه بسا شرکت در وضعیت بد مالی قرار داشته باشد که نه فقط چیزی از دارایی شرکت به سهامداران نمی‌رسد بلکه همچنان شرکت مدیون باقی خواهد ماند. در عقود مانند بیع و ... مقدار هر یک از عوضین باید در زمان انعقاد عقد معلوم و مشخص باشد اما در مورد سهام چنین چیزی امکان پذیر نخواهد بود و در نتیجه قرارداد به دلیل مجهول بودن مقدار مورد معامله، باطل خواهد بود.

(نفرشی و سکوتی نسیمی، ۱۳۸۳، صص ۵۰-۵۱) (موسویان، ۱۳۹۳، ص ۳۲)

۲. حق خاص

دکتر کاتوزیان در این خصوص حقی که شریکان در شرکتهای تجاری دارند را با ساختمان هیچ یک از حقوق دینی و عینی یکسان نمی‌بیند: «سهم شرکت [تجاری] نیز دارای اهمیت ویژه ای است و به دشواری می‌توان آنرا در زمره اعیان آورد» (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ص ۳۰۷). وی در ضمن نظری

دیگر با تفکیک میان سهام با نام و بی نام و پذیرش صحت رهن سهام بی نام (به خلاف سهام با نام) اینگونه علت را بیان می‌کند: «زیرا در دید عرف، ارزش موضوع آنها [اسناد در وجه حامل و سهام بی نام] چنان با عین سند مخلوط شده است که انتقال و قبض اسناد به منزله انتقال و قبض اموال موضوع آنهاست. پس هیچ مانعی ندارد که عین این اسناد موضوع رهن قرار بگیرد همچنانکه موضوع بیع نیز قرار می‌گیرد. برعکس، در مورد سهام و اوراق تجاری با نام چون در نظر عرف بین سند و موضوع آن یگانگی وجود ندارد این گونه اسناد در حکم سند طلب است ارزش محتوای آن در زمره اموال غیرمادی است و رهن آنها با توجه به لزوم عین بودن وثیقه درست به نظر نمی‌رسد» (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۴، ص ۵۴۰-۵۴۱)

وی در کتاب اموال و مالکیت بیان می‌دارد که: «اگر اجتماع مالکان از نظر حقوقی شخصیت خاصی پیدا کند، در قبال شخصیت فقهی، سرمایه شرکت خواه منقول باشد و خواه غیر منقول، به این شخصیت تعلق دارد و هیچ یک از شریکان تا زمانی که شرکت منحل نشده است، نمی‌تواند ادعا کند که به طور مشاع در هریک از اجزای سرمایه حق مالکیت دارد. در شرکت های تجاری که دارای چنین شخصیتی هستند حق شرکت منحصر به مطالبه منافع حاصل در زمان بقاء شرکت و تملک باقی مانده سرمایه پس از انحلال آن است. این حق به طور مستقیم مربوط به سرمایه و اموال شرکت نیست، حق خاصی است که شریکان در مقابل مالک سرمایه یعنی شخصیت حقوقی دارند. پس باید قبول کرد که در اثر قرارداد حقوق عینی شرکاء بر سرمایه تبدیل به حق خاصی می‌شود که موضوع آن درآمد منافع سالیانه است و به همین جهت به تابعیت از موضوع آن باید منقول حساب شود.» (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۲۲-۲۳)

۳. حق ترکیبی

سهام پذیرفته شده در بورس اموالی در نوع خاص خودشان هستند که از یک سو در رابطه با ناشر تابع «حقوق تعهدات» (قراردادها) و از سوی دیگر در مقابل اشخاص ثالث تابع «حقوق اموال» است. به عبارتی سهم از یک دیدگاه حقی دینی و از دیدگاهی دیگر در زمره اموال عینی است؛ البته در عین حال دارای ویژگیهای منحصر به فردی است که آن را کاملاً با حق عینی و دینی منطبق نمی‌کند. بنابراین هرچند سهام مخلوق قراردادی است که یک یا چند نفر به موجب آن توافق میکنند سرمایه و شخصیت حقوقی مستقلی را ایجاد کنند، اما این مخلوق از لحاظ ماهیت

از خالق خود متمایز می‌شود و ماهیت مستقلی می‌یابد. اوراق بهادار به طور اعم و سهام به طور اخص اموالی هستند که توسط مشارکت کنندگان بازار و در پی پیشرفت چهره‌های نوین تجارت ایجاد شده و تکامل یافته‌اند. سهام ناشران را قادر می‌سازد تا از طریق عموم مردم تأمین مالی کنند. مقررات حاکم بر سهام برای تسهیل این هدف طراحی شده‌اند و به دنبال صرفه جویی در هزینه‌های گردش آنها هستند. این مسئله منجر به وضع مقرراتی در بورس شده است که در برخی موارد با قواعد عمومی حاکم بر قراردادها در نظام حقوقی ایران همسویی ندارند و بیشتر برگرفته از عرف‌هایی هستند که توسط مشارکت کنندگان در بازار اعمال و تثبیت شده‌اند. (غمامی، ۱۳۹۱، ص ۹-۱۲۸)

در این منظر، ورقه سهام ورقه‌ای است که حقوق مربوط به سهام در آن منعکس شده است و می‌تواند بر طبق مقررات حاکم بر اموال عینی انتقال داده شود. لذا اگر ورقه سهام انتقال داده شود خریدار نه تنها مالکیت سند را به دست می‌آورد بلکه نسبت به تمامی حقوق مربوط به سند محقق می‌شود. حقوقی که به سند اوراق بهادار مربوط می‌شود با سند ادغام می‌شود و سند را یک دارایی عینی می‌سازد. از این رو تمام آثار یک حق عینی که کامل‌ترین آن حق مالکیت است به ورقه بهادار تعلق می‌گیرد.

اشکال بر حق بودن سهام

مواردی از قبیل حق داشتن سهام دار نسبت به سود، تقسیم سرمایه بعد از انحلال شرکت و داشتن حق برای شرکت در مجمع، به معنای سهام نیست، بلکه با توجه به سهمی که وجود دارد، سهامداران حق دارند که در مجمع شرکت کنند و لازم است که اموال سهامدار در صورت انحلال شرکت به او داده شود. همچنین سهامداران حق دارند که به آنها سود داده شود. (عندلیبی، ۱۳۹۹) به عبارت دیگر خود سهام، حق سهامدار در شرکت نیست بلکه بر سهم، حقوقی مترتب می‌شود و کسی که سهامدار است می‌تواند حقوقی در شرکت داشته باشد بنابراین سهم به معنای حقوق و امتیازات سهامدار نیست بلکه منبع حقوق و منافع سهامدار در شرکت است. (باریکلو، ۱۳۸۵، ص ۱۶) (موسویان، ۱۳۹۳، ص ۳۳)

وجه سوم: مال اعتباری^۱

در این تحلیل که ادعاء انطباق آن بر فهم عمومی مردم شده است، شرکت مالک بوده و اموال متعلق به او است. از طرف دیگر خود شرکت نیز ملک کسی نبوده و موجود اعتباری مستقل است، اما سهامداران ذو حق یا طلبکار نیستند بلکه سهام امر اعتباری دارای مالیت است و سهامدار مالک سهم محسوب می‌شود. در نتیجه همان طور که شرکت موجود اعتباری است که وجود خارجی ندارد، سهام نیز موجود اعتباری و ملکی خواهد بود که دارای مالیت است، اما عین خارجی نیست. بنابراین طبق این احتمال سهامداران در قبال شرکت حق یا طلب نخواهند داشت بلکه مالک مالی خواهند بود که موجود اعتباری هستند که قابل خرید و فروش خواهند بود و خود سهام سرمایه محسوب می‌شود. (عندلیبی، ۱۳۹۹)

وجه چهارم: مال عینی

مطابق این دیدگاه سهام مالی مستقل است و در زمره اموال عینی قرار دارد. (باریکو ۱۳۸۵، ۲۳-۲۶ - ستوده تهرانی^۲، ۱۳۷۵، ۱۰۷-۱۰۸ مصباحی مقدم و همکاران، ۱۳۸۸، ۷۰) البته چنانچه عین را به مال محسوس و مادی حمل کنیم در آن صورت سهم عین تلقی نمی‌شود چرا که سهم وجود مادی ندارد و برگه سهم معترف سهم است ضمن اینکه امروزه اصولاً صدور سهم بر روی برگه سهم ضرورتی ندارد و سهم

^۱. برخی از حقوقدانان بر این باورند که سهام مال نیست. در این نگاه، سهام مال نیست چرا که هر چه حاکمی از واقعیتی باشد آن واقعیت مال است نه آن حاکمی. از کسانی که این نظر را برگزیده اند جعفری لنگرودی است؛ وی ابتدا سهام شرکتها را تا قبل از انحلال شرکت، مال منقول حکمی حساب کرده است اما با عدول از این نظر سهام را به طور مطلق مال نمی‌داند نه مال مادی و نه مال معنوی (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸، ص ۴۷). بر اساس نظری مال یا اصلی است یا آلی. مال اصلی ذاتا دارای ارزش است مانند اغذیه و البسه و فرش و خانه. اما مال آلی، خود فاقد ارزش ذاتی است بلکه نماینده مال است مانند اسکناس که در نظر برخی به اعتبار حاکمی بودن آن از مقدار معین از طلا و نقره دارای مالیت است. سهام شرکتهاى تجارى نیز حاکمی از مال است و خودشان مال نیستند. (همان، ص ۴۲)

اشکال بر این سخن آن است که ایشان از یک طرف مال را به دو بخش اصلی و آلی تقسیم می‌کند و از سوی دیگر سهام شرکتها را به دلیل حاکمی بودن و فاقد ارزش ذاتی بودن در زمره اموال آلی قرار می‌دهد و سپس به همان دلیل، آنها را مال محسوب نمی‌کند در حالی که به نظر مولف، اموال آلی نیز از اقسام مال محسوب می‌شوند. (تفرشی، سکوتی نسیمی، ۱۳۸۳، ص ۴۹)

^۲. ایشان با وجود آنکه قائل به دینی بودن حق سهامدار می‌باشد اما معتقد است با ایجاد برگه سهم حق سهامدار به یک حق عینی تبدیل می‌شود و مالیت سهم و مالک بودن سهامدار اصطلاحی رایج و عادی در حقوق تجارت است.

بدون وجود برگه سهام نیز قابل تصور است. بنابراین با حمل مفهوم عین بر «اصل» مال نه خارجی بودن آن می‌توان اظهار داشت که سهام در زمره اموال عینی قرار دارد. (سلطانی، ۱۳۹۱، ص ۱۴۴)

آثاری که از سهام ناشی می‌شود از خود سهم متفاوت است. اثر اصلی مالکیت هر میزان از سهام شرکت، حق بر اداره، دریافت سود و نیز دریافت وجوه پرداختی برای سهم پس از انحلال شرکت می‌باشد. حق دریافت سود به تنهایی حق دینی است اما حقی که سهامدار بر سهم خویش دارد متفاوت از این حق و سایر آثار سهامداران بودن است. سهم بنابر تعریف قانونی، بخشی از سرمایه شرکت است و توصیف این حق به عنوان حق عینی گمراه کننده به نظر نمی‌رسد. با این دید می‌توان اظهار داشت که سهام مالی مستقل بوده و در زمره اعیان قرار دارد. محدود دانستن عین به اجسام مادی خارجی نه تنها منطقی نمی‌نماید بلکه با واقعیت ها و تحولات اقتصادی نیز سازگار نمی‌باشد. پدیده های حقوقی مانند «عین» نیز باید با تحولات اقتصادی همگام باشند بنابراین اجمالا در نظر گرفتن سهم در گروه اموال عینی، به این معنا که هر جا حکمی بر عین بار شده است بر سهم نیز قابل تطبیق باشد، منطقی به نظر می‌رسد. (سلطانی، ۱۳۹۱، ص ۱۴۶)

باریکلو می‌نویسد: به نظر می‌رسد در بازار سهم و عرف تجارت، سهم به عنوان یک مال تجاری عینی مورد داد و ستد قرار می‌گیرد و وجود بورس سهام در اکثر کشورها گواه بر این مطلب است. مقایسه سهام با حق ناشی از آن خلط بحث است زیرا حق ناشی از سهم بعد از سهامدار شدن است و این حقوق به سهامدار تعلق می‌گیرد. در نتیجه با توجه به اینکه در عرف بازار، مال بودن سهم مسلم است و آن در باز خاص خود مورد داد و ستد قرار می‌گیرد؛ موضوع معامله سهم، حق سهامدار در شرکت یا آورده سهامدار به شرکت نیست بلکه طرفین معامله، بدون توجه به حقوق ناشی از سهم و آورده سهامدار به شرکت، با توجه به ارزش و قیمت خود سهام که در بورس اوراق بهادار، عوامل تعیین کننده دارد، سهم را مورد داد و ستد قرار می‌دهند.

در مورد عین بودن ماهیت سهم، اگر عین به مال مادی و محسوس حمل شود در این صورت نیز سهم، عین تلقی نمی‌گردد زیرا سهم وجود مادی ندارد و ورقه سهم معرف سهم است مضاف بر اینکه در عرف تجارت، سهم بدون ورقه سهم نیز به وجود آمده است لکن حمل عین بر مال محسوس ناشی از کثرت استعمال و غلبه مال محسوس بر مال غیر مادی در عرف سنتی تقسیم اموال است ولی امروزه که اموال غیر مادی مانند اطلاعات، دانش فنی، سهام و ... به صورت گسترده و زیادی رایج شده است نباید با توجه به این انس سنتی، عین را تعریف کرد. با این بیان، هر چیزی که خود آن مورد معامله قرار گیرد، عین تلقی می‌شود. اصولاً کلمه «عین» یک لفظ

عربی است که معادل فارسی آن «خود یا اصل» است که نقطه مقابل آن منفعت است. بنابراین به نظر می‌رسد که امروزه، در عرف تجارت، سهم به عنوان یک مال عینی پذیرفته شده و مورد داد و ستد قرار می‌گیرد. از دیدگاه عرف، سهم مال عینی است که با صرف نظر از آورده سهامدار یا حقوق ناشی از آن مورد داد و ستد قرار می‌گیرد با وجود اینکه منشأ وجود سهام، آورده سهامدار است و حقوق سهامدار در شرکت، موثر در ارزیابی و قیمت آن می‌باشد. (باریکلو، ۱۳۸۵، صص ۲۵-۲۶) به نظر می‌رسد با توجه به توسعه‌ای که در معنای «عین» داده می‌شود به طوری که امور اعتباری را نیز در بر می‌گیرد، می‌توان این تفسیر از سهام را بازگشتی به نظریه مال اعتباری که مطرح شد دانست. بر این اساس سهام مال مستقلی است که از طریق اعتبار عقلاء مالیت یافته و مورد داد و ستد قرار می‌گیرد. در اعتبار عقلاء برای این دارنده این مال حقوقی وضع شده است که بر اساس قانون، حق اعمال این حقوق و مطالبه آنها از شرکت در صورت تحقق نیافتن را دارد. برداشت عرفی از داد و ستدهایی که پیرامون موضوع سهام صورت می‌گیرد حاکی از مطابقت این نظر با واقعیت خارجی سهام است. از این رو اشکالی که در برخی از مقالات نسبت به این نظر مبنی بر عرفی نبودن این نظر مطرح شده است (موسویان، ۱۳۹۳، ص ۳۸) ناتمام به نظر می‌رسد.

وجه پنجم: شرکت فقهی (مدنی)

بر اساس این دیدگاه تعبیری همچون شرکت سهامی و سهم و ... نامگذاری غلط است و مقصود شرکت فقهی است؛ یعنی سهامداران که در شرکتی سهم دارند، به نسبت سهم خود سهیم در اموال بوده و شرکت در عین اموال دارند. در نتیجه مال صرفاً برای سهامداران بوده و غیر از آنان کسی مالک نیست. تعابیر شرکت سهامی نیز صرفاً عنوان است که استفاده از این تعابیر برای ترتیب آثار خاص بوده است. بر این اساس اگر شرکت یک میلیون سهام داشته باشد و صد نفر شریک باشند، تمامی صد نفر یک میلیون سهم را به صورت مشاع شریک در اعیان خواهند بود یعنی سهامداران به نسبت سهامشان در سرمایه یا دارایی های شرکت شریک هستند و سهام، سند این شراکت محسوب می‌شود. طبق این دیدگاه مال مشترک، سرمایه یا دارایی های شرکت است.

به نظر می‌رسد این دیدگاه ناشی از تعریف شرکت های سهامی عام مبتنی بر تعریف شرکت عقدی در کتب فقهی یا شرکت در حقوق مدنی است. شرکت عقدی قرار دادی است بین دو یا چند نفر تا با مال مشترک آنها معامله و داد و ستد انجام شود. ثمره چنین قرار دادی آن است که طبق قرارداد، تصرف در مال مشترک و کار با آن به هدف کسب سود جایز می‌باشد و سود و زیان

حاصل به تناسب سرمایه بین شرکا تقسیم می‌شود. شرکت عقدی به چهار صورت مطرح است که به اعتقاد مشهور فقهای شیعه تنها صورت اول که به آن «شرکه العنان» یا «شرکت در اموال» می‌گویند صحیح می‌باشد. (موسویان، ۱۳۹۰، ص ۲۳۲) همچنین بر اساس ماده ۵۷۱ قانون مدنی شرکت عبارت است از «اجتماع حقوق مالکین در شی واحد به نحو اشاعه». طبق این دیدگاه مال مشترک یا شی واحد، سرمایه یا دارایی های شرکت هستند.

اشکال بر شرکت فقهی

مطابق آنچه در بازار بورس رایج است، شرکت فقهی که سهامداران شریک در اموال شرکت باشند، در ذهنشان نیست؛ مثلاً طبق شرکت فقهی در مورد شرکت ایران خودرو، باید سهامداران در تک تک خودروها سهم داشته باشند، در حالی که این مطلب خلاف مکرر عرفی سهامداران، حقوقدانان و مالکان شرکت ها است.

بنابراین واضح است که شرکت فقهی صحیح نیست. تنها چیزی که این وجه را به ذهن می‌آورد، ماده ۲۴ قانون تجارت است که منشأ شبهه شده است. در ماده ۲۴ آمده است: «سهم قسمتی است از سرمایه شرکت سهامی که مشخص میزان مشارکت و تعهدات و منافع صاحب آن در شرکت سهامی است.» یعنی اگر سرمایه شرکت یک میلیارد باشد، قسمتی از آن سهم سهامدار خواهد بود که ظاهر این تعبیر این است که شرکت فقهی وجود دارد و صرفاً نام آن را شرکت حقوقی قرار داده اند و در حقیقت تفاوتی با سایر شرکت ها ندارد.

ذکر این نکته ضروری است که صرف شریک بودن سهامدار در سود و زیان به معنای شرکت فقهی نیست؛ زیرا ممکن است سهامدار نسبت به اموال شرکت حق داشته یا اینکه مالی داشته باشند که حق آور باشد و موجب مشارکت در سود سرمایه شرکت شده باشد اما صرف سهیم بودن سهامدار در سود شرکت که مجمع تصویب می‌کند، به معنای شرکت فقهی و مالکیت اشخاص نسبت به اموال شرکت نیست، بلکه اموال از آن شرکت سهامی بوده و با توجه خریداری حق یا مال اعتباری از سوی سهامدار، شریک در سود خواهد بود

قرینه بر این مطلب آن است که اگر ضرری متوجه شرکت سهامی شود، سهامدار در تمامی ضرر شریک نیست، بلکه صرفاً به مقداری که پرداخت کرده و سهام خریداری کرده است، مشارکت در ضرر داشته و امر اعتباری او از بین خواهد رفت. به عنوان مثال در صورتی که سرمایه شرکت به مقدار پنج میلیارد تومان بوده و کالای ده میلیاردی خریداری کند و این کالا در دریا غرق شده

و تمام سرمایه از بین برود، سهامداران که پنج میلیارد سهام خریداری کرده اند، صرفاً به مقدار سهام خود شریک در ضرر خواهند بود، اما پنج میلیارد دیگر ربطی به سهامداران نخواهد داشت و هیچ کسی اعم از خود سهامداران، حقوقدانان و اهالی بورس سهامداران را بدهکار نمی‌دانند، بلکه خود شرکت متحمل این ضرر خواهد شد. در حالی که در موارد شرکت فقهی، اگر افرادی شریک بوده و با فرض سرمایه دو میلیاردی، کالای ده میلیاردی خریداری کنند و در بین راه از بین برود، شرکاء باید تمام هزینه های کالای خریداری شده را پرداخت کنند. بنابراین در شرکت فقهی مسئولیت مطلق وجود دارد، در حالیکه یکی از آثار شرکت سهامی مسئولیت محدود است که خود سهامداران نیز متوجه این نکته هستند.

بنابراین سهامداری مسلماً به معنای مالکیت اموال نیست. مالکیت خود شرکت نیز با قانون تجارت که صریح در عدم ربط سهم به مالکیت خود شرکت است، مخالف است. البته اصل و ریشه تشکیل شرکت های سهامی همان شرکت فقهی بوده است که مبالغ خرد را جمع آوری کرده و با ایجاد سرمایه، شرکتی مانند شرکت هواپیماسازی و کشتی سازی تأسیس کند، اما به مرور زمان تبدیل به یک شخصیت حقوقی شده است که خود آن شخصیت حقوقی مالک اموال شده است که ظهور ماده ۲۴ قانون تجارت در این امر است. در ماده ۱۸ بخش یک که مربوط به تعریف و تشکیل شرکت سهامی است، آمده است: «شرکت سهامی شرکتی است که سرمایه آن به سهام تقسیم شده است و مسئولیت صاحبان سهام محدود به مبلغ اسمی سهام است» یعنی سهامداران بیش از سهام خود مسئولیت ندارند و لذا در صورتی که مقدار سهام صد هزار تومان باشد، سهامدار بیش از صد هزار تومان مسئولیت ندارد و در صورتی که شرکت ضرر کند، همین مقدار ضرر به سهامدار وارد می‌شود و ربطی به سایر اموال او نخواهد داشت. بنابراین ظاهر ماده ۲۴ و ۱۸ شرکت سهامداران در اموال شرکت است - به صورت شرکت فقهی محدود - در حالیکه در شرکت فقهی مسئولیت محدود نیست. در ماده ۱۶۱ از قانون تجارت نیز آمده است: «شرکت می‌تواند سهم جدید را برابر مبلغ اسمی بفروشد یا اینکه مبلغی علاوه بر مبلغ اسمی سهم، به عنوان اضافه ارزش سهم از خریداران دریافت کند. شرکت می‌تواند عوائد حاصل از ارزش سهام فروخته شده را به اندوخته اضافه کند و یا نقداً در بین صاحبان سهام سابق تقسیم کند و یا در ازای آن سهام جدید به سهام سابق بدهد.» این ماده اساساً با مالکیت اموال سازگار نیست؛ چون تعبیر شده است که شرکت می‌تواند سهام جدید را در برابر مبلغ اسمی بفروشد، یعنی مثلاً صد هزار تومان را به صد هزار تومان بفروشد و یا اینکه مبلغ اضافه تری دریافت کند که صد هزار تومان سهم داده و

صد و پنجاه هزار تومان دریافت کند که مبلغ اضافه را به عنوان اندوخته قرار داده و یا به عنوان سود به دیگران پرداخت می‌کند در حالیکه اگر شرکت در اموال باشد، در صورتی که سهام دار صد و پنجاه هزار تومان پرداخت کرده باشد، باید به مقدار صد و پنجاه هزار تومان شریک در اموال گردد و نباید صرفاً در صد هزار تومان شریک باشد.

نکته دیگر استفاده از تعبیر «فروش» است که در مورد سهام به کار برده می‌شود، اما در شرکت فقهی اساساً فروش و معامله محقق نمی‌شود بلکه شرکت رخ می‌دهد. نکته دیگر در تفاوت خرید سهام و شرکت فقهی این است که در مورد سهام تغییر قیمت رخ داده و بالا و پایین می‌رود، در حالی که این تغییر در قیمت سهم هیچ ارتباطی به اموال و دارائی‌ها شرکت ندارد. (عندلیبی، ۱۳۹۹) شرکت‌های سهامی عام با ویژگی‌های خاص خود پدیده جدیدی هستند و سابقه دیرینه ندارند و با شرکت عقدی که در کتب فقهی بحث می‌شود تفاوت‌های زیادی دارند. همه این تفاوتها موجب می‌شود که شرکت سهامی عام از نظر ماهوی متفاوت از شرکت عقدی در کتب فقهی باشد. (موسویان، ۱۳۹۱، ص ۳۹۲)

بنابراین در شرکت مدنی (شرکت عقدی) حق شریک در جزء جزء مال یا اموال موضوع شرکت شیوع و اشاعه دارد و یک حق عینی است که از آن به مالکیت مشاع تعبیر می‌شود و بر مبنای آن هر گونه تصرف مادی در اموال موضوع شرکت منوط به اذن و رضایت همه شرکا است و همه تصمیم‌ها در مورد شرکت باید به اتفاق آرا انجام گیرد. شرکت مدنی شخصیت حقوقی مستقل از شرکا ندارد و صرفاً بیانگر یک نوع رژیم مالکیت است. اما جوهره و اساس شرکت سهامی عام داشتن شخصیت حقوقی مستقل و متمایز از اشخاصی است که آن را به وجود آورده اند. این بدان معناست که حتی اگر شرکاء یا مدیران شرکت‌های سهامی عام پیوسته تغییر کنند، شرکت، هویت خود را حفظ می‌کند و لازم نیست فعالیت‌های تجاری آن، هر چند گاه با تغییر شرکاء متوقف و از سر گرفته شود. شرکت سهامی عام، یک موسسه یا سازمان دارای شخصیت حقوقی است و مالکیت آورده شرکاء به شرکت انتقال می‌یابد و در طول حیات شرکت، دارایی شرکت مستقل و مجزا از دارایی شخصی شرکاست. (عبدی پور، ۱۳۹۱، ص ۱۳۴)

نظر مختار

بحث از موضوع شناسی سهام، در حقیقت تحلیل یک واقعیت است؛ از این رو باید آنچه را که در عالم خارج به عنوان شرکت سهامی عام وجود دارد، با همه آثار و تبعات در فقه وارد ساخته و

حقیقت و واقعیت آن را با توجه به آثار و تبعات بررسی کرد تا مشخص شود که این واقعیت با چه عنوان و عقد و ایقاعی در فقه سازگاری دارد. اما ابداع فرضیه‌ای در این زمینه که بهره‌ای از عالم واقع را نداشته باشد مبنی بر اینکه اگر شرکت سهامی به این صورت خاص باشد صحیح خواهد بود، خروج از فرض بحث است؛ زیرا این فرض تطابقی با عالم واقع نداشته و حکم کردن پیرامون آن نفعی نخواهد داشت.

با در نظر گرفتن متن قانون تجارت- که حکایت از واقعیت و ارتکاز ذهنی معامله‌گران سهام دارد- به نظر می‌رسد قانونگذار در صدد ایجاد نظام حقوقی جدید درباره شرکت در مقابل شرکت فقهی است. در این نظام حقوقی جدید- که از لابلای قوانین مختلف شرکتهای سهامی بدست می‌آید- شرکت به عنوان یک شخصیت حقوقی مستقل تعریف می‌شود. از این رو تصرفات مالکانه‌ای که در شرکت فقهی از سوی شرکا اعمال می‌شود، نسبت به شرکت سهامی عام ممنوع می‌شود و تصرفات آنها تنها در قالب تشکیل مجمع عمومی سالانه و فوق العاده و تعیین هیأت مدیره و داشتن حق رأی خلاصه می‌شود که در ادبیات حقوقی از آن تعبیر به «حقوق سهامداران» می‌شود. به نظر می‌رسد ابای قانونگذار از تعبیر سهامدار به «مالک شرکت» و تعریف وی به «مالک سهام» گویای آن است که بر خلاف شرکت فقهی، مطلوب قانونگذار در شرکت سهامی عام تحفظ بر مالکیت مستقل شرکت در فعالیت‌های اقتصادی است.

این ادعاء از طریق بررسی آثار خارجی که در قانون برای شرکتهای سهامی در نظر گرفته شده است قابل برداشت است: محدودیت مسئولیت سهامداران، نقش نداشتن محجوریت سهامداران در معاملات شرکتهای سهامی، عدم تاثیر صغیر یا مجنون بودن ورثه سهامداران در معاملات شرکتهای سهامی، متحد نشدن بائع و مشتری در فرض خرید سهامدار از اموال شرکت، اجرا شدن نظر اکثریت و ... گویای آن است که قانونگذار با یک نگاه استقلالی به شرکت او را مالک دارایی‌ها و اموال می‌داند و نقش سهامداران در این زمینه تنها به عنوان افراد صاحب حقی هستند که با توجه به دارا بودن سهام از برخی حقوق وضع شده نسبت به شرکت بهره‌مند می‌شوند بدون آنکه مالکیتی برای آنان در قانون تعریف شده باشد و حتی سخن و لفظی از مالک بودن آنان در متن قانون نگاشته شده باشد. به نظر می‌رسد که سهام به عنوان مال اعتباری است که قانونگذار آن را اعتبار کرده است و دارنده آن را صاحب برخی مزایا و حقوق می‌داند. تنافس و رقابت بین عقلاء برای به دست آوردن سهام حاکی از مالیت آن است.

استناد به قوانین حقوق غربی در این مجال جای تأمل دارد؛ زیرا حقوق غرب در راستای ضابطه انگاری واقعیت ایجاد شده است و پس از تحقق واقعیت به قانونمندی آن می‌پردازد از این رو بعید نیست که در این حقوق ماهیت سهام به گونه ای تصویر شود که با واقعیت موجود همخوانی داشته باشد و لازمه آن ماهیت مرکب از حق و ملکیت باشد تا منطبق با این واقعیت باشد. یعنی گونه جدیدی از ملکیت در این حقوق تعریف می‌شود که هم با ملکیت مد نظر در فقه اسلامی و هم با حق بودن سازگاری دارد. اثبات قوی این احتمال مستلزم پیگیری منابع غربی است و به عنوان یک پیشنهاد میتواند مد نظر پژوهشگران قرار گیرد.

البته باید توجه داشت که آنچه مطرح شد ناظر به شرکتهای سهامی عام بود، اما راجع به شرکتهای سهامی خاص بعید نیست که در این نوع شرکتهای تمام سرمایه آنها در هنگام تاسیس منحصراتوسط موسسین تأمین می‌شود و با محدودیت خاصی مواجه هستند بحث از مالکیت قابل طرح و دفاع باشد.

از سوی دیگر در رابطه با ارزیابی مساله حاضر با فقه اسلامی میتوان اینگونه احتمال داد که شارع مقدس به دنبال اغراض خاصی که مد نظر وی بوده است هر عقدی را با توجه به کارکرد خاص آن عقد تشریع کرده است. مثلاً عقد شرکت را برای سهیم شدن در جهت فعالیت اقتصادی تشریع کرده است که در این راستا افراد با آوردن آورده های خویش برای انجام فعالیت اقتصادی اقدام کرده و در سود و زیان این فعالیت مشارکت خواهند داشت. از این رو احکام صادر شده در شریعت اسلامی بر این موضوع خاص مترتب شده است و بی شک این موضوع شامل بحث سهام هم می‌شود که سهامداران با آوردن سرمایه های خویش در صدد مشارکت در یک فعالیت اقتصادی هستند. توجیه بحث سهام بر این اساس که نظام حقوقی جدید با کارکردهای خاص مد نظر قانونگذار است محل تامل است؛ زیرا کارکرد عقد شرکت که بیان شد در مبحث سهام نیز مشاهده می‌شود یعنی موضوع عقد مشارکت در این بحث نیز جاری است و با این وجود، تأسیس نظام حقوقی دیگر در قالب عقد جدید در حالیکه موضوع عقد شرعی شامل این مساله نیز است، موجب لغویت تشریع شارع خواهد شد. تأسیس نظام جدید تنها در صورتی خواهد بود که عقدی به صورت مستقل مطرح شود که نظیری از آن در زمان تشریع نبوده و داخل در هیچ یک از موضوعات عقود شرعی نباشد و دارای کارکردی مستقل از کارکردهای عقود شرعی باشد که در این صورت بنابر ادله ای مانند اوفوا بالعقود- در صورت تمام بودن استدلال به آن-

بتوان آن را تصحیح کرد. تحقیق در این موضوع نیاز به دقت بیشتر و پژوهش وسیع تر دارد و آنچه بیان شد به عنوان مقدمه ای برای تحقیق در این زمینه است.

جمع بندی

سهام به عنوان واقعیتهای از حقائق عالم، موضوع برخی از احکام شرعی واقع شده است. قضاوت درباره صحت و سقم این احکام مبتنی بر شناخت این موضوع است. سطح موضوع شناسی در این نوشتار، نگاه خرد و جزئی و با تکیه بر مفاد و متن قانون تجارت است که بررسی آراء ارائه شده در این زمینه و بازنگری متن قانون ظاهر در این امر است که سهام به عنوان مالی اعتباری است که قانونگذار برای ترتب برخی آثار اعتبار کرده است. این اعتبار قانونی دارای مالیت بوده و بر این اساس میان افراد تنافس و رقابت برای داد و ستد سهام شکل می گیرد. روح حاکم بر قانون تجارت گویای آن است که قانونگذار شرکت را به عنوان شخصیتی مستقل تلقی کرده و سهامداران را نه به عنوان مالکان آن و دارایی های آن بلکه به عنوان صاحبان حقی در برابر این شخصیت حقوقی برخوردار از پاره ای از حقوق دانسته است. آنچه در برخی از تحقیقات مبنی بر مال عینی بودن سهام مطرح شده است که با توسعه در معنای عینیت و تطبیق بر امور اعتباری همراه شده است می تواند تفسیر دیگری از نظریه مال اعتباری بودن سهام باشد.

اقسام حق و احکام آن

استاد راهنما: استاد نجفی بستان

نویسنده:

محسن یوسفی^۱

چکیده

حق در اصطلاح فقهی به معنی سلطه ضعیف یا اعتباری خاص در مقابل ملک و حکم بکار می‌رود و در اصطلاح حقوقی، امتیازی حمایت شده توسط قانون است، شناخت حق و اقسام و احکام آن می‌تواند به «صاحب حق: من له الحق» و «من علیه الحق» کمک کند تا از امتیازی که متعلق به اوست بهتر استفاده کند همچنین بسیاری از روابط اجتماعی بر اساس همین حقوق شکل می‌گیرد؛ از نظر فقهی بیشتر به قابلیت‌های سه گانه (اسقاط و نقل و انتقال) توجه شده و احکام و اقسام حق به لحاظ این قابلیت‌ها در معاملات مورد بررسی قرار گرفته است لکن در حقوق خصوصی، حق را به لحاظ مالی بودن و معنوی بودن تقسیم کرده‌اند که مورد توجه فقهای معاصر قرار گرفته و تا حدودی به حکم فقهی آن اشاره شده است، در این تحقیق، اقسام مختلف حق در فقه و حقوق خصوصی برشمرده شده و احکام هر یک از این اقسام فی الجمله مورد اشاره قرار گرفته است.

^۱. دانش پژوه گروه فقه معاملات، سال تحصیلی ۴۰۱-۴۰۰

کلید واژه

حق، حکم، اسقاط حق، نقل و انتقال حق، حق معنوی، حق مالی.

مقدمه

آشنایی با حقوق و اقسام آن و احکامی که بر آن مترتب است تأثیر زیادی در زندگی اجتماعی بشر پیدا کرده است و نظام‌های اجتماعی غالباً بر پایه حقوق فردی و اجتماعی نه تکالیف و احکام، پایه ریزی می‌شود. از نظر فقهی حق معنایی خاص داشته که دایره محدودی از حقوق را در بر می‌گرفته لکن اصطلاح حقوقی آن وسیع‌تر است؛ لذا تقسیمات فقهی که برای حق بیان شده بیشتر ناظر به احکام فقهی آن در معاملات بوده است اما در حقوق خصوصی تقسیمات جدیدی برای آن ارائه کرده‌اند که این تحقیق به دنبال آشنایی بیشتر با این تقسیمات فقهی و حقوقی و احکام آن خواهیم بود.

با توجه به اینکه انسان‌ها در روابط اجتماعی خصوصاً در معاملاتشان ناگزیر از توجه به حقوق خود هستند و نیازمند حمایت‌های حقوقی و قضایی در موارد اختلاف و منازعه می‌باشند، آشنایی با اقسام حقوق و احکام آن ضرورت می‌یابد.

تحقیقات و مباحثی که در این زمینه ارائه شده است از نظر فقهی تا قبل از مرحوم شیخ، خیلی کم به مباحث «حق» اشاره شده بود اما بعد از اینکه مرحوم شیخ در بحث بیع مکاسب به مناسبت در بحث عوض به اقسام «حق» اشاره کرده، محشین و شارحین و دیگر فقها بعد از ایشان، بررسی‌های مختلفی بر روی اقسام حق داشته‌اند. در حقوق خصوصی نیز در قرون اخیر، به تقسیمات حق از نظر حقوقی اقدام کرده‌اند، برخی از تحقیق‌هایی که سعی در جمع‌آوری اقسام حق داشته‌اند از طرف فضلالی حوزوی و دانشگاهی انجام شده است مثلاً «آثار و ویژگی‌های حق از دیدگاه فقه امامیه و قانون مدنی، علیرضا فروغی» «حقوق، حق و اقسام حق؛ محمد مهدی کریمی‌نیا»

وجه تمایز این تحقیق در نحوه دسته‌بندی و ارائه برخی از تحلیل‌های و بررسی فقهی جدید و نگاه جامع به همه تقسیمات فقهی و حقوقی است البته برخی از تقسیمات حقوقی صرفاً در حد آشنایی بیان می‌شود و بررسی فقهی آن نیازمند مقاله و تحقیقی مستقل است.

روش تحقیق به صورت کتابخانه‌ای و گردآوری از منابع مربوطه است البته بررسی‌های تحلیلی نیز تا حد امکان صورت گرفته است و این تحقیق بیشتر جنبه ترویجی دارد. در ابتدا مباحثی جهت شناخت دقیق حق از حکم طرح می‌شود و در ادامه تقسیماتی که در کلام فقها بیان شده ارائه می‌شود و بعد از آن تقسیمات حقوقی و مطالب مرتبط با آن مورد توجه خواهد بود.

کلیات و مفاهیم

۱) حکم

تعاریف مختلفی برای حکم در کلمات فقها آمده است که یکی از معانی مهم آن مربوط به قضاوت است اما حکمی که در مقابل حق، در مباحث به آن اشاره می‌شود در معنای عام که شامل حکم تکلیفی و وضعی است به بیان ذیل است:

«خطاب خداوند که به اقتضا یا تخییر و یا وضع به فعل مکلف تعلّق گرفته است. مراد از وضع، احکام وضعی از قبیل شرطیت، زوجیت و ملکیت است.»^۱ (القواعد و الفوائد، ج ۱، ص ۳۹؛ الفصول الغرویة، ص ۳۳۶؛ معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية؛ ج ۱، ص ۵۸۲) مرحوم شهید صدر در اینکه خود خطاب شارع، حکم باشد اشکال کرده، لذا تعریف را به این صورت بیان می‌کند «تشریع صادر شده از طرف خداوند برای ساماندهی زندگی بشر.» (دروس فی علم الاصول، ج ۱، ص ۱۰۴؛ الاصطلاحات الفقهية فی الرسائل العملية، ص ۷۱) بنابراین تعریف، خطاب وسیله ابراز حکم است نه خود حکم. بیشترین تشابه حق به حکم تکلیفی جواز (اباحه) است در تعریف احکام تکلیفی آمده «خطاب شرعی که به اقتضا یا تخییر به فعل مکلف تعلّق گرفته است. مراد از اقتضا، وجوب، استحباب، حرمت و کراهت و مراد از تخییر، اباحه است.» (معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية؛ ج ۱، ص ۵۸۲) در ادامه به تفاوت‌های ذکر شده برای حق و حکم اشاره خواهد شد.

^۱. این تعریف، در صدد جمع همه اقسام حکم اعم از تکلیفی و وضعی بر آمده است لکن اشکالی که به آن مطرح شده این است که اینگونه نیست که احکام وضعی، همیشه به فعل مکلف تعلّق بگیرد بلکه ممکن است رابطه بین اعیان یا اعیان افراد یا افراد و اعیان باشد؛ مرحوم اصفهانی بیانی در رفع این اشکال دارد لکن از آنجا که این تعاریف به عنوان مبادی تصویری شده اند از بیان تفصیلی اشکال و جواب در این مقام پرهیز می‌شود.

۲) حق

الف: تعریف لغوی

حق در معنای لغوی به معانی متعددی آمده است، از رایج‌ترین معانی آن «نقیض باطل» است و برخی معانی دیگر را می‌توان برگرفته از همین معنی دانست مثلاً «ثبوت» «امر ثابت» «وجوب» (لسان العرب؛ ج ۱۰، ص ۴۹)؛ حق با تعریف لغوی معنایی بسیار عام و گسترده دارد که شامل حکم و ملک و منفعت و حق اصطلاحی است (منیة الطالب فی حاشیة المکاسب؛ ج ۱، ص ۴۱).

ب: اصطلاح فقهی

حق در اصطلاح فقهی، تعاریف مختلفی شده است لکن تعریف مشهور از آن این است: «حق عبارت است از سلطه ضعیف بر مال یا منفعت.» (منیة الطالب فی حاشیة المکاسب؛ ج ۱، ص ۴۱؛ حاشیة المکاسب للیزدی؛ ج ۱، ص ۵۵)

سید یزدی توضیح بیشتری ارائه کرده، می‌گویند: «حق نوعی سلطنت بر چیزی است که گاه به عین تعلق می‌گیرد؛ مانند: حق تحجیر، حق رهن و حق غرما در ترکه میت؛ و گاهی به غیر عین تعلق می‌گیرد؛ مانند حق خیار متعلق به عقد؛ گاهی سلطنت متعلق بر شخص است؛ مانند: حق حضانت و حق قصاص. بنابراین، حق یک مرتبه ضعیفی از ملک و بلکه نوعی از ملکیت

است.» (حاشیة المکاسب للیزدی؛ ج ۱، ص ۵۵؛ حقوق فطری (مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام) ص ۲۷)

نکته: با توجه به اینکه مشهور فقها، ملکیت را امری اعتباری می‌دانند لذا شدت و ضعف به لحاظ خود ملکیت در آن راه ندارد، از طرفی در تعریف ملک آن را سلطنت در جمیع جهات که مجعول شرعی است لحاظ کرده‌اند^۲ در این صورت از این حیث که سلطنت ناشی از حق نیز مجعول

^۱ به تعاریف مذکور از حق، برخی فقها اشکال کرده‌اند، مثلاً مرحوم امام خمینی، ماهیت حق را غیر از ملک و سلطنت می‌داند و تعریف دیگری برای آن دارد. (کتاب البیع، ج ۱، ص ۳۹ - ۴۱)؛ هم چنین مرحوم آخوند، سلطنت و ملک را از آثار حق می‌داند و خود حق را اعتباری خاص می‌داند (حاشیة المکاسب للآخوند؛ ص ۴)

^۲ . فإنه عبارة عن إضافة ضعيفة حاصلة لذي الحق و أقواها إضافة مالكية العين و أوسطها إضافة مالكية المنفعة و بتعبير آخر الحق سلطنة ضعيفة على المال و السلطنة على المنفعة أقوى منها و الأقوى منهما السلطنة على العين فالجامع بين الملك و الحق هو الإضافة الحاصلة من جعل المالك الحقيقي لذي الإضافة المعبر عنها بالواجدية و كون زمام أمر الشيء بيده من جعل له و كونه ذا سلطنة و قدرة و هذه الإضافة لو كانت من حيث نفسها و من حيث متعلقها تأمة بأن تكون قابلة الأنحاء التقلبات

شرعی و امری اعتباری است که شدت و ضعف در خود آن معنی ندارد؛ لذا ظاهراً مراد از شدت و ضعف به لحاظ متعلق و مورد مسلط علیه هست. (البته میان حق و ملک تفاوت‌های دیگری نیز شمرده شده است که مرحوم امام تا پنج مورد بیان کرده‌اند، یکی از تفاوت‌ها این است که از ویژگی‌های حق، تعلق آن به افعال است بر خلاف ملک به معنای اصطلاحی که به طور مستقیم به اعیان و منافع تعلق می‌گیرد. لکن برخی علما از جمله آیه الله حائری در این زمینه اشکالاتی دارند) (فقه العقود؛ ج ۱، ص ۱۱۹ - ۱۲۱)

ج: اصطلاح حقوقی

در اصطلاح حقوقی تعابیر مختلفی در تعریف حق آمده است، حقوقدانان غربی نیز از نگاه حقوق خصوصی، برای حق تعاریفی ذکر کرده‌اند، مثلاً ویندشاید و ساوینی دو حقوقدان غربی در تعریف «حق» گفته‌اند: «حق عبارت است از قدرت یا سلطه ارادی که قانون در اختیار شخص قرار می‌دهد.» «دایین حقوقدان بلژیکی، حق را اینچنین تعریف می‌کند: «حق عبارت از امتیازی است که قانون در اختیار شخص قرار داده است و آن را از طرق گوناگون تضمین کرده است.» شبیه این تعریف از حقوقدان آلمانی اهرنج بیان شده، می‌گوید: «حق عبارت از مصلحتی است که قانون از آن حمایت می‌کند.» (اصول القانون، ص ۳۱۲ - ۳۱۴)

در تعریف اول، حیث تضمین اجرایی و حمایت‌های قانونی «حق» بیان نشده است و در تعریف دوم و سوم، «حق» را به «امتیاز» و «مصلحت» تعریف کرده در حالیکه به نظر می‌آید همان گونه که در تعاریف فقهی و تعریف اول آمد، ذات حق همان حیث «قدرت» و «سلطنت» است که البته به صورت خفیف‌تر و ضعیف‌تر از ملک در اینجا وجود دارد و ثمره و اثر این قدرت همان «مصلحت و امتیاز» صاحب حق خواهد بود.

فتسمی ملکا و لو كانت ضعيفة إما لقصور نفس الإضافة كحق المرتبة بالنسبة إلى العين الموهونة وإما لقصور في متعلقه كحق التحجير وحق الخيار بناء على تعلقه بالعقد الغير القابل لما عدا الفسخ والإجارة وحق الاختصاص بالنسبة إلى الأشياء الغير المتمولة كالخمر القابل للتخليص فتسمى حقا و على هذا فلو لم يكن المجعول الشرعي مستتبعا للإضافة و السلطنة فليس إلا حكما (منية الطالب في حاشية المكاسب؛ ج ۱، ص ۴۱). مطابق نظر مرحوم نائینی، حق مرتبه ای ضعیف از ملک هست که ماهیت آن، اضافی و نوعی سلطنت است لکن برخی فقها مثل مرحوم امام خمینی (همانطور که در بالا به آن اشاره شد) ماهیت حق را نیز جدای از ملک می‌دانند.

همچنین مرحوم جعفری لنگرودی تعریفی در این زمینه بیان کرده است که تا حدودی شبیه «حق» مصطلح در فقه هست، می‌گویند: «حق عبارت است از قدرت یک فرد انسانی مطابق با قانون بر انسان دیگر، یا بر یک مال و یا بر هر دو، اعم از این که مال مذکور مادی و محسوس باشد؛

مانند خانه، یا نباشد؛ مانند طلب.» (مقدمه عمومی علم حقوق، ص ۱۲)

نکته اساسی در تعریف حقوقی «حق» ملاک قراردادن قانون مرتبط با آن هست از هر نظر من جمله مکان و زمان و شرایط و ارکان آن، مثلاً اگر حقی مربوط به روابط بین الملل است قوانین مصوب بین المللی ملاک خواهد بود یا اگر قانونی مربوط به ناحیه یا شهر یا کشور خاصی است همان لحاظ خواهد شد، یا مثلاً اگر حقی مربوط به زوجین هست قانون خانواده، حقوق مرتبط با آن را بیان می‌کند و اگر مربوط به کارگر و کارفرما باشد قانون کار و مانند اینها؛ لذا مایز اساسی در تعریف اصطلاح حقوقی «حق» نسبت به تعریف شرعی آن، قانونی بودن این حقوق است در حالی که حقوق شرعی را شارع بیان می‌کند که در نتیجه از نظر قانونی خصوصاً در قوانین سکولار، ضمانت اجرایی ندارد البته از حیث شرعی قابل مطالبه باشد. البته در صورت ایجاد حکومت اسلامی به معنای کامل خودش، تمامی حقوق شرعی امکان پیگرد قانونی دارد و حتی حقوق قانونی نیز جنبه شرعی می‌یابد که در نتیجه تفاوت اساسی بین این دو حق نخواهد بود.^۱ ضمناً در اصطلاح حقوقی، متعلق را بیان نکرده‌اند بخلاف اصطلاح فقهی که آن را متعلق به «مال یا منفعت» یا «عین، غیر عین (امور اعتباری مثل عقد) یا شخص» لحاظ کردند؛ در نتیجه در اصطلاح حقوقی به نظر می‌آید «حق» معنایی بسیار گسترده‌تر پیدا می‌کند و از حیث متعلق اطلاق دارد، لذا ممکن است در تعریف فقهی، حق معنوی به گستردگی موجود در حقوق امروز ثابت نباشد؛ البته به نظر نگارنده تعاریف فقهی مذکور در مقام تحدید متعلقات «حق» نبودند و نهایتاً

^۱. بنظر می‌آید تعریف حقوقی حق تفاوت ماهوی با تعریف فقهی آن دارد زیرا حق در اصطلاح فقهی به معنای خاص، یقیناً مقابل حکم تکلیفی قرار می‌گیرد هر چند در حکم وضعی و ملک بودن آن بین فقها اختلاف شده است اما در اصطلاح حقوقی هر حقی که جنبه قانونی پیدا کرده به آن اصطلاح حق اطلاق می‌شود حتی در مقابل برخی از اموری که جنبه ی حقوقی ندارد به عنوان حق طبیعی یا حق اخلاقی نیز اطلاق شده است که در برخی مصادیق شامل احکام تکلیفی هست؛ لذا حق به معنای حقوقی صرفاً از باب توسعه و ازدیاد مصادیق همان حق مصطلح فقهی نیست بلکه ماهیت آن با توجه به مبتنی بر قانون بودن، متفاوت با حق فقهی است.

اشتباه از ناحیه تعریف کننده هست و گرنه متعلق «حق» در اصطلاح فقهی مقید به مورد خاصی نیست هر چند ممکن است در زمانهایی به لحاظ عرفی و عقلایی به برخی موارد آن توجه نبوده است.

۳) ارکان حق

«حق» دارای سه رکن اساسی است و بخلاف ملک که به صرف وجود مالک و ملک، رابطه ملکیت قابل تحقق هست اما در حق یک طرف مقابل نیز لحاظ می شود و دارای سه عنصر است؛ یک: صاحب حق، کسی که حق برای اوست؛ دو: کسی که حق علیه اوست (من علیه الحق)؛ سه: آنچه متعلق حق است (موضوع حق).^۱

۴) تفاوت حق و حکم

بنا بر نظر مشهور فقهای امامیه، بین حق و حکم تفاوت هست^۲ که مهم ترین تفاوت در امکان اسقاط حق بخلاف حکم هست (حاشیه المکاسب (اللیزدی)؛ ج ۱، ص ۵۶)، البته آثار و ویژگی های دیگری در برخی حقوق هست که در احکام پیدا نمی شود مثل قابلیت نقل و انتقال؛ بنابراین تفاوت حق و حکم را می توان در سه مورد خلاصه کرد: الف: اسقاط پذیری حق؛ ب: نقل پذیری حق؛ ج: انتقال پذیری حق. تفاوت نقل پذیری و انتقال پذیری در این است که انتقال به اسباب قهری مثل موت و وراثت است اما نقل باید به یکی از اسباب مملک باشد.^۳ البته فقیه و حقوقدان معاصر، سید مصطفی محقق داماد، تفاوت دیگری را نیز به عنوان یکی از فارق های اساسی حق و حکم بیان کرده است به عنوان «امکان تعهد به سلب حق» (قواعد فقه، بخش مدنی ۲، ص ۲۸۷)

^۱. کتاب البیع، ج ۱، ص ۴۳. البته آیه الله حائری تفاوتی در این جهت بین حق و ملک نمی بینند. (فقه العقود، ج ۱، ص ۱۲۱)
^۲. مرحوم خوئی، حق را یکی از اقسام حکم می داند به این بیان که حکم معنای عامی دارد که یکی از اقسام آن، احکام قابل اسقاط هست که در مقابل معنی مصطلح رایج بکار می رود که همان حق است. «والفرق بینة وبين سائر الاحکام ان من له الحق له اسقاطه اذا شاء وهو بخلاف سائر الاحکام، وإلا فليس هناك أى فرق بينهما.» (مبانی العروة (النکاح) ج ۲، ص ۳۸۵).

^۳. «إن منها ما يكون قابلاً للانتقال إلى الغير ولا يكون قابلاً للثقل إذ لا تلازم بينهما فإنَّ الخيار ينتقل إلى الوارث ولا يصحَّ نقله إلى الغير فإنَّ المدار في قابليته للثقل على عدم تقوُّمه بشخص خاص و المدار في انتقال الحقِّ إلى الوارث على دخوله تحت ما تركه الميت» منية الطالب في حاشية المکاسب؛ ج ۱، ص ۴۲.

اقسام حق

تقسیمات متعددی با توجه به ملاک‌های مختلف می‌توان برای «حق» بیان کرد که بیان هر یک از تقسیمات و تفاوت‌های آن و آثار و احکامی که بر هر یک مترتب است به شرح ذیل است.

۱) به لحاظ قابلیت اسقاط و نقل و انتقال

از تقسیمات مهمی که برای حقوق شده است با توجه به تفاوت‌های اساسی حق و حکم است که سه تفاوت در قابلیت نقل و انتقال و اسقاط بود، از نظر ثبوتی و در مقام تصور، تقسیم حق به لحاظ این احکام هفت صورت می‌تواند داشته باشد که به تفصیل ذیل است:

۱. حقوق قابل اسقاط و نقل و انتقال؛ ۲. حقوق قابل اسقاط فقط؛

۳. حقوق قابل نقل فقط؛ ۴. حقوق قابل انتقال فقط؛

۵. حقوق قابل اسقاط و نقل فقط؛ ۶. حقوق قابل اسقاط و انتقال فقط؛

۷. حقوق قابل نقل و انتقال فقط (مکتب‌های حقوقی در اسلام، ص ۵).

البته در این تقسیم سعی شده که در هر قسم حداقل یکی از تفاوت‌های حق و حکم لحاظ شود و فرضی که هیچ یک از تفاوت‌های حق و حکم در آن نباشد ذکر نشده است زیرا به عقیده آقای جعفری لنگرودی، قسمی که هیچکدام از قابلیت‌های سه گانه را نداشته باشد در حقیقت از احکام است و از نظر لغوی اطلاق حق بر آن شده است.

اما ایرادی که به این تقسیم وارد است این است که ایشان در برخی از این صور ثبوتی (صورت ۳ و ۴ و ۷) فرضی را لحاظ کرده‌اند که قابلیت اسقاط حق وجود ندارد، در حالیکه فارق اساسی، حق و حکم در همین حکم است و اگر قرار بر صرف تصور سه صورت مذکور است مانعی از تصور حالتی که هیچ یک از سه قابلیت را ندارد نیست، بلکه حتی برخی مصادیق در مقام اثبات برای این صورت، ذکر شده است بخلاف سه صورت مذکور. (در ادامه فرضی که حق، قابل اسقاط نباشد بررسی بیشتر خواهد شد)

تقسیم مرحوم شیخ

به لحاظ مقام اثبات با توجه به قابلیت‌های سه گانه متصور در حق، تقسیم‌های متفاوتی در کلام فقها بیان شده است که بیان برخی از این تقسیمات به به شرح روبروست؛ مرحوم شیخ انصاری

در بحث ثمن بیع، به مناسبت به بررسی اقسام حق پرداخته تا مشخص کند که «حقوق» قابلیت عوض و ثمن قرارگرفتن در بیع دارند یا خیر؟ ایشان حقوق را به سه قسم تقسیم می‌کند:

یک: حقوق غیرقابل معاوضه با مال (مراد حقوقی که است که هیچکدام از قابلیت‌های سه گانه "اسقاط، نقل و انتقال" را ندارند) مانند حق حضانت و حق ولایت.

دو: حقوق غیرقابل نقل، اما قابل اسقاط و انتقال، مانند حق شفعه و حق خیار.

سه: حقوق قابل انتقال و قابل نقل و اسقاط، مانند حق تحجیر که قابل معاوضه با مال و قابل نقل هستند (کتاب المكاسب، ج ۱، ص ۳۰۶).

دو قسم اول روشن است که عوض در بیع نمی‌تواند قرار بگیرد زیرا قابلیت نقل ندارند اما قسم سوم هر چند قابلیت نقل در قالب صلح و مانند آن را دارند لکن در عوض قرار گرفتن آنها در بیع و هر معامله‌ای که «مال» در آن لحاظ شده از نظر مرحوم شیخ، اشکال دارد، می‌گوید «فی جواز وقوعها عوضا للبیع إشکالا من أخذ المال فی عوضی المبیعة لغة و عرفا مع ظهور کلمات الفقهاء» (کتاب المكاسب، ج ۱، ص ۳۰۶).

اشکال: به قسم اول (حقوق غیر قابل معاوضه با مال، عدم قابلیت اسقاط و نقل و انتقال) اشکال شده است که این قسم نمی‌تواند «حق» باشد بلکه از احکام است، زیرا از قواعد پذیرفته شده نزد عقلا این است که هر صاحب حقی می‌تواند حق خود را اسقاط کند و این، بارزترین ویژگی حق، بلکه بدیهی‌ترین مرتبه آن است؛ بنابر این، حق بودن چیزی با عدم امکان اسقاط آن ناسازگار است و کاشف از حکم بودن آن دارد (منیة الطالب فی حاشیة المكاسب، ج ۱، ص ۴۲؛ مصباح الفقاهة، ج ۲، ص ۳۹).

جواب: در مقابل کسانی که قسم فوق را صحیح می‌دانند، اصل کلام (قابلیت اسقاط برای هر حقی) را صحیح می‌دانند و مشخصه اساسی حق را امکان اسقاط آن ذکر کرده‌اند، لذا قاعده «کل حق قابل للاسقاط» را پذیرفته‌اند (کتاب المكاسب، ج ۲، ص ۲۳۳-۲۳۴)، زیرا حق بر حسب طبع و فی حدّ نفسه قابلیت اسقاط دارد لذا اصل در حق، امکان اسقاط آن هست اما شارع می‌تواند در برخی موارد خاص تعبداً برای امکان اسقاط مانع ایجاد کند و این قابلیت را ممنوع کند مثل حق

حضانت یا حق ولایت پدر بر فرزند؛ مرحوم امام می‌گویند: «بأنَّ الحقَّ بحسب طبعه يقتضى جواز إسقاطه و نقله لو لا المنع التعبدی» (کتاب البیع (للامام الخميني)؛ ج ۱، ص ۴۶) مرحوم سید یزدی نیز گفته‌اند: «فنقول لا يخفى أنَّ طبع الحقَّ يقتضى جواز إسقاطه و نقله لأنَّ المفروض كون صاحبه مالكا للأمر و مسلطاً عليه فالمنع إما تعبدی أو من جهة قصور في كیفیته بحسب الجعل» (حاشیه المكاسب (لليزدی)؛ ج ۱، ص ۵۵) مرحوم همدانی نیز سخنان مؤید همین مطلب است «الحاصل: أنَّ الحقوق أمور واقعية موجبة لسلطنة صاحبها على التصرف في متعلقها بمقدار اقتضاءها، و ليس وجود أشخاص المالكين من مقومات وجودها، ولذا يقبل الانتقال و الاسقاط و التوريث»^۱

حاشیه کتاب المكاسب (للهمداني)؛ ص ۴۵۲

آقای کاتوزیان، سعی کرده‌اند بین دو نظر فوق جمع کنند و مواردی مثل حق حضانت را هم حق و هم حکم دانسته‌اند لکن به دو حیثیت متفاوت، می‌گویند: «حق از آن حیث که قابل مطالبه است و تکلیف از آن‌رو که قابل واگذار و اسقاط نیست، مانند حضانت که حق و تکلیف والدین

است.» (مبانی حقوق عمومی، ج ۱، ص ۲۶۷-۲۶۸)

بررسی: بنظر می‌آید تفاوت اساسی حق و حکم در همان تعریف این دو می‌باشد، زیرا حکم متعلق خطاب شارع است که به افعال مکلفین تعلق می‌گیرد «فإنَّ الحكم الشرعی هو المجعول المتعلق بعمل المكلفین اقتضاء أو تخيير»^۲ ولی حق، نوعی از سلطنت جعل شده برای صاحب حق بود «كونه ذا سلطنة و قدرة»؛ لذا مرحوم نائینی نیز نتیجه می‌گیرد «أنَّهما متباينان سنخا فإنَّ الجواز فی الأول حکم شرعی بخلاف الثانی فإنه ملک و إضافة» (منیة الطالب فی حاشیه المكاسب، ج ۱، ص ۴۲) لذا هر چند به مقتضای سلطنت بودن حق، اصل اولیه بر قابلیت اسقاط هست اما این قابلیت مقوم مفهوم حق نیست؛ لذا اگر عقلاء یا شارع، مانع اسقاط حقی شد نمی‌توان گفت حکم است، ضمناً اینکه اجتماع حق و حکم با توجه به ماهیت آنها در یک چیز صحیح نیست.

^۱. فقهای که نبود قابلیت اسقاط را برای حق، جایز می‌دانند در اصل امکان قابل اسقاط نبودن حق با هم مشترک هستند لکن در مصادیق آن با هم اختلاف دارند.

^۲. بیان این تفاوت بر این مبنی است که تفاوت اساسی حق در اصطلاح فقهی با حکم جواز تکلیفی است این تعریف که صرفاً شامل حکم تکلیفی است بیان شده است.

تقسیم مرحوم سید یزدی

مرحوم سید یزدی، تقسیم حق از لحاظ قابلیت‌های سه گانه را به ۵ مورد می‌رساند که به شرح ذیل است.^۱

یک: حقوقی که قابل اسقاط، نقل و انتقال نیستند، مانند حق پدر بر فرزند (ابوت) و حق استمتاع از زوجه برای زوج.

دو: حقوقی که اسقاط پذیرند، لیکن قابل نقل و انتقال نیستند، مانند حق غیبت و اهانت و آزار دیگران؛ یعنی حقی که به سبب غیبت کردن یا اهانت و تحقیر و آزار و اذیت برای طرف مقابل پیدا می‌شود، بنا بر اینکه جلب رضایت طرف مقابل شرط باشد.

سه: حقوقی که با مرگ صاحب حق به طور قهری به ورثه او منتقل می‌شوند؛ قابل اسقاط نیز هستند؛ لیکن قابل نقل نیستند، مانند حق شفعه بنابر قول مشهور و حق رهانت.

چهار: حقوقی که اسقاط، انتقال و نقل پذیرند؛ خواه رایگان یا در مقابل عوض. بسیاری از حقوق چنین‌اند، مانند حق خیار، حق قصاص و حق تحجیر.

پنج: حقوقی که اسقاط و نیز نقل آنها تنها به گونه‌ی مجانی صحیح است، نه در مقابل عوض، مانند حق قسم (تقسیم شها برای زنان متعدد) بنابر نظر برخی که زن می‌تواند آن را اسقاط کند یا به هوری خود ببخشد.

ایشان قسم دیگری را در ذیل این اقسام ذکر می‌کند که مربوط به مواردی است که محل شک و شبهه از حیث قابلیت‌های سه گانه هستند، ایشان می‌گوید: «و منها ما هو محلّ الشّک فی صحّة الإسقاط أو النّقل أو الانتقال و عدّ من ذلك حقّ الرجوع فی العدة الرجعية و حقّ النّفقة فی الأقارب کالأبوين والأولاد و حقّ الفسخ بالعیوب فی النّکاح»^۲ البته این قسم آخر در واقع جزء

^۱. حاشیة المکاسب (للیردی)؛ ج ۱، ص ۵۶. البته شبیه این تقسیم را برخی دیگر از فقها مانند مرحوم بحر العلوم و مرحوم نائینی نیز دارند.

^۲. همان.

آن اقسام نخواهد بود بلکه بهر حال در صورت رفع شک با ادله عام یا اصل اولی و اصول عملیه به یکی از اقسام پنج گانه برخورد گشت.

بررسی: در این تقسیم بندی، قسم دوم (حقوق قابل اسقاط ولی غیر قابل نقل و انتقال) و قسم پنجم (حقوقی قابل اسقاط و نقل نه انتقال به صورت مجانی) در کلام مرحوم شیخ ذکر نشده بود، البته قسم دوم را می‌توان در ذیل قسم اول مرحوم شیخ در نظر گرفت، زیرا در آن قسم (حقوق غیر قابل معاوضه به مال) را بیان کرده بود که این عنوان شامل این قسم هم می‌شود البته مثال‌های ایشان صرفاً منحصر در حقوق غیر قابل اسقاط و نقل و انتقال بود لکن می‌توان به عموم عنوان تمسک کرد.

مرحوم امام نیز هر چند قابلیت اسقاط را مقوم حق نمی‌داند، لکن مصداقی برای قسم اول (عدم قابلیت اسقاط و نقل و انتقال) قائل نمی‌شود و همه مثال و نمونه‌های مذکور در کلام فقها از این قسم را حکم می‌داند. «و کیف کان: لم یثبت مورد أحرز کونه حقاً، و مع ذلک لم یکن قابلاً للإسقاط والنقل والانتقال» (کتاب البیع (للإمام الخميني): ج ۱، ص ۴۷) ایشان متعرض قسم دوم نمی‌شود، ضمناً منکر قسم سوم هستند و موارد آن را داخل در قسم چهارم می‌داند لذا حق شفعه و حق خیار را قابل اسقاط و نقل و انتقال می‌داند، قسم پنجم را نیز به قسم چهارم بر می‌گرداند و حق قسم را قابل اسقاط و نقل و انتقال به غیر و مع العوض صحیح می‌داند (همان، ج ۱، ص ۴۹).

بنظر می‌آید که قسم دوم، همانطور که در کلام مرحوم شیخ و امام به آن اشاره نشده بود نمی‌تواند از اقسام حق باشد، زیرا حق غیبت و امثال آن که از حقوق الناس در مقابل حق الهی است ظاهراً حق به معنای لغوی است نه اصطلاحی، لذا این موارد از احکام است یعنی بر عامل وجوب تکلیفی راضی کردن و جبران خسارت معنوی بر فرد مقابل است شبیه احکامی که خداوند بر افرادی نسبت به افراد دیگر قرار داده مثل وجوب اطاعت والدین، وجوب پرداخت خمس و زکات به سادات و فقرا؛ حق الله متعلق الزام شرعی (امر و نهی) اعم از فعل و ترک است که الزام به آن نه به لحاظ منافع و مصالح دیگران، بلکه به لحاظ مصالح و منافع عام، یعنی ملاکات احکام می‌باشد، مانند گزاردن نماز و حج و گرفتن روزه و ترک شرب خمر، زنا و لواط اما از حق الناس چیزهایی است که الزام شرعی به آن به لحاظ مصالح و منافع دیگران است، مانند حرمت تصرف در مال دیگری بدون اجازه وی، وجوب بازگرداندن امانت به صاحبش، وجوب پرداخت بدهی

دیگری در صورت مطالبه او و وجوب ادای زکات و خمس (فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام؛ ج ۳، ص ۳۲۳، مبانی تحریر الوسيلة - القضاء و الشهادات؛ ص ۶۱۹). بر فرض هم قبول کنیم در این موارد حق برای فرد مقابل ثابت می شود مقتضی برای صحت نقل و انتقال آن موجود و مانع مفقود است.

اما قسم سوم (حقوق قابل اسقاط و انتقال اما غیر قابل نقل) که در کلام مرحوم شیخ نیز آمده بود هر چند در برخی مصادیق آن مثل (حق رهن) اختلاف بود اما فی الجمله در نظر مشهور فقها می توان مصادیقی برای آن یافت مثل (خیار شفعه بنا بر برخی مبانی) و (خیار مجلس)^۱، در مورد قسم پنجم (قابل اسقاط و نقل مجانی) که حق قسم را برای آن مثال زده بودند نیز مبنایی خواهد بود و بنا بر برخی از مبانی موردی نخواهد داشت.

۲) به لحاظ صاحب حق

صاحب حق ممکن است شخصیت حقیقی یا حقوقی باشد. در حق متعلق به شخصیت حقیقی، صاحب حق، فرد یا افرادی دارای صلاحیت و واجد شرایط آن حق می باشد که امکان استفاده از آن حق به دست آنهاست اما در شخصیت حقوقی (بر فرض قبول امکان تعلق حق برای آن) حق بالاصاله برای شخصیت حقوقی است اما استفاده از آن توسط دست اندرکاران و مسئولینی است که بر آن گمارده شده اند و اشخاص حقیقی سهامدار آن شخصیت حقوقی، می توانند حد و حدودی برای نحوه استفاده اشخاص گمارده شده وضع کنند.

در شخصیت حقیقی، حق برای شخص مادام که شرایط را دارا باشد پابرجاست اما در شخصیت حقوقی، حق برای مسئولین مربوطه مادامی که در آن منصب باشد برقرار خواهد بود و به محض عزل از مسئولیت با فرض بقای حق برای شخصیت حقوقی از آن شخص زائل خواهد شد.

ضمناً همان طور که گفته شد در شخصیت حقوقی، هر چند حق تعلق گرفته گسترده‌تری زیاده داشته باشد و امکان معامله و انتقال آن یا اسقاط آن باشد اما همان طور که اعمال آن محدود به

^۱ «هل للموكل تفويض حق الخيار إلى الوكيل» والأقوى اعتبار الافتراق عن مجلس العقد كما عرفت في سابقه ثم هل للموكل بناء على ثبوت الخيار له تفويض الأمر إلى الوكيل بحيث يصير ذا حق خيارى - الأقوى العدم» مكاسب، ج ۳، ص ۳۱۳.

اختیاراتی است که برای او تعیین شده، اسقاط و انتقال آن نیز ممکن است منوط به اجازه فرد یا افرادی از آن مجموعه باشد.

در حقوق متعلق به شخصیت حقوقی، مباحث ملکیت جهت می‌آید، لذا مباحث مطرح در ملکیت شخصیت‌های حقوقی (معنوی) با اقسام آن که یا متعلق به اعیان خارجی یا مشیر به گروه خاصی از مردم یا اعتباری محض است در اینجا نیز مطرح خواهد بود، و احکام اختصاصی هر جهت در تعلق حقوق به آن نیز جریان خواهد داشت (فقه العقود، ج ۱، ص ۷۸ - ۱۱۰).

۳) به لحاظ نوع سلطنت

در تعریف اصطلاحی حق «سلطنت ضعیف» به عنوان شاخصه اساسی ذکر شد، این ضعف سلطنت ناشی از جهت خاصی است، مرحوم نائینی، دو صورت برای آن فرض کرده است (منیة الطالب فی حاشیة المکاسب؛ ج ۱، ص ۴۱)؛ الف: به جهت ضعف و قصور خود رابطه بین صاحب حق و عین متعلق حق هست «إِذَا لِقُصُورِ نَفْسِ الْإِضَافَةِ» مثل حق مرتهن نسبت به عین رهنی^۱ (حق مرتهن تنها سلطنت او بر استیفای دین خود از مال رهنی - در صورت خودداری بدهکار از پرداخت بدهی - است و نمی‌تواند آن را ببخشد یا وقف نماید و یا در آن تصرفی دیگر بکند)؛ ب: به جهت ضعف متعلق حق «إِذَا لِقُصُورِ فِی مُتَعَلِّقِهِ»، مثل حق تحجیر (از این رو، کسی که زمین موتی را تحجیر می‌نماید، نسبت به آن حق اولویت پیدا می‌کند، اما مالک آن نمی‌گردد و در نتیجه اغلب آثار ملک بر آن بار نمی‌شود؛ لیکن اگر آن را احیا کند، مالک آن می‌گردد و تمامی آثار ملک بر آن بار می‌شود)، حق خیار در عقود لازم (تنها سلطنت بر فسخ یا امضای معامله است) بر خلاف ملک که مالک می‌تواند در مملوک خود هر نوع تصرفی (اعم از فروختن، بخشیدن، مصالحه کردن، وقف کردن و جز آن) بکند.

به لحاظ متعلق حق، تقسیمات دیگری برای حق نیز ارائه شده است مثلاً سید یزدی اینگونه تقسیم کردند: «گاهی متعلق آن عینی خارجی است، مانند حق تحجیر نسبت به زمین موات و حق مرتهن نسبت به عین رهنی و حق طلبکار نسبت به اموال میت؛ یا انسانی معین، مانند حق قصاص که متعلق آن جانی است؛ و یا عقدی، مانند حق خیار که متعلقش عقد می‌باشد» (حاشیة

^۱. بنا بر اعتباری بودن «حق» این قسم محل اشکال است.

المکاسب (اللیزدی)؛ ج ۱، ص ۵۵). تقسیم دیگری از مرحوم بحر العلوم بیان شده که حق را نسبتی اضافی تسلیطی بین صاحب سلطنت و مسلطه علیه معنی کرده که این رابطه یا مستقل نفسی است مثل حق تحجیر؛ یا غیر مستقل و متقوم به غیر است مثل حق قصاص؛ یا ترکیبی از دو رابطه قبلی است و بستگی به اعتبار دارد مثل حق انسان بر خودش «قد یتحدان فی المورد، و إنما یختلفان بالاعتبار کسلطنة الإنسان علی نفسه و لذا قیل: «الإنسان أملك بنفسه من غیره»». فما به التعلق عین ما إلیه الإضافة، و إنما یختلف بالاعتبار.» (بلغة الفقیه؛ ج ۱، ص ۱۴) مرحوم حکیم نیز ابتدا متعلق سلطه را یا عین یا معنی لحاظ کرده و هر یک از آنها را به سه قسمت تقسیم کرده و حقوق را در قسم سوم هر یک تصویر کرده است، حقوقی که متعلق آنها عین است (مانند حق جنایت و حق زکات) و حقوقی که متعلق آنها عرض و معناست (مانند حق خیار، حق شفعه، حق تحجیر) که اعتبار آنها وابسته به وجود اموری مانند عقد، مبیع و زمین است (نهج الفقاهة؛ ص ۶). با شناخت اقسام فوق، می‌توان مصادیق حق از حکم و ملک را بهتر تشخیص داد، زیرا حق مالکیت ضعیف در جهت خاص است بخلاف ملک؛ ضمناً حق همانند ملک، ناشی از وجود رابطه اعتباری اضافی وضعی است بخلاف حکم «و علی هذا فلو لم یکن المَجْعُول الشرعی مستتبعا للإضافة و السلطنة فلیس إلا حکما و تسميته بالحق إنما هو بلحاظ معناه اللغوی» (منیة الطالب فی حاشیة المکاسب؛ ج ۱، ص ۴۱) البته از حیث احکام فقهی، اثر خاصی بر تقسیمات فوق مترتب نیست.

تقسیمات حق در حقوق خصوصی

در مباحث حقوق خصوصی با توجه به نیازهای جدید و معنای وسیع‌تری که حق در حقوق دارد تقسیمات دیگری برای حق ارائه شده که برخی از تقسیمات در کلام فقها ذکر نشده بود و بر برخی از این تقسیمات احکام خاصی از جهت فقهی مترتب نمی‌شود و برخی از تقسیمات نیز بصورت اشاره وار و گذرا در کلام فقها مطرح شده است. در این تحقیق چون بنا بر تبیین تقسیمات فقهی حقوق است لذا به صورت اجمالی، برخی از این تقسیمات بیان می‌شود و تفصیل آن و بررسی آثار فقهی آن نیازمند تحقیق مستقل هست. دو تقسیم مهم، یکی به لحاظ مالی یا غیر مالی بودن

متعلق حق است و دیگری به لحاظ معنوی یا مادی بودن حق، در ابتدا بیان می‌شود و در ادامه بیان برخی تفسیمات دیگر اشاره خواهد شد.

۱. به لحاظ «مال» بودن متعلق حق

تقسیم «حق» به «مالی» و «غیرمالی» از مهم‌ترین تفسیمات در حقوق خصوصی است و هر یک از این دو قسم خود مقسم برای تفسیمات دیگر هستند. در تعریف حق مالی گفته شده: «حق مالی امتیازی است که حقوق هر کشور به منظور تأمین نیازهای مالی اشخاص به آن‌ها می‌دهد.» (فلسفه حقوق، ص ۲۳) تعریف بهتر از سید حسن امامی است که می‌گوید: «حق مالی آن است که اجزای آن مستقیماً برای دارنده، ایجاد منفعتی نماید که قابل تقویم به پول باشد؛ مانند: حق مالکیت نسبت به خانه که مستقیماً برای دارنده آن ارزش پولی دارد و یا حق طلب که پس از ادا، قابل تقویم به پول می‌باشد. چنان که کسی از دیگری ده خروار گندم طلب دارد، پس از ایفای تعهد آنچه به دست می‌آید ده خروار گندم است که قابل تقویم به پول می‌باشد» (حقوق مدنی، ج ۱، ص ۱۳۵). حقوق مالی از نظر عقلایی قابلیت نقل و انتقال به دیگری را دارد و قابلیت اسقاط نیز اصل اولی در حقوق است مادامی که مانعی بر آن نیاید، لذا این حقوق قابلیت نقل و انتقال و اسقاط دارند مگر اینکه در موارد خاصی از نظر شرعی منعی برای آن ثابت شود.

دکتر امامی در تعریف غیر مالی می‌گوید: «حق غیر مالی آن است که اجرای آن، نفعی که مستقیماً قابل تقویم به پول باشد، ایجاد نمی‌نماید. مانند: حق زوجیت در زوجه دائمه که مستقیماً برای زن ایجاد نفعی که قابل تقویم به پول باشد نمی‌کند، ولی غیر مستقیم حق نفقه برای او ایجاد می‌شود و در صورت فوت زوج، از او ارث می‌برد.» (حقوق مدنی، ج ۱، ص ۱۳۵)

در مورد احکام حقوق غیر مالی، قابلیت اسقاط مادامی که مانعی نداشته باشد ثابت است اما برخی از این حقوق به شخص خاص بما هو، تعلق گرفته است لذا امکان نقل و انتقال آن نیست مثل حق پدر و جد پدری بر دختر باکره در اجازه ازدواج، برخی دیگر نیز ممکن است قابلیت نقل داشته باشد مثلاً ممکن است به زوجه این حق داده شود که در مقابل مصالحه نفقه چیز دیگری از شوهر بخواهد، البته در صدق فقهی حق در بسیاری از مصادیق حق غیر مالی امکان مناقشه

هست زیرا بسیاری از موارد ذکر شده از احکام هستند ولی در صورت حق بودن، حکم هر مورد باید جداگانه مورد بررسی قرار گیرد.

تقسیم حق مالی به عینی و دینی

حق مالی به لحاظ متعلق به دو قسم قابلیت تقسیم دارد؛ الف: حق عینی، حقی است که متعلق به عین است (القاموس الفقهی لغة و اصطلاحاً؛ ص ۹۴) یعنی حقی که یک فرد نسبت به عین خارجی دارد؛ ب: حق دینی، در مقابل حق عینی است حقی است که متعلق به دین است یعنی مالی که بر ذمه دیگری دارد و می‌تواند آن را مطالبه کند. «حق عینی» حاوی امتیاز انتفاع مستقیم است ولی «حق دینی» به شخص اختیار می‌دهد مطالبه کار یا مالی را از شخص دیگر به او می‌دهد (فلسفه حقوق، ج ۳، ص ۴۵۳). در مباحث حقوقی آثار مختلفی در ابواب و مواد مختلف بر این تقسیم بندی بار شده است اما از حیث آثار فقهی مختص این تقسیم بندی، تحقیق مستقل نیاز است.

از باب نمونه یکی از آثار حقوقی این تقسیم، در حمایت قانونی از صاحب حق است، در حق عینی این حمایت به دو صورت است، یک: جلوگیری از تعدی به ملک مالک با اعمال قانون و وضع قوانین حمایتی بر مالکین؛ دو: مجبور کردن متعدی به رفع تجاوز، اگر تعدی به ملکی عینی رخ دهد مثلاً به آن خسارتی وارد یا اتلاف یا عصب گردد، قانون را مجبور به جبران ضرر رساننده را مجبور به پرداخت خسارت می‌کند (حقوق مدنی، ج ۱، ص ۱۲۶ - ۱۲۷). در حق دینی، حمایت قانون از طلبکار هست یعنی هرگاه مدیون یا متعهد از تکلیف قانونی سرباز زند، دولت، متعهد را مجبور به انجام آن می‌نماید (حقوق مدنی، ج ۱، ص ۱۲۷).

۲. به لحاظ معنوی یا مادی بودن حق

دو دسته حقوق برای اشخاصی که آثار مورد حمایت تولید می‌کنند مطرح است؛ یک: حقوق مادی Economic Rights، دو: حقوق معنوی Moral Rights. «حق معنوی» حقی است که متعلق آن امور اعتباری و معنوی است و به صاحب آن اختیار انتفاع انحصاری از فعالیت و فکر و ابتکارش را می‌دهد در مقابل حق مادی، متعلق آن امور اقتصادی و مادی است و منافع مادی برای تولیدات را بیان می‌کند. حق معنوی، به این اصطلاح خاص از مسائل مستحدثه است که از غرب وارد ادبیات حقوقی اسلامی شده است البته مصادیقی از آن در فقه اسلامی موجود بوده است. مصادیق حقوق معنوی این است: حق انتساب اثر، حق افشای اثر، حق اعراض از اثر،

حق حرمت اثر؛ از مصادیق حقوق مادی نیز این موارد هست: حق توزیع، حق تکثیر، حق نمایش عمومی، حق تولید محصولات اشتقاقی، حق پخش رادیو، تلویزیونی، اینترنتی.

البته ترجمه «حقوق مادی» معادل (اکونمیک رایت) ترجمه دقیقی نیست، زیرا حق امری معنوی است و مادی نمی‌شود، بلکه بجای آن باید حقوق مالی یا اقتصادی مطرح می‌شد. «حقوق معنوی» هم صحیح این است که حقوق اخلاقی ترجمه شود و گرنه با بسیاری از حقوق دیگر اشتباه می‌شود، مثل مواردی که حق به امور خارجی تعلق نمی‌گیرد مثل سهام که به آن «حق معنوی» هم اطلاق می‌شود، ضمناً یکی از معانی که حقوق معنوی دارد حقوق مالکیت فکری است.

حقوقدان‌ها بین حق معنوی در مالکیت فکری (مثل محتوای کتاب بخلاف اموال فیزیکی مثل اوراق کتاب) با حق مادی تفاوت‌هایی بیان کرده‌اند، چهار مورد این تفاوت‌ها به شرح ذیل است.

یک: محدودیت زمانی در حقوق مادی بخلاف معنوی، مثلاً، حق انتساب اثر بعد از اتمام حقوق مادی باقی است، حق انتساب اثر از حقوق معنوی است که حاکمیت از شخص حمایت می‌کند، مثلاً آثار سعدی و حافظ. دو: حقوق مادی محدودیت مکانی دارد بخلاف حقوق معنوی، بنا بر اصل سرزمینی بودن «حقوق مادی» اثر تنها در جایی که خلق شده حمایت می‌شود و در هیچ کشور دیگری حمایت نمی‌شود. سه: حقوق مادی قابلیت انتقال به غیر دارد بخلاف حقوق معنوی. چهار: قابلیت توقیف حقوق مادی بخلاف حقوق معنوی، مثلاً اگر نویسنده‌ای بخاطر جرمی اموالش توقیف شود، حقوق مادی آن توقیف می‌شود اما حقوق معنوی آن غیر قابل توقیف است.

اعتبار شرعی حقوق معنوی: در اینکه حق تألیف برای پدید آورنده اثر، حق طبع برای ناشر و حق اختراع برای مخترع از نظر شرع معتبر است یا نه، اختلاف است. بنابر قول نخست، نویسنده می‌تواند دیگران را از چاپ و پخش کتاب خود منع کند. دیگران نیز بدون اجازه صاحب اثر حق ندارند کتاب او را چاپ و توزیع کنند؛ چنان که اگر مؤلف حق نشر را به ناشری واگذار کرده باشد، دیگر ناشران نمی‌توانند بدون اجازه آن ناشر، کتاب را منتشر کنند. و نیز مخترع می‌تواند دیگران را از نمونه برداری از اختراع خود و تکثیر آن منع نماید؛ بنابر این قول، مؤلف یا مخترع مالک محصول فکر و اندیشه خود بوده و می‌تواند آن را بفروشد یا ببخشد و یا در آن سایر تصرفات

مالکانه داشته باشد. در مقابل، برخی برای چنین حقوقی از نظر شرعی اعتبار قائل نبوده و چاپ کتاب یا نمونه برداری از اختراع دیگری را بدون اشکال دانسته‌اند. البته برخی گفته‌اند: در صورتی که این گونه حقوق، قانونی و ضابطه مند شده باشد و به تأیید حاکم شرع برسد، اعتبار پیدا می‌کند (فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام؛ ج ۳، ص ۳۴۲).

۳. تقسیمات دیگر

برخی تقسیمات دیگر از حق در حقوق خصوصی بیان شده که از نظر فقهی خیلی کار نشده است که در اینجا توضیح مختصری از هر کدام ارائه می‌کنیم اما بررسی مشروعیت این حقوق و اثرات فقهی آن در این مجال نمی‌گنجد.

حق طبیعی

حق طبیعی، حقی که در واقع وجود دارد ولی قانون از آن حمایت نمی‌کند. برای مثال کسی که طلبکار است ولی مدرکی برای اثبات طلب خود ندارد این حق، حق طبیعی می‌باشد گرچه قانون از این حق حمایت نمی‌کند ولی مدیون از نظر اخلاقی موظف به پرداخت آن است و تا زمان پرداخت ذمه او مشغول می‌ماند. حق طبیعی، حقی مابین حق اخلاقی و حق حقوقی قانونی است در حق حقوقی، شخص امکان پیگرد قانونی برای احقاق حق خود را داراست اما در حق اخلاقی، صرفاً یک وظیفه اخلاقی بر عهده شخص هست و هیچ گونه الزام حقوقی برای شخص ایجاد نمی‌کند، حق طبیعی، حقی اخلاقی است که از نظر عرفی و عقلایی انجام آن بر شخص لازم است اما به حدی قوی نشده که جنبه قانونی و حقوقی پیدا کند مثل کمک به برادر ناتوان خود^۱، در این موارد گفته شده اگر کسی به برادر خود کمک کرد درست است که مدیون او نبوده و برادر تهی دست، حق مطالبه قانونی نداشته لکن بعد از بخشش به او امکان بازگشت و مطالبه مال پرداخت شده نخواهد بود.

هر چند چنین حقی به عینه در فقه نیامده است اما شاید بتوان موارد مشابهی برای آن در شرع مثال زد، مثلاً اعطای نفقه به خویشاندان نسبی یا سببی درجه دو که وجوب نفقه ندارند یا مثلاً شخصی با توجه به جایگاه اش مجبور به اعطای صدقه به مستمندی شود، این موارد در صورتی

^۱. البته در مصادیق آن در خود حقوق غربی نیز اختلاف هست لکن مناقشه در مثال نیست.

است که عمل او ظهور در قصد هبه و هدیه نداشته باشد و گر نه از نظر شرعی در صورتی که بتوان کار او را بر هبه حمل کرد با بقای عین مال موهوب، جواز رجوع برای واهب هست، همچنین این موارد باید به گونه ای فرض شود که امکان کمک به نحو دیگری من جمله دادن قرض یا معامله دیگر نباشد یا حداقل انجام معاملات دیگر سخت باشد.

مطلق و نسبی

حق مطلق حقی است که در مقابل تمامی افراد جامعه است و تمامی افراد مکلف به احترام به این حق هستند برای مثال، حق مالکیت حقی است که تمامی افراد مکلفند آن را رعایت نموده، و به آن تجاوز نکنند. حق نسبی حقی است که در مقابل یک یا چند نفر بوده، تنها برای اشخاص معینی ایجاد تکلیف می‌کند. تمامی حقوق دینی از این قبیل هستند که فقط محدود به عده‌ای خاص هست برای مثال حق طلبکار فقط در مقابل بدهکار است و از او می‌تواند انجام تعهد خود را بخواهد و هیچ گونه تکلیفی برای افراد دیگر ایجاد نمی‌شود.

منجّز و معلق

حق منجّز آن است که پس از پیدایش سبب، بلافاصله موجود گردد و بستگی به وجود یا عدم امر دیگری نداشته باشد برای مثال حقی که خریدار پس از عقد بیع نسبت به خودرو دارد. حق معلق آن است که پس از پیدایش سبب، موجود نگردد و بستگی به وجود یا عدم امر دیگری داشته باشد مثلاً، هرگاه شخصی باغ خود را به دیگری وصیت نماید، و وصی له هم آن را قبول کند، موصی له مالک آن نمی‌گردد، مگر پس از فوت موصی. بنابراین، حق موصی له نسبت به باغ مورد وصیت، معلق بر فوت موصی است.

ظاهراً اساس تفاوت قسم فوق، راجع به ملک هست یعنی در واقع این ملک هست که منجّز یا معلق هست و به تبع آن، حقوق متعلق به این ملک نیز منجّز و معلق خواهد بود.

حال و مؤجل

حق حال حقی است که پس از پیدایش، بتوان بلافاصله آن را اعمال نمود (مثل حق مطالبه)، مثل انجام معامله بصورت نقدی که در همانجا کالاها مبادله می‌شوند. حق مؤجل حقی است که پس

از مدت معینی بتوان آن را اعمال کرد. مثل اینکه در معامله شرط شود که اتومبیل دو ماه دیگر تحویل داده می‌شود.

حق مربوط به شخصیت

حق مربوط به شخصیت حقی است که به هر انسان (با قطع نظر از وابستگی او به گروه اجتماعی خاص) تعلق دارد و بیش‌تر از شخص انسان حمایت می‌کند تا منافع مادی او. به دیگر سخن، حقوق مربوط به شخصیت، از شخصیت جسمی و نیز از شخصیت معنوی و روحی انسان حمایت می‌کند.^۱

جمع بندی

برای «حق» به اصطلاح فقهی سه دسته تقسیم ارائه شد که مهم‌ترین تقسیم که اثرات فقهی متعدد بر آن بار بود «حق» به لحاظ قابلیت‌های سه گانه (اسقاط، نقل، انتقال) تقسیم می‌شد، تقسیمات مختلفی برای حق به این اعتبار از فقها نقل شده بود، قسمی که «حق» هیچ یک از قابلیت‌ها را نداشته باشد از نظر ما هر چند مشکلی از حیث اطلاق حق بر آن نداشت لکن مصداقی متیقن برای آن یافت نشد، حقوقی که قابل اسقاط و انتقال بودند اما قابلیت نقل نداشتند فی الجمله پذیرفته شد اما برخی مصداقی آن محل مناقشه بود، در مصداقی حقوقی که صرفاً قابلیت اسقاط دارند و حقوقی که قابلیت اسقاط و نقل مجانی دارند نیز مناقشه شد، اما حقوقی که قابلیت‌های سه گانه را دارا بودند بدون اشکال بسیاری از حقوق به حسب مقتضای اولیه را شامل می‌شد؛ در تقسیمات حقوق خصوصی، حق معنوی به عنوان حقی که قابلیت اسقاط و انتقال آن فی الجمله مورد پذیرش حقوقدانان بود اما نقل آن جایز شمرده نمی‌شد معرفی شد البته اعتبار شرعی این حقوق محل بحث بین فقهای معاصر بوده و فی الجمله برخی از این حقوق در فقه ما معتبر شمرده می‌شده است. حقوق غیر مالی نیز غالباً قابل نقل و انتقال نبودند اما قابلیت اسقاط برای آنها بدون مانع بود. تقسیمات دیگری از حقوق خصوصی نیز ارائه شد که بررسی احکام فقهی آن نیازمند مقاله مجزا بود.

^۱. حقوق مدنی (امامی)، ج ۱، ص ۱۳۵؛ فلسفه حقوق، ج ۳، ص ۴۵۳؛ حقوق مدنی (طاهری)، ج ۱، ص ۴۰. برگرفته از

بررسی فقهی مشروعیت عقد اذعان یا قرارداد الحاقی

استاد راهنما: استاد امینی

نویسنده:

محمد مظفري^۱

مقدمه

در زمان‌های قدیم، به طور معمول در معاملات، طرفین از خصوصیات و اختیارات و امتیازات برابر یا نزدیک به هم برخوردار بوده‌اند، و کم و بیش میزان آزادی اراده طرفین مساوی بوده است و قراردادها با توافق دو اراده آزاد تحقق می‌یافته، اما در شرایط جدید اقتصادی پدیده‌های تازه‌ای به وجود آمده است که این تعادل نسبی را به هم زده است، به گونه‌ای که در برخی موارد، یک طرف تمام قدرت و امتیازات را در اختیار دارد و طرف دیگر در وضعیت بسیار متفاوت، حتی از کم‌ترین امتیازات و آزادی برخوردار نیست. پس این مطلب قابل بررسی است که حکم معاملاتی که در آن آزادی اراده یک طرف کاملاً مخدوش شده و نسبت به انجام معامله مضطر گردیده، چیست.

در زمان حاضر برخی از نیازهای ابتدایی زندگی در انحصار یک شرکت یا شخص حقوقی است و همه ناچارند برای استفاده از آن و رفع نیازهای خود با او وارد معامله شوند. این طرف ممکن است دولت یا اشخاص حقوقی خصوصی باشد که در وضعیت اقتصادی بسیار بالاتر نسبت به طرف دیگر قرار داشته و تمام شروط را معین می‌کند.

^۱. دانش پژوه گروه فقه معاملات، سال تحصیلی ۹۹-۱۴۰۰

به عنوان مثال، در قرارداد استفاده از آب و برق و یا تلفن که میان شرکت آب و برق و مخابرات و مشترکین منعقد می‌شود، پیش‌نویس آماده‌ای از مفاد قرارداد و شرایط آن و تکالیف طرفین تهیه و به عموم مردم عرضه می‌گردد، که هرکس نیاز دارد، مجبور است با این شرایط موافقت کند و حق تغییر یا تعیین شرایط جدیدی را ندارد او باید قرارداد را با همین شرایط قبول کند و یا به طور کلی از این معامله منصرف شود و از آن‌جا که این امور از ضروریات زندگی است، طبعاً مجبور به پذیرش شرایط موجود می‌باشد. این قراردادها را در حقوق فرانسه و سایر کشورها حتی حقوق انگلیس «قرارداد انضمامی» یا «قرارداد الحاقی» نامیده و در حقوق ایران نیز بنام «قرارداد الحاقی» شناخته میشوند (قواعد عمومی قراردادها (کاتوزیان)، ج ۱ ص ۳۰). تذکر این نکته لازم است که محتوای اصلی این نوشته برگرفته از نوشته‌ای با عنوان ماهیت و میزان اعتبار قرارداد الحاقی اثر آقای حسین قافی (مجله فقه و حقوق ۱۳۸۳ شماره ۲) می‌باشد که با تغییرات و اصلاحاتی ارائه می‌شود.

تعریف و ماهیت

در حقوق ایران تقسیم قراردادها به قرارداد الحاقی و قرارداد با گفت‌وگوی آزاد چندان منشأ اثر نبوده و حقوق‌دان‌ها نیز زیاد متعرض این مسئله نشده‌اند. برخی حقوق‌دانان این مسئله را مطرح کرده و درباره آن بحث نموده‌اند (قواعد عمومی قراردادها (کاتوزیان) ج ۱ ص ۳۰). برخی از حقوق‌دانان هم نام‌های دیگری را برای این قراردادها برگزیده‌اند، مثلاً بعضی آن را «عقود تحمیلی» نامیده‌اند، زیرا شروط و مفاد آن برطرف مقابل تحمیل می‌شود و او مجبور به پذیرش آن است (تشکیل قراردادها و تعهدات ص ۹۰)؛ و عده‌ای دیگر، آن را «عقود تصویبی» خوانده‌اند، چون شخص یا باید آن را تصویب کند و یا به طور کلی رد نماید (ترمینولوژی حقوق ص ۵۴۶).

ارایه تعریف جامع از قراردادهای الحاقی کار دشواری است که بیش‌تر مؤلفین در این زمینه، به سختی آن اقرار کرده‌اند و معمولاً در این باب، فقط به بیان کیفیت ظهور این پدیده و نیز ارایه ویژگی‌های آن پرداخته‌اند اما تعریفی جامع برای آن بیان نکرده‌اند (نظریة العقد (الصدہ)، ص ۷۰).

برخی قرارداد الحاقی را تعریف کرده‌اند به این‌که :

«قرارداد الحاقی، قراردادی است که در آن شروط و مفاد قرارداد توسط یک طرف از پیش تهیه شده و طرف دیگر بدون مناقشه آن را می‌پذیرد. و نیز متعلق قرارداد، کالا یا خدمت ضروری است که در عمل یا به طور قانونی در انحصار عرضه کننده آن است، یا رقابت در آن خیلی محدود

است» (نظریة العقد (الصدہ)، ص ۷۷).

برای عقد اذعان چهار ویژگی ذکر شده که در ادامه آنها را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

رکن اول : ضروری بودن متعلق قرارداد

یکی از مهم‌ترین ویژگی‌های قرارداد الحاقی آن است که متعلق این دسته از قراردادها از امور ضروری زندگی عادی مردم و یا دست کم از امور مهمی است که دارای فواید بزرگ و حیاتی می‌باشد؛ یعنی قرارداد، به کالاها و خدمات عمومی‌تعلق می‌گیرد که از اولیات و ضروریات حیات روزمره انسانی است و افراد نسبت به پذیرش این قرارداد، اضطراب دارند. مانند حق اشتراک آب و برق که قرارداد مربوط به حق اشتراک آن، الحاقی محسوب می‌گردد.

به هر حال اگر متعلق قرارداد از کالاهای غیر ضروری باشد، قرارداد الحاقی نخواهد بود؛ بنابراین معاملاتی که در فروشگاه‌های بزرگ انجام می‌گیرد، که در آن قیمت‌ها مقطوع است و امکان چانه زدن و مناقشه در قیمت وجود ندارد، فقط در صورتی قرارداد الحاقی محسوب می‌شود که آن کالاها از اولیات و ضروریات زندگی باشد و رقابت تجاری هم در آن وجود نداشته باشد (مصادرات‌اللزام (العدوی) ص ۵۱)

«وَلَمَّا كَانَ فِي حَاجَةٍ إِلَى التَّعَاقُدِ عَلَى شَيْءٍ لَا غِنَاءَ عَنْهُ، فَهُوَ مُضْطَرٌّ إِلَى الْإِذْعَانِ وَالْقَبُولِ... وَ نَحْنُ نَوَثِّرُ أَنْ نَسْمِيَ هَذِهِ الْعُقُودَ فِي الْعَرَبِيَّةِ، بِعُقُودِ الْإِذْعَانِ، لِمَا يَشْعُرُ بِهِ هَذَا التَّعْبِيرُ مِنْ مَعْنَى الْإِضْطِرَارِ فِي قَبُولِ» (نظریة العقد الوسيط (سنهري)، ص ۲۲۹)؛

رکن دوم : داشتن قدرت برتر اقتصادی و انحصار طرف پیشنهاد دهنده

همان‌گونه که قبلاً بیان گردید، در قراردادهای الحاقی یک طرف قرارداد که پیشنهاد کننده شرایط و مفاد آن است، از موقعیت اقتصادی بسیار قوی و برتر برخوردار است. البته عدم توازن اقتصادی در معاملات امری عادی و متعارف است، به گونه‌ای که در بسیاری از معاملات، تساوی و توازن اقتصادی میان دو طرف قرارداد وجود ندارد، و این امر از زمان‌های قدیم نیز سابقه داشته و خللی هم در صحت عقود وارد نمی‌کند، چون توازن قدرت اقتصادی شرط صحت قراردادها نیست و فقط داشتن اراده آزاد برای طرفین، شرط است.

اما پدیده جدیدی که در دوران اخیر متداول گردیده، وجود اختلاف رتبه اقتصادی بسیار شدید میان طرفین است، که این برتری و تفوق یک طرف، به واسطه انحصار در تولید کالا و خدمت به وجود آمده و تشدید گردیده و همین انحصار موجب گردیده که اختیار امر به دست او باشد و تنها

اراده او در شکل‌گیری شرایط و مفاد قرارداد مؤثر باشد. در مقابل، طرف دیگر به خاطر نیازی که به استفاده از آن کالا یا خدمت انحصاری دارد مجبور به پذیرش تمام شرایط پیشنهادی است. برخی از حقوق‌دان‌ها این ممیزه را اصلی‌ترین خصلت ویژگی قرارداد الحاقی می‌دانند، به گونه‌ای که اگر در قراردادی این ویژگی وجود نداشته باشد، به هیچ وجه عنوان قرارداد الحاقی بر آن صدق نمی‌کند، و برعکس، اگر این ویژگی وجود داشته باشد ولی برخی دیگر از ویژگی‌ها وجود نداشته باشد باز قرارداد الحاقی صادق است (نظریة العقد (الصدہ)، ص ۶۵).

رکن سوم: ویژگی مفاد قرارداد: پیچیده بودن مفاد قرارداد

قراردادهای الحاقی معمولاً حاوی شروط تفصیلی زیادی هستند که اکثر آن‌ها به نفع طرف پیشنهاد کننده و بعضی نیز اجحافی و ظالمانه است و در آن جای هیچ مذاکره و مناقشه‌ای درباره این شروط و قیمت کالا وجود ندارد. این شروط ممکن است مسئولیت طرف پیشنهاد کننده را تخفیف دهد، یا اصولاً شرط عدم مسئولیت قراردادی باشد، یعنی او را کاملاً از مسئولیت معاف گرداند، و یا این که مسئولیت طرف مقابل را افزایش دهد؛ مثلاً برای تقصیرهای احتمالی او مجازات معین کند. همچنین مفاد و شروط قرارداد، دارای پیچیدگی خاصی است که فهمیدن آن برای مردم عادی دشوار است (همان، ص ۱۳۶)؛ و آن‌ها با فرم آماده شده‌ای روبه‌رو هستند که فقط آن را امضا می‌کنند بدون این که مفاد آن را مطالعه کنند یا به تعهدات داخل آن توجهی داشته باشند.

رکن چهارم: یکسان بودن شکل قرار داد

در قراردادهای الحاقی، ایجاب به صورت یک فرم چاپی و نمونه عرضه می‌شود که در آن تمام شروط و مفاد قرارداد وجود دارد و در تنظیم آن دقت زیادی صورت گرفته و در عین حال، از پیچیدگی زیادی نیز برخوردار است که فهم آن برای اشخاص عادی مشکل است و یا این که به قدری ریز نوشته شده که معمولاً افراد رغبت به خواندن آن نمی‌کنند ولی مجبور به پذیرش آن هستند. ضمن این که این پیشنهاد، برای همه مردم به یک شکل و با شروط یکسان، ارایه می‌شود. خصوصیت دیگر آن، طول مدّت و دوام و استمرار آن است. یعنی محدود به زمان کوتاهی نیست، بلکه این پیشنهاد برای عموم افراد، به صورت یکسان و مستمر عرضه می‌گردد، و این طول مدّت و شکل ایجاب، به واسطه طبیعت قرارداد الحاقی است، چون پیشنهاد توسط کسی ارایه می‌شود که دارای قدرت انحصاری است. از این رو طبیعی است که عرضه کننده کالا یا خدمت می‌تواند با توجه به شرایط اقتصادی و اجتماعی، شروط و تعرفه‌های خاصی را معین کند که معمولاً با

دوام و پایدار بوده و تا مدت طولانی نیازی به تغییر و تعدیل آن نیست. به ویژه اگر پیشنهادکننده، به حکم قانون امتیاز تولید و عرضه کالا و خدمت عمومی را به طور انحصاری در اختیار داشته باشد، می تواند با بررسی کامل جوانب مسئله، شرایطی معین کند که مانند قانون، برای عموم مردم و به صورت مستمر قابل اجرا و اعمال باشد (همان).

بررسی ارکان عقد اذعان

به نظر می رسد آنچه در رکن دوم و سوم ذکر گردید نمی تواند مقوم عقد اذعان باشد. این مطلب را میتوان از ادله ای که برای بطلان عقد اذعان ذکر کرده اند فهمید. پیچیده بودن قرارداد یا شکل قرار داد هرگز علت بطلان عقد نبوده است و در حقیقت این اوصاف از اموری است که دخالتی در صحت یا بطلان عقد ندارند.

آنچه مهم است ضروری و مورد احتیاج بودن متعلق عقد و نیز انحصاری بودن تولید کالا توسط فروشنده است که زمینه را برای سوء استفاده از اضطراب اشخاص فراهم می کند.

بررسی صحت عقد اذعان

علمای امامیه بالاتفاق عقد از روی اضطراب را صحیح می دانند و انرا مشمول حدیث رفع نمی دانند زیرا چنانچه حکم به بطلان عقد شود، این بطلان خلاف امتنان بر فروشنده یا خریدار خواهد بود در حالی که حدیث رفع حدیثی امتنانی است و حکم به بطلان معامله خلاف است. اما آنچه در اینجا مورد بحث است سوء استفاده ای است که از این اضطراب رخ می دهد. آیا راهی برای جلوگیری از سوء استفاده های احتمالی وجود دارد یا خیر؟

مقتضای قاعده اولیه در این مساله هم صحت عقد اذعان است زیرا آیات شریفه: "أحل الله البيع" و "أوفوا بالعقود" و "تجارة عن تراض"، که مستند قواعد عمومی باب معاملات هستند به عموم یا اطلاق صحت و نفوذ معامله را اثبات می کنند و تنها در صورت وجود دلیل خاص می توان از قواعد عمومی و اولیه باب معاملات دست برداشت.

در این مقام میتوان به برخی ادله اشاره کرد که البته نتیجه برخاسته از این ادله یکسان نیست.

دلیل اول: خیار غبن

یکی از راه حل هایی که مطرح شده این است که شخص مضطر که از وضعیت او بهره برداری ناروا شده و مورد غبن فاحش قرار گرفته، برای جبران خسارت خود، حق دارد معامله را به استناد خیار غبن فسخ کند (دوره مقدماتی حقوق مدنی ص ۱۲۹). این راه حل مورد انتقاد حقوق دانان واقع شده، زیرا در

حقوق ایران شرط اعمال خيار غبن، جهل به قیمت عادلانه است؛ (ماده ۴۱۸ قانون مدنی) و به عبارت دیگر، اگر مغبون با وجود علم به قیمت واقعی، معامله را انجام داده باشد، اقدام به ضرر خود کرده و خيار فسخ ندارد. علت این امر این است که در حقوق ما، مبنای قاعده غبن، حفظ تعادل میان عوضین نیست، بلکه صرفاً برای جلوگیری از ضرر و جبران آن، به مغبون اختیار فسخ معامله داده می‌شود.

دلیل دوم: قاعده لاضرر

برخی از مؤلفین معتقدند هرچند در این جا خيار غبن قابل استناد نیست، ولی مدرک عمده آن که قاعده لاضرر است می‌تواند کارگشا باشد؛ چون در موارد سوء استفاده از اضطرار، مقتضای اعمال قاعده لاضرر که ورود خسارت و ضرر باشد، موجود است، و نیز مضطر به اختیار و رضایت خود اقدام به ضرر خود نکرده بلکه برای نجات از وضعیت درماندگی به معامله تن داده، پس مانعی هم برای اعمال قاعده لاضرر وجود ندارد، به خصوص در موردی که طرف به عمد وضعیت اضطراری را ایجاد نموده تا مضطر را مجبور به پذیرش معامله غیر عادلانه کند؛ زیرا ایراد ضرر در این فرض کاملاً مشهود است، و این عمل هم از جهت تکلیفی حرام است و هم از جهت وضعی دارای اثر بوده و موجب بطلان و عدم نفوذ حق می‌گردد^۱

دلیل سوم: الحاق اضطرار به اکراه

ملحق کردن اضطرار به اکراه در این موارد است زیرا آنچه مهم است از بین بردن آثار اکراه است نه آنچه زمینه ساز اکراه است. در موارد اکراه اراده شخص معیوب است و نمی‌تواند منشا اثر باشد. شخص مضطر نیز اراده‌ای معیوب دارد. اگر گفته شود که حکم به بطلان معامله خلاف امتنان بر شخص است می‌توان پاسخ داد که با حدیث رفع که در آن تعبیر "رفع ما اضطرروا الیه" هم وارد شده، حکم به بطلان معامله نمی‌کنیم تا خلاف امتنان بر شخص باشد اما برای او حق خيار قرار می‌دهیم. در نتیجه هم خلاف امتنان پدید نمی‌آید و از سویی جلو سوء استفاده از شرایط خاص هم گرفته می‌شود.

شیخ طوسی ره هم ظاهراً به دلیل اکراه تمسک کرده و در فرضی که فردی برای سد رمق خویش مجبور به خوردن غذای غیر مضطر گردد، چه تکلیف و به عبارتی چه اختیاری دارد، فرموده است:

^۱ . بررسی تطبیقی مفهوم اضطرار و آثار آن در حقوق مدنی

«در چنین حالتی اگر مالک، کالا را به بیش از ثمن المثل بفروشد و مضطر هم توانایی خرید دارد، باید کالا را به عقد فاسد از مالک بخرد که در این صورت به دلیل بطلان عقد تنها به اندازه ثمن المثل ضامن خواهد بود؛ ولی اگر حتماً باید به عقد صحیح بخرد، دو نظر ابراز شده است: برخی عقیده دارند که کل ثمن المسمی را باید بپردازد؛ زیرا مضطر عقد را با اختیار خود منعقد نموده است و برخی دیگر معتقدند، بیش از ثمن المثل را نباید پرداخت کند، زیرا خریدار در پرداخت بیش از ثمن المثل مضطر بوده و در حکم آن است که به پرداخت بیش از ثمن المثل اکراه شده است. در نهایت مرحوم شیخ طوسی، قول دوم را قوی‌تر می‌داند» (المبسوط فی فقه الإمامیه؛ ج ۶، ص: ۲۸۶).

و لکن مشهور علما با این کلام شیخ ره مخالفت کرده و گفته‌اند: اگر مالک حاضر به فروش مال خود باشد، می‌تواند آن را به هر قیمتی بفروشد و اقوی این است که پرداخت زاید بر ثمن المثل نیز بر مضطر واجب است. ایشان در توجیه نظر خود، به دلیل «الناس مسلطون علی اموالهم» تمسک جسته‌اند.^۱

دلیل چهارم: اقتضای قاعده عدل و انصاف

برخی از حقوق‌دانان معتقدند قاعده عدل و انصاف اقتضا می‌کند در موارد سوء استفاده از اضطرار، مضطر حق مراجعه به دادگاه برای رفع این بی‌عدالتی را داشته باشد. به عبارت دیگر، «نباید گفت که این معامله اضطراری نافذ است و کسی که این همه خسارت دیده است، باید برخلاف موازین عدل و انصاف، آن را تحمل کند. کسانی که برای تحمل این بی‌عدالتی دست به آیه «اوقوا بالعقود» می‌زنند و طرفین عقد را مکلف به وفای به قرارداد می‌دانند، غفلت از آیه دیگر

^۱ . به عنوان مثال صاحب جواهر در تقد کلام شیخ میفرماید:

جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام؛ ج ۳۶، ص: ۴۳۸ : نعم لو امتنع صاحب الطعام و الحال هذه أي بذل المضطر الزيادة جاز له قتاله دفعا لضرورة العطب لا كما ذكره الشيخ من جواز القتال بدون دفع الزيادة.

و لو اطاقه فاشتره بأزيد من الثمن كراهية لإراقة الدماء قال الشيخ كما سمعته من عبارته لا يلزمه إلا ثمن المثل، لأن الزيادة لم يبذلها اختياراً، وفيه إشكال، لأن الضرورة المبيحة للإكراه ترتفع بإمكان الاختيار و لما عرفت من وجوب بذلها عليه، و الله العالم.

شهید ثانی نیز در شرح لمعه میفرماید :

الزبدة الفقهية في شرح الروضة البهية؛ ج ۸، ص: ۳۸۲ : و الأقوى وجوب دفع الزائد مع القدرة ، لأنه غير مضطر حينئذ ، و الناس مسلطون على أموالهم (و إلا) يكن كذلك بأن لم يبذله مالكة أصلاً، أو بذله بعوض يعجز عنه (أكل الميتة) إن وجدها.

کرده‌اند که گفته است: «ان الله يأمر بالعدل و الاحسان»، خداوند هم‌چنان که امر می‌کند طرفین یک قرارداد پای‌بند عقد باشند، نیز امر می‌کند که در همان قرارداد پای‌بند عدل و احسان باشند نه این که عقود ولو ظالمانه هم باشد، پای‌بند آن باشند» (ترمینولوژی حقوق ص ۷۹).

این دلیل قابل نقد است زیرا اولاً اصل خلاف عدل بودن چنین معامله‌ای ثابت نیست تا بتوان به این ایه شریفه تمسک کرد و در واقع تمسک به ایه شریفه از قبیل تمسک به عام در شبهه مصداقیه است. از سویی چنین نیست که فقط هر آنچه که مطابق احسان است صحیح باشد.

دلیل پنجم: قاعده اکل مال به باطل

در موردی که متعامل وضعیت اضطراری را با سوءنیت برای مضطر ایجاد نموده تا از آن بهره‌برداری ناروا نماید، شاید بتوان عمل او را از مصادیق «اکل مال به باطل» و مشمول حکم «لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل» دانست. ضمن این که حکم «تجارة عن تراض» نیز از این گونه معاملات انصراف دارد و هم‌چنان که گفته شد، مشمول عموم لاضرر نیز می‌باشد، چون با قصد اضرار به غیر به این عمل دست زده، و از این رو علاوه بر حرمت تکلیفی، از لحاظ وضعی نیز چنین معامله‌ای نفوذ واقعی را نخواهد داشت.

بازگشت این دلیل به همان دلیل اول و دوم است و چنانچه قاعده لاضرر در اینجا جاری شود می‌توان به خیاری بودن چنین معامله‌ای حکم کرد اما تمسک به دو ایه شریفه در مقام صحیح نیست زیرا "باء" در "بالباطل" می‌تواند به معنای سببیت باشد نه مقابله و از سویی اصل باطل بودن سبب هم در این موارد ثابت نیست و تمسک به آن از قبیل تمسک به عام در شبهه مصداقیه سبب باطل است. اگر هم "باء" برای مقابله باشد که عدم جواز تمسک به ایه شریفه روشن است. ایه شریفه "تجارة عن تراض" هم در مقام قابلیت استناد ندارد زیرا آنچه در صحت معامله مهم است رضایت انشائی است نه رضایت معاملی به این معنا که شخص باید هنگام انشاء با رضایت انشاء خود را بیان کند اما بعد از رضایت به اصل انشاء، اینکه به معامله راضی هست یا خیر موثر در صحت معامله نیست.

دلیل ششم: مصلحت حفظ عدالت و جلوگیری از تجاوز اشخاص به یکدیگر

مبنای اصلی اعتبار و نفوذ معاملات اضطراری که تعداد آن‌ها در زندگی روزمره افراد بسیار زیاد است، اصل ثبات و پایداری قراردادها و مصالح عمومی جامعه است. اما در جایی که متعامل با سوءنیت می‌خواهد از شرایط اضطراری پیش آمده یا خود پیش آورده بهره‌برداری ناروا کند،

مصلحت حفظ نظام قراردادی و ثبات معاملات با مصلحت مهم‌تری، یعنی مصلحت حفظ عدالت و جلوگیری از تجاوز اشخاص به یکدیگر، تعارض پیدا می‌کند و در این مقابله دو مصلحت، مصلحت دوم چون مربوط به نظم عمومی می‌شود مقدم است؛ (قواعد عمومی قراردادها (کاتوزیان) ص ۵۱۵) این سخن نیز قابل نقد است زیرا اصل خلاف مصلحت بودن یا خلاف عدالت بودن چنین قراردادهایی خود محل بحث است و تمسک به این ادله از قبیل تمسک به عام در شبهه مصداقیه است.

دلیل هفتم: برخورد حکومت اسلامی با محتکران و گرانفروشان

هم‌چنین در موارد احتکار و گران‌فروشی، حکومت اسلامی را موظف دانسته با افرادی که به وسیله احتکار اجناس ضروری، مردم را در مضیقه قرار می‌دهند، به شدت برخورد کند، و بنا به اتفاق فقهای امامیه و مذاهب چهارگانه اهل سنت، اولین اقدام این است که آنان را مجبور به فروش اجناس احتکار شده نماید (تحلیل و بررسی احتکار از نظرگاه فقه اسلام ص ۷۶)؛ و اگر در هنگام فروش اجناس، عدل و انصاف را رعایت نکرده و اجحاف و گران‌فروشی کردند بنا به نظر بسیاری از فقها، حکومت اسلامی وظیفه دارد نرخ عادلانه‌ای را برای آن‌ها تعیین نماید. و حتی سایر فقها که به طور صریح به جواز قیمت‌گذاری فتوا نداده‌اند، به صراحت گفته‌اند حاکم اسلامی در این هنگام، فرد گران‌فروش را مجبور می‌سازد قیمت را پایین آورد تا به نرخي برسد که کاملاً عادلانه باشد ولی قیمت قطعی و مشخصی را تعیین نمی‌کند؛ ضمن این‌که در این مورد، برخی قایل به مجازات بدنی از باب تعزیر هم شده‌اند.

حضرت علی علیه السلام در نامه خود به مالک اشتر می‌فرماید: «معاملات باید سهل و آسان و مطابق با موازین عدل و انصاف صورت گیرد و قیمت‌ها باید به گونه‌ای باشد که به هیچ‌یک از فروشندگان و خریدار ستم و اجحافی روا نگردد»؛ (نهج البلاغه، خطبه ۵۳). برخی از محققین این کلام را دلیل صریح برای جواز قیمت‌گذاری در موارد اجحاف دانسته و آن را از احکام اولیه اسلام می‌شمارند (الحیة ص ۴۲۶).

در نقد این دلیل می‌توان گفت:

اولاً: احتکار به نظر مشهور فقها فقط در اجناسی مثل گندم، جو، خرما، کشمش و روغن جایز نیست و از سویی هر نوع احتکاری هم حرام نیست چنان‌که شیخ اعظم در مکاسب احکام

مختلفی را برای احتکار ذکر کرده اند و لذا احتکار می‌تواند مستحب، مباح یا مکروه و یا حرام باشد (کتاب المکاسب للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثه)، ج ۴، ص: ۳۷۸.

ثانیا: احتکار حرمت تکلیفی دارد اما باعث بطلان وضعی معامله نمی‌شود.

ثالثا: فرض بحث جایی است که از سوی حاکم قیمت گذاری صورت نگرفته باشد.

رابعا: در فرضی که قیمت گذاری هم صورت گرفته باشد تخلف از قیمت مصوب باعث فساد معامله نمی‌شود.

دلیل هشتم: روایات نهی از بیع با مضطربین

ممکن است با توجه به روایات نهی از بیع با مضطربین گفته شود که چنین معاملاتی صحیح نیست. از جمله ان روایات:

«عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: يَأْتِي عَلَى النَّاسِ زَمَانٌ عَضُوضٌ - يَعِضُّ كُلُّ امْرِئٍ عَلَى مَا فِي يَدِهِ وَ يَنْتَسِي الْفَضْلَ - وَ قَدْ قَالَ اللَّهُ وَ لَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ - ثُمَّ يَنْبِرِي فِي ذَلِكَ الزَّمَانِ أَقْوَامٌ - يُبَايِعُونَ الْمُضْطَرِّينَ - أُولَئِكَ هُمُ شِرَارُ النَّاسِ» (وسائل الشيعة؛ ج ۱۷، ص: ۴۴۸).

روایت دیگر:

«عَنِ الرِّضَا عَنْ آبَائِهِ عَنْ عَلِيٍّ عليه السلام تَحْوَهُ وَ زَادَ وَ قَدْ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وآله عَنْ بَيْعِ الْمُضْطَرِّ وَ عَنْ بَيْعِ الْغُرَّرِ» (همان).

این روایات معارضند با روایات دیگری که می‌فرماید:

«عَنْ عُمَرَ بْنِ يَزِيدَ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام جُعِلْتُ فِدَاكَ إِنَّ النَّاسَ يَزْعُمُونَ - أَنَّ الرِّيحَ عَلَى الْمُضْطَرِّ حَرَامٌ وَ هُوَ مِنَ الرِّبَا - قَالَ وَ هَلْ رَأَيْتَ أَحَدًا يَشْتَرِي - غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا إِلَّا مِنْ ضَرُورَةٍ - يَا عُمَرُ قَدْ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا - فَارْتَحَ وَ لَا تُزِيهِ - قُلْتُ وَ مَا الرِّبَا - قَالَ ذَرَاهِمَ بَذَرَاهِمَ مِثْلَيْنِ بِمِثْلٍ» (همان، ص: ۴۴۷).

در بررسی روایات به این نکته باید توجه شود که نهی در باب معاملات ملازمه ای با فساد ندارد. و لذا مشهور علما بیع با مضطر را باطل نمی‌دانند.

و ظاهراً مرحوم صاحب وسایل به ملاحظه تعارضی که میان این روایت و روایت نبوی مشهور «نهی النبی عن بیع المضطر و عن بیع الغرر» وجود دارد در مقام جمع میان این دو روایت، و با

توجه به این که نمی‌توان معاملات اضطراری را حرام و غیر نافذ دانست نهی از بیع مضطر را حمل بر کراهت نموده و در عنوان باب، به کراهت بیع مضطر و گرفتن سود از او فتوا داده است.

البته برخی احتمال دیگری در جمع بین روایات بیان کرده و گفته‌اند:

"شاید بتوان وجه جمع عرفی دیگری نیز میان این دو روایت پیدا کرد تا ظهور نهی در تحریم و فساد معامله نیز حفظ شود. به این صورت که روایت دلالت کننده بر جواز، بر موردی حمل می‌شود که فقط اضطرار ساده در کار است و کسی از آن سوء استفاده نمی‌کند بلکه مضطر کالای مورد نیاز و اضطرار خود را به قیمت متعارف و ثمن‌المثل معامله می‌کند و طرف مقابل نیز سود متعارف را از او دریافت می‌نماید. شاهد این مطلب سخن امام در ذیل روایت یاد شده است که فرمود «فاریح و لا تربه»، یعنی گرفتن سود از شخص مضطر جایز است، که به طور قطع مراد امام سود منطقی و عادلانه است نه سود غیر عادلانه که فروشنده از اضطرار خریدار سوء استفاده کند؛ چون ادله قطعی دلالت بر حرمت ظلم و اجحاف دارد

در مقابل، روایت نبوی که از بیع مضطر نهی فرموده، به قرینه ادله حرمت اضرار و اجحاف، بر موردی حمل می‌شود که متعامل وضعیت اضطراری را برای مضطر ایجاد کرده و یا از آن سوء استفاده نموده و سود غیر منصفانه‌ای را از او دریافت کرده است. در عین حال ظهور نهی در حرمت تکلیفی و فساد وضعی نیز به قوت خود باقی می‌باشد، هم‌چنان‌که وحدت سیاق نیز اقتضا می‌کند نهی از بیع مضطر مانند بیع غری، موجب فساد باشد. (مقاله عقد اذعان یا قرارداد الحاقی، حسین

قافی، مجله فقه و حقوق سال ۱۳۸۳ شماره ۲)

و لکن این مطلب در حد یک احتمال است و خود نویسنده هم آنرا به عنوان "شاید" از آن نام برده. مضاف بر اینکه شاهد ایشان فقط مربوط به باب بیع است نه سایر ابواب معاملات.

دلیل نهم: تمسک به ادله لا حرج

امام خمینی در کتاب البیع به تبعیت از سایر فقها، بحثی از سوء استفاده از اضطرار به میان نیاورده‌اند و در بیان حکم معاملات اضطراری چنین فرموده‌اند که اضطرار ناشی از نیازهای افراد، موجب بطلان معامله نمی‌گردد، زیرا ادله مربوط به بطلان معاملات اکراهی از جمله حدیث رفع، منصرف از موضوع می‌باشد، مگر اینکه از این اضطرار، تضییق و سختی برای فرد ایجاد شود، زیرا که حدیث رفع برای گشایش و راحتی افراد و از باب امتنان است؛ پس معاملات مستند به

اضطرار مطلقاً باطل نمی‌باشد، مگر در بعضی از موارد نادری که در ادامه بیان می‌شود (کتاب البیع: ج ۲: ۹۲).

ظاهراً یکی از این موارد که اضطرار، از باب «الاحرج» موجب بطلان معامله می‌گردد، موردی است که حضرت امام در تحریر الوسیله در انتهای کتاب اطعمه و اشربه بیان نموده‌اند. ایشان در مسأله ۳۶ این کتاب، سؤالی را مطرح نموده‌اند که اگر فردی برای سدّ رمق خویش مجبور به خوردن غذای غیر مضطر گردد، چه تکلیف و به عبارتی چه اختیاری دارد. حضرت امام و بسیاری از فقها عقیده دارند که اگر مالک مال مضطر نباشد، بر او واجب است که از مال خود به شخص مضطر بذل نماید و اگر مالک امتناع نماید، مضطر می‌تواند با قهر و غلبه مال را از او بگیرد. البته بر مالک هم واجب نیست که مال خود را مجاناً به مضطر بدهد و می‌تواند عوض مال خود، یعنی اگر مال قیمی است، قیمت یا همان ثمن المثل و اگر مثلی است، مثل آن را از مضطر بگیرد (تحریر الوسیله؛ ج ۲، ص: ۱۷۱).

ولی اگر مالک حاضر باشد، مال خود را به مضطر بفروشد، مضطر حق استفاده از قهر و غلبه را ندارد و بایستی مال را بخرد. بحث اختلافی که بین فقها وجود دارد، در خصوص تعیین قیمت مال است. سؤال این است که آیا مالک می‌تواند مال خود را به هر قیمتی به مضطر بفروشد؟ در این خصوص بین فقها اختلاف نظر وجود دارد.

اما به نظر میرسد این برداشت از کلام امام ره صحیح نباشد زیرا این عبارت ناظر به حکم تکلیفی هست نه بطلان وضعی. مضاف بر اینکه جریان ادله لا حرج در موارد حکم وضعی محل تردید و اشکال بین فقهاست. و لذا با ادله لا حرج نمی‌توان قائل به صحت این بیع شد.

جمع بندی

در بین ادله مطرح شده دلیل مقبولی مبنی بر بطلان عقد اذعان یافتن نشد مگر اینکه کسی در این موارد ادله لاضرر را جاری بداند که به مقدار ضرر، حق خیار برای شخص مضطر ایجاد می‌شود.

جایگاه مجازات حدّی در سرقت الکترونیکی

استاد راهنما: استاد واعظی

نویسنده:

مصطفی درخشنده^۱

مقدمه

سرقت اینترنتی از جرائم رایج سایبری و رایانه‌ای شمرده می‌شود، از آنجا که هرجرمی متشکل از عناصر سه‌گانه روانی، مادی و قانونی است، در سرقت اینترنتی مراد از عنصر روانی علم و قصد سارق در برداشت مال از حساب دیگری و منظور از عنصر مادی رفتار و فرآیندی است که سارق از اطلاعات حساب بزه‌دیده مطلع شده و اقدام به برداشت وجه از حساب بانکی او می‌کند و مراد از عنصر قانونی روشن ساختن مجازات سرقت اینترنتی در قانون مجازات است، بدین ترتیب قانون‌گذار در ماده ۱۳ قانون جرائم رایانه‌ای مجازات سرقت اینترنتی را اینگونه مقرر داشته «هر کس به طور غیرمجاز از سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی با ارتکاب اعمالی از قبیل وارد کردن، تغییر، محو، ایجاد یا متوقف کردن داده‌ها یا مختل کردن سامانه، وجه یا مال یا منفعت یا خدمات یا امتیازات مالی برای خود یا دیگری تحصیل کند علاوه بر ردّ مال به صاحب آن، به حبس از یک

^۱ . دانش پژوه گروه فقه الجزاء، سال تحصیلی ۹۹-۱۴۰۰

تا پنج سال یا جزای نقدی از بیست میلیون تا صد میلیون ریال یا هر دو مجازات محکوم خواهد شد.»

در نوشتار پیش‌رو باید بررسی شود که آیا تمامی سرقت‌های اینترنتی دارای مجازات تعزیری هستند یا برخی از سرقت‌های اینترنتی مانند هک کردن اطلاعات حساب بانکی دیگران از مصادیق هتک حرز بوده و سرقت اموال الکترونیکی با وجود شرایط سرقت حدّی بوده و مجرم مشمول آیه «السارق و السارقة فاقطعوا ايديهما» می‌شود؟ عاملی که موجب شده قانون‌گذار مجازات حدّی را در سرقت‌های الکترونیکی جاری نداند، مبهم بودن حقیقت حرز و هتک حرز و خروج مال از حرز در سرقت‌های الکترونیکی است، بنابراین باید حقیقت معنای حرز و ادله‌ای که هتک حرز و خروج مال از حرز را شرط اجرای مجازات حدّی سرقت می‌دانند، بررسی و تبیین شوند.

تنقیح موضوع

شناخت معنای حرز و فضای سایبری و پول الکترونیکی برای روشن شدن حکم سرقت اینترنتی همراه با هک کردن اطلاعات حساب بانکی و سرقت مالی حائز اهمیت است:

تعریف حرز

این منظور و طریقی حرز را به معنای مکان استوار، محکم و غیرقابل دسترسی دانسته‌اند (لسان العرب، ج ۵، ص ۳۳۳؛ مجمع البحرین، ج ۴، ص ۱۵) فیومی نیز حرز را به مکانی دانسته که اشیاء در آن حفظ می‌شوند (مصباح المنیر، ج ۲، ص ۱۲۹) بنابراین حرز در لغت به معنای مکانی است غیرقابل دسترسی که اشیاء با قرار گرفتن در آن حفظ خواهند شد.

معنای اصطلاحی حرز در فقه و حقوق به معنای لغوی آن نزدیک است، لذاست که برخی از فقها مانند آیت الله خوئی و آیت الله خوانساری حرز را معنا نکرده‌اند (مبانی تکملة المنهاج، ج ۴۱ موسوعة، ص: ۳۴۵؛ جامع المدارک، ج ۷، ص ۱۳۶) و فقهای مانند امام خمینی تنها به بیان مصادیق در حرز بودن اموال اشاره کرده‌اند (تحریر الوسیلة، ج ۲، ص: ۴۸۵) از مجموع کلمات فقها چهار ویژگی برای حرز اصطیاد می‌شود:

- ۱: مکانی که هر شخصی اجازه ورود به آنجا را نداشته و تنها با اجازه باید وارد آن مکان شد. (الکافی فی الفقه ص ۴۱۱: النهایه فی مجرد الفتوی ص ۷۱۴)
- ۲: فضا و محیط بسته مانند مکان قفل شده یا دیوارکشی شده باشد. (النهایه فی مجرد الفتوی ص ۷۱۴: السرائر، ج ۳، ص ۴۸۳)

۳: هرگاه مالی در حیطة دید و نظر صاحب مال است مانند، گوسفندانی که تحت نظر چوپان هستند، نیز محرز به حساب می‌آیند. (السرّان، ج ۳، ص ۴۸۳)

۴: مال محرز باید مخفی بوده و در انتظار نباشد. (تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۴۸۵)
مقتن در ماده ۲۶۹ ق.م.ا مصوّب سال ۹۲ حرز را اینگونه تعریف می‌کند «حرز عبارت از مکان متناسبی است که مال عرفاً در آن از دستبرد محفوظ می‌ماند.»

تعریف فضای سایبری

فضای سایبر یا مجازی در تعریف برخی از نویسندگان عبارت است از «به مجموعه‌هایی از ارتباطات درونی انسان‌ها از طریق کامپیوتر و مسائل مخابراتی بدون در نظر گرفتن جغرافیای فیزیکی گفته می‌شود.» البته شاید بهتر باشد آن را اینگونه تعریف کنیم «محیط الکترونیکی واقعی است که ارتباطات انسانی به شیوه‌ای سریع و فراتر از مرزهای جغرافیایی و با ابزار خاص خود به صورت زنده و مستقیم روی می‌دهد.» قید «واقعی» مانع از این است که تصور شود، مجازی بودن فضا به معنای غیرواقعی بودن آن است؛ چرا که در این فضا نیز همان ویژگی‌های تعاملات انسانی در دنیای خارج وجود دارد، ضمن اینکه فضای سایبر در واقع یک محیط است که ارتباطات در آن انجام می‌شود نه اینکه صرف مجموعه‌ای از ارتباطات باشد؛ از نشانه‌های حقیقی بودن فضای سایبر و مجازی وجود مسئولیت مدنی و کیفری است، مثلاً هرگاه شخصی به دیگری هتاک کند یا به نشر اکاذیب یا سبّ علیه نبی اسلام ﷺ بپردازد، به مجازات تعزیری یا حدّی محکوم خواهد شد یا اگر خرید و فروشی با لحاظ شرایط شرعی انجام شود، طریفین نسبت به تعهد خویش مسئول هستند.

یک سیستم آنلاین نمونه‌ای از فضای سایبر است که کاربران آن می‌توانند از طریق ایمیل یا امثال آن با یکدیگر ارتباط برقرار کنند، در فضای سایبری نیاز به جابجایی‌های فیزیکی نیست و کلیه اعمال فقط از طریق فشردن کلیدها و حرکات ماوس صورت می‌گیرد.

تعریف پول الکترونیکی

پیدایش پول در گرو احساس به سه نیاز بود: نیاز به مبادله، نیاز به ارزش‌گذاری و نیاز به ارزش و ذخیره ارزش. به نظر می‌رسد دیرینه پول با تشکیل جوامع نخستین مقارن باشد. امروزه سه نوع پول سنتی، الکترونیک و مجازی به رسمیت شناخته شده، تا سال‌های طولانی پول‌های سنتی برای رفع نیاز بشر کارساز بود، ابتدا به صورت تهاتر، سپس مسکوکات دارای ارزش ذاتی و امروزه

پول‌های فیات پول‌هایی که ارزش ذاتی ندارند و اعتبار خود را از دولت‌ها و نظام‌های بانکی کشور می‌گیرند- در معاملات اقتصادی کارآمد هستند و پول‌های مجازی مانند بیت کوین نیز دارای قدمتی یک دهه هستند و بحث از چیستی آنها خارج از حوصله این نوشتار است اما پول‌های الکترونیکی از اواسط قرن بیستم وارد عرصه اقتصادی شدند؛ جامعه اروپا پول الکترونیکی را اینگونه تعریف کرده‌اند:

- بر روی قطعه الکترونیکی همانند تراشه کارت یا حافظه کامپیوتر به صورت الکترونیکی ذخیره شده.

- بدین منظور ایجاد شده که به عنوان جانشین الکترونیکی برای سکه و اسکناس در دسترس و اختیار مصرف‌کنندگان قرار گیرد.

مشاور امور مصرف‌کنندگان آمریکا، پول الکترونیکی را به این عنوان توصیف کرده «پولی است که به صورت الکترونیکی حرکت کرده و به گردش در می‌آید و می‌تواند به صورت کارت هوشمند یا کیف پول الکترونیکی ارائه شود.»

حل مسأله فقهی

جریان مجازات حدّی سرقت، در سرقت‌های الکترونیکی منوط به پاسخ‌دهی به این سوالات است که آیا اموالی که در فضای سایبری حفاظت می‌شوند، حقیقتاً دارای حرز هستند و هک کردن حساب‌های الکترونیکی و دستیابی بدون اجازه به اموال الکترونیکی حقیقتاً هتک حرز شمرده می‌شود؟ آیا دلیلی شرعی مبنی بر شرطیت حرز وجود دارد که اطلاق داشته باشد که هم شامل حرز مادی و غیرمادی شود تا آنجا که هتک حرز در فضای مجازی نیز مشمول ادله شرعی باشد؟ آیا خروج مال از حرز دخیل در معنای سرقت است و آیا خروج اموال ظهور در خروج فیزیکی دارد؟ بنابراین اثبات مجازات حدّی در سرقت‌های الکترونیکی منوط به گذراندن، سه مقام است:

مقامهای اثبات مجازات حدّی در سرقت‌های الکترونیکی

مقام اول: استعمال حرز نسبت به اموالی که در فضای سایبری حفاظت می‌شوند، استعمال حقیقی است.

مقام دوم: ادله‌ی بیانگر شرطیت حرز اطلاق داشته و شامل حرز اموال در فضای سایبری نیز می‌شوند.

مقام سوم: خروج اموال از حرز، دخیل در معنای سرقت نیست و اگر هم دخیل باشد، حقیقتاً خروج اموال در سرقت‌های الکترونیکی صادق خواهد بود.

مقام اول: حقیقی بودن استعمال حرز نسبت به اموال در فضای مجازی

متبادر از معنای حرز فضا و مکانی است که اشیاء و اموال در آن نگه‌داری و حفاظت شده و کسی بدون اذن حق دسترسی به آنجا را ندارد، بنابراین واژه حرز وضع شده برای آنچه محافظ و نگه‌دارنده است، لذا مادی و فیزیکی بودن دخیل در معنای حرز نیست؛ از این رو پول‌های الکترونیکی که در فضای سایبری محافظت می‌شوند، دارای حرز حقیقی و متناسب با خود آنها هستند؛ به عبارت دیگر پیشرفت علم و تکنولوژی مناسبات زندگی بشر را تغییر داده و در نتیجه بسیاری از تعاملات و معاملات از فضای خارجی به فضای مجازی و سایبری کشیده شده، جامعه بشری برای پاسخگویی به نیاز انجام معاملات و فعالیت‌های اقتصادی در فضای سایبری به اختراع پول‌های الکترونیکی روی آورده، از آنجا که پول‌های الکترونیکی همانند پول‌های سنتی دارای ارزش و مالیت هستند، صاحبان آنها با روش‌هایی متناسب با فضای مجازی و سایبری به حفظ و صیانت از پول‌های الکترونیکی می‌پردازند، لذاست که پول‌های الکترونیکی دارای حرز هستند و جز صاحبان مال حق دسترسی به آنها را ندارند و به اتفاق عقلا کسی که حساب‌های مالی الکترونیکی را هک کند، هتک حرز کرده و سارق شمرده می‌شود و با وجود سائر شرایط سرقت حدّی مستحق حدّ سرقت خواهد بود.

لازم به ذکر است که پول‌های الکترونیکی و رمز ارزها حقیقتاً دارای حرز هستند، تنها فرق میان آن دو این است که در سرقت پول‌های الکترونیکی بانک هک شده و اموال بانک سرقت می‌شود؛ البته در مواردی که با ایجاد درگاه‌های اینترنتی دروغین اموال مردم ربوده می‌شود از مصادیق کلاهبرداری است، چرا که طی مانوری متقلبانه اموال مردم ربوده می‌شود ولی در رمز ارزها، از آنجا که ارز دیجیتال مال بحساب می‌آید و با هک شدن حساب کاربری صاحب رمز ارز، در واقع اموال صاحب رمز ارز سرقت می‌شود؛ بنابراین مسروق منه در پول‌های الکترونیکی بانک و در رمز ارزها صاحب رمز ارز خواهد بود.

مقام دوم: اطلاق ادله‌ی شرطیت حرز

به اطلاق روایاتی چون صحیحہ محمد بن مسلم، صحیحہ ابی‌بصیر و موثقہ اول و دوم سکونی برای اثبات حرز الکترونیکی می‌توان استناد کرد:

الف: صحیحہ محمد بن مسلم

«مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ أَبِي أَيُّوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ قَالَ قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام فِي كَمْ يُقَطَّعُ السَّارِقُ فَقَالَ فِي رُبْعٍ دِينَارٍ قَالَ قُلْتُ لَهُ فِي ذَرَاهِمَيْنِ فَقَالَ فِي رُبْعٍ دِينَارٍ بَلَغَ الدِّينَارُ مَا بَلَغَ قَالَ فَقُلْتُ لَهُ أَرَأَيْتَ مَنْ سَرَقَ أَقَلَّ مِنْ رُبْعٍ دِينَارٍ هَلْ يَقَعُ عَلَيْهِ حِينَ سَرَقَ اسْمُ السَّارِقِ وَ هَلْ هُوَ عِنْدَ اللَّهِ سَارِقٌ فِي تِلْكَ الْحَالِ فَقَالَ كُلُّ مَنْ سَرَقَ مِنْ مُسْلِمٍ شَيْئًا قَدْ حَوَاهُ وَ أَخْرَزَهُ فَهُوَ يَقَعُ عَلَيْهِ اسْمُ السَّارِقِ وَ هُوَ عِنْدَ اللَّهِ سَارِقٌ وَ لَكِنْ لَا يُقَطَّعُ إِلَّا فِي رُبْعٍ دِينَارٍ أَوْ أَكْثَرَ وَ لَوْ قُطِعَتْ أَيْدِي السَّرَّاقِ فِيمَا هُوَ أَقَلُّ مِنْ رُبْعٍ دِينَارٍ لَأَلْفَيْتَ عَامَّةَ النَّاسِ مُقَطَّعِينَ» (كافی، ص ۲۲۲)

سند روایت

نجاشی محمد بن یحیی، احمد بن محمد بن عیسی، ابراهیم ابی ایوب خراز و محمد بن مسلم را توثیق کرده دانسته (رجال نجاشی، ص ۳۵۳؛ ص ۵۹؛ ص ۲۰؛ ص ۳۲۴) حسن بن محبوب نیز توسط شیخ طوسی توثیق شده (رجال طوسی، ص ۳۳۴) از آنجا که تمام روایات امامی هستند، روایت صحیحہ می‌باشد.

دلالت روایت

سائل با توجه به آیه «السارق و السارقه فاقطعوا ایدهما» از شروط اجرای حدّ شرعی علیه سارق سوال کرده و امام صادق عليه السلام یکی از شروط صدق سرقت حدّی را در حرز بودن مال مسروقه و شرط دیگر را این دانسته که ارزش مال مسروقه باید به اندازه ربع دینار باشد، بدین ترتیب روایت با دو شرط - هتک حرز و سرقت اموال بیش از چهار دینار - مجازات حدّ سرقت را جاری می‌داند، با قبول استعمال حقیقی حرز نسبت به حفاظت سایبری نسبت به اموال الکترونیکی، عموم «كُلُّ مَنْ سَرَقَ مِنْ مُسْلِمٍ شَيْئًا قَدْ حَوَاهُ وَ أَخْرَزَهُ» شامل سرقت‌های الکترونیکی نیز می‌شود لذا هرگاه شخصی در فضای سایبری مالی که ارزش آن بیش از ربع دینار است و در حرز الکترونیکی قرار دارد، سرقت کند، محکوم به مجازات حدّی سرقت خواهد شد.

نقد دلالتی

سیاق روایت حاکی از آن است که سوال سائل و جواب معصوم عليه السلام ناظر به کمیت مال مسروقه در سرقت حدّی است و فقره «كُلُّ مَنْ سَرَقَ مِنْ مُسْلِمٍ شَيْئًا قَدْ حَوَاهُ وَ أَخْرَزَهُ فَهُوَ يَقَعُ عَلَيْهِ اسْمُ السَّارِقِ وَ هُوَ عِنْدَ اللَّهِ سَارِقٌ وَ لَكِنْ لَا يُقَطَّعُ إِلَّا فِي رُبْعٍ دِينَارٍ» دلالت دارد که سارق کسی است

که به سرقت اموالی که دیگران تملک کرده‌اند بپردازد و در صورتی که قیمت مال مسروقه به اندازه ربع دینار باشد، دست او قطع خواهد شد؛ لذا «واو» در «حواه و احرزه» عطف به حساب می‌آید نه تفسیر، چرا که عرفاً سرقت از حرز دخیل در معنای سرقت نیست و اینگونه نیست که هرگاه ربودن از حرز نبود، سرقت صادق نباشد.

ب: صحیحہ ابی بصیر

«عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ أَبِي أَيُّوبَ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ عليه السلام عَنْ قَوْمٍ اصْطَحَبُوا فِي سَفَرٍ رُفَقَاءَ فَسَرَقَ بَعْضُهُمْ مَتَاعَ بَعْضٍ فَقَالَ هَذَا خَائِنٌ لَا يُقْطَعُ وَلَكِنْ يُتَّبَعُ بِسَرِيقَتِهِ وَخِيَانَتِهِ قِيلَ لَهُ فَإِنْ سَرَقَ مِنْ مَنْزِلِ أَبِيهِ فَقَالَ لَا يُقْطَعُ لِأَنَّ ابْنَ الرَّجُلِ لَا يُحْجَبُ عَنِ الدُّخُولِ إِلَى مَنْزِلِ أَبِيهِ هَذَا خَائِنٌ وَكَذَلِكَ إِنْ سَرَقَ مِنْ مَنْزِلِ أَخِيهِ وَأُخْتِهِ إِذَا كَانَ يَدْخُلُ عَلَيْهِمْ لَا يُحْجَبَانِهِ عَنِ الدُّخُولِ». (کافی، ج ۷، ص ۲۲۸)

سند روایت

نجاشی علی بن ابراهیم را توثیق کرده (رجال النجاشی، ص ۲۶۰) پیرامون وثاقت ابراهیم بن هاشم برخی از علما شک کرده‌اند ولیکن با توجه به اینکه نجاشی او را اولین کسی می‌داند که به نشر حدیث در قم پرداخته (همان، ص ۱۶) باید گفت: منشاء نشر حدیث در قم بودن بالاترین دلالت بر عظمت و وثاقت ابراهیم بن هاشم را دارد، علاوه بر این کثرت نقل اجلانی چون علی بن ابراهیم و محمد بن حسن صفار و محمد بن احمد بن یحیی بن عمران اشعری موجب اطمینان به وثاقت ایشان می‌شود، شیخ طوسی حسن بن محبوب را توثیق کرده (رجال طوسی، ص ۳۳۴) شیخ نجاشی ابراهیم ابویوب خراز را نیز توثیق کرده (رجال نجاشی، ص ۲۰) کشی نیز لیث بن بختری معروف به ابوبصیر را توثیق کرده و از اصحاب اجماع می‌داند (رجال کشی، ص ۲۳۸) بنابراین از آنجا که تمامی روایات امامی هستند لذا روایت صحیحہ است.

دلالت روایت

ابی بصیر از حکم سه نوع ربایش اموال سوال می‌پرسد و امام صادق عليه السلام هر سه نوع ربودن را خیانت دانسته نه سرقت مستوجب حدّ شرعی؛
الف: مالی که در سفر همراه انسان است، و توسط همسفران سرقت شود که مصداق سرقت حدی نیست و خیانتی است که همسفران انجام داده‌اند.

ب: در جریان سرقت مال از پدر، امام صادق علیه السلام فرموده‌اند «لَا نَّ ابْنَ الرَّجُلِ لَا يُحِبُّ عَنْ الدُّخُولِ» لذا علت عدم قطع دست را در حرز نبودن مال دانسته است و از آنجا که «العله تعمم و تخصص» پس هرگاه مالی در حرز نبود، مجازات حدی سرقت جریان پیدا نخواهد کرد.

ج: در جریان سرقت مال از برادر یا خواهر، امام صادق علیه السلام فرموده‌اند «إِذَا كَانَ يَدْخُلُ عَلَيْهِمْ لَا يَحِبُّانِيهِ عَنِ الدُّخُولِ» زمانی که صاحب مال، برادر و خواهرش را از ورود به مکانی که مال مسروقه در آن قرار داشته منع نکرده باشند، دزد محکوم به مجازات حدی سرقت نخواهد بود و از آنجا که «العله تعمم و تخصص» لذا هرگاه صاحب مال سارق را از ورود به مکان نگهداری مال مسروقه منع نکرده باشد، مال مسروقه در حرز نخواهد بود، بنابراین سارق محکوم به قطع دست نیست.

تعلیل فراز دوم و سوم روایت عمومیت داشته لذا هرگاه مالی در حرز نباشد و سرقت شود، دست دزد بریده نخواهد شد، مفهوم این حکم آن است که هرگاه مال مسروقه در حرز باشد، مقتضی برای قطع دست سارق وجود دارد، بنابراین هرگاه استعمال حرز در مورد اموالی که در فضای سایبری نگه‌داری می‌شوند، حقیقی باشد لذا سارقی که در فضای سایبری به هک کردن حساب مالی دیگران پردازد و اقدام به سرقت اموال الکترونیکی کند، مستحق مجازات حدی خواهد بود.

نقد

مفهوم تعلیل در روایت حجت نیست، با اینکه تعلیلی که ذکر شده عمومیت داشته و هرگاه مال از غیرحرز سرقت شود، سارق مستحق مجازات حدی نیست اما تعلیل مفهوم ندارد، یعنی اینگونه نیست که هرگاه مال از حرز سرقت شود، سارق مستحق مجازات حدی باشد، مثلاً وقتی گفته می‌شود «لا تاكل الرمان لانه حامض» از هرچه که ترش مزه است باید اجتناب کرد اما مفهوم ندارد که هرچه ترش مزه نیست باید خورده شود یا جائز است خورده شود، لذا استدلال به مفهوم تعلیل روایت صحیح نیست، چرا که نمی‌توان گفت: سرقت از حرز مطلقاً موجب قطع دست سارق است زیرا شاید برخی از سرقت‌های از حرز مانند سرقت از حرزهای الکترونیکی موجب اثبات جرم سرقت حدی نشود.

ج: موثقه اول سکونی

«عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام كُلُّ مَذْخَلٍ يُدْخَلُ فِيهِ بِغَيْرِ إِذْنٍ صَاحِبِهِ فَسَرَقَ مِنْهُ السَّارِقُ فَلَا قَطْعَ عَلَيْهِ يَغْنِي الْحَمَامَاتُ وَالْخَنَازِيرُ وَالْأَرْحِيَّةُ...» (کافی، ج ۷، ص ۲۳۱)

سند روایت

نجاشی علی بن ابراهیم را توثیق کرده و امامی دانسته (رجال النجاشی، ص ۲۶۰) پیرامون وثاقت ابراهیم بن هاشم برخی از علما شک کرده اند و لکن با توجه به اینکه نجاشی او را اولین کسی می داند که به نشر حدیث در قم پرداخته (همان، ص ۱۶) باید گفت: منشاء نشر حدیث در قم بودن بالاترین دلالت بر عظمت و وثاقت ابراهیم بن هاشم را دارد، علاوه بر این کثرت نقل اجلائی چون علی بن ابراهیم و محمد بن حسن صفار و محمد بن احمد بن یحیی بن عمران اشعری موجب اطمینان به وثاقت ایشان می شود، نوفلی و سکونی توثیق خاصی در کتب رجالی ندارند، شیخ طوسی در العده فی اصول الفقه می فرماید «طائفه به روایات حفص بن غیاث و غیاث بن کلوب و نوح بن دراج و سکونی و مانند آنها که از عامه هستند، هرگاه مبتلا به معارض نباشند، عمل می کنند.» (طوسی، محمد بن حسن، العده فی اصول الفقه، ج ۱، ص ۱۴۹) از آنجا که غالب روایات سکونی از طریق نوفلی رسیده و کتاب او را نوفلی روایت کرده پس از عمل به روایات سکونی، معتمد بودن نوفلی هم ثابت می گردد. (شیری، کتاب نکاح، ج ۱، ص ۱۹۸) بنابراین روایت موثقه است.

دلالت روایت

امام صادق عليه السلام از قول حضرت علی عليه السلام می فرماید: هر مکانی که ورود به آن نیاز به اذن ندارد و دسترسی به آنجا عمومی است، اصطلاحاً حرز محسوب نمی شود و مجازات سرقت حدی منتفی خواهد بود، بنابر مفهوم روایت مکانی که ورود به آنجا نیاز به اذن دارد، حرز محسوب می شود و ورود بدون اجازه هتک حرز شمرده می شود؛ بدین ترتیب اطلاق منطوق روایت شامل سایت ها و صفحات مجازی می شود که دسترسی به آن برای همگان آزاد است، لذا سرقت اطلاعات بانکی و سرقت اموال در فضای سایبری، سرقت از حرز نخواهد بود و اطلاق مفهومی نیز دلالت دارد

که هک کردن اطلاعات مالی و شخصی دیگران و سرقت اموال آنها هتک حرز شمرده شده و مستوجب مجازات حدی خواهد بود.

نقد دلالی

پشتوانه استدلال قبول مفهوم وصف است و حال آنکه مشهور اصولیون منکر مفهوم دار بودن وصف شده‌اند، لذا نمی‌توان گفت: سرقت از هر مکانی که باید با اذن وارد آنجا شد، مستوجب مجازات حدی خواهد بود، بله مفهوم فی الجمله برای وصف مقبول است، یعنی سرقت از برخی از مکان‌ها که با اذن باید وارد آنجا شد، مقتضی مجازات قطع دست سارق است ولی مدعا را ثابت نخواهد کرد.

د: موثقه دوم سکونی

«أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنِ الْبُزْجِيِّ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنِ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَلِيٍّ عليه السلام قَالَ: لَا يُقْطَعُ إِلَّا مَنْ نَقَبَ بَيْتًا أَوْ كَسَرَ قُفْلًا» (استبصار فیما اختلف فيه الاخبار، ج ۴، ص ۲۴۳)

سند روایت

احمد بن محمد بن عیسی اشعری قمی از اجلاء اصحاب شمرده شده (رجال النجاشی، ص ۸۳) نجاشی محمد بن خالد برقی را ضعیف در حدیث دانسته (رجال النجاشی، ص ۳۳۵) ولی شیخ طوسی ایشان را توثیق کرده (رجال الطوسی، ص ۳۶۳) از آنجا که در معنای «ضعیفاً فی الروایه» هم احتمال عدم توثیق و هم احتمال اعتماد به روایات مرسل و نقل روایات معتبر و غیر معتبر داده می‌شود، همانگونه که ابن غضائری نقل کرده (رجال ابن غضائری، ج ۱، ص ۹۳) لذا کلام نجاشی مجمل خواهد بود ولی توثیق شیخ صریح در وثاقت است، لذا تعارضی میان کلام شیخ طوسی و نجاشی وجود ندارد.

دلالت روایت

مطابق دلالت روایت تنها در صورتی دست سارق قطع می‌شود که دیوار خانه‌ایی را سوراخ کرده باشد یا قفلی را شکسته باشد، همانگونه که فقهای چون علامه حلی، محقق حلی، شهید ثانی، آیت الله خوئی فرموده‌اند: سوراخ کردن دیوار یا شکستن قفل موضوعیت ندارند بلکه هرگاه سارق مثلاً قفل در را باز کند هتک حرز صادق خواهد بود، بنابراین روایت دارای معنایی عام هست و بیانگر شرطیت حرز در اجرای حد سرقت می‌باشد (مختلف الشیعه، ج ۹، ص ۲۱۵؛ المذهب البارع، ج ۵، ص ۱۰۱؛ مسالک الافهام، ج ۱۴، ص ۴۸۵؛ مبانی تکملة المنهاج، ج ۲، ص ۳۴۵) بنابراین هرگاه مال مسروقه در حرز باشد ولو

اینکه نه قفلی شکسته شود و نه دیواری سوراخ شود، مجازات قطع دست سارق جاری خواهد شد، لذا اموالی که در فضای سایبری با کدها و رمزهای مخصوص صاحب مال حفظ و نگه‌داری می‌شوند، دارای حرز بوده و هک کننده حساب، مرتکب هتک حرز شده است؛ به عبارت دیگر طبق ارتکاز عرفی حرز هر شیء متناسب با اوست، لذا هتک حرز به معنای انجام رفتار فیزیکی مانند شکستن قفل یا تخریب دیوار نیست بلکه هتک حرز هر چیزی متناسب با آن خواهد بود، فقهای چون آیت الله فاضل به این فهم و ارتکاز عرفی اشاره کرده‌اند. (تفصیل الشریعه، ص ۵۳)

علاوه بر آنچه گفته شد، کسی که حساب مالی یا برنامه‌ای را هک می‌کند، عرفاً گفته می‌شود که قفل حساب یا برنامه را شکسته است، لذا هکر حساب مالی و سارق اموال مستحق مجازات حدّی خواهد بود.

نقد دلّالی

باید توجه داشت که در الغا خصوصیت باید به قدر متیقن اکتفا کرد، لذا الغا خصوصیت از شکستن قفل و خراب کردن دیوار به انجام سائر رفتارهای فیزیکی عرفی است ولی الغا خصوصیت به هک کردن حساب‌های بانکی و مانند آن که رفتار فیزیکی و خشن انجام نمی‌شود، عرفی نخواهد بود.

مقام سوم: بررسی معنای موضوع له سرقت

در ادامه باید بررسی شود که آیا معنای موضوع له سرقت متضمن اخراج از حرز است و آیا اخراج مال هم ظهور در انجام رفتار فیزیکی دارد؟ روایاتی چون موثقه طلحه بن زید و موثقه سکونی اخراج مال از حرز را شرط تحقق سرقت حدّی می‌دانند:

الف: موثقه طلحه بن زید

«وَيُؤْتِيهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ عِيسَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ طَلْحَةَ بْنِ زَيْدٍ عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَلِيٍّ عليه السلام قَالَ: لَيْسَ عَلَى السَّارِقِ قَطْعٌ حَتَّى يُخْرَجَ بِالسَّرِقَةِ مِنَ الْبَيْتِ» (وسائل الشيعة، ج ۲۸، ص: ۲۶۳)

سند روایت

همانگونه که گذشت، احمد بن محمد بن عیسی از اجلا اصحاب به حساب می‌آید؛ ابن داود محمد بن عیسی بن عبید را ثقه و امامی دانسته است (رجال ابن داود، ص ۵۰۹) و کثرت نقل اجلائی چون ابراهیم بن هاشم، احمد بن محمد بن عیسی و احمد بن محمد بن خالد، موجب اطمینان به وثاقت

ایشان می‌شود؛ نجاشی محمد بن یحیی الخزاز را توثیق کرده (رجال نجاشی، ص ۳۵۹) اما طلحه بن زید شامی در کتب رجال عامی و بتری شمرده شده ولی نسبت به توثیق یا تضعیف او بیانی خاص وجود ندارد، اما به علت نقل صفوان بن یحیی از او اطمینان به وثاقت او پیدا می‌شود، بنابراین روایت موثق خواهد بود.

ب: موثق سکونی

«عَنْ أَبِيهِ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام فِي السَّارِقِ إِذَا أَخَذَ وَقَدْ أَخَذَ الْمَتَاعَ وَهُوَ فِي الْبَيْتِ لَمْ يَخْرُجْ بَعْدَ قَالَ لَيْسَ عَلَيْهِ الْقَطْعُ حَتَّى يَخْرُجَ بِهِ مِنَ الدَّارِ» (وسائل الشیعه، ج ۲۸، ص ۲۶۲)

دلالت روایت طلحه بن زید و سکونی

روایات دلالت دارند که شرط اجرای مجازات سرقت حدی خروج مال مسروقه از حرز همچون خانه است، لذا تا زمانی که اخراج از حرز صدق نکند، مجازات حدی جاری نخواهد شد.

مشهور فقها با تکیه بر دلالت موثق سکونی و طلحه بن زید خروج از حرز را از شروط مجازات حدی سرقت دانسته‌اند اما در مقابل فقهای چون آیت الله خوانساری شرطیت خروج مال مسروقه از حرز را در جریان حد سرقت انکار کرده‌اند. (جامع المدارک، ج ۷، ص ۱۳۷)

در هر صورت دلالت واضح روایات و شهرت قریب به اتفاق فقها دلالت دارد که خروج مال مسروقه از حرز، از شرایط مجازات حدی سرقت است ولی اشکالی که شاید در سرقت‌های الکترونیکی به ذهن آید، این است که اخراج حقیقی در اموری معنا دارد که دارای ماهیتی فیزیکی هستند، لذا تنها در اموال سنتی مانند طلا و نقره یا اسکناس مجازات قطع دست اجرا خواهد شد نه در اموال الکترونیکی یا مجازی بدین ترتیب سرقت در فضای سایبری، سرقت مستوجب مجازات حد نیست.

لکن در جواب باید گفت: از دیدگاه عرف پول الکترونیکی حقیقتاً مالیت و ملکیت داشته لذا نقل و انتقال آن نیز حقیقی و متناسب با خود آن است، از این رو خروج مال از حساب شخصی و انتقال آن به حساب دیگر، حقیقتاً مصداق خروج مال و انتقال مال است، لذا اگر خروج مال مسروقه از حرز، شرط سرقت حدی باشد، سرقت‌های الکترونیکی نیز سرقت خواهند بود،

بنابراین کسی که حساب بانکی را هک کرده و دسترسی به اموال نامشروع پیدا کرده است ولی هنوز پولی را انتقال نداده است، سارق شمرده نمی‌شود، بلکه متهم به شروع سرقت است.

جمع بندی

مجازات حدّی سرقت علیه کسی که اقدام به هک کردن حساب‌های مالی کرده و اموال الکترونیکی را سرقت می‌کند جاری خواهد بود، چرا که از دیدگاه عرف حرز هر چیز متناسب با آن است لذا اموالی که در فضای سایبری نگاه‌داری می‌شوند حقیقتاً دارای حرز هستند و کسی که اقدام به هک کردن حساب‌های مالی می‌کند، حقیقتاً هتک حرز کرده لذا مطابق اطلاق ادله‌ایی چون صحیحہ محمد بن مسلم و موثقہ سکونی کسی که اقدام به هتک حرز کرده و سائر شرایط سرقت حدّی را داشته باشد، مطابق آیه «السارق و السارقه فاقطعوا ایدیہما» محکوم به مجازات قطع دست خواهد شد.

با اینکه روشن شد که از جمله شروط سرقت حدّی خروج مال مسروقه از حرز است و این خروج اعم از خروج فیزیکی و مادی و غیرمادی است و استعمال حرز نسبت به اموالی که در فضای سایبری نگاه‌داری و حفاظت می‌شوند، استعمال حقیقی است، چرا که از دیدگاه عرف حرز هر چیز متناسب با آن است لذا اگر حرز سکه و طلا به نگاه‌داری آن در گاوصندوق است، حرز اموال الکترونیکی به صیانت از آنها با داده‌های الکترونیکی در فضای اینترنتی و سایبری است ولیکن در میان روایاتی که به عنوان مستند شرطیت هتک حرز در سرقت حدّی به آنها تمسک شده، تنها صحیحہ محمد بن مسلم است که دربردارنده واژه «حرز» است که این روایت نیز اطلاق ندارد، چرا که به قرینه سیاق روایت مراد از «احرزه» تملک کردن مال است نه در حرز قرار دادن، لذا اطلاقی وجود ندارد که شامل حرز مادی و غیرمادی شود، از آنجا که هتک حرز به اجماع فقها شرط مجازات حدّی سرقت است (جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۴۱، ص ۵۲۸؛ اسس الحدود و التعزیرات، ص ۳۱۷) باید به قدرمتیقن دلیل لُبّی همچون اجماع تمسک کرد و قدرمتیقن از حرز و هتک حرز، حرزهای مادی و هتک حرزهای سخت و مادی می‌باشد.

اشتراط رؤیت به نحو مخصوص در شهادت شاهدین بر زنا

استاد راهنما: استاد واعظی

نویسنده:

سید محمد حسن نصراللهی^۱

چکیده

یکی از راه های اثبات وقوع زنا شهادت بر آن است. از جمله مباحث مطرح ذیل «شهادت بر زنا» بررسی اشتراط رؤیت به نحو مخصوص در شهادت شاهدین بر زنا می باشد. سه جهت مهم ذیل این بحث دارای اهمیت فراوان است. جهت اول این است که آیا در شهادت بر زنا مشاهده و رؤیت شرط است یا آن که در حصول شهادت بر زنا، حصول علم به وقوع زنا ولو از غیر طریق مشاهده کفایت می کند. جهت دوم این است که بر فرض اشتراط مشاهده و رؤیت آیا مشاهده به نحو مخصوص مانند میل در سرمه دان دارای اعتبار می باشد یا آن که مشاهده ملازمات عرفیه آن برای حجیت شهادت بر زنا کفایت می کند. جهت سوم هم این است آیا در شهادت بر زنا باید کلمات نص در وقوع زنا و تحقق دخول باشند یا ظهور وضعی یا عرفی ولو همراه با قرائن حالیه بر وقوع آن کفایت می کند. در این پژوهش به بررسی این سه جهت از بحث پرداخته می شود.

^۱. دانش پژوه گروه فقه الجزاء، سال تحصیلی ۹۹-۱۴۰۰

کلید واژه

شهادت بر زنا، ملازمات عرفی زنا، رؤیت به نحو مخصوص، شهادت متکی به حس، شهادت متکی به علم، لزوم نص بودن شهادت بر زنا

مقدمه

باتوجه به این که شارع مقدس برای خانواده و حفظ نسل انسان ها ارزش زیادی قائل است زنا را به عنوان عملی که بنیان خانواده را در جامعه متلاشی می‌کند حرام و ممنوع کرده است و برای آن مجازات‌های گوناگون سختی هم بسته به شرایط مختلف قرار داده است ولی از آنجا که شیوع و گسترش گناه خود باعث قبح شکنی و ازدیاد آن می‌شود شارع برای اثبات آن هم شرایط سختی قرار داده است تا به راحتی وقوع این گناه در جامعه اثبات نشود. یکی از شرایط اثبات این گناه در محکمه‌های قضایی شهادت حداقل چهار شاهد مرد عادل یا سه شاهد مرد عادل و دو شاهد زن عادل و یا دو شاهد مرد عادل و چهار شاهد زن عادل می‌باشد. (مبانی تکملة المنهاج، ج ۱، ص ۲۱۷)

کیفیت شهادت شاهدین از جهت اشتراط رؤیت مخصوص در شهادت بر زنا

آن چه که در این پژوهش مد نظر است در کیفیت شهادت این شاهدین از جهت اشتراط رؤیت مخصوص در شهادت بر زنا می‌باشد که در آن سه جهت از بحث وجود دارد:

جهت اول بحث این است که در شهادت بر زنا آیا شهادت از روی شهود و احساس شرط است به این معنی که چون زنا از امور دیدنی می‌باشد حتما باید شاهدین شهادتشان متکی به رؤیت و مشاهده باشد یا آن که صرف علم شاهدین به وقوع زنا در شهادت آن‌ها کافی می‌باشد.

جهت دوم از بحث این است که بر فرض اعتبار رؤیت و شهادت در شهادت بر زنا آیا رؤیت مخصوص شرط است به این صورت که مانند میل در سرمه دان شاهدین عمل زنا را دیده باشند یا آن که افعالی که عرفا ملازم با دخول آلت مرد در فرج زن هست هم ببینند در شهادت بر زنا کفایت می‌کند.

جهت سوم از بحث این است که آیا در شهادت بر زنا باید الفاظ نص در وقوع زنا و تحقق دخول باشد یا آن که ظهور وضعی و عرفی ولو به واسطه قرائن حالیه بر وقوع زنا داشته باشند؛ کفایت می‌کند.

جهت اول: اعتبار مشاهده در شهادت بر زنا

در این جهت بحث دو نظریه وجود دارد: نظریه اول که نظر مشهور فقها هست این است که در شهادت بر زنا حتما رؤیت و مشاهده شاهدین ضرورت دارد و شهادت آن ها اگر متکی به رؤیت و مشاهده آن ها نباشد هیچ اعتباری ندارد. (مبانی تکملة المنهاج، ج ۱، ص ۲۱۸. تفصیل الشریعه فی شرح الحدود، ص ۱۲۱، فقه الحدود والتعزیرات، ج ۱، ص ۳۴۶). نظریه دوم که نظریه صاحب جواهر و برخی از فقهای معاصر می باشد این است در شهادت بر زنا مثل سایر شهادت بعید نیست گفته شود که علم شاهدین به وقوع زنا که همان دخول آلت مرد در فرج زن هست، کافی برای اعتبار شهادت شاهدین می باشد. (جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۲۹۹. فقه الصادق، ج ۲۵، ص ۴۰۲)

در باب شهادت این بحث محل اختلاف فقها هست که آیا مستند شاهد در مقام تحمل شهادت و اداء آن لازم است خصوص مشاهده به معنای اعم از دیدن و شنیدن باشد یا آن که مطلق علم ولو از غیر طریق مشاهده کفایت می کند مثل این که شخصی از خبر متواتر یا خبر محفوف به قرینه قطعی علم به مخبره حاصل کند. مستند قول اخیر اطلاق برخی از آیات و روایاتی هست که در شهادت، علم به مورد شهادت را لازم می دانند ولی در مقابل برخی به استناد به برخی دیگر از آیات و روایات فرموده اند که شهادت به معنای حضور هست ولذا به عالمی که علم او مستند به حس نیست شاهد گفته نمی شود و لذا به خبر او هم اگر مستند به حس نباشد شهادت گفته نمی شود لذا معتقد شده اند که در شهادت علاوه بر علم به مورد شهادت باید مستند به حس هم باشد. (مبانی تکملة المنهاج، ج ۱، ص ۱۳۷-۱۳۸. جواهر الکلام، ج ۲۱، ص ۱۲۱-۱۳۰. تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله (کتاب القضاء و الشهادت)، ص ۴۵۵-۴۶۴)

ادله نظریه اشتراط رؤیت

اما با قطع نظر از آن که در باب شهادت به چه نظریه ای معتقد باشیم در باب زنا ممکن است خصوصیتی باشد که آن خصوصیت باعث شود فقط شهادتی که مستند آن رؤیت و مشاهده هست در این جا حجت باشد. و آن خصوصیت روایاتی هست که در این جا وجود دارد. آن روایات بدین قرار هستند:

- ۱- روایت اول (صحیحہ حلبی)^۱: «مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ وَعَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ جَمِيعاً عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: حَدَّثَ الرَّجُلُ أَنَّ يَشْهَدُ أَرْبَعَةً أَنَّهُمْ رَأَوْهُ يُدْخِلُ وَيُخْرِجُ» (وسائل الشيعة، ج ۲۸، ص ۹۴)
- ۲- روایت دوم (مؤتقه ابی بصیر)^۲: «محمد بن یعقوب عن محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد عن علي بن الحکم عن علي بن أبي حمزة عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قَالَ: لَا يَجِبُ الرَّجُلُ حَتَّى تَقُومَ الْبَيِّنَةُ الْأَرْبَعَةُ أَنَّهُمْ قَدْ رَأَوْهُ يُجَامِعُهَا» (وسائل الشيعة، ج ۲۸، ص ۸۷، ۹۵)
- ۳- روایت سوم (روایت ابی بصیر)^۳: «محمد بن یعقوب عن عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ الْبَصْرِيِّ عَنْ حَمَّادِ بْنِ عِيسَى عَنْ شُعَيْبِ بْنِ الْعَقْرِقُوفِيِّ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: حَدَّثَ الرَّجُلُ فِي الرَّثَا أَنَّ يَشْهَدُ أَرْبَعَةً أَنَّهُمْ رَأَوْهُ يُدْخِلُ وَ يُخْرِجُ» (وسائل الشيعة، ج ۲۸، ص ۹۵)

^۱. تمام افراد دوسند این روایت ثقه امامی هستند ولذا روایت صحیحہ می باشد.

^۲. دلیل مؤتقه بودن سند این روایت وجود علی بن ابی حمزه بطائنی درسند آن است. درباره وثاقت یا عدم وثاقت ایشان اختلاف نظر وجود دارد که ریشه آن دو شهادت متعارض در احوالات او می باشد. کشی از ابن مسعود از علی بن فضال نقل کرده است که علی بن ابی حمزه را کذاب و متهم می داند (رجال الکشی، اختیار معرفه الرجال، ص ۴۰۴) ولی در مقابل شیخ طوسی در کتاب عده علی بن ابی حمزه را از جمله کسانی می داند که سخت گیر در روایت و مورد اعتماد در امانت است. (عده، ج ۱، ص ۱۵۰) در نتیجه این دو شهادت بین بزرگان در توثیق او اختلاف نظر پیدا شده است برخی قائل به تعارض توثیق و جرح وی شده و در نتیجه وثاقت وی را ثابت ندانسته اند (معجم رجال الحديث، ج ۱۱، ص ۲۲۶) برخی دیگر هم با استصحاب نسبت به بعد از وقف او توثیق او را ثابت کرده اند. (کتاب حج، ج ۲، ص ۳۴۱)

^۳. این روایت حداقل به خاطر وجود محمد بن الحسن البصری ضعیف می باشد ولذا قابل استناد نیست چون نجاشی او را تضعیف کرده است. (رجال النجاشی، ص ۳۳۵)

۴- روایت چهارم (معتبره ابوالصلاح کنانی):^۱ «رَوَاهُ الشَّيْخُ يَاسَنَادَهُ^۲ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْفَضِيلِ (عن ابی الصلاح الكنانی): سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام عَنِ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ يُوجَدَانِ فِي لِحَافٍ وَاحِدٍ قَالَ اجْلِدْهُمَا مِائَةً مِائَةً قَالَ وَ لَا يَكُونُ الرَّجْمُ حَتَّى تَقُومَ الشُّهُودُ الْأَرْبَعَةُ أَنَّهُمْ رَأَوْهُ يُجَامِعُهَا» (وسائل الشیعه، ج ۲۸، ص ۸۸)

این چهار روایت فوق به صراحت دلالت دارد که در تحمل و اداء شهادت رؤیت و مشاهده ضرورت دارد.

اما به روایاتی دیگر هم در اثبات این که در تحمل و اداء شهادت بر زنا رؤیت و مشاهده شرط است استدلال شده است ولی چون در آن روایات از کلمه رؤیت و مشاهده استفاده نشده است دلالتشان بر اثبات مدعی ضعیف تر می باشد آن روایات بدین قرار هستند:

۵- روایت اول (صحیح محمد بن قیس):^۳ «عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ، عَنْ أَبِيهِ؛ وَ مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى، عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ جَمِيعاً، عَنِ ابْنِ أَبِي نَجْرَانَ، عَنْ عَاصِمِ بْنِ حُمَيْدٍ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ

^۱. مشکل سند این حدیث در وجود محمد بن فضیل هست چرا که محمد بن فضیل مشترک بین محمد بن فضیل بن کثیر ازدی ازدی الصیرفی الکوفی هست که شیخ طوسی او را تضعیف کرده است (رجال الشیخ الطوسی، ص ۳۴۳ و ۳۶۵) و محمد بن قاسم بن فضیل البصری هست که ثقه امامی هست. با توجه به این که در این روایت روشن نیست کدام محمد بن فضیل مراد است چون این دو راوی در یک عصر بوده اند و هر دو هم از معاریف می باشند لذا روایت از جهت سند ضعیف می باشد. (موسوعه الامام الخوئی، ج ۲۱، ص ۴۲۹) ولی برخی از فقهای معاصر محمد بن فضیل ازدی را چون ایشان از مشایخ علی بن ابی نصر بزنتی و صفوان بن یحیی می باشد و همچنین محمد بن اسماعیل بن بزیع و حسین بن سعید اهوازی از او زیاد نقل حدیث کرده اند او را توثیق کرده اند و تضعیف شیخ طوسی (رجال الشیخ الطوسی، ص ۳۴۳ و ۳۶۵) را از جهت غلو دانسته اند که به نظر ایشان تضعیف از جهت غلو هیچ اعتباری ندارد لذا روایت طبق این نظر معتبره می شود. (دروس خارج نکاح، ج ۹، ص ۶۶۰)

^۲. و ما ذکرته فی هذا الكتاب عن الحسن بن سعید فقد اخبرنی به الشیخ ابو عبد الله محمد بن محمد بن النعمان و الحسن بن عیبد الله و احمد بن عبدون کلهم عن احمد بن محمد بن الحسن بن الولید عن ابيه محمد بن الحسن بن الولید و اخبرنی به أيضا ابو الحسن ابی جید القمی عن محمد بن الحسن بن الولید عن الحسن بن الحسن بن ابان عن الحسن بن سعید، و رواه أيضا محمد بن الحسن بن الولید عن محمد بن الحسن الصفار عن احمد بن محمد بن الحسن بن سعید. (تهذیب الاحکام) (المشیخه)، ج ۱۰، ص ۶۳-۶۶)

^۳. تمام افراد دوستد موجود در این روایت ثقه امامی هستند ولذا روایت صحیحه می باشد.

قَيْسٌ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عليه السلام قَالَ: «قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام: لَا يُزَجَّمُ رَجُلٌ وَلَا امْرَأَةٌ حَتَّى يَشْهَدَ عَلَيْهِ أَرْبَعَةُ شُهَدَاءَ عَلَى الْإِيلَاجِ وَالْإِخْرَاجِ» (وسائل الشيعة، ج ۲۸، ص ۹۴)

۶- روایت دوم (صحیحہ دیگر محمد بن قیس): «مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ يَأْتِيهِ عَنِ عَاصِمِ بْنِ حُمَيْدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ قَيْسٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عليه السلام قَالَ: قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام لَا يُجْلَدُ رَجُلٌ وَلَا امْرَأَةٌ حَتَّى يَشْهَدَ عَلَيْهِمَا أَرْبَعَةُ شُهَدَاءَ عَلَى الْإِيلَاجِ وَالْإِخْرَاجِ» (وسائل الشيعة، ج ۲۸، ص ۹۷)

۷- روایت سوم (معتبره ابی بصیر): «عَلِيٌّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَيْسَى عَنْ يُونُسَ عَنْ سَمَاعَةَ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ قَالَ قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام لَا يُؤْجَمُ الرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ حَتَّى يَشْهَدَ عَلَيْهِمَا أَرْبَعَةُ شُهَدَاءَ عَلَى الْجَمَاعِ وَالْإِيلَاجِ وَالْإِخْرَاجِ فِي الْمُكْحَلَةِ» (وسائل الشيعة، ج ۲۸، ص ۹۵)

۱. تمام افراد سند موجود این روایت ثقه امامی هستند.

۲. ما کان فیہ عن عاصم بن حمید فقد رویته عن أبي؛ و محمد بن الحسن - رحمهما الله - عن سعد بن عبد الله، عن إبراهيم بن هاشم، عن عبد الرحمن بن أبي نجران، عن عاصم بن حمید. (من لا يحضره الفقيه، ج ۴، ص ۴۷۷)

۳. تمام افراد سند موجود روایت ثقه امامی هستند. فقط ممکن است در محمد بن عیسی بن عبید اشکال بشود. ایشان توسط نجاشی (رجال النجاشی، ص ۳۳۳) و کشی (رجال الکشی، ص ۵۰۷) توثیق شده است اگر چه شیخ طوسی در فهرست (فهرست الطوسی، ص ۱۴۰) و رجال (رجال الطوسی، ص ۵۱۱) او را تضعیف کرده است. عبارت شیخ طوسی در فهرست این چنین است: «محمد بن عیسی بن عبید یقطبی: ضعیف، استثناء ابوجعفر بن بابویه من رجال نوادر الحکمة و قال: «الأروى ما يختص بروايته و قيل: إنه يذهب مذهب الغلاة» (فهرست الطوسی، ص ۱۴۰) اما به نظر می‌رسد در تعارض بین تضعیف شیخ و توثیق نجاشی، توثیق نجاشی مقدم است چرا که روشن است تضعیف شیخ طوسی اجتهادی و حدسی و از روی تبعیت از ابن ولید می‌باشد و شهادت حدسی و اجتهادی در امور حدسی در سیره عقلاء حجت نمی‌باشد چون ممکن است ابن ولید در اجتهاد خودش در تضعیف محمد بن عیسی اشتباه کرده باشد. چرا که اولاً استثناء ابن بابویه به تبع استادش ابن ولید ممکن است از این جهت باشد که نقل محمد بن عیسی از یونس در رجال نوادرالحکمة را قبول ندارد و این دلیل بر ضعف محمد بن عیسی نمی‌باشد شاهد این مطلب این است که شیخ صدوق در «من لا يحضره الفقيه» روایات مکرری از محمد بن عیسی نقل می‌کند که در آن روایات محمد بن عیسی از یونس نقل روایت نکرده است. (من لا يحضره الفقيه، ج ۲، ص ۱۷۹، ج ۳، ص ۲۹۳، ۵۳۹، ج ۴، صص ۱۸۷، ۲۰۶، ۲۱۲، ۲۲۰، ۲۲۲، ۲۳۳، ۲۳۵، ۲۴۲) اشکال ابن بابویه به نقل محمد بن عیسی از یونس هم این بوده است که برخی از بزرگان زمان تحمل روایت راوی از مروی عنه را در حجت نقل، موثر دانسته و تحمل روایت را در زمان بلوغ لازم می‌دانستند به همین خاطر می‌گفتند اگر کسی قبل از بلوغ خود روایتی را از دیگری تحمل کند ولو این که آن روایت را بعد از بلوغ نقل کند روایت او معتبر نیست به همین خاطر چه بسا ابن بابویه روایات محمد بن عیسی از یونس را حجت نمی‌داند چون محمد بن عیسی این روایات را از یونس قبل از بلوغ دریافت کرده است و لذا ممکن است راوی،

ظهور این روایات بر اعتبار مشاهده در شهادت بر زنا به خاطر کلمه ایلاج و اخراج و ادخال است چرا که این گونه امور دیدنی مناسبتی جز با دیدن و مشاهده ندارند. (تفصیل الشریعه فی شرح الحدود تحریر الوسیله، ص ۱۲۲، مبانی تکملة المنهاج، ج ۱، ص ۲۱۸، اسس الحدود و التعزیرات، ص ۸۲) و لکن نسبت به دسته دوم از روایات دو اشکال قابل طرح است:

اشکال اول: روایات فوق همگی درباره سنگسار و رجم وارد شده است و صحیحه دوم محمد بن قیس هم هر چند مشتمل بر حد شلاق بود ولی بعید نیست صحیحه دوم و اول محمد بن قیس یک روایت باشد و از طرف دیگر تقه الاسلام کلینی صحیحه محمد بن قیس را با کلمه رجم و سنگسار آورده است (الکافی «طبع دارالحدیث»، ج ۴، ص ۸۴) و لذا حداقل روایت مردد بین رجم و جلد است و ثابت نمی شود که این روایت در مورد حد جلد آمده است تا شهادت متکی به رؤیت در حد جلد ثابت بشود. (تفصیل الشریعه فی شرح حدود تحریر الوسیله، ص ۱۲۲، کتاب الحدود، ص ۴۹)

جواب اشکال اول: با توجه به صحیحه حریز که در باب قذف آمده است می توان به این اشکال پاسخ داد.

صحیحه حریز: «عَلِيٌّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ فِي تَفْسِيرِهِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ حَمَّادٍ عَنْ حَرِيزٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: الْقَاضِيُ يُجْلَدُ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تُقْبَلُ لَهُ شَهَادَةٌ أَبَدًا إِلَّا بَعْدَ التَّوْبَةِ أَوْ يُكَذِّبَ نَفْسَهُ فَإِنْ شَهِدَ لَهُ ثَلَاثَةٌ وَ أَبِي وَاحِدٌ يُجْلَدُ الثَّلَاثَةُ وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ حَتَّى يَقُولَ أَرْبَعَةٌ زَانِنًا مِثْلَ الْمِيلِ فِي الْمَكْحَلَةِ» (تفسير القمي، ج ۲، ص ۹۶، وسائل الشیعه، ج ۲۸، ص ۱۷۷)

همان طور که روشن است مورد روایت درباره قذف و نسبت دادن زنا به اشخاص است و در اعتبار شهادت این چهار شاهد عادل آمده است که حتما آنها باید در تحمل و اداء شهادت مانند میل در سرمه دان عمل را رؤیت و مشاهده کرده باشند و فرقی بین انواع شهادت بر زنا در این روایت گذاشته نشده است و لذا از این جهت روایت اطلاق دارد. علاوه بر این که تفصیل بین زنا

روایت را به طور صحیح دریافت نکرده باشد و یا آن را فراموش کرده باشد. ولی به نظر می رسد این اشتراط صحیح نباشد چون اگر راوی تقه باشد، تقه بودنش مانع از این است که اگر روایتی را دریافت صحیحی نکرده است و یا فراموش کرده است آن را نقل کند. (درس خارج فقه آیت الله شب زنده دار، ۲۶/۴/۹۷، معجم رجال الحدیث، ج ۱۷، ص ۱۱۴-۱۲۱، خاتمه المستدرک)

^۱ تمام افراد سلسله سند این حدیث تقه امامی هستند ولی آن چه که در سند این حدیث دارای اهمیت هست اعتبار این تفسیر هست که بر فرض اعتبار این تفسیر حدیث صحیحه می باشد.

محضنه و زنای غیر محضنه از جهت کیفیت تحمل و اداء شهادت خلاف اجماع فقهاء

می‌باشد. (تفصیل الشریعه فی شرح حدود تحریر الوسیله، ص ۱۲۳. درالمنضود، ج ۱، ص ۱۹۳)

اشکال دوم: اگر در باب شهادت فقط حصول علم معتبر را معتبر دانسته شود^۱ بعید نیست در باب زنا هم گفته شود باز نفس علم به وقوع زنا برای تحمل و اداء شهادت کافی هست و این که در برخی روایات از کلمه رؤیت به کاربرده شده است از این جهت است که آن یکی از طرق و راه ها برای رسیدن به علم هست مخصوصاً آن که در امور دیدنی مشاهده طریق غالبی برای رسیدن به یقین و علم می‌باشد.

علاوه بر این که در برخی روایات دیگر باب شهادت بر زنا صرفاً شهادت بر ایلاج و اخراج شرط ثبوت زنا معرفی شده است بدون آن که در تحمل اداء شهادت بر آن رؤیت و مشاهده اخذ شده باشد و هیچ دلیلی بر این که مراد از شهادت در آن روایات شهادت مستند به رؤیت باشد وجود ندارد. (جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۲۹۹، فقه الصادق، ج ۲۵، ص ۴۰۲)

جواب اشکال دوم: با دقت در روایات باب شهادت بر زنا این مطلب کاملاً روشن است که نفس رؤیت و مشاهده در تحمل و اداء شهادت بر زنا موضوعیت دارد خصوصاً آن که مسلک شارع در باب حدود بر تخفیف مجازات ها می‌باشد. ولذا بسیار بعید است ذکر کلمه رؤیت در روایات فوق از جهت مثال و مورد غالب باشد. شبیه به این مطلب در این جا در شهادت به هلال می‌باشد که در آن جا فقهاء در شهادت به تحقق هلال مطلق علم به هلال را کافی ندانسته اند و به واسطه روایاتی که در مسئله هست فتوا داده اند شهادت به هلال حتماً باید متکی به رؤیت و مشاهده باشد. (درالمنضود، ج ۱، ص ۱۹۵-۱۹۶. تفصیل الشریعه فی شرح حدود تحریر الوسیله، ص ۱۲۵). لذا روایاتی که هم در آن کلمه رؤیت و دیدن نیامده است را از جهت حمل مطلق بر مقید حمل بر شهادتی می‌کنیم که مستند آن رؤیت و دیدن باشد. (کتاب الحدود، ص ۴۹)

^۱. همان طور که گذشت برخی از فقهاء از جمله مرحوم صاحب جواهر و مرحوم امام خمینی و مرحوم آیت الله فاضل لنکرانی با استناد به اطلاق برخی ادله قرآنی و روایی مطلق حصول علم را در شهادت ولو نسبت به مبصرات و مسموعات کافی می‌دانند. (جواهر الکلام، ج ۲۱، ص ۱۲۱-۱۳۰. تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله (کتاب القضاء و الشهادت)، ص ۴۵۵-۴۶۴)

این نکته نیز گفتنی است که این که شارع در شهادت بر زنا مشاهده را شرط دانسته است هیچ استبعادی ندارد چرا که چه بسا شارع مقدس به خاطر حفظ احترام و آبروی مردم در اجتماع و حفظ جان ها در اثبات زنا سختگیری کرده و آن را مشکل کرده است.

جهت دوم: اشتراط مشاهده به صورت مخصوص

در این جهت درباره این مسئله بحث می شود که آیا برفرض اعتبار رؤیت و مشاهده در تحمل و اداء شهادت، آیا رؤیت و مشاهده به نحو مخصوص به مانند میل در سرمه دان در هنگام تحمل شهادت شرط است یا آن که دیدن افعالی که از نگاه عرف ملازمه با ایلاج و اخراج در زنا دارد برای تحمل و اداء شهادت کافی می باشد.

ظاهر عبارات برخی از قداما از فقها شیعه و اکثر متأخرین از فقهای شیعه نظریه اول هست. مشهور فقها به نظریه اول معتقد هستند. (شرائع الاسلام، ج ۴، ص ۱۳۹. المقنعه، ص ۷۴۴. النهایه، ص ۶۸۹. کتاب السرائر، ج ۳، ص ۴۲۹. مسالک الافهام، ج ۱۴، ص ۳۵۴. المختصر النافع، ص ۲۱۴. ارشاد الاذهان، ج ۲، ص ۱۷۲. اللمعه الدمشقیه، ص ۲۵۳. انوار الفقاهه، ص ۲۱۷. جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۳۰۰. مهذب الاحکام، ج ۲۷، ص ۲۶۰. جامع المدارک، ج ۷، ص ۲۰) و برخی از فقهای معاصر هم نظریه دوم را انتخاب کرده اند. (مبانی تکمله المنهاج، ج ۴۱، ص ۲۹۹. الدر المنضود، ج ۱، ص ۱۹۶، لیس الحدود والتعذیرات، ص ۸۳. الحدود والتعذیرات، ص ۶۸)

در این میان نظریه سوم هم توسط برخی از محدثین بزرگ مطرح شده است و آن این است که در زنایی که موجب حد رجم است رؤیت به نحو مخصوص شرط است ولی در زنایی که موجب شلاق و جلد است رؤیت به نحو مخصوص شرط نمی باشد. (ملاذ الاخیار، ج ۱۶، ص ۸۲. فقه الحدود و التعذیرات، ج ۱، ص ۳۴۸)

لذا دیدگاه فقها را می توان به سه دسته تقسیم کرد:

دیدگاه اول: قائلین به اشتراط به رؤیت به صورت مخصوص

مشهور فقها مخصوصا قدامای از فقهای شیعه معتقد به این نظریه هستند. (شرائع الاسلام، ج ۴، ص ۱۳۹. المقنعه، ص ۷۴۴. النهایه، ص ۶۸۹. کتاب السرائر، ج ۳، ص ۴۲۹. مسالک الافهام، ج ۱۴، ص ۳۵۴. المختصر النافع، ص ۲۱۴. ارشاد الاذهان، ج ۲، ص ۱۷۲. اللمعه الدمشقیه، ص ۲۵۳. انوار الفقاهه، ص ۲۱۷. جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۳۰۰. مهذب الاحکام، ج ۲۷، ص ۲۶۰. جامع المدارک، ج ۷، ص ۲۰) و در اعتبار و حجیت تحمل و اداء شهادت بر زنا رؤیت و مشاهده دقیق عمل زنا را لازم می دانند و صرف دیدن ملازمات عرفی زنا را در شهادت بر زنا معتبر نمی دانند و لذا کسی که بدون دیدن زنا به صورت مخصوص به شخصی نسبت زنا بدهد را مستحق حد قذف می دانند.

دلیل اول: دلیل این دسته از فقها روایاتی است که در آن روایات رؤیت و مشاهده به نحو مخصوص در تحمل و اداء شهادت شرط شده است. این روایات را که در جهت اول بحث آوردیم دو دسته بودند؛ دسته اول روایاتی بودند که در آن روایات کلمه رؤیت به کار برده شده بود و دسته دوم روایاتی بودند که در آن‌ها از کلمه رؤیت در آنها استفاده نشده بود ولی از باب حمل مطلق بر مقید دسته دوم روایات را به همان معنای شهادت از روی رؤیت و دیدن گرفته شد. آن چه که از روایات فوق مشهور فقها استظهار کرده‌اند این است که باید شاهدین در مرحله تحمل شهادت حتماً باید عمل زنا را مانند میل در سرمه دان دیده باشند تا شهادتشان بر وقوع زنا معتبر باشد و الا شهادتشان معتبر نخواهد بود.

برای این نظریه می‌توان مؤیداتی هم ذکر کرد از جمله این که از آن جا که مسلم است که در نزد شارع جان و آبروی انسان‌های مومن در درجه بالایی از اهمیت قرار دارد و از طرف دیگر در نزد شارع اشاعه گناهان در جامعه اسلامی نامطلوب است و باز از طرف دیگر این مطلب در قوانین جزایی اسلام مسلم است که حدود با شبهه برداشته می‌شود و مجازات حدی در صورتی جاری می‌شود که هیچ گونه شک و شبهه ای در میان نباشد لذا چه بسا شارع در اثبات وقوع زنا این چنین سختگیری شدیدی کرده است تا جان و آبروی مردم در جامعه اسلامی محفوظ بماند و جامعه اسلامی به ثبات و آرامش و امنیت مطلوبی برسد.

نقد دلیل قول اول: لازمه قبول روایاتی که رؤیت مخصوص را در شهادت بر زنا لازم می‌دانند این است که اگر کسی فقط به ایلاج شهادت داد ولی به اخراج شهادت نداد شهادتش قبول نباشد در حالی که این مطلب از جهت فقهی گفتنی نیست. (اسس الحدود والتعذیرات، ص ۸۴)

پاسخ نقد: این که در روایات به اخراج هم اشاره کرده اند از این جهت بوده است غالباً ادخال و اخراج با یکدیگر مشاهده می‌شوند. ولذا رؤیت و مشاهده اخراج لزومی ندارد. علاوه بر این که بعید نیست دیدن هر دو در شهادت بر زنا لازم باشد چرا که شاید شارع در این باره حساسیتی بیشتر در اثبات وقوع زنا داشته است. (مرآت العقول، ج ۲۳، ص ۲۷۸)

دیگاه دوم: قائلین به کفایت رؤیت مقدمات ملازم عرفی زنا

برخی از فقهای معاصر معتقد هستند برای اثبات زنا شهادت به ملازمات عرفی زنا که با وجود آن ملازمات به دید عرف زنا تحقق پیدا کرده است کافی می‌باشد. (مبانی تکملة المنهاج، ج ۴۱، ص ۲۹۹. الدر المنضود، ج ۱، ص ۱۹۶، اسس الحدود والتعذیرات، ص ۸۳. الحدود والتعذیرات، ص ۶۸).

دلایلی که قائلین به این قول برای اثبات مدعی خود آورده اند را به ترتیب بیان کرده و به بررسی آن ها می پردازیم.

دلیل اول: با توجه به این که در جامعه اسلامی زنا و مانند آن بسیار قبیح شمرده می شود بسیار نادر اتفاق می افتد که حداقل چهار شاهد عادل زنا را با تمام جزئیاتش مشاهده کنند. لذا لازمه این که مشاهده به نحو مخصوص را در اثبات زنا معتبر بدانیم تعطیلی حد زنا در جامعه اسلامی می باشد و این قطعا در نزد شارع مطلوب نمی باشد. (درالمنزود، ج ۱، ص ۱۹۶)

نقد دلیل اول: همانطور که گذشت بعید نیست گفته شود شارع دنبال این نیست که به آسانی زنا و مانند آن که باعث انتشار و شیوع فحشاء در جامعه می شود ثابت بشود ولذا شارع مقدس برای اثبات زنا حتی از طریق اقرار این شرط را قرار داده است که شخص اقرار کننده باید چهاربار نسبت به عمل زنا اقرار کند تا حد بر او جاری شود. روایت زیر به خوبی گواه بر این مطلب مسلم است که در نزد شارع مقدس اثبات آسان وقوع گناهان در جامعه اسلامی مطلوب نمی باشد. این روایت بدین قرار است:

معتبره ابی العباس^۱: «محمد بن یعقوب عن علی بن ابراهیم عن مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى عَنْ يُونُسَ عَنْ أَبَانَ عَنْ أَبِي الْعَبَّاسِ قَالَ: قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام أَتَى النَّبِيَّ صلى الله عليه وآله رَجُلٌ فَقَالَ إِنِّي زَنَيْتُ فَصَرَفَ النَّبِيُّ صلى الله عليه وآله وَجْهَهُ عَنْهُ فَاتَّاهُ مِنْ جَانِبِهِ الْآخَرِ ثُمَّ قَالَ مِثْلَ مَا قَالَ فَصَرَفَ وَجْهَهُ عَنْهُ ثُمَّ جَاءَ الثَّالِثَةُ فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي زَنَيْتُ وَعَذَابُ الدُّنْيَا أَهْوَنُ مِنْ عَذَابِ الْآخِرَةِ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وآله أَبْصَحَ حِكْمُكَ بَأْسٌ يَغْنِي جَنَّةً فَقَالُوا لَا فَاقَرَّ عَلَى نَفْسِهِ الرَّابِعَةَ فَأَمَرَ بِهِ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وآله أَنْ يُرْجَمَ...» (وسائل الشیعه، ج ۲۸، ص ۱۰۲)

این نکته هم لازم به بیان است بهترین قوانین جزایی قوانینی هستند که بازدارندگی وسیعی در میان مردم داشته باشد ولی در عین حال شامل بسیاری از مردم هم نشود. (انوارالفقاهه، ص ۲۱۱)

دلیل دوم: در زمان رسول خدا صلى الله عليه وآله و امیر المؤمنین عليه السلام بسیار اتفاق افتاده است که شهادت بر زنا تحقق پیدا کرده است و به دنبال آن هم حد شلاق یا سنگسار جاری شده است و این خود شاهد بر این است که در شهادت بر زنا رؤیت و مشاهده به نحو مخصوص شرط نمی باشد.

^۱. تمام افراد موجود در سند این حدیث تقه امامی هستند تنها اشکال در محمد بن عیسی هست که بحث آن در ذیل روایات سابقه گذشت.

نقد دلیل دوم: این مطلب مسلم نیست که بیشتر حدودی که از جهت زنا که در عصر رسول خدا ﷺ و امیرالمؤمنین (ع) اجرا شده است به واسطه شهادت شاهدین بوده است و روایاتی که در این زمینه آمده است حاکی از آن هست که در آن عصر بیشتر زنا و مانند آن با اقرار ثابت می‌شده است از جمله آن روایات می‌توان به صحیحہ میثم بن یحیی تمار (وسائل الشیعه، ج ۲۸، ص ۱۰۳) و موثقہ ابی مریم (وسائل الشیعه، ج ۲۸، ص ۱۰۷) و صحیحہ ابی بصیر (وسائل الشیعه، ج ۲۸، ص ۱۰۵) اشاره کرد. (انوارالفقاهه، ص ۲۱۴)

دلیل سوم: دلیل سومی که برخی از فقهای معاصر بر اثبات این که شهادت به ملازمات عرفی زنا در اثبات زنا کفایت می‌کنند آورده اند صحیحہ زراره می‌باشد آن صحیحہ این چنین است:

صحیحہ زراره: «محمد بن یعقوب عن مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ أَبَانَ عَنْ زُرَّارَةَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ (ع) قَالَ: إِذَا شَهِدَ الشُّهُودُ عَلَى الرَّائِي أَنَّهُ قَدْ جَلَسَ مِنْهَا مَجْلِسَ الرَّجُلِ مِنْ امْرَأَتِهِ أُقِيمَ عَلَيْهِ الْحَدُّ قَالَ وَكَانَ عَلِيٌّ (ع) يَقُولُ اللَّهُمَّ إِنِّ أَمَكُنْتَنِي مِنَ الْمُغْيِرَةِ لَا زَمِيْنَهُ بِالْحِجَارَةِ». (وسائل الشیعه، ج ۲۸، ص ۸۸)

همان طور که از مفاد روایت روشن است در شهادت شاهدین هیچ گونه تصریحی بر رؤیت مخصوص زنا دیده نمی‌شود ولی در عین حال شهادت آنها معتبر شناخته شده است.

به عبارت روشن تر بازگشت قول شاهدین در این روایت به این است که مقداری که مورد مشاهده و رؤیت قرار گرفته است همین مقدار بوده است که محل نشستن مرد بر روی زن مثل نشستن زوج بر روی زوجه اش بوده است بدون آن که عمل ادخال و اخراج را دیده باشند.

و این که حد را در این روایت به معنای تعذیر بگیریم و یا آن که مراد از کسی که حد بر او جاری می‌شود را شاهدین بگیریم شدیداً خلاف ظاهر هست. چرا که اراده تعذیر از حد خلاف ظاهر لغوی و عرفی حد است و رجوع ضمیر به شاهدین هم باتوجه به این که شهود جمع مکسر است و هم این که آنها با این جمله نسبت زنایی نداده اند تا حد قذف بر آنها جاری شود چندان مناسب به نظر نمی‌رسد. (الحدود والتعذیرات، ص ۸۴)

نکته جالبی که در روایت فوق وجود دارد ذیل روایت هست که اشاره دارد به داستان مغیره بن شعبه لعنة الله علیه که آن داستان این چنین است: «ابْنُ أَبِي جُنْهُوْرٍ فِي دُرْرِ اللَّائِلِي، رُوِيَ أَنَّ عَمَرَ

^۱. تمام افراد موجود در سلسله سند این حدیث تقه امامی هستند.

اسْتَحْلَفَ الْمُغِيرَةَ بْنَ شُعْبَةَ عَلَى الْبَصَرَةِ وَكَانَ نَازِلًا فِي أَسْفَلِ الدَّارِ وَنَافِعٌ وَأَبُو بَكْرَةَ وَشِبْلٌ وَزِيَادٌ فِي غُلُوهَا فَهَبَّتْ رِيحٌ فَفَتَحَتْ بَابَ الْبَيْتِ وَرُفِعَ السُّتُرُ فَرَأَوْا الْمُغِيرَةَ بَيْنَ رَجُلَيْنِ امْرَأَةٍ فَلَمَّا أَصْبَحُوا تَقَدَّمَ الْمُغِيرَةُ لِيُصَلِّيَ فَقَالَ أَبُو بَكْرَةَ تَنَحَّ عَنْ مُصَلَّائِنَا فَبَلَغَ ذَلِكَ عُمَرَ فَكَتَبَ أَنْ يَرْفَعُوا إِلَيْهِ وَكَتَبَ إِلَى الْمُغِيرَةِ قَدْ تُحَدِّثُ عَلَيْكَ بِمَا إِنْ كَانَ صِدْقًا لَوْ كُنْتُ مَتَّ قَبْلَهُ كَانَ خَيْرًا لَكَ فَأَشْخَصَ إِلَى الْمَدِينَةِ فَشَهِدَ نَافِعٌ وَأَبُو بَكْرَةَ وَشِبْلٌ بْنُ مَعْبِدٍ فَقَالَ عُمَرُ أَوَدَى الْمُغِيرَةُ إِلَّا رُبْعَهُ فَبَاءَ زِيَادٌ يَشْهَدُ فَقَالَ هَذَا رَجُلٌ لَا يَشْهَدُ إِلَّا بِالْحَقِّ إِنْ شَاءَ اللَّهُ فَقَالَ أَمَّا الرَّثِي فَلَا أَشْهَدُ بِهِ وَلَكِنِّي رَأَيْتُ امْرَأَةً قَبِيحًا فَقَالَ عُمَرُ اللَّهُ أَكْبَرُ وَجَلَدَ الثَّلَاثَةَ فَلَمَّا جُلِدَ أَبُو بَكْرَةَ قَالَ أَشْهَدُ أَنَّ الْمُغِيرَةَ قَدْ زَنَى فَهَمَّ عُمَرُ أَنْ يَجْلِدَهُ فَقَالَ لَهُ عَلِيٌّ عَ إِنَّ جَلْدَتَهُ فَارْجُمُ صَاحِبِكَ يَعْنِي ازْجُمِ الْمُغِيرَةَ» . (مستدرک الوسائل، ج ۱۸، ص ۷۷)

برخی از فقها که معتقد به نظریه دوم هستند از داستان فوق برائبات مدعی خود این گونه استفاده کرده اند که چگونه کسانی که در مکان بالایی قرار داشته اند مغیره لعنة الله عليه را که در پایین قرار گرفته هست را دیده اند که آلت نحس خود را در فرج آن زن با تمام آن خصوصیات داخل می کند؟ و لذا در این واقعه به صورت طبیعی رؤیت و مشاهده خاص امکان پذیر نبوده است ولی در عین حال امیرالمؤمنین (ع) او را مستحق حد رجم می دانسته اند. و این خود شاهی است بر این که رؤیت و مشاهده مخصوص شرط درشهادت بر وقوع زنا نمی باشد. (درالمنضود، ج ۱، ص ۱۹۹)

نقد دلیل سوم: بر فرض قبول این که در این روایت مراد از حد همان حد اصطلاحی هست و مرجع ضمیر هم به مشهود علیه بر می گردد باز روشن نیست که این روایت در مقام بیان این نکته هست که در مقام تحمل شهادت رؤیت مخصوص شرط نمی باشد چرا که در این روایت احتمال دیگری هم می رود که با توجه به آن احتمال روایت مجمل می شود و آن احتمال این است که روایت در بیان این مطلب بوده است در اداء شهادت بر زنا تصریح به زنا شرط نمی باشد بلکه اگر به کنایه هم بر علیه کسی چهار شاهد عادل شهادت به زنا بدهند شهادتشان قبول می شود. لذا طبق این معنی روایت اصلا در مقام بیان شروط تحمل شهادت نیست بلکه در مقام بیان شروط و کیفیت اداء شهادت می باشد ولو آن که در مقام تحمل شهادت ما رؤیت مخصوص را شرط بدانیم این روایت در مقام اداء شهادت کنایه به تحقق زنا را هم کافی در ثبوت زنا می داند و لذا این روایت در

اثبات مراد مجمل می شود. (تفصیل الشریعه فی شرح حدود تحریر الوسیله، ص ۱۲۳)

و اما داستان مغیره بن شعبه لعنة الله عليه هم هیچ بعید نیست افرادی که در بالای او قرار داشته اند از جهت مکان وضعیته‌شان به گونه ای بوده است مشاهده مخصوص را نسبت به شخص زنا کننده داشته اند و لذا با این احتمالات نمی‌توان روایت را به نفع کسانی که ملازمات عرفی را در تحقق زنا کافی می‌دانند به عنوان دلیل آورد.

دلیل چهارم: زنا مانند سایر وقایعی که مورد مشاهده قرار می‌گیرد از اموری هست که وقتی مقدمات قریبه ای که عرفا ملازمه با تحقق واقعه در خارج دارد مشاهده شود در نزد عرف گفته می‌شود که آن واقعه دیده شده است و لذا در مورد زنا هم عرف وقتی افعالی که عرفا ملازمه با دخول آلت مرد در فرج زن را ببینند می‌گویند که ما دیدیم این دو نفر با هم زنا می‌کردند یعنی مرد آلت خود را داخل فرج زن کرده است و عرف کسی را به خاطر این اخبار سرزنش نمی‌کند و به شخص مخبر نمی‌گویند که کلام تو قول به غیر علم هست. (الحدود و التعذیرات، ص ۶۹. اسس الحدود والتعذیرات، ص ۸۴)

نقد دلیل چهارم: اصل این که در نزد عرف شهادت بر ملازمات عرفیه یک فعل دیدنی شهادت بر همان فعل هست به نظر نگارنده صحیح می‌باشد و در مورد زنا هم مطلب همین طور است و لکن به نظر نگارنده از روایات باب شهادت بر زنا فهمیده می‌شود که شارع مقدس به دلیل حساسیت هایی که روی مسائل جنسی در جامعه دارد بنا ندارد که این گونه امور در جامعه به آسانی ثابت شود و لذا شارع مقدس در اثبات زنا و مانند آن بیشتر از عرف عقلاء سختگیری کرده و رؤیت و مشاهده مخصوص را شرط اثبات زنا قرار داده است. علاوه بر این که چه بسا گفته شود که برداشت عرف در این گونه موارد یک برداشت از روی تسامح است و این برداشت حجیتی ندارد.

دلیل پنجم: روایاتی است که دلالت دارد در شهادت بر زنا رؤیت و مشاهده جماع کافی هست و هیچ تعرضی در آن روایت به مشاهده ایلاج و اخراج نشده است و آن موثقه ابی بصیر از امام صادق علیه السلام هست:

موثقه ابی بصیر: «محمد بن یعقوب عَنْ أَحْمَدَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي حَمْزَةَ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: لَا يَجِبُ الرَّجْمُ حَتَّى يَشْهَدَ الشُّهُودُ الْأَرْبَعُ أَنَّهُمْ قَدْ رَأَوْهُ يُجَامِعُهَا». (وسائل الشیعه، ج ۲۸، ص ۹۵)

معتبره ابوالصلاح کنانی^۱: «رَوَاهُ الشَّيْخُ بِإِسْنَادِهِ^۲ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْقُضَيْلِ (عن ابی الصلاح الكنانی): سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام عَنِ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ يُوجِدَانِ فِي لِحَافٍ وَاحِدٍ قَالَ اجْلِدُهُمَا مِائَةً مِائَةً قَالَ وَلَا يَكُونُ الرَّجْمُ حَتَّى تَقُومَ الشُّهُودُ الْأَرْبَعَةُ أَنَّهُمْ رَأَوْهُ يُجَامِعُهَا» (وسائل الشیعه، ج ۲۸، ص ۸۸)

علاوه بر این که در برخی روایات باب شهادت بر زنا اصلا کلمه رؤیت و مشاهده ایلاج و اخراج نیامده است به طور مثال روایت معتبره ابی بصیر این چنین است:

معتبره ابی بصیر^۳: «عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عِيْسَى عَنْ يُونُسَ عَنْ سَمَاعَةَ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ قَالَ قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام لَا يُرْجَمُ الرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ حَتَّى يَشْهَدَ عَلَيْهِمَا أَرْبَعَةُ شُهَدَاءَ عَلَى الْجَمَاعِ وَالْإِيلَاجِ وَالْإِدْخَالِ كَالْمِيلِ فِي الْمَكْحَلَةِ» (وسائل الشیعه، ج ۲۸، ص ۹۵)

همان طور که روشن است در این روایت بر رؤیت و مشاهده ایلاج و اخراج در تحمل و اداء شهادت هیچ گونه اشاره ای نشده است و فقط دارد که در اداء شهادت باید شهادت بر ایلاج و اخراج باشد و در نزد عرف شهادت بر ملازمات عرفیه یک فعل شهادت بر همان فعل به حساب می آید.

ممکن است کسی اشکال کند مقتضی حمل مطلق بر مقید این است که موثقه و معتبره ابی بصیر را حمل بر روایاتی کنیم که در آن ها رؤیت به نحو مخصوص شرط شده است.

ولی در جواب از این اشکال گفته می شود که شاید در این جا مطلق و مقید از قبیل دو دلیل مثبتی هستند که وحدت مراد در آن ها احراز نشده است و لذا شرط تقیید که علم به وحدت مراد بین دو دلیل مثبت هست در این جا وجود ندارد ولذا باید به هر دو دلیل اخذ کنیم که لازمه اخذ به هر دو دلیل اکتفاء به شهادت به رؤیت اجمالی در شهادت بر زنا می باشد. (در المنضود، ج ۱، ص ۱۹۶)

۱. بررسی سند این حدیث گذشت.

۲. و ما ذکرته في هذا الكتاب عن الحسين بن سعيد فقد أخبرني به الشيخ ابو عبد الله محمد بن محمد بن النعمان و الحسين بن عبيد الله و احمد بن عبدون كلهم عن احمد بن محمد بن الحسن بن الوليد عن ابيه محمد بن الحسن بن الوليد و أخبرني به أيضا ابو الحسين ابي جيد القمي عن محمد بن الحسن بن الوليد عن الحسين بن الحسن بن ابان عن الحسين بن سعيد، و رواه أيضا محمد بن الحسن بن الوليد عن محمد بن الحسن الصفار عن احمد بن محمد بن الحسن بن الوليد عن الحسين بن سعيد. (تهذيب الاحكام) (المشيخة)، ج ۱۰، ص ۶۳-۶۶)

۳. بررسی سند این حدیث گذشت.

ولذا روایات دیگری هم به کلمه رؤیت و مشاهده در تحمل و اداء شهادت اشاره کرده اند حمل بر این معنا می شود که مقدمات حتما باید به گونه ای باشد عرفا ملازم با وقوع زنا و دخول آلت تناسلی مرد در فرج زن باشد و نباید در این باره مسامحه ای و بی دقتی در تحمل و اداء شهادت بشود. (الحدود والتعذیرات، ص ۶۹)

نقد دلیل پنجم: به نظر نگارنده وحدت مراد بین ادله‌ای که رؤیت را به نحو مخصوص شرط می‌دانست و ادله‌ای که به صورت مطلق رؤیت را شرط دانسته بودند محرز هست مخصوصاً آن که روایاتی که در آنها کلمه رؤیت ایلاج و اخراج آمده است در مقام تحدید موضوع حد بوده‌اند و بناء شارع هم بر تخفیف در اجرای حدود می‌باشد بنابراین مطلق در این روایات حمل بر مقید می‌شود و لذا این که روایاتی که در آنها کلمه رؤیت و مشاهده میل در سرمه دان آمده را حمل بر دقت در تحمل و اداء شهادت بر ملازمات عرفیه آن نکنیم خلاف ظاهر خواهد بود.

دیدگاه سوم: احتمال تفصیل بین زناى مورد رجم و زناى موجب جلد

برخی از فقها و محدثین احتمال تفصیل را مطرح کرده‌اند (استبصار، ج ۴، ص ۲۷۸) و حتی برخی دیگر به آن هم ملتزم شده‌اند (ملاذالاخیر، ج ۱۶، ص ۸۳. مرآة العقول، ج ۲۳، ص ۲۷۶). به این صورت که برای زنا موجب سنگسار رؤیت و مشاهده به نحو مخصوص شرط است ولی برای زناى موجب شلاق رؤیت و مشاهده مخصوص شرط نمی‌باشد. (بلکه چه بسا رؤیت مقدمات زنا هم کافی برای اجرای حد می‌باشد).

دلیل : دلیل این دسته از فقها و محدثین این است که روایاتی که رؤیت و مشاهده به نحو مخصوص را شرط کرده اند همگی مربوط به باب رجم است و صحیحه محمد بن قیس هم همان طور که گذشت هر چند مشتمل بر حد شلاق بود ولی بعید نیست صحیحه دوم و اول محمد بن قیس یک روایت باشد و از طرف دیگر ثقه الاسلام کلینی صحیحه محمد بن قیس را با کلمه رجم و سنگسار آورده است. (الکافی «طبع دارالحديث»، ج ۱۴، ص ۳۵) و لذا حداقل روایت مردد بین رجم و جلد است و ثابت نمی شود که این روایت در مورد حد جلد آمده است تا شهادت متکی به رؤیت مخصوص در حد جلد ثابت بشود.

زن‌ها شرط نمی‌باشد که یک دسته آن روایاتی هستند که مفادش این هست که زن و مرد اگر در زیر

یک لحاف دیده شوند حد زنا که صد ضربه شلاق است بر آنها جاری می‌شود دو نمونه از آن روایات بدین قرار هستند:

روایت اول (صحیحہ عبدالله بن سنان)^۱: «محمد بن یعقوب عن عليٍّ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ سَمِعْتُهُ يَقُولُ حَدُّ الْجَلْدِ فِي الزَّانِي أَنْ يُوجَدَا فِي لِحَافٍ وَاحِدٍ وَ الرَّجُلَانِ يُوجَدَانِ فِي لِحَافٍ وَاحِدٍ وَ الْمَرْأَتَانِ تُوجَدَانِ فِي لِحَافٍ وَاحِدٍ». (وسائل الشیعه، ج ۲۸، ص ۸۵)

روایت دوم: (صحیحہ عبدالله بن مسکان): «محمد بن حسن باسناده^۲ عن ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مُسْكَانَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ سَمِعْتُهُ يَقُولُ حَدُّ الْجَلْدِ فِي الزَّانِي أَنْ يُوجَدَا فِي لِحَافٍ وَاحِدٍ وَ الرَّجُلَانِ يُوجَدَانِ فِي لِحَافٍ وَاحِدٍ وَ الْمَرْأَتَانِ تُوجَدَانِ فِي لِحَافٍ وَاحِدٍ». (وسائل الشیعه، ج ۲۸، ص ۹۰)

غیر از این دو روایت روایات دیگری هم شبیه به این مضمون درباره زن و مردی که زیر یک لحاف خوابیده باشند آمده است. (وسائل الشیعه، ج ۲۸، ص ۸۴-۹۱)

تقریب استدلال به این روایات به این صورت است که اگر زن و مردی در زیر یک لحاف دیده شوند و شاهدین به آن شهادت دهند طبق مفاد روایت حد زنا بر آنها جاری می‌شود با این که در زیر لحاف زنا به صورت مخصوص اصلاً برای شاهدین رؤیتش امکان پذیر نیست و این خود دلیلی است بر این که در تحمل و اداء شهادت در خصوص حد جلد رؤیت و مشاهده به نحو مخصوص شرط نمی‌باشد. (ملاذ الاخیار، ج ۱۶، ص ۸۲-۸۳. مرآة العقول، ج ۲۳، ص ۲۷۶)

دسته دوم روایات صحیحہ زرارہ می‌باشد که آن این چنین بود:

صحیحہ زرارہ^۳: «محمد بن یعقوب عن مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ أَبَانَ عَنْ زُرَّارَةَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عليه السلام قَالَ: إِذَا شَهِدَ الشُّهُودُ عَلَى الزَّانِي أَنَّهُ قَدْ جَلَسَ مِنْهَا مَجْلِسَ

۱. تمام افراد موجود در سلسله سند این حدیث ثقه امامی هستند.

۲. و من جمله ما ذکرته عن الحسن بن محبوب ما رویته بهذه الاسانید عن علي بن ابراهيم عن ابيه عن الحسن بن محبوب. (تهذیب الاحکام (المشیخه)، ج ۱۰، ص ۵۴)

۳. تمام افراد موجود در سلسله سند این حدیث ثقه امامی هستند.

الرَّجُلِ مِنْ امْرَأَتِهِ أَقِيمَ عَلَيْهِ الْحَدُّ قَالَ وَكَانَ عَلَيَّ ع يَقُولُ اللَّهُمَّ إِنَّمَا كُنْتُ بَيْنِي مِنَ الْمُغِيرَةِ لَا زِمِيَّتُهُ بِالْحِجَارَةِ» (وسائل الشیعه، ج ۲۸، ص ۸۸)

همان طور که از مفاد روایت روشن است در شهادت شاهدین هیچ گونه تصریحی بر رؤیت مخصوص زنا دیده نمی‌شود ولی در عین حال شهادت آنها معتبر شناخته شده است. لذا برخی از فقیهان محدث در جمع بین این طائفه از روایات فرموده اند که روایاتی که مشاهده به نحو مخصوص را شرط می‌دانست مربوط به زنا می‌باشد و روایات مقابل آن مربوط به زنا می‌باشد (ملاذالاخیر، ج ۱۶، ص ۸۲-۸۳)

نقد دلیل: با توجه به صحیحی ای که در باب قذف آمده است می‌توان این دلیل را نقد کرد و آن صحیحی این چنین است:

صحیحی حریز: «عَلَيْهِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ فِي تَفْسِيرِهِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ حَمَّادٍ عَنْ حَرِيزٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: الْقَاضِي يُجْلَدُ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تُقْبَلُ لَهُ شَهَادَةٌ أَبَدًا إِلَّا بَعْدَ التَّوْبَةِ أَوْ يُكَذِّبُ نَفْسَهُ فَإِنْ شَهِدَ لَهُ ثَلَاثَةٌ وَ أَبِي وَاحِدٌ يُجْلَدُ الثَّلَاثَةَ وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ حَتَّى يَقُولَ أَرْبَعَةٌ رَأَيْنَا مِثْلَ الْمِثْلِ فِي الْمَكْحُولَةِ» (وسائل الشیعه، ج ۲۸، ص ۱۷۷)

همان طور که روشن است مورد روایت درباره قذف و نسبت دادن زنا به اشخاص است و در اعتبار شهادت این چهار شاهد عادل آمده است که حتما آنها باید در تحمل و اداء شهادت مانند میل در سرمه دان عمل را رؤیت و مشاهده کرده باشند و فرقی بین انواع شهادت بر زنا در این روایت گذاشته نشده است و لذا از این جهت روایت اطلاق دارد.

علاوه بر این که تفصیل بین زنا می‌محصنه و زنا می‌غیر محصنه از جهت کیفیت تحمل شهادت خلاف اجماع فقهاء می‌باشد. و جناب شیخ طوسی هم فقط احتمال تفصیل را مطرح کرده است و به آن فتوا نداده است. (استبصار، ج ۴، ص ۲۱۸. تفصیل الشریعه فی شرح حدود تحریر الوسیله، ص ۱۲۴. درالمنضود، ج ۱، ص ۱۹۳)

و اما استدلال به روایاتی که مستدل به آن بر عدم اشتراط رؤیت مخصوص در حد جلد اشاره کرده بود صحیح نمی‌باشد چرا که در دسته اول روایات با در نظر گرفتن ذیل آن روشن می‌شود که مراد از «حد شلاق در زنا» یا تعزیر است منتها تعزیر مقدری که مساوی با حد شلاق در زنا

^۱. بررسی سند این حدیث گذشت.

می‌باشد همان طور که بسیاری از فقها همین طور از روایت فهمیده اند. (جواهر الکلام، ج ۴، ص ۳۰۰. الحدود والتعذیرات، ص ۶۶) و یا آن که حد مستقل مخصوص به خود می‌باشد و هیچ ارتباطی به حد زنا ندارد. دلیل این استظهار این است که قطعاً هم‌خوابی دو مرد در زیر یک لحاف شاهد بر لواط آن دو نیست چون اگر این چنین بود جا داشت حد آن‌ها قتل و کشتن باشد. لذا به واسطه این قرینه روشن می‌شود مراد از صدر روایت تعذیر یا حد مخصوص و مقدری برای هم‌خوابی یک مرد و یک زن در زیر لحاف واحد می‌باشد تا با تمام فقرات روایت این عقوبت سازگار باشد. لذا معنای دو روایتی که در دسته اول گذشت این می‌شود که حدی که برای زنا مقرر هست که همان صد ضربه شلاق هست برای زن و مردی که در زیر لحاف واحد جمع شده اند هم وجود دارد نه این که معنای این روایت این باشد که حد زنا بر این مرد و زن جاری می‌شود. شاهد بر این معنا روایتی هست که از امام باقر (ع) آمده است:

صحیحه ابی عبیده: «محمد بن یعقوب عن علی بن إبراهیم عن أبيه عن ابن محبوب عن أبي أيوب عن أبي عبيدة عن أبي جعفر (ع) قال: كان علي (ع) إذا وجد رجلين في لحاف واحد مجردين جلدتهما حد الزاني مائة جلدة كل واحد منهما وكذلك المرأة إذا وجدت في لحاف واحد مجردين جلدتهما كل واحد منهما مائة جلدة» (وسائل الشیعه، ج ۲۸، ص ۸۹)

همان طور که از روایت بالا روشن است امیرالمومنین (ع) حدی که برای زنا هست را برای دو مردی در زیر یک لحاف واحد خوابیده اند اجراء می‌کرده است نه این که حد زنا را بر آنها اجراء کرده باشد!

علاوه بر این که این روایات، روایات معارضی هم دارد که در آن روایات مجازات آن مرد و زن را نود و نه ضربه شلاق دانسته است و شکی نیست نود و نه ضربه شلاق حد زنا نمی‌باشد. (مبانی تکمله المنهاج، ج ۴، ص ۲۹۶) و در تعارض بین این دو دسته روایات هم مشهور فقها به روایات دسته دوم عمل کردند. (جواهر الکلام، ج ۴۲، ص ۲۹۰) و این خود قرینه دیگری است بر این که حدی که بر دو شخصی که در زیر لحاف واحد می‌خوابند حد زنا نمی‌باشد.

و اما جواب از صحیحه زراره در بحث‌های سابق گذشت که به نظر نگارنده این صحیحه مجمل می‌باشد.

^۱. تمام افراد واقع در سند تقه امامی هستند.

جهت سوم: اشتراط تصریح در الفاظ شهادت بر زنا

مشهور فقها به این نظر معتقد شده اند که باید در اداء شهادت الفاظ نص در وقوع زنا باشد به این صورت که به صراحت در شهادت بر وقوع زنا گواهی دهند که آلت تناسلی مرد داخل فرج زن شده است. (انوار الفقاهه، ص ۲۱۳، مهذب الاحکام، ج ۲۷ ص ۲۶۰، الدر المنضود، ج ۱، ص ۱۹۷) ولی در مقابل مشهور برخی از فقها معتقد شده اند که ظهور وضعی یا عرفی الفاظ ولو به واسطه قرائن حالیه در وقوع و تحقق زنا در خارج کفایت می‌کند. (جواهر الکلام، ج ۴۱ ص ۲۹۹، فقه الصادق، ج ۲۵، ص ۴۰۳، اسس الحدود والتعذیرات، ص ۸۴)

البته در بین فقها هیچ اختلافی نیست که الفاظ در شهادت بر زنا اگر ظهور وضعی یا عرفی ولو به واسطه قرائن حالیه بر وقوع و تحقق زنا نداشته باشند آن شهادت هیچ اعتباری نخواهد داشت. (جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۲۹۹)

لذا دیدگاه فقها را در این زمینه می‌توان به دودسته تقسیم کرد:

دیدگاه اول: قائلین به اشتراط نصوصیت الفاظ در اداء شهادت بر زنا

مشهور فقها معتقد هستند که در شهادت بر زنا باید الفاظ نص در وقوع زنا باشد به گونه ای که به صراحت شهادت آن‌ها دلالت داشته باشد که مانند میل در سر مه دان آلت مرد در فرج زن قرار گرفته است. دلایلی که مشهور در این باره اقامه کرده اند به این ترتیب است:

دلیل اول: از آنجا که زنا در بسیاری از اوقات در امور دیگری غیر از ایلاج و اخراج استعمال می‌شود مثل تفخیز و مانند آن لذا تا زمانی شاهدین شهادتشان نص در ایلاج و اخراج نباشد آن شهادتشان حجت نخواهد بود.^۱ (ریاض المسائل، ج ۱۵، ص ۴۶۵، الدر المنضود، ج ۱، ص ۱۹۰، فقه الصادق، ج ۲۵، ص ۴۰۳)

نقد دلیل اول: صرف این که زنا گاهی در امور دیگری غیر از ایلاج و ادخال استعمال می‌شود دلیل نمی‌شود ظهور زنا در ایلاج و ادخال تخریب بشود و لذا بعد از آن که زنا ظهور در ایلاج و ادخال داشت دیگر این خود اول کلام و بحث است آیا در شهادت نصوصیت شرط هست یا صرف ظهور کفایت می‌کند لذا به نظر نگارنده دلیل مستدل شبیه به مصادره به مطلوب می‌باشد.

۱. لَأَنَّ الشَّاهِدَةَ إِذَا تَسَمَّعَ بِمَا غَوَيْنَ أَوْ سَمِعَ، وَ لَا مَعْنَى لِلزَّنا حَقِيقَةً إِلَّا ذَلِكَ، فَلَا تَسْمَعُ الشَّاهِدَةَ بِهِ إِلَّا إِذَا غَوَيْنَ كَذَلِكَ، وَ رَبَّمَا أُطْلِقَ عَلَى غَيْرِهِ مِنَ التَّفْخِيزِ وَ نَحْوِهِ، فَلَوْ لَمْ يَصْرَحِ الشَّاهِدُ بِهِ لَمْ تَكُنِ الشَّاهِدَةُ نَصًّا فِي الْمَوْجِبِ لِلْحَدِّ.

دلیل دوم: روایاتی که در باب شهادت بر زنا وجود دارد به روشنی دلالت دارد که در اداء شهادت باید شاهدین به صراحت وقوع ایلاج و اخراج را در شهادتشان بیان کنند. برخی از آن روایات بدین قرار هستند:

روایت اول (صحیحہ حلبی): «مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ وَعَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ جَمِيعاً عَنْ ابْنِ أَبِي عَمِيرٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: حَدِّ الرَّجْمِ أَنْ يَشْهَدَ أَرْبَعَةٌ رَأَوْهُ يُدْخِلُ وَيُخْرِجُ» (وسائل الشیعه، ج ۲۸، ص ۹۴)

روایت دوم (روایت ابی بصیر): «وَعَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ الْبَصْرِيِّ عَنْ حَمَّادٍ بْنِ عِيسَى عَنْ شُعَيْبِ الْعَقْرُقُوفِيِّ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: حَدِّ الرَّجْمِ فِي الزَّانَا أَنْ يَشْهَدَ أَرْبَعَةٌ رَأَوْهُ يُدْخِلُ وَيُخْرِجُ» (وسائل الشیعه، ج ۲۸، ص ۹۵)

روایت سوم (صحیحہ حریری): «عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ فِي تَفْسِيرِهِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ حَمَّادٍ عَنْ حَرِيزٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: الْقَاضِفُ يُجْلَدُ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تُقْبَلُ لَهُ شَهَادَةٌ أَبَدًا إِلَّا بَعْدَ التَّوْبَةِ أَوْ يُكَذِّبُ نَفْسَهُ فَإِنْ شَهِدَ لَهُ ثَلَاثَةٌ وَآبَى وَاحِدٌ يُجْلَدُ الثَّلَاثَةَ وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ حَتَّى يَقُولَ أَرْبَعَةٌ رَأَيْنَا مِثْلَ الْمِثْلِ فِي الْمَكْحُولَةِ» (وسائل الشیعه، ج ۲۸، ص ۱۷۷)^۱

همان طور که از مفاد روایات فوق روشن است اصلاً تعابیری صریح تر از این جملاتی که در این روایات بر وقوع زنا وارد شده است وجود ندارد.

نقد اول دلیل دوم: لازمه قبول روایاتی که صراحت را در شهادت بر زنا لازم می‌دانند این است که اگر کسی فقط به ایلاج شهادت داد ولی به اخراج شهادت نداد شهادتش قبول نباشد در حالی که این مطلب از جهت فقهی گفتنی نیست. (اسس الحدود والتعذیرات، ص ۸۴)

پاسخ نقد اول دلیل دوم: این که در روایات به اخراج هم اشاره کرده اند از این جهت بوده است غالباً ادخال و اخراج با یکدیگر مشاهده می‌شوند. ولذا رؤیت و مشاهده اخراج لزومی ندارد.

علاوه بر این که بعید نیست ذکر و گفتن هر دو در شهادت بر زنا لازم باشد چرا که شاید شارع در این باره حساسیتی بیشتر در اثبات وقوع زنا داشته است. (مرآت العقول، ج ۲۳، ص ۲۷۸)

^۱ . بررسی سند همه این احادیث گذشت.

نقد دوم دلیل دوم: در مقابل این روایات، روایات دیگری هم داریم که صرف شهادت بر مجامعت کافی برای اثبات زنا دانسته شده است و لذا این روایات فوق را همگی حمل بر این معنی می‌کنیم که ظهور عرفی در شهادت بر زنا کفایت می‌کند هرچند شهادت در زنا اگر نص در تحقق زنا باشد بهتر هست.

آن روایات بدین قرار هستند:

روایت اول (موتقه ابی بصیر): «محمد بن یعقوب عَنْ أَحْمَدَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي حَمْرَةَ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: لَا يَجِبُ الرَّجْمُ حَتَّى يَشْهَدَ الشُّهُودُ الْأَرْبَعُ أَنَّهُمْ قَدْ رَأَوْهُ يُجَامِعُهَا» (وسائل الشیعه، ج ۲۸، ص ۹۵)

روایت دوم (معتبره ابوالصلاح کنانی)^۱: «رَوَاهُ الشَّيْخُ يَأْسَنَادُهُ^۲ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْفَضِيلِ (عن ابی الصلاح الكنانی): سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام عَنِ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ يُوجَدَانِ فِي لِحَافٍ وَاحِدٍ قَالَ اخِلْهُمَا مِائَةً مِائَةً قَالَ وَلَا يَكُونُ الرَّجْمُ حَتَّى تَقُومَ الشُّهُودُ الْأَرْبَعَةُ أَنَّهُمْ رَأَوْهُ يُجَامِعُهَا» (وسائل الشیعه، ج ۲۸، ص ۸۸)

دیدگاه دوم: قائلین به اشتراط ظهور وضعی یا عرفی داشتن الفاظ در شهادت بر زنا برخی از فقهای معاصر از جمله مرحوم صاحب جواهر معتقد هستند که الفاظی که در شهادت بر زنا وجود دارد دلالت وضعی یا عرفی ولو به واسطه قرائن احوالیه بر وقوع زنا در عالم خارج داشته باشند برای اثبات وقوع زنا کفایت می‌کند. (جواهر الکلام، ج ۴۱ ص ۲۹۹. فقه الصادق، ج ۲۵، ص ۴۰۳. اسس الحدود والتعذیرات، ص ۸۴)

دلایلی که می‌توان برای این دسته از قائلین بیان کرد عبارت اند از:

^۱. بررسی سند این حدیث گذشت.

^۲. و ما ذكرته في هذا الكتاب عن الحسين بن سعيد فقد اخبرني به الشيخ ابو عبد الله محمد بن محمد بن النعمان و الحسين بن عبيد الله و احمد بن عبدون كلهم عن احمد بن محمد بن الحسن بن الوليد عن ابيه محمد بن الحسن بن الوليد و اخبرني به أيضا ابو الحسين ابي جيد التميمي عن محمد بن الحسن بن الوليد عن الحسين بن الحسن بن ابان عن الحسين بن سعيد، و رواه أيضا محمد بن الحسن بن الوليد عن محمد بن الحسن الصفار عن احمد بن محمد بن محمد عن الحسين بن سعيد. (تهذيب الاحكام) (المشيخة)، ج ۱۰، ص ۶۳-۶۶)

دلیل اول: ظاهر و ظهور در نزد عقلاء در همه امور حجت هستند و شارع هم آن را امضاء کرده است و وجهی ندارد در باب شهادت از حجیت ظواهر رفع ید کنیم و روایاتی که در باب شهادت بر زنا وجود دارد حداکثر اشعار به اعتبار صراحت در شهادت بر زنا دارند و لذا رادع حجیت ظواهر در این جا نخواهند شد. (فقه الصادق، ج ۲۵، ص ۴۰۲)

نقد دلیل اول: در این که برخی از روایات باب شهادت بر زنا ظهور دارند در این که در این که در شهادت بر زنا صراحت و نصوصیت در وقوع زنا لازم است جای شک و شبهه ای نیست و لذا ممکن است کسی ادعا کند که این روایات رادع حجیت ظواهر در شهادت بر زنا می‌باشند.

پاسخ نقد دلیل اول: رادعیت روایات فوق بر حجیت ظواهر در شهادت بر زنا روشن نیست چون بر فرض قبول ظهور روایات فوق بر اعتبار صراحت در شهادت بر زنا روایات دیگری نیز وجود داشت که از آن روایات استفاده می‌شود که این صراحت در شهادت بر زنا شرط نمی‌باشد بلکه در آن روایات فقط شهادت بر مجامعت کافی برای اثبات زنا دانسته شده است.

دلیل دوم: روایاتی در باب شهادت بر زنا وجود دارد که آن روایات دلالت دارد تصریح در اداء بر شهادت بر زنا لزومی ندارد آن روایات بدین قرار هستند:

روایت اول (موتقه ابی بصیر): «محمد بن یعقوب عَنْ أَحْمَدَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي حَمْزَةَ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: لَا يَجِبُ الرَّجْمُ حَتَّى يَشْهَدَ الشُّهُودُ الْأَرْبَعُ أَنَّهُمْ قَدْ رَأَوْهُ يُجَامِعُهَا» (وسائل الشیعه، ج ۲۸، ص ۹۵)

روایت دوم (معتبره ابوالصلاح کنانی):^۱ «رَوَاهُ الشَّيْخُ يَاسَنَادَهُ^۲ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْفَضِيلِ (عن ابی الصلاح الكنانی): سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام عَنِ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ يُوجَدَانِ فِي

^۱ بررسی سند این حدیث گذشت.

^۲ و ما ذكرته في هذا الكتاب عن الحسين بن سعيد فقد اخبرني به الشيخ ابو عبد الله محمد بن محمد بن النعمان والحسين بن عبيد الله و احمد بن عبدون كلهم عن احمد بن محمد بن الحسن بن الوليد عن ابيه محمد بن الحسن بن الوليد و اخبرني به أيضا ابو الحسين ابي جيد القمي عن محمد بن الحسن بن الوليد عن الحسين بن الحسن بن ابا عن الحسين بن سعيد، و رواه أيضا محمد بن الحسن بن الوليد عن محمد بن الحسن الصفار عن احمد بن محمد بن الحسين بن سعيد. (تهذيب الاحكام) المشيخه، ج ۱۰، ص ۶۳-۶۶

لِحَافٍ وَاحِدٍ قَالَ اجْلِدْهُمَا مِائَةً مِائَةً قَالَ وَلَا يَكُونُ الرَّجْمُ حَتَّى تَقُومَ الشُّهُودُ الْأَرْبَعَةُ أَنَّهُمْ رَأَوْهُ يُجَامِعُهَا» . (وسائل الشیعه، ج ۲۸، ص ۸۸)

روایت سوم (صحیح زرارہ): «مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ زُرَّارَةَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عليه السلام قَالَ: إِذَا شَهِدَ الشُّهُودُ عَلَى الزَّانِي أَنَّهُ قَدْ جَلَسَ مِنْهَا مَجْلِسَ الرَّجُلِ مِنْ امْرَأَتِهِ أَقِيمَ عَلَيْهِ الْحَدُّ» . (وسائل الشیعه، ج ۲۸، ص ۸۸)^۱

همان طور که از این سه روایت فوق روشن است به صرف شهادت بر مجامعت زن و مرد یا شهادت بر این که زن و مرد به گونه‌ای روی یکدیگر قرار گرفته بودند که زن و شوهر روی هم قرار می‌گیرند شهادت آن‌ها قبول می‌شود.

نقد دلیل دوم: همان طور که در بحث‌های سابق گذشت صحیح زرارہ مجمل است و روشن نیست مربوط به مقام تحمل شهادت یا اداء شهادت هست. علاوه بر این که شهادت مذکور در صحیح زرارہ ظهور عرفی بر تحقق زنا ندارد بلکه کنایه بر تحقق زنا می‌باشد و این مطلب هم در نزد فقهاء مسلم است که شهادت اگر ظهور عرفی و وضعی بر تحقق زنا نداشته باشد آن شهادت هیچ اعتباری ندارد.

ولی بعید نیست که روایت اول و دوم بر این که بر این ظهور عرفی در شهادت بر زنا کفایت می‌کند دلالتش تمام باشد شاهد بر این مسئله روایت زیر است:

معتبره ابی بصیر^۲: «عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عِيْسَى عَنْ يُونُسَ عَنْ سَمَاعَةَ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ قَالَ قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام لَا يُرْجَمُ الرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ حَتَّى يَشْهَدَ عَلَيْهِمَا أَرْبَعَةُ شُهَدَاءَ عَلَى الْجَمَاعِ وَالْإِيلَاجِ وَالْإِدْخَالِ كَالْمِخْلَةِ» . (وسائل الشیعه، ج ۲۸، ص ۹۵)

همان طور که از روایت فوق روشن است شهادت بر جماع در کنار شهادت بر ایلاج و ادخال روایت معتبر دانسته شده است.

جمع بندی

با توجه به بررسی روایاتی که ذیل باب شهادت بر زنا انجام شد سه نتیجه به دست آمد.

^۱. بررسی سند این دو حدیث گذشت.

^۲. بررسی سند این حدیث گذشت.

نتیجه اول آن است که در تحمل واداء شهادت بر زنا لازم است این شهادت متکی به حس و مشاهده باشد و شهادتی که متکی به امور دیگری باشد در تحقق و وقوع زنا حجیتی ندارد ولو آن که برای شاهدین آن امور علم آور باشد.

نتیجه دوم آن که علاوه بر این که تحمل و اداء شهادت باید متکی به حس و مشاهده باشد باید این حس و مشاهده هم به نحو مخصوصی باشد که توضیح آن گذشت.

نتیجه سوم هم آن که در شهادت بر زنا ظهور عرفی بر تحقق زنا کفایت می‌کند و نصوصیت در شهادت بر وقوع زنا شرط نمی‌باشد.

ماهنامه داخلی حاصل کار طلاب گروه های تخصصی است که با توجه به
نظامنامه آموزشی مدرسه باید هر ماه یک تحقیق علمی پیرامون مباحث
مطرح شده در درس خارج فقه تدوین نمایند.
امید است این تغییر رویکرد در ارائه دروس خارج تخصصی گام موثری به
سوی اهداف مدرسه که همان تولید علم و نظریه پردازی در عرصه فقه های
تخصصی است ، باشد.