

بسم الله الرحمن الرحيم

**سلسله دروس مسائل مستحدثه فقه قضایی**

**(دوره دکتری فقه و حقوق قضایی)**

**(بخش دوم)**

**استاد: آیت الله حبیبی تبار**

**تهیه و تنظیم: عبدالله زکی**

**نیم سال اول تحصیلی: ۹۵-۹۶**

**سخن در توجیه قرارهای تامین از منظر فقهی بود،** به عنوان مثال بین قاضی که من له الحق نیست، با متهم که «من علیه الحق» است قراری تحت عنوان کفالت واقع می شود و امثال اینها، این قرارها چگونه با مبانی فقهی قابل تطبیق است؟

بازگشت این سخنان به این است که:

آیا عقود مورد نظر شارع، اختصاص به عقود معین دارد یا عقود نامعین را نیز در بر می گیرد؟ اگر عقود شرعی اختصاص به عقود معین داشته باشد، دستمان از اتصالات کوتاه خواهد شد. و در مواردی مثل قرارهای تأمین نمی توان مشروعیت آن را از طریق تمسک به اطلاق ادله اثبات کرد. اما اگر عقود مورد نظر شارع، اختصاص به عقود معین نداشته بلکه عقود نامعین را نیز دربرگیرد، می توان در مواردی از قبیل قرارهای تأمین، به اتصالات ادله تمسک کرد.

**دلایل قائلین به عقود معین:**

کسانی که قائل به عقود معین شده اند، برای اثبات دیدگاه شان، به دلایل ذیل تمسک کرده اند:

**۱. انصراف:**

به این معنی که از لفظ عقود در «اوفوا بالعقود» آنچه که به ذهن منصرف می شود عقود معین است نه عقود نامعین.

**پاسخ:** این دلیل ناتمام است زیرا انصراف دو گونه است.

الف: انصراف بدوی ب: انصراف مستمر.

انصراف در صورتی می تواند مؤید نظر شما باشد که از نوع انصراف مستمر باشد. در حالی که انصراف مورد نظر شما از نوع انصراف بدوی است. چنین انصرافی نمی تواند منشأ عدم تمسک به اطلاق شود. به دلیل اینکه ملاک در «اوفوا بالعقود» وفای به پیمان است. اما اینکه این پیمان از چه نوعی باشد، فرقی نمی کند. بنابراین این ادعا که «اوفوا بالعقود» انصراف به عقود معین دارد، از نوع انصراف بدوی بوده و قابل پذیرش نمی باشد.

**۲. زمانی می توان به اطلاق مطلق اخذ کرد که قدر متیقنی در مقام تخاطب، وجود نداشته باشد.** در حالی که در ما نحن فیه قدر متیقن در مقام تخاطب وجود دارد. در نتیجه نمی توان به اطلاق عقود اخذ کرد. بلکه باید عقود را بر مواردی که قدر متیقن در مقام تخاطب بوده، حمل کرد.

**پاسخ:** ما یک اطلاعات داریم و یک عمومات. «عدم وجود قدر متیقن در مقام تخاطب» در مورد اخذ به اطلاق مطلق لازم است. اما در مورد اخذ به عموم عمومات، لازم نیست. بر این اساس، لفظ «العقود» علاوه بر اطلاق، از آن جهت که جمع با الف و لام است، مفید عموم نیز می باشد. و در عموم، حجتی عموم وابسته به مقدمات حکمت و از جمله وجود قدر متیقن نیست. در نتیجه استدلال به «اوفوا بالعقود»، از نوع استدلال به عموم است نه از نوع استدلال به اطلاق.

**۳.** زمان می توان به اطلاق ادله تمسک کرد که شارع مقدس در هنگام به کار بردن اطلاقاتی مثل «اوفوا بالعقود»، در مقام بیان باشد. در حالی که شارع در حین انشاء «اوفوا بالعقود» نسبت به عقود مستحدثه از قبیل عقد بیمه، سرقتی و... در صدد بیان نبوده زیرا این عقود در زمان مخاطب اصلا وجود نداشته است در نتیجه نمی توان برای مشروعیت بخشیدن به عقود مستحدثه به اطلاق ادله تمسک کرد.

**پاسخ:** از بیانات شارع استفاده می شود که شارع در حین انشاء حکم شرعی، مصادیق خارجی را احصا نکرده و در نتیجه حکم شرعی اختصاص به مصادیق موجود در عصر شارع ندارد. اساسا لسان ادله بیانگر آن است که «هیچ حکمی نیست مگر اینکه در شریعت آمده»، «هیچ حکمی نیست مگر اینکه در قرآن آمده» لسان اینگونه ادله، بیانگر آن است که شارع مقدس، حکم شرعی از حین انشاء تا روز قیامت، بیان کرده «نه اینکه فقط حکم شرعی مصادیق موجود عصر خودش را بیان کرده باشد» منتها، مخاطب، یک مقداری از این احکام را فهمیده چون موضوع آن وجود داشته و یک قدری را مخاطب نفهمیده چون در آن روز، موضوع آن وجود نداشته است.

**۴.** بفرض که الفاظ مثل «اوفوا بالعقود» اطلاق داشته باشد، شیوع این اطلاق نهایتا شامل مصادیق موضوع له اش می شود. و از آنجایی که واضح در هنگام وضع، لفظ عقد را بر مفاهیم امروزی وضع نکرده است. در نتیجه حوزه مفهومی عبارت های مثل عقد، بیع و... اصلا معانی و مصادیق امروزی را دربر نمی گیرد تا اطلاق آن نسبت به مصادیق امروزی نیز جریان پیدا کند.

### **پاسخ:**

لفظی مثل «عقد» به نحو مشترک لفظی برای تمام مصادیقش وضع نشده است بلکه این لفظ، برای مفهوم کلی «ربط قرار بقرار» وضع شده است. بر این اساس مفهومی به نام «ربط قرار به قرار» و یا «توافق دو اراده برای ایجاد یک رابطه حقوقی» موضوع له عقد است.

با این بیان، عقود نامعین امروزی در حقیقت مصداقی از مصادیق مفهوم عقد است. نه اینکه عقود امروزی مفهومی مغایر با مفهوم عقد داشته باشد. در نتیجه عقود امروزی از نوع توسعه مصداقی است و توسعه مصداقی مانع اخذ به اطلاق نمی شود. ۵. در صورتی عمومات و مطلقاتی مثل «اوفوا بالعقود» شامل عقود مستحدثه می شود که اگر این الفاظ عام و مطلق را تخصیص زده و عقود مستحدثه را از تحتش خارج کنیم، منجر به تخصیص مستهجن شود در حالی که اگر مطلقات را تخصیص زده و عقود مستحدثه را از آن خارج کنیم، هیچ استهجانی پدید نمی آید. پس معلوم می شود که اطلاق مطلق فقط در عقود غیر مستحدثه منعقد شده و شامل عقود مستحدثه نمی شود؟؟؟

**پاسخ:** درست است که در زمان وضع شارع، اگر شارع مقدس در حین وضع «اوفوا بالعقود» بفرماید که منظورم از اوفوا بالعقود فقط عقود امروزی است. نه عقود آینده، در آن صورت تخصیص عقود مستحدثه استهجان ندارد. اما از آنجایی که حکم شرعی تا روز قیامت استمرار دارد، امروز اگر این تخصیص رخ بدهد، و اوفوا بالعقود فقط ناظر به عقود مرسوم در عصر شارع باشد و عقود مستحدثه امروزی را در بر نگیرد قطعاً این تخصیص استهجان دارد.

**نظر استاد:** ادله به حسب عموم و اطلاقش شامل مصادیق عقود مستحدثه امروزی نیز می شود و دلیلی که بخواهد اطلاق و عموم را صرفاً به عقود متداول عصر شارع منحصر نماید، چنین دلیلی نداریم.  
بنابراین به حسب عموم و اطلاق ادله، تمام عقود مستحدثه امروزی و آینده مشروع است به شرطی که:  
اولاً: خلاف شرع نباشد.

ثانیاً: بایسته های آن عقد با بایسته های شرعی سازگار نباشد.  
نتیجه اینکه قراردادهای تأمین از قبیل قرار التزام، قرار کفالت، قرار وثیقه صادر شده از سوی قاضی، به صرف اینکه مصداق عقود نامعین است، باطل نیست بلکه خود این قرارها را جداگانه ملاحظه کرد که چه اتفاقاتی در این قرارها می افتد.  
**ماهیت قرارالتزام:**

### آیا قرار التزام عقد است یا صرفاً شرط ابتدایی است؟

قاضی می گوید: تو را آزاد می کنم، ولی این آزادی را منوط می کنم که چنین تعهدی را بسپاری. متهم می گوید: من متعهد می شوم که در قبال آزادی ام هر وقت خواستید، حاضر شوم.  
حالا آیا این قرار ماهیت عقد را دارد یا اینکه صرفاً شرط ابتدایی است؟  
به نظر می رسد که ماهیت قرار التزام، صرف شرط ابتدایی نیست. زیرا به متهم در قبال تعهدی که می سپارد، یک امتیازی داده می شود. یعنی اینجا منشأ الزام و التزام با هم وجود دارد. نه اینکه صرفاً منشأ التزام باشد اما الزامی نباشد.  
بنابراین قرار التزام هم ایجاب دارد و هم قبول. و مسئولیتی که شخص پیدا کرده، مسئولیت قراردادی است نه شرط وعدی و ابتدایی. بلکه این قرار هم متضمن التزام است که متهم متعهد شده هر وقت قاضی خواست، حاضر شود.  
و هم منشأ الزام دارد یعنی اگر حاضر نشد، زندانی می شود.  
بنابراین «قرار التزام» شرط ابتدایی نیست بلکه عقد است و از نوع عقد نامعین است.  
حالا که عقد نامعین است آیا باطل است یا خیر؟

قطعاً صرف نامعین بودن موجب بطلان آن نمی شود. اما آیا از جهت دیگر باطل است یا نه؟ به عبارت دیگر آیا قاضی حق دارد متهم را حبس کند، تا در قبال حبس نکردن، از او در قالب عقد التزام، تعهد بگیرد؟  
در صدر اسلام قاضی به اتکای تعهدی که متهم می سپرد، به او اجازه می داد که موقتاً برود و کارش را انجام دهد و بعد برگردد.

منتها سخن در این است که آیا قاضی ابتداءً حق حبس کردن متهم را دارد تا اینکه حالا بگویند، جناب متهم، برای اینکه زندان نروی، باید چنین تعهدی را بسپاری؟ یا اینکه این حبس از ابتدا و از ریشه غیر قانونی و نا مشروع است؟  
**جواب:** این سؤال قطعاً در صدر اسلام مطرح نبوده زیرا در آن عصر:

اولاً: رسیدگی های قضایی بسیط بود. یعنی آزمایشگاه ها، کارشناس ها، استفاده از ابزار علمی در کشف جرایم، و... وجود نداشت.

ثانیاً: تعداد مراجعات نیز اندک بود. در صدر اسلام چیزی به نام نوبت رسیدگی وجود نداشت بلکه در همان وقت رسیدگی انجام می گرفت.

ثالثاً: پروسه دادرسی هم سریع انجام می گرفت.

بنابراین در صدر اسلام، این بحث مطرح نمی شد که اگر متهم را رها کنیم چه می شود؟ بلکه فوراً یا بی گناهی متهم اثبات شده و وی رها می شد و یا گنهکاری او اثبات شده و حکم در موردش اجرا می شد. اما امروزه بین مرحله تعقیب تا زمانی که حکم صادر می شود، و حتی بعد از صدور حکم تا مرحله اجرا، پروسه های زمانی مختلفی فاصله می اندازد. به گونه ای که اگر همه متهمین بدون اخذ قرار، آزاد کرده و هیچ تضمینی برای مراجعه آنها وجود نداشته باشد با این امور مواجه می شویم:

۱. خلاف مصلحت،
  ۲. خلاف نظم عمومی است.
  ۳. موجب اختلال در نظام می شود.
  ۴. زمینه عدم احقاق حق اشخاص را فراهم می کند. و لذا نمی توان متهم را یله و رها کرد. و چهار سال بعد که حکم او را می خواهیم اجرا کنیم او حاضر شود.
  ۵. از باب مقدمیت: بر فرض که حبس متهم اگر به حکم اولی جایز نباشد اما چون مقدمه تضييع حقوق دیگران است و چون تضييع حقوق حرام است مقدمه آن نیز حرام است در نتیجه باید او راجس کرد.
- بنابراین اگر به عنوان اولی امکان حبس متهم جایز نباشد قطعاً به عنوان ثانوی می توان او را حبس کرد. به عنوان مثال حبس نکردن متهم مقدمه تضييع حق دیگران است، تضييع حق دیگران حرام است، پس مقدمه که حبس نکردن متهم باشد هم حرام است در نتیجه باید متهم را برای جلوگیری از تضييع حق دیگران، حبس کرد.
- نتیجه آنکه قرار التزام، مبنای شرعی دارد.

\*\*\*

#### ماهیت قرار کفالت:

قرار کفالت از نظر فقهی، عقدی است که بین «داین» و «کفیل» در مورد «مکفول» واقع می شود. همانگونه که ایقاعاتی از قبیل، ابراء، اسقاط، فسخ و... یک ایقاع تبعی است؛ عقد کفالت مانند عقد ضمانت نیز جزء عقود تبعی محسوب می شوند. یعنی اولاً باید اولاً باید یک دینی وجود داشته باشد تا آنگاه عقد کفالت یا ضمانت محقق شود. اصل کفالت آن است که کفیل از تن مکفول، ضمانت می کند. کفیل باید مکفول را معرفی کرده و تحویل بدهد. منتها اگر به هر دلیلی تحویل نداد اگر حق، حق مالی بوده، باید مال را بدهد و اگر مثل قصاص باشد، تبدیل به دیه می شود و باید دیه را بپردازد. و اگر هیچ کدام را انجام نداد کفیل حبس می شود تا یکی از آنها را اختیار کند، یعنی یا طرف را تحویل دهد و یا مال را تحویل دهد. این حبس یکی از انواع حبس های تأمینی مدنی در اسلام است.

ماهیت عقد کفالت چیست؟

قاضی به متهم می گوید که من تو را آزاد می کنم به شرطی که یک شخصی از تو کفالت کند. عقدی که واقع می شود بین شخص ذوالحق و کفیل نیست. بلکه یکی از طرف های قرارداد قاضی است که ذوالحق نیست. ولی کفیل با قاضی عقد کفالت را منعقد می کند در مورد کفالت از شخص ثالث که متهم باشد.

از نظر تحلیلی به نظر می رسد که این قرار کفالت، همان عقد کفالت نیست زیرا:

اولاً: عقد کفالت بین دائن که ذوالحق است با شخص ثالث که «کفیل» باشد منعقد می شود؛ در حالی که عقد کفالت رایج در دادگاه ها، بین قاضی که ذوالحق نیست با شخص ثالث که کفیل باشد، منعقد می شود.

ثانیاً: در عقد کفالت، احراز ملائت کفیل، با دائن است. در حالی که در امر قضاء، احراز ملائت با قاضی است.

ثالثاً: در عقد کفالت، دین یک حقیقت خارجیه ی معین است. ولی در جایی که قاضی قرار کفالت صادر می کند لزوماً دینی در کار نیست. مثلاً در عقد کفالت وقتی گفته می شود که چرا این شخص را می بری به سمت دادگاه؟ می گوید: چون ۱۰ میلیون به من بدهکار است و نمی دهد. اما وقتی از قاضی سوال می کنیم که چرا قرار کفالت صادر می کنی؟ می گوید: آقای کفیل اگر مکفول را آوردی فبها، و الا باید فلان مبلغ را بپردازی. این فلان مبلغ، لزوماً دین نیست. چرا که گاهی شخصی، متهم به عمل منافی عفت است. در اینجا دینی مطرح نیست.

**نتیجه اینکه:** «عقد کفالت» غیر از «قرار کفالتی» است که امروزه از سوی دادگاه ها صادر می شود. بنابراین این قرار کفالت، یک عقد نامعین جدید و نوی است. و قبلاً گفتیم که عقود نامعین به جهت نامعین بودن باطل نیست اما لااقل باید با بایسته های قراردادی سازگار باشد. حالا باید دید که آیا عقدی که قاضی تحت عنوان عقد کفالت، با کفیل منعقد می کند، بایسته های مشروعیت را دارد یا خیر؟

مبنای مقنن این است که تمام جرائم، دارای جنبه ای الهی است. (سابق می گفت جرائم یا جرائم عمومی اند و یا جرائم خصوصی. یا با منشأ حق الناسند و یا با منشأ حق الله) امروزه قانونگذار تغییر موضع داده در ماده ۸ قانون آیین دادرسی کیفری می گوید: «محکومیت به کیفر، فقط ناشی از ارتکاب جرم است و جرم که دارای جنبه ای الهی است می تواند دو حیثیت داشته باشد. الف: حیثیت عمومی. ب: حیثیت خصوصی»

یعنی در حقیقت همه جرایم جنبه ای الهی دارد. یعنی حتی جرایم خصوصی از قبیل اهانت به شخص، ترک انفاق به همسر و... اینها جرائم خصوصی اند مع الوصف جنبه الهی دارند. جنبه الهی دارد یعنی اینکه مرتکب جرم، خواه جرم از نوع حدی باشد یا از نوع دیات باشد یا از نوع قصاص باشد و یا از نوع تعزیرات شرعی باشد، و خواه از باب تعزیرات حکومتی باشد و رهمه اینها مرتکب جرم، یک «لا تفعل شارع را» نادیده گرفته وقتی کسی نهی شارع را نادیده بگیرد، مرتکب حرام شده و مرتکب حرام بما آنه ارتکب الحرام، فعلش جنبه ای مربوط به خدا است. حالا صرف نظر از اینکه ذوالحقی هم از این جرم متضرر شده باشد که می شود حق الناس، یا جامعه متضرر شده باشد که یم شود حق الله، یا هردوتا متضرر شده باشند که می شود ذوصبغتین.

حالا با این بیان که همه جرایم جنبه الهی دارد قاضی می تواند بما آنه یعاقب من ارتکب الحرام، می تواند ورود پیدا کرده و شخص مرتکب جرم را از این نظر تحت تعقیب قرار دهد.

حالا که قاضی حق تعقیب دارد هرکس که بنا شد مُعاقب باشد، امروز که زمان رسیدگی مقارن با ورود طرفین نیست، بلکه مرحله به مرحله شده، حکم اولی این است که در همان لحظه آوردن متهم، حکم صادر شود اما حالا که صدور حکم آنی مقدور نیست، بلکه با اطاله دادرسی مواجه هستیم، در چنین وضعیتی اگر متهم را همینطوری بدون اخذ قرار تامین رها کنیم، تالی فاسد زیادی را در پی دارد. در نتیجه بنا به ضرورت و برای جلوگیری از اختلال نظام، باید یک وضعی را تعریف کنیم که متهم در دسترس باشد. لذا قاضی از باب اینکه جرایم جنبه الهی دارد ورود پیدا کرده و برای در دسترس بودن مجرم، قرار کفالت را صادر می کند. و گویا قاضی کانّ خودش طلبکار و یا قائم مقام طلبکار است. و لذا مشروعیت صدور قرار کفالت از باب ضرورت و لزوم اختلال نظام است.

**نتیجه:** اگر وجه الكفاله اخذ شد، به نفع دولت است نه به نفع دائن، ولی قانون اجازه داده که از همین محل، اولاً خسارت شاکی خصوصی پرداخت شود. اگر چیزی اضافی آمد، آن اضافی به نفع دولت ضبط می شود. مثلاً: اگر کسی فردی را مضروب سازد، و قاضی برای ضارب ۱۰ میلیون قرار کفالت صادر کند، کفیل نتوانست طرف را بیاورد، و طرف محکوم شد به ۷ میلیون. از محل ۱۰ میلیون اولاً ۷ میلیون را به مجنی علیه و باقی به دولت داده می شود.

\*\*\*\*

۹۵/۸/۲۳

### قرار وثیقه:

نزدیک ترین مساله فقهی به قرار وثیقه، عقد رهن، است. رهن، عقدی است که بین «دائن» و «مدیون» منعقد می شود که به موجب آن، «مدیون»، مالی را که نزد «دائن» به عنوان وثیقه دین اش، می گذارد. در عقد رهن، مرتهن حق ندارد «استقلالاً»، عین مرهونه را به جهت استیفای حق خود بفروشد، بلکه در دو صورت حق فروش دارد:

صورت اول: در ضمن عقد رهن، راهن، مرتهن را وکیل کرده باشد که عین مرهونه را در فرض طول اجل دین، و عدم تأدیه آن از ناحیه مدیون، بفروشد.

صورت دوم: اگر مرتهن وکیل نشده باشد، به حاکم مراجعه کند که در این صورت حاکم، راهن را ملزم می کند به بیع عین مرهونه، آن وقت اگر راهن امتناع کرد، نوبت به قاعده «الحاکم ولی الممتنع» می رسد یعنی خود حاکم اقدام به فروش عین مرهونه می کند.

مرتهن می تواند به جهت اینکه نیازی به مرافعه و مراجعه به حاکم نداشته باشد در ضمن عقد رهن، شرکت وکالت کند که به شرطی رهن را می پذیرم که من وکیل شما باشم در فروش عین مرهونه، در سر رسید اجل دین اگر تأدیه نکردی. س: این وکالتی که راهن در ضمن عقد رهن، به مرتهن داده، امکان عزل وکالت مرتهن از سوی راهن وجود دارد یا خیر؟ قاعده کلی آن است که اگر شرطی مثل وکالت در ضمن عقد جایز باشد چون خود عقد جایز است لذا لزومی نیست تا به شرط تسری کند. اما اگر شرط در ضمن عقد لازمی باشد، لزوم عقد به شرط نیز تسری می کند در نتیجه شرط نیز لازم می شود.

عقد وکالتی که خودش از امور جایز است اگر در ضمن عقد لازمی انجام بگیرد، در لزوم یا عدم لزوم آن دو قول است:

۱. وکیل از وکالت عزل می شود و عزل کننده مرتکب گناه شده است. (این قول شاذ است).

۲. شهرت فتواییه آن است که اگر وکالت در ضمن عقد لازم انجام گرفت. با عزل موکل، وکیل معزول نمی شود.

ماهیت شرط وکالت در ضمن عقد، از نوع شرط فعل است یا شرط نتیجه؟

شرط فعل آن است که مشروط علیه، در ضمن عقد، انجام عملی و یا انجام ندادن عملی را به عهده بگیرد. مثل اینکه در ضمن عقد بیع، مشتری تعهد می کند که خانه ای سه طبقه ای را برای بیع بسازد.<sup>۱</sup> و یا متعهد می شود که که فلان کار معین را انجام ندهد.

<sup>۱</sup>. حقوق مدنی (امامی) ج ۱، ص ۲۸۹.

شرط نتیجه آن است که در ضمن عقد، محقق شدن مقتضا و نتیجه ی عقد دیگری را شرط کند. مثلا در ضمن عقد بیع منزل، شرط کند که منافع ماشین به مدت یک سال برای مشروط له محقق شود. که بعد از انعقاد بیع، به صورت خودکار و بدون نیاز به انعقاد عقد اجاره، منافع یکساله ماشین، به مشروط له منتقل می‌شود.<sup>۲</sup>

حالا وکالت در ضمن عقد به نحو شرط فعل است یا شرط نتیجه؟

اگر کسی در فقه قایل باشد که وکالت از عقود توقیفی است که ایجاب و قبول مستقل لازم دارد، و به صرف اشتراط در ضمن عقد دیگر محقق نمی‌شود، در این صورت وکالت از نوع «شرط فعل» خواهد بود.

اما مشهور می‌گویند، وکالت از عقود توقیفی نیست لذا به صرف اشتراط وکالت در ضمن یک عقدی، عقد وکالت خود به خود محقق می‌شود. که استقلالی است این می‌شود از نوع شرط فعل، انشاء مستقل می‌خواهد به صرف اشتراط رد ضمن عقد دیگر وکالت محقق نمی‌شود.

حالا سوال این بود که اگر شرط وکالت در ضمن عقد رهن شرط شود آیا لازم است یا جایز؟  
چند مطلب مهم:

۱. علی الاطلاق، هیچ عقدی که از منظر لزوم و جواز ذو صیغتین باشد، نداریم. ماهیت عقد یا لزوم است یا جواز.
  ۲. اصل در همه عقود به استناد عمومات و اطلاقات، لزوم است و اگر عقدی را جایز بدانیم نیازمند مخصّص هستیم.
  ۳. هر عقدی که شک در لزوم و جواز آن داشته باشیم بر اساس اصل لزوم، ملحق به عقد لازم می‌شود.
- حالا چرا در عقود مثل رهن و کفالت، از سوی مرتهن، و مکفول له، جایز ولی از سوی راهن یا از سوی کفیل لازم است. پاسخ: در این نوع از عقود که یک طرف «من له الحق» و طرف دیگر «من علیه الحق» است اینکه «من له الحق» نتواند حقیقت را اسقاط کند، معقول نیست. اصلا معقول نیست که یک چیزی از یک طرف حق بدانیم و از طرفی دیگر قابل اسقاط ندانیم.

بر این اساس عقد رهن، عقد لازمی است که از حیث امکان فسخ آن توسط مرتهن، در حکم جایز است. عقد کفالت نیز عقد لازمی است که از منظر امکان فسخ آن توسط مکفول له، در حکم جایز است.

خصوصیت عقد لازم این است که قابل فسخ نباشد، بر این اساس در عقد رهن به فوت احد المتراهنین، این عقد منفسخ نمی‌شود در حالی که عقد اگر ماهیتش عقد جایز بود باید با فوت احدهما منفسخ می‌شد.

فرض کنید عقد کفالت است. موکل بمیرد، وکالت منفسخ می‌شود. اگر وکیل نیز فوت کند، وکالت منفسخ می‌شود. اما این خصوصیت در عقد رهن نیست. اگر یکی از متراهنین بمیرد، عقد منفسخ نمی‌شود. پس نشان می‌دهد که ماهیت عقد رهن، عقد لازم است.

همچنین اگر یکی از متعاقدين در عقد جایز، دیوانه شوند عقد منفسخ می‌شود. در حالی که در عقد رهن دیوانه شدن یکی از راهن یا مرتهن، عقد رهن منفسخ نمی‌شود. پس عقد رهن خصوصیات عقد لازم را دارد صرفا به ذوالحق اجازه اسقاط حق داده شده است. با این وصف حالا شرط وکالتی که در ضمن عقد رهن انجام گرفته چه حکمی دارد؟ آیا جایز است یا لازم؟  
وکالتی که در ضمن عقد رهن شرط شده، لازم است به دلیل اینکه ماهیت عقد رهن عقد لازم است.

همانطور که اگر وکالت در ضمن عقد کفالت نیز شرط بود، لازم می‌گشت زیرا عقد کفالت نیز لازم است. و صرفاً از جهت اینکه مکفول له حق اسقاط حقیق را دارد موجب جواز عقد کفالت نمی‌گردد. و از جهت امکان فسخ آن توسط مکفول له، به حکم عقد جایز است.

در قانون، قانونگذار مجاز حقوقی به صورت متعدد به کار برده.

مثلاً در ماده قانونی آمده که: «اگر کسی بر مال دیگری اثبات ید کند،<sup>۳</sup> به حکم غصب است.» اینکه قانونگذار اثبات ید را در حکم غصب دانسته، از نوع مجاز حقوقی است. زیرا تعریف غصب، استیلا است نه اثبات ید. ولی قانونگذار مجازاً اثبات ید را در حکم غصب دانسته و احکام غصب را بر آن مترتب کرده است.

نمونه دیگر: کارشناس دادگستری گزارش غیر واقعی بنویسد، قانونگذار این گزارش غیر واقعی را تحت عنوان «جعل در سند» مورد پیگرد قرار می‌دهد. باینکه تعریف جعل سند چیزی دیگر است اما قانونگذار مجازاً گزارش غیر واقعی کارشناس دادگستری را در حکم جعل سند قرار داده است.

نکته: هرگاه قانونگذار چیزی را مصداق مجاز حقوقی قرار داد، تمام آثار و احکام اصیل، بر چیزی که در حکم اصیل قرار گرفته مترتب نمی‌شود بلکه در حدودی است که قانون اجازه داده.

مثلاً قانونگذار گفته که عقد رهن به حکم عقد جایز است، آیا در همه موارد؟ خیر، بلکه صرفاً در خصوص امکان فسخ عقد رهن از سوی مرتهن، فقط در این بخش خاص در حکم عقد جایز است نه نسبت به همه احکام لذا در بقیه بخش‌ها، عقد رهن حکم عقد لازم را دارد. نتیجه اینکه اگر شرط جایزی، در ضمن عقد رهن، شرط گردید، این شرط جایز، شرط لازم خواهد شد.

**حالا بحث در این است که قرار وثیقه ای که امروزه در دادرها و دادگاه‌ها صادر می‌شود رابطه اش با رهن چیست؟**

قرار وثیقه با رهن تفاوت‌های زیادی دارد:

۱. متعاقدين در رهن، دائن و مدیون است، اما در قرار وثیقه، متعاقدين قاضی و متهم است.
۲. عقد رهن، لزوماً متفرع بر دین است. اما قرار وثیقه لزوماً متفرع بر دین نیست یعنی صدور قرار وثیقه، ملازمه با وجود دین ندارد هرچند که می‌تواند متضمن دین هم باشد. مثل سرقت، شخص مجرم هم باید مجازات شود و هم باید رد مال کند.
۳. تشخیص ارزش مال مرهونه با مرتهن یا ذوالحق است اما در وثیقه تشخیص میزان ارزش آن با ذوالحق نیست بلکه تشخیص آن با قاضی است.
۴. قبض عین مرهونه شرط صحت عقد رهن است. اما در وثیقه، قبض مال مورد وثیقه لازم نیست. بلکه در وثیقه، سند، تحویل دادگاه می‌شود نه عین خانه.
۵. معمولاً در رهن، «اعیان» به رهن گذاشته می‌شود. اما در قرار وثیقه، آنچه که به وثیقه سپرده می‌شود گاهی از «نقود» است.
۶. ضمانت شخص ثالث در عقد رهن به عنوان وثیقه قبول نمی‌شود. اما در قرار وثیقه، ضمانت شخص ثالث به عنوان وثیقه پذیرفته می‌شود.

<sup>۳</sup> اثبات ید یعنی هرگاه کسی با سبق اذن مالک، در مالی تصرف کند، و زمانی که مکلف به «رفع ید» باشد، «وضع ید» کند، این را می‌گویند اثبات ید. مثل اینکه مستاجر بعد از اتمام اجاره، منزل را تخلیه نکند، یا مثل انکار امانت و...



با توجه به این تفاوت های ششگانه به این نتیجه می رسیم که قرار وثیقه و رهن متباینین هستند. بر این اساس نتیجه می گیریم که قرار وثیقه از مستحدثات فقه القضاء است.

**قرار بازداشت موقت:** از جمله قرارهای تأمینی که در قانون پیش بینی شده است قرار وثیقه بازداشت موقت است.

**اولا:** مقنن اصل را بر ممنوعیت صدور قرار بازداشت موقت گذاشته است. مگر در مصادیقی که قانون جازه داده باشد.

**ثانیا:** مصادیق تجویز شده در قانون عبارتند از:

۱. جرایمی که مجازات قانونی آنها سلب حیات باشد. مثل قتل عمد، و زناى محصنه و...  
به نظر استاد حتی در تعزیرات نیز بازداشت موقت قابل تصور است زیرا مجازات اعدام در مواد مخدر ماهیت تعزیری دارد نه ماهیت حدی. لذا در این مورد نیز صدور قرار بازداشت موقت بلامانع است.

۲. حبس ابد: مثل سرقت «حدی» نوبت سوم، ممسک در قتل عمدی، مکړه در قتل عمدی. ارتداد زن.

۳. قطع عضو: قطع عضو هم در باب قصاص مطرح است مثل الاذن بالاذن و در باب حدود مطرح است مثل محاربه و سرقت.

۴. جنایات عمدی علیه تمامیت جسمانی که میزان دیه آن ثلث دیه کامل یا بیش از آن باشد.

۵. جرایم تعزیری درجه ۴ و بالاتر.

۶. جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی کشور که مجازات آن درجه ۵ و بالاتر باشد..

۷. ایجاد مزاحمت برای بانوان و اطفال.

۸. سرقت، کلاهبرداری، ارتشاء، اختلاس، خیانت در امانت، جعل، به جهت تکرار شدن مصداق صدور قرار بازداشت موقت قرار می گیرد.

صدور قرار موقت منحصر به این موارد هشتگانه است اما اینطور نیست که به محض وجود مصداق صدور قرار موقت، علی الاطلاق بتوان صدور قرار موقت را صادر کرد بلکه صدور قرار موقت در این موارد هشتگانه شرایطی دارد که عبارتند از:

۱. آزاد بودن متهم موجب از بین رفتن آثار و ادله جرم یا باعث تبانی با متهمان دیگر و یا شهود و یا مطلعان واقع گردد. و یا سبب شود شهود از ادای شهادت امتناع کند.

۲. بیم فرار یا مخفی شدن متهم شود که به طریق دیگر نتوان از آن جلوگیری کرد.

۳. آزاد بودن متهم مخل نظم عمومی، موجب به خطر افتادن جان شاکی، شهود، یا خود متهم شود.

پس اصل بر ممنوعیت صدور قرار بازداشت موقت است.

اگر یکی از این مصادیق وجود داشت و یکی از این شرایط سه گانه نیز وجود داشت قاضی می تواند قرار بازداشت موقت را صادر کند. صدور قرار بازداشت موقت به غیر از این موارد و بدون وجود یکی از این شرایط غیر قانونی بوده و علاوه بر پیگرد انتظامی، پیگرد کیفری را نیز در پی خواهد داشت.

حالا اصل بحث:

آیا بازداشت موقت امروزه از مسایل مستحدثه فقه القضاء به شمار می آید یا خیر؟

آنچه که در اسلام مسبوق به سابقه بوده حبس تأمینی کیفری در تهمت قتل عمدی و به مدت ۶ روز است. اما بازداشت موقت آن هم به این گستردگی مسبوق به سابقه نبوده است. بنابراین بازداشت موقت جزء مسائل مستحدثه است اما حالا که جزء امور مستحدثه است آیا مشروعیت دارد یا خیر؟

اولاً: مشروعیت و عدم مشروعیت در نظام تقنین غیر از نظام افتاء است.

حالا ملاک مشروعیت و عدم مشروعیت در نظام تقنین چیست؟ آیا ملاک فتوای مشهور فقهی است؟ یا ملاک فتوای ولی فقیه است؟ یا ملاک فتوای فقیه اعلم است؟ یا ملاک فتوای مشهور فقهای معاصر است؟ یا ملاک نظر فقهی شورای نگهبان است؟

ملاک مشروعیت در حوزه تقنین:

اولاً: موافقت قانون با شریعت نیست بلکه ملاک، عدم مخالفت قانون با شریعت است. (یک وقت می‌گوییم حکم باید منطبق با شریعت باشد. لازمه منطبق بودن قانون با شریعت آن است که در شریعت یک بیانی راجع به آن قانون، وجود داشته باشد. اما وقتی می‌گوییم قانون مخالف با شریعت نباشد. لازمه این سخن این نیست که راجع به آن قانون در شریعت بیانی وجود داشته باشد بلکه اگر بیانی هم نداشت باز مخالف با شریعت نیست.)

ثانیاً: تقنین در حوزه حکومت اسلامی با تقنین در حوزه حکومت غیر دینی تفاوت دارد.

اگر حکومت اسلامی نباشد هر نماینده برای رأی که می‌دهد یا باید مجتهد باشد و یا نظر مجتهدش را بداند. زیرا عمل نماینده، فعلی از افعال مکلفین قرار می‌گیرد و متصف می‌شود به یکی از احکام تکلیفی. و هرگاه بحث انطباق موضوع با حکم شرعی باشد باید حکم شرعی را از فقیه اش دریافت کند.

اما اگر حکومت اسلامی باشد، مبنای مشروعیت قوانین، فقه حکومتی است. بر اساس فقه حکومتی، ولی فقیه بر نمایندگان در حوزه تقنین ولایت دارد.

### بر این اساس آیا مصادیق بازداشت موقت، از نظر حکم اولی، مشروعیت دارد یا نه؟

اگر بخواهیم مشروعیت بازداشت موقت را از طریق حکم اولی اثبات کنیم، باید این طُرُق را بییماییم:

**راه اول:** از ادله ای که در باب تهمت به قتل وارد شده:

اولاً: الغای خصوصیت کنیم.

ثانیاً: زمان و مکان را در آن ۶ روز دخیل بدانیم.

**راه دوم:** یا اینکه از ادله‌ای که در باره حبس تأمین مدنی وارد شده‌اند، اخذ به اولویت کنیم. و بگوییم وقتی در امور مدنی، بازداشت موقت مطرح باشد به طریق اولی در امور کیفری نیز بازداشت موقت جریان خواهد داشت.

اگر این دو راه را بتوانیم بییماییم، و دلیل نیز کامل باشد می‌توان مشروعیت مصادیق بازداشت موقت امروزی را اثبات کرد. اما آیا این دلایل کامل و تمام هست یا خیر؟

**اما ارزیابی راه اول:** روایتی که حبس ۶ روز را در باره تهمت قتل بیان کرده، آیا در زمان شارع مقدس به غیر از تهمت قتل، تهمت‌های دیگری مطرح نبوده؟ یا مطرح بوده؟ قطعاً غیر از تهمت قتل، تهمت‌های دیگری مثل تهمت به سرقت، اختلاس، احتکار و... مطرح بوده اما چرا شارع در این موارد حبس را در نظر نگرفته؟ پس معلوم می‌شود که حبس برای تهمت به قتل، خصوصیت دارد. حال چطور می‌توان الغای خصوصیت کرد؟

**اما ارزیابی راه دوم:** اگر بخواهیم مشروعیت مصادیق حبس موقت را از طریق اولویت وارد شویم، باید گفت:

مفهوم دوگونه است: ۱. مفهوم موافق ۲. مفهوم مخالف

مفهوم موافق نیز دو گونه است: الف: تنقیح مناط و فحوا ب: طریق اولویت.

حالا اگر حبس موقت را از طریق اولویت ثابت کنیم؟ به چه دلیل حبس در امور کیفری اولای از حبس در امور مدنی است؟

در جایی که حبس مدنی مطرح است، ذوالحق، حق ثابت شده و فعلی دارد نه حق شأنی و احتمالی. در امور کیفری، ذوالحق، حق اش محتمل است نه ثابت و فعلی. پس با این وجود چطور می توان گفت که حق شأنی و احتمالی اولای از حق ثابت و قطعی است؟

بنابراین اثبات مشروعیت مصادیق بازداشت موقت از نظر حکم اولی مشکل است.

حال باید برویم که آیا نظر عنوان ثانوی مشروعیت آن قابل اثبات است یا خیر؟

هرچند اموری مثل ضرر، حرج، ضرورت، اضطرار، اکراه، قطعاً عناوین ثانوی اند. و در عنوان ثانوی بودن اموری مثل اختلال نظام، مصلحت، مقدمیت، شرطیت اختلاف نظر وجود دارد. اما با این حال در بازداشت موقت، عنوان ثانوی به نام «اختلال نظام» و «خلاف مصلحت» جریان دارد.

افرادی مورد ظلم واقع شده اند، شکایت کردن به محکمه، و مورد اتهامی از مواردی است که یا شخص متهم، ادله جرم را از بین می برد، یا مخفی می شود، یا با شهود تبانی می کند، یا شهود را تهدید و آزار می دهد، یا خود متهم خوف جانی دارد، حالا در این موارد تصریح شده در قانون، که دلایل کافی و قرائن کافی بر علیه شان موجود است، اگر اینها را رها کنیم، قطعاً اختلال در نظام به وجود می آید، سنگ روی سنگ بند نمی شود. در نتیجه اگر متهم آزاد شود منجر به اختلال در نظام می شود. و از طرف دیگر مردم سر و صدای شان بلند می شود که این حاکمیت توان حفظ و اداره کشور را ندارد در نتیجه خلاف مصلحت پیش می آید. بر این اساس «حفظ نظام» و «حفظ مصلحت» اقتضا می کند که بازداشت موقت در این موارد یاد شده در قانون، مشروعیت داشته باشد.

نکته: عناوین ثانوی در مقام تشریح ناظر به نوعیت است در مقام امثال، حیثیت شخصی پیدا می کند.

### طراحی و تنظیم:

مدیریت سایت پایگاه اطلاع رسانی گروه فقه و حقوق قضایی