

تحلیل وضعیت فقهی - حقوقی معاملات به قصد فرار از دین با توجه به قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴

محمدعلی خورسندیان* مهدی سخنور** داود جانبازی***

چکیده

با توجه به اصل نسبی بودن قراردادها، آثار قراردادها نسبت به اشخاص ثالث امری استثنایی است. هرچند که این امر مانع قابلیت استناد قرارداد به عنوان یک واقعیت حقوقی در مقابل اشخاص ثالث نیست. با این وجود فروضی وجود داد که ممکن است قرارداد بین دو شخص موجب ضرر و زیان به شخص ثالث شود. در آراء فقهای امامیه، به طور پراکنده بعضی از مصادیق این معاملات بیان شده، اما در خصوص صحت و بطلان آن اختلاف وجود دارد. از منظر حقوقی نیز برخی ایجاد الزام برای ثالث را در قالب ایجابی بررسی کرده‌اند که با قبول ثالث، دارای آثار حقوقی خواهد بود و برخی آن را مصادق تعهد فضولی و منوط به اجازه یا ردّ ثالث دانسته‌اند. با توجه به اهمیت و نقش معاملات در زندگی افراد جامعه و عدم تعیین دقیق احکام و آثار معاملات موضوع بحث در متون فقهی و حقوقی، بررسی وضعیت و آثار این معاملات آثار مثبتی را در بر خواهد داشت. این مقاله، در پی آن است که وضعیت حقوقی معامله به قصد فرار از دین را با توجه به ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی جدید مصوب ۱۳۹۴، بررسی و بیان کند که ضمانت اجرای این نوع از معاملات در کدام قالب حقوقی قرار می‌گیرد؟ به

* دانشیار حقوق خصوصی، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شیراز، ایران

mkhorsandian@yahoo.com

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، ایران

Mehdisokhanvar28@yahoo.com

*** کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، ایران

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۳/۲۲

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۱/۱۷

نظر می‌رسد معامله به قصد فرار از دین، خواه منتقل‌الیه به قصد انتقال‌دهنده عالم باشد یا جاهل، در هر صورت معامله صحیح است و تنها در حالت عالم بودن منتقل‌الیه، علاوه بر مجازات کیفری مقرر در ماده ۲۱ قانون مذکور نوعی جریمه مدنی نیز برای انتقال‌گیرنده نیز در نظر گرفته است که محکوم‌به از محل همان جریمه اخذ می‌شود.

واژگان کلیدی: اشخاص ثالث، فرار از دین، قانون اجرای محکومیت‌های مالی، نسبی بودن قراردادها.

مقدمه

طبق اصل آزادی قراردادی، اشخاص در تعیین طرف قرارداد و آثار آن آزاد هستند. همچنین، با توجه به اصل نسبی بودن قراردادها، آثار قراردادها بین طرفین و قائم‌مقام آن‌ها موثر است و اصولاً قراردادها نمی‌توانند تعهدی بر اشخاص بار کنند. در فرض معامله به قصد فرار از دین، معامله بین طرفین موجب ضرر و زیان به شخص ثالث می‌شود. فقهای ما در مورد معاملات مدیون معسر قائل به دو نظریه هستند: متقدمین فقها با توجه به قاعده تسلیط و قاعده نفی عسر و حرج، قائل به صحت معاملات مدیون معسر هستند، حتی اگر موجب زیان به طلبکاران شود. برخی دیگر از فقها، با توجه به دلایلی از جمله بحث اصولی دلالت امر به شیء بر نهی از ضد خاص و قاعده لا ضرر قائل به بطلان این معاملات شده‌اند.

با توجه به اصل حاکمیت و آزادی اراده و قاعده تسلیط، اصولاً شخص مدیون را نیز نمی‌توان از معاملات و اداره اموال و دارایی خود منع کرد، اما در فرضی ممکن است شخص مدیون به اندازه کافی اموال و دارایی برای پرداخت دیون خود نداشته باشد؛ با این حال بدون توجه به این وضعیت و پرداخت دیونی که بر عهده وی مستقر شده است، معاملاتی را انجام دهد که باعث تنگ‌دستی بیشتر وی شود و این اقدام، استیفای طلب طلبکاران را دشوار یا غیرممکن سازد و به این ترتیب، موجبات ضرر و زیان به آن‌ها را فراهم کند. حال، با توجه به قواعد و متون فقهی و قوانین موجود از جمله قاعده ارزشمند لا ضرر، نظر غیرمشهور فقها، اصل ۴۰ قانون اساسی و آخرین

تغییرات قانونی از جمله ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، سوال اصلی این است که وضعیت این‌گونه معاملات چگونه است؟ در راستای بررسی این پرسش، این مقاله ضمن تبیین مقدمات و تعاریف، نظریات مطروحه در فقه و حقوق ایران و سپس تحلیلی از ماده ۲۱ قانون جدید را ارائه می‌کند.

۱. معامله به قصد فرار از دین

فرار از دین، هر عمل حقوقی متقلبانه‌ای است که منظور عامل آن، فرار از پرداخت دین باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴: ۳۹۶). از منظر فقهی نیز، معامله به قصد فرار از دین معامله‌ای است که جهت آن، فرار از دین است.^۱ به همین دلیل است که در زمان تدوین قانون مدنی ماده ۲۱۸ این قانون بیان می‌داشت: «هرگاه معلوم شود معامله به قصد فرار از دین واقع شده است آن معامله نافذ نیست». در این ماده، مقنن در صورتی که جهت معامله فرار از دین باشد، معامله را فاقد نفوذ حقوقی می‌داند. این ماده، از ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی فرانسه اقتباس شده بود که بیان می‌داشت: «همچنین بستانکاران می‌توانند به نام شخص خود به معامله مدیون که با حيله نسبت به حقوق آنها صورت گرفته، اعتراض کنند». این ماده، در قسمت ششم قانون مدنی فرانسه تحت عنوان «اثر عقود نسبت به اشخاص ثالث» منصوص شده است.

ماده ۲۱۸ در اصلاحات سال ۱۳۶۱ حذف شد، اما به دلیل مشکلات ناشی از خلأ آن، مجدداً در سال ۱۳۷۰، ماده مزبور به این شرح به قانون مدنی اضافه شد: «هرگاه معلوم شود که معامله با قصد فرار از دین به طور صوری انجام شده آن معامله باطل است». همان‌طور که دیده می‌شود، در اصلاحات سال ۱۳۷۰، میان معامله صوری و معامله به قصد فرار از دین خلط مبحث صورت گرفته است؛ به این صورت که فرض

۱. در معاملات معوض، جهت هر تعهد، تعهد مقابل است؛ به این معنا که پرداخت ثمن برای اخذ مبیع صورت می‌گیرد، اما جهت معامله انگیزه شخصی طرفین معامله از انجام آن است. به عبارت دیگر، پرداخت ثمن برای اخذ مبیع صورت گرفته تا مثلاً در مبیع سکونت شود، یا تخریب شود، فروخته شود یا اجاره داده شود. لذا، جهت معامله امری است شخصی و جهت تعهد امری است نوعی. در ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴ نیز جهت معامله مورد توجه قرار گرفته است (محسنی، ۱۳۹۵: ۹۸).

شده، معاملات به قصد فرار از دین به دو گونه هستند: یکی معاملات صوری و دیگری غیر صوری که در فرض صوری بودن باطل است. این در حالی است که معامله به قصد فرار از دین می‌تواند صوری نباشد و عقدی، صحیح و غیر نافذ است. لذا، مشخص می‌شود که ماده ۲۱۸ فعلی قانون مدنی، حکم معامله به قصد فرار از دینی که صوری است را بطلان دانسته و وضعیت حقوقی معامله به قصد از فرار از دینی را که صوری نیست، روشن نکرده است.

۲. مفهوم شخص ثالث

در کلیه معاملاتی که به ضرر طلبکاران انجام می‌شوند، طلبکاران نسبت به قرارداد مزبور، شخص ثالث محسوب می‌شوند. طلبکار یا بستانکار، شخصی است که به نفع او تعهدی بر ذمه دیگری وجود دارد. دائن نیز به همین معناست (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴: ۱۱۱) در قانون مدنی، شخص ثالث تعریف نشده اما در اصطلاح حقوقی، شخص ثالث به سه معنی آمده است: الف. کسی که طرف عقد نیست و قائم‌مقام هیچ‌یک از متعاقدين نیست ب. کسی که طرف عقد نیست، هرچند که قائم‌مقام یکی از طرفین باشد؛ ج. بیگانه، نسبت به موضوعی که دو طرف دارد، مانند ثالث نسبت به متداعیین یک دعوی (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۱۸۵). در این مقاله، منظور از شخص ثالث، همان معنای اول است. با استفاده از مواد ۲۱۹ و ۲۳۱ قانون مدنی که حکومت و اثر عقد را محدود به طرفین معامله و قائم‌مقام آن‌ها دانسته می‌توان گفت، دیگران که از این حکومت و اثر عقد بیرون هستند، شخص ثالث محسوب می‌شوند؛ به همین دلیل برخی از حقوق‌دانان بیان داشته‌اند که در بیان مفهوم شخص ثالث باید به تعریف منفی پرداخت و گفت: «کسی است که از دیدگاه حقوقی یکی از دو طرف عقد یا قائم‌مقام او نیست» (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۴۳).

قائم‌مقام به دو دسته تقسیم می‌شود. در مورد آن بیان داشته‌اند که قائم‌مقام عام به کسی می‌گویند که در کلیه حقوق و تکالیف شخص جایگزین او می‌شود (صفایی، ۱۳۹۱: ۱۶۷). همچنین راجع به قائم‌مقام خاص باید گفت، زمانی که شخصی مالی را به

دیگری انتقال دهد، انتقال گیرنده درباره حقوق و تعهدات مربوط به آن مال جانشین انتقال دهنده خواهد بود و از این رو وی را قائم مقام خاص می گویند.

۳. وضعیت حقوقی معاملات به زیان اشخاص ثالث

در فرضی که شخص مدیون اموال و دارایی به اندازه کافی دارد و به عبارتی دین او مستغرق نیست می تواند در دارایی خود هر نوع دخل و تصرفی را بکند؛ اما در فرضی که شخص مدیون معسر باشد و به اندازه کافی اموال و دارایی برای پرداخت دیون خود نداشته باشد با این حال بدون توجه به این وضعیت خود و لزوم پرداخت دیونی که بر عهده وی مستقر شده است، معاملاتی را انجام می دهد که به حال طلبکاران وی زیان بار است؛ به این ترتیب که باعث تنگدستی بیشتر وی می شود و استیفای طلب آنان را دشوار یا غیرممکن می سازد. از نظر حکم وضعی و اینکه این معاملات آیا صحیح است یا باطل، در میان فقها دیدگاه های متفاوتی به چشم می خورد (درویش خادم، ۱۳۷۰: ۲) که در زیر مورد بررسی قرار می گیرد.

۳-۱. نظریه نفوذ (صحت)

فقها در مورد معاملات مدیون معسر که موجب زیان به طلبکاران می شود دیدگاه های مختلفی دارند. برخی از فقها که بیشتر از متقدمین هستند قائل به صحت و نفوذ این نوع معاملات هستند. این دسته از فقها برای دیدگاه خود به دلایلی از جمله قاعده تسلیط و قاعده نفی عسر و حرج استناد می کنند که به آنها پرداخته می شود.

۳-۱-۱. قاعده تسلیط

یکی از دلایل فقهای قائل به صحت و نفوذ معاملات موجب زیان مدیون معسر، قاعده تسلیط است (ایزدی فرد و کاویار، ۱۳۸۹: ۳۴). قاعده تسلیط یکی از مشهورترین قواعد فقهی است که به علت کاربرد وسیع اقتصادی آن می توان گفت یکی از اساسی ترین قواعد فقه اسلام بوده است. این قاعده، تثبیت کننده ارکان مالکیت است و

به علت نقش و جایگاه اموال و مالکیت در زندگی روزمره انسان‌ها، اهمیت خاصی در بین سایر قواعد فقهی دارد. دلیل این قاعده هم آیاتی از قرآن مجید است که فقها به طور غیر مستقیم از آن قاعده تسلیط را برداشت کرده‌اند و هم روایاتی در این زمینه است که مورد استناد قرار گرفته است. یکی از مهم‌ترین این روایات، این حدیث نبوی «الناس مسلطون علی اموالهم» است که اگرچه مرسله است، اما این ضعف با عمل اصحاب جبران شده و بنابراین می‌توان گفت که علیرغم ضعف روایی از مسلمات فقهی تلقی شده است (محقق داماد، ۱۳۸۷: ۱۱۶).

در مورد مفاد قاعده سه نظر بیان شده است:

الف. مردم حق هرگونه تصرف مادی و حقوقی در اموال خود را دارند و می‌توانند این حق را به هر کیفیتی که بخواهند اعمال کنند؛ به عبارت دیگر، هرگونه تصرف مادام که عدم مشروعیت آن از سوی شرع اثبات نشده توسط مالک مجاز و مشروع است (اصفهان‌ئی، ۱۴۱۸: ۱۰۹)؛ بنابراین اگر در مورد تصرف خاصی شک داشتیم که آیا این تصرف جایز است یا نه با استفاده از این قاعده می‌توان مشروعیت آن تصرف را اثبات کرد.

ب. مردم بر اموال خود هر نوع سلطنتی را دارند، اما در کیفیت و شیوه اعمال این سلطنت تابع مقررات هستند؛ بنابراین اگر در مشروعیت نوعی از تصرف شک داریم باید به عموم قاعده تمسک کرد و به ثبوت آن نوع از سلطنت حکم کنیم، اما اگر به مقدار و کمیت سلطنت علم داریم، مثلاً می‌دانیم حق فروش مالی را داریم اما به کیفیت آن مثلاً فروش آن به صورت معاطات علم نداریم، تمسک به قاعده برای اثبات مشروعیت آن شیوه از تصرف جایز نیست، زیرا این قاعده در مقام تشریح نیست بلکه در مقام اثبات سلطنت مالک در جهات قانونی آمده است (انصاری، ۱۴۱۵: ۴۱).

ج. این قاعده نه در مقام بیان اختیار مردم نسبت به عموم تصرفات است، نه بیانگر مجاز بودن در نحوه و کیفیت تصرف؛ بلکه مفاد دلیل سلطنت صرفاً بیان عدم محجوریت مالکان است و همین مقدار بیان می‌کند که مردم نسبت به اموالشان حق تصرف دارند و بدیهی است این سخن به هیچ‌وجه تجویزکننده انواع تصرفات نیست

بلکه انواع تصرفات و نحوه آن‌ها همه منوط به اجازه جداگانه شارع است (محقق داماد، ۱۳۸۷: ۱۲۳).

در حقوق موضوعه ما نیز به این قاعده اشاره شده است. ماده ۳۰ قانون مدنی در این زمینه مقرر می‌دارد: «هر مالکی نسبت به مایملک خود، حق همه گونه تصرف و انتفاع را دارد مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد؛ باید گفت که ماده ۳۰ ق.م. جنبه مثبت قاعده تسلیط است و این قاعده دارای جنبه منفی یا سلبی هم است که به موجب آن هیچ کس حق ندارد مال مالک را از تصرفش بیرون کند و مالک می‌تواند از تصرف دیگران در مالش جلوگیری کند که قانون‌گذار در ماده ۳۱ قانون مدنی نیز به آن اشاره کرده است: «هیچ مالی را از تصرف صاحب آن نمی‌توان بیرون کرد مگر به حکم قانون». به نظر برخی از فقها نیز بنای عقلا از گذشته تا عصر حاضر این گونه بوده است که مالک را صاحب اختیار تام در تصرف در اموال خویش می‌دانسته و حکم شرع به تسلیط در واقع امضای آنچه میان عقلا مرسوم بوده است، است (مکارم شیرازی، ۱۳۸۵: ۲۰).

از کلام بعضی از فقها برمی‌آید که ایشان با استناد به اجماع و قاعده تسلیط تا هنگامی که حکم حجر صادر نشده هرگونه تصرف مالی را حتی اگر باعث اخراج تمامی اموال مدیون و اعسار کامل او شود، صحیح می‌داند (حلی، ۱۴۱۴: ۱۰). بنابراین، یکی از دلایل قائلین به صحت و نفوذ معاملات مدیون معسر که می‌تواند باعث زیان به اشخاص ثالث (طلبکاران) شود، قاعده تسلیط است که به عموم این قاعده استناد کرده‌اند و تمامی تصرفات مدیون پیش از صدور حکم حجر را صحیح دانسته‌اند.

۳-۱-۲. قاعده نفی عسر و حرج

یکی دیگر از دلایل قائلین به نفوذ و صحت معاملات مدیون معسر، قاعده نفی عسر و حرج است که برخی از فقها به استناد این قاعده معاملات مدیون معسر را صحیح دانسته‌اند.

قاعده نفی عسر و حرج نیز یکی دیگر از قواعد معروف فقه اسلامی است که

می‌توان گفت در تمامی ابواب فقه از جمله عبادات و معاملات به کار می‌رود و فقها به آن استناد کرده‌اند. در رابطه با ادله فقهی قاعده نیز می‌توان به آیاتی از قرآن مجید از جمله آیه شریفه «... ما جعل علیکم فی الدین من حرج»^۱ و یا آیه «... یرید الله بکم الیسر و لایرید بکم و العسر...»^۲ اشاره کرد. همچنین، در مورد دلیل قاعده به بنای عقلا نیز استناد شده و برخی بیان داشته‌اند که بنای عقلا نیز مبنی بر عدم تجویز تشریح احکام موجب عسر و حرج در تمامی ابعاد است و شارع مقدس که خود رئیس عقلاست نمی‌تواند تخطی از یک سیره مسلم عقلائی کند (موسوی بجنوردی، ج ۱، ۱۳۸۷: ۲۷۴). برخی از فقها، در تشخیص ملاک عسر و حرج به عرف اشاره کرده‌اند و با توجه به اینکه در عرف عام در مواردی که مشقت زیاد و سختی شدیدی وجود دارد کلمه حرج را به کار می‌برند بیان داشته‌اند: «عسر و حرج آن است که مستلزم مشقت شدیدی باشد که مردم عادتاً آن را تحمل نمی‌کنند» (مکارم شیرازی، ج ۱، ۱۳۸۵: ۷۲).

نکته‌ای که در مورد قاعده نفی عسر و حرج مورد توجه قرار گرفته این است که منظور از حرجی که به موجب ادله قاعده لاجرح نفی شده حرج شخصی است یا نوعی؟ در حرج شخصی لازم است تکلیف موجود نسبت به هر شخصی و بدون توجه به افراد دیگر حرجی باشد که ممکن است تکلیفی برای فردی در شرایطی حرجی باشد، اما برای شخصی دیگر در همان شرایط حرجی نباشد. در حرج نوعی ملاک این است که تکلیف موجود برای غالب و نوع مکلفین حرجی باشد، هر چند برای فرد معینی آن تکلیف حرجی نباشد. به نظر برخی، بدون هیچ اشکال و اختلافی می‌توان گفت که مراد از حرجی که رفع تکلیف از مکلف می‌کند حرج شخصی است نه نوعی، زیرا خطابات شرع متوجه شخص و فرد بوده و تکلیف نیز به تبعیت از آن متوجه شخص خواهد بود. پس اگر حرج را از باب حرج نوعی بگیریم نمی‌تواند تکلیف شخصی را رفع کند (مصطفوی، ج ۱، ۱۳۹۰: ۳۱۸). برخی دیگر نیز همسو با این نظر، در مقایسه این بحث با قاعده لاضرر در این مورد موضوع را روشن‌تر می‌دانند و بیان

۱. حج/۷۸

۲. بقره/۱۸۵

می‌دارند باید ملاک را عسر و حرج شخصی دانست نه عسر و حرج نوعی (محمدی، ۱۳۸۵: ۱۸۷).

۳-۱-۳. نقد نظریه نفوذ (صحت)

همان‌طور که گفتیم برخی از فقها معتقد به صحت و نفوذ معاملات مدیون معسر هستند و برای دیدگاه خود به دلایلی از جمله قاعده تسلیط و قاعده نفی عسر و حرج استناد کرده‌اند، اما باید توجه داشت که شریعت مقدس اسلام دینی کامل و احکام و قواعد حاکم بر آن متناسب و مبتنی بر عدالت است و علاوه بر منافع فردی به حقوق و منافع دیگران نیز توجه کافی شده است. یکی از این اصول و قواعد، قاعده لاضرر است که مبنای بسیاری از احکام و قواعد دیگر قرار گرفته است. حال ممکن است بین این قاعده با ادله استنادی فقها تعارض به وجود آید که در اینجا مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۳-۱-۴. تعارض قاعده لاضرر با قاعده تسلیط

هرچند به موجب قاعده تسلیط، افراد می‌توانند هر طور که بخواهند در اموال و دارایی خود تصرف کنند و آن را اداره کنند اما این تسلط و اختیار تا جایی است که موجب زیان به حقوق و منافع دیگران و اشخاص ثالث نشود و حقوق و منافع دیگران نیز محترم است؛ به طوری که در روایات مال مسلمان مانند خونس محترم و مورد حمایت قرار گرفته است. همچنین از آنجا که به موجب قاعده فقهی لاضرر، ضرر در اسلام نفی شده و مورد قبول نیست باید قائل به محدودیت اختیارات و تصرفات مالک طبق قاعده تسلیط باشیم که این بحث را فقها ذیل عنوان تعارض قاعده لاضرر با تسلیط بررسی می‌کنند. فقها در تعارض این دو قاعده، لاضرر را حاکم بر قاعده تسلیط می‌دانند؛ با این بیان که قاعده لاضرر حکم ثانوی است و بر قاعده تسلیط که یک حکم اولیه است حاکم است. در توضیح این مطلب باید گفت که علمای علم اصول تعاریف مختلفی از حکم شرعی ارائه کرده‌اند. به نظر برخی، حکم شرعی قانونی است که از جانب خداوند برای تنظیم و ساماندهی زندگی انسان صادر شده است. این قانون گاه

مستقیماً مربوط به اعمال و رفتار انسان‌هاست مانند وجوب نماز و حرمت قتل عمد و گاهی مربوط به امور دیگر است که در زندگی انسان‌ها دخالت دارد مانند حکم بر ملکیت اموال و زوجیت افراد (صدر، ۱۴۰۱: ۱۰۰). هم‌چنین اصولیان، حکم شرعی را به انواعی چون ۱. حکم تکلیفی و وضعی و ۲. حکم واقعی و ظاهری تقسیم کرده‌اند که قسم اخیر نیز خود به حکم واقعی اولی و حکم واقعی ثانوی تقسیم می‌شود. در تعریف حکم واقعی اولی بیان داشته‌اند که: «احکامی که شارع مقدس با توجه به مصالح و مفاسد واقعی و در حالت عادی، یعنی بدون در نظر گرفتن حالات استثنائی (اضطرار و حرج) برای مکلفین مقرر فرموده، حکم واقعی اولی نامیده می‌شود: مانند وجوب نماز و پرداخت نفقه زوجه و یا حرمت قتل عمد» (قافی و شریعتی، ۱۳۹۱، ج ۱: ۳۴).

برخی دیگر از فقها، هرچند قاعده لاضرر را حاکم بر ادله احکام اولیه نمی‌دانند ولی آن را مقدم می‌دانند و برای نظر خود دو وجه ذکر می‌کنند: از جمله اینکه نفی ضرر و از میان برداشتن احکام ضرری از باب امتنان است؛ یعنی لطف و متنی از جانب شارع مقدس بر مخلوق است که نخواسته مردم ضرر و زیانی ببینند و اثر اعمال زیان‌آور آن‌ها را برداشته است و چون این قاعده از باب امتنان است، در صورت تعارض با ادله دیگر بر آن‌ها مقدم می‌شود (مکارم شیرازی، ۱۳۸۵، ج ۱: ۷۹). هرچند فقهای نیز هستند که از کلام آن‌ها می‌توان فهمید که نظر مخالف دارند و قاعده تسلیط را بر لاضرر مقدم می‌دانند. در کتاب السرائر، مالک مجاز به حفر چاه شده، اگرچه باعث کم‌آبی چاه همسایه شود (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲: ۳۸۳) و علامه حلی در التحریر بیان داشته است که هر کس می‌تواند در ملک خودش به هر صورت که خواست تصرف کند اگرچه همسایه وی ضرر ببیند و هیچ ضمانتی نیست (حلی، ۱۴۲۰: ۵۱۴). البته می‌توان گفت دلیل این‌ها عدم تقدم لاضرر نیست بلکه تعارض لاضرر همسایه با لاضرر مالک است.

در هر حال، همان‌طور که برخی از فقها بیان داشته‌اند قاعده لاضرر متضمن یک حکم ثانوی است و این ادله احکام ثانوی بر ادله احکام اولیه مانند قاعده تسلیط حاکم هستند و در واقع، مجرای آن‌ها نیز بعد از احکام اولیه است و در جایی که حکم ثانوی مانند ضرر، عسر و حرج و اضطرار باشد عموم ادله احکام اولیه جریان پیدا نمی‌کند.

تعارض قاعده لاضرر با تسلیط در حقوق ما نیز آمده و مورد اشاره قرار گرفته است. ماده ۱۳۲ قانون مدنی بیان می‌دارد: «کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود باشد». از این منظر، بر طبق قاعده تسلیط، مدیون از تصرف در اموال خود ممنوع نیست و اگر به نحوی تصرف کند که اموالش از ملکیت او خارج شود، تصرفاتش صحیح و نافذ است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۵: ۲۷۹)؛ اما اگر قاعده لاضرر را به این دلیل که متضمن یک حکم ثانوی است و این ادله احکام ثانوی بر ادله احکام اولیه مانند قاعده تسلیط حاکم هستند، حاکم بر قاعده تسلیط بدانیم، آنگاه به دلیل لاضرر این معاملات نافذ نیست (یزدی، ۱۳۴۰: ۲۲۴؛ خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۱۶۸).

۳-۱-۵. تعارض قاعده لاضرر با قاعده نفی عسر و حرج

همان‌طور که بیان کردیم برخی از فقها برای صحت و نفوذ معاملات مدیون معسر که موجب زیان به طلبکاران می‌شد، علاوه بر قاعده تسلیط به قاعده نفی عسر و حرج نیز استناد کرده‌اند؛ با این بیان که اگر معاملات مدیون معسر پیش از صدور حکم حجر نافذ نباشد موجب عسر و حرج برای مدیون معسر می‌شود.

اما باید توجه داشت که ممکن است اعمال قاعده نفی عسر و حرج در مورد مدیون معسر موجب ضرر و زیان به طلبکاران شود و بین این دو قاعده تعارض به وجود آید. باید گفت که قاعده لاضرر نیز مانند قاعده لاضرر، حکم ثانوی و امتنانی بوده و شارع مقدس از باب لطف و امتنان نخواست که بر مکلفین ضرر یا حرجی باشد و آن‌ها را با این قواعد برداشته است؛ بنابراین می‌توان گفت که قاعده لاضرر نیز مانند قاعده لاضرر بر ادله احکام اولیه مانند قاعده تسلیط حاکم است، اما در مواردی که میان قاعده نفی عسر و حرج و قاعده لاضرر تعارض پدید آید مثلاً در صورتی که تصرف مالک در ملک خود موجب زیان همسایه باشد و جلوگیری از تصرف او با توجه به قاعده لاضرر موجب حرج و در تنگنا قرار گرفتن مالک باشد، در این مورد می‌توان گفت که بین فقها دو قول مختلف وجود دارد: برخی بر این عقیده هستند که هرگاه

مالک در ملک خودش تصرفی کند که موجب ضرر زدن به همسایه‌اش شود و ترک این تصرف موجب ضرر زدن به خودش باشد بیان داشته‌اند به عموم قاعده تسلیط و نفی عسر و حرج می‌توان رجوع کرد (انصاری، ۱۳۹۰، ج ۲: ۷۴۹). اما به نظر برخی دیگر از فقها، از آن‌ها که این دو قاعده هر دو از احکام امتنانی و ثانوی بوده و در عرض یکدیگر قرار دارند و بر احکام اولیه حکومت دارند، در نتیجه در فرض وجود تعارض به واسطه عدم رجحان و حکومت یکی بر دیگری در فرض تعارض، هر دو ساقط می‌شوند و باید به احکام اولیه مراجعه کرد. (حسینی خواه ۱۳۷۵: ۱۶۶)؛ اما باید به این نکته توجه داشت که در قاعده لاحرج باید مشقت شدیدی باشد که قابل تحمل نباشد و هر زحمتی را نمی‌توان به استناد لاحرج رفع کرد. از آنجا که ملاک آن را حرج شخصی دانسته‌اند، باید به وضعیت مدیون توجه کرد. شاید بتوان گفت که اگر تصرف و معامله مدیون در مستثنیات دین باشد منعی وجود ندارد، زیرا طلبکار نسبت به مستثنیات دین مدیون نمی‌تواند به او رجوع کند و طلب خود را استیفا کند، اما در غیر این صورت می‌توان قاعده لاضرر را حاکم دانست. به این ترتیب، به نظر می‌رسد بتوان تصرف در مستثنیات دین به عنوان ظاهر و اماره بر حرج مدیون دانست.

۳-۲. نظریه بطلان

در برابر نظریه فوق نیز فقهایی وجود دارند که با دلایل مختلف معتقد به بطلان این معاملات هستند. در مورد معاملات مدیون معسر، فقهایی که قائل به بطلان این معاملات هستند برای دیدگاه خود به دلایل مختلفی استناد کرده‌اند که به آن‌ها پرداخته می‌شود.

۳-۲-۱. جهت نامشروع

در مورد جهت معامله بیان داشته‌اند: «جهت یعنی هدف شخصی هر کس در عمل حقوقی که انجام می‌دهد و برحسب اشخاص و اوضاع و احوال مختلف است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۲۱۷)؛ بنابراین می‌توان گفت که جهت در اعمال حقوقی، هدف و

انگیزه آن فرد در انجام دادن اعمال حقوقی است که می‌تواند از فردی به فرد دیگر متفاوت باشد و جنبه شخصی دارد. مثلاً فردی خانه‌ای می‌خرد که در آن سکونت کند و دیگری آن را می‌خرد با این هدف آن را اجاره دهد و یا فردی دیگر با این هدف که آن را به فرزندش هبه کند. ماده ۱۹۰ قانون مدنی در بیان شرایط اساسی برای صحت معامله در بند ۴ به جهت معامله اشاره می‌کند و مشروعیت آن را از شرایط اساسی برای صحت قرارداد به شمار آورده است.

باید به این نکته توجه داشت که بین جهت معامله و جهت تعهد تفاوت وجود دارد و همان‌طور که برخی از حقوق‌دانان اشاره داشته‌اند جهت تعهد امری نوعی است که مانند جهت معامله شخصی نیست و در یک نوع قرارداد و معاملات مشابه همیشه یکسان است (صفایی، ج ۲، ۱۳۹۱: ۱۳۹). مثلاً در عقد بیع تعهد فروشنده این است که ثمن را از خریدار دریافت کند و یا جهت پرداخت ثمن توسط خریدار این است که مبیع را قبض کند و این جهت تعهد در همه قراردادهای با موضوع بیع وجود دارد و یکسان است. ماده ۲۱۷ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «در معامله لازم نیست که جهت آن تصریح شود، ولی اگر تصریح شده باشد باید مشروع باشد و آلا معامله باطل است». همان‌طور که از متن ماده فهمیده می‌شود، از دیدگاه قانون‌گذار ما لازم نیست که جهت معامله در آن تصریح شود، زیرا جهت معامله امری شخصی است و مربوط به اهداف و انگیزه‌های افراد است و ممکن است در افراد گوناگون متفاوت باشد، اما اگر جهت معامله در عقد تصریح شود و نامشروع باشد آن معامله باطل است. علاوه بر تصریح جهت نامشروع، در عقد همچنان که برخی از استادان حقوق نیز بیان داشته‌اند، هرگاه دو طرف معامله بر جهت نامشروع تبانی کرده باشند و بر آن توافق ضمنی شده باشد یا اگر از اوضاع و احوال و عرف مشخص شود که طرف معامله می‌توانسته است که به روشنی از نامشروع بودن جهت معامله آگاهی و اطلاع داشته باشد نیز مانند تصریح به آن معامله باطل است (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۲۳۹). مثلاً اگر کسی در قمارخانه به شخصی که پول خود را باخته وام بدهد، نمی‌تواند به این دلیل که جهت وام دادن در معامله ذکر نشده است بگوید که معامله صحیح است، زیرا در اینجا اوضاع و احوال عرفاً از وجود

جهت نامشروع و توافق ضمنی بر آن حکایت می‌کند و این امر به منزله تصریح در عقد است.

در مقابل برخی از حقوق‌دانان نیز نظر مخالف دارند و معتقدند: با توجه به این‌که در ماده ۲۱۷ قانون مدنی، قانون‌گذار عبارت «تصریح» را آورده و از عبارت «اطلاع طرف قرارداد» به وجود چنین انگیزه‌ای استفاده نکرده است، بنابراین در صورت تردید به تأثیر این آگاهی بر انگیزه نامشروع در وضعیت عقد اصل عدم مانع و نیز اصل صحت عقد حاکم خواهد بود (شهیدی، ۱۳۸۴: ۲۳۷).

در متون فقهی ما نیز فقها به جهت نامشروع توجه داشته‌اند و در کتاب متاجر و بحث مکاسب محرمه به آن پرداخته‌اند. فقهای ما با ذکر مثالی به این مطلب اشاره کرده‌اند، در صورتی که جهت نامشروع وارد قلمرو توافق طرفین شده باشد چه به صورت اینکه شرط بر آن شده باشد یا بدون شرط بر آن، بنای طرفین بر آن بوده باشد، قرارداد باطل است. مرحوم نائینی در کتاب منیه الطالب، معامله‌ای را که مقصود از آن حرام باشد مانند فروختن انگور به قصد ساختن شراب و چوب به قصد ساختن بت در حرمت و فساد آن اشکالی را وارد ندانسته است (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۱۰). در کتب دیگر فقها نیز می‌توان عبارتهای مشابه را پیدا کرد.

در موضوع مورد بحث ما، برخی از فقها که معتقد به بطلان معاملات مدیون معسر هستند، نامشروع بودن جهت معامله را مستند خود قرار داده‌اند و این معاملات را همچون فروش انگور به قصد شراب انداختن و فروش چوب به قصد ساختن بت دانسته‌اند. اینان با این تشبیه و تعمیم، نظر به بطلان این معاملات داده‌اند. یکی از فقها در پاسخ به سؤالی در مورد صلح به قصد فرار از دین با توجه به ادله صلح یا قاعده لاضرر و یا نامشروع بودن جهت آن، معتقد به عدم صحت آن است^۱ (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۵: ۲۴۷). صاحب کتاب شعائر الاسلام نیز در پاسخ به سؤالی در مورد تبرعاتی که به قصد فرار از دین انجام می‌شود بیان می‌دارد که این تصرفات شبیه مکاسب محرمه

۱. به این صورت بیان می‌دارد: «اظهر عدم صحت است اما لانصراف ادله الصلح و اما لقاعده الضرر و اما للاخبار الدلاله علی النهی عن بیع العنب لیعمل خمرا و نحوها...»

مثل فروش انگور به قصد شراب ساختن دارای جهت نامشروع است «لغایه المحرمه» و بنابراین حرام و باطل است (اشرفی، ۱۳۸۵، ج ۱: ۲۶۲).

۳-۲-۲. دلالت امر به شیء بر نهی از ضد خاص

یکی دیگر از دلایل آن دسته از فقهای که معتقد به بطلان معاملات مدیون معسر بودند، بحث اصولی دلالت امر به شیء بر نهی از ضد خاص است. در اصطلاح علم اصول بیان داشته‌اند که منظور از ضد، مطلق معاند و منافی است، خواه وجودی باشد خواه عدمی (ملکی اصفهانی، ۱۳۷۹، ج ۱: ۱۷۲). باید توضیح داد که در فلسفه و منطق، ضد نسبت به دو امر وجودی به کار می‌رود که با یکدیگر منافات داشته باشند و جمع شدن آن‌ها غیر ممکن است ولی متفی شدن و ارتفاع آن‌ها امکان دارد مانند بیع و اجاره که امکان ندارد یک قراردادی هم بیع باشد و هم اجاره ولی ممکن است هیچ‌کدام نباشد و مثلاً صلح باشد. در مقابل ضد، نقیض قرار دارد که عبارت است از یک امر وجودی و عدم همان امر وجودی مانند اهلیت و عدم اهلیت. بنابراین نقیضین هیچ‌گاه با هم جمع نمی‌شوند و متفی شدن هر دو نیز محال و غیرممکن است که تعبیر خاص آن به این صورت آمده است: «الْأَنْقِیْضَانِ لَا یَجْتَمِعَانِ وَلَا یَرْتَفِعَانِ» (قافی و شریعتی، ۱۳۹۲، ج ۲: ۱۷۰)؛ اما در اصطلاح علم اصول منظور از ضد در این بحث که آیا امر به شیء مقتضی نهی از ضد آن هست یا هر چیزی است که با چیز دیگر منافات داشته باشد و قابل جمع نباشد خواه یک امر وجودی باشد یا یک امر عدمی (صالحی مازندرانی، ج ۲، ۱۳۹۰: ۳۴۸).

بنابراین، معنی ضد در علم اصول شامل ضدونقیض در علم منطق می‌شود. علمای علم اصول، ضد را به دو نوع تقسیم کرده‌اند و امر وجودی را ضد خاص و امر عدمی را ضد عام نامیده‌اند (حیدری، ۱۳۸۷: ۸۲). منظور از ضد عام، همان نقیض در منطق است، مانند نماز خواندن که ضد عام آن ترک نماز است که در اینجا ترک نماز یک امر عدمی است و منظور از ضد خاص یعنی هر چیزی که با چیز دیگر تعارض و منافات داشته باشد، مانند خوردن و خوابیدن که با نماز خواندن جمع نمی‌شود و ضد خاص

نماز است که در اینجا امر خوردن و خوابیدن یک امر وجودی است؛ مثلاً به موجب قانون، مرد مکلف به پرداخت نفقه زن است. آیا این امر و تکلیف قانونی مستلزم نهی از پرداخت نکردن نفقه توسط مرد است؟ که این ترک پرداخت نفقه یک امر عدمی و نقیض پرداخت نفقه است و ضد عام دستور قانون‌گذار به پرداخت نفقه به زن است. اینکه آیا این امر و تکلیف قانونی مستلزم نهی از پرداخت نفقه به ابوین مرد می‌شود و اگر مرد نفقه به ابوین خود پرداخت باطل است؟ که این پرداخت نفقه به ابوین توسط مرد یک امر وجودی و ضد خاص پرداخت نفقه به زن است. این بحث که آیا امر به شیء مستلزم نهی از ضد آن هست یا نه؟ در موضوع مورد بحث ما نیز مورد استناد قرار گرفته است. همان‌طور که می‌دانیم در شرع ما لزوم پرداخت دین مورد امر و دستور شارع مقدس قرار گرفته است و از نظر دینی و اخلاقی امری واجب و پسندیده است. حال، برخی از فقها با توجه به این امر و دستور شارع مبنی بر لزوم پرداخت دین توسط مدیون، از آنجا که این امر و دستور مستلزم نهی از عدم پرداخت دین و حرام بودن تأخیر و عدم پرداخت دین است، انجام دادن معاملات توسط مدیون معسر که موجب زیان به طلبکاران نیز می‌شود را ضد خاص لزوم پرداخت دین و از مصادیق ترک آن دانسته‌اند و به این جهت این معاملات را باطل می‌دانند (نراقی، ۱۴۱۲: ۱۲۲).

۳-۲-۳. قاعده لاضرر

قاعده لاضرر، یکی از قواعد مشهور و معتبر فقهی است. به موجب این قاعده، ضرر و زیان رساندن به دیگران مورد نهی قرار گرفته و مشروعیت ندارد و اگر قوانین و مقرراتی یا حتی اعمال و اجرای حقی باعث ضرر و زیان به دیگری شود به موجب این قاعده از آن جلوگیری می‌شود و این امر در اصل ۴۰ قانون اساسی ما نیز مورد اشاره قرار گرفته است. اصل چهل قانون اساسی مقرر می‌دارد: «هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد». در این اصل، سوءاستفاده از حق به صراحت منع شده است. این اصل حدود اختیار اشخاص را در اجرای حق خویش معین می‌کند و نشان می‌دهد که در پناه استیفای حق نیز نمی‌توان

برای اضرار به دیگران زمینه‌سازی کرد (کاتوزیان، ۱۳۵۸: ۱۰۳).

در قوانین عادی نیز مصادیق متعددی از ممنوعیت سوءاستفاده از حق را شاهد هستیم: ماده ۶۵ قانون مدنی در باب معامله اضراری به دیان در باب وقف، ماده ۴۲۴ قانون تجارت در خصوص معاملات تاجر قبل از تاریخ توقف به ضرر طلبکاران، ماده ۵۰۰ همین قانون در خصوص معاملات تاجر ورشکسته پس از انعقاد قرارداد ارفاقی به ضرر طلبکاران، ماده ۵۶ قانون اجرای احکام در خصوص نقل انتقال مال توقیف‌شده ماده ۲۱۸ قانون مدنی در خصوص معاملات به قصد فرار از دین و ماده ۲۱ قانون اجرای محکومیت‌های مالی که در ادامه به آن خواهیم پرداخت.

در این زمینه، آیاتی از قرآن مجید وجود دارد که می‌توان از آن برای نفی ضرر و ضرار و این قاعده استفاده کرد. از جمله آیه شریفه «لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ»^۱ است. مهم‌ترین روایات در این زمینه مربوط به داستان سمرة بن جندب است که در آن حدیث نبوی «لاضرر و لا ضرار فی الاسلام» متن قاعده از آن گرفته شده است. همچنین، برخی از نویسندگان مدلول این قاعده را جزء مستقلات عقلیه یعنی اموری که بدون حکم شرع خود عقل به آن‌ها می‌رسد می‌دانند و عقل را مهم‌ترین دلیل برای نفی ضرر و ضرار می‌دانند (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۱۳۱). در مورد مفاد حدیث و منظور از نفی ضرر و کلمات به کار رفته در متن قاعده، بین فقها اختلاف نظر وجود دارد و نظریه‌های گوناگونی بیان شده است که به طور خلاصه بیان می‌شود:

الف. به نظر برخی از فقها منظور از نفی ضرر، نفی احکام ضرری است؛ به این ترتیب که باید در این جمله کلمه «حکم» در تقدیر گرفته و بیان شود: لا حکم ضرر فی الاسلام؛ یعنی هیچ حکم ضرری در دین اسلام نیست و هر حکمی اگر موجب ضرر باشد یا از اجرای آن برای مردم ضرری به وجود بیاید طبق این قاعده برداشته می‌شود.

ب. به نظر برخی دیگر در جمله لا ضرر، نفی حکم صورت گرفته است به لسان نفی موضوع؛ یعنی نفی ضرر که موضوع است کنایه از نفی احکام ضرری است. مثلاً موضوعاتی مانند وضو و بیع احکامی مانند وجوب و لزوم دارند و حال اگر این

موضوعات (وضو، بیع) موجب ضرر بشوند احکام آن‌ها (وجوب، لزوم) برداشته می‌شود و در این موارد نفی حکم به لسان نفی موضوع شده است (خراسانی، ۱۳۸۹: ۳۸۱)؛ بنابراین، از دیدگاه ایشان به وسیله قاعده لاضرر موضوعات ضرری مانند وضو و بیع ضرری وجود ندارد.

پ. به نظر برخی دیگر منظور از لا ضرر، نفی ضرر غیر متدارک و جبران نشده است؛ یعنی هر کس که به دیگران ضرر و زیان برساند باید آن را تدارک و جبران کند و ضرر غیر متدارک که ترتیب جبران آن داده نشده باشد، وجود ندارد. مولی احمد نراقی در این مورد بیان می‌دارد شارع مقدس با این حکم افراد را ملزم به جبران خسارات کرده یعنی هر کس که موجب ضرر و زیانی به دیگری شود باید آن را تدارک و جبران کند. عبارت وی به این صورت است: «و محصله ان الله سبحانه لم یرض لعباده بضرر لا من جانبه و لا من جانب بعضهم بعضا، فکل ماکان متضمنا لضرر، فهو لیس مما یرضی به و لیس من احکامه» (نراقی، ۱۴۱۷: ۵۱).

ت. به نظر برخی دیگر از فقها، برخلاف نظریه‌های گفته شده، در این حدیث کلمه «لا» ناهیه است و نفی نیست؛ یعنی نباید کسی به دیگری ضرر برساند و این نهی در مقام اجرای حکم الهی بوده و باید حکم مذکور در حدیث را از جمله احکام حکومتی اجرایی محسوب کنیم^۱ (موسوی‌الخمنی، ۱۴۲۱: ۴۲۱). مولی محمد نراقی در کتاب مشارق الاحکام، بعد از استدلال در مورد رد دیدگاه پدرش مولی احمد نراقی که تصرفات مدیون معسر را ضد وجوب پرداخت دین دانسته و آن را حرام و باطل می‌داند، در مورد معاملات اضرائی مدیون معسر خود به قاعده لا ضرر استناد می‌کند و بیان می‌دارد: «فیما ذکرناه انما هی من جهة الضرر علی الدیان من قبیل منع المالك من التصرف المضر بالجار» (نراقی، ۱۴۲۲: ۱۲۱).

۳-۲-۴. نقد نظریه

همان‌طور که بیان شد، برخی از فقها با دلایل مختلف قائل به بطلان معاملات مدیون معسر بودند که مورد بحث قرار گرفت. در این گفتار، این دلایل مورد نقد و

۱. «...فی دلیل معنی الضرر انه حکم سلطانی من رسول الله و نهی منه عن الاضرار»

بررسی فرار می‌گیرد.

۳-۲-۵. نقد جهت نامشروع

گفته شد که برخی از فقها با تشبیه و تعمیم معاملات، موجب زیان مدیون معسر با معاملاتی همچون فروش انگور به قصد شراب انداختن و فروش چوب به قصد بت ساختن به دلیل جهت نامشروع، این معاملات را باطل دانسته‌اند. در نقد و بررسی این استدلال باید توجه داشت که با این اطلاق نمی‌توان این گفته را پذیرفت و در اینکه آیا جهت نامشروع موجب بطلان معامله می‌شود، در حدود و قلمرو آن‌ها اختلاف وجود دارد و باید بین صورت‌های مختلفی تفاوت قائل شد. بعضی از فقها معتقدند در صورتی که جهت نامشروع وارد قلمرو توافق طرفین شده باشد، چه به صورت شرط بر آن باشد یا بنای طرفین معامله بر آن باشد، این معامله باطل است. در شرح لمعه چنین آمده است: «بیع انگور و خرما و غیر آن‌ها برای اینکه از آن مسکر بسازند حرام است اعم از اینکه آن را در عقد شرط کنند یا اتفاق بر آن حاصل شده باشد، همین‌طور است بیع چوب برای ساخت بت یا آلات محرمة دیگر» (عاملی، ۱۴۱۰: ۲۱۱). صاحب مفتاح الکرامة نیز در بیان حکم اجاره کشتی و خانه برای انجام کارهای حرام، اعم از این که در متن عقد شرط شده باشد یا بر آن اتفاق کرده باشند، بدون شکی در آن، قائل به حرمت شده است (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۲۲).

در فرض دیگری ممکن است جهت نامشروع، مورد توافق طرفین واقع نشده ولی طرف دیگر به آن جهت نامشروع علم داشته است. مثلاً اگر فردی که خانه خود را می‌فروشد بداند که خریدار می‌خواهد آن را به مرکز فساد تبدیل کند، در این مورد اختلاف نظر وجود دارد. در فقه ما قول مشهور این دانسته شده است که در صورت علم بایع به جهت نامشروع خریدار، عقد صحیح ولی مکروه است. صاحب جواهر، در این زمینه بیان می‌دارد: «... بل المشهور انه یکره بیع ذالک لمن یعلم انه یعلهما خمرأ او صلیباً...» (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۱).

همچنین، مرحوم نائینی در این زمینه بیان داشته است: «مسئله چهارم آن است که

معامله‌کننده قصد غایت نامشروع نداشته باشد ولی بداند که غایت نامشروعی بر معامله مترتب خواهد شد، مانند فروش انگور به کسی که شراب می‌اندازد و فروش چوب به کسی که بت می‌سازد مقتضای قواعد معاوضه عدم حرمت این معامله است، زیرا در هیچ‌یک از عناوین محرمه داخل نیست و مجرد ترتب حرامی بر معامله به اختیار مشتری موجب حرمت آن نیست. پس اقوی جواز این معامله، به عنوان حکم تکلیفی و صحت آن به حکم وضعی است» (غروی‌نایینی، ۱۳۷۳: ۱۰). همان‌طور که ملاحظه شد، در صورتی که جهت نامشروع وارد قلمرو توافق طرفین شده باشد، چه به صورت شرط یا بنای طرفین بر آن باشد، می‌توان گفت که معامله باطل است؛ بنابراین، همان‌گونه که برخی از استادان حقوق نیز در آثار خود بیان داشته‌اند، آنچه را که می‌توان پذیرفت جایی است که طرفین معامله از هدف نامشروع اطلاع داشته باشند و این انگیزه نامشروع به نحوی مورد توافق آن‌ها باشد. در بحث معاملات مدیون معسر نیز ممکن است طرف معامله با مدیون معسر که فرضاً قصد ضرر رساندن را دارد از این انگیزه جهت معامله اطلاع و آگاهی نداشته باشد. پس این انگیزه و جهت نامشروع، وارد قلمرو تراضی و توافق طرفین نشده است که بتوان گفت جهت آن نامشروع و در نتیجه معامله باطل است. شاید اصلاً اگر طرف معامله از این انگیزه و قصد مدیون معسر مطلع بود چنین معامله‌ای را واقع نمی‌ساخت، بنابراین این دلیل را نمی‌توان پذیرفت و باید آن را مردود دانست.

۳-۲-۶. نقد دلالت امر به شیء بر نهی از ضد خاص

برخی از فقها برای بطلان معاملات مدیون معسر، به دلالت امر به شیء بر نهی از ضد خاص استناد می‌کردند؛ به این بیان که لزوم پرداخت دین مورد امر و دستور شارع مستلزم حرمت و نهی از عدم پرداخت دین و تأخیر آن است. حال، انجام معاملات توسط مدیون معسر که موجب زیان به طلبکاران می‌شود از مصادیق ترک پرداخت دین و ضد خاص آن است و در نتیجه، این معاملات مورد نهی قرار گرفته و باطل است؛ اما، همان‌طور که در علم اصول نیز این امر مورد بحث و بررسی قرار گرفته است در این

مورد باید بین ضد عام و ضد خاص تفاوت قائل شد. تقریباً این امر مورد قبول همه علمای علم اصول است که هرگاه دستور و امر به انجام کاری صورت گیرد، ترک و عدم انجام آن امر مورد نهی قرار گرفته است. مثلاً نماز خواندن مورد امر شارع مقدس قرار گرفته و از همین امر می‌توان ممنوعیت و حرمت ترک نماز را فهمید.

بنابراین می‌توان گفت که امر به شیء مقتضی، نهی از ضد عام آن است و در این امر اکثر علمای علم اصول هم عقیده هستند (مظفر، ۱۳۹۱: ۵۲۱). اختلاف نظر آن‌ها در مورد کیفیت این دلالت است که آیا با دلالت مطابقی است یا تضمینی یا التزام؟ که بحث در مورد آن از حوصله این موضوع خارج است.

این بحث که آیا دلالت امر به شیء مقتضی نهی از ضد خاص است، بیشتر علمای علم اصول آن را نپذیرفته‌اند (عاملی، ۱۳۷۴: ۱۵۳؛ صالحی مازندرانی، ۱۳۹۰: ۳۷۴). در همان مثال معروف، اگر قسمتی از مسجد نجس شده باشد، از آنجا که تطهیر کردن آن وجوب فوری دارد اگر شخصی امر تطهیر را ترک کند و به نماز خواندن مشغول شود، اگر این بحث که دلالت امر به شیء مقتضی نهی از ضد خاص است را بپذیریم باید نماز خواندن در این فرض را باطل بدانیم. مسئله نهی از ضد در مباحث حقوقی نیز می‌تواند مطرح شود و دارای آثاری باشد و میان ضد عام و ضد خاص باید تفاوت گذاشت هرچند برخی از نویسندگان برای ضد عام و ضد خاص در حقوق ثمره عملی قائل نیستند (قبله‌ای خوبی، ۱۳۸۷: ۱۲۵).

در مورد ضد عام در مباحث حقوقی نیز می‌توان گفت که هرگاه قانون‌گذار به انجام کاری دستور دهد و تکلیفی را بر عهده کسانی قرار دهد، این امر و دستور قانون‌گذار مستلزم نهی از ترک آن عمل و تکلیف است (قافی و شریعتی، ۱۳۹۱، ج ۲: ۱۷۴). مثلاً ماده ۱۱۰۶ قانون مدنی، شوهر را به پرداخت نفقه زن ملزم کرده است و یک تکلیف قانونی برای او به وجود آورده است. ضد عام این تکلیف و امر قانون‌گذار، پرداختن نفقه است که مورد نهی قانون‌گذار است و در ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ برای آن مجازات حبس نیز پیش‌بینی شده است. در مورد این که امر به شیء مستلزم نهی از ضد خاص باشد، به نظر می‌رسد در مباحث حقوقی نیز مانند نظر

اکثریت علمای علم اصول نتوان آن را پذیرفت. به طور مثال، ماده ۱۱۱۴ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «زن باید در منزلی که شوهر تعیین می‌کند سکنی کند مگر اینکه اختیار تعیین منزل به زن داده شده باشد». از این امر و تکلیف قانونی می‌توان فهمید که امتناع زن از رفتن به خانه شوهر ممنوع است و مورد نهی قرار گرفته است اما اگر زن نافرمانی کرد و ناشزه شد این مطلب قابل برداشت نیست که تمام اعمال حقوقی که زن در حال نشوز و خارج از خانه شوهر انجام می‌دهد مورد نهی قانون‌گذار است (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۲۲۵). در موضوع مورد بحث نیز هرچند لزوم پرداخت دین مورد امر و دستور شارع قرار گرفته است؛ اما نمی‌توان گفت که اگر مدیون دین خود را نپرداخت و معاملاتی انجام داد، این معاملات مورد نهی قرار گرفته و بنابراین باطل است.

۳-۲-۷. نقد لاضرر

همان‌طور که گفتیم قاعده لاضرر یک قاعده مهم و ارزشمند در فقه است که بسیار قابل استفاده و پرکاربرد بوده است. علاوه بر فقه در مباحث حقوقی ما نیز، از آنجا که حقوق ما مبنایی فقهی دارد و همچنین با توجه به این که این قاعده بیان‌کننده یک حکم ثانوی است و مفاد آن به نوعی برای رعایت حقوق و منافع دیگران و نفی ضرر و زیان رساندن به دیگران وضع شده، می‌تواند مستند و کارگشای بسیاری از مباحث و مسائل حقوقی شود. در مورد معاملات مدیون معسر نیز که موجب زیان به طلبکاران می‌شود برخی از فقها با استناد به این قاعده قائل به بطلان این معاملات، بودند.

به نظر می‌رسد که از میان دلایل ارائه شده، قاعده لاضرر بهترین دلیل باشد اما با این بیان که باعث عدم نفوذ این نوع معاملات می‌شود و موجب بطلان آن‌ها نیست (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۲۹۱). همچنین، برخی از استادان حقوق در آثار خود، برای نظریه بطلان معاملات موجب زیان مدیون معسر، به بحث حرام بودن مقدمه حرام و اشکال و ایراد به آن پرداخته‌اند (محمدی، ۱۳۸۴: ۲۲۶). توضیح مطلب را با این مثال بیان می‌کنیم که مثلاً اگر فردی قصد کشتن فرد دیگری را که یک عمل حرام است داشته باشد و فرد دیگری با علم به این قصد وسایل و مقدمات این کار مانند سلاح را در

اختیار وی قرار دهد، این کار که مقدمه برای کشتن شخصی بی گناه است نیز حرام است.

در موضوع مورد بحث ما نیز، پرداخت دین واجب و خودداری از ادای آن حرام است. حال اگر مدیون معاملاتی انجام دهد که نتواند دین خود را پرداخت کند و موجب ضرر و زیان به طلبکاران شود، چون عدم پرداخت دین حرام است پس این معاملات نیز که مقدمه‌ای برای عدم پرداخت دین است حرام و در نتیجه باطل است. در پاسخ به این مطلب بیان داشته‌اند که حرمت یک عمل با حرمت مقدمات آن ملازمه‌ای ندارد و تنها در یک مورد مقدمه حرام می‌تواند حرام باشد و آن در صورتی است که همه عوامل و مقدمات برای ارتکاب عمل حرام آماده و فراهم شده و تنها یک مقدمه اختیاری باقی مانده باشد که اگر آن مقدمه اختیاری نیز انجام شود، عمل حرام انجام می‌گیرد (محمدی، ۱۳۸۴: ۲۲۶)

بنابراین، انجام معامله موجب زیان توسط مدیون معسر، مقدمه ناتوانی از پرداخت دین است نه مقدمه خودداری از ادای دین. حتی اگر فرضاً این امر را بپذیریم که معامله موجب زیان مدیون معسر، مقدمه خودداری از ادای دین است، این حرمت تکلیفی است و اثبات بطلان معامله از طریق حرمت تکلیفی همیشه امکان‌پذیر نیست. بنا بر آنچه در مورد قاعده لاضرر بیان شد، با توجه به این که این قاعده جزء احکام ثانوی است و به موجب مفاد آن ضرر و زیان به دیگران مورد نهی قرار گرفته و جایز نیست و حکم اعم از وضعی یا تکلیفی که در بردارنده ضرر است در اسلام تشریح نشده است در مورد معاملات موجب زیان به اشخاص ثالث هم می‌توان گفت که قاعده لاضرر نفوذ معاملات موجب زیان را برمی‌دارد و از این طریق می‌توان از ضرر و زیان به اشخاص ثالث جلوگیری کرد، زیرا اصل معامله به طور صحیح بین طرفین آن منعقد شده و این نفوذ و اثر آن است که به دلیل حمایت از حقوق و منافع طلبکاران به ضرر آن‌هاست؛ بنابراین، با استفاده از قاعده لاضرر نفوذ آن برداشته می‌شود و معامله غیر نافذ می‌شود، نه این که موجب بطلان این معاملات می‌شود. کما این که دلایل قائلین به صحت و بطلان این نوع معاملات مورد بررسی و نقد قرار گرفت؛ بنابراین، می‌توان گفت که

معامله ضرری مدیون به حکم این قاعده نفوذ حقوقی ندارد. به بیان دیگر، به دلیل وجود ضرر و ممانعت از ورود ضرر به طلبکاران حکم نفوذ از معامله مدیون برداشته می‌شود و به این صورت می‌توان از ضرر و زیان به آنان جلوگیری کرد.

۴. نظریه عدم نفوذ

عدم نفوذ، به عدم نفوذ نسبی و عدم نفوذ سنتی قابل تقسیم است. عدم نفوذ نسبی وضعیت معامله است که بین خود طرفین معامله صحیح اما در برابر طلبکاران قابل استناد نیست (صفایی، ۱۳۹۱: ۱۵۳). مقصود از عدم نفوذ نسبی یا عدم قابلیت استناد، این است که بستانکار فقط تا حدی که برای استیفای طلب او لازم باشد، معامله را رد می‌کند و از عین مال مورد انتقال - در صورتی که مال در ملکیت انتقال گیرنده باقی باشد - طلب خود را استیفا می‌کند. هرگاه عین در ملکیت انتقال گیرنده باقی نباشد، چنانچه تلف شده یا به شخص دیگری انتقال یافته باشد، بستانکار می‌تواند از سایر اموال انتقال گیرنده طلب خود را وصول کند. بنابراین، اگر بخشی از مورد معامله برای استیفای طلب بستانکار کافی نباشد، بستانکار فقط معامله را نسبت به آن بخش رد می‌کند و بخش دیگر مال در ملکیت انتقال گیرنده باقی می‌ماند (صفایی، ۱۳۹۱: ۱۵۳).

در مقابل عدم نفوذ سنتی، وضعیت معامله‌ای است که به علت فقدان پاره‌ای از شرایط آن که به صحت معامله خلل نرسانده، موجب بروز نوعی تزلزل در عمل حقوقی شده که از آن تعبیر به عدم نفوذ می‌کنند؛ مانند فقدان رضا در عقد مکره (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۵: ۴۴۵). عدم نفوذ، به معنی عام کلمه بر هر عقدی که دارای اثر حقوقی نباشد گفته می‌شود ولی به معنای خاص عدم نفوذ ویژه عقدی است ناقص که قابلیت تکامل را دارد و با ضمیمه شدن رضای بعدی حیات حقوقی می‌یابد (امامی، ۱۳۴۰: ۱۷۷). هرگاه مالک معامله فضولی را اجازه کند، معامله کامل شده و آثار حقوقی خود را خواهد داشت. در مقابل، هرگاه مالک معامله فضولی را رد کند، در این صورت عقد برای همیشه از بین می‌رود و هیچ‌گونه آثار حقوقی نخواهد داشت. (امامی، ۱۳۴۰: ۳۰۲) در ادامه به بررسی عدم نفوذ نسبی و سنتی در مورد معاملات به ضرر ثالث خواهیم

پرداخت.

۴-۱. عدم نفوذ سنتی

در حالی که در عدم نفوذ سنتی، به مانند بطلان عقد فاقد اثر است اما از آنجا که ارکان اساسی عقد وجود دارد و نقصی که در آن عقد به وجود آمده است را می‌توان جبران کرد که در چنین شرایطی، با بطلان تفاوت پیدا می‌کند فلذا می‌توان گفت عدم نفوذ عقدی است ناقص که قابلیت کامل شدن را دارد و با رضای بعدی حیات حقوقی پیدا می‌کند (امامی، ۱۳۴۰: ۱۷۷) و همچنین در صورت رد معامله به مثابه موجودی بی‌جان می‌شود که دیگر چیزی از آن وجود ندارد که بتواند بدان اعتباری دهد.

این ضمانت اجرا با توجه به توضیحات فوق، راجع به ماده ۲۱ ق.ن.ا.م.م قابل پذیرش نیست، زیرا قانونگذار زمانی که در ماده ۲۱ ق.ن.ا.م.م حالت انتقال را مطرح می‌کند به این گونه بیان می‌دارد که مثل یا قیمت آن از اموال منتقل الیه اخذ شود و به نوعی معاملات انتقالی بعدی را تنفیذ کرده است در حالی که در عدم نفوذ سنتی و عدم رضایت طلبکاران عملاً تمامی معاملات انتقالی بعدی باید باطل می‌شد. فلذا از این ماده، چنین ضمانت اجرایی منبث نمی‌شود.

۴-۲. عدم نفوذ نسبی

اکثریت حقوقدانان با استناد به ماده ۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی سابق مصوب ۱۳۷۷ که در آن آمده بود: «اگر مال در ملکیت انتقال گیرنده باشد عین آن و در غیر این صورت قیمت یا مثل آن از اموال انتقال گیرنده بابت تأدیه دین استیفا خواهد شد» در این ماده قانون‌گذار به ملکیت انتقال گیرنده اشاره کرده است. به این صورت می‌توان گفت که معامله بین انتقال دهنده (بدهکار) و منتقل الیه نافذ و معتبر است و ملکیت منتقل الیه به رسمیت شناخته شده است و انتقالات بعد از این معامله نیز صحیح است، اما طلبکار بدون توجه به این امر می‌تواند طلب خود را از عین و یا مثل و قیمت مال مورد معامله استیفا کند. در واقع این معامله بین انتقال دهنده و منتقل الیه

نافذ، اما در مقابل طلبکار قابل استناد نیست؛ بنابراین می‌توان گفت این عدم نفوذ نسبی و تنها برای ممانعت از ورود ضرر و حمایت از حقوق و منافع طلبکاران است. این مفهوم از عدم نفوذ، با وضعیت عدم نفوذ که در مورد معاملات فضولی پذیرفته شده و با رد موجب بطلان کامل معامله می‌شود تفاوت دارد. ضمانت اجرای عدم نفوذ نسبی نیز در مقایسه با عدم نفوذی که در مورد معاملات فضولی پذیرفته شده، خفیف‌تر است و با اصل ثبات معاملات نیز سازگارتر به نظر می‌رسد. این مفهوم از عدم نفوذ اگرچه در قانون مدنی ما نیامده، اما در متون فقهی و قانونی ما مورد اشاره قرار گرفته است و برخی از حقوق‌دانان نیز آن را پذیرفته‌اند (کاتوزیان، ج ۲، ۱۳۹۱: ۲۹۰؛ صفایی، ج ۲: ۱۷۱). صاحب‌مفتاح‌الکرامه در فصل مربوط به مفلس، زیر عنوان منع مدیون از تصرف صورت‌هایی را مورد بررسی قرار می‌دهد. در یکی از صورت‌هایی که بیان می‌کند اگر مدیون به دینی که مستند به معامله بعد از حجر بوده اقرار کند، اقرارش را نافذ و مدیون را ملزم به این اقرار می‌داند، اما در رابطه مدیون و طرف معامله (مقرله)، طلبکار این معامله، وارد غرما و طلبکاران قبلی وی نمی‌شود (حسینی عاملی، بی‌تا: ۳۲۲). در واقع معامله بعد از حجر بین طرفین آن نافذ است اما در مقابل طلبکاران به دلیل حق آن‌ها قابل استناد نیست.

با این توضیحات، مشخص شد عدم نفوذ نسبی (غیر قابل استناد در برابر بستانکاران) حداقل در بین خود معامله‌کنندگان معتبر است، در حالی که غیر نافذ سنتی بین خود معامله‌کنندگان نیز تاثیر یا عدم تاثیر آن، معلق بر رضا یا عدم رضا است که هر یک خود آثار متفاوتی را از خود به‌جای می‌گذارد.

با نگاه به ماده ۲۱ قانون جدید ن.ا.م.م مصوب ۱۳۹۴ که به این‌گونه بیان شده است «انتقال مال دیگری به هر نحو به‌وسیله مدیون با انگیزه فرار از ادای دین به نحوی که باقیمانده اموال برای پرداخت دیون مکفی نباشد، موجب حبس تعزیری یا جزای نقدی درجه شش یا جزای نقدی معادل نصف محکوم‌به یا هر دو مجازات می‌شود و در صورتی که منتقل‌الیه نیز با علم به موضوع اقدام کرده باشد در حکم شریک جرم است. در این صورت، عین آن مال و در صورت تلف یا انتقال، مثل یا قیمت آن از

اموال انتقال گیرنده به عنوان جریمه اخذ و محکوم به از آن محل استیفا می شود». با نگاه به این ماده باید گفت قانون گذار به مانند گذشته از منتقل الیه جاهل معامله به قصد فرار از دین حمایت کرده است و معامله وی را در برابر اشخاص ثالث صحیح قلمداد کرده است، اما راجع به منتقل الیه عالم، قانونگذار علاوه بر بحث ضمانت اجرای کیفری که مجازات را بر اساس مقررات ق. مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ تدوین کرده است، لفظ «به عنوان جریمه» را در ماده ۲۱ ق. جدید به کار برده است که در قانون قدیم چنین لفظی به کار نرفته بود. با توجه به توضیحات فوق، این سوال مطرح می شود که آیا این لفظ (جریمه) در نوع ضمانت اجرای معامله به قصد فرار از دین در حالت علم منتقل الیه تغییری حاصل می کند؟

به نظر می رسد باید گفت در ماده سابق نگاه قانونگذار از اینکه بیان کرده بود «عین مال در غیر این صورت مثل یا قیمت مال از اموال منتقل الیه ایفا شود» مراد، پرداخت خود مورد معامله بوده است. فلذا پذیرش ضمانت اجرای عدم نفوذ نسبی امری معقول بوده است. پس معامله بین انتقال دهنده و انتقال گیرنده صحیح بوده اما در برابر اشخاص ثالث قابل استناد نبوده است.

اما با دقت به لفظ «جریمه» در قانون جدید می توان اینگونه بیان کرد که نگاه قانونگذار این است که چنانچه منتقل الیه عالم به معامله به قصد فرار از دین انتقال دهنده باشد مسئول جبران خسارت وارده به محکوم له است و باید از عهده خسارت وارده بر محکوم له برآید. به عبارت دیگر، مراد قانون گذار این بوده است که عین مورد معامله یا در صورت تلف یا انتقال عین مورد معامله مالی از اموال منتقل الیه به عنوان جریمه اخذ شود نه خود مورد معامله که این خود گواه بر این امر است که چنین معامله ای صحیح است.

به نظر می رسد اینکه قانون گذار در قانون جدید ن.ا.م.م از لفظ «جریمه» استفاده کرده است آن است که در قواعد فقهی اصل بر وفای به عهد و اصل بر صحت قرارداد است، فلذا قانون گذار نمی تواند به هر نحو که متمایل باشد قراردادی را فارغ از مصادیق انحلال از بین ببرد اما می تواند بر اساس مصالح عامه احکام ثانویه ای مبنی بر الزام به

فعل یا الزام به ترک فعل ایجاد کند و برای ترک آن‌ها ضمانت اجراهایی از جمله جریمه و حبس قرار دهد (صدر، ۱۴۱۷: ۶۸۹؛ طباطبایی، ۱۳۴۹، ج ۴: ۱۹۴). فلذا، قید لفظ جریمه در ماده ۲۱ مانع از صحت معامله نمی‌شود و تنها نوعی حکم ثانویه که در قالب ضمانت اجرا بوده است برای شخص منتقل الیه عالم متصور شده است.^۱

با توجه به توضیحات فوق، ادله‌ای که می‌توان برای این صحیح بودن چنین معامله‌ای بدان استناد کرد این است که اولاً اینکه اصل بر صحت قرارداد است و قانونگذار در ماده ۲۱۹ قانون مدنی به صراحت این اصل را مورد پذیرش قرار داده است. در ثانی، اینکه برای امری ضمانت اجرای کیفری یا ضمانت اجرای مدنی در قالب جریمه وضع می‌شود دلالت بر بطلان آن عمل نیست چه بسا در ماده ۲۳ قانون پیش‌فروش آپارتمان قانونگذار در بحث پیش‌فروش بدون تنظیم سند رسمی مجازات سنگین کیفری مقرر کرده است اما این امر موجب ابطال معاملات پیش‌فروش بدون تنظیم سند رسمی نمی‌شود و همچنین وضع احکام ثانویه دلالت بر بطلان یا عدم نفوذ یک معامله ندارد.

نتیجه‌گیری

از آنجا که اصل بر صحت معاملات است، فلذا تلاش بر این باید باشد که جلوی ابطال معاملات گرفته شود و همچنین وجود ضمانت اجرای کیفری راجع به یک معامله نباید لزوماً منجر به باطل شمردن آن معامله شود. کما اینکه، علاوه بر ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، ماده ۲۳ قانون پیش‌فروش آپارتمان و نیز وجود احکام ثانویه برای ایجاد مقرراتی در جهت عدم مخالفت احکام شرعی با مقررات قانونگذاری نیز مویدی بر این مطلب است. حال با توجه به توضیحات فوق باید گفت:

۱. فاضل لنکرانی، محمد، جامع المسائل، ج ۲: ۵۱؛ «به طور کلی قوانین و مقرراتی که جهت حفظ نظم و برای جلوگیری از اختلال نظام و ناامنی تصویب و اعلام شده، لازم است رعایت شود و تخلف از آن‌ها جایز نیست و اگر کسی تخلف کرد و آن‌ها را نادیده گرفت، تعزیر او به هر نحو که حاکم شرع صلاح دانست، اعم از جزای نقدی و شلاق مشروع و جایز است».

۱. با توجه به بررسی نظریات مذکور در این مقال، همچنین با بررسی نظریات حقوقی و همچنین آخرین اراده قانونگذار در قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴ می‌توان گفت: اگر انتقال گیرنده نسبت به نیت انتقال‌دهنده مبنی بر انجام معامله جهت فرار از دین مطلع نباشد و چنین معامله‌ای انجام گیرد آن معامله صحیح و در برابر اشخاص ثالث نیز قابل استناد است.

۲. اگر انتقال گیرنده نسبت به نیت انتقال‌دهنده مبنی بر انجام معامله جهت فرار از دین مطلع باشد، از لحاظ حقوقی معامله انجام‌گرفته صحیح است ولی علاوه بر ضمانت اجرای کیفری مقرر در ماده ۲۱ قانون مذکور نوعی جریمه مدنی نیز برای منتقل‌الیه عالم متصور شده اند که محکوم‌به از آن وصول می‌شود که به‌نوعی ضمانت اجرای شدیدتری به نسبت قانون سابق نسبت به منتقل‌الیه ایجاد کرده اند زیرا عین مال یا مثل و قیمت آن، برعکس قانون سابق که در اختیار منتقل‌الیه بوده و از آن برداشت می‌شد مطابق قانون جدید در قالب جریمه در اختیار محاکم قرار می‌گیرد و چنانچه مبلغ مازادی از محکوم‌به باشد، مازاد بعد از پرداخت محکوم‌به در اختیار محاکم خواهد ماند و به منتقل‌الیه مسترد نمی‌شود.

منابع

الف فارسی

قرآن کریم.

اشرفی، محمدباقر (۱۳۸۵) شعائر الاسلام، ج ۱، تصحیح احمد باقری، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

امامی، حسن (۱۳۴۰) حقوق مدنی، تهران: انتشارات کتاب‌فروشی اسلامی.

انصاری، محمد امین (۱۳۹۰) فرائدالرسائل، ج ۲، ترجمه محمد مسعود عباسی، قم: انتشارات دارالعلم.

ایزدی فرد، علی اکبر و کاویار، حسین (۱۳۸۹) «معامله به قصد فرار از دین در فقه و حقوق»، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، سال ششم، شماره ۶، ص

۳۱-۴۹.

جعفری لنگرودی محمدجعفر (۱۳۸۴) ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش.
 جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶) مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۳، تهران:
 گنج دانش.

حسینی خواه جواد (۱۳۸۵) قاعده لاجرح، (تقریرات درس فاضل لنکرانی)، قم:
 انتشارات مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
 حیدری، علامه (۱۳۸۷) اصول استنباط، ترجمه عباس زراعت و حمید مسجد سرایی،
 قم: انتشارات حقوق اسلامی.

درویش خادم، بهرام (۱۳۷۰) «معامله به قصد فرار از دین»، مجله دانشکده حقوق و
 علوم سیاسی، دوره ۲۶، شماره پیاپی ۱۱۹۵، صص ۲۹-۱.

شهیدی، مهدی (۱۳۸۴) تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران: انتشارات مجد.

صفایی، حسین (۱۳۹۱) قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، تهران: نشر میزان.

فتحی دهکردی، امیر (۱۳۸۹) «معامله به قصد فرار از دین و ضمانت اجرای آن»،
 ماهنامه دادرسی، سال دهم، شماره ۵۹، صص ۳۴-۲۶.

قافی، حسین و سعید شریعتی (۱۳۹۱) اصول فقه کاربردی، جلد ۱، تهران: انتشارات
 سمت.

قافی، حسین و سعید شریعتی (۱۳۹۲) اصول فقه کاربردی، جلد ۲، تهران: انتشارات
 پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.

قبله‌ای خویی، خلیل (۱۳۸۷) علم اصول در فقه و قوانین موضوعه، تهران: انتشارات
 سمت.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷) فلسفه علم حقوق، ج ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰) قواعد عمومی قراردادها، جلد ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱) قواعد عمومی قراردادها، جلد ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۵۸) «سوءاستفاده از حق یا تقصیر در اجرای حق»، نشریه دانشکده
 حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۲۱، صص ۱۱۵-۱۰۳.

محسنی، حسن (۱۳۹۵) «نوآوری‌های قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال چهارم، شماره ۱۵، صص ۸۵-۱۰۷.
 محقق داماد، مصطفی (۱۳۸۷) قواعد فقه، بخش مدنی ۲، تهران: انتشارات سمت.
 محقق داماد، مصطفی (۱۳۸۸) قواعد فقه (مالکیت-مسئولیت)، تهران: مرکز نشر علوم انسانی.

محمدی، ابوالحسن (۱۳۸۴) مبانی استنباط حقوق اسلامی، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

محمدی، ابوالحسن (۱۳۸۵) قواعد فقه، چاپ نهم، تهران: نشر میزان.
 مصطفوی، محمدکاظم (۱۳۹۰) قواعد فقه، ترجمه عزیز الله فهیمی، ج ۱، تهران: نشر میزان.

مظفر، محمدرضا (۱۳۹۱) اصول فقه، ج ۱، ترجمه محسن غرویان، قم: انتشارات دارالفکر.

ملکی اصفهانی، مجتبی (۱۳۷۹) فرهنگ اصطلاحات اصول، ج ۱، قم: انتشارات عالمه.
 موسوی بجنوردی، محمد (۱۳۸۷) قواعد فقهیه، ج ۱، تهران: انتشارات مجد.

ب. عربی

ابن ادریس، محمد ابن منصور بن احمد (۱۴۱۰) السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

احمد بن محمد اردبیلی (بی تا) زبده‌البیان فی احکام القرآن، چاپ اول، تهران: المکتبه الجعفریه.

اصفهانی، محمدحسین (۱۴۱۸) حاشیه کتاب المکاسب، ج ۱، قم: انوار الهدی.
 انصاری دزفولی، مرتضی بن محمدامین (۱۴۱۵) المکاسب المحرمه، ج ۳، قم: گنگره بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.

حسینی عاملی، جواد ابن محم (بی تا) مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، جلد ۵، چاپ اول، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

حسینی عاملی، جواد ابن محمد (۱۴۱۹) مفتاح الكرامه فی شرح قواعد العلامه، ج ۱۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (علامه حلی) (۱۴۱۴) تذکره الفقهاء، ج ۱۴، قم: موسسه آل البيت (ع).

حلی، حسن بن یوسف علامه (۱۴۲۰) التحریر الاحکام الشریعه علی مذهب الامامیه، ج ۴، قم: موسسه امام صادق (ع).

خراسانی، محمد کاظم بن حسین (۱۳۸۹) کفایه الاصول، تهران: انتشارات خرسندی.

خمینی، سیدروح الله (بی تا) تحریرالوسیله، مکتبه العلمیه الاسلامیه، تهران.

صالحی مازندرانی (۱۳۹۰) محمدعلی، شرح کفایه الاصول، ج ۲، قم: نشر صالحان.

صدر، سید محمد باقر (۱۴۱۷) اقتصادنا، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.

طباطبایی، سید محمد حسین (۱۳۴۹) المیزان، تهران: دارالکتب الاسلامیه.

طباطبائی یزدی، محمدکاظم (۱۴۱۵) سوال و جواب، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۵) جامع المسائل، قم: انتشارات امیر قلم.

عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی) (۱۳۷۴) معالم الدین، ترجمه علی شیروانی، ج ۱، قم: انتشارات دارالفکر.

عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی) (۱۴۱۰) الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه (محشی کلاتر)، ج ۳، قم: کتابفروشی داوری.

غروی نائینی، محمدحسین (۱۳۷۳)، منیه الطالب فی حاشیه مکاسب، جلد ۱، تهران: المکتبه المحمدیه.

محمد باقر صدر (۱۴۰۱) المعالم الجدید الاصول، بیروت: دارالتعارف للمطبوعات.

مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۵) القواعد الفقهیة، ج ۱، قم، مدرسه امام علی ابن ابی طالب (ع).

مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۵) القواعد الفقهیة، ج ۲، قم: مدرسه امام علی ابن ابی طالب (ع).

موسوی خمینی، روح الله (۱۴۲۱) کتاب البیع، ج ۱، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار

امام خمینی (ره).

نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴) جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۲۵، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

نراقی، مولی احمد (۱۴۱۷) عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

نراقی، مولی محمد بن احمد (۱۴۲۲) مشارق الاحکام، مصحح: سید حسن وحدتی شبیری، قم: کنگره نراقیین.

یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۳۴۰) رساله السؤال و الجواب، نجف: چاپ مطبعه حیدریه.

ج. قوانین

قانون اساسی

قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱

قانون روابط موجر و مستاجر مصوب ۱۳۶۲

قانون مدنی

قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷

قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴