

## وضعیت قضائی

اصول و قواعدیکه در کشورها برقرار میگردد بعضی قابل تغییر و تبدیل نیست و بعضی قابل تغییر و اصلاح است ، از آنجمله مواد مذکوره در مبحث چهارم از فصل هشتم قانون آئین دادرسی است که راجع بتأمین خواسته است که قسمت مواد ۲۲۶ و ۲۲۷ و ۲۲۸ و ۲۳۱ و ۲۳۲ و ۲۳۳ و ۲۳۷ آن ملغی الاعتبار گردیده و سایر مواد این مبحث هم مخالف مذهب اسلام است خصوصاً قبل از رسیدگی بماهیت دعوی و اثبات حقانیت خواهان توقیف نمودن اموال خوانده اعم از منقول یا غیر منقول شرعاً جایز نیست زیرا سلب سلطنت مالک متصرف را نمودن اثم و عدوان است و آیه شریفه **لا تعاونوا علی الاثم والعدوان** دادرسی را ممنوع از صدور قرار تأمین مینماید شایسته است مهما امکن آقایان قضاة قبل از ثبوت دعوی خود داری از صدور قرار تأمین نمایند زیرا بسا هست بعلت توقیف اموال خوانده اموال تخریب میشود و ممکن است مالک مشتری پیدا کند که اموال را باعلی القیم بفروشد و توقیف اموال او را ممنوع از فروش مینماید و ممکن است بعلت توقیف قصبان در ارزش پیدا شود و اساساً سلب سلطنت مالک مستلزم ضررهای مادی و معنوی است که بموجب عمومات ادله لا ضرر توقیف نمودن منهی عنه است .

هر گاه محاکم بجای اقدامات تأسیسی تسریع در رسیدگی بدعوی نمایند اولی و انسب خواهد بود زیرا علاوه بر اینکه حبس و توقیف اموال موجب اضرار بغير است مورت عقوبات اخروی هم میگردد .

روایتی از حضرت صادق علیه السلام در کافی و وافی و اغلب کتب معتبره است که حضرت فرموده اند :

**من حبس مؤمناً من ماله و هو محتاج الیه ثم ینق و الله من طعام الجنة .**

آنجناب قسم جلاله یاد فرموده که اگر مال مؤمنی را کسی توقیف نماید که محتاج الیه مؤمن است بخدا قسم بوی طعام بهشت را نخواهد چشید .  
و در خبر معتبر دیگر از آنحضرت رسیده که فرمودند .

**من حبس حق المؤمن اقامه الله یوم القيمة خمس مائة عام علی رجلیه حتی تسیل عرقه اودیه و ینادی مناد یوم القيمة عن الله هذا الظالم الذی حبس علی المؤمن ثم یومر به الی النار .**

کسی که حق مؤمنی را توقیف نماید روز قیامت پانصدسال روی دوبا در آفتاب

## وضعیت قضائی

قیامت ایستاده میشود و عرق میریزد و منادی حق ندا مینماید این ظالمی است که مال مؤمن را توقیف نموده پس بامر الهی او را بجهنم میبرند.

سزاوار نیست قاضی آخرت خود را تباه کند برای صدور قرار تأمین که سبب قوی گردد سیما در صورتیکه قبل از رسیدگی ماهوی صدق و کذب دعوی را قاضی نمیداند و اطلاعی ندارد که دعوای مدعی حق است و مطابق با واقع است یا باطل و مخالف با حقیقت است.

بمراجعه بکتاب قضا و عملیات حکام شرع انور معلوم میگردد علماء که وارث انبیاء هستند هیچوقت قبل از ترفع شرعی حکم بتوقیف اموال مدعی علیه نداده اند که سلب تصرف متصرف را نمایند دادرس دادگاه باطن بحقیقت مدعی هم نمیتواند توقیف اموال کسی را شرعاً بنماید زیرا دعوای مدعی محتمل الصدق و محتمل الکذب است و اگر صدق باشد معاونت با او یک عمل محتمل است ولی سلب استیلاء و تصرف متصرف را نمودن فعل حرام است.

پس صدور قرار تأمین اگر بعنوان معاونت هم باشد تعارض بین مستحب و حرام است و شرعاً و عقلاً رجحان در ترك از صدور قرار تأمین است بالخصوص در صورتیکه توقیف و تأمین موجب تعدی و تفریط مال کسی شود و سد باب معامله مالک گردد یا مالک ممنوع از استیفاء منفعت گردد که بالاجماع موجب ضمان قاضی میگردد.

در مسئله تفویت و تفریط حق، علماء متعرض شده اند که ضمان تعلق میگیرد بکسی که سبب قوی گردیده برای تفویت و تفریط و متعرض شده اند که علم یا جهل تفویت و تفریط هم مدخلیت ندارد و مطلقاً مسبب ضمان است آقایان دادرسی ها میگویند برای خسارات محتمله از تقاضا کننده تأمین تودیع گرفته میشود بدیهی است گرفتن تودیع رافع ضمان قاضی نخواهد شد.

دادرس اگر بخواهد ضمان پیدا نکند باید خودداری از صدور قرار تأمین نماید و خودداری او موجب مسئولیت اولیاء امور هم نیست زیرا قانون گذار صدور قرار تأمین را بنظر دادرس دادگاه قرار داده و هیچ مقامی نمیتواند دادگاه را ملزم نماید که قبل از رسیدگی بماهیت دعوی و اثبات حق مدعی اموال مالکیت متصرف را تأمین و توقیف نماید البته هر متصرفی سلطنت دارد برای انواع تصرفات خود از نقل و انتقال و استیفاء منافع مگر اینکه محجور باشد که در اینصورت تصرفات با ولی او است لکن ولی او هم نمیتواند تصرفات ضرری در اموال مولی علیه نماید اعم از اینکه ولی قهری باشد یا ولی منسوب و خود محجور ممنوع از تصرف در اموال هر چند مرحوم مقدس اردبیلی تصرفات طفل ممیز را صحیح دانسته و معاملات او را خالی از اشکال دانسته و فرموده حجر از جهت مصون بودن اموال از تفریط است و صبوی ممیز در تصرفات خود تفریط نخواهد نمود و جمعی دیگر از فقهاء عظام هم در بعضی موارد معاملات صغیر را جایز دانسته اند مثل معاملات معاطاتی و بلکه در کلیه ایقاعات مثل وصیت و صدقات عمل وصیت صغیر را جایز دانسته اند حتی در وقف و حبس هم آنهاست که آنرا از ایقاعات میدانند وقف نمودن

## وضعیت فضائی

صغیر را صحیح دانسته و میگویند شرطیت بلوغ در احکام تکلیفیه است و اما احکام وضعیه طبق عموماً و اطلاعات اولیه معاملات اشکالی ندارد و در ایقاعات سیره مستمره جاری است که صفار معاملات مینمایند و لکن بعقیده اعظم علماء وقف و حبس از ایقاعات نیست و از عقود است و ایجاب و قبول لازم دارد که در موقوفات خاصه ایجاب از طرف واقف است و قبول از طرف موقوف علیهم و در موقوفات عامه ایجاب از طرف واقف است و قبول را حاکم شرع مینماید قانون مدنی هم در ماده ۵۶ بهمین نحو مقرر داشته و کسانی که قائل شده اند که وقف بر مسجد از ایقاعات است میگویند کسی که زمینی را بعنوان مسجد بودن از مالکیت خود خارج نمود و یکنفر در آن نماز کرد ولو صیغه وقفیت جاری نشود مسجد بودن محقق و واقع گردیده است ولی فحول از علماء که وقف را از عقود میدانند وقف بر مسجد را هم محتاج باجاء صیغه ایجاب و قبول میدانند هر چند در یکی از مجلات رسمی کانون یکنفر از دانشمندان مقاله نوشته نسبت بر دیکه فقهاء عظام نموده اند از دو روایتی که دال بر عدم جواز وقف بر مسجد است که فرموده اند این دو روایت مرسله است و وقف بر مسجد صحیح است دانشمندی که مستشار دادگاه استان است نوشته اند رد علماء مردود است و هر دو روایت را صحیح دانسته و وقف بر مسجد را جایز ندانسته از دانشمند مزبور تنقید مینمایم بلکه میگویم **ان الجواد قد یکبوا** مخالفت با عقیده اعظم فقهاء شیعه صحیح نیست و اینکه نوشته اند دو روایت صحیح است و در نهایت اعتبار است درست نیست زیرا حدیث صحیح حدیثی را گویند که سلسله سندش تماماً از امامین باشد و علماء رجال هم یک یک را مدح نموده باشند - و اگر علمای رجال چند نفر از سلسله مستند را مدح نموده و بعضی دیگر را ساکت گذارده باشند آن حدیث را حدیث حسن می گویند و هر گاه حدیثی را غیر امامین نقل نموده اند ولی سلسله سند آن نزد علماء اعلام محل وثوق باشد آنرا حدیث موثق گویند و چون این دو روایتی که بر عدم جواز وقف بر مسجد است و در کتاب وافی هم نقل شده سلسله سند ندارد فقط روایت میکند عباس ابن عامر از ابی الصحاری عن ابی عبدالله علیه السلام **قال قلت له رجل اشتری دارا فخرّب و بقیة عرصته ایوقفه علی المسجد قال ان المجوس او قفوا علی النار** که این روایت علاوه بر اینکه مرسله است من حیث الدلاله هم مخدوش است مضافاً باینکه عباس ابن عامر هم معلوم نیست فتحی بوده یا امامی بدیهی است این روایت در مقابل روایات صحیحه و اخبار کثیره و عموماً و اطلاعات تاب مقاومت ندارد و همچنین روایت مرسله دیگر قابل معارضه با خبر معتبره نیست و وقف بر مسجد خالی از اشکال است بلکه از صدقات جاریه محسوب است که روایتی رسیده هر کس وقف بر مسجد نماید جمله عرش برای او استغفار مینمایند و انگهی در وقف بر مسجد منظور اصلی یا برای بنای مسجد است یا تعمیر مسجد یا روشنائی و فرش مسجد کما اینکه وقف بر عتبات عالیات هم یا برای تعمیرات و روشنائی است یا برای زیارت زوار که خود دانشمند مذکور هم در مقاله مرقومه اذعان نموده که وقف بر مصالح مسجد خالی از اشکال است و مسلم است مسلمین اگر وقف نمایند بر معابد کفار باطل است ولی وقف کفار را بر کنایس خود جمعی از علماء صحیح

## وضعت فضالی

دانسته اند و جمعی باطل میدانند با استدلال اینکه در وقف قصد قربت شرط است و غیر ممکن است کفار که مکلف بفروع میباشند از آنها قصد قربت تمشی گردد.

بنابر این هیچ اشکالی بر وقف بر مسجد یا وقف بر اماکن مشرفه نیست فقط چیزیکه لازم است برای تحقق وقفیت قبض بوقفیت است و قبض و وقفیت مسجد آنستکه یکنفر در آن نماز بگذارد و مادامیکه قبض بوقفیت داده نشده رجوع از آن جایز هست ولو اینکه صیغه وقفیت هم جاری شده باشد پس اگر کسی وقفنامه تنظیم نمود ولی قبض بوقفیت نشده باشد و تاحین الفوت بملکیت مداخله مینموده و فوت شده است ملک مزبور بملکیت ورثه برقرار میگردد. زیرا صحت وقف و تحقق آن بقبض است و این مسئله اجماع فرقه امامیه است برخلاف مذهب اهل حنیفه که رجوع از وقفیت را مطلقاً جایز دانسته هم برای خود واقف و هم برای ورثه او ولی بعقیده امامیه رجوع از وقفیت مادامی است که قبض بوقفیت نشده و با قبض بوقفیت رجوع جایز نیست و قبض در کلیه عقود لازم است مثلاً در حبس هم قبض لازم است با عدم قبض حبس محقق نشده در همه هم که یکی از عقود است ایجاب و قبول و قبض و قصد تملیک متبعب لازم است مگر در مواردیکه موهوب مافی الذمه باشد که در این مورد هم بعضی برای حصول قبض قائل شده اند که باید دست بست شود و اهب بعنوان طلب بگیرد و بقصد هبه بدهد و متبعب بعنوان ملکیت از و اهب قبض نماید که اگر قبل از قبض و اقباض و اهب فوت نمود مال موهوبه متعلق بورثه میگردد و بالجممله در تمام عقود مادامیکه قبض محقق نشود معامله محقق نشده و وقوع معامله وقتی است که قبض و اقباض عمل شود مرحوم علامه قبض را در کلیه عقود جزء سبب دانسته و آثار معامله را وقتی میدانند که قبض حاصل شود که قبض علت تامه و شرط صحت عقد است و تمامیت عقد منوط بقبض است اینک چگونه فروش ماهیان در دریا صحیح نیست یا فروش طیر در هوا جایز نیست برای این است که قبض لازم است و در این موارد میسور نیست نسبت بغلام گریخته اختلاف شده از نظر اینکه قبض لازم است معامله را باطل و از نظر اینکه ممکن است مشتری غلام گریخته را آزاد نماید و همین درجه کافی است عقد را صحیح دانسته اند و در سایر موارد مثل رهن و اجاره و غیره مادام که قبض حاصل نشده هنوز معامله تمام نشده است این است که اجماع کل فقهاء اثنی عشریه است که **لو تلف المبیع قبل القبض فهو من مال بائعه** که اگر کسی مالی را فروخت و پیش از اینکه تصرف مشتری دهد مورد معامله تلف شد این تلف از مال فروشنده شده زیرا فروش وقتی تمام است که قبض و اقباض عملی شود و اگر مشتری ثمن را داده باید ثمن را استرداد نماید و هیچ یک از علماء و فقهاء اختلافی در این مسئله ننموده اند.

در مجله شماره ۶ کانون و کلا دیدم یکی از دانشمندان مخالفت با اجماع علماء نموده و استبعاد کرده که بسا هست معامله اولیه قبل از قبض چند دست گشته و معاملات متعدد شده و چگونه میتوان گفت فروشنده که مدخلیت در تلف مبیع نداشته او را مسئول و تلف را از مال او دانست در صورتیکه مادامیکه قبض مبیع نشده معامله تمامیت پیدا نکرده اعم از اینکه گفته شود قبض علت تامه است برای مالکیت مشتری یا بگویند جزء

## وضعیت فضالی

سبب است که اینک در وقف هم گفته شد مادامیکه قبض و قفیت داده نشده وقف محقق نگردیده بلکه در کلیه صدقات اگر ایجاب و قبول جاری شد ولی قبض داده نشود باجماع علماء صدقه محقق نشده و قبض معتبر است و در همه هم قبض باید بشود تا هبه محقق شود در حق عمری و رقبی هم قبض معتبر است.

و هکذا در حبس و در بیع صرف هم مادام که در مجلس قبض و اقباض نشود حکم بصحت نمیتوان داد.

در بیع سلف هم باید قبض ثمن بشود فی المجلس و الا حکم بصحت نمیتوان داد. در قرض هم مادام که قبض وجه نشود مالکیت حاصل نمیشود.

در رهن هم مادام که مرهون مقبوض نشود رهن محقق نشده البته مقتضای ذات عقد مبیاعه آنستکه با ایجاب و قبول واجب میشود بر فروشنده آنست که مبیع را قبض مشتری بدهد و بر مشتری است که مبیع را تصرف نماید و اگر فروشنده باین تکلیف عمل نکرد حکم بتمامیت عقد نمیتوان داد مصحح این ایجاب و قبول قبض دادن مبیع است پس اگر قبل از قبض تلف شود از مال خود فروشنده تلف شده زیرا آثار مالکیت مشتری وقتی است که مبیع را تصرف کرده باشد و اگر بعد التلف مشتری گوید بودن مبیع در ید بایع با اذن و رضایت من بوده و اتلاف نموده البته اتلاف یکی از موجبات ضمان است و هرگاه فروشنده گوید که مشتری مبیع را در ید امانی من گذارد و تلف شده البته بمقتضای لیس علی الامین الا الیمین مسئولیتی برای رد ثمن ندارد و جمعی قائل شده اند همین طور که واجب است بر فروشنده قبض مبیع را بدهد بر مشتری هم واجب است اقباض نماید و در قبض هم حقیقت شرعیه نیست بلکه باقی است بهمان معنای عرفی که وقتی قبض محقق میشود که مشتری استیلاء تام پیدا نماید که بتواند انحاء تصرفات را بنماید و اگر قبل از قبض نمودن مبیع و تصرف در آن معاملاتی با دیگران نموده باشد خالی از اشکال نیست مگر اینکه بعنوان حقوق نقل و انتقال شود که منتقل الیه هم قائم مقام او شوند.

و از مجموع قلم فرسائی دانشمند مراتب فضل و اطلاعات فقهی معزی الیه معلوم است ولی در پایان مقاله که نوشته اند - امروزه در اثر حوادث دنیا تا آنجا که نوشته اند شاید بهتر باشد که قانون ایران بنا بملاحظات اجتماعی و اقتصادی و رعایت عدالت تلف قهری مبیع را از دوش بایع بردارند مخالف با اجماع فرقه امامیه و مذهب جعفری است و رعایت قانون اسلام در ایران بهتر است.

و با تلف مبیع قبل از قبض بنص و اجماع باید فروشنده ثمنی را که گرفته رد نماید و علاوه بر رد ثمن چیزی بر ذمه فروشنده تعلق نمیگیرد بخلاف موردی که اتلاف به ید فروشنده شده که در اینصورت مثل یاقیمت را باغرامات دادنی خواهد بود.

و این حکم مخصوص بیع است و در سایر معاوضات تلف از مال کسی است که مالک است و اختلاف نظر فقط روی این اصل است که دانشمند محترم مجرد ایجاب و قبول را برای آثار مالکیت کافی دانسته و لوائیکه قبض مبیع نشده باشد و علماء اعلام قبض را علت تامه برای آثار مالکیت دانسته یا آنرا جزء سبب دانسته اند.

### وضعیت فضالی

برگردیم بمقاله اصلی راجع بتأمین خواسته قبل از رسیدگی بماهیت دعوی که عمل محاکم موافق با شرع اسلام نیست. و ماده ۲۳۸ آئین دادرسی هم دست و پای مدعی علیه را بسته که نمیتواند پژوهش یا فرجام دهد باینکه مقتضای عدالت است که هر رأی را که دادگاه میدهد دو مرحله راطی نماید چنانچه اولیاء امور اصلاح ماده مزبور را نمایند بمقام است.

و نیز مواد راجعه بتأمین دلایل که یک عمل بی فائده است و در محاکمات هم صورت تأمین دلیل را جزء دلایل محسوب نکرده اند جز زحمت و خسارت برای اصحاب دعوی نتیجه ندارد.

اصلاح این موادم بشود بمورد است در دادگاههای بخش بمواد ۳۱۵ الی ۳۲۲ تمسک مینمایند برای صدور قرار تأمین دلیل که در حقیقت تحصیل دلیل است و ممنوع است و بر خلاف مادتین ۳۱۹ و ۳۲۰ مدیر دفتر را مجری قرار تأمین قرار میدهند که اصلاح آنها نیز لازم بنظر میرسد.

