

نقدی بر انگاره مشهور فقیهان امامی در باب کیفیت صدور حکم حجر مفلس*

- راضیه امینی^۱
- حسین صابری^۲
- محمدحسن حائری^۳

چکیده

مشهور فقهای امامیه تقاضای حجر از سوی مفلس و تبرع حاکم در صدور حکم ورشکستگی را نافذ نمی‌دانند و صرفاً در فرض مطالبه طلبکاران چنین امری را ممکن می‌دانند؛ حال آنکه در حقوق موضوعه، تاجری که قدرت پرداخت دیون خود را ندارد، ملزم است دادخواست توقف دهد. همچنین در مواردی دادستان می‌تواند داوطلبانه حکم حجر علیه مدیون صادر کند.

نوشتار حاضر ضمن در نظر گرفتن لزوم انطباق قوانین با موازین شرعی، با روشی توصیفی - تحلیلی در صدد رفع این وجه افتراق میان قانون‌گذاری شرعی و وضعی برآمده است. نتایج تحقیق نشان می‌دهد که مستندات ذکر شده توسط

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۸/۲ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۲/۲۰.

۱. دانشجوی دکتری فقه و حقوق دانشگاه فردوسی مشهد (raziyeh.amini66@gmail.com).

۲. استاد دانشگاه فردوسی مشهد (نویسنده مسئول) (saberi@um.ac.ir).

۳. استاد دانشگاه فردوسی مشهد (haeri@um.ac.ir).

مشهور، قاصر از اثبات مدعی آن‌هاست؛ افزون بر اینکه در مقابل دیدگاه مشهور، ادله‌ای وجود دارد که به تقویت دیدگاه رقیب می‌پردازد.
واژگان کلیدی: حجر مفلس، مدیون، طلبکار، ماده ۴۱۵ قانون تجارت.

بیان مسئله

در حقوق موضوعه با بهره‌مندی از منابع فقه امامیه و قوانین فرانسه، برای بازرگانان مقررات «توقف» یا «ورشکستگی» پیش‌بینی و در ماده ۴۱۵ قانون تجارت چنین تصریح شده است:

«ورشکستگی تاجر به حکم محکمه بدایت در موارد زیر اعلام می‌شود: الف- اظهار خود تاجر؛ ب- تقاضای یک یا چند نفر از طلبکاران؛ ج- تقاضای مدعی العموم بدایت».^۱

چنان که پیداست، قانون‌گذار وفق این ماده، تقاضای صدور حکم افلاس به تقاضای مدیون و دادستان را جایز دانسته است. این نگرش با دیدگاه مشهور فقهای امامیه ناسازگار است؛ چرا که به باور ایشان اولاً: حاکم به طور تبریعی نمی‌تواند حکم به حجر دهد؛ ثانیاً: اگر خود مدیون نیز درخواست حجر دهد، باز هم صدور حکم به حجر از سوی حاکم جایز نیست.

با توجه به اینکه سالانه پرونده‌هایی در محاکم قضایی به بحث ورشکستگی اختصاص می‌یابد، نقد و بررسی طرق اعلام حکم ورشکستگی تاجر، موضوعی درخور توجه و پژوهش می‌نماید؛ چرا که لازم است با بررسی فقهی تمام ابعاد این موضوع، میزان انطباق این ماده با موازین فقهی سنجیده و به این سؤال پاسخ داده شود که آیا هر کدام از موارد «اظهار خود تاجر»، «تقاضای یک یا چند نفر از طلبکاران» و «تقاضای مدعی العموم» از منظر فقهی می‌توانند به عنوان طریقی مستقل برای اعلام ورشکستگی به شمار آیند؟

۱. لازم به ذکر است که در لایحه قانون تجارت سه گانه مطرح در ماده ۴۱۵ با اندک اختلافی در تعبیر در ماده ۸۸۹ چنین مقرر شده است: «اشخاص زیر می‌توانند مطابق مواد این قانون، رسیدگی به امر ورشکستگی تاجر را از دادگاه محل اقامت وی تقاضا کنند: ۱. شخص تاجر؛ ۲. دارندگان طلب‌های مؤجل؛ ۳. دادستان محل اقامت تاجر. تبصره- شروع رسیدگی در مورد این ماده منوط به تقدیم دادخواست نیست».

سیر مباحث این جستار چنین است که در گام نخست، معناشناسی واژگان آمده است. در ادامه، صدور حکم حجر به درخواست مدیون و تبرع حاکم، ضمن بیان دو دیدگاه مخالف و موافق بیان شده و ادله آن‌ها مورد نقد و بررسی قرار گرفته و در نهایت با استناد به روایات به تأیید قول مختار پرداخته شده است.

۱. معناشناسی واژگان

در ابتدای بحث شایسته است برخی از واژگانی که نقش اساسی در نوشتار داشته و پژوهش حول آن‌ها شکل گرفته و مداخلیت تام در موضوع دارند، مورد تحلیل و تبیین قرار گیرند.

۱-۱. افلاس

الف) افلاس در لغت

افلاس از باب افعال و اسم فاعل آن مفلس است. «أفلس الرجل»: یعنی پس از اینکه شخص توانایی و مکنت مالی داشت، دچار تنگدستی و فقر شد؛ «یفلس إفلاسًا»: یعنی مفلس شد، گویا درهم‌هایش مبدل به فلوس شده است؛ «وقد فلَّسه الحاکم تفلیسًا»: یعنی حاکم شرع، حکم به افلاس وی داد (ابن منظور، ۱۹۷۹: ۳/۳۴۶۰).

ب) افلاس در اصطلاح

معنای اصطلاحی افلاس از معنای لغوی آن دور نیست و از آن اخذ شده است. لذا فقیهی مانند صاحب شرایع، تفلیس را همان حکم حاکم مبنی بر حجر مدیون می‌داند (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۷۷/۲). شهید ثانی معتقد است: «اکثر فقها مفلس را شرعاً کسی می‌نامند که دیونی بر عهده‌اش باشد و مالی نداشته باشد تا آن‌ها را بپردازد» (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۸۶/۴).

به نظر می‌رسد هر گاه مدیون به مرحله‌ای برسد که اموالش کمتر از دیون او باشد، مفلس نامیده می‌شود. لذا ذات اینکه اموال او کمتر از دیونش باشد، حجر آور است. در حقوق موضوعه نیز ورشکستگی مترادف با سلب قدرت پرداخت است. قانون تجارت

در ماده ۴۱۲ چنین تصریح می‌کند:

«ورشکستگی تاجر یا شرکت تجارتي در نتیجه توقف از تأدیة وجوهی که بر عهده اوست، حاصل می‌شود».

۲-۱. حجر

الف) حجر در لغت

حجر در لغت در معانی گوناگونی آمده است. یکی از معانی حجر که مرتبط با بحث حاضر است، منع و جلوگیری می‌باشد. اهل لغت آورده‌اند: «حَجْرًا، حَجْرًا وَحَجْرَانًا» (به فتح حاء): یعنی او را بازداشت و منع کرد؛ «حجر علیه القاضی»: یعنی قاضی او را از تصرف در مال خویش بازداشت (فراہیدی، ۲۰۰۳: ۲۸۷/۱). برای این واژه، معانی دیگری نیز ذکر شده است که با مراجعه به کتب لغت می‌توان به تفصیل از آنها آگاه شد؛ لکن بیان آنها از حوصله و هدف این نوشتار خارج است (برای نمونه رک: ابن فارس، بی‌تا: ۱۳۸/۲؛ زبیدی، ۱۹۷۲: ۵۳۰/۱۰).

ب) حجر در اصطلاح

حجر در معنای اصطلاحی به معنای منع کردن انسان از تصرف در اموالش است. بنابراین فقیهان از به کار بردن واژه حجر معنای خاصی از آن را اراده می‌کنند که البته بی‌مناسبت با معنای لغوی نیست و می‌توان گفت که بین این دو، رابطه عموم و خصوص برقرار است؛ یعنی حجر اصطلاحی، نوع خاصی از منع (جلوگیری از تصرفات مالی) را شامل می‌شود:

«الحجر هو المنع والمحجور شرعاً هو الممنوع من التصرف فی ماله...» (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۸۴/۲؛ علامه حلی، ۱۴۲۰: ۵۳۳/۲؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۱۸۰/۵؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۳۹/۴).

مشهور فقیهان برای محجور کردن مدیون شرایطی ذکر کرده‌اند؛ از جمله اینکه درخواست حجر از طرف طلبکاران باشد (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۷۷/۲؛ فیض کاشانی، بی‌تا: ۱۵۴/۳؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۸۰/۲۵؛ صدر، ۱۴۲۰: ۲۳۰/۴). این دیدگاه دو نتیجه در پی خواهد

داشت: ۱. حاکم نمی‌تواند مستقلاً اقدام کند؛ ۲. درخواست خود شخص نیز نمی‌تواند مبنای صدور حکم قرار گیرد (میرزای قمی، ۱۴۱۳: ۴۷۱/۲). در ادامه به بررسی و نقد این شرط خواهیم پرداخت

۲. اقوال و مستندات فقیهان

۱-۲. جواز صدور حکم صرفاً در فرض درخواست طلبکاران

مشهور فقهای امامی، یکی از شروط حکم به حجر مفلس را تقاضای حجر از سوی طلبکاران می‌دانند و بیان می‌دارند که اگر حکم حجر بنا به درخواست خود مدیون باشد، نافذ نیست (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۷۱/۲). در مسالک الافهام آمده است: «ولو ظهرت أمارات الفلّس، لم يتبرّع الحاكم بالحجر؛ وكذا لو سأل هو الحجر» (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۸۸/۴).

محقق سبزواری در کفایة الاحکام می‌گوید:

«اگر نشانه‌های افلاس ظاهر شود، حاکم نمی‌تواند داوطلبانه حکم به محجور شدن بدهد؛ مگر اینکه طلبکار از جمله کسانی باشد که حاکم بر او ولایت دارد و همچنین مشهور فقها معتقدند که با تقاضای مدیون هم حکم به حجر نمی‌شود» (سبزواری، ۱۴۲۳: ۵۷۲/۱؛ همچنین ر.ک: مغنیه، ۱۴۲۱: ۱۰۷/۵؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۷: ۳۴۱/۲).

مشهور فقهای امامی در تأیید قول خود چهار دلیل ذکر کرده‌اند:

۱. اصل

دلیل اولی که مشهور به آن استناد کرده‌اند، تمسک به اصل است؛ با این توضیح که اگر خود مفلس درخواست حجر داده باشد، بدون اینکه غرماً تقاضایی داشته باشند، حاکم نمی‌تواند او را محجور کند؛ زیرا اصل عدم حجر است و دلیلی معارض با این اصل وجود ندارد (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۸/۲۵؛ طباطبایی حائری، بی‌تا: ۴۹).

صاحب فقه الصادق علیه السلام در این زمینه چنین می‌نگارد:

«ولو طالب هو الحجر دون أرباب الدین... فالأظهر أنه لا يحجر عليه للأصل السالم عن المعارض» (حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۱۲۴/۲۰).

۲. منافات حجر با رشد و حریت

از جمله مستنداتی که برای لزوم درخواست طلبکاران مطرح شده، تنافی حجر با رشد است. توضیح بیشتر آنکه حجر نوعی عقوبت است و با رشد و حریت انسان منافات دارد و فقط با دلیل صالح می‌توان به آن حکم کرد. بنابراین به جهت ضرورت فقط بنا به درخواست طلبکاران محقق می‌شود؛ چرا که رسیدن به حقوقشان، جز از راه حجر امکان ندارد (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۸۸/۴). محدث بحرانی در این زمینه می‌نویسد:

«لا یحجر علیه لو سأل هو الحجر علی نفسه علی المشهور؛ لأنّ الحجر عقوبة والرجع والحرّیة ینافیانه؛ فلا یصار الیه إلاّ بدلیل صالح ولیس فلیس وإنّما یتحقّق مع التماس الغرماء» (بحرانی آل عصفور، بی‌تا: ۴۱۰/۱۲).

۳. عدم دلیل شرعی معتبر

اساساً برای صدور حکم شرعی لازم است که مستندات و ادله معتبری وجود داشته باشد تا بتوان بر مبنای آن‌ها نسبت به صدور حکم اقدام کرد. در مسئله موضوع بحث، آنچه که در منابع معتبر برای صدور احکام شرعی آمده است حاکی از آن است که صدور حکم حجر مفلس در صورت تمامیت و اجتماع شروط لازمه محقق خواهد شد. با این حال، با مراجعه به منابع معتبر، حجت معتبر شرعی برای صدور حکم حجر با تقاضای مدیون نمی‌یابیم و با فقدان دلیل در این زمینه، مجالی برای صدور حکم حجر باقی نمی‌ماند (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۸۱/۲۵؛ فیض کاشانی، بی‌تا: ۴۱۰/۱۲).

۴. تمسک به عموماً

در زمینه عدم جواز صدور حکم حجر با استناد به درخواست مدیون می‌توان به عموماً موجود تمسک کرد؛ عموماًتی که به شهرت محققه و محکیه معتضد است (طباطبایی حائری، بی‌تا: ۴۹؛ بحر العلوم، ۱۴۰۳: ۲۵۸/۳).

۲-۲. جواز صدور حکم به درخواست مدیون

دقت نظر در منابع فقهی بیانگر آن است که در ظاهر، علامه حلی نخستین فقیهی است که صدور حکم حجر با درخواست مدیون را جایز می‌داند و به نظر می‌رسد که هیچ کدام از فقها اعم از متقدمان و متأخران چنین چیزی را نپذیرفته‌اند. وی در تذکرة

الفقهاء در این زمینه چنین می‌نگارد:

«اگر هیچ یک از طلبکاران درخواست حجر نکرده باشند، سپس خود مفلس تقاضای حجر کند، اقرب نزد من این است که حجر بر او جایز است» (حلی، ۱۴۱۴: ۲۱/۱۴).

حسینی عاملی صاحب *مفتاح الکرامه* با رویکردی مشابه درخواست مدیون را جایز دانسته، ولی چنین تقاضایی را الزامی نمی‌داند و چنین می‌نگارد:
«قد نقول: يجوز له ذلك، لا على وجه الإلزام؛ بل نظرًا لمصلحته» (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۲۴۰/۱۶).

حسینی شیرازی نیز در این مورد آورده است:
«اگر مدیون تقاضای حجر کند، حاکم در صورتی که آن را مصلحت بداند، می‌تواند حکم به حجر دهد» (حسینی شیرازی، ۱۴۰۹: ۱۵/۵۰).

ادله و مستندات این دیدگاه از قرار ذیل می‌باشند:

۱. روایت نبوی

در مورد جواز صدور حکم حجر با تقاضای شخص مفلس از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله چنین روایت شده است: «أنته حجر علی معاذ بالتماسه خاصّة» (بیهقی، ۱۴۲۴: ۴۸/۶) که پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله با تقاضای معاذ، او را محجور اعلام کردند.

۲. مصلحت طلبکاران و مفلس

استدلالی که علامه حلی برای جواز حجر با درخواست مدیون بیان کرده است، مبتنی بر کارکرد دوگانه حجر برای خود مفلس و همچنین طلبکاران است. توضیح بیشتر آنکه همان طور که در محجوریت مفلس برای غرما مصلحت وجود دارد، چنین مصلحتی را برای خود مفلس هم می‌توان در نظر گرفت. افزون بر این، همان طور که برای حفظ حقوق طلبکاران، به درخواست آنها مبنی بر حجر مفلس پاسخ داده می‌شود، همچنین واجب است به دلیل تحصیل حق مفلس، به تقاضای وی هم پاسخ داده شود. حق مفلس عبارت است از حفظ اموال طلبکاران؛ و هر گاه غرضی صحیح با حجر مفلس ثابت شود، به درخواست وی پاسخ داده می‌شود:

«لو لم یلتمس أحد من الغرماء الحجرَ فالتمسهُ المفلسُ، فالأقرب عندی جواز الحجر علیه؛ لأنَّ فی الحجر مصلحةً للمفلس، كما فیهِ مصلحةٌ للغرماء؛ و كما أجبنا الغرماء إلى تحصيل ملتمسهم حفظاً لحقوقهم، کذا یجب أن یجاب المفلس تحصيلاً لحقه؛ وهو حفظ أموال الغرماء لیسلم من المطالبة والإثم؛ وإذا تحقَّق ثبوت غرضٍ للمفلس صحیح فی الحجر علیه، أُجیب إليه» (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۲۱/۱۴).

به بیان دیگر، محجور کردن مدیون به درخواست خودش مصلحت است؛ چرا که اگر محجور شود، براثت ذمه پیدا می‌کند؛ همان طور که به تقاضای بستانکاران برای حفظ حقوق آنان مدیون را محجور می‌کنند. بنابراین به درخواست خود او نیز باید ترتیب اثر دهند تا حق بستانکاران محفوظ بماند. اجابت کردن تقاضای مدیون که به علت ترک پرداخت دین، مرتکب معصیت شده، موجب فراغ بال و آرامش وجدان اوست و حاکم می‌تواند با این حکم، اموال او را صرف دیون وی نماید. فیض کاشانی پس از نقل دیدگاه مشهور، به این دیدگاه نیز اشاره کرده و در توجیه آن می‌نویسد:

«وقیل بجوازه حینئذ؛ لأنَّ فیهِ مصلحةٌ له، كما فیهِ مصلحةٌ لهم؛ وحجر النبی ﷺ علی معاذ بالتماسه خاصّة» (فیض کاشانی، بی‌تا: ۱۵۴/۳).

۲-۳. تحلیل و نقد ادله

۲-۳-۱. مناقشه مشهور در ادله قول غیر مشهور

مشهور فقهای امامی از چند جهت بر استدلال‌های علامه خدشه وارد کرده‌اند:

۱. ضعف سند روایت نبوی

مهم‌ترین بحثی که در مورد روایت مورد اشاره وجود دارد، بحث سندی آن است. مخالفان، روایت مورد استناد علامه حلی را به علت ضعف سندی پذیرا نیستند. علت چنین اعتراضی، وجود این روایت در منابع اهل تسنن است که وفق دیدگاه این بزرگان، قابل اعتماد نمی‌باشد. از آنجایی که مباحث مربوط به بحث سندی، مربوط به علم رجال می‌باشد، فقها عموماً در کتب فقهی خویش تنها به این عبارت بسنده کرده‌اند که «این روایت از طریق عامه به ما رسیده است» و از تفصیل بیشتر مطلب، خودداری

کرده‌اند. همین امر باعث شده است که فقها به روایت مطرح‌شده در تذکره مبنی بر قبول درخواست حجر مدیون از طرف پیامبر خدشه وارد کنند؛ چرا که این روایت در کتب روایی امامیه نیامده و از طریق عامه به ما رسیده و حجت نیست (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۸۱/۲۵) و روایتی ضعیف‌السند تلقی شده است (حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۱۲۴/۲۰)؛ در حالی که جابری هم برای انجبار ضعف سندی آن وجود ندارد (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۲۴۰/۱۶). در نتیجه، استناد به این روایت برای اثبات جواز صدور حکم حجر با تقاضای مدیون فاقد توجیه است (طباطبایی حائری، بی‌تا: ۴۹).

۲. عدم حجیت وجوه اعتباری

برخی از فقیهان در خصوص استدلال علامه مبنی بر مصلحت داشتن اجابت درخواست مدیون برای حجر گفته‌اند که چنین حجتی جنبه اعتباری دارد (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۲۴۰/۱۶؛ سبزواری، ۱۴۲۳: ۵۷۲/۱) و اینکه ایشان اجابت درخواست مدیون را مصلحت می‌دانند صرفاً اعتبار است که صلاحیت ندارد مدرکی برای حکم شرعی به شمار آید (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۸۱/۲۵؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۱۲۴/۲۰) و مستند کردن احکام شرعی به چنین تعلیل‌هایی ناقص و گزاف است. محقق بحرانی در این زمینه چنین می‌نگارد: «فإن بناء الأحكام الشرعية على مثل هذه التعليلات العلیلة مجازفة محضه» (بحرانی، ۱۴۰۵: ۳۸۳/۲۰).

۳. جریان اصل عدم

توضیح اصل عدم به این صورت است که مدیون تا قبل از این در اموالش حق تصرف داشت و محجور نبود؛ حال در محجور بودن او شک شده است؛ در این صورت حکم به عدم حجر می‌شود تا زمانی که طلبکاران تقاضای حجر او را بکنند (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۸۱/۲۵).

۲-۳-۲. نقد مستندات دیدگاه مشهور

۱. پاسخ به اشکال مخدوش بودن روایت

از جمله فقهایی که به روایت مطرح در تذکره ایراد وارد کرده، صاحب جواهر است

که روایت مورد استناد علامه را نامعتبر می‌داند. اما خود ایشان در مقابل بحرانی که در صدور حکم تردید کرده و گفته که حکم محجور کردن مفلس در روایات نیامده، با استناد به این روایت نبوی می‌فرماید که ظهور در حکم حجر دارد (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۸۱/۲۵). صاحب *مناهل* نیز در جهت تأیید این مطلب که افلاس جزء اسباب حجر است، در ضمن ذکر سایر ادله، به این روایت نبوی نیز استناد کرده است (طباطبایی حائری، بی‌تا: ۴۸). به همین شکل در کتاب *رسائل* نیز در رد صاحب *حدائق* که معتقد است روایات دلالت بر حکم حجر ندارد، به روایت حجر معاذ توسط پیامبر به درخواست خودش استناد می‌کند و می‌گوید که نه تنها اشعار ندارد، بلکه ظهور در حکم حجر دارد (ستایش، ۶۲۷).

از این رو از این روایت، اگر به عنوان دلیل هم نتوان بهره جست، حداقل به عنوان مؤید قابل استفاده است.

۲. نقد استناد به جریان اصل عدم

گفته شد که از دلایل اثباتی مشهور در عدم جواز درخواست حجر از سوی مدیون، استناد به اصل عدم یا استصحاب عدم است. لکن این ادعا با مشکل مواجه است؛ زیرا در استصحاب لازم است که متعلق یقین و شک وحدت داشته باشند و حال آنکه به نظر می‌رسد در مانحن‌فیه چنین چیزی مفقود است؛ با این توضیح که عنوان افلاس که در زمان دوم عارض شده است، با چیزی که در زمان اول بوده و قرار است استصحاب شود، فرق کرده و دارای موضوع واحدی نیست و لذا با تغییر موضوع نمی‌توان گفت که شک در بقاء ماکان داریم؛ زیرا این مشکوک، غیر از آن متیقن است. توضیح بیشتر اینکه نفسِ فلسِ حجرآور است؛ نه اینکه درخواست غرما و حکم حاکم حجرآور باشد. درخواست غرما و حکم حاکم مربوط به مرحله تقسیم اموال است. در این بخش هم که نیاز به حکم حاکم است، برای جلوگیری از هرج و مرج می‌باشد. بنابراین همین که شخص ادعای افلاس می‌کند، از باب «إقرار العقلاء علی أنفسهم» معتبر است. بنابراین با توجه به اینکه ذات فلس حجرآور است، نمی‌توان به استصحاب عدم تمسک جست؛ چرا که با تعدد موضوع روبه‌رو هستیم.

شبهه این مسئله در جایی است که فقیهان در استقلال نظر ولی در تزویج دختر رشیده دچار اختلاف شده‌اند. برخی از فقیهان در این مسئله، ولایت ولی را استصحاب کرده‌اند. اما جریان چنین استصحابی از این حیث مشکل می‌شود که عنوان صغیر، چیزی غیر از عنوان کبیر است و به عبارت دیگر، وحدت موضوع در آن رعایت نشده است.

گفته نشود: در فرض بحث، دلیلی بر افلاس جز ادعای مدیون وجود ندارد و حال آنکه افلاس همیشه به ادعای مدیون ثابت نمی‌شود و پیش فرض استدلال هم این است که به ادعای او نمی‌توان حکم به افلاس و حجر کرد؛ چرا که اولاً: اصل این ادعا که به ادعای اشخاص افلاس ثابت نمی‌شود، محل مناقشه و تردید است و صرف اینکه مشهور بدین دیدگاه گرویده‌اند نمی‌تواند موجب مفروض و مسلم پنداشته شدن آن شود؛ ثانیاً: اثبات افلاس در مقام مخاصمه و داوری و در محکمه غیر از تحقق اصل آن است و گفته شد که نفسِ فلس بدون اینکه احتیاج به امر زائد و بیانی مازاد داشته باشد حجرآور است و بنابراین وقتی قرار بر جریان استصحاب باشد، باید وحدت متیقن و مشکوک رعایت شود و حال آنکه افلاس با غیر آن فرق دارد و لذا وحدت موضوع رعایت نشده است.

افزون بر اینکه می‌توان گفت با وجود عرف اصلاً نوبت به جریان اصل نمی‌رسد؛ همان طور که در باب وصیت، اگر میتی دین مستوعب داشته باشد، وقت فوت همه فقها متفق‌القول گفته‌اند که ورثه ارث نمی‌برند، چون میت دین مستوعب دارد و این مال مال ورثه نیست، بلکه مال دیان است. در زنده بودن نیز به همین ترتیب است؛ شخصی که بدهی‌اش بیشتر از اموالش شده، عرف اموالش را مال مردم می‌داند، لذا قبل از حکم حاکم، اموالش مال مردم شده، پس نهایت اینکه در دیون مستوعب، شخص هر چه دارد، در مقابل دیونش است.

۳. نقد ادعای استناد به وجوه اعتباری

به نظر می‌رسد نمی‌توان مصلحت به کار رفته در کلام علامه را به استحسان و وجوه اعتباری دیگری از قبیل قیاس و... ارجاع داد؛ چرا که ظاهراً مقصود از مصلحت در

این گونه عبارات، حکم قاطع عقلی باشد یا مصلحتی باشد که مورد تأیید شارع قرار گرفته باشد. صاحب *قوانین الاصول* در این زمینه می‌نویسد:

«فالمراد بالمصلحة دفع ضرر أو جلب منفعة للدين أو الدنيا... والمصالح إما معتبرة في الشرع ولو بالحكم القطعي من العقل، من جهة إدراك مصلحة خالية عن المفسدة كحفظ الدين والنفس والعقل والمال والنسل، فقد اعتبر الشارع صيانتها وترك ما يؤدي إلى فسادها...» (میرزای قمی، ۱۴۳۰: ۲۰۸/۳).

بنابراین از نظر شرع و حکم عقل، پاره‌ای از مصالح دارای اعتبارند و مسلماً مصلحتی که مستند به دلیل باشد، نمی‌تواند از مصالح مرسله‌ای باشد که هیچ دلیلی بر اعتبار یا الغای آن وجود ندارد و به طور کلی مصلحتی که در فقه امامیه بدان تعلیل شده، مصلحتی است که مستند به دلیل معتبر نقلی یا عقلی است و نمی‌توان آن را جزء مصالح مرسله که مستند به دلیلی نمی‌باشند، دانست.

شاید با عنایت به همین وجوه است که شهید ثانی در *مسالك* پس از نقل دیدگاه علامه توقف کرده و بلافاصله حکم به بی‌اعتبار بودن استدلال ایشان نداده است و حتی شاید بتوان از سکوت وی و نقل استدلال‌های علامه، به نوعی تمایل به دیدگاه مزبور را نیز استنباط نمود (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۸۸/۴)؛ چرا که محجور کردن مدیون به درخواست خودش مصلحت است و اگر محجور شود، برائت ذمه پیدا می‌کند، همان طور که به تقاضای بستانکاران برای حفظ حقوق آنان، مدیون را محجور می‌کنند. بنابراین به خواهش او نیز باید وی را محجور کرد تا حق بستانکاران محفوظ بماند و بدهکار از گناه نپرداختن بدهی‌هایش خلاص شود. اجابت کردن تقاضای مدیون که به علت ترک ادای دین، مرتکب معصیت شده، موجب فراغ بال و آرامش وجدان اوست؛ چون حاکم با این حکم می‌خواهد اموال او را صرف دیونش بکند و از سوی دیگر درخواست حجر و اعلام ورشکستگی از سوی مفلس نه تنها به ضرر او نیست، بلکه متضمن این فایده است که ورشکسته بر خلاف معسر، از بازداشت به علت عدم پرداخت دیون معاف می‌شود (اسکینی، ۱۳۸۶: ۵۰).

نکته‌ای که در اینجا بیان آن ضروری می‌نماید این است که بنا بر نظر عدلیه که قائل به حسن و قبح ذاتی افعال و امکان درک آن‌ها توسط عقل هستند، احکام شریعت

به حسب واقع تابع مصالح و مفاسدی است که این مصالح و مفاسد ملاکات احکام و از سلسله علل آن بوده و احکام حدوداً و بقائاً دائرمدار آنها هستند. این ملاک‌ها گرچه نسبت به جزئیات احکام عبادی و بخشی از امور غیر عبادی قابل کشف قطعی نیست و از این رو طبق اصل اولی، چنین احکامی ثابت و غیرمتغیرند، ولی مصالح و فلسفه بعضی دیگر از احکام از قبیل معاملات برای عقل صائب جمعی انسان‌ها که به دور از نفسانیت و جمود بوده و آگاه به فضا و محیط تشریح و شرایط گوناگون آن باشند، قابل کشف و دسترسی می‌باشند و با اطمینان می‌توان گفت که این گونه احکام دارای اسرار مرموز و غیبی و غیر قابل فهم برای انسان‌ها نمی‌باشند؛ بلکه بخش عمده‌ای از آنها امضایی است که قبل از شرع، عقل خدادادی انسان که حجت کبراست، به آنها راه یافته و مورد تأیید شرع و شارع خالق عقل نیز قرار گرفته است و به لحاظ توانایی عقل بر درک ملاکات و علل این گونه احکام است که در بسیاری از ادله نقلی به علل ارتکازی و قابل فهم آنها اشاره شده است؛ مانند اینکه در وجه تشریح قصاص، آن را مایه حیات جامعه دانسته و ثبوت چنین حیاتی را در نزد عقلا امری بین شمرده و خطاب به آنها فرموده است: «وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ»؛ یا در روایت اسحاق بن عمار از امام باقر علیه السلام آمده است شخصی که قسمتی از گوش دیگری را بریده بود، برای قضاوت به محضر امام علی علیه السلام آورده شد. آن حضرت حکم به قصاص فرد جانی فرمود؛ ولی او قطعه بریده شده را به مکان خود چسبانید و التیام یافت. مجنی علیه مجدداً به محضر امام آمده، تقاضای قصاص کرد. امام علیه السلام برای بار دوم نیز دستور فرمود تا جانی قصاص گردد و قسمت بریده از گوش وی دفن شود و فرمود:

«إِنَّمَا يَكُونُ الْقِصَاصُ مِنْ أَجْلِ الشَّيْنِ»؛ قصاص تنها به خاطر زشتی و عیبی است که بر مجنی علیه وارد شده است (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۸۵/۲۹؛ ر.ک: منتظری نجف‌آبادی، ۱۴۲۹: ۵۹؛ مرعشی شوشتری، ۱۴۲۷: ۴۰/۱).

۳. صدور حکم حجر از سوی حاکم

در حقوق موضوعه، یکی از موارد صدور حکم ورشکستگی تقاضای دادستان است. حقوق دانان علت جواز تقاضای حکم ورشکستگی از سوی دادستان را اهمیت

اقتصادی مسئله، حفظ حقوق طلبکاران و سرانجام جنبه جزایی موضوع می‌دانند (فراهانی، ۱۳۶۷: ۶۶)؛ چرا که گاهی ورشکستگی یک مؤسسه در سایر واحدها نیز اثر می‌گذارد. بنابراین حفظ حقوق آن‌ها به منظور جلوگیری از ضرر و اجحاف ضروری است که این وظیفه بر عهده دادستان گذاشته شده است. در مورد حفظ حقوق طلبکاران نیز گاهی اتفاق می‌افتد که تاجر، عده‌ای از طلبکاران را بر عده‌ای دیگر ترجیح می‌دهد و طلب آن‌ها را می‌پردازد و یا در صدد پنهان کردن اموال خود برمی‌آید. در این مورد نیز دادستان پس از اطلاع می‌تواند درخواست صدور حکم افلاس دهد و جنبه جزایی هم زمانی قابل توجه هست که موضوع تحت عنوان ورشکستگی به تقلب^۱ یا تقصیر^۲ قابل تعقیب باشد که در این صورت نیز دادستان ناچار از مداخله می‌باشد. دقت نظر در منابع فقهی گویای آن است که به اعتقاد مشهور فقها، تبرع حاکم در صدور حکم حجر جایز نیست. عدم جواز تبرع حاکم با عباراتی نظیر: «لو ظهت أمارات الفلّس لم یتبرّع الحاکم بالحجر» (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۷۷/۲) و نیز «ولو تبرّع الحاکم بالحجر، لظهور فلسه أو لسؤال المدیون لم ینفذ» (حلی، ۱۴۲۴: ۴۴۶/۱) مورد تصریح واقع شده است. افزون بر این، قلمرو جایز نبودن حجر از سوی حاکم تا حدی است که حتی اگر دین هم نزد حاکم ثابت شده باشد یا اینکه ورشکستگی هم ظاهر شده باشد، باز هم برای حاکم جایز نیست که مدیون را محجور نماید (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۷۱/۲؛ حلی، ۱۴۲۴: ۴۴۶/۱) و به ادعای صاحب *مفتاح الکرامه* عدم جواز تبرع حاکم محل اتفاق نظر فقهاست و حتی در اهل سنت نیز کسی مخالف این حکم وجود ندارد (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۲۴۰/۱۶). جوینی از فقهای عامه هم ادعا کرده که اختلافی در این مسئله نیست:

«ولو لم یستدع الغرماء الحجر أصلاً، فلیس للقاضی أن یحجر علی المدیون ابتداءً، نظرًا منه إلى طلب المصلحة الكلية. هذا لا خلاف فيه» (جوینی، ۱۴۲۸: ۳۰۵/۶).

۱. ماده ۵۴۹ قانون تجارت مقرر می‌دارد: «هر تاجر ورشکسته که دفاتر خود را مفقود نموده یا قسمتی از دارایی خود را مخفی کرده و یا از طریق مواضعه و معاملات صوری از میان برده و همچنین هر تاجر ورشکسته که خود را به وسیله اسناد و یا به وسیله صورت دارایی و قروض به طور تقلب به میزانی که در حقیقت مدیون نمی‌باشد، مدیون قلمداد کند».

۲. تقصیر در اثر بی‌مبالاتی تاجر و یا افراط و تفریط او در اداره امور تجاری و خانوادگی به وجود می‌آید.

۱-۳. ادله دیدگاه مشهور

فقها برای تأیید قول خود مبنی بر عدم جواز تبرع حاکم در صدور حکم حجر، دو استدلال عمده مطرح کرده‌اند که در ادامه بیان می‌شود:

۱-۳-۱. لزوم درخواست غرما

مهم‌ترین دلیلی که در این خصوص می‌توان بیان کرد آن است که فقها درخواست حجر از سوی طلبکاران را شرط صدور حکم به حجر دانسته‌اند و غرما باید نسبت به این حجر مدیون اذن داده باشند و حاکم بدون تقاضای غرما نمی‌تواند اقدامی در جهت حجر مدیون داشته باشد و مفلس را محجور نماید (حلبی، ۱۴۱۷: ۲۴۷؛ علامه حلی، ۱۴۲۰: ۵۰۸/۲). شیخ طوسی در مبسوط چنین می‌نگارد:

«و یقبل مَن یطالب بالحجر؛ لأنَّ الحقَّ لهم فلا یجز الحکم به إلا بعد مسألتهم» (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۷۱/۲).

یعنی حکم به حجر تنها بعد از درخواست جایز است و بر این اساس، در این مسئله حق برای طلبکاران ثابت است و در نتیجه اگر هیچ یک از غرما تقاضای حجر مفلس را نداده باشند، حاکم نمی‌تواند به طور تبرعی نسبت به حق آن‌ها اقدام کند (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۴۱/۴)؛ چرا که درخواست غرما، هم به مصلحت خود طلبکاران و هم به مصلحت شخص مفلس است و غرما نسبت به خودشان ناظر به شمار می‌آیند و حاکم نمی‌تواند حکمی علیه آنان داشته باشد؛ چون دین حق طلبکاران است^۱ و در نتیجه معنایی ندارد که بدون درخواست کسی که ذی‌حق شناخته می‌شود، نسبت به حجر مدیون اقدام کرد (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۵۶/۱۵). همچنین حجر تنها برای رعایت حق طلبکاران است و در نتیجه اگر غرما به حاکم مراجعه نکنند و حجر مدیون را درخواست نکنند، این کاشف از رضایت غرما به آن است و حجر به دلیل حفظ آبروی مدیون یا به علت عدم توجه غرما به دینی که از دیگری طلب دارند، تحقق نمی‌یابد (فاضل موحدی لنگرانی، ۱۴۲۵: ۳۲۲).

۱. «وأما اشتراط التماس الغرماء أو بعضهم فلائنه ليس للحاكم أن يتولى ذلك من دون طلبهم، لأنه حق لهم وهو لمصلحة الغرماء والمفلس، وهم ناظرون لأنفسهم لا حكم للحاكم عليهم» (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۲۳۸/۱۶).

۲-۱-۳. استناد به اصل

استناد به «اصل» نیز از سوی فقها بیان شده است. توضیح بیشتر آنکه اگر هیچ یک از غرما درخواست حجر نداده باشند، حاکم نمی‌تواند مدیون را محجور کند؛ زیرا اصل عدم حجر است. صاحب جواهر چنین آورده است:

«... أنه لو ظهرت أمارات الفلوس عليه مثل أن يكون نفقته من رأس ماله، أو يكون ما في يده بإزاء دينه، ولا وجه لنفقته إلا ما في يده، لم يتبرع الحاكم بالحجر عليه للأصل» (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۸۱/۲۵)؛ اگر امارات و نشانه‌های فلس آشکار گردد، مانند اینکه نفقه‌اش از سرمایه باشد یا اینکه هر آنچه در اختیار دارد، به ازای مقدار دین باشد، حاکم به دلیل اصل نمی‌تواند تبرعاً او را محجور نماید.

۲-۳. نقد و بررسی

برای عدم جواز تبرع حاکم دو دلیل عمده ذکر شد که در ذیل به بررسی آنها پرداخته می‌شود:

۱-۲-۳. استناد به اصل عدم

در مورد عدم جواز تبرع حاکم در صدور حکم ورشکستگی در مورد شخصی که نشانه‌های افلاس در او نمایان شده است، مشهور فقها به اصل استناد می‌کنند؛ یعنی اینکه چنین شخصی قبلاً جایزالتصرف بوده است و حال که در تصرف وی شک می‌شود، حکم به جواز تصرف می‌دهیم. لکن به نظر می‌رسد که اصل در اینجا کارساز نباشد؛ بلکه عرف و عقل، حاکم را در اینجا مسئول می‌داند؛ زیرا عقلاً بر حاکم واجب است که وضعیت شخصی را که نشانه‌های ورشکستگی در او نمایان شده است، مورد بررسی قرار دهد؛ چرا که اقتضای حکومت این است که حاکم حافظ مال مردم باشد و مانع ایجاد بحران شود؛ چون در شخصی که در شرف افلاس است و نشانه‌های آن ظاهر شده است، احتمال انتقال اموال به خویشاوندان، وقف اموال و... وجود دارد. بنابراین وظیفه حاکم است که جلوی چنین فساد را بگیرد. وقتی اماره‌های فساد ظاهر شد، عقلاً صحیح نیست که بگوییم حاکم باید صبر کند تا فساد بالفعل شود و بعد آن را رفع کند؛ چون بر حاکم دفع فساد لازم است، نه رفع فساد. این در حالی است که

دفع فساد به مراتب راحت‌تر و ضروری‌تر از رفع فساد است. لذا وقتی اماره عقلایی پیدا شد که شخص در شرف افلاس است، حاکم برای حفظ مال مردم باید وضعیت او را مورد بررسی قرار دهد و حکم صادر کند. بنابراین با وجود اماره عقلایی، نوبت به اصل نمی‌رسد.

بعد دیگری که می‌توان این استدلال را تحلیل کرد آن است که به فلسفه و چرایی حجر توجه کرد. حجر مفلس یک اقدام احتیاطی برای حفظ کردن اموال و دارایی‌های مردم است و عقلاً به صحت چنین چیزی حکم می‌کنند و ظاهر آن است که سیره عقلاً فی الجمله بر چنین چیزی جریان دارد (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۵۷/۲۱). لذا با استناد به اماره عقلایی مبنی بر وجوب حفظ اموال مردم توسط حاکم، لازم است وضعیت شخصی که در شرف افلاس است، از طرف حاکم مورد بررسی قرار گیرد.

لذا در نهایت می‌توان گفت، در مورد هر انسانی اصل این است که او مسلط بر اموال خود باشد. حجر نیز جزء اصولی است که شارع آن را مقرر کرده است و هر کجا که حجر عرفاً معقول نباشد، اصل عدم حجر است و حاکم نیز با ملاحظه این دو امر، یعنی اصل و عرف، به حجر و عدم آن حکم می‌کند؛ هر کجا که عرف حکم حجر را تأیید کند، شرع آن را منع نخواهد کرد. لذا در جایی که احتمال افلاس شخص و ترس تضییق حقوق مردم، احتمالی عقلایی باشد، بر حاکم اقدام علیه آن جایز است؛ همان‌طور که رسول خدا صلی الله علیه و آله در مورد کسی که احتمال قاتل بودن او می‌رفت، حبس فرمود؛ چرا که عمل به مثل این امور مصلحت است و حاکم نیز به خاطر رعایت مصلحت وضع شده، افزون بر اینکه جزء امور عرفی هستند که منعی از طرف شارع در مورد آن نرسیده است.

همان‌طور که حاکم می‌تواند از عبور و مرور در مناطق پرخطر منع کند یا از ورود کالاهای وارداتی اگر مضر به حال مردم باشد، جلوگیری کند و سیره پیامبر هم گواه بر این مطلب است، چرا که در شب عقبه از عبور مردم از عقبه منع کرد، با اینکه این منع خلاف اصل آزادی بود، اما به جهت اینکه از توطئه باخبر شده بودند و خواستند با این کار جلو ضرر را بگیرند.

مضاف بر اینکه با توجه به فلسفه حجر که حفظ اموال مردم توسط ولی آنان که

حاکم است، می‌باشد. لذا هر کجا که آن را صالح یافت، اعمال می‌کند. پس بعد از وجود مصلحتی که حاکم برای آن منصوب شده است، جایی دیگر برای استناد به اصل باقی نمی‌ماند.

اگر کسی مناقشه کند که وظیفه حاکم این است که مدیون را حبس کند یا به طلبکاران خبر بدهد تا نسبت به حق خود اقدام کنند، نه اینکه حکم حجر صادر کند، در جواب باید گفت که تمامی این موارد خلاف اصل اولی است. لذا حاکم آنچه را که اصلاح بدانند، به آن اقدام می‌کند و اگر از این نظر همه در یک درجه باشند، به صلاح‌دید خود یکی را انتخاب می‌کند (ر.ک: حسینی شیرازی، ۱۴۰۹: ۵۰/۱۱-۱۵ و ۱۵).

۲-۲-۳. شرطیت درخواست غرما

بیان شد که یکی از ادله عدم جواز تبرع حاکم در خصوص حجر مفلس، آن است که برای حجر لازم است که غرما درخواست داده باشند و حاکم تنها پس از تقاضای غرما می‌تواند مفلس را مفلس گرداند.

مسئله مهمی که در خصوص درخواست مدیون و همچنین تبرع حاکم نسبت به صدور حجر ضرورت دارد مورد بررسی قرار گیرد آن است که آیا «درخواست طلبکاران» برای محجور شدن مفلس شرط است یا خیر؟ بدیهی است که اگر شرطیت آن را بپذیریم نتیجه آن است که صدور حکم حجر با درخواست مدیون و همچنین تبرع حاکم جایز نیست و اگر شرطیت درخواست غرما به اثبات نرسد نتیجه خلاف فقره پیش گفته می‌شود.

روشن است که برای پاسخ به این سؤال و قضاوت صحیح بین دیدگاه‌های موجود باید به روایات مراجعه کرد و ملاحظه کرد که آیا از آن‌ها حکمی مبنی بر شرط بودن درخواست غرما برداشت می‌شود یا خیر؟ در این زمینه چند روایت قابل تأمل وجود دارد:

۱. موثقه غیاث

غیاث بن ابراهیم از امام جعفر صادق علیه السلام و ایشان از پدرش علیه السلام چنین روایت می‌کند:

«أَنَّ عَلِيًّا عَلَيْهِ السَّلَامُ كَانَ يُفْلَسُ الرَّجُلُ إِذَا التَّوَى عَلَى غَرْمَائِهِ ثُمَّ يَأْمُرُ بِهِ فَيُقْسَمُ مَالَهُ بَيْنَهُمْ بِالْحَصَصِ فَإِنَّ أَبِي بَاعَهُ فقسمة بينهم يعني ماله» (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۹۹/۶).

۲. موثقه اسحاق بن عمار

اسحاق بن عمار از امام صادق عليه السلام روایت می کند:
 «كَانَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ يَحْبِسُ الرَّجُلَ إِذَا التَّوَى عَلَى غَرْمَائِهِ ثُمَّ يَأْمُرُ فَيُقْسَمُ مَالَهُ بَيْنَهُمْ بِالْحَصَصِ فَإِنَّ أَبِي بَاعَهُ فَيُقْسَمُ يَعْني مَالَهُ» (کلینی، ۱۴۰۷: ۱۰۲/۵).

امام علی عليه السلام وقتی می دید که مدیون، طلبکاران خود را آزار می دهد، حکم به حبس او می داد و منتظر تقاضا از سوی طلبکاران نمی شد.
 البته در نسخه *التهديب*، روایت اسحاق بن عمار دقیقاً مشابه روایت غیاث است و به جای «یحبس»، مانند روایت غیاث «یفلس» آمده است (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۹۹/۶). ولی در نسخه *الاستبصار* مانند نسخه *کافی* «یحبس» ذکر شده است (همو، ۱۳۹۰: ۷/۳). هر دو روایت اسحاق بن عمار و غیاث بن ابراهیم موثقه به شمار می آیند (اصفهانی، ۱۴۰۶: ۲۰۴/۱۰) و در نتیجه تمسک به آنها بلاشکال است.

۳. روایت اصبع بن نباته

اصبع بن نباته از امام علی عليه السلام روایت می کند:
 «أَنَّهُ قَضَى أَنْ يُحَجَّرَ عَلَى الْغُلَامِ الْمَفْسُدِ حَتَّى يَعْقَلَ وَقَضَى عَلَيْهِ فِي الدَّيْنِ أَنَّهُ يُحْبَسُ صَاحِبُهُ فَإِذَا تَبَيَّنَ إِفْلَاسُهُ وَالْحَاجَةُ، فَيُخَلَّى سَبِيلَهُ حَتَّى يَسْتَفِيدَ مَالًا وَقَضَى عَلَيْهِ فِي الرَّجُلِ يَلْتَوِي عَلَى غَرْمَائِهِ أَنَّهُ يُحْبَسُ ثُمَّ يُؤَمَّرُ بِهِ فَيُقْسَمُ مَالَهُ بَيْنَ غَرْمَائِهِ بِالْحَصَصِ فَإِنَّ أَبِي بَاعَهُ فقسمة بينهم» (صدوق، ۱۴۱۳: ۲۸/۳).

کیفیت استدلال به این روایات بر این اساس است که در هیچ کدام از آنها سخنی وجود ندارد که دلالت داشته باشد غرما باید درخواست حجر بدهند و شروطی که فقها برای صدور حکم حجر ذکر کرده اند، نیامده است. با این حال، با اثبات عدم شرطیت درخواست غرما، مجال برای جایز دانستن صدور حکم بر مبنای درخواست خود مفلس و همچنین تبرع حاکم فراهم می شود. برخی از فقها با استناد به روایات پیش گفته به صراحت آورده اند:

«لکن التماس الغرماء شرطیته غیر ثابتة فی شرعنا» (بحرانی آل عصفور، بی تا: ۴۱۱/۱۲)؛ شرطیت درخواست غرما در شرع ما ثابت نشده است.

بنابراین با توجه به مجموعه روایاتی که دال بر فعل امام علی علیه السلام در خصوص چگونگی برخورد با بدهکاران است، می توان به این نتیجه دست یافت که حاکم چنانچه آگاه باشد یا اماراتی مبنی بر ورشکستگی مفلس ظاهر شود، می تواند جهت حفظ اموال غرما ترتیبی اتخاذ کند که حق غرما از بین نرود.

به نظر می رسد با توجه به اطلاق روایات مزبور، بدون اینکه چنین امری را مقید به درخواست طلبکاران نمایند، می توان جواز تبرع حاکم را در مانحن فیه نتیجه گرفت و به بیان فنی، با وجود اصول لفظیه از قبیل اصالة الاطلاق، دیگر نمی توان به اصول عملیه استناد نمود.

از بُعدی دیگر و در استظهاری متفاوت از رویکرد فوق، شاید بتوان چنین نیز گفت که لسان روایات مزبور به گونه ای است که در آنها نوعی مصلحت سنجی دیده می شود؛ با این توضیح که این روایات از امام علی علیه السلام نقل شده و به نظر می رسد حضرت در مقام حاکم اسلامی و بر اساس مصلحت، حکم داده باشند؛ خاصه اینکه در روایت سوم، عبارت «أنه قضی» وجود دارد و لسان دو روایت دیگر نیز به گونه ای است که حکم را به عمل امام علی علیه السلام منتسب می کنند که ظاهراً جنبه انشا و جعل از سوی حضرت را دارند و بنا به نظر فقهای همچون امام خمینی اگر چنین تعبیراتی به معصوم علیه السلام نسبت داده شد، کاشف از این است که ایشان به اتکای منصب و با توجه به اختیارات خویش در مقام وضع و جعل و تقنین می باشند (موسوی خمینی، ۱۴۱۴: ۸۶؛ فاضل موحدی لنگرانی، ۱۴۱۹: ۲۵۲)^۱ و بی شک حاکم در چنین تشریعاتی مصلحت جامعه

۱. امام خمینی در رساله لاضرر متعرض این مسئله شده است. ایشان لاضرر را بر خلاف فقهای دیگر، حکم اخباری از اینکه در شرع، ضرر وجود ندارد، نمی داند؛ بلکه حکم ولایی و حکومتی و جعل نبوی می داند و اشاره می کند که یکی از ملاک ها برای تشخیص بین این دو، تعبیری است که برای حکم به کار رفته است؛ مثلاً اگر «جعل» به پیغمبر نسبت داده شد که «جعل رسول الله»، اگر «وضَع» به پیغمبر نسبت داده شد که پیغمبر وضع کرده است، اگر «قضی» به پیغمبر نسبت داده شد، اگر «حکَم» به رسول اکرم صلی الله علیه و آله و سلم نسبت داده شد، کاشف از این است که پیغمبر به اتکای منصب و با توجه به اختیارات خودش در مقام وضع و جعل و تقنین است.

را لحاظ کرده و مبادرت به جعل و تقنین می‌نماید و از باب نمونه، حاکم در فرض مسئله با ملاحظه همه جوانب از قبیل اینکه حجر مفلس یک اقدام احتیاطی و از جهت حفظ کردن اموال و دارایی‌های مردم است و از جهات بسیاری که پیشتر ذکر شد مفید به حال بدهکاران و خود مفلس است، حکم به افلاس وی می‌کند. مبسوط‌الید بودن حاکم در چنین امری با عنایت به پیچیدگی شقوق و فروض ورشکستگی در عصر حاضر از قبیل اینکه در جهان امروز، ورشکستگی یک مؤسسه در سایر نهادها تأثیرگذار است، نیز اثر می‌گذارد و با ملاحظاتی از قبیل اینکه گاهی تاجر ورشکسته با تبانی، عده‌ای از طلبکاران را بر عده‌ای دیگر ترجیح می‌دهد و یا در صدد پنهان کردن اموال خود برمی‌آید، ملموس‌تر شده و اهمیت آن واضح می‌شود.

نتیجه‌گیری

اکثر فقهای امامیه حجر را نوعی عقوبت می‌دانند و معتقدند که با رشد و حریت انسان منافات دارد. از این رو فقط طلبکاران حق دارند در صورتی که نتوانند به حقوقشان برسند، آن را از حاکم تقاضا کنند. همچنین تبرع حاکم در صدور حکم ورشکستگی را نافذ نمی‌دانند. از سوی دیگر در حقوق موضوعه از راه‌های اعلام حکم ورشکستگی تاجر توسط محکمه بدایه، تقاضای دادستان یا اظهار خود مدیون معرفی می‌کند و با توجه به اینکه اعلام ورشکستگی تاجر برای او جنبه حیثیتی پیدا می‌کند و لذا خود تاجر به ندرت اعلام توقف می‌نماید، قانون‌گذار در مرتبه بعدی به طلبکاران اجازه تقاضای حکم حجر مدیون را داده است. لذا تعارضی آشکار بین قانون‌گذاری شرعی و وضعی دیده می‌شود.

در این پژوهش با بررسی مستندات مشهور فقها، بین نظر فقها و حقوق‌دانان به این صورت سازش ایجاد شده که پذیرش درخواست حجر از سوی مدیون در صورتی که به مصلحت مدیون و غرما باشد، بلامانع باشد؛ چرا که صدور حکم حجر به درخواست خود مدیون از یک سو بهترین راه برای حفظ حقوق غرما می‌باشد، چون مدیون بیشتر و بهتر از هر شخص دیگری به وضع حال خود آگاه است و از سوی دیگر موجب می‌شود که ورشکسته بر خلاف معسر، از حبس به علت عدم پرداخت دیون معاف

شود. البته نفس اعلام و درخواست ورشکسته موجب حکم به حجر او نمی‌شود، بلکه دادگاه پس از درخواست تاجر باید صحت و سقم ادعای وی را بررسی و پس از تحقیق و تفحص به صورت توافقی حکم صادر کند.

کتاب شناسی

۱. ابن فارس، ابوالحسین احمد، معجم مقاییس اللغة، تحقیق عبدالسلام محمد هارون، دار الفکر، بی تا.
۲. ابن منظور، جمال الدین محمد بن مکرم، لسان العرب، قاهره، دار المعارف، ۱۹۷۹ م.
۳. اسکینی، ربیعاً، ورشکستگی و تصفیة امور ورشکسته، چاپ دهم، تهران، سمت، ۱۳۸۶ ش.
۴. بحر العلوم، محمد بن محمد تقی، بلغة الفقیه، چاپ چهارم، تهران، مکتبه الصادق علیه السلام، ۱۴۰۳ ق.
۵. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۶. بحرانی آل عصفور، حسین بن محمد، الانوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع، تصحیح محسن آل عصفور، قم، مجمع البحوث العلمیه، بی تا.
۷. بیهقی، ابوبکر احمد بن حسین بن علی بن موسی، السنن الکبری، تحقیق محمد عبدالقادر عطا، چاپ سوم، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۲۴ ق.
۸. جوینی، عبدالملک بن عبدالله، نهاية المطلب فی درایة المذهب، تحقیق و فهرست نویسی ا.د. / عبدالعظیم محمود الدیب، دار المنهاج، ۱۴۲۸ ق.
۹. حرّ عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، قم، مؤسسه آل البيت علیه السلام، ۱۴۰۹ ق.
۱۰. حسینی روحانی، سید محمد صادق، فقه الصادق علیه السلام، قم، دار الکتب، مدرسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۲ ق.
۱۱. حسینی سیستانی، سید علی، منهاج الصالحین، چاپ پنجم، قم، دفتر معظم له، ۱۴۱۷ ق.
۱۲. حسینی عاملی، سید جواد بن محمد، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۱۳. حلبی، حمزة بن علی، غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۷ ق.
۱۴. حلّی، شمس الدین محمد بن شجاع القطان، معالم الدین فی فقه آل یاسین، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۴ ق.
۱۵. زبیدی، سید محمد مرتضی، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقیق ابراهیم التریزی، کویت، وزارة الارشاد و الانباء، ۱۹۷۲ م.
۱۶. سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن، کفایة الاحکام، چاپ چهارم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۱۷. صدر، سید محمد، ما وراء الفقه، بیروت، دار الاضواء للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۲۰ ق.
۱۸. صدوق، محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، من لایحضره الفقیه، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۱۹. طباطبایی حائری، سید محمد مجاهد، کتاب المناهل، قم، مؤسسه آل البيت علیه السلام، بی تا.
۲۰. طوسی، محمد بن حسن، الاستبصار فیما اختلف من الاخبار، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۹۰ ش.
۲۱. همو، المبسوط فی فقه الامامیه، چاپ سوم، تهران، المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ش.
۲۲. همو، تهذیب الاحکام، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۲۳. عاملی جبعی، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیه، قم، کتاب فروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
۲۴. همو، مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۲۵. عاملی کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت علیه السلام، ۱۴۱۴ ق.

۲۶. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، *تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰ ق.
۲۷. همو، *تذکره الفقهاء*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۴ ق.
۲۸. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، *تفصیل الشریعة - المضاربه، الشركة، المزارعة، المساقاة، الدین و...*، قم، مرکز فقه ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۵ ق.
۲۹. همو، *تفصیل الشریعه*، تهران، عروج، ۱۴۱۹ ق.
۳۰. فراهانی، محمدحسین، *حقوق تجارت (ورشکستگی و تصفیه)*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۶۷ ش.
۳۱. فراهیدی، خلیل بن احمد، *کتاب العین مرتباً علی حروف المعجم*، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۲۰۰۳ م.
۳۲. فیض کاشانی، محمدمحسن، *مفاتیح الشرائع*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، بی تا.
۳۳. کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۳۴. محقق حلی، جعفر بن حسن، *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، چاپ دوم، تهران، استقلال، ۱۴۰۸ ق.
۳۵. مرعشی شوشتری، سیدمحمدحسن، *دیدگاه های نو در حقوق*، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۴۲۷ ق.
۳۶. مغنیه، محمدجواد، *فقه الامام الصادق علیه السلام*، چاپ دوم، قم، انصاریان، ۱۴۲۱ ق.
۳۷. منتظری نجف آبادی، حسینعلی، *مجازات های اسلامی و حقوق بشر*، قم، ارغوان دانش، ۱۴۲۹ ق.
۳۸. موسوی خمینی، سیدروح الله، *بدائع الدرر فی قاعدة نفس الضرر*، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۴ ق.
۳۹. موسوی سبزواری، سید عبدالاعلی، *مهذب الاحکام فی بیان الحلال والحرام*، چاپ چهارم، قم، مؤسسه المنار، دفتر معظم له، ۱۴۱۳ ق.
۴۰. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن، *القوانین المحکمة فی الاصول*، طبع جدید، قم، ۱۴۳۰ ق.
۴۱. همو، *جامع الشتات فی اجوبه السؤالات*، تهران، کیهان، ۱۴۱۳ ق.
۴۲. نجفی، محمدحسن، *جوهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، تصحیح عباس قوچانی و علی آخوندی، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ش.