

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فهرست مطالب

- جریان خیارات در اقاله / محمدحسن صادقی مقدم و علی ساعت‌چی و هادی شعبانی کندسری ۳
واکاوی وضعیت حقوقی معامله با جهت نامشروع در فقه امامیه با مطالعه تطبیقی در حقوق موضوعه ایران و مصر
سیدمحمدهادی قبولی درافشان و محمدتقی فخلعی و محمدحسن حائری ۱۹
مبانی تداوم شخصیت حقوقی انسان پس از مرگ در مذاهب خمس و حقوق موضوعه / فاطمه قدرتی ۴۷
جایگاه استقراء در استنباط حکم شرعی و قاعده حقوقی / سیدابوالقاسم نقیبی ۶۹
بازخوانی فقهی - حقوقی شرکت‌های اعمال، مفاوضه و وجوه / سیاوش گودرزی و محمدرضا علمی سولا ۹۷
انسداد و انفتاح باب اجتهاد در اندیشه‌های فقهی اهل سنت
عبدالسلام امامی و حسین صابری و سیدمحمدتقی قبولی درافشان ۱۱۹
بررسی فقهی - حقوقی اسقاط کافه خیارات / زهره حاجیان فروشانی و علی مظهر قراملکی ۱۵۱
ماهیت‌شناسی مدنی صدور چک عادی در حقوق ایران / محمدحسن اماموردی ۱۷۳

ترجمه حکم‌الایها

- ترجمه عربی (موجز المقالات) / محمد سلامی ۱۹۷
ترجمه انگلیسی (Abstracts) / علی برهان‌زهی ۲۱۴

راهنمای تدوین مقالات

- مقالات باید علمی، پژوهشی، مستند و دارای نوآوری باشند.
 - مقالات ارسالی نباید اینترنتی باشد یا قبلاً در نشریه دیگری چاپ شده یا برای نشریه دیگری ارسال شده باشد.
 - مقالات برای یک شماره آماده شود و دنباله‌دار نباشند.
 - مقاله ارسالی از ۲۵ صفحه حروف چینی شده (هر صفحه ۲۵۰ کلمه) بیشتر نباشد.
 - تیتراهای اصلی با شماره‌های ۱، ۲، ۳ و ... و زیرمجموعه آن‌ها با ۱-۱، ۲-۱، ...، ۱-۲، ۲-۲، ... مشخص شود.
 - چکیده مقاله که آئینه تمام‌نما و فشرده بحث است، به سه زبان فارسی، عربی و انگلیسی، حداکثر در ده سطر ضمیمه باشد و واژگان کلیدی مقاله (سه تا هفت واژه) به دنبال هر چکیده بیاید.
 - ارجاعات در متن مقاله بین پراکنده به صورت (نام خانوادگی مؤلف، سال انتشار: شماره صفحه یا شماره جلد / صفحه) نوشته شود.
 - اگر ارجاع بعدی بلافاصله به همان مأخذ باشد از (همان یا همان: شماره جلد / صفحه) و اگر به مأخذ دیگری از همان نویسنده باشد (همو، سال انتشار: صفحه) استفاده شود.
 - منابع لاتین، به صورت لاتین و از سمت چپ در بین پراکنده (صفحه / جلد: سال انتشار، نام خانوادگی) و در ارجاع بعدی اگر بلافاصله باشد (Ibid.) نوشته شود.
 - نقل قول‌های مستقیم به صورت جدا از متن با تورفتگی (یک و نیم سانتی متر) از راست درج شود.
 - شکل لاتینی نام‌های خاص، واژه‌های تخصصی و ترکیبات خارجی در پاورقی درج شود.
 - یادداشت‌های توضیحی (توضیحاتی که به نظر مؤلف ضروری به نظر می‌رسد) در پاورقی درج شود.
 - ارجاع در یادداشت‌ها به همان ترتیب متن و مشخصات تفصیلی مأخذ در فهرست پایان مقاله بیاید.
 - منابع مورد استفاده در متن، در پایان مقاله و بر اساس ترتیب الفبایی نام خانوادگی یا نام مشهور نویسنده (نویسندگان) به شرح زیر آورده شود:
- کتاب: نام خانوادگی، نام (نویسنده / نویسندگان)، نام کتاب، نام مترجم، محقق یا مصحح، نوبت چاپ (در صورتی که چاپ نخست باشد نیاز نیست)، محل نشر، نام ناشر، تاریخ انتشار ش. ق. یا م. (به ترتیب برای سال‌های شمسی، قمری یا میلادی).
- مقاله: نام خانوادگی، نام (نویسنده / نویسندگان)، «عنوان مقاله داخل گیومه»، نام نشریه، دوره / سال، شماره جلد، تاریخ انتشار.
- پایگاه‌های اینترنتی: نام خانوادگی، نام نویسنده، «عنوان موضوع داخل گیومه»، نام و آدرس پایگاه اینترنتی.
- نام کامل نویسنده، رتبه دانشگاهی یا عنوان علمی و نام مؤسسه متبوع وی به دو زبان فارسی و انگلیسی قید شود و همراه با نشانی پستی، شماره تلفن و رایانامه ارسال گردد.
 - مجله در ویرایش مقالات آزاد است.
 - رعایت دستور خط فارسی مصوب فرهنگستان زبان و ادب فارسی الزامی است.
 - ارسال و دریافت مقالات صرفاً از طریق سامانه مدیریت نشریات به نشانی www.razavi.ac.ir انجام می‌گیرد.
 - ارتباط با مدیریت مجله از طریق نشانی دفتر مجله (مشهد مقدس، صندوق پستی: ۴۶۱-۹۱۷۳۵) یا رایانامه‌های razaviunmag@gmail.com و razaviunmag@yahoo.com امکان‌پذیر است.

جریان اختارات در اقاله*

- محمدحسن صادقی مقدم^۱
- علی ساعت‌چی^۲
- هادی شعبانی کندسری^۳

چکیده

در پژوهش حاضر، جریان اختارات در اقاله بررسی شده است. مطابق ماده ۲۸۳ قانون مدنی، بعد از معامله، طرفین می‌توانند به تراضی آن را اقاله یا تفاسخ نمایند. همان گونه که از واژه تفاسخ برمی‌آید، اثر اقاله فسخ عقد پیشین است؛ به این معنا که با توافق دو طرف بر اقاله عقد، قرارداد مزبور منحل می‌شود. اما سؤالی که وجود دارد این است که آیا اقاله انجام شده خود قابل فسخ است یا خیر؟ به عبارت دیگر، آیا اختارات در اقاله جاری می‌شوند؟ در پاسخ به این پرسش، مشهور فقیهان امامیه و اکثر اساتید حقوق مدنی بر این باورند که فسخ اقاله امکان‌پذیر نیست. با این حال، مطالعه موضوع در اقوال نویسندگان حقوقی و

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۱۱/۱ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۶/۱۹.

۱. استاد دانشگاه تهران (mhsadeghy@ut.ac.ir).

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول) (a-saatchi@sbu.ac.ir).

۳. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران (h_shabani1367@ut.ac.ir).

فقهی و بررسی ادله استنادی مشهور، این نتیجه را حاصل نمود که با توجه به ماهیت قراردادی اقاله، جریان خیارات در آن با مانع حقوقی مواجه نیست؛ چراکه قاعده لاضرر و اصل حکومت اراده و لزوم احترام به خواست طرفین، وجود خیارات را توجیه می‌کند. بنابراین مطابق قاعده، باید گفت که اقاله نیز قابل فسخ است، مگر آنکه اراده دو طرف به طور صریح یا ضمنی بر خلاف آن باشد.

واژگان کلیدی: اقاله، عقد، فسخ، اراده طرفین، لاضرر.

مقدمه

هنگامی که دو یا چند نفر قراردادی منعقد می‌کنند، برابر اصل لزوم باید به آن عمل حقوقی پایبند و ملتزم باشند، به طوری که هیچ یک از طرفین قرارداد نتواند به صورت یک‌جانبه آن را بر هم زند. اما هر گاه طرفین بر انحلال قرارداد سابق توافق نمایند، چنین امری با مانع روبه‌رو نیست؛ زیرا همان اراده‌ای که عقد را ایجاد کرده است می‌تواند آن را از میان بردارد. این مسئله، در عرف قراردادی مردم گذشته مرسوم بوده و قانون‌گذار نیز با وضع قاعده، این عمل حقوقی را تأیید نموده است، به طوری که بخش دوم از فصل ششم قانون مدنی ایران به این بحث اختصاص یافته است. با این حال، قانون‌گذار ایرانی، مبحث اقاله را به طور اجمال و به اختصار برگزار کرده و بسیاری از موضوعات مهم را طرح ننموده و موجب شده است که این سؤال مطرح شود که در صورت اقاله قرارداد، می‌توان اقاله مزبور را فسخ نمود یا خیر؟ پاسخ به این سؤال در گرو بررسی اجمالی ماهیت اقاله و سپس امکان‌سنجی جریان خیارات در آن است.

به عنوان مقدمه باید توجه داشت که در فقه امامیه و عامه، بسیاری از اندیشمندان معتقدند که به طور کلی خیارات در اقاله راه ندارد؛ زیرا اقاله فسخ است و فسخ فسخ امکان‌پذیر نیست (فقعانی، بی‌تا: ۱۲۴؛ موسوی خویی، ۱۴۱۳: ۷۰/۲؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۵۵۴/۱؛ سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۲۱/۱۸؛ بصری بحرانی، ۱۴۱۳: ۱۸۸/۴؛ حکیم، ۱۴۱۰: ۹۴/۲؛ سیستانی، ۱۴۱۷: ۹۳/۲؛ طباطبایی قمی، ۱۴۲۶: ۲۶۸/۸؛ برای ملاحظه نظرات مشابه در فقه اهل سنت، رک: بهوتی، ۱۴۱۸: ۲۵۰/۳؛ سیوطی رحیبانی، ۱۹۶۱: ۱۵۴/۳؛ سلمان، بی‌تا: ۲۱۶/۴).

عده‌ای دیگر نیز احکام بیع و سایر معاوضات را در اقاله جاری نمی‌دانند (نجفی،

۱. ولا خيار في الإقالة للمجلس ولا لغيره لأنها فسخ والفسخ لا يفسخ.

۱۴۰۴: ۳۵۲/۲۴ و ۳۵۷؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۱۲/۱؛ عراقی، ۱۴۱۴: ۳۶۸/۵).^۱ برخی نیز گفته‌اند: خيارات در صورتی در اقاله جاری می‌شوند که اقاله عقد جدید باشد. در غیر این صورت، اگر اقاله تنها فسخ عقد سابق باشد، وجود خيارات در آن بی‌معنا خواهد بود (کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹: ۱۶۷/۱). بنابراین به نظر می‌رسد دلیل اصلی عدم امکان اجرای خيارات در اقاله، طبیعت آن باشد. از این رو، لازم است ماهیت اقاله مورد بررسی قرار گیرد تا در صورت اثبات عقد بودن اقاله، زمینه لازم برای تبیین جریان خيارات در آن فراهم آید. به این منظور، خياراتی که مبتنی بر قاعده نفی ضرر هستند و مواردی که بر حکومت اراده و احترام به خواست طرفین استوارند، به طور جداگانه بررسی می‌شوند.

۱. بررسی ماهیت اقاله

به منظور تبیین شایسته‌تر بحث، ماهیت اقاله در فقه امامیه و حقوق ایران جداگانه مطالعه می‌شوند.

۱-۱. ماهیت اقاله در فقه امامیه

نظر مشهور فقهای امامیه بر فسخ بودن اقاله است. در فسخ بودن اقاله، تفاوتی بین متعاقدين و اشخاص ثالث و همچنین در منقول یا غیر منقول بودن مبیع نیست. قبض یا عدم قبض نیز تأثیری ندارد (طوسی، ۱۳۸۷: ۱۸۶/۲؛ حلی، ۱۴۲۰: ۴۴۰/۲؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۶۰/۲؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۳۸۴/۲؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۴۵۴/۴؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۵۴۶/۳؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۴۶/۹؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۳۵۲/۲۴؛ موسوی خویی، ۱۴۱۳: ۷۰/۲) و حتی پاره‌ای بر آن ادعای اجماع کرده‌اند (عاملی، ۱۴۱۹: ۸۳۴/۱۴؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۹۰/۲)؛ زیرا اقاله رفع عقد و انهدام آن و بازگشت هر یک از دو عوض به صاحب اصلی آن است (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۴۶/۹؛ بحرانی، ۱۴۲۸: ۲۴۵/۱۲). پاره‌ای نیز به صراحت عقد بودن اقاله را منکر شده، گفته‌اند: اقاله عقد نیست، بلکه فسخ عقد است (عراقی، ۱۴۱۴: ۳۶۸/۵). نظریه فسخ بودن باعث شده است پاره‌ای از فقیهان اقاله را ایقاع شمرده و اظهار دارند که اقاله با قول یکی از طرفین و به صرف رضای باطنی طرف دیگر حاصل می‌شود (سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۸/ص ۱۱۸).

۱. لا إشکال أيضًا فی کونه فسخًا لا معاوضة أخرى، فلا یترتب علیها حکم سائر المعاوضات.

با وجود این، نظریه فسخ بودن به عنوان ماهیت اقاله قابل انتقاد است و طبیعت آن را نشان نمی‌دهد؛ زیرا اگر مقصود این است که اقاله فسخ عقد و در زمره ایقاعات است، آن طور که محقق سبزواری گفته است، این نظر مخدوش است؛ زیرا هر عمل حقوقی که برای تحقق خود نیازمند دو اراده است، نمی‌تواند ایقاع باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۲۵/۵-۲۶). به همین دلیل، نظر مذکور در فقه مهجور مانده است و همان طور که خواهد آمد، بسیاری از فقهای متأخر، وقوع اقاله را مستلزم تراضی و توافق طرفین دانسته‌اند. حتی خود محقق سبزواری هم اقاله را بر خلاف فسخ نیازمند تراضی دو طرف شمرده است (سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۱۸/۱۸). در نتیجه، واضح است که اقاله ایقاع نیست و با اراده یکی از طرفین و صرف رضایت باطنی طرف دیگر واقع نمی‌شود. اگر هم منظور این است که در اثر اقاله، عقد سابق منحل و فسخ می‌شود، فسخ اثر اقاله است و ماهیت آن را بیان نمی‌کند. به دیگر سخن، این نظر نشان نمی‌دهد که چه رخ می‌دهد که عقد فسخ می‌شود؛ آیا در اثر تراضی طرفین عقد منحل می‌گردد یا اقاله از حیث طبیعت همانند اعمال خیرات است و با اراده صاحب آن واقع می‌شود؟

به نظر می‌رسد منظور فقهای امامیه از فسخ بودن اقاله، رد نظر پاره‌ای از فقیهان عامه مبنی بر بیع بودن آن است و خواسته‌اند بگویند که در اثر اقاله، بیع جدید و تملیک و تملک جدیدی اتفاق نمی‌افتد، بلکه عقد پیشین فسخ می‌شود و همان مالکیت‌ها بازمی‌گردد نه اینکه اقاله از حیث ماهیت فسخ تلقی می‌شود. از همین رو، پس از ذکر فسخ بودن اقاله، افزوده‌اند که اقاله بیع نیست (طوسی، ۱۳۸۷: ۱۸۶/۲؛ حلی، ۱۴۲۰: ۴۴۰/۲؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۴۶/۹؛ روحانی، ۱۴۱۲: ۳۲۶/۱۸). برخی از فقهای تیزبین که متوجه ایراد شده‌اند، در صدد تبیین ماهیت اقاله برآمده‌اند. از این رو، جمعی از فقها به بیان تفاوت فسخ و اقاله پرداخته‌اند، منتها چون در خصوص عقد بودن اقاله مردد بوده‌اند، به جای اینکه تحقق اقاله را منوط به «تراضی و توافق» طرفین نمایند، آن را نیازمند «رضای دو طرف» دانسته‌اند (موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۶۷/۶). اما پاره‌ای از آنان خود را از قید این تردید رها نیده و وقوع اقاله را مستلزم تراضی و اتفاق طرفین شمرده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۵۵/۲۴؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۳۸۴/۲). با وجود این، پاره‌ای از فقها از نام‌گذاری صریح اقاله به عقد خودداری می‌کنند و حتی به پیروی از پیشینیان، اقاله را فسخ می‌دانند، ولی در

تحلیل‌های خود ناچار می‌شوند که «عقد اقاله» را به کار برند (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۵۴/۲۴). در نهایت، عده‌ای دیگر پا را از این نیز فراتر نهاده و به صراحت اقاله را عقد اعلام کرده‌اند (روحانی، ۱۴۱۲: ۳۲۰/۱۸: اصفهانی، ۱۴۰۹: ۱۰: خلخالی، ۱۴۲۷: ۱۸۶: همدانی، ۱۴۲۰: ۴۵۶).

از آنچه گفته شد، معلوم می‌شود که در فقه امامیه، اقاله را از حیث ماهیت باید عقد دانست؛ زیرا برای وقوع و تحقق آن، توافق دو اراده لازم است و هر عملی که در تحقق خود نیازمند همکاری دو اراده باشد، عقد است. از این رو، اقاله مشمول آیه شریفه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» می‌شود. تعریف عقد نیز بر اقاله صدق می‌کند؛ زیرا اقاله خود نوعی التزام تلقی می‌شود، با این تفاوت که التزام به از بین بردن عقد سابق است (روحانی، ۱۴۱۲: ۳۲۰/۱۸). اما از حیث اثر، اقاله را باید فسخ شمرد؛ زیرا در اثر آن عقد سابق منحل می‌شود و آثار به جا مانده از آن از حین تحقق اقاله به گذشته بازمی‌گردد. از این رو، هر یک از عوضین به همراه منافع متصل، به مالک پیشین بازمی‌گردد و منافع منفصل، در ملکیت مالک قبل باقی می‌ماند (حلی، ۱۴۱۴: ۱۱۸/۱۲: عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۵۴۶/۳).

۲-۱. ماهیت اقاله در حقوق ایران

برخی از استادان حقوق مدنی، عقد بودن اقاله را انکار کرده و معتقدند که به چند دلیل نمی‌توان اقاله را عقد دانست: نخست آنکه نویسندگان قانون مدنی، اقاله را در ردیف وفای به عهد، ابراء، تهاتر و سایر اسباب سقوط تعهد آورده‌اند، بی‌آنکه در مباحث خاص تشکیل، احکام و آثار عقود و قراردادهای آن ذکری به میان آورند. بنابراین عقد بودن ماهیت اقاله بعید به نظر می‌رسد. دوم آنکه ادله فقهی مربوط به احکام و شرایط عقود نیز از اقاله انصراف دارند، به همین جهت، عده‌ای از فقهای معتقد به حصری بودن عقود و الگوهای معاملاتی، اقاله را به عنوان یک عقد در ردیف عقود قرار نداده‌اند. سوم آنکه غیر منطقی به نظر می‌رسد یک عمل حقوقی که موضوع آن همیشه زائل ساختن عقد و آثار آن است و منحصرماً برای همین خصوصیت تأسیس گردیده است، خود در ردیف سایر عقود، یک معامله و عقد تلقی شود. همچنین ذهن در مقام مقایسه و تطبیق اقاله با عقد، جدایی عمیقی بین ماهیت آن‌ها می‌یابد که نمی‌توان آن را بین انواع عقود و قراردادهای مختلف دریافت (شهیدی، ۱۳۸۶: ۱۱۴/۵؛ نیز

ر.ک: طاهری، ۱۴۱۸: ۱۵۶/۲-۱۵۷.

در مقابل، اکثر نویسندگان حقوق مدنی، اقاله را به طور کلی عقد می‌دانند، هرچند از حیث استدلال به یک راه نرفته‌اند. پاره‌ای اقاله را طبق ماده ۱۰ قانون مدنی تحلیل نموده‌اند (افتخاری، ۱۳۸۲: ۳۱۰). برخی نیز به این جهت که برای تحقق اقاله، تراضی طرفین لازم است و اقاله با تعریف عقد در ماده ۱۸۳ قانون مدنی منطبق است، آن را عقد شمرده‌اند (صفایی، ۱۳۸۹: ۲۴۹/۲؛ بهرامی احمدی، ۱۳۸۶: ۲۲۴). یکی از نویسندگان نیز معتقد است که عقد بیع از عقود آنی است و پس از انعقاد و در زمان اقاله، دیگر وجودی ندارد که بخواهد منحل شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۱۴۶-۱۴۷)^۱ و بر این اساس، بر بازگشت مالکیت‌ها تأکید نموده و در تعریف اقاله می‌نویسد:

اقاله عقدی است متضمن اعاده مالکیت دو مالک بر اساس تملیک به تملیکی که قبلاً صورت گرفته است.

برخی دیگر از اساتید حقوق مدنی نیز با این دلیل که اقاله به تراضی طرفین ایجاد می‌شود و همین شرط، تفاوت اساسی آن با سایر اسباب انحلال قرارداد است و در نتیجه، اقاله رکن اصلی و جوهر عقد را با خود به همراه دارد و همین تراضی طرفین، مبنای اقاله است و دو طرف را پایبند به آن می‌نماید، حکم به عقد بودن اقاله داده‌اند. البته طبق این نظر، اقاله به طور کامل تابع قواعد عمومی قراردادها نیست و طبیعت آن ایجاب می‌نماید که قواعد خاص خود را داشته باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۰/۵-۲۱).

در مقام ارزیابی بین دو نظر فوق و اینکه اقاله عقد است یا خیر، لازم است که تعریف عقد مشخص و تعریف مزبور با اقاله تطبیق داده شود. اگر عقد عبارت از توافق اراده‌ها جهت ایجاد یک ماهیت حقوقی یا اعتبار حقوقی باشد (شهیدی، ۱۳۸۶: ۳۹/۵)، تنها جنبه ایجابی داشته و شامل اقاله نخواهد شد؛ زیرا در اثر اقاله عقد سابق در هم می‌ریزد، بدون اینکه چیز جدیدی به وجود آید. ولی اگر عقد به توافق اراده‌ها برای ایجاد یک اثر حقوقی تعریف شود (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۱/۲۱؛ صفایی، ۱۳۸۹: ۲۰/۲؛ ره‌پیک، ۱۳۹۰: ۴۰)، اقاله نیز عقد است؛ زیرا انحلال و فسخ نیز در کنار تملیک و تعهد و اذن،

۱. نظر مذکور قابل انتقاد به نظر می‌رسد؛ زیرا اگر در عقود آنی، عقد پس از انشا از بین می‌رود و دیگر وجودی ندارد، پس چگونه به وسیله خیار منحل می‌شود؟!

اثر حقوقی محسوب می‌شوند. به نظر می‌رسد محدود کردن خلاقیت اراده به ایجاد ماهیات حقوقی یا روابط حقوقی، توجیه قانع‌کننده‌ای نداشته باشد، بلکه اراده توان ایجاد آثار حقوقی را نیز دارد. به ویژه آنکه آثار اصلی عقد، زائیده اراده طرفین است و مقصود از ایجاد آثار حقوقی اصولاً آثار اصلی عقد است که تابع اراده طرفین است؛ نه پاره‌ای از احکام امری که قانون‌گذار بر قرارداد بار می‌کند. در نتیجه، در حقوق ایران نیز اقاله از حیث ماهیت، عقد تلقی می‌شود. حال با مشخص شدن ماهیت عقدی اقاله، لازم است که جریان اختیارات در اقاله بررسی شود.

۲. اختیارات مبتنی بر قاعده لاضرر

جریان خیار عیب، غبن و تدلیس در اقاله به عنوان مصادیق مهم و پرکاربرد از اختیاراتی که مبتنی بر قاعده نفی ضرر هستند، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲-۱. خیار عیب

سؤال این است که اگر در زمان اقاله، عیبی در یکی از عوضین وجود داشته باشد و طرفی که مورد معامله معیب به او برمی‌گردد، از وجود عیب بی‌اطلاع باشد یا قبل از تسلیم عوض، عیبی در آن حادث شود، آیا طرف متضرر می‌تواند عقد اقاله را به سبب عیب فسخ کند؟ در پاسخ به این سؤال، علاوه بر فقهای که به طور کلی اختیارات را در اقاله جاری نمی‌دانند، بسیاری دیگر از فقهای امامیه و عامه بر این باورند که خیار عیب در اقاله راه ندارد و باید ارزش عیب داده شود؛ زیرا عیب مورد معامله مانند تلف کل آن است و در صورت تلف مورد معامله قبل از قبض نیز اقاله منفسخ نمی‌شود، بلکه ضمان آن بر عهده مشتری خواهد بود (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۵۸/۲۴؛ حکیم، ۱۴۱۰: ۹۵/۲؛ عاملی جعی، ۱۴۱۰: ۵۴۶/۳؛ عاملی، ۱۴۱۹: ۸۳۷/۱۴؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۹۳/۲۰؛ سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۲۱/۱۸؛ ترحینی، ۱۴۲۷: ۶۷۹/۴؛ در فقه اهل سنت ر.ک: سیوطی، ۱۴۰۳: ۳۱۳/۱). به علاوه، فسخ فسخ معنا ندارد (بهوتی، ۱۴۱۸: ۲۵۰/۲؛ سلمان، بی‌تا: ۲۱۶/۴).^۱ پاره‌ای دیگر نظر داده‌اند که اگر اقاله بیع باشد، خیار عیب در آن جاری خواهد بود. در غیر این صورت، فسخ اقاله به

۱. ولا ترد الإقالة بعبء في المقال فيه لأن الفسخ لا يفسخ.

سبب عیب امکان‌پذیر نیست (حلی، ۱۴۲۰: ۱۲۹/۱۲).

در مقابل، گروهی از فقیهان امامیه بر این باورند که هر گاه مبیع در دست مشتری معیب شود، بایع می‌تواند در صورت جهل به عیب، اقاله را فسخ نماید (ابن طی، بی‌تا: ۲۹۰؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۵: ۱۹۳-۱۹۴؛ بصری بحرانی، ۱۴۱۳: ۱۸۸/۴). در فقه حنفی نیز سرخسی به موجب قاعده کلی، اقاله را از حیث فسخ همانند بیع دانسته است (۱۴۲۱: ۲۷۹/۱۲).^۱ در فقه حنبلی نیز با وجود فسخ بودن اقاله، جریان خیار عیب در آن احتمال داده شده است (مرداوی، ۱۴۱۹: ۳۴۳/۴).

در حقوق ایران نیز برخی از حقوق‌دانان معتقدند که خیار عیب در اقاله راه ندارد؛ زیرا طرفین در اقاله، بنایی بر سالم بودن عوضین ندارند و قصد طرفین در هر حال اقاله قرارداد سابق است. در نتیجه تنها ارش داده می‌شود (امامی، ۱۳۸۵: ۳۳۰/۱؛ کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۳۸/۵). اما عده‌ای دیگر این نظر را نپذیرفته و به صراحت خیار عیب را در اقاله جاری دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۱۵۶).

در مقام داوری بین دو نظر پیش‌گفته در نظام فقهی و حقوقی، به نظر می‌رسد که باید بین دو حالت تفاوت گذاشت؛ در فرضی که اوضاع و احوال به گونه‌ای است که نشان می‌دهد طرفین در هر حال قصد اقاله قرارداد سابق را دارند، برای مثال، عوضین معیب یا ناقص شده و طرفین از آن آگاه هستند، وجود خیار عیب و ارش منتفی خواهد بود. اما در حالتی که از اوضاع و احوال چنین برمی‌آید که طرفین یا یکی از آنها می‌خواهند در اثر اقاله به همان مال مورد معامله، بدون هیچ گونه عیب و نقصی دست یابند یا رضایت طرفین بر قبول مال معیب مسلم نباشد، باید به استناد قاعده لاضرر، خیار عیب را جاری دانست. در غیر این صورت، شخصی که مال معیب در اثر اقاله به وی باز می‌گردد، متحمل ضرر خواهد شد؛ زیرا اخذ ارش نیز ممکن است تمام خسارات طرف معامله را جبران نکند و ناخواسته مال معیب را به صاحب پیشین آن تحمیل نماید. ممکن است ایراد شود که آنچه در فرض اخیر موجب خیار می‌شود، تخلف از شرط ضمنی سلامت مورد معامله است، نه عیب آن. ولی ایراد مذکور به آسانی قابل

۱. الإقالة کالبيع فی احتمال الفسخ ألا تری أنه لو هلك المبیع بعد الإقالة قبل الردّ تفسخ الإقالة ولو وجد به عیباً فإن حدث عند المشتري یرده بذلك.

دفع است؛ زیرا صرف نظر از مبنای خیار عیب که گروهی آن را ناشی از تخلف از شرط ضمنی سلامت مورد معامله می‌دانند (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲۹/۲؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۲۸۲/۳؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۳/۲۳)، طبق تحلیل عرفی، در اقاله صرف وجود عیب موجب خیار می‌شود و اقدام طرفین بر پذیرش کالای معیّب است که سبب سقوط خیار عیب می‌گردد، نه اینکه وجود خیار نیازمند توافق ضمنی طرفین باشد. بنابراین از آنجا که لزوم اقاله مزبور موجب ضرر طرف عقد اقاله می‌شود، به حکم قاعده لاضرر، حکم لزوم عقد اقاله برداشته می‌شود و در نتیجه، طرف مذکور مجاز به فسخ اقاله، به سبب عیب می‌شود.

۲-۲. خیار غبن

از آنجا که اثر اقاله، انحلال و فسخ قرارداد سابق و بازگشت همان عوضین به طرفین آن است، ممکن است وجود غبن در اقاله مورد تردید قرار گیرد. با وجود این، وجود غبن در اقاله در برخی از فروض دور از تصور نخواهد بود؛ برای مثال، اگر شخصی در مقابل دیگری تعهد نماید که در زمانی مشخص و به ازای مبلغی معین، خانه‌ای برای او بسازد، اما مدتی بعد با اعلام پشیمانی از این امر، از متعهدله تقاضای اقاله قرارداد را نماید و متعهدله بدون اطلاع از اینکه قیمت ساخت‌وساز در این مدت به شدت بالا رفته است، اقدام به اقاله قرارداد نماید،^۱ در این فرض، عدم امکان فسخ اقاله سبب تضرر شخص متعهدله خواهد شد و وجود خیار غبن در اقاله را اجتناب‌ناپذیر می‌سازد. گرچه در حقوق اسلامی، به امکان وجود خیار غبن در اقاله پرداخته نشده است، اما همچنان که ملاحظه شد، عده‌ای به طور کلی، منکر جریان خیار اقاله شده‌اند و برخی نیز به صراحت وجود احکام معاوضه را در اقاله منتفی دانسته‌اند که نتیجه آن، عدم امکان فسخ اقاله به سبب غبن خواهد بود. برخی از استادان حقوق مدنی نیز به این دلیل که طرفین هنگام اقاله، بنایی در تعادل عوضین ندارند، به صراحت خیار غبن را در اقاله جاری نمی‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۲۱/۵). با وجود این، به نظر می‌رسد که می‌توان با

۱. در عقود تملیکی نیز پیدایش خیار غبن دور از انتظار نیست؛ برای مثال، اگر شخصی کالایی را به دیگری بفروشد و خریدار با ابراز پشیمانی از انعقاد قرارداد، به فروشنده پیشنهاد اقاله دهد و او نیز قبول نماید، بدون اطلاع از اینکه قیمت کالای مورد نظر نسبت به زمان قرارداد کاهش یافته است، به نحوی که عرفاً قابل مسامحه نیست، وجود خیار غبن قوی به نظر می‌رسد.

استناد به قاعده لاضرر، خیار غبن را در اقاله جاری دانست؛ چرا که مبنای اصلی یا یکی از مهم‌ترین مبانی خیار غبن، قاعده لاضرر است (انصاری، ۱۴۱۱: ۳۷۲/۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۳۸/۲؛ مغنیه، ۱۴۲۱: ۱۹۰/۳).

بنابراین هر جا ضرری از قرارداد برخیزد، حکم لزوم عقد به استناد قاعده مذکور برداشته می‌شود و شخص متضرر، مجاز در فسخ قرارداد خواهد بود. عدم جریان احکام معاوضه در اقاله و فقدان قصد معاوضی نیز قابل خدشه است؛ زیرا هدف طرفین تنها این نیست که عقد سابق را بگسلند، بلکه می‌خواهند با فسخ عقد آنچه را در اثر عقد از دست داده‌اند، بازستانند. بنابراین طبیعی است که هر گاه یکی از طرفین از وجود عیب یا غبن در مورد معامله آگاه نباشد، از پذیرش آن خودداری کرده و با فسخ عقد از خود دفع ضرر نماید.

۲-۳. خیار تدلیس

اگر یکی از طرفین قرارداد بعد از اقاله متوجه تدلیس طرف مقابل شود، آیا بعد از کشف واقع می‌تواند اقاله را از باب خیار تدلیس بر هم زند؟ برای پاسخ به این سؤال دو فرض قابل تصور است: نخست آنکه ممکن است یکی از دو طرف با تدلیس خود طرف دیگر را راضی به اقاله نماید. گرچه تصور این مورد دشوار است، می‌توان مصادیقی از آن را به دست داد؛ برای مثال، شخصی که کالایی را خریداری نموده است، پس از معیوب کردن کالا و مخفی نمودن عیب و پوشاندن آن به طرف مقابل پیشنهاد اقاله می‌دهد و او می‌پذیرد. فرض دیگر آن است که معامله انجام شده، اقاله شده است و عوضین به مالکیت مالکان قبلی بازگشته است. ولی یکی از طرفین متوجه می‌شود که طرف دیگر در مبیع اقداماتی انجام داده و آن را معیوب نموده و به طرف دیگر اطلاع نداده است. حال آیا طرف دیگر که از تدلیس زیان دیده است، حق دارد اقاله را فسخ نماید؟

گرچه فقهای امامیه به امکان اجرای خیار تدلیس در اقاله نپرداخته و حتی بسیاری از آنان، خیار تدلیس را خیاری مستقل محسوب نکرده‌اند، قانون مدنی به تبعیت از نظر برخی فقها (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۵۰۰/۳؛ همو، ۱۴۱۳: ۲۲۷/۳ و ۲۹۱-۲۹۸) و مستند به پاره‌ای

از روایات (ر.ک: حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۷-۲۶/۱۸ و ۲۲۷-۲۲۰/۲۱؛ کلینی، ۱۴۲۹: ۷۸۸-۷۸۳/۱۰)،
 خیار تدلیس را قسم مستقلی از خيارات دانسته و در مواد ۴۳۸ تا ۴۴۰ به اختصار احکام
 آن را بیان کرده است. از آنجا که به موجب ماده ۴۵۶ قانون مدنی، خیار تدلیس
 اختصاص به بیع نداشته و از قواعد عمومی است و از آنجا که یکی از مهم‌ترین مبانی
 خیار تدلیس، قاعده لاضرر است، باید بر این باور بود که هر گاه یکی از طرفین
 قرارداد، طرف مقابل را بفریبد و با نیرنگ او را حاضر به اقاله قرارداد نماید، حکم لزوم
 اقاله، به وسیله قاعده لاضرر برداشته شده و فریب خورده می‌تواند اقاله را فسخ کند.

۳. خيارات مبتنی بر حکومت اراده

اجرای خیار شرط و تخلف از شرط که به طور مستقیم یا غیرمستقیم مبتنی بر احترام به
 اراده طرفین هستند و اعتبار خود را از حکومت اراده می‌گیرند، در اقاله بررسی
 می‌شود.

۳-۱. خیار شرط

در خصوص خیار شرط این بحث مطرح است که آیا درج خیار مذکور در اقاله
 امکان‌پذیر است یا خیر؟ در پاسخ به این سؤال، برخی از فقهای متأخر معتقدند که فسخ
 در اقاله راه ندارد (موسوی خویی، ۱۴۱۳: ۷۰/۲؛ حکیم، ۱۴۱۰: ۱۱۳/۲؛ سبزواری، بی‌تا: ۲۹۳؛
 بصری بحرانی، ۱۴۱۳: ۱۸۸/۴؛ طباطبایی قمی، ۱۴۲۶: ۲۶۸/۸)؛ زیرا معقول نیست عملی که
 خود فسخ قرارداد است، قابل فسخ باشد و در حقیقت، فسخ فسخ معنا ندارد و عده‌ای
 نیز به معهود بودن و متعارف نبودن تزلزل فسخ تمسک جسته‌اند (به نقل از: نجفی، ۱۴۰۴:
 ۳۵۴/۲۴). در مقابل، پاره‌ای دیگر وجود خیار شرط را در اقاله بعید ندانسته‌اند؛ زیرا اقاله
 عقد است و فسخ این عقد، حتی اگر اثر آن فسخ عقد دیگر باشد، غیر معقول نیست
 (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۵: ۱۹۱).^۱ بعضی نیز از حالت احتمال فراتر رفته و به صراحت حکم
 به جریان خیار شرط در اقاله داده‌اند (روحانی، ۱۴۱۲: ۳۲۴/۱۸).

۱. هل يجوز اشتراط الخيار في عقد الإقالة أو لا؟ جواب: قد يقال بعدم جوازه، إذ الإقالة فسخ ولا معنى
 لتزلزل الفسخ، لكن لا يبعد جوازه ونمنع عدم معقولية فسخ الفسخ إذا كان بعنوان العقد.

در امکان اقاله اقاله نیز همین بحث مطرح است و همان دلیلی که برای منع درج خیار شرط در اقاله ارائه می‌شود، در اقاله اقاله نیز مورد استناد قرار می‌گیرد. منتها در عدم پذیرش آن کمتر تردید شده است و به این ترتیب، اظهار نظر شده است که اگر طرفین بخواهند عقد اقاله شده را بازگردانند، ناچار از انشای مجدد آن هستند و با اقاله نمی‌توانند به این هدف دست یابند. برخی نیز گفته‌اند که با اقاله رابطه طرفین قطع می‌شود و از این رو، چیزی برای بازگشت وجود ندارد (موسوی خمینی، بی‌تا: ۵۵۴/۱: موسوی خویی، ۱۴۱۳: ۷۰/۲؛ سبزواری، بی‌تا: ۲۹۳؛ بصری بحرانی، ۱۴۱۳: ۱۸۸/۴؛ حکیم، ۱۴۱۰: ۹۴/۲؛ سیستانی، ۱۴۱۷: ۹۳/۲؛ طباطبایی قمی، ۱۴۲۶: ۲۶۸/۸).

با وجود این، در تجویز اقاله اقاله تحولات اندکی به چشم می‌خورد، به گونه‌ای که پاره‌ای از فقهای متأخر و معاصر، اقاله اقاله را نیز خالی از وجه و بعید ندانسته‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۵: ۱۹۴؛ بهجت، ۱۴۲۳: ۴۹۳). در فقه حنفی نیز با اینکه اقاله در حق طرفین فسخ است، اقاله اقاله را صحیح می‌دانند و از این رو، گفته‌اند که اگر عقد بیع اقاله شود و سپس طرفین اقاله را اقاله نمایند، اقاله رفع می‌شود و بیع برمی‌گردد (وزاره الاوقاف و الشؤون الاسلامی، ۱۴۰۴-۱۴۲۷: ۳۲۷/۵). در حقوق ایران نیز برخی معتقدند که با اقاله، ماهیت و یا رابطه و اثر حقوقی جدید ایجاد نمی‌شود تا به کمک اقاله یا فسخ زائل گردد (شهیدی، ۱۳۸۶: ۱۲۰/۵). بعضی دیگر از اساتید حقوق مدنی نیز گفته‌اند که با اقاله قرارداد سابق، چیزی باقی نمی‌ماند تا بخواهد قابل بازگشت باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۲۱/۵). با وجود این، به نظر می‌رسد اگر تنها دلیل عدم امکان فسخ اقاله و اقاله اقاله، متعارف نبودن و معقول نبودن آن باشد، همان طور که برخی از حقوق دانان گفته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۱۵۶)، اگر وجه معقولی در فسخ اقاله و به خصوص اقاله اقاله وجود داشته باشد، منعی در آن دیده نمی‌شود. در واقع، اگر عرف یا عقل، وجود خیار شرط و یا اقاله اقاله را بپذیرد، جواز این عمل حقوقی با مانعی روبه‌رو نخواهد بود. به ویژه آنکه اقاله خود یک عمل حقوقی و از نظر ماهیت عقد است و فسخ آن به وسیله خیار شرط و اقاله آن نباید با مانعی برخورد نماید. قرارداد امری اعتباری است که با اقاله، که آن هم امری اعتباری است، زائل می‌شود. حال، چه اشکالی دارد که امر اعتباری اخیر نیز از بین برود و عقد سابق دوباره حیات حقوقی یابد؟!

۲-۳. خیار تخلف شرط

برای جریان خیار تخلف شرط در اقاله، نخست باید دید که آیا درج شرط ضمن اقاله امکان‌پذیر است یا خیر؟ در این خصوص بین فقهای امامیه اختلاف نظر وجود دارد. برخی بر این باورند که درج شرط ضمن اقاله امکان ندارد؛ زیرا ضمانت اجرای شرط ضمن عقد، فسخ آن در صورت تخلف است، در حالی که تزلزل در اقاله راه نمی‌یابد (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۵۴/۲۴).^۱ به این ایراد چنین پاسخ گفته‌اند که فایده اشترای تنها تسلط بر فسخ عقد در صورت تخلف از آن نیست، همچنان که درج شرط در وقف و نکاح هم صحیح است، بی‌آنکه مشروطه مسلط بر فسخ عقد شود (همان؛ عراقی، ۱۴۱۴: ۳۶۹/۵؛ سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۲۱/۱۸). از این رو، عده‌ای دیگر بین اقسام مختلف شرط تفکیک قائل شده، معتقدند که اگر شرط راجع به کاستی یا فزونی دو عوض و یا حتی ناظر به تغییر یکی از عوضین باشد (شرط عینی)، باطل و مبطل اقاله خواهد بود. اما هر گاه طرفین شرطی جدای از عوضین قرارداد سابق در ضمن اقاله درج نمایند (شرط حکمی)، برای مثال یکی از طرفین کاری را برای طرف مقابل انجام دهد، مثل اینکه لباسی برای او بدوزد یا درهمی به او بدهد، به دلیل عموم «المؤمنون عند شروطهم» و فقدان مانع، چنین شرطی صحیح است (طباطبایی، یزدی، ۱۴۱۴: ۱۲/۱؛ همو، ۱۴۱۵: ۱۹۱؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۳۵۴/۲۴؛ عراقی، ۱۴۱۴: ۳۶۸/۵؛ سبزواری، بی‌تا: ۲۹۳؛ موسوی خویی، ۱۴۱۳: ۷۰/۲؛ سیستانی، ۱۴۱۷: ۹۳/۲؛ روحانی، ۱۴۱۲: ۳۲۴/۱۸).

در حقوق ایران نیز برخی از حقوق‌دانان با این استدلال که اقاله عقد نیست، شرط ضمن اقاله را نپذیرفته‌اند (شهیدی، ۱۳۸۶: ۱۱۸/۵). در مقابل، عده‌ای دیگر شرط ضمن اقاله را صحیح شمرده‌اند؛ زیرا اگر شرط ناظر به تعهد خارج از عوضین اصلی قرارداد باشد، با مانعی روبه‌رو نخواهد بود و خود تعهدی فرعی است که ضمن عقد اقاله آمده است (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۳۳۸؛ قاسم‌زاده، ۱۳۸۵: ۲۴۷).

بنابراین با توجه به قراردادی دانستن ماهیت اقاله، به نظر می‌رسد امکان درج شرط ضمن اقاله با مانعی روبه‌رو نیست. بنابراین وجود شرط فعل ضمن اقاله، اعم از حقوقی یا مادی و اعم از مثبت و یا منفی امکان‌پذیر است. همچنین امکان درج شرط نتیجه نیز در اقاله وجود

۱. وعلى كل حال، فهو غير صحيح في الإقالة لعدم معهودية تزلزل الفسخ، فلا يصح فسخ الإقالة حينئذ بعدم الوفاء بالشرط....

دارد. حتی وجود شرط صفت در اقاله در برخی از فروض، دور از ذهن نیست؛ برای مثال، در مواردی که قرارداد سابق ناظر به عین معین بوده و طرفین شرط نمایند که ویژگی خاصی در مال مورد اقاله موجود باشد، در نتیجه، تخلف از هر یک از این شروط، به مشروط‌له آن امکان می‌دهد که اقاله را به سبب خیار تخلف از شرط و طبق مقررات آن فسخ نماید (در تأیید این نظر در فقه ر.ک: طباطبایی یزدی، ۱۴۱۵: ۱۹۳؛ روحانی، ۱۴۱۲: ۳۲۴/۱۸).^۱

نتیجه‌گیری

اگرچه قانون‌گذار ماهیت اقاله را مشخص نکرده است، وجود تراضی و قصد انشای طرفین، خود دلیل واضح و روشنی است که نشان می‌دهد اقاله یک عقد و قرارداد است و با ماده ۱۹۱ قانون مدنی انطباق کامل دارد. نظرات ارائه‌شده در خصوص توجیه ماهیت حقوقی اقاله، از جمله بیع بودن، ایقاع بودن و نهاد خاص بودن، به شدت محل تردید و اشکال است. ایقاع دانستن اقاله به وضوح نادرست است؛ زیرا اقاله با توافق طرفین محقق می‌شود و فرق اقاله با سایر اسباب ارادی فسخ قراردادها (یعنی اختیارات) نیز همین است. اما بیع دانستن اقاله نیز خطای دیگری است که برخی مرتکب شده‌اند؛ زیرا با اراده طرفین سازگار نیست و با احکام بیع نیز تطبیق نمی‌کند.

درباره این سؤال که آیا اختیارات در اقاله جاری می‌شود یا خیر، باید گفت که اگرچه اقاله خود از جنس فسخ است و اصولاً نباید فسخ در آن راه داشته باشد، هر گاه منشأ خیار اراده طرفین باشد - یعنی خیار شرط و تخلف شرط - احترام به اراده طرفین ایجاب می‌کند که اختیارات مذکور در اقاله، امکان تحقق داشته باشد. همچنین در مورد اختیاراتی که مبتنی بر قاعده لاضرر هستند، یعنی خیار عیب، غبن و تدلیس، رفع ضرر از شخص متضرر از اقاله، مستلزم امکان فسخ اقاله به وسیله اختیارات یادشده است. بنابراین این تفکر که اقاله فسخ است و وجود اختیارات در آن متعارف و معقول نیست و با ماهیت اقاله سازگار نیست، بر فرض صحت نباید موجب شود که خسارات ناشی از اقاله، بدون جبران بماند و زیان‌دیده ملتزم به قراردادی باشد که موجب ضرر شده است.

۱. ... أن الإقالة أيضاً التزام بحل العقد الأول ولذا بنينا على شمول العقد لها، فما المانع من كونها فسخاً متزلزلاً؟ بمعنى أنه لو يعمل بالشرط يكون لمن له الشرط فسخ الإقالة، فتصير كأن لم تكن من الأول.

کتاب شناسی

۱. اردبیلی، احمد بن محمد، *معجم الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الازهان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۲. اصفهانی، محمدحسین، *الاجاره*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۹ ق.
۳. افتخاری، جواد، *حقوق مدنی ۳: کلیات عقود و حقوق تعهدات*، تهران، میزان، ۱۳۸۲ ش.
۴. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، چاپ بیست و ششم، تهران، اسلامی، ۱۳۸۵ ش.
۵. انصاری، مرتضی بن محمدامین، *کتاب المکاسب*، چاپ دوم، قم، دار الذخائر، ۱۴۱۱ ق.
۶. بحرانی، محمد، *فقه المصارف والتقود*، قم، مکتبه فدک، ۱۴۲۸ ق.
۷. بحرانی، یوسف، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۸. بصری بحرانی، محمدامین، *کلمة التقوی*، چاپ سوم، قم، سیدجواد وداعی، ۱۴۱۳ ق.
۹. بهجت، محمدتقی، *وسيلة النجاة*، چاپ دوم، قم، شفق، ۱۴۲۳ ق.
۱۰. بهرامی احمدی، حمید، *حقوق مدنی ۳: کلیات عقود و قراردادهما*، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۳۸۶ ش.
۱۱. بهوتی، منصور بن یونس بن ادریس، *کشاف القناع عن متن الاقناع*، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۸ ق.
۱۲. ترحینی، سیدمحمدحسین، *الزبدة الفقهیه فی شرح الروضة البهیة*، چاپ چهارم، قم، دار الفقه، ۱۴۲۷ ق.
۱۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت عمل: تئوری موازنه*، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۱ ش.
۱۴. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعه*، چاپ دوم، قم، آل البيت علیهم السلام، ۱۴۰۹ ق.
۱۵. حسینی روحانی، سیدصادق، *فقه الصادق علیه السلام*، قم، دار الکتب، ۱۴۱۲ ق.
۱۶. حسینی سیستانی، سیدعلی، *منهاج الصالحین*، چاپ پنجم، قم، دفتر حضرت آیه الله سیستانی، ۱۴۱۷ ق.
۱۷. حسینی مراغی، سیدمیرعبدالفتاح، *العناوین الفقهیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۱۸. حکیم، سیدمحسن، *منهاج الصالحین*، بیروت، دار التعارف للمطبوعات، ۱۴۱۰ ق.
۱۹. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر، *تحریر الاحکام الشرعیه*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰ ق.
۲۰. همو، *تذکرة الفقهاء*، قم، آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۴ ق.
۲۱. خلخالی، سیدمحمد مهدی، *فقه الشیعة - کتاب الاجاره*، تهران، منیر، ۱۴۲۷ ق.
۲۲. ره پیک، حسن، *حقوق مدنی: حقوق قراردادهما*، تهران، خرسندی، ۱۳۹۰ ش.
۲۳. سبزواری، سیدعبدالاعلی، *جامع الاحکام الشرعیه*، چاپ نهم، قم، المنار، بی تا.
۲۴. همو، *مذهب الاحکام فی بیان الحلال والحرام*، چاپ چهارم، قم، دفتر آیه الله سبزواری، ۱۴۱۳ ق.
۲۵. سرخسی، شمس الدین ابوبکر، *المبسوط*، تحقیق خلیل محی الدین المیس، بیروت، دار الفکر، ۱۴۲۱ ق.
۲۶. سلمان، ابو محمد عبدالعزیز، *الاسئله والاجوبه الفقهیه المقرونة بالدللة الشرعیه*، ۷ جزء، بی جا، بی تا، بی تا، قابل دستیابی در وبگاه <<http://www.mktaba.org>>.
۲۷. سیوطی، جلال الدین عبدالرحمن بن ابوبکر، *الاشباه والنظائر*، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۰۳ ق.
۲۸. سیوطی رحیبانی، مصطفی، *مطالب اولی النهی فی شرح غایة المنتهی*، دمشق، المکتب الاسلامی، ۱۹۶۱ م.
۲۹. شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی*، ج ۵: *سقوط تعهدات*، چاپ هشتم، تهران، مجلد، ۱۳۸۶ ش.
۳۰. صفایی، سیدحسین، *دوره مقدماتی حقوق مدنی*، ج ۲: *قواعد عمومی قراردادهما*، چاپ چهارم، تهران، میزان، ۱۳۸۹ ش.

۳۱. طاهری، حبیب‌الله، حقوق مدنی، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۳۲. طباطبایی قمی، سید تقی، مبانی منهاج الصالحین، قم، قلم الشرق، ۱۴۲۶ ق.
۳۳. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، تکملة العروة الوثقی، قم، داوری، ۱۴۱۴ ق.
۳۴. همو، حاشیه مکاسب، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۲۱ ق.
۳۵. همو، سؤال و جواب، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۱۵ ق.
۳۶. طوسی، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ق.
۳۷. عاملی، سید محمد جواد، مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۳۸. عاملی جبعی، زین‌الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، حاشیه کلاتر، قم، کتاب فروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
۳۹. همو، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۴۰. عاملی کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین، جامع المقاصد، چاپ دوم، قم، آل‌البيت (ع)، ۱۴۱۴ ق.
۴۱. عراقی، آقاضیاء‌الدین علی، شرح تبصرة المتعلمین، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۴ ق.
۴۲. فقعی، زین‌الدین علی بن علی بن محمد بن طی، المسائل الفقهیة - مسائل ابن طی - المسائل المفیده، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.
۴۳. قاسم‌زاده، سید مرتضی، حقوق مدنی: اصول قراردادها و تعهدات، چاپ دوم، تهران، دادگستر، ۱۳۸۵ ش.
۴۴. کاتوزیان، ناصر، اعمال حقوقی: قرارداد - ایقاع، چاپ دهم، تهران، انتشار، ۱۳۸۴ ش.
۴۵. همو، حقوق مدنی: نظریه عمومی تعهدات، چاپ پنجم، تهران، میزان، ۱۳۸۹ ش.
۴۶. همو، حقوق مدنی، ایقاع: نظریه عمومی - ایقاع معین، چاپ چهارم، تهران، میزان، ۱۳۸۷ ش.
۴۷. همو، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱: انعقاد و اعتبار قرارداد، چاپ هشتم، تهران، انتشار، ۱۳۸۸ ش.
۴۸. همو، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵: انحلال قرارداد، چاپ پنجم، تهران، انتشار، ۱۳۸۹ ش.
۴۹. کاشف‌الغطاء، محمد حسین، تحریر المجله، نجف اشرف، المكتبة المرتضوية، ۱۳۵۹ ق.
۵۰. کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، قم، دار الحدیث للطباعة والنشر، ۱۴۲۹ ق.
۵۱. محقق حلی، جعفر بن حسن، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۵۲. مرداوی، علاء‌الدین ابوالحسن، الانصاف، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۱۹ ق.
۵۳. مغنیه، محمد جواد، فقه الامام الصادق (ع)، چاپ دوم، قم، انصاریان، ۱۴۲۱ ق.
۵۴. موسوی خمینی، سید روح‌الله، تحریر الوسیله، قم، دار العلم، بی‌تا.
۵۵. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه (المکاسب)، تقریر محمد علی توحیدی، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰ ق.
۵۶. همو، منهاج الصالحین، چاپ بیست و هشتم، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۳ ق.
۵۷. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۵۸. وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامیة، الموسوعة الفقهیة الكويتیة، چاپ دوم، کویت، دار السلاسل، ۱۴۰۴-۱۴۲۷ ق.
۵۹. همدانی، آقارضا، حاشیه کتاب مکاسب، قم، ناشر: مؤلف، ۱۴۲۰ ق.

واکاوی وضعیت حقوقی معامله با جهت نامشروع

در فقه امامیه با مطالعه تطبیقی در حقوق موضوعه ایران و مصر*

- سید محمد هادی قبولی دُر افشان^۱
- محمد تقی فخلعی^۲
- محمد حسن حائری^۳

چکیده

وضعیت حقوقی معامله با جهت نامشروع، همواره از مسائل مورد مناقشه اندیشمندان فقه و حقوق بوده است. در فقه امامیه، حقوق موضوعه ایران و مصر بین موردی که جهت نامشروع وارد قلمرو توافق طرفین شده و موردی که جهت نامشروع صرفاً جنبه شخصی و درونی برای یکی از متعاملین دارد و موردی که فقط طرف دیگر به آن علم دارد، تفکیک شده است. نوشته حاضر، مورد سوم را یعنی جایی که انگیزه نامشروع وارد قلمرو توافق طرفین نشده ولی طرف دیگر به آن علم دارد، بررسی می کند. درباره حکم معامله اخیر، میان اندیشمندان فقه امامیه و نیز حقوق دانان ایرانی و مصری اختلاف نظر وجود دارد. مشهور فقیهان و

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۱/۲۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۳/۵/۳۰.

۱. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد (smhghabooli21@yahoo.com).

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

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

حقوق دانان، صرف وجود علم را برای بطلان معامله کافی ندانسته و حکم به صحت آن داده‌اند اما غیر مشهور، به بطلان چنین معامله‌ای اعتقاد یافته‌اند. قانون‌گذار مدنی نیز در ماده ۲۱۷ به پیروی از نظر مشهور فقیهان امامیه، قائل به صحت معامله مذکور شده است. این پژوهش با روش توصیفی و تحلیلی، دیدگاه‌های اندیشمندان فقه و حقوق را درباره مسئله اخیر مورد بررسی تحلیلی قرار داده و با نقد دیدگاه مشهور فقیهان و حقوق دانان، نظر غیر مشهور را که حکم به بطلان قرارداد مذکور داده‌اند، از منظر فقه استدلالی و حقوق ایران قوی‌تر و با مصالح اجتماعی و نظم عمومی و فلسفه وضع ماده ۲۱۷ قانون مدنی سازگارتر می‌داند و اصلاح ماده مذکور را پیشنهاد می‌کند.

واژگان کلیدی: جهت نامشروع، معامله، فقه امامیه، حقوق موضوعه ایران، حقوق مصر.

مقدمه

در حقوق موضوعه ایران و مصر، ورود جهت نامشروع^۱ به قلمرو قرارداد و توافق، موجب بطلان است. اگرچه ماده ۲۱۷ قانون مدنی ایران به ظاهر جهت نامشروع را فقط هنگامی موجب بطلان معامله معرفی کرده که جهت به صورت صریح در قرارداد ذکر شده باشد، به اعتقاد بسیاری از حقوق دانان (کاتوزیان، ۱۳۶۶: ۲۲۳/۲؛ صفایی، ۱۳۸۵: ۱۴۰/۲؛ بهرامی احمدی، ۱۳۸۶: ۱۱۳؛ قاسم‌زاده، ۱۳۸۹: ۱۲۴) هر گاه بنای عقد بر جهت نامشروع باشد نیز قرارداد باطل است. در فقه امامیه نیز همین نظر پذیرفته شده است و فقیهان معتقدند که اگر طرفین معامله بر جهت نامشروع توافق کرده باشند، معامله باطل است اگرچه جهت نامشروع به صورت شرط در قرارداد نیامده باشد (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۲۲/۱-۱۲۳؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۶/۱؛ نایینی، ۱۳۷۳: ۳۴؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۱۷/۴؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۵۰۸/۳). مورد دوم از موارد جهت نامشروع، هنگامی است که جهت یادشده صرفاً جنبه روانی و درونی برای یکی از متعاملین دارد. در این مورد، نه جهت نامشروع وارد قلمرو توافق

۱. مقصود از نامشروع، امور مخالف قواعد آمره است؛ خواه قواعد مزبور مبتنی بر قوانین موضوعه یا فقه اسلامی یا اخلاق حسنه یا سایر موارد مربوط به نظم عمومی باشد (صفایی، ۱۳۸۶: ۳۶۴؛ همو، ۱۳۸۵: ۵۸ و ۱۴۰؛ همچنین ر.ک: قبولی درافشان، ۱۳۹۱: ش/۳۴؛ طاهری، ۱۴۱۸: ۲۴ و ۵۸؛ برای مطالعه مفهوم نظم عمومی، ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۵۸۸؛ همو، ۱۳۷۶: ۹۵؛ همو، ۱۳۸۴: ۵۸۸؛ ره‌پیک، ۱۳۸۸: ۴۰؛ برای مطالعه مفهوم اخلاق حسنه، ر.ک: صفایی، ۱۳۸۵: ۵۷-۵۸؛ کاتوزیان، ۱۳۷۰: ۵۲-۵۳).

طرفین شده و نه طرف معامله از آن آگاه است. فقیهان امامیه و حقوق دانان ایرانی و مصری در این صورت معامله را باطل ندانسته‌اند.

اما دربارهٔ مورد سوم یعنی جایی که انگیزه نامشروع وارد قلمرو توافق طرفین نشده ولی طرف دیگر به آن علم داشته است، میان اندیشمندان اختلاف نظر است. قانون‌گذار ایران به پیروی از نظر مشهور فقها (طوسی، ۱۴۰۰: ۳۶۹؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۲۲۵؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۱۲۹/۱) جهت نامشروعی را که فقط به یکی از متعاملین مربوط است منشأ اثر قرار نمی‌دهد هرچند طرف دیگر از آن آگاه باشد. این جستار دیدگاه‌های فقیهان امامیه و حقوق دانان ایران و مصر دربارهٔ مسئلهٔ اخیر را نقد و بررسی کرده و با نقد دیدگاه مشهور فقیهان و حقوق دانان، نظر غیر مشهور را که حکم به بطلان معاملهٔ مذکور داده‌اند با مصالح اجتماعی و نظم عمومی و همچنین فلسفهٔ وضع مادهٔ ۲۱۷ قانون مدنی مناسب‌تر دانسته است. در این راستا، وضعیت حقوقی معامله با جهت نامشروع، در فقه امامیه، حقوق موضوعهٔ ایران و حقوق مصر بررسی و تحلیل می‌شود و سپس این امر در نظام‌های حقوقی یادشده مقایسه می‌گردد.

۱. وضعیت حقوقی معامله با جهت نامشروع در فقه امامیه

در فقه امامیه معامله با جهت نامشروع به طور معمول در مکاسب محرمه و در مسئلهٔ فروش انگور و چوب به شخصی که آن را برای تولید و ساخت شراب و بت خریداری می‌نماید و نیز در بحث از قاعدهٔ حرمت اعانه بر اثم و عدوان^۱ بررسی می‌شود (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۲۹/۱؛ طباطبایی بزدی، ۱۴۲۱: ۶/۱؛ میرزای شیرازی، ۱۴۱۲: ۵۰؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۵: ۱۹۳/۱؛ موسوی خویی، ۱۴۱۲: ۱۷۰/۱). فقیهانی که از نظر تکلیفی به حرمت معاملهٔ مشتمل بر اعانه بر حرام حکم داده‌اند دربارهٔ اینکه آیا این حرمت سبب بطلان معامله نیز می‌شود یا خیر اختلاف نظر دارند. در این قسمت، نخست نظریهٔ صحت و ادلهٔ آن و سپس نظریهٔ بطلان و ادلهٔ آن تبیین و ارزیابی می‌شود.

۱. این قاعده در کتب قواعد فقه امامیه با عبارات متفاوتی آمده است (ر.ک: عاملی، بی‌تا: ۲۳۱/۱؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۵۶۴/۱؛ نراقی، ۱۴۱۷: ۷۵؛ بجنوردی، ۱۴۰۹: ۳۵۹/۱؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۱۶: ۴۴۳/۳؛ قمی طباطبایی، ۱۴۲۳: ۱۲).

۱-۱. نظریه صحت و ادله آن

گروهی از بزرگان فقه بین حکم تکلیفی حرمت و حکم وضعی بطلان در معاملات، قائل به ملازمه نیستند و معامله مشتمل بر اعانه بر حرام را از نظر وضعی صحیح می‌دانند (موسوی خویی، ۱۴۱۲: ۱۸۵/۱؛ سیوری حلی، ۱۴۰۴: ۹/۲؛ تبریزی، ۱۴۱۶: ۸۷/۱؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۶: ۱۲۴؛ حسینی روحانی، ۱۴۲۹: ۲۳/۱؛ همو، ۱۴۱۲: ۱۴۳/۱۴). به اعتقاد بعضی از آن‌ها، نهی در معاملات سبب فساد عقد نبوده و به همین دلیل بیعی که مشتمل بر اعانه بر حرام است، باطل نیست (تبریزی، ۱۴۱۶: ۹۰/۱). برخی دیگر معتقدند که حتی اگر حرمت معامله مشتمل بر اعانه بر حرام را بپذیریم باز هم نمی‌توان آن را باطل دانست (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۴۰/۱؛ سبزواری، ۱۴۱۳: ۶۵/۱۶؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۲/۱؛ بحرانی آل عصفور، ۱۴۰۵: ۲۱۰/۱۸؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۲۱/۱۲-۱۲۲)؛ زیرا در صورتی نهی موجب فساد معامله است که به ذات یا یکی از ارکان اصلی معامله برخورد نماید و از آنجا که نهی شارع به موضوعی خارج از معامله، یعنی اعانه بر حرام تعلق گرفته است نمی‌توان حکم به بطلان چنین معامله‌ای نمود. برخی از فقیهان نیز معامله‌ای را که حرمت آن ناشی از اعانه بر اثم و مانند آن باشد، فاسد ندانسته و آن را مشمول عمومات صحت بیع قرار داده و گفته‌اند که در این حالت، نهی به امری خارج از عقد یعنی اعانه بر اثم تعلق گرفته است و چنین نهی‌ای مفسد نیست (مامقانی، ۱۳۱۶: ۵۵/۱).

در تبیین این استدلال باید گفت که به باور بسیاری از فقیهان ملازمه‌ای میان حکم تکلیفی و وضعی نیست (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۴۰/۱؛ سبزواری، ۱۴۱۳: ۶۵/۱۶؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۲/۱؛ بحرانی آل عصفور، ۱۴۰۵: ۲۱۰/۱۸؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۲۱/۱۲-۱۲۲). به اعتقاد آنان، در معامله یادشده، نهی شارع به اعانه که عنوانی خارج از ذات معامله می‌باشد، برخورد کرده و لذا دلیلی بر بطلان معامله وجود ندارد. شایان ذکر است که بر اساس یک مبنای اصولی^۱ اگر نهی در معاملات به ذات معامله اصابت کند، موجب بطلان است و اگر به چیزی خارج از معامله اصابت کند، اثر وضعی ندارد و فقط دارای اثر

۱. برای دیدن نظرات اصولیان در این زمینه، ر.ک: انصاری، بی‌تا: ۱۶۴؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰۹: ۱۸۷؛ نایینی، ۱۴۱۷: ۴۷۱/۲؛ موسوی خویی، ۱۴۱۷: ۲۱۳/۲؛ موسوی خمینی، ۱۳۸۲: ۳۳۲/۱؛ غروی اصفهانی، ۱۳۷۴: ۵۹۷/۱؛ عراقی، ۱۴۱۷: ۴۵۹/۲؛ حکیم، ۱۴۰۸: ۴۴۱/۱.

تکلیفی است. بعضی دیگر از اندیشمندان نیز نهی را در صورتی سبب فساد معامله دانسته‌اند که از نظر عرفی ارشاد به فساد نماید (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۲/۱؛ منتظری نجف‌آبادی، ۱۴۱۵: ۲۸۰/۲)، وگرنه حتی اگر نهی، به نفس معامله هم تعلق گرفته باشد، دلالت بر فساد نخواهد کرد و از آنجا که نهی از اعانه بر اثم، نهی ارشادی نبوده و چنان که ظاهر اخبار نشان می‌دهد نهی مولوی و برای تحریم است پس مستلزم فساد نمی‌باشد؛ زیرا ملازمه‌ای بین حرمت و فساد نیست. بعضی از معتقدان به نظریه صحت در تعلق نهی به معامله قائل به تفصیل شده و یکی از موارد تعلق نهی به معامله را از جهت انشا دانسته‌اند (نابینی، ۱۳۷۳: ۱۱/۱؛ همو، ۱۴۱۷: ۱۴۷۱/۲). بر اساس این دیدگاه، به دو دلیل ممکن است نهی به انشا تعلق یابد: ۱. به دلیل تزامم معامله با واجب‌ا هم یا واجب مضیق مانند بیع در وقت ندای نماز جمعه؛ ۲. به دلیل قرار گرفتن معامله ذیل عناوین حرام مانند اعانه بر اثم یا تقویت کفر.

به عقیده آنان معامله در موارد یادشده صحیح است (همو، ۱۳۷۳: ۱۱/۱). دلیل صحت معامله در موردی که مشتمل بر اثم می‌باشد این است که در چنین معامله‌ای، انشای الفاظ به قصد رسیدن دیگری به امر نامشروع حرام است، بنابراین نهی به موضوعی تعلق گرفته که خارج از نفس معامله است و قدرت بطلان معامله را ندارد. شایان ذکر است که بسیاری از دانشمندان اصولی معتقدند که در معاملات، میان حکم تکلیفی حرمت و حکم وضعی فساد ملازمه‌ای وجود ندارد (عراقی، ۱۴۱۷: ۴۵۹/۲؛ حکیم، ۱۴۰۸: ۴۴۳/۱؛ غروی اصفهانی، ۱۳۷۴: ۵۹۷/۱). توضیح اینکه از دیدگاه اصولیان تعلق نهی در معاملات^۱ بر سه قسم است (انصاری، بی‌تا: ۱۶۴؛ نابینی، ۱۴۱۷: ۴۷۱/۲؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰۹: ۱۸۷؛ موسوی خویی، ۱۴۱۷: ۲۱۳/۲؛ موسوی خمینی، ۱۳۸۲: ۳۳۲/۱).

۱. تعلق نهی به سبب: بدین معنا که گاهی نهی در معامله به سبب تعلق می‌گیرد که فعلی از افعال مکلف است مانند نهی از بیع وقت ندا؛
 ۲. تعلق نهی به مسبب: در این مورد، از مسبب و مضمون معامله نهی شده است مانند جایی که از تملیک و تملک یا نقل و انتقال در عقد بیع، نهی گردیده است مثل

۱. برای مطالعه بیشتر در این زمینه، ر.ک: صابری، ۱۳۷۹: ش ۱۳۸/۶۶.

نهی از بیع مصحف به کافر؛

۳. تعلق نهی به تسبب: یعنی رسیدن به مسبب از طریق وسیله یا سبب خاصی

منهی عنه است مانند جایی که مکلف بخواهد از طریق بیع ربوی به سود دست یابد.

به اعتقاد اکثر اصولیان در موارد سه گانه‌ای که ذکر شد اگرچه معامله دارای حرمت

تکلیفی می‌باشد، از نظر وضعی صحیح است (حکیم، ۱۴۰۸: ۴۴۳/۱؛ عراقی، ۱۴۱۷: ۴۵۹/۲؛

غروی اصفهانی، ۱۳۷۴: ۵۹۷/۱). اندیشمندان اصولی در دو صورت، نهی از معامله را

موجب فساد آن دانسته‌اند (روحانی، ۱۴۲۹: ۲۳/۱؛ همو، ۱۴۱۲: ۲۷/۱۴؛ نایینی، ۱۴۱۷: ۴۷۱/۲؛

موسوی خمینی، ۱۳۸۲: ۳۳/۱)؛ نخست، صورتی که متعلق نهی، اثر مترتب بر معامله باشد؛

مانند جایی که حق تصرف طرفین عقد بیع در مبیع و ثمن، مورد نهی واقع شود. بر این

اساس، ممنوعیت تصرف در خمر و خنزیر، کاشف از بطلان معامله است. صورت دوم

جایی است که نهی، ارشادی باشد. به عبارت دیگر امر و نهی در معاملات دلالت بر

صحت و فساد دارد یعنی وقتی امر به معامله می‌شود معنای این امر، وجوب معامله

نیست بلکه صحت معامله است. همچنین وقتی از معامله‌ای نهی می‌شود معنای این

نهی، حرمت معامله نبوده بلکه فساد آن است؛ مثلاً زمانی که گفته می‌شود: «لا تبع ما

لیس عندک»، منظور حرمت بیع نیست بلکه فساد و بطلان بیع است.

نقد نظریه

در نقد نظر مشهور فقیهان می‌توان گفت که اولاً، مهم‌ترین دلیل آن‌ها بر صحت معامله

یادشده، به مبنای اصولی ایشان مبنی بر عدم ملازمه میان حکم تکلیفی و وضعی

معاملات برمی‌گردد، در حالی که مبنای دیگری هم در علم اصول وجود دارد که

ملازمه میان حکم تکلیفی حرمت و حکم وضعی بطلان را پذیرفته است و برخی از

فقیهان به آن ملتزم گردیده‌اند (عاملی، ۱۴۱۷: ۱۶۶/۳؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۱۷/۴-۱۸). بنابراین

با پذیرش مبنای اصولی اخیر، حکم به صحت معامله دارای جهت نامشروع، فاقد وجه

است. ثانیاً، افزون بر وجود ملازمه شرعی میان حکم تکلیفی و وضعی در معاملات،

برخی از بزرگان فقه امامیه میان حرمت معامله دارای جهت نامشروع و بطلان آن به

صورت عرفی قائل به ملازمه گردیده و معتقدند که عرف بین حرمت معامله و مبعوض

بودن آن از یک طرف و بطلان معامله از طرف دیگر ملازمه برقرار می‌کند و از نظر عرف بین حرمت معامله و مبعوضیت آن و تنفیذ و وجوب وفای به آن تنافی وجود دارد و با وجود مبعوضیت، شارع باید متصدی دفع آن در عالم تشریح باشد و چنین امری با ردع و بطلان آن معامله در تلازم است (موسوی خمینی، ۱۴۱۵: ۱/۲۲۵). این فقیهان به هدف شارع مبنی بر قلع ماده فساد نیز توجه داده و ردع و بطلان معامله را که سبب کاهش ماده فساد می‌گردد با هدف شارع سازگار دانسته‌اند (همان: ۱/۲۲۶). ثالثاً، برخی اندیشمندان با توجه به فقراتی از روایت *تحف العقول* (حزانی، ۱۴۰۴: ۳۳۳) احتمال بطلان معامله با جهت نامشروع را مطرح نموده‌اند (انصاری، ۱۴۱۵: ۱/۱۴۶؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۱۲/۳؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۵: ۱/۲۲۴؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۵/۱؛ حسینی حائری، ۱۴۲۳: ۱/۳۹۹؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۶: ۱۲۵). به اعتقاد بعضی از فقیهان در روایت *تحف العقول*، تحریم به طور واضح برای بیان فساد به کار رفته است (انصاری، ۱۴۱۵: ۱/۱۴۶). طبق این دیدگاه، بعضی از فقرات روایت یادشده اشعار دارد بر اینکه چنین معامله‌ای نه فقط حرام بلکه باطل است. صاحبان این نظریه چنین استظهار کرده‌اند که روایت *تحف العقول* فقط دربردارنده حکم تکلیفی نیست بلکه دلالت بر این دارد که معاملات لهوی و معاملاتی که باعث تقویت شرک می‌شوند، هرگز نباید تحقق یابند (انصاری، ۱۴۱۵: ۱/۱۴۶؛ موسوی خوبی، ۱۴۱۲: ۱/۱۸۵) و این امر با بطلان معامله سازگار است.

بعضی از فقیهان امامیه نیز معتقدند که روایت *تحف العقول* صرف نظر از عناوین خاصی که در آن وارد شده برای تقسیم‌بندی معایش یعنی زمینه‌های شغلی ذکر شده است و آنچه در زمینه‌های شغلی انتظار می‌رود فقط بیان حکم تکلیفی نیست (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۵/۱). به بیان دیگر، در روایت انواع مکاسب و معایش ذکر شده و در واقع امام علیه السلام می‌فرماید که تصرف در اجرت به دست آمده از این معاملات جایز نیست و این عدم جواز تصرف با بطلان معامله ملازمه دارد. به اعتقاد اینان، در روایت *تحف العقول* قرائن دیگری نیز وجود دارد که با تمسک به آن می‌توان علاوه بر حکم تکلیفی معاملات، حکم وضعی بطلان را نیز استنباط نمود. در قسمت‌هایی از روایت، امام علیه السلام از عباراتی مانند «حرام أجرته»، «حلال کسبه»، «حرام کسبه» و «حرام أخذ الأجرة علیه» استفاده نموده‌اند که نشان‌دهنده جنبه وضعی معامله است. برخی از فقیهان نیز

حرمت اجرت را در سایر روایات، کاشف از بطلان معامله دانسته‌اند (محقق اردبیلی، ۱۴۱۸: ۵۵/۱۰؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۱۶: ۴۴۹؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۳۲/۲۲).

۲-۱. نظریه بطلان و ادله آن

در مقابل فقیهانی که به صحت معامله مشتمل بر حرام حکم داده‌اند، برخی دیگر از آن‌ها از نظریه بطلان دفاع کرده‌اند (حلی، ۱۴۲۰: ۲۵۸/۲؛ عراقی، ۱۴۲۱: ۲۵؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۴: ۱۰۶/۳؛ سیوری حلی، ۱۴۰۴: ۲۷۲/۲؛ فخرالمحققین حلی، ۱۳۶۳: ۲۵۱/۲؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۳۰/۱۲؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۴۹۶/۱). بعضی از فقیهان میان حکم تکلیفی حرمت و حکم وضعی بطلان، قائل به ملازمه گردیده و در صورت حرمت بیع، آن را باطل دانسته‌اند (عاملی، ۱۴۱۷: ۱۶۶/۳؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۱۷/۴-۱۸). بعضی از طرفداران نظریه بطلان بر این اعتقادند که منظور از نهی در معامله یادشده، عدم تملک و عدم صلاحیت مبیع برای مبیع بودن است (محقق اردبیلی، ۱۴۱۸: ۴۶/۸ و ۵۵/۱۰؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۵۵۲/۲۱). به همین دلیل اگر در صورت حرمت معامله، بایع اقدام به فروش مبیع نماید چنین بیعی صحیح نخواهد بود؛ زیرا غرض شارع از نهی، عدم تملک و عدم صلاحیت مبیع برای مبیع بودن است نه اینکه فقط بخواهد از اسم بیع نهی کند. در این میان بعضی از فقیهان درباره فروش سلاح به دشمنان دین چنین اظهار نظر کرده‌اند که در صورت نهی از بیع، معامله باطل است؛ زیرا نهی به نفس معوض برمی‌گردد (عاملی جعی، ۱۴۱۳: ۱۲۳/۳). بعضی از فقها نیز تعلق نهی به مسبب (محقق اردبیلی، ۱۴۱۸: ۴۶/۸ و ۵۵/۱۰) و بعضی دیگر تعلق نهی به آثار معامله را موجب بطلان آن دانسته‌اند (نابینی، ۱۳۷۳: ۳/۱؛ موسوی خمینی، ۱۳۸۲: ۳۳۲/۱). بعضی از معتقدان به نظریه بطلان برای اثبات ملازمه شرعی بین حکم تکلیفی و وضعی معامله، به مفهوم مخالف روایتی در باب نکاح^۱ نیز استناد نموده‌اند (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹: ۱۸۷؛ حکیم، ۱۴۰۸: ۴۴۲/۱؛ موسوی خمینی، ۱۳۸۲: ۳۳۲/۱). بر اساس این روایت، راوی از امام باقر علیه السلام درباره حکم ازدواج عبدی که بدون اجازه مولای خود ازدواج کرده، سؤال نمود. امام علیه السلام در پاسخ فرمود: «چنین عقدی منوط به اجازه مولاست». راوی گفت: برخی این نکاح را از اساس فاسد

۱. حرز عاملی، ۱۴۰۸: ۱۱۴/۲۱؛ صدوق، ۱۴۱۳: ۵۴۱/۳.

دانسته و معتقدند که اجازه مولا آن را نافذ نمی‌کند. امام علیه السلام فرمود: «او خدا را معصیت نکرده و فقط با مولایش مخالفت نموده است». قائلان به نظریه بطلان، به فقره «إِنَّه لَمْ يَعْصِ اللَّهَ» که در روایت آمده استناد نموده و گفته‌اند که از مفهوم مخالف این فرمایش امام فهمیده می‌شود که اگر عبد معصیت کرده باشد یعنی حرامی را انجام داده باشد، عقدش باطل است. بر همین اساس می‌توان گفت که بین حرمت تکلیفی و فساد، ملازمه شرعی وجود دارد.

۲. وضعیت حقوقی معامله با جهت نامشروع در حقوق موضوعه ایران

در حقوق ایران معامله با جهت نامشروع در بحث «مشروعیت جهت معامله» بررسی شده است (امامی، ۱۳۵۳: ۲۲۲/۱؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۱۷۹؛ کاتوزیان، ۱۳۶۶: ۲۳۲-۲۳۳؛ صفایی، ۱۳۸۵: ۱۴۰/۲؛ شهیدی، ۱۳۹۰: ۳۶۴/۱؛ بهرامی احمدی، ۱۳۸۶: ۱۱۳). هرچند قانون مدنی برای مشروعیت یا نامشروع بودن جهت معامله از کلمه «جهت» استفاده کرده است، قانون‌گذار در بعضی مواد قانونی،^۱ تعابیر دیگری را نیز برای این منظور به کار برده است. در این میان، گروهی از حقوق‌دانان ایران برای اشاره به مفهوم «جهت»، از تعابیری مانند «جهت تعهد»^۲ و «جهت معامله» (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۲۱۰-۲۱۱؛ همو، ۱۳۶۶: ۲۱۰/۲؛ صفایی، ۱۳۵۱: ش ۸۰/۹؛ عدل، ۱۳۴۲: ۱۳۰)، بعضی از آنان از عنوان «علت غایی غیر مستقیم» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۱۱)، بعضی دیگر از اصطلاح «علت یا علت تامه» (جوان، ۱۳۲۷: ۱۲۷) و بعضی نیز از تعبیر «داعی و غرض» استفاده نموده‌اند (امامی، ۱۳۵۳: ۲۲۱/۱). اما باید گفت که تعبیر «جهت معامله» در کتاب‌های حقوقی دارای بیشترین استعمال بوده و از این نظر با تعبیر اصلی مورد استفاده در قانون مدنی (جهت)، هماهنگی دارد. در هر حال ماده ۱۹۰ قانون مدنی مشروعیت جهت معامله را به عنوان

۱. ماده ۶۶ ق.م.م.: «وقف بر مقاصد غیر مشروع باطل است».

۲. در آثار حقوق‌دانان ایران، استفاده از اصطلاح «جهت تعهد» به جای «جهت معامله» با مسامحه صورت می‌پذیرد؛ زیرا حقوق‌دانان، عقود را به عقود «عهدی» و «تملیکی» تقسیم کرده و آن‌ها را در مقابل هم قرار داده‌اند (برای مطالعه اختلاف نظر فقیهان و حقوق‌دانان درباره مفهوم عقود عهدی و تملیکی و تقسیمات ارائه شده در این زمینه، ر.ک: محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹: ۱۳۸؛ قبولی درافشان، ۱۳۸۶: ۶۸).

یکی از شرایط اساسی صحت معامله می‌داند. اصولاً ضمانت اجرای فقدان یکی از شرایط اساسی صحت معامله، بطلان است. به همین سبب ماده ۲۱۷ قانون مذکور، نامشروع بودن جهت معامله را موجب بطلان عقد دانسته است (اداره کل تدوین و تنقیح قوانین و مقررات، ۱۳۸۴: ۱۱۵) و چنان که می‌دانیم، بطلان وضعیت حقوقی عقدی است که از ابتدا هیچ اثری ندارد و وجود حقوقی پیدا نمی‌کند (کاتوزیان، ۱۳۶۶: ۲/۲۹۷؛ شهیدی، ۱۳۸۵: ۴۷؛ حائری و اکبری بابوکانی، ۱۳۸۹: ش ۵/۲؛ شایگان، ۱۳۷۵: ۹۰). ماده ۲۱۷ ق.م.ا در ابتدا اعلام نموده که در معامله لازم نیست جهت تصریح شود ولی در ادامه گفته است که در صورت تصریح به جهت در عقد، این جهت باید مشروع باشد وگرنه قرارداد باطل خواهد بود. به نظر می‌رسد جمله نخست این ماده که عدم ضرورت تصریح به جهت را مقرر نموده است زائد باشد؛ زیرا طبق اصل رضایی بودن عقود، شرط اضافی برای تأثیر قصد طرفین، نیاز به تصریح قانون‌گذار دارد، پس لازم نبودن تصریح به جهت در قرارداد، امری بدیهی است و ماده ۲۱۷ ق.م.ا می‌توانست بدون این جمله تنظیم شود. در هر حال لازم است که نظرات حقوق‌دانان را درباره کلمه «تصریح»، تبیین و نقد کنیم.

۲-۱. تصریح در مفهوم مضیق

گروهی از حقوق‌دانان با ارائه مفهومی مضیق از واژه «تصریح» و در واقع با بیان تفسیری لفظی از واژه مذکور معتقدند که انگیزه نامشروع هنگامی موجب بطلان عقد است که توسط طرفی که این انگیزه را دارد به طرف مقابل بیان شود (امامی، ۱۳۵۳: ۲۲۲/۱؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۱۷۹؛ شهیدی، ۱۳۹۰: ۱/۳۴۲؛ انصاری و طاهری، ۱۳۸۴: ۷۹۶؛ واحدی، ۱۳۸۶: ۱۱۰). بعضی از دانشمندان حقوق ضمن ذکر مثالی، از دیدگاه یادشده طرفداری نموده و گفته‌اند که آنچه از ماده ۲۱۷ ق.م.ا فهمیده می‌شود این است که هرگاه شخصی از یک پمپ بنزین، بنزین خریداری نماید، چنان که بگوید: «آن را می‌خرم تا فلان بنگاه را آتش بزنم»، آن معامله باطل خواهد بود و اگر خریدار، انگیزه

۱. ماده ۲۱۷ ق.م.ا: «در معامله لازم نیست که جهت آن تصریح شود ولی اگر تصریح شده باشد، باید مشروع باشد والا معامله باطل است».

نامشروع خود را بیان نکند ولی فروشنده بنزین از آن آگاه باشد، معامله مذکور صحیح است (امامی، ۱۳۵۳: ۲۲۲/۱).

برخی دیگر نیز آگاهی از جهت نامشروع را فاقد اثر جزایی و مدنی دانسته، معتقدند که جهت نامشروعی که مصرح در عقد نباشد خدشه‌ای به آن وارد نمی‌کند حتی اگر متعاقدین از آن آگاه باشند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۱۷۹؛ حائری شاهباغ، ۱۳۸۲: ۱۹۴/۱). بعضی از طرفداران این نظریه برای توجیه نظر خود به مفهوم مخالف ماده ۲۱۷ ق.م.ا.ستناد نموده‌اند (شهیدی، ۱۳۹۰: ۳۴۱/۱) که بر اساس آن، اگر جهت در معامله تصریح نشده باشد لازم نیست مشروع باشد و معامله هم باطل نخواهد بود. این حقوق دانان در دفاع از نظر خود گفته‌اند که به رغم وجود فلسفه تأثیر جهت نامشروع در بطلان معامله در آگاهی طرف عقد از انگیزه نامشروع طرف دیگر، این فلسفه را نمی‌توان ملاک سرایت حکم از موردی به مورد دیگر دانست؛ زیرا اگر چنین بود، قانون‌گذار به جای استفاده از عبارت «تصریح» در ماده ۲۱۷ ق.م.ا. عبارت «اطلاع طرف قرارداد از وجود انگیزه نامشروع در طرف دیگر معامله» استفاده می‌کرد (همان). همچنین به عقیده اینان، در صورت تردید در تأثیر آگاهی از انگیزه نامشروع در وضعیت عقد، اصل عدم تأثیر مانع و نیز صحت عقد (برای مطالعه بیشتر در زمینه این اصل، ر.ک: همو، ۱۳۸۵: ۱۷۸؛ بهرامی احمدی، ۱۳۹۰: ۳۴۱) حاکم است.

در نقد این نظر می‌توان گفت که در حقیقت قانون‌گذار مدنی با پیش‌بینی ماده ۲۱۷ خواسته است توافق‌هایی که هدف آن‌ها نامشروع بوده و در نظم عمومی اختلال ایجاد می‌کند، اثر قانونی نداشته باشند و با وجود چنین مقرره‌ای، همکاری در زمینه‌های نامشروع کاهش یابد و طرفین بدانند که حقوق از اهداف پلید حمایت نمی‌کند. افزون بر این، اعلام اراده می‌تواند صریح یا ضمنی باشد و در نتیجه اگر معتقد باشیم که فقط تصریح به جهت نامشروع سبب بطلان عقد می‌شود، راه برای تقلب هموار شده و بسیاری از اشخاص با تبانی و توافق‌های مختلف، به اهداف نامشروع خود خواهند رسید و ممکن است که روزی یکی از طرفین در دادگاه به این نظر استناد کرده، بگوید که چون هدف نامشروع را بر زبان نیاورده، پس معامله صحیح است، در حالی که نمی‌توان قراردادهایی را که با هدف تسهیل اعمال خلاف اخلاق حسنه و نظم عمومی منعقد

شده‌اند، در دادگاه معتبر دانست.

در اینجا این سؤال مطرح می‌شود که آیا محدود نمودن موارد بطلان عقد به علت وجود جهت نامشروع، به جایی که این جهت بر زبان یکی از طرفین جاری شده باشد، فلسفه وضع ماده ۲۱۷ ق.م. را بیهوده نمی‌سازد؟ به علاوه، بر فرض که بپذیریم منظور قانون مدنی از واژه «تصریح»، ذکر انگیزه نامشروع در قرارداد باشد، در این صورت می‌توان پرسید که چرا با ذکر شدن انگیزه نامشروع در عقد، معامله باطل می‌شود؟ مسلماً پاسخ طرفداران مفهوم مضیق این است که انگیزه از این طریق وارد قلمرو قراردادی می‌شود. با توجه به این نظر، ابراز انگیزه نامشروع موجب بطلان عقد می‌شود و لازم نیست که طرف مقابل با آن موافقت کند و حتی اگر در برابر این اعلام سکوت کند به صرف آگاهی از این انگیزه، معامله باطل خواهد شد. اکنون این سؤال مطرح می‌شود که اگر صرف آگاهی طرف مقابل در نتیجه ذکر انگیزه نامشروع در عقد توسط یک طرف کفایت کرده و در این مورد، سکوت دال بر توافق تلقی می‌گردد، چرا در جایی که عرف، آگاهی از انگیزه نامشروع را موافقت ضمنی با آن محسوب می‌نماید، نباید معامله را باطل دانست؟

اصل عدم تأثیر مانع نیز که توسط طرفداران نظریه اخیر مورد استناد قرار گرفته است با این ایراد مواجه است که هر گاه با تفسیر درست از متن قانون به این نتیجه برسیم که امری از مصادیق موانع تراضی است که مورد نظر قانون‌گذار بوده، دیگر جایی برای تردید و اعمال اصل عدم باقی نمی‌ماند. نفس ایراد ذکرشده بر اصل صحت نیز وارد است.

۲-۲. تصریح به معنای اعم (نقش عرف^۱ در تشخیص صریح)

به عقیده بعضی حقوق دانان علم یک طرف قرارداد به قصد نامشروع طرف دیگر، برای بطلان عقد کفایت می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۶۶: ۲/۲۲۳-۲۲۴). به نظر آن‌ها، قانون مدنی وسیله متعارف اعلام جهت به دیگری یعنی تصریح در عقد را مد نظر دارد و حکم آن ناظر به

۱. عرف مصطلح در دانش فقه، حقوق و اصول را می‌توان به فهم یا بنا یا داوری مستمر و ارادی مردم که صورت قانون مجعول و مشروع نزد آن‌ها به خود نگرفته باشد، تفسیر نمود (علیدوست، ۱۳۸۴: ۶۱).

مورد غالب است. پس اگر بین طرفین قرارداد در مورد جهت نامشروع تبانی شود یا اوضاع و احوال به گونه‌ای باشد که طرف مقابل به طور آشکار می‌توانسته از نامشروع بودن جهت آگاه شود، باز هم معامله به دلیل داشتن جهت نامشروع باطل خواهد بود؛ مثلاً اگر کسی در قمارخانه‌ای به یکی از بازیکنان قرض بدهد، نمی‌تواند با استناد به اینکه جهت در معامله تصریح نشده است، عقد قرض را صحیح بداند. برخی دیگر از حقوق‌دانان نیز ضمن پذیرش دیدگاه یادشده چنین اظهار نظر کرده‌اند که اگر عرف در اوضاع و احوال خاصی، علم به جهت نامشروع دیگری را موجب ورود جهت نامشروع به قلمرو توافق و اراده مشترک طرفین قرارداد بداند، معامله باطل است. اینان برای تأیید نظر خود به مواد ۲۲۵ و ۱۱۲۸ ق.م. استناد نموده‌اند (صفایی، ۱۳۸۵: ۱۴۰/۲؛ بهرامی احمدی، ۱۳۸۶: ۱۱۳).

این گروه با پذیرش معیار عرفی گفته‌اند که باید دید در هر مورد خاص، عرف تبانی را محقق می‌داند یا خیر. بنابراین ممکن است که عرف در موردی با وجود علم یک طرف به جهت نامشروع دیگری، آن را داخل در قلمرو قصد مشترک طرفین محسوب نکرده و در نتیجه معامله انجام شده صحیح باشد. برخی دیگر از حقوق‌دانان نیز ضمن پذیرش نظر اخیر معتقدند احتمالی که در تفسیر واژه «تصریح» با منطق حقوقی سازگارتر می‌باشد این است که تصریح یعنی اینکه نامشروع بودن جهت مورد تردید نبوده و جهت معامله به طور قاطع و روشن نامشروع باشد. در این صورت است که تصریح به جهت نامشروع موجب بطلان عقد می‌شود (قاسم‌زاده، ۱۳۸۹: ۱۲۴). به نظر این نویسندگان، اعتقاد به اینکه واژه تصریح در برابر ضمنی بودن به کار رفته است، قابل انتقاد می‌باشد؛ زیرا تفکیک بین جهت نامشروع ضمنی و تصریح شده قابل ایراد است. اینان برای اثبات نظر خود به اطلاق آیه شریفه نهی از اعانه بر اثم و عدوان^۱ استناد کرده و گفته‌اند که آیه شریفه از کمک کردن صریح یا ضمنی به اثم و عدوان نهی می‌فرماید و به همین دلیل، تفکیک مذکور قابل ایراد است. به اعتقاد این نویسندگان، در صورت تردید در نامشروع بودن جهت، معامله باطل نیست ولی اگر به جهت نامشروع در معامله تصریح شده باشد اعم از اینکه این جهت با الفاظ و کلمات و اشارات ذکر شده باشد

۱. «وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ» (مائده / ۲).

یا اوضاع و احوال عرفی^۱ به گونه‌ای قاطع و روشن، نامشروع بودن جهت را نشان دهد یا عقد بر مبنای تراضی پیشین طرفین راجع به امر نامشروعی منعقد شده باشد، معامله باطل است. شایان ذکر است که قانون‌گذار اصولاً کاری به انگیزه‌های متعاملین که امری شخصی و مربوط به نفسانیات آن‌هاست، ندارد و امنیت و استواری معاملات که مورد توجه همه قانون‌گذاران است اقتضا می‌کند که به این گونه اغراض ترتیب اثر داده نشود مگر اینکه وارد قلمرو توافق طرفین شده باشد.

به نظر می‌رسد دیدگاه غیر مشهور فقها و حقوق‌دانانی که به بطلان معامله یاد شده نظر داده‌اند، اجتماعی‌تر و با مصالح جامعه سازگارتر است، ضمن اینکه با مقاصد شریعت برای تلاش در جهت قلع ماده فساد و جلوگیری از انعقاد قراردادهای با انگیزه نامشروع نیز هماهنگ است و چنان که برخی از اندیشمندان گفته‌اند (صفایی، ۱۳۵۱: ش ۸۶/۹)، این استدلال که در صورت حکم به بطلان معامله، طرف معامله زیان می‌بیند، پذیرفتنی نیست؛ زیرا وقتی معامله‌کننده از قصد نامشروع طرف دیگر آگاه است نباید قرارداد منعقد نماید وگرنه بر ضرر خود اقدام کرده و باید زیان ناشی از بطلان قرارداد را تحمل نماید. ضمن اینکه باید مصلحت جامعه و نظم عمومی را بر مصلحت فردی که حسن نیت کامل نداشته است، مقدم کرد.

۳. وضعیت حقوقی معامله با جهت نامشروع در حقوق مصر

سبب موضوعی است که در حقوق مصر با بحث جهت در حقوق ایران شباهت دارد. برخی حقوق‌دانان مصری معتقدند که سبب هدف مستقیمی است که متعهد برای رسیدن به آن، تعهد را می‌پذیرد (سنهوری، بی‌تا: ۴۱۳/۱). در واقع، سبب پاسخ به این سؤال است که چرا مدیون متعهد شده است. به منظور روشن شدن وضعیت حقوقی معامله با جهت نامشروع در حقوق مصر، نظریه سبب و شرایط لازم برای آن در قانون مدنی مصر و رویه قضایی آن تبیین می‌گردد.

۱. امروزه حقوق‌دانان و فقیهان معاصر به درستی از دیدگاه سنتی مبنی بر منحصر دانستن فهم مسائل فقهی و حقوقی بر پایه الفاظ، کلمات و اشارات، فاصله گرفته و برای تبیین دقیق مباحث به فهم عرفی روی آورده‌اند (برای مطالعه بیشتر در این زمینه ر.ک: فخلعی، ۱۳۸۸: ش ۴۴/۴۷).

۳-۱. موضع قانون مدنی مصر

در این قسمت، نظر قانون‌گذار مصر را درباره سبب در قانون مدنی قدیم و جدید مصر بیان می‌کنیم.

۳-۱-۱. قانون مدنی قدیم مصر

قانون مدنی قدیم مصر، مصوب ۱۸۷۵ در ماده ۱۴۸/۹۴ بیان می‌داشت: «بیشترط لصحة التعهدات أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانوناً»؛ تعهد در صورتی صحیح است که بر سببی صحیح که از نظر قانونی مجاز است، مبتنی باشد.

البته اصل فرانسوی ماده یادشده دقیق‌تر است؛ زیرا مقرر می‌دارد: «تعهدی که مبتنی بر سبب نامشروع است به وجود نمی‌آید». ^۱ بر اساس ماده اخیر، سبب شرط وجود تعهد است نه آنکه صرفاً شرط صحت تعهد باشد. از آنجا که قانون مدنی قدیم مصر، مقررات راجع به سبب را از قانون ناپلئون اخذ کرده و در قالب ماده ۱۴۸/۹۴ ذکر نموده، لازم است مفهوم سبب و شرایط آن در نظریه سنتی تبیین گردد.

الف) مفهوم سبب در نظریه سنتی

در حقوق مصر، سبب اقسامی دارد که عبارت‌اند از: سبب انشایی، سبب دافع و سبب قصدی. سبب انشایی، منبع التزام است. منبع التزام، عقد و عمل نامشروع و ایفای بلاسبب و قانون هستند. در نظریه سنتی، سبب در این معنا مورد نظر نیست (سنهوری، بی‌تا: ۴۳۸/۱). سبب دافع عبارت است از انگیزه‌ای که ملتزم را برانگیخته تا التزام را برعهده گیرد (سلطان، ۱۹۵۸: ۲۲۳). به عقیده استادان حقوق مصر، انگیزه (باعث) در این معنا سه ویژگی دارد:

۱. امری خارج از عقد است. بنابراین ضرورتاً در قرارداد ذکر نشده و لزوماً از تعهد برداشت نمی‌شود؛
۲. امری ذاتی برای ملتزم است؛ زیرا به مقاصد و انگیزه‌هایی که وی را تحت تأثیر قرار می‌دهد برمی‌گردد؛

1. "L'obligation n'existe que si elle a une cause certaine et licite".

۳. امری متغیر است. متغیر بودن انگیزه در این معنا نه فقط در هر نوع از عقود بلکه در هر عقدی به طور مستقل مطرح است و از آنجا که امکان تعیین دقیق انگیزه وجود ندارد، نظریه سنتی آن را در وجود عقد و شکل‌گیری التزام بی‌تأثیر دانسته و صرف‌نظر از اینکه انگیزه، موافق نظم عمومی یا مخالف آن باشد، عقد را صحیح می‌داند (سنه‌وری، بی‌تا، ۴۳۸/۱).

سومین قسم از اقسام سبب در نظریه سنتی سبب قصدی است. سبب قصدی عبارت است از هدف یا غرض مستقیمی که متعهد از پذیرش تعهد دارد (همان؛ ابوسیت، ۱۹۴۵: ۱۶۸). سبب به این معنا با انگیزه تفاوت دارد؛ زیرا سبب، اولین نتیجه‌ای است که متعهد به آن می‌رسد ولی باعث، هدف غیر مستقیم است که بعد از تحقق سبب محقق شده و متعهد از طریق تعهد مستقیماً به آن نمی‌رسد (سنه‌وری، بی‌تا: ۴۳۸/۱). هر گاه در نظریه سنتی از کلمه سبب استفاده شود منظور همین سبب است.

ب) شرایط سبب در نظریه سنتی

۱. وجود سبب

بر طبق نظریه سنتی، هر تعهدی باید سببی داشته باشد. در این نظریه، اهمیت وجود سبب برای تحقق تعهد به اندازه‌ای است که هر تعهدی که سبب نداشته باشد، تعهدی غیر موجود است. منظور از سبب غیر موجود این است که طرفین عالم به غیر موجود بودن سبب باشند یعنی نسبت به وجود آن وهم نداشته باشند (همان).

۲. واقعی بودن سبب

یکی دیگر از شرایط سبب در نظریه سنتی، صحیح بودن آن است. بر این اساس، تعهد نمی‌تواند بر مبنای سبب ناصحیح قرار گیرد. عدم صحت سبب، ناشی از دو امر می‌باشد؛ نخست اینکه سبب ظاهر یعنی سبب غیر صحیح، سببی موهوم یا غلط است و دیگر اینکه سبب ظاهر، سببی صوری است؛ برای مثال، وارثی با شخص دیگری که گمان می‌کند جزء ورثه است، در حالی که وی جزء ورثه نیست، «عقد تخارج»^۱

۱. ماده ۴۸ قانون موارث مصری: «عقد تخارج عبارت است از عقدی که بر اساس آن، ورثه در مقابل پرداخت مالی معین، بعضی از ورثه را از میراث خارج می‌نمایند» (قانون الموارث المصری، مصوب ۱۹۴۳ م.).

منعقد نموده و مبلغی به او می‌پردازد تا از سهم الارث خود صرف‌نظر نماید. این تخارج به دلیل موهوم بودن سبب باطل است. نکته قابل ذکر اینکه چنانچه سبب حقیقی نامشروع بوده ولی تحت پوشش یک سبب مشروع مخفی شده باشد، در این حالت نیز تعهد ساقط می‌گردد. دلیل ساقط شدن تعهد در مورد یادشده، صوری بودن سبب ظاهر نیست بلکه نامشروع بودن سبب حقیقی، دلیل بطلان تعهد می‌باشد. حال آنکه اگر سبب حقیقی، مشروع و غیر موهوم باشد، تعهد علی‌رغم صوری بودن سبب ظاهر معتبر خواهد بود (همان).

۳. مشروع بودن سبب

سومین شرط از شرایط سبب در نظریه سنتی، مشروع بودن آن است. سبب مشروع سببی است که قانون آن را منع ننموده و مخالف نظم عمومی یا اخلاق حسنه نیست (همان: ۴۴۳/۱). از دیدگاه طرفداران نظریه سنتی، مشروعیت سبب، شرطی متفاوت از مشروعیت محل است؛ بدین معنا که گاه محل تعهد مشروع، ولی سبب آن نامشروع می‌باشد. برخی حقوق‌دانان مصری برای تبیین دقیق‌تر سبب و محل تعهد، نمونه‌هایی را ارائه نموده‌اند؛ مثلاً هر گاه شخصی در مقابل دیگری تعهد به ارتکاب جرم در برابر دریافت مبلغی پول نماید، محل تعهد طرف مقابل به پرداخت پول مشروع است، ولی سبب آن یعنی تعهد شخص نخست به ارتکاب جرم، نامشروع است و به همین دلیل چنین تعهدی معتبر نیست (همان).

۳-۱-۲. قانون مدنی جدید مصر

در این قسمت ابتدا به تبیین مفهوم سبب و سپس نحوه اثبات آن و در نهایت شرایط لازم برای تحقق سبب از دیدگاه قانون مدنی جدید مصر می‌پردازیم.

الف) مفهوم سبب

از دیدگاه بعضی حقوق‌دانان مصری، سبب در قانون مدنی جدید، صرف غرض مستقیم قصدشده در عقد نیست، بلکه عبارت است از انگیزه‌ای که شخص را به انعقاد عقد وادار می‌کند (همان). سبب در معنای مذکور، امری درونی و خارج از عقد است که

با تغییر انگیزه‌ها تغییر می‌کند. به موجب قانون جدید، طرف مقابل باید از سبب عقد آگاه باشد، لذا اگر انگیزه‌ای که یکی از طرفین را به انعقاد عقد واداشته، نامشروع باشد و طرف دیگر از این انگیزه مطلع نبوده و امکان آگاهی از آن را نیز نداشته باشد، نامشروع بودن مورد توجه قرار نمی‌گیرد و عقد صحیح است. در این حالت، عقد بر مبنای اراده ظاهری شکل می‌گیرد (همان: ۴۷۳/۱).

در مقابل دیدگاه یادشده که معتقد است قانون‌گذار مصر در ماده ۱۳۶ از نظریه جدید سبب پیروی کرده، برخی دیگر از حقوق‌دانان مصری معتقدند که دکترین غالب در مصر، بین سبب تعهد از یک سو و سبب عقد از سوی دیگر تفکیک می‌کند. بدین ترتیب که منظور از سبب تعهد را مطابق با نظریه سنتی، سبب مستقیم دانسته ولی سبب عقد را بر طبق نظریه جدید، سبب غیر مستقیم می‌داند. همچنین دکترین یادشده، برای سبب تعهد فقط شرط وجود را در نظر می‌گیرد، همان طور که برای سبب عقد فقط شرط مشروعیت را الزامی دانسته است (کمال عبدالعز، ۲۰۰۳: ۸۳۷؛ وسی، ۱۹۸۳: ۳۳۷/۱). براساس این دیدگاه غالب می‌توان گفت که قانون‌گذار مصر در پرتو ماده ۱۳۶ در رابطه با مفهوم سبب، موضعی دوگانه اتخاذ کرده است؛ بدین صورت که از حیث شرط وجود، سبب در قالب هدف مستقیم تجسم می‌یابد که سبب تعهد است و از حیث شرط مشروعیت، در قالب انگیزه محرک انعقاد عقد تجسم می‌یابد که سبب عقد است. بنابراین اگر هدف مستقیم موجود نباشد، تعهد به دلیل فقدان سبب باطل است و هر گاه این هدف مستقیم موجود باشد ولی انگیزه محرک انعقاد عقد نامشروع باشد، عقد به خاطر نامشروع بودن سبب، باطل است.

ب) اثبات سبب

ماده ۱۳۷ قانون مدنی جدید مصر مقرر می‌دارد:

۱. هر التزامی که سبب آن در عقد ذکر نشده باشد، دارای سبب مشروع فرض می‌شود مگر آنکه خلاف این امر ثابت شود؛ ۲. سبب مذکور در عقد، سبب واقعی فرض می‌شود مگر اینکه دلیلی بر خلاف آن ارائه گردد. هر گاه دلیلی مبنی بر صوری بودن سبب ارائه شود، کسی که مدعی است تعهد، سبب مشروع دیگری دارد باید این ادعا را اثبات نماید.

نظیر این نصّ در قانون مدنی قدیم وجود نداشت ولی رویه قضایی مصر پیش از تصویب قانون جدید، آن را اعمال می نمود و قانون جدید به دلیل اهمیت عملی، آن را تصویب کرد (سنه‌وری، بی تا: ۴۸۳/۱). در مجموع با توجه به ماده ۱۳۷ قانون مدنی جدید مصر، درباره سبب دو فرض تصور می شود:

۱. ذکر نشدن سبب در عقد

این فرض در بند نخست ماده ۱۳۷ بیان شده است. منطق قانونی اقتضا می کند که دائن که مکلف به اثبات دین است، سبب را اثبات نماید؛ زیرا دین بدون وجود سبب موجود نخواهد بود، ولی قانون جدید قرینه‌ای قانونی وضع نموده که به موجب آن فرض می شود عقد سببی مشروع دارد حتی اگر این سبب در عقد ذکر نشده باشد. ضمن اینکه اثبات عکس این قرینه نیز ممکن است. در نتیجه هر گاه مدیون ادعا نماید که عقد سبب نامشروعی دارد ادعای او استماع می شود و مکلف به اثبات این سبب می گردد. وی برای اثبات سبب نامشروع می تواند به همه طرق اثبات از جمله بینه و قرائن متوسل شود. همچنین مدیون مکلف است علاوه بر اثبات سبب نامشروع، علم دائن به آن را نیز اثبات کند. امکان اثبات این علم با استفاده از همه طرق اثبات وجود دارد؛ زیرا علم داشتن واقعه‌ای مادی است. شایان ذکر است که در این فرض، بین موردی که سبب در عقد ذکر نشده یا سببی صوری ذکر شده در حالی که سبب واقعی نامشروع می باشد، فرقی نیست (همان: ۴۸۴/۱).

۲. ذکر سبب در عقد

این فرض در بند دوم ماده ۱۳۷ بیان شد. در اینجا نیز قرینه‌ای قانونی وضع شده مبنی بر اینکه سبب مذکور در عقد سبب واقعی است که مدیون به خاطر آن متعهد شده است. عکس این قرینه نیز قابل اثبات است. بنابراین اگر مدیون ادعا نماید که سبب مذکور در عقد سبب واقعی نیست بلکه سببی صوری است که سببی نامشروع را مخفی نموده، می تواند یکی از دو راه حل موجود در این زمینه را برای اثبات ادعای خود اتخاذ نماید. بدین صورت که یا به اثبات صوری بودن سبب عقد اکتفا کند که در این حالت بار اثبات سبب واقعی و مشروعیت آن به دائن منتقل می شود و یا اینکه رأساً ثابت نماید

که سبب واقعی نامشروع است (همان: ۴۸۵/۱؛ احمد محمد، ۲۰۱۰: ۵۳۹-۵۴۰).

ج) شرایط لازم برای سبب

برخی حقوق دانان مصری معتقدند که قانون مدنی جدید مصر فقط شرط مشروعیت را برای سبب ذکر نموده است حال آنکه قانون مدنی قدیم در مواد ۱۴۸/۹۴ صحت تعهدات و عقود را منوط به این می‌دانست که مبتنی بر سبب صحیحی باشند که از نظر قانونی جایز است (سنهوری، بی‌تا: ۴۷۳/۱). به عقیده ایشان سبب به معنای انگیزه‌ای که شخص را به انعقاد عقد وامی دارد فقط باید جهت حمایت از مشروعیت در انعقاد عقد به کار رود (همان؛ طلبه، ۱۹۹۶: ۳۷۹/۱). برخی دیگر از حقوق دانان مصری، هنگام بررسی شرایط سبب عقد، علم طرف مقابل به انگیزه نامشروع را نیز به عنوان شرط دومی برای سبب ذکر نموده‌اند (فرج الصده، ۱۹۷۴: ۳۶۷-۳۶۸؛ سعد، ۱۹۹۵: ۲۱۷/۱). به عقیده این نویسندگان، شرط مذکور به ذات سبب مربوط نیست بلکه به ثبات و استقرار معاملات مرتبط است. آن‌ها معتقدند که چون انگیزه‌ای که شخص را به انعقاد عقد وامی دارد امری شخصی و خارج از عقد است لذا بطلان عقد منوط به ورود این انگیزه در قلمرو قراردادی است.

از آنجا که برخی حقوق دانان مصر شروط سبب در قانون مدنی جدید را بررسی کرده‌اند لذا فقط مشروعیت را شرط سبب اعلام کرده‌اند ولی در عین حال در موارد دیگر، به ویژه در تعریف سبب، شرط علم طرف مقابل به انگیزه نامشروع یا لااقل امکان آگاهی از آن را نیز شرط سبب محسوب می‌کنند هرچند این شرط به صراحت در قانون مدنی مصر بیان نشده است (سنهوری، بی‌تا: ۴۷۳/۱).

حال سؤال مهم این است که آیا آگاهی یکی از طرفین قرارداد از انگیزه نامشروع طرف دیگر، برای تحقق سبب نامشروع کفایت می‌کند یا خیر؟

بعضی از حقوق دانان برای تبیین سؤال مذکور مثالی را بدین صورت ذکر کرده‌اند که فرض کنیم شخصی از دیگری مبلغی قرض می‌کند تا با آن قمار کند. در این مورد، گاه مقرض غرضی را که مقترض به خاطر آن پول قرض کرده، نمی‌داند، در این صورت به انگیزه‌ای که مقترض را به قرض گرفتن واداشته اعتنایی نمی‌شود. گاه

مقرض دوست مقترض است و از قصد او آگاهی دارد بدون اینکه قصدش از قرض دادن قادر ساختن وی بر انجام قمار باشد؛ این مرتبه علم است. گاهی نیز مقرض رباخواری است که مالش را در راه قرض دادن به قماربازان به کار می‌برد؛ قصد وی از قرض دادن قادر ساختن مقترض به انجام قمار بوده که این مرتبه سهم بودن است. گاهی نیز مقرض طرفی است که مقترض با او قماربازی می‌کند و این دو بر عقد قرض برای ادامه دادن قمار توافق می‌کنند؛ این مرتبه توافق است. حال باید دید که قانون کدام یک از این سه مرتبه را لازم می‌داند تا انگیزه مورد توجه قرار گیرد (همان: ۲۷/۴). بعضی از حقوق دانان نیز رسیدن به مرتبه توافق را ضروری دانسته، معتقدند که هنگامی به انگیزه توجه می‌شود که طرفین بر روی آن توافق کرده باشند (همان: ۲۶/۴). به نظر می‌رسد که این دیدگاه به نظریه جدید سبب نزدیک است ولی در چارچوب آن وارد نشده؛ زیرا هیچ یک از طرفداران نظریه جدید، توافق بین طرفین در مورد انگیزه را لازم نمی‌داند. گروهی از طرفداران نظریه جدید، علم به انگیزه نامشروع و گروه دیگر سهم بودن در آن را برای تحقق سبب ضروری می‌دانند. طرفداران نظریه نخست به پیروی از رویه قضایی فرانسه، مرتبه علم را کافی می‌دانند و در صورتی به انگیزه اهمیت می‌دهند که یکی از طرفین عقد از انگیزه طرف دیگر آگاه باشد یا بتواند از آن آگاه شود (همو، ۱۹۹۸: ۲۶/۴).

بعضی دیگر از حقوق دانان مصری بین معاوضات و تبرعات تفکیک نموده و معتقدند که در معاوضات باید طرف معاوضه از انگیزه طرف نخست آگاه باشد (همان: ۲۷/۴). به عقیده آنان، این امر از تزلزل معاملات جلوگیری می‌کند اما در تبرعات فقط اراده متبرع کافی است؛ زیرا این اراده است که بر عمل حقوقی سیطره دارد اعم از اینکه تبرع با تقابل دو اراده انجام شود مانند هبه یا اینکه مانند وصیت با یک اراده واحد صورت پذیرد. بر اساس این دیدگاه، معیار تحقق سبب نامشروع، انگیزه متبرع از تبرع است؛ خواه طرف دیگر از آن آگاه باشد و خواه ناآگاه.

در مقابل، برخی از استادان حقوق مرتبه سهم شدن را در معاوضات لازم می‌دانند در حالی که در تبرعات مرتبه علم را کافی دانسته‌اند (همان: ۲۶/۴). طبق این دیدگاه، معاوضات از این نظر با تبرعات متفاوت است که در معاوضات، هر یک از طرفین

چیزی را داده است لذا اراده هر یک از آن‌ها در تکوین عقد نقش اساسی دارد. در نتیجه ضرورت دارد هر یک از این اراده‌ها در انگیزه‌ای که متعاقد را به انعقاد عقد واداشته است، سهمی مثبت داشته باشد و دو اراده در تحقق غرض نامشروع همکاری نموده باشند (سعد، ۱۹۹۵: ۲۱۷/۱-۲۱۸).

بنابراین هرچند قانون مدنی جدید مصر فقط یک شرط (مشروعیت) را برای سبب ذکر نموده، درباره شرط دوم سبب یعنی مرتبه علم - که به صراحت در قانون جدید نیامده است، ولی قانون مدنی قدیم مصر و همچنین بسیاری از حقوق دانان به ذکر آن پرداخته‌اند، میان استادان حقوق مصر اختلاف نظر است.^۱

۲-۳. موضع رویه قضایی مصر

رویه قضایی مصر پیش از تصویب قانون مدنی جدید، نظریه جدید سبب را پذیرفته بود و دادگاه‌ها نیز بر همین اساس انشای رأی می‌کردند. برای نمونه در یک دعوی، شخصی گردنبندی را نزد کسی که مورد اعتمادش بود به امانت گذاشت و پسر مودع با امین توافق نمود که اگر امانت یادشده را به وی تحویل دهد، عقد بیع هفت هکتار زمین را با وی منعقد نماید. دادگاه استیناف در ۲۴ فوریه ۱۹۱۵ رأی داد که بیع مذکور به دلیل عدم مشروعیت سبب آن، باطل بوده و امین خائن حقی در مطالبه مالکیت عین و ثمن ندارد (سنهوری، بی‌تا: ۴۷۴/۱). دادگاه عمومی زقازیق در ۲۰ فوریه ۱۹۳۰ بیان داشت که رویه قضایی آن است که انگیزه در مرتبه یکسانی با سبب مستقیم قرار دارد و این در صورتی است که طرف دیگر از این انگیزه آگاه باشد و انگیزه در این حالت امری اصلی و ملاحظه شده در عقد محسوب می‌شود که بدون آن انعقاد عقد ممکن نیست (همان: ۴۷۵/۱).

در عین حال، دادگاه استیناف ملی مصر در مواردی نیز به نظریه سنتی سبب استناد کرده است؛ مثلاً دادگاه مذکور در ۲۶ نوامبر ۱۹۲۹ رأی داد که جستجو در عقد بیع از اسبابی که فروشنده ادعا می‌کند انگیزه انشای عقد بوده است، وجهی ندارد؛ زیرا انگیزه از اموری است که برای تعیین صحت عقد مورد توجه قرار نمی‌گیرند و این

۱. در این زمینه بین حقوق دانان لبنانی نیز اختلاف نظر است (ر.ک: نقیب، ۱۹۹۸: ۳۳۴-۳۳۵).

انگیزه و سبب صحیح دو امر متفاوت‌اند که نباید با یکدیگر خلط شوند. دادگاه تجدیدنظر در سوم نوامبر ۱۹۳۲ رأی داد که سبب قانونی در عقد قرض، پرداخت مبلغی توسط مقرض به مقترض است و تعهد به ردّ عوض آن از این پرداخت حاصل می‌شود. لذا اگر سبب بدین معنا منتفی شود، عقد باطل می‌گردد (همان).

به عقیده برخی حقوق‌دانان مصری، دادگاه مختلط در مقایسه با دادگاه ملی اهتمام بیشتری در اتخاذ نظریه جدید سبب داشته است (همان: ۴۷۶/۱). توضیح اینکه دادگاه استیناف در حکمی قدیمی در ۲۲ نوامبر ۱۸۷۷ رأی داد که عقد اجاره یا قرض باطل نخواهد بود، حتی اگر مستأجر قصد داشته باشد محل را به عنوان فاحشه‌خانه به کار برد یا مقترض قصد داشته باشد مبلغ قرض شده را برای اداره فاحشه‌خانه صرف نماید حتی اگر موجر یا مقترض از این قصد آگاه باشد. اما بعد از مدتی این نظریه سنتی را کنار گذاشته و در آرای زیادی از نظریه جدید پیروی کرده است؛ برای نمونه، دادگاه استیناف مختلط در ۲۷ ژانویه ۱۹۰۹ رأی داد که فروش اسلحه‌ای که واردات آن به مصر ممنوع است به دلیل نامشروع بودن سبب باطل است به این شرط که فروشنده از این ممنوعیت مطلع باشد (همان). دادگاه مذکور در ۲۵ فوریه ۱۸۹۷ و ۱۵ مه ۱۹۲۹ چنین حکم داد که هر گاه قصد مقترض این باشد که بدین وسیله بتواند قماربازی کند و وام‌دهنده نیز به این قصد آگاه باشد، عقد قرض باطل خواهد بود (همان؛ نیز رک: کمال عبدالعز، ۲۰۰۳: ۸۰۴). بنابراین هرچند رویه قضایی مصر در گذشته درباره صدور برخی احکام، از نظریه سنتی سبب پیروی نمود، پس از تصویب قانون جدید، نظریه جدید را در مورد سبب پذیرفته و بدان پایبند است.

۴. مقایسه موضوع در فقه امامیه، حقوق موضوعه ایران و مصر

با مقایسه وضعیت حقوقی معامله با جهت نامشروع در فقه امامیه، حقوق موضوعه ایران و مصر می‌توان گفت:

۱. اگر سبب نامشروع صرفاً جنبه درونی برای یکی از متعاملین داشته باشد، معامله صحیح است. در این مورد نه جهت نامشروع وارد قلمرو توافق شده و نه طرف معامله از آن آگاه است. در این زمینه فقه امامیه و حقوق ایران و مصر هماهنگ هستند.

۲. از منظر حقوق دانان مصری، اگر طرفین قرارداد از سبب نامشروع آگاه باشند یا بتوانند از آن مطلع شوند، معامله باطل است؛ زیرا هدف نامشروع وارد قلمرو توافق طرفین شده است. رویه قضایی مصر نیز انگیزه نامشروع یکی از طرفین عقد را زمانی موجب بطلان می‌داند که طرف دیگر از آن آگاه باشد. همچنین از منظر قانون مدنی مصر، رویه قضایی و بسیاری از حقوق دانان مصری، ذکر سبب در عقد ضرورتی ندارد. در این زمینه نیز موضع فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران و مصر هماهنگ است.

۳. در حقوق مصر، سبب نامشروعی که فقط به یکی از متعاملین مربوط است و وارد مرز توافق اراده نشده است، منشأ اثر نمی‌باشد، هرچند طرف دیگر از آن آگاه باشد. در واقع این همان بحث جهت است که در خصوص حکم آن میان اندیشمندان فقه اختلاف نظر است. مشهور فقیهان امامیه حکم به صحت چنین معامله‌ای داده‌اند اما غیر مشهور، آن را باطل می‌دانند. در این زمینه بین دیدگاه مشهور حقوق دانان ایرانی، مصری و مشهور فقیهان امامیه اتفاق نظر وجود دارد.

نتیجه‌گیری

درباره وضعیت حقوقی معامله با جهت نامشروع بین فقیهان امامیه و حقوق دانان ایرانی و مصری اختلاف نظر است. مشهور فقها در جایی که طرف معامله از انگیزه نامشروع دیگری آگاه باشد ولی این آگاهی وارد قلمرو توافق طرفین قرارداد نشده باشد، حکم به صحت معامله نموده‌اند. در مقابل، غیر مشهور فقیهان معامله مذکور را باطل دانسته‌اند. در حقوق ایران در خصوص مفهوم کلمه «تصریح» که در ماده ۲۱۷ ق.م. به کار رفته است، اختلاف نظر است. برخی حقوق دانان با ارائه تفسیری مضیق از کلمه تصریح و به پیروی از مشهور فقیهان امامیه، آن را محدود به موردی می‌دانند که جهت نامشروع وارد قلمرو توافق طرفین قرارداد شده باشد. بر این اساس، چنانچه طرف معامله از انگیزه نامشروع دیگری آگاه باشد ولی انگیزه مذکور، وارد قلمرو توافق طرفین نگردد، معامله صحیح است. در مقابل، غیر مشهور فقیهان و نیز برخی حقوق دانان قائل به بطلان معامله یادشده گردیده‌اند. به نظر می‌رسد که دیدگاه غیر مشهور فقیهان امامیه و حقوق دانان ایرانی و مصری مبنی بر بطلان قرارداد مذکور، از منظر فقه استدلالی

قوی‌تر و با فلسفه وضع حکم جهت نامشروع یعنی جلوگیری از انعقاد توافقی‌های با انگیزه نامشروع و حفظ نظم عمومی سازگارتر است، لذا به نظر می‌رسد بیان ماده ۲۱۷ ق.م. در این زمینه وافی و کافی نیست و نیازمند اصلاح است.

کتاب‌شناسی

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم، کفایة الاصول، قم، آل البيت علیهم‌السلام، ۱۴۰۹ ق.
۲. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۳. ابوسیت، احمد حشمت، نظریة الالتزام فی القانون المدنی المصری، قاهره، مطبعة مصر، ۱۹۴۵ م.
۴. احمد محمد، عبدالصادق، المرجع القضائی فی شرح احکام القانون المدنی، بی‌جا، هیئة قضایا الدوله، ۲۰۱۰ م.
۵. اداره کل تدوین و تنقیح قوانین و مقررات، مجموعه قانون مدنی، چاپ ششم، تهران، معاونت پژوهش، تدوین و تنقیح قوانین و مقررات، ۱۳۸۴ ش.
۶. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، چاپ پنجم، تهران، اسلامیه، ۱۳۵۳ ش.
۷. انصاری، مرتضی بن محمدامین، کتاب المکاسب، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۸. همو، مطروح الانظار، قم، آل البيت علیهم‌السلام، بی‌تا.
۹. انصاری، مسعود و محمدعلی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، تهران: محراب فکر، ۱۳۸۴ ش.
۱۰. بجنوردی، سیدحسن، القواعد الفقہیہ، قم، الهادی، ۱۴۰۹ ق.
۱۱. بحرانی، یوسف بن احمد، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهره، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۱۲. بهرامی احمدی، حمید، حقوق تعهدات و قراردادها با مطالعه تطبیقی در فقه مذاهب اسلامی و نظام‌های حقوقی، تهران، دانشگاه امام صادق علیہ‌السلام، ۱۳۹۰ ش.
۱۳. همو، کلیات عقود و قراردادها، چاپ دوم، تهران، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۶ ش.
۱۴. تبریزی، جواد، ارشاد الطالب، چاپ سوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۶ ق.
۱۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، تأثیر اراده در حقوق مدنی، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۴۶ ش.
۱۶. همو، دوره حقوق مدنی (حقوق تعهدات)، چاپ سوم، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۲ ش.
۱۷. همو، مجموعه محشی قانون مدنی، چاپ دوم، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۲ ش.
۱۸. جوان، موسی، مبانی حقوق، تهران، رنگین، ۱۳۲۷ ش.
۱۹. حائری، محمدحسن و احسان علی اکبری بابوکانی، «عقد باطل (فاسد) در فقه امامیه و عامه، حقوق ایران و مصر»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۸۹ ش.
۲۰. حائری شاهباغ، سیدعلی، شرح قانون مدنی، چاپ دوم، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۲ ش.
۲۱. حرّانی، حسن بن علی بن شعبه، تحف العقول عن آل الرسول صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۴ ق.
۲۲. حرّ عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعه، قم، آل البيت علیهم‌السلام، ۱۴۰۸ ق.
۲۳. حسینی حائری، سیدکاظم، فقه العقود، چاپ دوم، قم، اندیشه اسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۲۴. حسینی روحانی، سیدمحمدصادق، فقه الصادق علیه‌السلام، قم، دارالکتاب، ۱۴۱۲ ق.
۲۵. همو، منہاج الفقہاء، چاپ پنجم، قم، انوار الهدی، ۱۴۲۹ ق.
۲۶. حسینی عاملی، سیدمحمدجواد، مفتاح الکرامه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۲۷. حسینی مراغی، میرعبدالفتاح، العناوین الفقہیہ، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۲۸. حکیم، سیدمحسن، حقائق الاصول، قم، کتاب فروشی بصیرتی، ۱۴۰۸ ق.
۲۹. حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، تحریر الاحکام الشرعیہ، قم، مؤسسه امام صادق علیه‌السلام، ۱۴۲۰ ق.
۳۰. خوانساری، سیداحمد، جامع المدارک، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.

۳۱. ره‌پیک، حسن، مقدمه علم حقوق، چاپ دوم، تهران، خرسندی، ۱۳۸۸ ش.
۳۲. سبزواری، سید عبدالاعلی، مهذب الاحکام، چاپ چهارم، قم، المنار، ۱۴۱۳ ق.
۳۳. سعد، نبیل ابراهیم، النظرية العامة للالتزام، بیروت، دار النهضة العربية، ۱۹۹۵ م.
۳۴. سلطان، انور، النظرية العامة للالتزام، چاپ دوم، مصر، دار المعارف، ۱۹۵۸ م.
۳۵. سنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسيط فی شرح القانون المدني الجديد، بیروت، دار النهضة العربية، بی تا.
۳۶. همو، مصادر الحق فی الفقه الاسلامی، بیروت، منشورات الحلبي، ۱۹۹۸ م.
۳۷. سیوری حلّی، جمال‌الدین مقداد بن عبدالله (فاضل مقداد)، التنقيح الرائع، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ ق.
۳۸. شایگان، سیدعلی، حقوق مدنی، قزوین، طه، ۱۳۷۵ ش.
۳۹. شهیدی، مهدی، اصول قراردادها و تعهدات، چاپ چهارم، تهران، مجد، ۱۳۸۵ ش.
۴۰. همو، تشکیل قراردادها و تعهدات، چاپ هشتم، تهران، مجد، ۱۳۹۰ ش.
۴۱. صابری، حسین، «پژوهشی تطبیقی در مدلول و مقتضای نهی در عبادات و معاملات»، مشکوة، شماره ۶۶، بهار ۱۳۷۹ ش.
۴۲. صدوق، محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، من لایحضره الفقیه، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۴۳. صفایی، سیدحسین، حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۳۸۶ ش.
۴۴. همو، دوره مقدماتی حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، چاپ چهارم، تهران، میزان، ۱۳۸۵ ش.
۴۵. همو، «نظریه جهت در قراردادها، بخش دوم، جهت در حقوق اسلام و ایران»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۹، تهران، بهار ۱۳۵۱ ش.
۴۶. طاهری، حبیب‌الله، حقوق مدنی، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۴۷. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، حاشیه المکاسب، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۲۱ ق.
۴۸. طلبه، انور، الوسيط فی القانون المدني، اسکندریه، دار المطبوعات الجامعیه، ۱۹۹۶ م.
۴۹. طوسی، محمد بن حسن، الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۵۰. همو، النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، چاپ دوم، بیروت، دار الکتاب، ۱۴۰۰ ق.
۵۱. عاملی، محمد بن مکی، الدروس الشرعية فی فقه الامامیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۵۲. همو، القواعد و الفوائد، قم، کتاب فروشی مفید، بی تا.
۵۳. عاملی جبعی، زین‌الدین بن علی، مسالک الافهام، قم، مؤسسة المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۵۴. عدل، مصطفی (منصور السلطنه)، حقوق مدنی، چاپ هفتم، تهران، امیرکبیر، ۱۳۴۲ ش.
۵۵. عراقی، آفاضیاء‌الدین، حاشیه المکاسب، قم، غفور، ۱۴۲۱ ق.
۵۶. همو، نهایة الافکار، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۵۷. علیدوست، ابوالقاسم، فقه و عرف، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۴ ش.
۵۸. غروی اصفهانی، محمدحسین، نهایة الدراییه، قم، سیدالشهداء علیه السلام، ۱۳۷۴ ق.
۵۹. فاضل لنکرانی، محمد، القواعد الفقهیه، قم، چاپخانه مهر، ۱۴۱۶ ق.
۶۰. فخرالمحققین حلّی، محمد بن حسن، ایضاح الفوائد، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۳۶۳ ق.
۶۱. فخلعی، محمدتقی، «تحول آرای فقیهان امامی در باب روش‌ها و ابزار انشای عقد با تحلیل دیدگاه امام خمینی، فصلنامه متین، شماره ۴۴، ۱۳۸۸ ش.

۶۲. فرج الصده، عبدالمنعم، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، بيروت، دار النهضة العربية، ۱۹۷۴ م.
۶۳. فیض کاشانی، محمد محسن بن شاه مرتضی، مفاتیح الشرائع، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ ق.
۶۴. قاسم زاده، سیدمرتضی، اصول قراردادها و تعهدات، چاپ چهاردهم، تهران، دادگستر، ۱۳۸۹ ش.
۶۵. قبولی درافشان، سیدمحمد مهدی و سیدمحمد هادی، «بررسی لزوم یا عدم لزوم شرایط اساسی صحت قراردادها در مورد شروط ضمن عقد»، دوفصلنامه دانش حقوق مدنی، سال اول، شماره ۱، ۱۳۹۱ ش.
۶۶. قبولی درافشان، سیدمحمد هادی، مفهوم بیع و تمایز آن از سایر قراردادها در حقوق ایران با بررسی تطبیقی در حقوق انگلیس، تهران، شلاک، ۱۳۸۶ ش.
۶۷. قمی طباطبایی، سیدتقی، الانوار البهیة فی القواعد الفقهیة، قم، محلاتی، ۱۴۲۳ ق.
۶۸. کاتوزیان، ناصر، اعمال حقوقی، تهران، انتشار، ۱۳۷۰ ش.
۶۹. همو، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ سوم، تهران، میزان، ۱۳۷۸ ش.
۷۰. همو، قواعد عمومی قراردادها، تهران، به نشر، ۱۳۶۶ ش.
۷۱. همو، قواعد عمومی قراردادها، چاپ چهارم، تهران، انتشار، ۱۳۷۶ ش.
۷۲. همو، مقدمه علم حقوق، چاپ چهل و چهارم، تهران، انتشار، ۱۳۸۴ ش.
۷۳. کرکی عاملی، علی بن عبدالعالی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ دوم، قم، آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۴ ق.
۷۴. کمال عبدالعزیز، محمد، التقنین المدنی فی القضاء و الفقه، مصادر الالتزام، دمشق، دار ناصیف، ۲۰۰۳ م.
۷۵. مامقانی، محمدحسن بن عبدالله، غایة الآمال فی شرح مکاسب، قم، الذخائر الاسلامیه، ۱۳۱۶ ق.
۷۶. محقق اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، چاپ دوم، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۷۷. محقق داماد، سیدمصطفی و دیگران، حقوق قراردادها در فقه امامیه، تهران، سمت، ۱۳۷۹ ش.
۷۸. مکارم شیرازی، ناصر، انوار الفقاهه (کتاب التجاره)، قم، مدرسه الامام علی علیه السلام، ۱۴۲۶ ق.
۷۹. منتظری نجف آبادی، حسینعلی، دراسات فی مکاسب المحرمه، قم، تفکر، ۱۴۱۵ ق.
۸۰. موسوی خمینی، سیدروح الله، مکاسب المحرمه، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۵ ق.
۸۱. همو، تحریر الوسیله، قم، دار العلم، بی تا.
۸۲. همو، تهذیب الاصول، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۲ ق.
۸۳. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، مصباح الفقاهه، بیروت، دار الهادی، ۱۴۱۲ ق.
۸۴. همو، هداية الاصول، بی جا، صاحب الامر، ۱۴۱۷ ق.
۸۵. نایینی، محمدحسین، فوائد الاصول، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۸۶. همو، منية الطالب، تهران، المكتبة المحمدیه، ۱۳۷۳ ق.
۸۷. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۸۸. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، عوائد الایام، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۸۹. نقیب، عاطف، نظرية العقد، بیروت، منشورات عویدات، ۱۹۸۸ م.
۹۰. واحدی، قدرت الله، مقدمه علم حقوق، چاپ یازدهم، تهران، میزان، ۱۳۸۶ ش.
۹۱. وسی، انور العمر، التعلیق علی نصوص القانون المدنی المعدل بمذاهب الفقه و احکام القضاء الحدیثه فی مصر و الاقطار العربیه، اسکندریه، دار المطبوعات الجامعیه، ۱۹۸۳ م.

مبانی تداوم شخصیت حقوقی انسان پس از مرگ

در مذاهب خمسسه و حقوق موضوعه*

□ فاطمه قدرتی^۱

چکیده

با توجه به موازین فقهی و حقوقی، هر فردی از ابتدای حیات خود شخصیت حقوقی دارد و می‌تواند طرف حق و تکلیف قرار گیرد و نسبت به اجرای حقوق و ادای تکالیفش اقدام کند. اما اینکه با رخداد مرگ چه تغییری در وضعیت شخصیت حقوقی و اهلیت افراد پیش خواهد آمد، دیدگاه‌ها در مذاهب اسلامی و حقوق موضوعه مختلف است؛ اگرچه عموماً فقهای اسلامی و حقوق‌دانان، مرگ را پایان اهلیت انسان می‌دانند، به نظر می‌رسد با توجه به مناقشات وارده بر این نظریه، همچنین استحکام مبانی دیدگاهی که مرگ را تنها پایان‌بخش اهلیت استیفا دانسته و اهلیت تمتع را همچنان باقی می‌داند، ضرورت بررسی دوباره این موضوع که مبنای بسیاری از آرای فقهی و حقوقی است، احساس می‌شود. این پژوهش به روش تحلیلی - توصیفی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای انجام شده است و با هدف اثبات تداوم شخصیت و اهلیت انسان پس از مرگ، ضمن نقد

دیدگاه‌های مخالفان. با ارائه ادله در بقای ذمه متوقفا ورثه را قائم مقام متوقفا در مطالبه بسیاری از حقوقی دانسته که با مبنای مشهور که عدم تداوم اهلیت متوقفاست، مطالبه آن ممکن نیست یا از باب حق متوقفا مطالبه نمی‌شود. نیز این نظریه، محدوده مطالبه دیون مالی و غیر مالی متوقفا را متحول خواهد کرد.

واژگان کلیدی: تداوم شخصیت حقوقی، ذمه، اهلیت، متوقفا.

بیان مسئله

دیدگاه‌ها درباره وضعیت شخصیت حقوقی افراد پس از مرگ متفاوت است. گروهی مرگ را پایان شخصیت حقوقی و شایستگی انسان برای واجدیت حق و تکلیف دانسته‌اند. در مقابل، برخی معتقدند که می‌توان متوقفا را طرف حق و تکلیف دانست و به طرفیت از او برای مطالبه حقوق یا ادای دیونش اقدام کرد. در دیدگاه سوم، ضعف ذمه و اهلیت متوقفا بیان شده است. با اینکه ماده ۹۵۶ ق.م. به صراحت مرگ را پایان اهلیت انسان دانسته است، مواد قانونی در این باره متفاوت است.

نظریه تداوم اهلیت و بقای ذمه متوقفا به عنوان ذی حق یا مدیون امکان قائم مقامی ورثه را برای مطالبه تمامی حقوق متوقفا از جمله حقوق شخصی و غیر مالی او فراهم می‌کند. همچنین امکان ادای همه دیون و تکالیف را به طرفیت از متوقفا برای ورثه ممکن خواهد ساخت و حال آنکه در سایر دیدگاه‌ها با این مبنا که متوقفا دیگر طرف دعوی نیست، اساساً قابلیت مطالبه بسیاری از این حقوق و تکالیف ممکن نخواهد بود یا مطالبه آن نه از باب ارث بلکه به عنوان حق ابتدایی ورثه است (مانند دیدگاه‌ها درباره حق قذف و قصاص و...). یا در رابطه با تکالیف مالی متوقفا برای ترکه و نه خود او شخصیت حقوقی قائل‌اند. اما این راه حل ظرفیتی مناسب برای محدوده مطالبه دیون متوقفا نخواهد بود و اشکالاتی دارد. همچنین بسیاری از دیون غیر مالی متوقفا را در این دنیا قابل مطالبه نمی‌دانند.

لذا با نظر به اهمیت و مبنایی بودن بحث برای بسیاری از مواد قانونی و فتاوی فقهی در ابواب مختلف، بازپژوهی و تبیین دوباره وضعیت حقوقی افراد پس از مرگ ضروری می‌نماید. ضروری است برای روشن شدن این موضوع به دو سؤال پاسخ داده شود:

۱. نسبت اهلیت تمتع با اهلیت استیفا چگونه است و مرگ چه تأثیری بر این دو

اهلیت می‌گذارد؟

۲. رابطهٔ اهلیت تمتع و استیفا با ذمهٔ شخص (به عنوان ظرف تکالیف و حقوق) چگونه است و مرگ چه تأثیری بر ذمهٔ شخص خواهد داشت؟

باید گفت که نظریهٔ تداوم اهلیت متوقفاً بر سه مبنا استوار است: ۱. ملازمه ناپذیری اهلیت تمتع با اهلیت استیفا در بقا؛ ۲. بقای اهلیت تمتع بعد از مرگ و فرضِ واجدیت افراد نسبت به حق و تکلیف؛ ۳. قائم مقامی ورثه در اهلیت استیفا و مطالبهٔ حقوق و ایفای تکالیف از طرف متوقفاً (متوقفاً به عنوان ذی حق و واجد اهلیت تمتع).

اثبات بقای اهلیت تمتع و عدم تلازم آن با اهلیت استیفاً متوقفاً نیز منوط به احراز ملازمهٔ اهلیت تمتع با ذمه و عدم ملازمهٔ اهلیت استیفا با ذمه در بقاست که در ادامهٔ اثبات تداوم ذمهٔ متوقفاً بعد از مرگ به عنوان محل حقوق و دیون متوقفاً، به معنای تداوم اهلیت تمتع خواهد بود.

۱. اهلیت و انواع آن

واژهٔ اهلیت (الأهلیة) در اصطلاح به دو شکل تعریف شده است: در تعریف بیشتر فقهای عامه، اهلیت همان شایستگی انسان برای ثابت شدن حقوق مشروع به نفع شخص یا علیه اوست:

صلاحیة الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه (ر.ک: زحیلی، ۱۴۰۴: ۱۵۶/۴؛ زبدان، ۱۳۹۶: ۹۲).

این تعریف، با توجه به انواع اهلیت، جامع نیست و تنها شامل «اهلیت وجوب و تمتع» است، نه «اهلیت استیفاً حق و ادای تکلیف». لذا در تعریفی دیگر آمده است:

«صلاحیة الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه، أو لصدور الفعل منه علی وجه معتبر شرعاً» (نقننازانی، ۱۴۱۶: ۳۳۷/۲)؛ صلاحیت انسان برای واجدیت حق و تکلیف یا صلاحیت انسان برای صدور افعال و اقوال به گونه‌ای که اعتبار شرعی داشته باشند [برای استیفاً حق یا ادای تکلیف].

حقوق دانان عموماً واژهٔ «اهلیت» را در رابطه با حق - و نه تکلیف - به کار برده‌اند و

آن را شایستگی و توانایی قانونی فرد برای دارا شدن حق و اجرای حق می‌دانند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۷۳۹/۱؛ ساکت، ۱۳۷۶: ۷۷). البته در برخی تعاریف، دامنه آن را نسبت به تکلیف نیز توسعه داده‌اند:

اهلیت عبارت است از شایستگی انسان برای دارا بودن یا اجرای حق و تکلیف (شهیدی، ۱۳۷۷: ۲۴۶).

با توجه به این تعاریف، اهلیت دو بخش است: «اهلیت وجوب» و دارا شدن حق و تکلیف که در خصوص حق با عنوان «اهلیت تمتع» از آن یاد می‌شود؛ و «اهلیت ادا و استیفا» که به موجب آن، عبادات و عقود و تصرفات شخص صحیح است و در مقابل ارتکاب جنایت بر مال و نفس و حیثیت دیگران معاقب خواهد بود (زحیلی، ۱۴۱۹: ۱۵۷/۴). گاه فقها اهلیت وجوب را با عنوان «اهلیت الزام و التزام» یا اهلیت «ایجاب و استیجاب» نام گذاری می‌کنند (سیوری حلی، ۱۴۰۳: ۳۷۹/۱؛ بهوتی، بی‌تا: ۲۸۹/۳؛ بخاری حنفی، ۱۴۱۸: ۲۳۸/۴).

اهلیت وجوب دایر مدار حیات شخص یا انسان بودن است (زحیلی، ۱۴۰۴: ۱۱۷/۴). فقها اهلیت وجوب جنین را از این حیث که نمی‌تواند طرف تکلیف باشد، اهلیتی ناقص می‌دانند. در ماده ۹۵۸ ق.م. درباره مناط اهلیت تمتع آمده است: «هر انسانی متمتع از حقوق مدنی خواهد بود...». در این ماده، اهلیت تمتع ملاک شخصیت حقوقی افراد است. در ماده ۹۵۷ ق.م. نیز حمل اگر زنده متولد شود، اهلیت تمتع خواهد داشت.

اهلیت تمتع نسبت به انواع حقوق و تکالیف، با توجه به ادوار مختلف زندگی متفاوت است؛ مثلاً انسان در سنی خاص حق تمتعات جنسی دارد؛ یا در حوزه تکالیف که مجنون و صبی غیر ممیز نسبت به بسیاری از تکالیف متعلق خطاب نیستند، بنا بر نظر فقهای حنبلی و مالکی و شافعی و بعضی از فقیهان امامی پرداخت زکات بر آنها واجب است (جزیری، ۱۴۱۹: ۵۹۰/۱؛ طوسی، ۱۳۵۱: ۲۳۴/۱) یا در بحث ضمان ناشی از اضرار به غیر، هم در مواد قانونی (ماده ۱۲۱۶ ق.م. و ماده ۷ ق.م.م.) و هم از جهت فقهی، ضمان و مسئولیت مدنی متوجه مجنون و صبی است، نه ولی او (موسوی خویی، ۱۹۹۶: ۱۱۹/۲).

اهلیت ادا و استیفا دائرمدارِ تمیز و درک برای داشتن اراده انشایی نسبت به اعمال حقوقی است. ملاک این تمیز در مسائل مالی، مدنی و جزایی، عقل و بلوغ و رشد و عدم حجر است. فقها در این باره اتفاق نظر دارند. بر همین اساس، قائل به عدم اهلیت ادا، حجر عام و عدم نفوذ تصرفات در مجنون و صغیر غیر ممیز هستند (ر.ک: محقق حلی، ۱۴۰۷: ۱۴/۲، ۱۸۰، ۱۹۴، ۱۹۷ و ۱۶۳/۳؛ زحیلی، ۱۴۰۴: ۱۴۰/۴، ۱۹۰/۴ و ۳۵۹ و ۳۸۴) و درباره آن‌ها حکم به ضرورت وجود ولیّ عام یا خاص می‌کنند (محقق حلی، ۱۴۰۷: ۵۷۹/۲؛ کرکی عاملی، ۱۴۲۹: ۱۸۹/۸ و ۹۷/۱۲؛ زحیلی، ۱۴۰۴: ۱۴۴/۴). در حقوق ایران نیز ذیل مواد ۱۲۰۷ و ۱۲۱۰ ق.م. و سایر مواد مربوط به حقوق اشخاص، به این مطلب پرداخته شده است.

۲. رابطه اهلیت تمتع و استیفا در بقا

دیدگاه اول: ملازمه اهلیت تمتع با اهلیت استیفا (عدم بقای اهلیت

تمتع پس از مرگ)

بنا بر نظر بسیاری از فقهای امامیه و اهل سنت و همچنین بسیاری از حقوق‌دانان داخلی، مرگ پایان اهلیت تمتع و استیفا و شخصیت حقوقی انسان است؛ چرا که میت نمی‌تواند به مطالبه حق و ادای تکلیف پردازد. لذا طرف حق و تکلیف نیز قرار نمی‌گیرد و واجد حقوق و تکلیف نخواهد بود. این بدان معناست که پس از مرگ مطالبه حقوق او منتفی خواهد بود (سلامی حنبلی، بی‌تا: ۱۹۳؛ زرقاء، ۱۴۲۰: ۸؛ حسینی عاملی، بی‌تا: ۹۱/۸؛ بخاری حنفی، ۱۴۱۸: ۳۳۵/۴؛ زحیلی، ۱۴۱۹: ۱۶۳/۱). در حاشیه المکاسب در اشاره به زوال نسبت انسان با مافی‌الذمه خود اعم از حقوق و تکالیف بعد از مرگ آمده است:

وبالموت تزول الإضافة ولا یعقل بقاء ما فی الذمة حتی یورث... (غروی اصفهانی، ۱۴۲۵: ۲۳۷/۵).

این مبنا در بسیاری از ابواب فقهی بر دیدگاه فقها تأثیر نهاد؛ مثلاً فقهای حنبلی معتقدند که دیون میت به مال او تعلق دارد و نه ذمه‌اش (سلامی حنبلی، بی‌تا: ۱۹۳؛ زرقاء، ۱۴۲۰: ۸). از این رو، قائل به اسقاط دیون او در مقدار زائد بر ترکه می‌باشند. نیز بسیاری از حقوق‌دانان برای ادای دیون متوفاً، برای ترکه «شخصیت حقوقی» قائل شده‌اند و نه

برای شخص متوقاً (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۴۰۰؛ امامی، ۱۳۵۰: ۹۰/۳). همچنین برخی فقهای امامی و حنفی با همین مبنا حق قصاصِ نفس را متعلق به میت نمی‌دانند و قائل به موروثی بودن آن نیستند (غروی اصفهانی، ۱۴۲۵: ۲۵۲/۵؛ سبزواری، ۱۴۱۷: ۲۸۵/۲۸؛ بخاری حنفی، ۱۴۱۸: ۳۲۵/۳-۳۲۶). صاحب کتاب *کشف الاسرار* از فقهای حنفی، به این مطلب تصریح دارد:

إِنَّ الْقِصَاصَ فِي النَّفْسِ لَا يَجِبُ إِلَّا بَعْدَ الْمَوْتِ وَالْمَوْرَثَ بَعْدَ الْمَوْتِ لَيْسَ بِأَهْلٍ أَنْ يَجِبَ هَذَا الْحَقُّ لَهُ فَيَجِبُ لِلوَارِثِ وَباعتبار أصل السبب الحقّ للمورث لأنّ السبب جنایة علی حقّه... قال أبو حنیفة رحمه الله: إنَّ الْقِصَاصَ غَیر مَوْرَثٍ یعنی لا یثبت علی وجه یجری فیهِ سهام الورثة بل یثبت ابتداء للورثة (بخاری حنفی، ۱۴۱۸: ۳۲۵/۳-۳۲۶).

موضع قوانین ایران در این بحث بسیار مشوش است. از یک سو، قانون مدنی پایان اهلیت تمتع و استیفا را زمان فوت شخص دانسته و در ماده ۹۵۶ ق.م. مقرر شده است که: اهلیت برای دارا بودن حقوق با زنده متولد شدن انسان شروع و با مرگ او تمام می‌شود.^۱

از سوی دیگر، ذیل ماده ۲۳۴ قانون امور حسبی به صراحت از جانب ورثه، امکان حق مطالبه یا طرح دعوی برای اثبات طلب به طرفیت از متوقاً پذیرفته شده است: ورثه می‌توانند برای اثبات طلب یا حقی برای متوقاً اقامه دعوی کنند، هرچند بعد از ثبوت حق، چیزی عاید آن‌ها نشود؛ مثل اینکه دین متوقاً مستغرق ترکه او باشد.

فرض این معنا منوط به قبول تداوم اهلیت تمتع متوقاست. نمونه‌ای دیگر، ماده ۴۱ قانون ثبت احوال است که ورثه را در موارد اجحاف به حق نام و عنوان متوقاً، متولّی ایجاد ممانعت و طرح دعوی برای رسیدگی نموده است. این مستلزم فرض بقای این حق برای متوقاً پس از فوت خواهد بود. همچنین موضع قانون‌گذار درباره مصادیق تداوم اهلیت و بقای ذمه بعد از مرگ که در لسان فقها آمده است، کاملاً متفاوت

۱. قانون‌گذار درباره زمان شروع اهلیت تمتع بلافاصله در ماده بعد (ماده ۹۵۷ ق.م.) زمانی متفاوت را مقرر کرده و حمل و جنین را نیز واجد اهلیت تمتع دانسته و زنده متولد شدن او را شرط اهلیت تمتع در دوران حمل و نه زمان شروع اهلیت تمتع قرار داده است: «حمل، از حقوق مدنی متمتع می‌گردد مشروط بر اینکه زنده متولد شود». فقها این زمان دوم را برای آغاز اهلیت تأیید می‌کنند.

است. در ادامه مقاله به آن‌ها اشاره می‌شود.

دیدگاه دوم: عدم ملازمه اهلیت تمتع با اهلیت استیفا (بقای اهلیت تمتع پس از مرگ)

برخی فقها و محققان امامی و نیز فقهای شافعی و مالکی و گروهی از حنابله معتقدند که ذمه میت بعد از فوت همچنان پابرجاست و مستقل از ذمه ورثه (حائری، ۱۴۰۳: ۶۹-۶۸؛ جواهری، ۱۳۸۰: ۱/۱۰۰، ۱۲۷ و ۱۶۰؛ رملی، ۱۳۸۹: ۳/۲۳۵؛ زرقاء، ۱۴۲۰: ۲۲۹؛ ابن قدامه، ۱۳۴۸: ۳/۴-۵۰۴). در واقع، مبنای این دسته از فقها در قول به بقای اهلیت تمتع و عدم تلازم آن با اهلیت استیفا متوقفاً، چنین است که ابتدا ملازمه اهلیت تمتع با ذمه و عدم ملازمه اهلیت استیفا با ذمه را در بقا پذیرفته‌اند و در ادامه، با اثبات تداوم ذمه متوقفاً بعد از مرگ به عنوان محل حقوق و دیون متوقفاً، تداوم اهلیت تمتع را بعد از فوت ثابت می‌کنند. دسته دیگر از فقهای امامی و برخی فقهای حنبلی معتقدند که ذمه از خصایص شخص زنده است. اینان حقوق و دیون و تکالیف را قابل انتساب به میت نمی‌دانند و قائل به عدم بقای اهلیت تمتع بعد از مرگ هستند (ر.ک: حسینی عاملی، بی‌تا: ۹۱/۸؛ غروی اصفهانی، ۱۴۲۵: ۵/۲۵۲؛ موسوی خویی، ۱۹۹۶: ۲/۱۱۹؛ سبزواری، ۱۴۱۷: ۲۸/۲۸۵؛ سلامی حنبلی، بی‌تا: ۱۹۳؛ زرقاء، ۱۴۲۰: ۸).

با توجه به اینکه دیدگاه تداوم اهلیت تمتع مدعای این مقاله است، ما نیز ابتدا بحثی را درباره ملازمه یا عدم ملازمه ذمه با انواع اهلیت ارائه می‌کنیم و در گام بعد، ادله بقای ذمه یا عدم بقای ذمه را به عنوان محل حقوق و دیون متوقفاً، به بحث و بررسی می‌نهم. بدیهی است که ضعف ادله قائلان به بقای اهلیت تمتع در هر قسمت به معنای تقویت دیدگاه مقابل خواهد بود.

۳. ملازمه یا عدم ملازمه ذمه با انواع اهلیت

الف) رابطه ذمه با اهلیت وجوب (اهلیت الزام و التزام)

همه مذاهب اهل سنت و بسیاری از فقیهان امامی و حقوق دانان داخلی ضمن تعریف ذمه، قائل به ترتب اهلیت وجوب بر وجود ذمه هستند (ر.ک: بخاری حنفی، ۱۴۱۸: ۴/۲۳۸؛

قرافی مالکی، بی‌تا: ۲۳۰/۳؛ دمیاطی، ۱۴۱۸: ۱۶/۳؛ بهوتی، بی‌تا: ۲۸۹/۳؛ سیوری حلی، ۱۴۰۳: ۳۷۹/۱؛ عاملی، بی‌تا: ۱۳۵/۲). اینان همگی ذمه را یک وصف یا معنای اعتباری شرعی می‌دانند که به واسطه آن، شخص قابلیت می‌یابد تا طرف حق و تکلیف قرار گیرد: «إِنَّ الذِّمَّةَ وَصْفٌ شَرَعِيٌّ يَصِيرُ بِهِ الْإِنْسَانُ أَهْلًا لِمَا لَهُ وَمَا عَلَيْهِ» یا «... يَصِيرُ بِهِ الْإِنْسَانُ أَهْلًا لِلْوَجُوبِ لَهُ وَلِلْوَجُوبِ عَلَيْهِ» یا «... يَصِيرُ بِهِ أَهْلًا لِلْإِيجَابِ وَالِاسْتِجَابِ» یا «... قابل للالتزام والإلزام» (ر.ک: سیوری حلی، ۱۴۰۳: ۳۷۹/۱؛ عاملی، بی‌تا: ۱۳۵/۲؛ بخاری حنفی، ۱۴۱۸: ۲۳۸/۴).

از نظر اینان، ذمه محلی اعتباری و ظرفی برای حقوق و تکالیف است (مجموعه من المؤلفین، ۱۴۰۸: ۱۴۰/۱۳؛ قرافی مالکی، بی‌تا: ۲۳۰/۳؛ برای منابع حقوقی ر.ک: شهیدی، ۱۳۷۷: ۱۱۴). در کتاب *کشف الاسرار عن اصول فخر الاسلام البزدوی* به روشنی این معنا تبیین شده است:

إِنَّ الْآدَمِيَّ يُولَدُ وَهُوَ ذِمَّةٌ صَالِحَةٌ لِلْوَجُوبِ بِإِجْمَاعِ الْفُقَهَاءِ، أَمَّا أَهْلِيَّةُ الْوَجُوبِ فَهِيَ بِنَاءٍ عَلَى قِيَامِ الذِّمَّةِ، أَيْ لَا تُثَبِّتُ هَذِهِ الْأَهْلِيَّةُ إِلَّا بَعْدَ وَجُودِ ذِمَّةٍ صَالِحَةٍ، لِأَنَّ الذِّمَّةَ هِيَ مَحَلُّ الْوَجُوبِ، وَلِهَذَا يُضَافُ إِلَيْهَا (الذِّمَّةُ) وَلَا يُضَافُ إِلَى غَيْرِهَا بِحَالٍ (بخاری حنفی، ۱۴۱۸: ۲۳۸/۴).

باید گفت که برخی فقهای امامیه، ذمه را همان عهده شخص دانسته‌اند (حسنی، بی‌تا: ۵۷) و برخی در تفکیک مفهوم ذمه از عهده معتقدند که عهده ظرف تکالیف است و ذمه ظرف حقوق مالی و اموال کلی.^۱ بر این مبنا، اهلیت التزام متوجه عهده افراد خواهد بود و نه ذمه ایشان.

با توجه به آنچه بیان شد می‌توان گفت که «اهلیت وجوب با فرض وجود ذمه تثبیت می‌شود» و ذمه، ظرف یا منشأ اهلیت وجوب است و آنان که قائل به این معنا نیستند ذمه و عهده را به یک معنا می‌گیرند.

۱. مرحوم نایینی «ذمه» را ظرف اعیان و اموال کلی و «عهده» را ظرف اموال خارجی می‌داند؛ مثلاً در عین مغضوب، در صورت تلف، مثل یا قیمت آن بر ذمه غاصب است. اما شهید صدر در مخالفت با ایشان، عهده را ظرف تکالیف می‌داند و نه صرف اموال خارجی، لذا در مورد غاصب نیز اگرچه بعد از تلف، مثل یا قیمت در ذمه اوست، در همان حال همچنان وجوب تکلیفی پرداخت مثل یا قیمت آن مال به عهده غاصب خواهد بود (ر.ک: نجفی خوانساری، ۱۴۱۸: ۱۴۱/۱ و ۱۴۵؛ حائری، ۱۴۰۳: ۴۵).

ب) رابطه ذمه با اهلیت ادا (اهلیت استیفا یا تصرف)

تقریباً تمامی فقهای اهل سنت و امامیه در خصوص اهلیت تصرف معتقدند که این اهلیت، ملازمه‌ای با وجود یا عدم ذمه و اهلیت وجوب ندارد، همچنان که سفیه در صورت اتلاف مال غیر و جنایت، ذمه و اهلیت وجوب دارد اما اهلیت تصرف در قالب بیع، ضمان، حواله و مهر ندارد؛ یا ذمه مفلس محجور نسبت به دیون و تعهدات بدون داشتن اهلیت استیفا باقی است. مثال دیگر، وضعیت فرد در مرض منجر به مرگ است که به حکم شرع در عین منع از تصرف، ذمه و اهلیت وجوب باقی است. در مواردی نیز اهلیت تصرف وجود دارد اما ذمه و اهلیت ثابت نیست؛ مانند وضعیت صغیر ممیز که در مواردی اهلیت تصرف دارد اما بنا بر نظر کسانی که عقل و بلوغ را در اهلیت وجوب و ذمه شرط می‌دانند، تا قبل از بلوغ ذمه ندارد (ر.ک: سیوری حلی، ۱۴۰۳: ۳۷۹/۱؛ تبریزی، ۱۴۱۱: ۲۱/۲؛ جزیری، ۱۴۱۹: ۵۹۰/۱). شهید اول نیز درباره عدم شرطیت بقای ذمه در اهلیت تصرف می‌گوید:

لا یشرط فی الأهلیة التذمّم، فإنّ الوصیّ والوکیل والحاکم وأمینة لهم الأهلیة ولا یتعلّق بدممهم شیء (عاملی، بی‌تا: ۱۳۵/۲).

در مواردی نیز نه ذمه وجود دارد و نه اهلیت تصرف؛ مانند وضعیت صغیری که ولی او وی را به عقد نکاح درآورده است. او در این صورت، نسبت به نکاح اهلیت تصرف ندارد و اگر مالی نداشته باشد، نسبت به مهریه نیز ذمه نخواهد داشت. برخی فقها اهلیت تصرف را حکمی وضعی یا حکمی تکلیفی به معنای اباحه در تصرف دانسته‌اند که اسباب و شروط خود را دارد (سیوری حلی، ۱۴۰۳: ۳۷۹/۱؛ عاملی، بی‌تا: ۱۳۵/۲؛ قرافی مالکی، بی‌تا: ۲۳۶-۲۲۶/۳).

آنچه از بررسی رابطه ذمه با انواع اهلیت به دست می‌آید این است که بر خلاف عقیده بسیاری از محققان، اهلیت وجوب دائرمدار اهلیت استیفا و مطالبه نخواهد بود و ممکن است که در شرایطی، فرد به واسطه وجود مانع اعم از مرگ، اعسار و افلاس و... دارای اهلیت ادا نباشد اما همچنان برای الزام و التزام نسبت به پرداخت دین اهلیت وجوب داشته باشد. همچنان که در بحث اعسار که مانعیت آن دائمی نیست می‌بینیم

که با رفع افلاس و اعسار، فرد ملزم به پرداخت دین سابق می‌شود و این گونه نیست که بروز حالت افلاس باعث سقوط ذمه شخص و از بین رفتن اهلیت و جوب نسبت به پرداخت دین باشد؛ چرا که اگر این گونه بود، حکم فقها به وجوب پرداخت بدهی بعد از رفع اعسار به معنای الزامی جدید است که نیاز به دلیل دارد.

رویکرد مواد قانونی نیز همسو با همین حکم فقهاست. در ماده ۳۴ قانون اعسار (مصوب ۱۳۱۳ ش.) آمده است:

در هر موقع که معسر به تأدیة تمام یا قسمتی از بدهی خود متمکن گردد، ملزم به تأدیة آن است....

همچنین است در دیگر مواد قانونی مانند ماده ۷۰۶ و ۵۱۱ ق.آ.د.م. و ماده ۳۰ قانون اعسار و....

باید گفت که عدم اهلیت ادا در مدیون به واسطه بروز حالت اعسار، در نصوص شرعی ثابت شده است و از همین روست که فقها مطالبه دائن را در این شرایط حرام دانسته‌اند:

كما لا يجب على المعسر الأداء، يحرم على الدائن إعساره بالمطالبة والاقتضاء، بل يجب أن ينظره إلى اليسار (موسوی خمینی، بی تا: ۶۵۱/۱؛ موسوی خویی، ۱۳۸۶: ۱۹۱/۲).

در عبارت ایشان، عدم وجوب به معنای رفع وجوب فعلی و تکلیف مؤجل و «عهده» افراد است و نه سقوط «ذمه» و تکلیف اقتضایی به پرداخت دین و از بین رفتن اهلیت و جوب در این خصوص. بنابراین دیون متوقفاً نه بر عهده و رقبه اوست و نه به عین اموال او تعلق دارد بلکه ظرف و محل مناسب آن ذمه شخص خواهد بود.

اما این سخن فقها درست است که انسان مرده به واسطه نداشتن اهلیت ادا و نیز طبق آیه «لَا يَكُلُّ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا» (بقره/ ۲۸۶) ملزم به دیون و تکالیف جدید نخواهد شد، اما مالکیت انسان نسبت به خود و اعمال سابقش با فرض بقای ذمه، مولد بقای اهلیت الزام و التزام نسبت به خود و اعمال سابق خود خواهد بود (ر.ک: جواهری، ۱۳۸۰: ۱۵۳/۱؛ نجفی، ۱۳۷۳: ۲۲/۳۵۸).

علاوه بر این، فرض حقوق جدید برای میت نیز اگر بتوان اهلیت استیفای آن را به

دیگری واگذار کرد، بلامانع است، همچنان که می‌بینیم در کتب فقهی در باب تجاوز به حقوق میت و متعاقباً ایجاد حق مطالبه در صورت جنایت بر جسم او یا قذف و توهین نسبت به میت یا انجام اعمال منافی عفت (زنا و لواط با میت) یا سرقت از میت و... احکامی برای تبیین سازوکار مطالبه آنها بیان شده است (ر.ک: هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲: ۵۴۹/۲؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۲۴۷/۴؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۳/۱۲۴).

۴. وضعیت ذمه شخص بعد از مرگ

۴-۱. ادله بقای ذمه و اهلیت تمتع بعد از فوت

اشاره شد که برخی فقیهان امامی، فقهای شافعی و مالکی و گروهی از حنابله معتقدند که ذمه میت بعد از فوت همچنان پابرجا و مستقل از ذمه ورثه است (ر.ک: حائری، ۱۴۰۳: ۴۵؛ جواهری، ۱۳۸۰: ۱/۱۰۰، ۱۲۷ و ۱۶۰؛ رملی، ۱۳۸۹: ۳/۲۳۵؛ زرقاء، ۱۴۲۰: ۲۲۹؛ ابن قدامه، ۱۳۴۸: ۵۰۳/۴). اینک به ادله بقای ذمه متوقفاً بعد از فوت می‌پردازیم.

الف) روایات

روایات صحیح فراوانی وجود دارد که نشان می‌دهد ائمه مشروعیت این اعتبار عقلایی را بعد از فوت نیز پذیرفته و به اعتبار بقای ذمه به عنوان محل حقوق و دیون، فرد را همچنان نسبت به دیون مکلف دانسته‌اند، حتی اگر مالی باقی نگذاشته باشد.

- صحیح صنفوان بن یحیی عن أبي الحسن الرضا عليه السلام في رجل قُتل وعليه دين ولم يترك مالا، فأخذ أهله الدية من قاتله، عليهم أن يقضوا دينه؟ قال: «نعم». قلت: وهو لم يترك شيئاً! قال: «إنما أخذوا الدية فعليهم أن يقضوا دينه» (حرّ عاملی، ۱۴۰۳: ج ۱۳، ب ۲۴، ابواب الدین، ح ۱).

- صحیح عبد الله بن سنان عن الإمام الصادق عليه السلام في الرجل يموت وعليه دين فيضمه ضامن للغرماء، فقال: «إذا رضى به الغرماء فقد برئت ذمة الميت» (همان: ج ۱۳، ب ۱۴، ابواب الدین، ح ۱).

در کتب فقهی اهل سنت نیز معمولاً به روایتی از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله استناد می‌شود که

می‌فرماید:

المیت مرتهن بدینه حئی یقضى عنه (ر.ک: ابن قدامه، ۱۳۴۸: ۵۰۳/۴-۵۰۴؛ زرقاء، ۱۴۲۰: ۲۲۸).

این روایت با عباراتی مشابه در کتب حدیث امامیه نیز وجود دارد:
لا تزال نفس المؤمن معلقة ما كان عليه ذین (حز عاملی، ۱۴۰۳: ج ۱۳، ب، ابواب الدین، ۷ح).

ب) عقل

با ملاحظه تعاریف ذمه می‌توان گفت که تقریباً قریب به اتفاق فقهای اسلام و نیز حقوق دانان داخلی در تعاریف خود از ذمه، اعم از اینکه آن را یک وصف شرعی بدانند یا یک معنای مقدر در وجود انسان (به عنوان یک محل و ظرف)، همگی آن را امری اعتباری و افتراضی شرعی یا عقلی دانسته‌اند (ر.ک: بهوتی، بی‌تا: ۲۸۹/۳؛ تفتازانی، ۱۴۱۶: ۳۳۷/۲؛ شهیدی، ۱۳۷۷: ۱۱۴؛ دمیاطی، ۱۴۱۸: ۱۶/۳؛ قرافی مالکی، بی‌تا: ۲۳۰/۳). تنها در یک تعریف از فقهای اهل سنت، ذمه امری مادی و مرادف با نفس تعریف شده است (ر.ک: جزیری، ۱۴۱۹: ۲۲۳/۳؛ بخاری حنفی، ۱۴۱۸: ۲۳۸/۴).

بنا بر اینکه ذمه را امری اعتباری بدانیم، با توجه به قابلیت فرض بقای امور اعتباری، عقلاً می‌توان ذمه را بعد از مرگ نیز همچنان باقی فرض کرد.

ج) قاعده فقهی «إن حرمة المیت کحرمة الحی»

این قاعده فقهی در کتب عامه و امامیه آمده است (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۲۴/۱۳؛ سالمی، بی‌تا: ۱۰۵/۱۳؛ برای برخی روایات مستند این قاعده، ر.ک: ابن حنبل، ۱۴۱۴: ۵۸/۶؛ صدوق، ج ۴، باب نوادر الحدود، ح ۵۱۴۵). بر اساس این قاعده هر گونه بی‌حرمتی نسبت به میت، اعم از مثله کردن، نبش قبر، انجام عمل منافی عفت با بدن میت (اعم از زنا و لواط) و... هم در لسان فقها (ر.ک: هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲: ۵۴۹/۲؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۲۴۷/۴؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۲۴/۱۳) و هم در قانون مجازات اسلامی ایران^۱ مجازات دارد و در مواردی

۱. فصل هشتم قانون مجازات اسلامی با عنوان دیه جنایت بر میت از ماده ۷۲۲ تا ۷۲۶. همچنین مواد ۴۳۶ ق.م.ا. (مثله کردن میت)، ۲۴۵ ق.م.ا. (قذف میت)، ۲۲۲ ق.م.ا. (زنا با میت) و بند ۱۳ آیین‌نامه امور خلافتی برای اهانت به مردگان و...

همچون زنا مشمول تشدید مجازات می‌شود. این بدین معناست که با مرگ، وصف انسانی انسان زایل نمی‌شود و انسان مرده همچنان صاحب حرمت و کرامت است و تعرض به تمامیت جسمانی و معنوی او دارای ضمانت اجرایی است و از این باب ذی‌حق محسوب می‌شود. لذا به نظر می‌رسد مرگ پایان بازه زمانی اهلیت تمتع نباشد و تنها استیفا و تصرف را در «مطالبه حقوق خود» و «ادای حقوق دیگران» تحت تأثیر قرار می‌دهد.

بر این اساس، در ماده ۹۵۶ ق.م. که مرگ را پایان اهلیت برای دارا بودن حق می‌داند، باید بازنگری کرد و موضوع آن را محدود به حق استیفا و حق اجرای حق دانست.

۲-۴. مصادیقی از بقای اهلیت و جوب میت به واسطه بقای ذمه

۱-۲-۴. امکان مقرّر له واقع شدن میت

مشهور فقیهان امامی و فقهای شافعی و گروهی از حنابله و حنفیه اقرار به نفع میت را مسموع می‌دانند (کرکی عاملی، ۱۴۲۹: ۳۵۷/۹؛ شافعی، ۱۴۰۳: ۲۴۲/۶؛ هیتمی سعدی، ۱۹۹۷: ۱۱۲/۳). بر این اساس، اقرار به نسب برای میت، مؤثر و منجر به حکم نسب و ارث بردن میت می‌گردد. در ماده ۱۲۶۷ ق.م. حقوق ایران نیز اقرار به نفع میت نافذ است. یکی از شرایط مقرّر له، داشتن اهلیت تملک و تمتع نسبت به حقی است که برای او اقرار می‌شود:

يعتبر في المقرّر له أن يكون له أهليته الاستحقاق، فلو أقرّ لدائبة بالدين لغى... (موسوی خمینی، بی‌تا: ۵۲/۲؛ حلی، ۱۴۱۹: ۲۷۸/۱؛ ابن قدامه، ۱۴۱۰: ۲۸/۵).

فقها در باب علت تفاوت عدم اعتبار اقرار در حمله که مرده به دنیا آمده و اعتبار اقرار برای میت گفته‌اند:

در حمل مرده، شک در سابقه اهلیت وجود دارد، در حالی که در میت قبل از فوت اهلیت و توان مالکیت وجود داشته است و اقرار، اخبار از این حق سابق است (هیتمی سعدی، ۱۹۹۷: ۱۱۲/۳).

شاهد بحث اینجاست که جواز تعلق ارث به این میت به واسطه اقرار برای او، به معنای ادامه اهلیت او بعد از فوت است.

۲-۲-۴. صحت ابراء ذمه میت

بنا بر نظر فقیهان امامی و گروهی از فقهای حنفی و همچنان ماده ۲۹۱ قانون مدنی ایران، ابراء ذمه میت بدون نیاز به قبول وراثت صحیح است (نجفی، ۱۳۷۳: ۱۶۵/۲۸؛ بلخی، ۱۴۰۰: ۲۶۳/۳). روایاتی بسیار در این باره وجود دارد؛ از جمله:

صحیحة عبد الله بن سنان عن الإمام الصادق عليه السلام في الرجل يموت وعليه دين فيضمنه ضامن للغرماء، فقال: «إذا رضی به الغرماء فقد برئت ذمة الميت» (حرّ عاملی، ۱۴۰۳: ۳۴۶/۱۸، باب ۱۴، ح ۱).

۳-۲-۴. صحت ضمانت برای دیون، بعد از فوت

این مطلب پذیرفته فقهای امامیه و اهل سنت است (نجفی، ۱۳۷۳: ۱۲۶/۲۶ و ۱۴۳: ابن حزم اندلسی، ۱۴۰۸: ۱۱۳/۸). اساساً در منابع حدیثی امامیه، روایات صحیح مربوط به بحث مشروعیت ضمان دیون، صرفاً درباره ضمانت دیون میت وارد شده است و فقهای امامیه مطابق احادیث صحیح حتی اگر میت مالی بر جا نگذاشته باشد، این ضمانت را صحیح دانسته‌اند (ر.ک: حلی، ۱۳۷۴: ۴۵۸/۵). در میان اهل سنت تنها ابوحنیفه قائل به شرط وجود ترکه برای میت است و ضمان میت را موجب سقوط دین نمی‌داند (ابن حزم اندلسی، ۱۴۰۸: ۱۱۲/۸). این قول ابوحنیفه با توجه به صحت ضمان برای مفلس و محجور، نقض می‌شود. نیز به موجب ماده ۶۷۸ قانون مدنی، ضامن شدن از محجور و میت صحیح است. بر این اساس، سخن حقوق‌دانانی که معتقدند میت نمی‌تواند مدیون باشد و در عین حال، صحت ضمانت دین را از باب وجود دین و نه مدیون بودن میت پذیرفته‌اند (امامی، ۱۳۵۰: ۳۳۴/۲) مناقشه‌پذیر است؛ زیرا بقای دین به معنای بقای محل آن (ذمه) و لوازم آن (اهلیت وجوب) است و عهد و دین طرفینی است و فرض بقای دین بدون مدیون بودن صاحب دین ممکن نیست.

صحت کفالت به بدن میت: فقهای امامیه و اهل سنت همگی معتقدند که با فوت مکفول، با توجه به اینکه متعلق عقد (نفس مکفول) از بین رفته است، عقد کفالت باطل می‌شود، اما ایشان عقد کفالت را در مورد شهادت دادن بر شخص مکفول برای اینکه حکمی علیه او صادر شود همچنان بعد از فوت نافذ می‌دانند و حتی دفن شدن مکفول را مانع نفوذ و صحت عقد کفالت نمی‌دانند (ر.ک: کرکی عاملی، ۱۴۲۹: ۱۴۲۹).

التزام در مکفول. ۳۹۰۳۸۹/۵: حلی، ۱۴۱۹: ۱۶۸/۲؛ ابن قدامه، ۱۴۱۰: ۱۰۵/۵) و این یعنی تداوم اهلیت الزام و

همچنین همه فقهای امامیه و اهل سنت معتقدند که با فوت مکفول له (به عنوان ذی حق) نیز حق کفالت باطل نمی شود و بعد از فوت مکفول له همچنان حق (و ذمه به عنوان محل آن) باقی است (کرکی عاملی، ۱۴۲۹: ۳۹۰۳۸۹/۵؛ حلی، ۱۴۱۹: ۱۶۸/۲؛ ابن قدامه، ۱۴۱۰: ۱۰۵/۵). قانون مدنی ایران (ماده ۷۴۸ ق.م.ا) نیز همسو با همین حکم فقهاست.

۴-۲-۴. مالکیت میت نسبت به دیه

با توجه به وضعیت مالکیت ورثه بعد از فوت متوفاً ثمره قول آنان که قائل به عدم مالکیت ورثه قبل از تصفیه ترکه اند، این است که نمائات و فواید ماترک (از جمله دیه) در فاصله بین وفات تا پرداخت دیون، در حکم مال میت است، اما طبق قول به مالکیت وارث، نمائات ترکه متعلق به ورثه خواهد بود (طوسی، ۱۳۵۱: ۱۹۳/۸؛ طباطبایی، ۱۴۱۲: ۴۰۶/۲). بر این اساس، قریب به اتفاق فقهای امامیه صریحاً یا ضمناً دیه را در قتل غیر عمد جزء ترکه (محل پرداخت دیون میت) می دانند (نجفی، ۱۳۷۳: ۴۷-۴۵/۳۹؛ موسوی خمینی، بی تا: ۳۳۱/۲) و تنها معدودی از ایشان با این بیان که احتساب دیه به عنوان مال متوفاً مستلزم فرض تداوم اهلیت است، دیه را ملک وارث دانسته اند (فقحانی، ۱۴۱۸: ۲۷۱). علاوه بر این، فقها در برخی مصادیق دیه مانند دیه جنایت بر میت نسبت به مالکیت میت ادعای اجماع نموده اند (نجفی، ۱۳۷۳: ۳۸۸/۴۳). دیه در قتل عمد، بدل از قصاص و با تراضی است اما با توجه به اینکه در زمان مرگ هنوز نسبت به دیه تراضی صورت نگرفته و تنها حق قصاص ثابت است، فقها دیه را در حکم مال میت دانسته و در حکم آن بین قتل عمد و غیر عمد تفاوت قائل نیستند. بر این مطلب در جواهر الکلام اجماع گزارش شده است (همان: ۴۷/۳۹).

۵-۲-۴. امکان ایجاد حقوق و دیون جدید متفرع بر سبب سابق برای میت

از جهت فقهی، امکان اشتغال ذمه میت به دیونی جدید که متفرع بر سبب سابق باشد، وجود دارد؛ مثلاً زمانی که بعد از فوت بایع، مشتری صاحب خیار عیب شود یا میت در زمان حیات چاله ای را که موجب ضمان است حفر کند و بعد از فوت، انسانی در آن

بیفتند. صاحب *جواهر الکلام* در اشاره به این مطلب می‌گوید: «لا ینقطع عمل ابن آدم منها بعد موته» (همان). افزون بر این، همان‌گونه که پیشتر اشاره شد فرض حقوق جدیدی که بتوان اهلیت استیفای آن را به دیگری واگذار کرد، بلامانع است.

۴-۳. ادله عدم بقای ذمه و اهلیت تمتع بعد از فوت

برخی فقهای حنبلی و امامی معتقدند که ذمه از خصایص شخص زنده است (سلامی حنبلی، بی تا: ۱۹۳؛ زرقاء، ۱۴۲۰: ۸؛ حسینی عاملی، بی تا: ۹۱/۸؛ غروی اصفهانی، ۱۴۲۵: ۲۵۲/۵؛ سبزواری، ۱۴۱۷: ۲۸/۲۸۵). ذیل ادله بقای ذمه و اهلیت وجوب تا حدود زیادی این نظریه و آثار و تبعات و موارد نقض آن بررسی شد. از دیدگاه حقوقی نیز ماده ۹۵۶ ق.م.مرگ را پایان اهلیت افراد به عنوان ذی حق دانسته است که در نظریه قبل به مغایرت و تعارضات این ماده با سایر مواد اشاره شد.

تنها دلیلی که فقها در این نظر بدان استناد می‌کنند ممکن نبودن مطالبه انسان مرده است. به عبارتی، نداشتن اهلیت استیفا را دلیل عدم بقای ذمه می‌دانند و قائل به ملازمه و ترتب اهلیت وجوب بر اهلیت استیفایند. همچنین ذمه و عهده را یکی دانسته و رفع وجوب فعلی و تکلیف مؤجل و «عهده» افراد را به واسطه مرگ، به معنای سقوط «ذمه» و تکلیف اقتضایی شمرده‌اند؛ در حالی که پیش از این، در بحث اعسار به عنوان یکی از موانع اهلیت مطالبه -در کنار سایر موانع همچون مرگ و افلاس- اشاره شد که با توجه به اینکه مانعیت آن، بر خلاف مرگ، دائمی نیست می‌بینیم که با رفع اعسار، فرد ملزم به پرداخت دین سابق می‌شود و این گونه نیست که بروز حالت افلاس باعث سقوط ذمه شخص و از بین رفتن اهلیت وجوب نسبت به پرداخت دین باشد. مواد قانونی همسو با این نظر نیز بیان شد. همچنین نظریه فوق، خلاف نص صریح روایات دال بر بقای ذمه متوقفاست. با توجه به تفکیک بین اهلیت وجوب و اهلیت تصرف، و تبیین نسبت آن‌ها با ذمه و ارائه ادله بر عدم تلازم و ترتب آن‌ها بر یکدیگر این نظر از مبنا مناقشه‌پذیر است.

باید گفت که به موجب این نظریه، مالکیت ترکه قبل از تقسیم مشخص نیست و برخی قائل به مالکیت متزلزل ورثه و وجود شخصیت حقوقی برای خود ترکه شده و

برای مال، شخصیت حقوقی قائل گشته‌اند. دیون و تکالیف مالی که میت در زمان حیات در ذمه داشته است تنها در محدوده «ترکه و دارایی» قابل مطالبه است و با سقوط ذمه، ساقط می‌شود. همچنین در مورد حقوق میت بر ذمه دیگران، تنها حقوق مالی به عنوان «ترکه و دارایی» قابلیت مطالبه دارد (سلامی حنبلی، بی‌تا: ۱۹۳؛ زرقاء، ۱۴۲۰: ۸). همچنین به موجب این نظریه، فرض حقوقی که میت بعد از فوت واجد آن شود، امکان ندارد. بر این اساس، دلیل جعل ضمانت قانونی و شرعی در تعرض به تمامیت جسمانی و معنوی میت چیزی غیر از وجود اهلیت و شخصیت برای متوفاً خواهد بود و حقوقی که میت در زمان حیات واجد آن بوده تنها اگر انتفاع مالی داشته باشد، بهره مالی آن به ورثه انتقال می‌یابد. اما حقوق غیر مالی همچون حق قصاص، حق کذف و... از ابتدا متعلق به ورثه است و موروثی بودن آن وجهی ندارد (غروی اصفهانی، ۱۴۲۵: ۲۵۲/۵؛ سبزواری، ۱۴۱۷: ۲۸/۲۸؛ بخاری حنفی، ۱۴۱۸: ۳۲۵-۳۲۶/۳).

در خصوص دیه نیز بنا بر نظریه استقرار این حق (ثبوت دیه و حق مطالبه آن)، بعد از فوت میت، دیه لزوماً متعلق به ورثه خواهد بود و نه جزء ترکه (فقعی، ۱۴۱۸: ۲۷۱). همچنین دیه بدل از قصاص که در زمان وفات ثابت می‌شود، کسب و ملک واژت محسوب می‌شود و نمی‌تواند جزء ترکه باشد.

در ذیل نظریه قبل مبنی بر بقای ذمه و تداوم اهلیت تمتع متوفاً، به تفصیل بیان شد که این نتایج یا با دلالت صریح روایات مخالف‌اند یا تعارضات و تناقضاتی با سایر فتاوا و اجماع فقها دارند. همچنان که -برای مثال- در خصوص دیه بدل از قصاص، صاحب *جواهر الکلام* ضمن نقل سخن این گروه، نظر ایشان را با توجه به روایات صریح و نقل اجماع از فقها، اجتهاد در مقابل نص می‌داند (ر.ک: نجفی، ۱۳۷۳: ۴۵/۳۹).

۴-۴. ادله ضعف ذمه بعد از مرگ

برخی فقهای حنفی اگرچه قائل به انهدام کامل ذمه نیستند و بقای آن را بعد از فوت بر اساس ضرورت پذیرفته‌اند، معتقدند که بعد از فوت، ذمه شخص ضعیف می‌شود و ضعف ذمه از زمان مرض منجر به فوت آغاز می‌شود (ابوزهره، بی‌تا: ۱۶-۱۷). در واقع، ایشان همچنان بعد از فوت قائل به بقای دین در ذمه متوفاً و انتساب حق به اویند، منتها

شرط بقای ذمه را وجود مال برای میت می‌دانند (همان). ابن قدامه حنبلی در تبیین نظریه تضعیف ذمه می‌گوید:

إِنَّ الْمَوْتَ مَا جَعَلَ مَبْطَلًا لِلْحَقُوقِ وَإِنَّمَا هُوَ مِيقَاتٌ لِلْخِلَافَةِ وَعَلَامَةٌ عَلَى الْوَرَاثَةِ...
فعلى هذا يبقى الدين فى ذمة الميت كما كان ويتعلق بعين ماله كتعلق حقوق الغرماء
بمال المفلس عند الحجر عليه (۱۴۱۰: ۴/۵۰۳-۵۰۴).

بر اساس این نظریه، مطالبه حقوق به طرفیت از میت تا زمانی که ذمه ساقط نشده باشد، ممکن خواهد بود و دیون متوقفاً در محدوده ترکه به عنوان دیون منتسب به میت، به ترکه تعلق می‌گیرد و در زاید بر ترکه ساقط می‌شود.

اماره‌ای که برای ضعف ذمه و تعلق حق به ترکه بدان استناد می‌شود، «حال شدن دیون مؤجل با فوت مدیون» است (جواهری، ۱۳۷۲: ۱۰۰-۱۱۵). در نقد و پاسخ به این استدلال می‌توان گفت که حال شدن دیون مؤجل به عنوان یک حکم شرعی و قاعده‌ای در تصفیه ترکه، دلیل بر ضعف ذمه یا خرابی آن نیست و مؤجل ماندن دیون به معنای التزام به تکلیف جدید بعد از فوت است که این سخن در حق میت امکان ندارد؛ چرا که به دلیل نداشتن اهلیت ادا و آیه *لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا* شارع او را مکلف به تکلیف جدید و حق مالی کلی جدید نمی‌کند و این به معنای ضعف یا خرابی ذمه نیست، چنان که محققان بیان داشته‌اند:

عدم امکان إشغال الذمة فى حال معين - حال وفاة - ليس معناه: أنه لا ذمة أو أنها قد خربت (همان).

اما مالکیت انسان نسبت به خود و اعمال سابق خود با فرض بقای ذمه، مؤلّد بقای اهلیت الزام و التزام نسبت به خود و اعمال سابق خود خواهد بود (نجفی، ۱۳۷۳: ۲۲/۳۵۸؛ جواهری، ۱۳۸۰: ۱/۱۵۳)؛ به ویژه آنکه پیشتر اشاره شد که اگر ذمه شخص خراب و ضعیف بود، فرض حقوق جدید برای میت نیز امکان نداشت، در حالی که اگر بتوان اهلیت استیفای آن را به دیگری واگذار کرد، فرض حقوق جدید در حال موت بلا مانع است همچنان که در کتب فقهی در باب جنایت بر جسم میت یا قذف و توهین نسبت به او یا انجام اعمال منافی عفت (زنا و لواط با میت) یا سرقت از میت و... احکامی برای تبیین سازوکار مطالبه آنها بیان شده است.

۵. تداوم اهلیت تمتع متوفاً و آثار آن در قائم‌مقامی ورثه

قول به بقای ذمه، مستلزم مطالبه همه حقوق به طرفیت از متوفاً نیست بلکه بنا به مقتضای اولیه در ارث‌بری و معنای قائم‌مقامی وارث، در حقوق عینی مالی به تبع انتقال مالکیت عین، طرفیت اضافه منتقل خواهد شد و در حقوق معنوی مالی مانند حق خیار و حق شفعه و... با توجه به اینکه این حقوق خود قابل انتقال و انفصال از ذمه هستند، در این حقوق نیز طرفیت اضافه منتقل می‌شود؛ اما نسبت به دیون متوفاً و همچنین حقوق معنوی وابسته به شخصیت که نمی‌توان آن‌ها را جدای از وجود متوفاً فرض نمود، ادای دین یا مطالبه و استیفای حق، به طرفیت از متوفاً خواهد بود.

بنابراین آثار و نتایج پذیرش بقای ذمه در بحث دیون میت این است که اموال میت تا قبل از تصفیه، در حکم دارایی متوفاست و بعد از ادای دیون و اجرای وصیت، به ورثه منتقل می‌شود، چنان که برخی فقها به آن اشاره کرده‌اند:

إِنَّ التَّرَكَةَ بَقِيَّةٌ لِمَلِكًا لِلْمَيِّتِ وَيُوفَى ذِمَّةَ الْوَارِثِ فِي ذِمَّةِ بَهَا وَإِنْ لَمْ تَفِرْ تَرَكَهُ بِمَقْدَارِ ذِمَّةِ بَقِيَّةِ ذِمَّةِ مَشْغُولَةٍ إِلَى أَنْ يَتَبَرَّعَ عَنْهُ مَتَبَرِّعَ (حائری، ۱۴۰۳: ۶۸-۶۹).

آثار و نتایج پذیرش بقای ذمه در بحث حقوق معنوی میت نیز این است که حقوق معنوی تا زمان استیفا و اعمال و اجرا همچنان باقی است و جایگاه ورثه در این رابطه، قائم‌مقامی ایشان در بخشی است که میت به واسطه میتی بودن فاقد آن شده که همان اهلیت استیفا و اجرای این حقوق است. برخی به این اصل کلی در تعیین حوزه اختیارات ورثه نسبت به انواع ماترک و متعلقات میت اعم از دیون، اموال و انواع حقوق اشاره کرده‌اند:

فَإِنَّ الْوَارِثَ إِذَا يَقُومُ مَقَامَ الْمَوْتِ فِيمَا يَكُونُ الْمَوْتِ مَيْتًا بِلِحَظِهِ، وَهَذَا هُوَ الْحَالُ بِلِحَظِ أَمْوَالِهِ الْخَارِجِيَّةِ وَبِلِحَظِ مَا كَانَ يَطْلُبُهُ مِنْ غَيْرِهِ وَأَمَّا بِلِحَظِ الدِّيُونِ الثَّابِتَةِ عَلَى الْمَيِّتِ، فَذِمَّةُ بَاقِيَةِ عَلَى حَالِهَا مَا لَمْ يُوْفَ ذِمَّتَهُ (ولا مجال لقيام الوارث مقامه) (جوهری، ۱۳۸۰: ۱۲۷/۱).

نتیجه‌گیری

آنچه از بررسی رابطه ذمه با انواع اهلیت به دست می‌آید این است که بر خلاف عقیده

بسیاری از محققان، اهلیتِ وجوبِ دائرمدارِ اهلیتِ استیفا و مطالبه نخواهد بود و ممکن است که در شرایطی فرد به واسطه وجود مانع (اعم از مرگ، اعسار، افلاس و...) دارای اهلیت ادا نباشد اما همچنان برای الزام و التزام نسبت به پرداخت دین اهلیت وجوب داشته باشد. به نظر می‌رسد قول به بقای ذمه و اهلیت وجوب متوقفاً که مترتب بر آن است، نظریه قابل دفاعی است. بر این اساس، در ماده ۹۵۶ ق.م. که مرگ را پایان اهلیت برای دارا بودن حق می‌داند، بازنگری باید کرد و موضوع آن را محدود به حق استیفا و حق اجرا دانست و در بسیاری از آرای فقهی و حقوقی که مبتنی بر عدم بقای ذمه متوفاست، مناقشه می‌توان کرد.

کتاب شناسی

۱. ابن حزم اندلسی، علی بن احمد، *المُحَلَّى فی شرح المُحَلَّى*، بیروت دار الکتب العلمیه، ۱۴۰۸ ق.
۲. ابن حنبل، احمد بن محمد شیبانی، *المسند*، تحقیق عبدالله محمد، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۴ ق.
۳. ابن قدامه، عبدالله بن احمد، *الشرح الكبير حاشية كتاب المغنی*، بیروت، دار الکتب العربی، ۱۳۴۸ ق.
۴. همو، *المغنی*، قاهره، دار الہجره، ۱۴۱۰ ق.
۵. ابوزهره، محمد، *احکام التركات و الموارث*، قاهره، دار الفکر العربی، بی تا.
۶. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، تهران، اسلامیه، ۱۳۵۰ ش.
۷. بخاری حنفی، عبدالعزیز، *کشف الاسرار عن اصول فخر الاسلام البزدوی*، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۸ ق.
۸. بلخی، نظام الدین و جماعه من علماء الهند، *الفتاوی الهندیة فی مذهب ابی حنیفہ (العالمکیریہ)*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۰ ق.
۹. بهوتی، منصور بن یونس، *شرح منتهی الارادات*، بیروت، دار الفکر، بی تا.
۱۰. تبریزی، جواد، *ارشاد الطالب الی التعليق علی مکاسب*، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۱ ق.
۱۱. تفتازانی، مسعود، *شرح التلویح علی التوضیح*، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۶ ق.
۱۲. جزیری، عبدالرحمن، *الفقه علی المذاهب الاربعه*، بیروت، دار الثقلمین، ۱۴۱۹ ق.
۱۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۶ ش.
۱۴. جواهری، حسن محمدتقی، *بحوث فی الفقه المعاصر*، قم، بی تا، ۱۳۸۰ ش.
۱۵. همو، *نظریة الذمة فی الفقه الاسلامی*، رساله التقرب، العدد ۲، ۱۳۷۲ ق.
۱۶. حائری، سیدکاظم، *فقه العقود*، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۱۷. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعه*، تصحیح عبدالرحیم ربیانی شیرازی، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۳ ق.
۱۸. حسینی، هاشم معروف، *نظریة العقد فی الفقه الجعفری*، بیروت، مکتبه هاشم، بی تا.
۱۹. حسینی عاملی، سیدمحمدجواد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد الاحکام*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۲۰. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر، *قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۲۱. همو، *مختلف الشیعة فی احکام الشریعه*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۳۷۴ ش.
۲۲. دمیاطی، عثمان، *اعانة الطالبین علی حل الفاظ فتح المعین*، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۸ ق.
۲۳. رملی، احمد بن حمزه، *حاشیة الرملى علی شرح التحریر*، قاهره، المکتبه الازهریه، ۱۳۸۹ ق.
۲۴. زحیلی، وهبة مصطفى، *الفقه الاسلامی و ادلته*، دمشق، دار الفکر، ۱۴۰۴ ق.
۲۵. همو، *الوجیز فی اصول الفقه*، بیروت و دمشق، دار الفکر المعاصر، ۱۴۱۹ ق.
۲۶. زرقاء، مصطفى، *المدخل الی نظریة الالتزام العامة فی الفقه*، دمشق، دار القلم، ۱۴۲۰ ق.
۲۷. زیدان، عبدالکریم، *الوجیز فی اصول الفقه*، چاپ ششم، بی جا، مؤسسه قرطبه، ۱۳۹۶ ق.
۲۸. ساکت، محمدحسین، *شخصیت و اهلیت در حقوق مدنی ایران*، مشهد، گوتتبرگ، ۱۳۷۶ ش.
۲۹. سالمی، عبدالله، *معارج الآمال علی مدارج الکمال*، عمان، وزارة التراث القومي و الثقافة، بی تا.
۳۰. سبزواری، سیدعبدالاعلی، *مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام*، قم، المنار، ۱۴۱۷ ق.

٣١. سلامی حنبلی، عبدالرحمن بن احمد، *القواعد لابن رجب*، لبنان، دار الكتب العلمية، بی تا.
٣٢. سیوری حلّی (فاضل مقداد)، جمال الدین مقداد بن عبدالله، *نضد القواعد الفقهية على مذهب الامامية*، تحقیق سید عبداللطیف کوهکمری، قم، مکتبة آية الله العظمى المرعشي النجفی، ١٤٠٣ ق.
٣٣. شافعی، احمد بن ادريس، *الأم*، بیروت، دار الفكر، ١٤٠٣ ق.
٣٤. شهیدی، مهدی، *تشکیل قراردادهای و تعهدات*، تهران، حقوق دان، ١٣٧٧ ش.
٣٥. صدوق، محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، *من لایحضره الفقیه*، تحقیق علی اکبر غفاری، قم، جماعة المدرسين فی الحوزة العلمية بقم، بی تا.
٣٦. طباطبای حائری، سیدعلی بن محمد، *ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل*، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ١٤١٢ ق.
٣٧. طوسی، محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الامامیه*، قم، المکتبة المرتضویه، ١٣٥١ ق.
٣٨. عاملی، محمد بن مکی، *القواعد والفوائد*، قم، منشورات المفید، بی تا.
٣٩. غروی اصفهانی، محمدحسین، *حاشية المكاسب*، قم، پایه دانش، ١٤٢٥ ق.
٤٠. فقعی، ابن طیّ، *الدر المنضود فی معرفة صیغ النیات والایقاعات والعقود*، قم، امیر، ١٤١٨ ق.
٤١. قرافی مالکی، احمد، *الفروق (انوار البروق فی انواء الفروق)*، بیروت، عالم الكتب، بی تا.
٤٢. کاتوزیان، ناصر، *نظریه عمومی تعهدات*، تهران، یلدا، ١٣٧٤ ش.
٤٣. کرکی عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین بن عبدالعالی، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم، آل البيت علیهم السلام، ١٤٢٩ ق.
٤٤. مجموعه من المؤلفین، *الموسوعة الفقهية*، کویت، وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامیه، ١٤٠٨ ق.
٤٥. محقق حلّی، جعفر بن حسن، *المعتبر فی شرح المختصر*، قم، سیدالشهداء، ١٤٠٧ ق.
٤٦. مغنیه، محمدجواد، *الفقه على مذاهب الخمسه*، قم، دارالحسنین علیهم السلام، ١٣٨٣ ش.
٤٧. مقدس اردبیلی، احمد، *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان*، قم، جماعة المدرسين، ١٤٠٣ ق.
٤٨. موسوی خمینی، سیدروح الله، *تحریر الوسیله*، قم، دار العلم، بی تا.
٤٩. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *المسائل الشرعیه*، بیروت، المنار، ١٩٩٦ م.
٥٠. همو، مبانی تکملة المنهاج، قم، مؤسسة احیاء آثار الامام الخوئی، ١٣٨٦ ش.
٥١. نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، تهران، دار الكتب الاسلامیه، ١٣٧٣ ش.
٥٢. نجفی خوانساری، موسی بن محمد، *منية الطالب فی شرح المكاسب*، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ١٤١٨ ق.
٥٣. هاشمی شاهرودی، محمود، *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام*، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه، ١٣٨٢ ش.
٥٤. هیتمی سعدی، شهاب الدین احمد، *الفتاوی الفقهية الكبرى*، مصر، دار الكتب العلمية، ١٩٩٧ م.

جایگاه استقراء

در استنباط حکم شرعی و قاعده حقوقی*

□ سید ابوالقاسم نقیبی^۱

چکیده

در اصطلاح دانش حقوق و علم فقه، استقراء استدلالی است که ذهن فقیه و حقوق دان با ملاحظه شمار زیادی از احکام و قوانین و مقررات جزئی که شارع و قانون گذار برای برخی موارد جعل و وضع کرده‌اند، صفت مشترک همه آن احکام و قوانین را استخراج و به عنوان حکم کلی فقهی یا قاعده حقوقی ارائه می‌دهد. بنای عقلا، وحدت ملاک با اعتبار تواتر معنوی، توالد ذاتی معرفت، وحدت ملاک با اعتبار ظن خاص، از جمله مبانی اعتبار استقراء در استنباط احکام کلی فقهی و قاعده حقوقی بشمار می‌آیند. ضمان مقبوض به عقد فاسد، معذوریت جاعل، قاعده فراغ دادرس، قاعده «لا ضرر ولا ضرار فی الإسلام»، قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم»، از جمله ده‌ها حکم شرعی کلی و قاعده حقوقی هستند که با سازوکار استقراء به دست می‌آیند. فقیه برای استنباط حکم شرعی کلی و حقوق دان در کشف قاعده حقوقی دو مرحله را طی می‌کنند؛ در

مرحله نخست، موارد و شواهد در ابواب گوناگون فقه را که شبیه و نظیر هم هستند جمع‌آوری می‌کنند و در مرحله دوم با امعان نظر در اشباه و نظایر به گزاره متضمن حکم کلی شرعی و قاعده حقوقی دست می‌یابند و گستره آن را به دست می‌دهند.

واژگان کلیدی: استقراء، فقه، حقوق، استنباط حکم شرعی کلی، قاعده حقوقی، قاعده فقهی، نظریه فقهی، نظریه حقوقی.

۱. روش‌های دستیابی به نتیجه در استدلال‌های فقهی و حقوقی

فقه‌پژوه و پژوهشگر حقوقی برای استنباط حکم و کشف و اجرای قواعد حقوقی در وقایع خارجی، نیازمند ابزارها و روش‌هایی هستند که ذهنشان را جهت عبور از معلومات به کشف مجهول و تولید علم یاری رسانند. در علم منطق به عمل ذهن یعنی کشف قضایای مجهول به وسیله قضیه یا قضایای معلوم، حجت یا استدلال گفته می‌شود (مظفر، ۱۴۰۲: ۹۹). ذهن در عملیات خویش در تألیف معلوم‌ها و عبور از آن‌ها به مجهول و تبدیل مجهول به معلوم، روش‌های متفاوتی را به کار می‌گیرد که بیانگر نحوه ارتباط معلوم‌ها و نتیجه مطلوب است. این روش‌ها به سه قسم یعنی قیاس، استقراء و تمثیل تقسیم شده است (همان: ۲۰۰). بدین جهت گفته‌اند که قیاس، استقراء و تمثیل از اقسام حجت و استدلال هستند:

۱. چنان که ذهن، معلوم کلی خود را بر مصداق‌های خارجی آن منطبق نماید و به نتیجه‌ای برسد که از جزئیات این معلوم کلی به شمار می‌آید، در این صورت، روش «قیاس» را به کار برده است. سیر ذهن از کلی به جزئی و به عبارت بهتر از عام به خاص، قیاس نامیده می‌شود.

۲. اگر ذهن با استفاده از معلوم‌های جزئی از طریق تعمیم به نتیجه کلی برسد از روش «استقراء» بهره جسته است. به عبارت دیگر، به سیر ذهن از جزئی به کلی یا به عبارت بهتر از خاص به عام، استقراء گفته می‌شود.

۳. گاهی ذهن حکمی را که درباره امری محقق می‌داند به امر دیگر که با آن همانند است سرایت می‌دهد. در این صورت برای رسیدن به نتیجه از روش «تمثیل» استفاده کرده است. به سیر ذهن از جزئی به جزئی، تمثیل گفته می‌شود.

۱-۱. قیاس منطقی و کاربرد آن در استدلال‌های فقهی و حقوقی

تاریخ تفکر بشر نشان می‌دهد که استفاده از روش قیاسی در استدلال، مورد عنایت خاص انسان بوده است؛ چون نتیجه آن با توجه به عملیات ذهن، ضروری و کاملاً متیقن می‌باشد. قیاس منطقی از تألیف صغری و کبری که هر یک مشتمل بر حکمی هستند جهت استنتاج حکمی دیگر تشکیل می‌شود؛ برای نمونه، می‌دانیم که به استناد آیات شریفه ﴿وَكَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ...﴾ (مانده / ۴۵)، ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ...﴾ (اسراء / ۲۳)، ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ...﴾ (بقره / ۱۷۸)، ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءُ جَهَنَّمَ خَالِدًا فِيهَا...﴾ (نساء / ۹۳)، ﴿لَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ﴾ (بقره / ۱۷۹) کیفر جرم قتل عمد، قصاص است. حکم قصاص برای قاتل به قتل عمد از لوازم عقلی دو مقدمه است. ۱. زید مرتکب قتل عمد شده است (صغری)؛ ۲. کیفر قتل عمد قصاص است (کبری)؛ پس کیفر زید قصاص است (نتیجه). بنابراین ذهن از گزاره کلی «کیفر هر قتل عمدی قصاص است» به نتیجه جزئی «کیفر زید قصاص است» رسیده است. فرایند حرکت ذهن از معلوم‌ها به نتیجه جزئی به دست آمده، از منظر منطق صوری صحیح و قابل اعتماد است. مهم این است که استنباط‌کننده حکم و مجری قاعده حقوقی در اجرای قاعده حقوقی دچار خطا نشده باشد؛ مانند اینکه در احراز ارتکاب قتل عمد از ناحیه زید، تمامی مؤلفه‌های مؤثر در انتساب قتل عمد را مورد ملاحظه قرار داده باشد یا در استنباط حکم و قاعده «کیفر هر قتل عمدی قصاص است» دچار خطا نشده باشد.

فقیهان و حقوق‌دانان در غالب استنباط‌های خویش از روش قیاسی استفاده می‌کنند. چنان که فقیهان کبرای کلی فقهی «کُلُّ عَقْدٍ يَضْمَنُ بِصَحِيحِهِ يَضْمَنُ بِفَاسِدِهِ» را بر صغرای «عقد البیع بضمن بصحیحه» تطبیق داده و نتیجه گرفته‌اند که «عقد البیع بضمن بفاسده» یا از تطبیق قاعده حقوقی «عقد فاسد اثری در تملک ندارد» بر «اجاره فاسد یکی از افراد عقد است» نتیجه گرفته‌اند که «اجاره فاسد اثری در تملک ندارد». شهید صدر از روش قیاسی در استدلال با عنوان دلیل برهانی یاد کرده است (بی‌تا: ۱۰۹)؛ برای مثال، اصولیان برای حکم وجوب شرعی طی مسافت در حج از دلیل برهانی زیر بهره‌جسته‌اند: ۱. طی مسافت (مقدمه حج) عقلاً واجب است

(صغری): ۲. هر واجب عقلی شرعاً واجب است (کبری): ۳. طی مسافت (مقدمه حج) شرعاً واجب است.

مبنای اعتبار قیاس منطقی، دو اصل بنیادین این‌همانی و عدم امکان اجتماع نقیضین است. از اصل این‌همانی نتیجه می‌گیریم که حکم هر امر کلی بر تمامی مصداق‌های آن مترتب می‌شود؛ مانند کیفر قصاص که بر تمامی افراد قتل عمد بار می‌گردد و اصل عدم امکان اجتماع نقیضین نیز می‌گوید که اگر حکم کیفر قصاص در زمینه تمامی مصداق‌های آن صادق است نمی‌توان مجرم مرتکب قتل عمد را مستحق قصاص ندانست. برای اجتناب از تناقض، کیفر مرتکب قتل عمد باید استحقاق قصاص باشد.

۲-۱. تمثیل یا قیاس فقهی و حقوقی و کاربرد آن در استدلال‌های فقهی

و حقوقی

استدلال تمثیلی حجتی است که در آن، حکمی برای چیزی از راه شباهت آن با چیز دیگر معلوم می‌شود. از استدلال تمثیلی در ادبیات فقهی و حقوقی با عنوان قیاس یاد می‌شود. در حکم شرعی «خمر حرام است» می‌دانیم که خمر مسکر است؛ حال اگر شراب خرما یا شراب میوه‌های دیگر نیز مانند خمر مسکر باشد، فقیه آن را نیز حرام می‌داند؛ یعنی حکم حرمت را از خمر به شراب خرما تعمیم می‌دهد. در این روش، فقیه از قیاس شراب خرما (فرع) بر خمر (اصل) با عنایت به وجه شباهت مشترک و جامع (اسکار)، حکم حرمت شرب خمر را به آن سرایت داده است. یا در حکم شرعی «آب مطهر است»، می‌دانیم سیال بودن یکی از ویژگی‌های آب است. حال چون سرکه همانند آب سیال است بخواهیم آن را مطهر بدانیم از روش تمثیل در سرایت حکم از آب به سرکه بهره جستیم. این روش در تعمیم حکم یعنی سرایت حکم از مورد جزئی به مورد دیگر را در اصطلاح فقه قیاس می‌نامیم. یا در موردی که واقف چند تن را به اجتماع متولی قرار داده است، ماده ۷۷ ق.م. مقرر می‌دارد:

... بعد از فوت یکی از آن‌ها حاکم شخصی را ضمیمه آن که باقی مانده است

می‌نماید که مجتمعاً تصرف کنند.

ولی در موردی که چند نفر به نحو اجتماع وصی بر انجام امری باشند و یکی از

آن‌ها فوت کند، قانون حکمی ندارد. لذا اگر حکم ماده ۷۷ به دلیل شباهتی که بین این دو مورد وجود دارد در وصیت اجرا شود، گفته می‌شود که قیاس شده است (کاتوزیان، ۱۳۶۹: ۵۲۶). همچنین بر اساس ماده ۳۹۰ قانون مدنی، بایع ضامن در مبیع است. اگر این حکم به صلح معوض یا معاوضه سرایت داده شود گفته می‌شود که به وسیله قیاس، حکم «ضمان درک بایع» در صلح و معاوضه نیز اجرا شده است (همو، ۱۳۸۵: ۱۶۳/۳). از اقسام قیاس فقهی و حقوقی، قیاس منصوص العله و اولویت که قطع آور هستند صحیح و معتبرند و برخی از قیاس‌ها که ظنی هستند و از ناحیه معصومان علیهم‌السلام مورد نهی قرار گرفته‌اند باطل به شمار می‌آیند. بین قیاس‌های صحیح و باطل یک نوع دیگر از قیاس وجود دارد که به قیاس مستنبط العله مشهور است. فقیهان در زمینه اعتبار آن اتفاق نظر ندارند.

۲. تعریف استقراء و اقسام آن

۱-۲. تعریف استقراء

چنان که در مبحث پیشین گفته شد، استقراء استدلالی است که ذهن فقیه و حقوق‌دان با ملاحظه شمار زیادی از احکام و مقررات جزئی که شارع و قانون‌گذار برای برخی موارد، جعل و وضع کرده است صفت مشترک همه آن احکام و مقررات را استخراج و به عنوان قاعده کلی ارائه می‌دهد؛ مانند اینکه شمار زیادی از موارد جزئیات افعال مسلمانان اعم از عبادات، معاملات، طهارت، مناکحات، مواریث و شهادت آن‌ها را که در اخبار وارد شده، برمی‌شمرد و سرانجام درمی‌یابد که «صحت»، صفت و مبنای مشترک میان تمام آن موارد و مصادیق است لذا آن را به سایر موارد افعال مسلم نیز تعمیم می‌دهد و گزاره کلی «عمل مسلم صحیح است» (اصل صحت) را به عنوان یافته خویش ارائه می‌دهد یا حقوق‌دانان با بررسی و مطالعه مواد مربوط به ارث در قانون مدنی درمی‌یابد که خویشاوند نزدیک‌تر مانع از ارث خویشاوند دورتر است. وی نتیجه تبع و جستجوی خویش در مواد ارث قانون مدنی را با عنوان قاعده حقوقی «الأقرب یمنع الأبعد» مطرح می‌سازد.

۲-۲. تفاوت استقراء با قیاس فقهی و حقوقی

چنان که در مبحث پیشین گذشت، تمثیل منطقی یا قیاس فقهی و حقوقی، حرکت ذهن فقیه و حقوق‌دان از جزئی به جزئی است و سیر ذهن افقی است؛ یعنی از نقطه‌ای به نقطه هم‌سطح آن عبور می‌کند، در حالی که در استقراء، حرکت از جزئی به کلی است و سیر ذهن صعودی است؛ یعنی از «شمول‌ها» به «شامل» عبور می‌کند. به این جهت نباید استقراء را در تراز تمثیل قرار داد و آن را تابع ملاک ادله عدم اعتبار قیاس فقهی و حقوقی به شمار آورد. علاوه بر آن در استقراء، فقیه تعداد متناهی از حالات را برای موضوع واحد تتبع می‌کند و سپس با طی فرایندی، حکم را به موارد مشابه تعمیم می‌بخشد ولی در تمثیل و قیاس فقهی، به ثبوت حکم برای موضوعی (فرع) به جهت مشابهت با موضوعی که دارای حکم است (اصل) بدون تتبع و استقرای موارد فراوان حالات، اقدام به عمل می‌آید. این قیاس فقهی است که مورد نهی شارع قرار گرفته و فاقد اعتبار است (صدر، بی‌تا: ۱۶۵).

۲-۳. اقسام استقراء

۲-۳-۱. استقرای تام

منطق دانان، استقراء را به دو قسم تام و ناقص تقسیم کرده‌اند. استقرای تام، استقرایی است که افراد مورد نظر محصور و محدود باشند و هر یک جداگانه بررسی شوند و پس از بررسی همه افراد، حکم کلی ارائه می‌شود؛ مانند اینکه مدار تک‌تک ستارگان منظومه شمسی را مطالعه و بررسی نماییم و هر کدام را که دارای مداری بیضی هستند، بیابیم، آنگاه حکم کنیم که همه ستارگان منظومه شمسی دارای مدار بیضی هستند. برخی از محققان بر این باورند که استقرای تام در احکام شرعی میسر نمی‌باشد؛ زیرا همه نصوص صادر شده از معصوم به دست ما نرسیده است (قمی، ۱۴۳۰: ۱۷۸/۳). با این وجود، شیخ انصاری در اثبات فرضیه جریان استصحاب در شک در رافع، به دلیل استقراء استناد می‌جوید و می‌نویسد: از اول تا آخر فقه تتبع کردم، موردی را نیافتم، مگر اینکه شارع در شک در رافع، حکم به بقا کرده است. وی این استقراء را مفید قطع و یقین به شمار می‌آورد و آن را در حجیت و اعتبار، اولی از استقرایی می‌داند که

برخی از عالمان چون محقق بهبهانی و صاحب ریاض، آن را مستند حجیت شهادت عدلین به نحو مطلق، تلقی می‌کنند (انصاری، بی‌تا: ۵۶۳/۲) ولی استقرای تام در قوانین و مقررات حاکم بر حقوق کنونی کشور ممکن می‌باشد. در استقرای تام، نسبت به کلی بودن قانونی که به دست آمده است ذهن به قطع و یقین می‌رسد و حجیت و اعتبار آن نیز به جهت اعتبار همین قطع و یقین است.

۲-۳-۲. استقرای ناقص

استقرای ناقص، استقرایی است که افراد مورد نظر بسیار فراوان یا نامحدود باشند و ما تعدادی قابل توجه از آن‌ها را بررسی و متصف به صفتی مشترک ببینیم آنگاه این حکم را تعمیم داده و بگوییم که همه افراد دارای آن صفت و حکم هستند. برای گذر از موارد و جزئیات به حکم کلی باید اولاً: موارد قابل اعتنا باشند که از آن، رویکرد قانون‌گذار در اهتمام به مبنای مشترک در موارد استفاده شود. ثانیاً: موارد از ویژگی‌ها و اوصاف اختصاصی پالایش داده شوند. ثالثاً: قدر مشترک موارد یافته و ارائه گردد. فقیه برای ارائه قاعده و نظریه، به مورد احکام جزئی بر اساس واقعیات فقهی مندرج در آیات، احادیث و آرای فقها مراجعه می‌کند و حقوق‌دانان برای ارائه و اجرای قاعده حقوقی به متون حقوقی، رویه قضایی، آرا و نظریات حقوقی و وقایع اجتماعی (عرف) مراجعه می‌کند و با جمع‌آوری موارد و استنباط عنصر مشترک آن‌ها به اجرای آن به صورت قاعده حقوقی مبادرت می‌نماید.

۳. مبنای اعتبار استقراء

فقیهان و حقوق‌دانان وقتی می‌توانند در استنباط احکام و کشف و اجرای قواعد حقوقی از استقراء استفاده کنند که اعتبار آن را احراز نمایند. اعتبار استقراء یا بدان جهت است که مفید علم شود یا به دلایل قطعی منتهی به علم شود. فقیهان برای اعتبار استقراء مبانی متفاوتی را مطرح کرده‌اند. بنای عقلا به ملاک اعتبار تواتر معنوی، ادله ظن خاص، شهرت عملی و فتوایی، توالد ذاتی معرفت، عناوینی هستند که هر یک به نحوی برای ارائه مبنای استقراء به آن‌ها استدلال شده است.

۱-۳. اعتبار استقراء با استناد به بنای عقلا

ارتکاز ذهنی و سیره عملی عقلا در امورشان بر عمل به استقراء است. شارع و قانون‌گذار با عقلا هم‌روش است؛ چون ردعی از شارع نسبت به بنای عقلا در دست نیست، عدم ردع، از رضا و موافقت وی با عقلا حکایت دارد (حسینی شیرازی، ۱۴۲۶: ۳۵۲/۲). استدلال مذکور در صورتی قابل پذیرش است که وجود بنای عقلا در عمل به استقراء احراز شود و مانعی از هم‌روش بودن شارع با عقلا وجود نداشته باشد، در حالی که شارع در امور خویش نیاز به استقراء ندارد. در فرضی که شارع بتواند هم‌مسلك با عقلا باشد سکوت و عدم نهی از بنای عقلا به معنای تقریر موافقت با این بناست ولی در مورد عمل به استقراء چنین تقریری وجود ندارد. در صورت عدم تقریر معصوم، نیازمند به دلیل خاص قطعی بر رضایت شارع و امضای وی نسبت به بنای عقلا در زمینه اعتبار استقراء هستیم. چنان که چنین دلیلی اثبات نشود نمی‌توان استقراء را معتبر به شمار آورد؛ زیرا استقراء، مشمول آیات نهی‌کننده از عمل ظن خواهد بود (مظفر، ۱۳۷۵: ۱۴۲/۲-۱۴۳).

۲-۳. اعتبار استقراء به ملاک اعتبار تواتر معنوی

برخی از عالمان بر این باورند که ملاک اعتبار تواتر معنوی در استقراء نیز وجود دارد لذا می‌توان استقراء را به ملاک تواتر معنوی معتبر تلقی کرد. شاطبی در این زمینه می‌نویسد:

ادله معتبر در مقاصد کلی شریعت از استقراء مجموعه‌ای از ادله ظنی تشکیل یافته که بر معنای واحدی دلالت می‌کنند تا اینکه از مجموعه آنها قطع به اصل کلی شریعت حاصل می‌شود؛ زیرا در اجتماع قوتی است که در افتراق نیست، به همین دلیل تواتر افاده قطع می‌کند و این استقراء نوعی از تواتر است. استقراء شبیه تواتر معنوی است بلکه این استقراء مانند علم به شجاعت امام علی علیه السلام و بخشش خاتم صلی الله علیه و آله است که از وقایع زیادی که از آنها نقل شده، استنباط شده است (بی‌تا: ۱۴/۱).

شاطبی بر این باور است که از تجمیع ادله ظنی که بر حفظ نفس تأکید دارند می‌توان حفظ نفس را به عنوان یکی از مقاصد شریعت به شمار آورد. ادله متضمن نهی

از قتل نفس، جعل قصاص در ازای قتل عمد، وعید عذاب جاودانهٔ اخروی، دوری از رحمت خداوند، مغضوب الهی شدن قاتل نفس و گناه کبیره دانستن آن و حکم وجوب خوردن میته برای کسی که در معرض مرگ از گرسنگی است، از جمله احکامی هستند که به تعیین بر اصل قتل نفس به عنوان مقصد شریعت دلالت دارند. استقراء در ادله، منجر به تواتر می‌شود و فقیه از تواتر به یقین می‌رسد؛ یعنی استقراء به واسطهٔ تواتر به نتیجه می‌رسد.

به نظر ما در مبحث مذکور اعتبار استقراء مبتنی بر این فرض است که شارع و قانون‌گذار اهداف معین دارد و در وضع احکام و قواعد همواره آن اهداف و مقاصد را دنبال می‌کند. فقه‌پژوه و حقوق‌دان اگر با جستجو در نصوص شرعی و متون قانونی در موارد گوناگون، پیروی از یک مبنا و مقصد را مشاهده کند، ذهن او می‌تواند بر مبنای حکم غلبه، اصل و قاعده کلی مانند حفظ نفس را از آن احکام استخراج کند و در موارد مشابه به کار برد؛ زیرا از انباشت نصوص شرعی و متون قانونی متضمن مقصد واحد، ظن پژوهشگر تقویت می‌شود تا اینکه به ظن قوی تبدیل می‌شود و انسان متعارف نیز به ظن قوی اعتماد می‌کند یعنی به آن اطمینان می‌یابد و عمل می‌کند؛ ظن قوی که احتمال خلاف در آن می‌رود ولی عقلا در زندگی اجتماعی به احتمال خلاف ضعیف اعتنا نمی‌کنند، چون اگر به چنین احتمالات ضعیفی آثار بار شود، اختلال در نظام اجتماعی لازم می‌آید. فقها از ظن قوی مورد اعتنای عقلا با عنوان علم عادی یاد می‌نمایند.

۳-۳. اعتبار استقراء به ملاک اعتبار ظن خاص

هر یک از ادلهٔ لفظی متضمن احکام شرعی به جهت اینکه خبر واحد موثق هستند به ملاک ظن خاص معتبر می‌باشند. همان گونه که حکم به دست آمده از ظاهر خبر واحد حجت است حکم استنباط شده از مجموع روایات نیز حجت خواهد بود؛ زیرا بین ظن حاصل از مجموع روایات و ظن حاصل از روایت خاص، فرقی از جهت ملاک اعتبار وجود ندارد (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۰: ۳۱/۱). به نظر می‌رسد ظن ناشی از استقرای روایات فراوان، بسیار قوی‌تر از ظن حاصل از یک یا چند روایت است، لذا به طریق اولی باید آن را معتبر به شمار آورد.

۳-۴. نظریه توالد ذاتی معرفت و اعتبار استقراء

استقرای ناقص، مشاهده تعدادی از مقارنت‌های مثلاً «الف» با «ب» است، به نحوی که از مشاهده آن موارد محدود نتیجه کلی یقینی گرفته شود؛ برای مثال ما مقارنت جوشیدن آب و حرارت صد درجه آن را بارها مشاهده می‌کنیم و یقین پیدا می‌کنیم که هر گاه آب به حرارت صد درجه برسد به جوش می‌آید، یا بارها مشاهده کرده‌ایم که انبساط فلزات، هم‌زمان با گرم شدن آن‌ها اتفاق می‌افتد، لذا به صورت یقینی حکم می‌کنیم که هر فلزی در اثر حرارت منبسط می‌شود. عالمان منطق این گزاره کلی را تجربه نام نهاده‌اند.^۱

سؤال اساسی این است که چگونه می‌توان از استقراء به تجربه رسید؛ یعنی از مشاهده مقارنت‌ها به ملازمت رسید و آن را در قالب گزاره کلی ارائه داد؟ در منطق ارسطویی، زیربنای گذار از مقارنت‌ها به ملازمه، یک قاعده عقلی است. حکیمان اسلامی از این قاعده با عنوان «الاتفاق لا یکون دائماً ولا أکثراً» یاد کرده‌اند؛ یعنی صدفه و اتفاق نسبی هرگز دائمی و اکثری نیست، یعنی هیچ گاه به طور استمرار تکرار نمی‌شود. بنابراین اگر میان دو پدیده مقارنت دائمی باشد یا به طور غالب تکرار شود رابطه سبب و مسبب، علت و معلولیت است؛ یعنی بین آن دو ملازمه برقرار است، پس جایگاه این قاعده از منظر شناخت‌شناسی پیش از تجربه است که جدا از تجربه و مشاهده و پیش از آزمایش عقل بدان نائل می‌آید و منطق ارسطویی آن را مبنای گذر از مشاهده به تجربه قرار داده است. به این ترتیب، بازگشت دلیل استقرایی به یک نوع قیاس منطقی و استنتاج عقلی خواهد بود (ابراهیمی دینانی، ۱۳۶۵: ۶۵).

۱. در زمینه تفاوت استقرای ناقص و تجربه گفته شده است که استقرای ناقص تنها جمع‌آوری موارد در یک قضیه، منهای مبدأ عقلی دیگر است، در حالی که «تجربه» عبارت از جمع‌آوری تعداد بسیاری از موارد در زمینه یک مسئله، متکی بر مبدأ عقلی دیگری است که عبارت است از: «الاتفاق لا یکون دائماً ولا أکثراً». ابن سینا می‌نویسد: «ولقائل أن یقول: ما بال التجربة تفید الإنسان علماً بأن السقمونیا تسهل الصفراء علی وجه یخالف فی إفادته إفادة الاستقراء فإن الاستقراء إما أن یکون مستوفی الأقسام وإما أن لا یوقع غیر الظنّ الأغلب والتجربة لیست كذلك... فتقول فی جواب ذلك: إن التجربة لیست تفید العلم لکنه ما یشاهد علی ذلك الحکم فقط، بل لاقتران قیاس به قد ذکرناه» (ابن سینا، ۱۳۶۲: ۴۶) و خواجه نصیرالدین در این زمینه نوشته است: «والفرق بین التجربة والاستقراء أن التجربة تقارن هذا القیاس والاستقراء لا یقارنه» (همو، ۱۳۶۱: ۲۱۷).

قاعده عقلی «الاتفاق لا یكون دائماً ولا أكثریاً» از جمله معارف اولیه بشر است که به دلیل و اقامه برهان نیازمند نیست چنان که سایر معارف اولیه بشر مانند «اصل عدم تناقض» و غیره به اقامه برهان نیازمند نیستند؛ زیرا در جهان ادراک، پایگاهی پیش از خود ندارند تا بر آن تکیه کنند؛ بلکه خود آنها تکیه گاه سایر ادراک قرار می گیرند (همان: ۶۶). از مجموع مباحث ارائه شده نتیجه می گیریم که منطق ارسطو به امکان وصول از طریق استقرای ناقص به قضایای فراگیر و عام اذعان دارد، ولی نه بر اساس انباشت موارد فقط، بلکه بر اساس یک قاعده عقلی اولی که از تألیف آن قاعده به عنوان کبرای کلی و موارد متعدد به عنوان صغری، یک برهان قیاسی کامل بر سببیت شکل می گیرد و در نتیجه حکم به دست آمده نسبت به همه موارد و حالات مشابه، تعمیم داده می شود.

شهید صدر بر این باور است که قاعده «الاتفاق لا یكون دائماً ولا أكثریاً» اگرچه قاعده ای درست است، علم ما به آن، علم عقلی قبل از تجربه نیست بلکه این قاعده خود یکی از نتایج دلیل استقرایی است و نمی تواند اساس منطق استقرایی را شکل دهد و مجوز عقلی کافی برای آن تلقی گردد. وی ضمن نقد استقراء در منطق ارسطویی برای اعتبار استقراء در علوم حقیقی و اعتباری، روش توالد ذاتی معرفت را برمی گزیند که قبل از طرح نظریه توالد ذاتی معرفت، بایسته است مراد وی از دلیل استقراء و اقسام آن در پژوهش های فقهی و حقوقی به اجمال ارائه گردد.

شهید صدر در کتاب *المعالم الجدیدة للاصول* در عرض دلیل لفظی و دلیل برهانی، دلیل استقرایی را مطرح می سازد. وی از این دلیل با عناوینی چون «الدلیل الاحتمالی» «الدلیل القائم علی حساب الاحتمالات» نیز یاد می کند (بی تا: ۱۶۲)؛ چون با افزودن موارد مشاهده مقارنت بین «الف» و «ب» احتمال رابطه ملازمت «الف» با «ب» بیشتر می شود تا آنجا که انسان به رابطه ملازمت و سپس به عموم ملازمت حکم می کند.

شهید صدر در این کتاب، قاعده عام «معدوریة الجاهل» مستنبط از دلیل استقرایی را که شیخ یوسف بحرانی در کتاب *الحدائق الناضرة و الدر النجفیة* بدان اذعان نموده است، یاد آور می شود. وی بر این باور است که گزاره های جزئی چون: «عمل احیای

اراضی موات از اسباب ملکیت است»، «عمل احیای معدن از اسباب ملکیت است»، «عمل حیازت آب رودخانه از اسباب ملکیت است»، «عمل شکار پرندگان از اسباب ملکیت است»، وقتی کنار هم قرار می‌گیرند و حکم جزئی و حالات مختلف کار بر ثروت طبیعی استقراء می‌شود، قاعده عام «کار در ثروت طبیعی منشأ مالکیت است» به دست می‌آید (همان: ۱۶۴).

وی استقراء را به دو قسم غیر مباشر و مباشر تقسیم می‌کند. مراد از استقرای غیرمباشر استقرایی است که فقیه با استقراء به دلیل لفظی دست پیدا می‌کند و به واسطه آن دلیل، حکم شرعی برای او اثبات می‌گردد؛ برای نمونه، از آنجا که عده کثیری از راویان به صدور «لا ضرر ولا ضرار فی الإسلام» از ناحیه نبی اکرم خبر می‌دهند، نص متواتر تلقی می‌گردد. پس با استقرای اخبار راویان به تواتر دلیل لفظی لاضرر دست یافته‌ایم و با این دلیل لفظی به نفی هر حکم ضرری در اسلام نائل آمده‌ایم. از نمونه‌های دیگر دلیل استقرای غیرمباشر می‌توان از اجماع یاد کرد. چنان که با فتوای یک فقیه بر وجوب خمس در معادن، به قرینه‌ای بر اثبات ناتمام وجود دلیل لفظی مشتمل بر وجوب خمس معادن دست پیدا کردیم. حال اگر به این فتوا، فتوای فقیه دیگر مبنی بر وجوب خمس معادن افزوده شود احتمال وجود دلیل لفظی که دلالت بر این حکم می‌کند افزوده می‌شود و هر اندازه به تعداد فقیهان دارای این فتوا افزوده شود احتمال وجود دلیل لفظی بیشتر می‌شود. حال اگر با استقرای آرای فقیهان دریابیم که همه فقیهان نزدیک به عصر معصوم در این زمینه اتفاق نظر دارند اجماع برای ما تحصیل شده است و اجماع نیز کاشف رأی معصوم است. چنان که با استقرای آرای فقیهان به این نتیجه برسیم که اکثر فقیهان دارای این رأی هستند با استقراء به شهرت دست یافته‌ایم. شهرت نیز از وجود دلیلی سابق بر حکم فقیهان حکایت دارد. حال اگر علم به سبب اجماع یا شهرت حاصل شود این دو حجت خواهند بود. سیره متشرعه یعنی سلوک عموم متدینین در عصر تشریح نیز از جمله استقرای غیرمباشر تلقی می‌گردد؛ برای مثال، سلوک عموم متدینین بر اقامه نماز ظهر در روز جمعه بدل از نماز جمعه یا عدم وجوب خمس از میراث به واسطه بررسی سلوک افراد زیادی که به هم افزوده می‌شوند از احتمال خطا و غفلت و تسامح می‌کاهد تا بدانجا که علم پیدا می‌کنیم که

این سلوک عام، مستند به یک بیان شرعی است که بر امکان اقامه نماز ظهر در روز جمعه بدل از نماز جمعه یا عدم وجوب خمس در میراث دلالت دارد. این علم موجب حجیت دلیل استقرای غیر مباشر می باشد.

نوع دوم استقراء از منظر شهید صدر استقرای مباشر است که در آن، از انباشت و اجتماع احکام جزئی، حکم عام بدون واسطه و مستقیماً استنتاج شود. حال این سؤال مطرح می شود که آیا تولید معرفت در علوم حقیقی و اعتباری با استقرای مباشر معتبر است؟

شهید صدر در کتاب *الاسس المنطقية للاستقراء* بر این باور است که هر معرفتی دارای یک جنبه ذاتی و یک جنبه موضوعی است، ادراک ما جنبه ذاتی معرفت است و قضیه مُدرک جنبه موضوعی معرفت است. لذا وی تولید معرفت و توالد را با عنایت به این دو جنبه معرفت، به موضوعی و ذاتی توجیه می کند و از این دو توجیه توالد با عناوین «توالد موضوعی» و «توالد ذاتی» یاد می کند (۱۴۲۶: ۱۵۹). مراد از توالد موضوعی این است که قضایای وابسته به یکدیگر به جهت پیوند به وسیله حد وسط، منشأ تولید و زایش معرفت جدید می شوند چنان که از تألیف قضیه «خالد انسان است» با قضیه «هر انسانی فانی است» به واسطه حد وسط به معرفت جدید «خالد فانی است» دست پیدا می کنیم. در منطق ارسطویی، این نتیجه همواره ملازم با مقدمات (صغری و کبری) است. مراد از توالد ذاتی معرفت این است که معرفتی بر اساس معرفتی دیگر برای انسان پیدا شود بی آنکه کمترین ملازمه‌ای میان آن دو معرفت به جهت جنبه موضوعی وجود داشته باشد (همان: ۱۶۱). از منظر منطق ارسطویی، تنها راه تولید معرفت همان توالد موضوعی است. چگونه ممکن است قضیه و معرفتی بدون هیچ گونه ملازمه‌ای با قضیه و معرفت دیگر از آن استنتاج شود؟ بنابراین ملاک اعتبار استدلال در تولید معرفت از منظر منطق ارسطویی، توالد موضوعی و صادق بودن صغری و کبری (مقدمات) منتج و مولد نتیجه است.

شهید صدر بر این باور است که در توالد ذاتی در تولید معرفت، مراحل باید طی شود. مرحله نخست توالد موضوعی است که وی از آن به مرحله استنباطی یاد می کند. در این مرحله، شناخت در آغاز به صورت احتمال است و احتمال به طور مستمر

افزایش می‌یابد و سیر رشد احتمال از رهگذر توالد موضوعی به جایی می‌رسد که در نهایت درجهٔ احتمال قرار می‌گیرد. ولی توالد موضوعی نمی‌تواند محقق را به یقین برساند لذا نیازمند طی فرایندی در جنبه‌های ذاتی معرفت یعنی حالات شخصی و روانی است یعنی با افزایش و تراکم ظنون در شخص مُدرک، او از حالت قلبی به حالت جدید منتقل می‌شود تا جایی که یقین پیدا می‌کند که کیفیت گذر شخص مدرک از ظن به یقین در توالد ذاتی توجیه می‌شود؛ یقینی که از انباشت تدریجی ظنون در نفس انسان مدرک و پژوهشگر حاصل می‌شود. بنابراین استقراء با جمع‌آوری موارد و جزئیات و تراکم ظنون، ما را به ظن قوی موضوعی یعنی با مدرک و شاهد می‌رساند. این ظن موضوعی در مرحلهٔ توالد ذاتی بر اساس یک سلسله اصول فطری و عقلایی تبدیل به یقین موضوعی می‌شود. این یقین موضوعی متکی به قرائن و شواهد است نه اینکه بدون شاهد و مدرک و بدون وجه و خرافات باشد و نه اینکه از قیاس منطقی باشد. بلکه پژوهشگر با تفحص در جزئیات و جمع‌آوری شواهد و قرائن فراوان و تشکیل علم اجمالی، به ظن موضوعی دست پیدا می‌کند، آنگاه به سوی یقین موضوعی حرکت می‌کند. بنابراین یقینِ موضوعی یقینی است که انسان با استفاده از حساب احتمالات از ظنِ موضوعی ناشی از تراکم و انباشت موارد و جزئیات معتابهی از احکام بدان دست پیدا می‌کند. یعنی هر گاه انسان در امری در میان دو احتمال قرار گرفت؛ مثل اینکه «کار منشأ مالکیت ثروت‌های طبیعی غیر منقول است» و «کار منشأ مالکیت ثروت‌های طبیعی غیر منقول نیست»، احتمال «کار منشأ مالکیت ثروت‌های طبیعی غیر منقول است» از قرائن و شواهد بسیار بیشتری در منابع فقه برخوردار است. لذا ارزش این احتمال بسیار بیشتر از احتمال «کار منشأ مالکیت ثروت‌های طبیعی غیر منقول نیست» می‌باشد. انسان در نفس خویش احتمال بسیار کم را نادیده می‌گیرد لذا احتمال بزرگ تبدیل به یقین می‌شود. بی‌تردید یقین موضوعی بر اساس مرجحات حقیقی و موضوعی ایجاد می‌شود. مقصود از مرجحات حقیقی و موضوعی در بحث استقراء این است که ذهن انسان طوری آفریده شده که به احتمالات خیلی ضعیف که نزدیک صفر هستند توجهی نمی‌کند. شهید صدر این امر را یک فرض بدیهی می‌داند که اقامهٔ برهان بر آن غیر ممکن است (۱۴۲۶: ۴۱۷). نادیده گرفتن احتمال خیلی ضعیف

حرمت از ناحیه اصولیان در شبهه تحریمیة غیر محصوره و مباح دانستن ارتکاب اطراف شبهه نیز بر همین فرض استوار است؛ زیرا آنها می‌گویند که اطراف شبهه غیر محصوره مباح است چون احتمال اینکه این مورد ارتکابی از حرام واقعی باشد آن قدر ضعیف است که عقلاً به آن توجهی نمی‌کنند (حیدری، ۱۳۷۶: ۲۲۰).

ممکن است اشکال شود که استقراء نمی‌تواند منجر به علم شود، زیرا ممکن است احوال اموری که استقراء نشده بر خلاف اموری باشد که استقراء شده‌اند، لذا همواره این احتمال از نظر عقلی موجود است. ولی باید توجه داشت که در یقین منطقی باید علاوه بر علم به شیء، علم به عدم نقیض آن وجود داشته باشد ولی در استقراء، همچنین مباحث اصولی مراد از یقین، علم عادی است. در علم عادی تنها علم به شیء لازم است ولی علم به عدم نقیض آن ضرورت ندارد. لذا حصول یقین موضوعی به تعمیم استقرایی با وجود احتمال عقلی بر خلاف آن تعمیم منافاتی ندارد. همچنین نمی‌توان یقین موضوعی را همانند جزم و اعتقاد انسان به خرافات که بدون شواهد و قرائن حاصل می‌شود، یکسان شمرد؛ چون یقین موضوعی بر اساس مرجحات حقیقی در انسان حاصل می‌شود (صدر، ۱۴۲۶: ۴۱۰-۴۱۱). بسیاری از روش‌هایی که برای اثبات دلیل شرعی ذکر شده‌اند، مانند تواتر، اجماع و سیره، بر اساس یقین استقرایی استوارند (همو، ۱۴۲۱: ۳۲۴/۱). بنابراین تفاوتی بین استقرای مباشر و غیر مباشر در روش گذر از جزئیات به حکم کلی وجود ندارد همچنین یقین در هر دو، یقین موضوعی است.

۴. نمونه‌هایی از احکام کلی و قواعد حقوقی ناشی از دلیل استقراء

در فقه و حقوق

محمدباقر بهبهانی در کتاب *الفوائد الحائریه* می‌نویسد:

فقیهان در موارد بسیار از استقراء جزئیات و نمونه‌های فراوان، یک حکم کلی استخراج می‌کنند و یقین دارند که خصوصیات مربوط به آن جزئیات، تأثیری ندارد. این کثرت استعمال در اصل استصحاب نیز حکمفرماست، به نحوی که در اذهان متشرعه کاملاً رسوخ پیدا کرده است؛ چنانچه حکم شرعی ثابت شود ثبوت خلاف آن نیازمند به دلیل شرعی است، یعنی «اصل بر بقای آن حکم است» (۱۴۱۵: ۲۲۱).

وی اعتبار شهادت عدلین را نیز نمونه دیگر استقراء در امور شرعی می‌داند (همان:

۲۷۷).

جعفری لنگرودی در کتاب *منطق حقوق بر این باور است که سرایت حکم مشترک* نمونه‌های جستجو شده به نمونه‌های جستجو نشده، تحت تأثیر عواملی نفسانی در استقراء کننده است که وی نام آن را جهش جبری ذهن می‌نامد؛ چون جستجوگر در استقراء تدریجاً به جایی می‌رسد که ذهن او دچار جهش می‌شود. این جهش را در مورد تفحص و استقراء حرارت طبیعی تن‌ها، آشکارا احساس می‌کنیم. ضرورت ندارد که این جهش در جستجوی اکثر افراد کلی مورد استقراء پدید آید (۱۳۶۱: ۱۲۴۶). وی به سخن محمدباقر بهبهانی به عنوان مؤید در امور فقهی و حقوقی استناد می‌جوید. حتی برخی از فقیهان معتقدند که در شریعت اسلام، مجموعه‌ای از تشریحات وجود دارد که عنوان قواعد تشریحی یا قواعد فقه بر آن‌ها اطلاق می‌گردد. بسیاری از این قواعد عام تنها با استقراء احکام و ادله شرعی به دست می‌آیند (بحرانی، ۱۳۶۳: ۵۰۳/۱). قواعدی که با ملاحظه موارد متعدد و اتخاذ وحدت ملاک آن‌ها از ناحیه فقیهان استنباط می‌شوند گاهی تحت عنوان «الاشباه و النظائر» گردآوری شده‌اند. کتاب‌های *الاشباه و النظائر سیوطی* و ابن نجیم از این مقوله‌اند.

کتابهای *الفروق*، *تألیف قرآنی*، *القواعد و الفوائد* شهید اول، *العناوین الفقهیه* میرعبدالفتاح، *عوائد الایام* نراقی و *القواعد الفقهیه* میرزا حسن بجنوردی مملو از استقراءهایی هستند که برای کشف قاعده عام صورت پذیرفته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۱: ۱۲۶۹). قواعدی چون «فراغ و تجاوز»، «انحلال عقد به عقود متعدد»، «کُلّ ما یضمن بصحیه یضمن بفاسده وکلّ ما لا یضمن بصحیه لا یضمن بفاسده»، «ملازمه بین نماء و درک» و «اصل صحت» از جمله ده‌ها قواعدی هستند که با تتبع و استقراء در احکام و ادله شرعی کشف می‌شوند. صاحب *جواهر* در این زمینه می‌نویسد:

استقراء در احکام شرعی اگر مفید علم هم نباشد حجت است؛ زیرا حجیت آن از ادله استنباط می‌گردد، بلکه مبنای بسیاری از قواعد شرعی، استقراء است (نجفی، ۱۴۲۱: ۲۲۸/۱).

مشهور فقهای متقدم و متأخر در کتب استدلالی خود به استقراء عمل کرده‌اند و

این، حجیت استقراء را نزد آنها اثبات می‌کند؛ چون اگر استقراء نزدشان حجت نبود بدان استدلال نمی‌کردند و با استناد به آن فتوا نمی‌دادند (حسینی شیرازی، ۱۴۲۶: ۳۵۷/۲).

شهید ثانی در زمینه استقراء می‌نویسد:

استقراء استدلال بر یک قانون کلی به وسیله ملاحظه جزئیات است. حصول علم توسط استقراء، قریب به حدسیات و متواترات است که از بدیهیات تلقی می‌شوند (عاملی جبعی، ۱۴۲۱: ۷۶۶/۲).

بنابراین به کارگیری روش استقراء در استنباط‌های فقهی مورد اذعان و عمل برخی از فقیهان بوده است.

۴-۱. ضمان مقبوض به عقد فاسد

برخی از فقیهان نوشته‌اند که قاعده «کَلَّ عَقْدٌ یَضْمَنُ بِصَحیحِهِ یَضْمَنُ بِفَاسِدِهِ وَلا یَضْمَنُ بِصَحیحِهِ لَایَضْمَنُ بِفَاسِدِهِ» با همین الفاظ، در آیه و روایتی نیامده و مورد اجماع فقیهان متقدم نبوده و در لسان آنها نیامده است، لذا نمی‌توان از مقدار دلالت آن الفاظ بحث کرد. این قاعده تنها در سخنان فقهای معاصر بیان شده است (موسوی خویی، ۱۴۱۲: ۲۵۰/۳). شیخ انصاری این قاعده را با استقراء در برخی قواعد فقهی و ادله احکام آن به دست داده است. وی مسئله مقبوض به عقد فاسد را از جزئیات این قاعده دانسته است (۱۴۱۸: ۱۸۲/۳).

ادله‌ای که برای ضمان مقبوض به عقد فاسد مورد استناد قرار گرفته است به شرح ذیل است: ۱. نبوی مشهور «علی الید ما أخذت حتی تؤذیه» (بیهقی، ۱۳۴۴-۱۳۵۵: ۹۰/۶؛ ابن ابی‌جمهور احسائی، ۱۴۰۳: ۲۲۴/۱)؛ ۲. برخی روایات که دلالت دارند بر اینکه چنانچه کنیز خریداری شده از ناحیه مشتری پس از باردار شدن معلوم گردد که مسروقه بوده است صاحب کنیز آن را از مشتری می‌گیرد و مشتری کودک خود را با پرداخت قیمت به صاحب کنیز از او می‌ستاند. ضمان منفعت غیر مستوفات به نحوی بر ضمان اصل مال دلالت دارد (حز عاملی، ۱۳۹۱: ۵۹۲/۱۴)؛ ۳. روایاتی که بر عدم حلیت یا حرمت تصرف در مال دیگران بدون طیب نفس و اذن مالک دلالت دارند، مانند «لا یحل مال امرئ إلا عن طیب نفسه» (فیض کاشانی، ۱۴۰۶: ۱۶/۳) و «حرمة مال المؤمن کحرمة دمه»

(کلینی، ۱۴۰۳: ۴/۷؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۶: ۱۴۶/۹)؛ ۴. روایاتی که بر عدم جواز پایمال کردن حق دیگران دلالت می‌کنند، مانند روایت «لا یصلح ذهاب حق أحد» (کلینی، ۱۴۰۳: ۴/۷)؛ ۵. روایاتی که بر نفی حکم ضرری دلالت دارند، مانند حدیث معروف «لا ضرر ولا ضرار فی الإسلام» (صدوق، ۱۴۰۳: ۲۸۱)؛ ۶. قاعده اقدام «من أقدم علی شیء فهو له ضامن» (کاشف الغطاء، بی تا: ۲۰)، چون قابض در موارد بیع و اجاره فاسد، خود اقدام بر ضمان مال در مقابل مسمی نموده است و چون در عقد فاسد، صحیح نیست که مال در مقابل مسمی مضمون باشد، ناگزیر ضمان آن در مقابل مثل یا قیمت خواهد بود؛ ۷. بر اساس سیره عقلا، تسلط بر مال دیگری بدون تسلیط مجانی مالک موجب ضمان است؛ ۸. این سیره قطعیه عقلا از ناحیه شارع نیز ردع نشده است، لذا بر ضمان مقبوض به عقد بیع و اجاره و مانند آن دلالت دارد.

چنان که ملاحظه می‌گردد، از سازوکار استقراء برای گذر از ادله و احکام مذکور با جمع‌آوری ادله مربوط و استخراج عناصر مشترک و الغای خصوصیت هر یک برای وصول به قاعده «ضمان مقبوض به عقد فاسد...» بهره گرفته شده است.

۴-۲. قاعده معذوریت جاهل

یکی از احکام کلی که از طریق استقراء می‌توان دست یافت، قاعده معذوریت جاهل است که با تتبع و جستجو در ابواب فقه اعم از عبادات، معاملات و جزائیات و جمع‌آوری موارد آن می‌توان به گزاره کلی «جاهل معذور است» دست یافت؛ برای نمونه از احکام زیر می‌توان به قاعده مزبور رسید:

۱. شخصی در مسافرت روزه بگیرد و نسبت به حکم عدم جواز روزه در سفر جاهل داشته باشد، بسیاری از فقیهان گفته‌اند که روزه این شخص صحیح است و کفاره ندارد (موسوی خمینی، ۱۳۸۲: ۱/۲۶۳؛ بحرانی، ۱۳۶۳: ۱۳/۳۹۸؛ سیستانی، ۱۴۲۷: ۲۰۹)؛ یعنی جاهل، مسقط حکم تکلیفی و وضعی است.

۲. شخصی به زعم اینکه سجده بر چیزی صحیح است، بر آن سجده نماید ولی بعد معلوم گردد که سجده بر آن صحیح نبوده است، برخی از فقیهان فتوا داده‌اند که اعاده لازم نیست (موسوی خویی، ۱۳۷۹: ۸۴/۱).

۳. چنانچه شخصی در حال احرام، از روی جهل به حکم، لباس بپوشد، کفاره بر او واجب نمی‌باشد و حج او صحیح است (همان: ۱۰۴/۲؛ فاضل هندی، ۱۴۲۴: ۱۴۲۲/۵). این امر به روشنی نشان می‌دهد که جاهل قاصر از جهت حکم تکلیفی معذور است و از جهت حکم وضعی نیز بسیاری از فقها قائل به صحت عمل جاهل شده‌اند (موسوی خویی، ۱۳۷۹: ۱۰۴/۲).

۴. شخصی که به خیار یا فوریت آن جاهل باشد معذور است تا اینکه حکم آن دو را بداند (بحرانی، ۱۳۶۳: ۴۴/۱۹). پذیرش معذوریت جاهل در خیار و فوریت آن، نظر اکثر فقیهان است، بلکه معذور بودن جاهل در اصل خیار مورد اتفاق فقیهان است؛ اعم از اینکه جهل به حکم باشد یا جهل به موضوع.

۵. اگر شفیع به حق شفعه یا فوریت آن، در حکم یا موضوع جهل داشته باشند، جهل او عذر تلقی می‌گردد (همان: عاملی، ۱۴۱۲: ۴۶۵/۳؛ نجفی، ۱۹۸۱: ۳۴۲/۳۷).

۶. چنانچه مردی با زنی که در حال عده است با جهل به حکم حرمت ازدواج در عده یا جهل به عده یا جهل به هر دو، ازدواج نماید، عقد نکاح باطل است و اگر میان زن و مرد مباشرتی صورت نگرفته باشد حکم تکلیفی حرمت به واسطه جهل مرتفع شده و بعد از اتمام عده می‌توانند ازدواج نمایند (حرّ عاملی، ۱۳۹۱: ۱۴/۱۷؛ ح ۱۹، ۲۲-۲۳).

۷. بر اساس قاعده «الحدود تدرء بالشبهات»^۱ چنانچه شخصی با جهل به حکم یا موضوع، مرتکب گناه و جرمی شود که مستوجب حدّ است حدّ از او درء می‌شود.

۸. روایات مشتمل بر معذور بودن کسی که با جهل به خمر بودن مایعی، آن را بنوشد (همان: ۱۸/۱۸ باب ۲۷).

با امعان نظر در موارد یادشده و دیگر مواردی که از مبنایی مشترک حکایت دارند و ادله طرفداران معذوریت و عدم معذوریت جاهل به این نتیجه می‌رسیم که جاهل قاصر در احکام تکلیفی معذور است و در احکام وضعی نیز چنانچه جهل در ارکان عقد واقع نشده باشد، معذور است و جهل قصوری موجب بطلان عقد یا ایقاع نمی‌شود و نسبت

۱. قال رسول الله ﷺ: «ادروا الحدود بالشبهات» (صدوق، ۱۳۹۰: ۵۳/۴، ح ۱۲؛ حرّ عاملی، ۱۳۹۱: ۳۳۶/۱۸).

به احکام قبل از فحص، جاهل مقصر تلقی شده و معذور نخواهد بود ولی بعد از فحص در حکم قاصر بوده و معذور است، اما نسبت به موضوعات همیشه حکم قاصر را دارد و فحص در آن لازم نیست. بنابراین گزاره «جاهل معذور است» به اجمال قابل قبول است (موسوی، ۱۳۸۲: ۷/۴۰۳).

۳-۴. قاعدة لاضرر

آیات ﴿لَا تَضَارُّوْا وَاٰلِهَآءَ وَاَوْلَادَهُمْ بِوَالِدِيْكُمْ﴾ (بقره/ ۲۳۴)، ﴿وَلَا تَضَارُّوْهُنَّ لِتَضَيَّقُوْا عَلَيْنَهُنَّ﴾ (طلاق/ ۷)، ﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلِّغْنَ أَجْلَهُنَّ فَأُمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾ (بقره/ ۲۳۱)، ﴿مَنْ بَعَدَ وَصِيَّةَ يَوْصِي بِهَا أَوْ دِينَ غَيْرِ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ﴾ (نساء/ ۱۲) و روایات فراوان چون روایت منقول از نبی اکرم ﷺ در زمینه سمره بن جندب (حز عاملی، ۱۳۹۱: کتاب احیاء الموات، باب ۱۲)، روایت عقبه بن خالد از امام صادق عنه السلام در زمینه حق شفعه، روایت هارون بن حمزه غنوی از امام صادق عنه السلام و روایات فراوان دیگر که هر یک مشتمل بر نفی حکم ضرری مربوط خود است، ولی از یک قاعدة کلی حکایت می‌نماید که می‌توان از آن به قاعدة نفی ضرر یاد کرد.

با تتبع و استقراء در مواد مربوط به خیارات در معاملات و نکاح و ماده ۱۳۲ قانون مدنی درباره جلوگیری از تصرفی که به ضرر همسایه است و مواد ۱۳۸ و ۱۳۹ در زمینه حریم چشمه و چاه و قنات و مواد ۳۰۸ تا ۳۳۵ درباره ضمان قهری و قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ و مواد ۲۲۶ به بعد قانون مدنی در باب جبران خسارت، استنباط می‌شود که از منظر قانون‌گذار هیچ ضرری نباید بدون جبران گذارده شود و هیچ کس حق ندارد به ناروا به دیگری زیان برساند (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۶۰/۳).

۴-۴. قاعدة «التعزیر بما دون الحد»

گاهی فقیه با جمع‌آوری روایات هم‌خانواده با روایات فراوان و متنوعی روبه‌رو می‌شود که با وجود تنوع و تفاوت آشکار در بیان، از حکم شرعی کلی مشترکی حکایت دارند. وی با دسته‌بندی و تأمل در وجوه اشتراک و افتراق آن‌ها به آسانی می‌تواند به حکم مشترک دست یابد؛ برای نمونه، فقیه وقتی روایات تعزیر را جمع‌آوری می‌کند و در آن‌ها تأمل می‌کند، این روایات را به چند دسته تقسیم می‌کند:

۱. روایاتی که بدون تعیین نوع مجازات تعزیری تنها شخص را قابل مجازات تعزیری می‌دانند (حز عاملی، ۱۳۹۱: ۵/۴۵۲-۴۵۱، ۵۰۴، ۵۱۶ و ۵۲۲-۵۲۳).
۲. روایاتی که در آن‌ها در مواردی که مجازات تعزیر اعمال می‌شود به جای لفظ تعزیر واژه‌هایی چون ضرب و جلد به کار گرفته شده است؛ مانند اینکه در روایت زید شحام از امام صادق علیه السلام، امام در مورد مرد و زنی که زیر یک پوشش یافت شوند، فرمود: «هر کدام صد تازیانه می‌خورند منهای یک تازیانه» (همان: ۳۶۴/۵) و دیگر روایاتی که در این زمینه نقل شده است (همان: ۵/۵۸۵-۵۸۶، ۳۶۲ و ۳۶۷).
۳. روایاتی که در آن‌ها به روشنی و صراحت، مجازات تعزیر را با تازیانه اعلام داشته است؛ مانند روایت اسحاق بن عمار از امام کاظم علیه السلام که می‌گوید: از آن حضرت پرسیدم: تعداد تعزیر چقدر است؟ ایشان فرمود: «بین ۱۰ تا ۲۰ ضربه است» و دیگر روایاتی که در این زمینه نقل شده است (همان: ۵/۵۸۳-۵۸۴).
۴. روایاتی که در آن‌ها مجازات تعزیری حبس، تبعید و مانند آن تعیین شده است (همان: ۱۸/۲۴۴ و ۵۰۳ و ۵۱۷). فقیه با امعان نظر در این روایات درمی‌یابد که تعزیر تأدیبی است کمتر از حد، چنان که شیخ طوسی در این زمینه می‌نویسد: «لا یبلغ التعزیر حدًا کاملاً بل یکون دونه...» (۱۴۱۴: کتاب اشربه، مسئله ۱۴).

۴-۵. قاعده فراغ دادرس

با تتبع در مواد ۱۵۴ و ۱۵۵ و بند ۴ ماده ۱۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ می‌توان قاعده «فراغ دادرس» را استنباط کرد و تمامی تصمیمات دادگاه اعم از قرار و حکم را در حدود مفاد خود معتبر به شمار آورد و دادرس را از تغییر آن بازداشت. با امعان نظر در موارد یادشده درمی‌یابیم که فقیه و حقوق‌دان با پیش فرضی که در ذهن خویش پرورده است جستجو و استقراء را آغاز می‌کند. پیش فرض در واقع هدف نویسنده و جهت و مسیر حرکت فکر او را معین می‌سازد (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۴۹). به تعبیر دیگر، فرضیه یکی از مراحل پژوهش به شمار می‌رود که جهت حرکت پژوهشی، دامنه و گستره تحقیق، نوع منابع و روش جمع‌آوری اطلاعات، کیفیت تفسیر و پردازش آن‌ها را تا حدود زیادی مشخص می‌کند (نقیبی، ۱۳۹۰: ۵۵). فقیه و حقوق‌دان با عنایت به

تجارب پژوهشی خویش در مطالعه نصوص شرعی و قوانین درمی‌یابد که شارع و قانون‌گذار، احکام و قوانین را تابع مصالح و مفاسد وضع کرده است و همان مصالح و مفاسد، ملاکات احکام هستند. وی با عنایت به اینکه احکام و قوانین از چنین رویکردی برخوردارند، با جمع‌آوری قوانین و احکام شرعی دارای معنای مشترک به ملاک حکم دست می‌یابد و آن ملاک را به سایر موارد دارای آن ملاک تطبیق می‌دهد. بنابراین از مهم‌ترین فرایندهای پژوهشی برای حرکت ذهن پژوهشگر فقه و حقوق در میان احکام فرعی و مصادیق، مواد قانونی هماهنگ برای وصول به حکم کلی و قواعد حقوقی است. او در این مسیر نباید افراط نماید و معیارهایی چون عدم مغایرت نتیجه استقراء با ضروریات اسلام و عدم معارضه آن با دیگر قواعد مسلم حاکم بر حقوق و عدم تهافت آن با اصولی چون عدالت و مصلحت را نادیده بگیرد و از موارد مخصّص غفلت نماید (ما من عامّ إلاّ وقد خصّ). بدین جهت به کارگیری سازوکار استقراء در استنباط احکام و اجرای قواعد حقوقی نیازمند دقت و احتیاط است.

۵. استقراء و نظریه‌پردازی در فقه و حقوق

نظریه، ساختار منسجمی از گزاره‌هاست که به توضیح، تبیین و تفسیرهای مختلفی درباره جهان هستی و پدیده‌های آن و وقایع و مناسبات انسانی (و محیطی) می‌پردازد و امکان تطبیق، پیش‌بینی و تغییر ایجاد می‌کند (عیوضلو، کرسی‌های نظریه‌پردازی تعریف نظریه). بر اساس این تعریف، نظریه، امکان کنترل و تغییر پدیده‌ها و وقایع زمینه را برای تحقق الگوهای مطلوب فراهم می‌آورد. این تعریف عام است و علوم تجربی و انسانی را شامل می‌شود. برخی از نویسندگان حقوقی تلاش کرده‌اند تا از نظریه تعریفی متناسب با دانش‌های فقه و حقوق ارائه دهند. در *دانشنامه حقوق خصوصی* در زمینه تعریف نظریه آورده شده است:

نظریه در اصطلاح فقه و حقوق عبارت از نگرش اولیه مبتنی بر حدس و گمان است که هنوز اثبات نشده است. نظریه معادل theory در انگلیسی است و در حقوق آنگلساکسون از این اصطلاح به دکتترین (doctrine) هم تعبیر می‌شود؛ به عنوان نمونه می‌توان از نظریه دعوی (theory of case) یاد کرد که عبارت از اسباب و

وقایعی است که حق طرح دعوی بر آن مبتنی است. اما در حقوق فرانسه، واژگان *these*، *therie*، *proposition*، *theoreme* این مفهوم را می‌رسانند (انصاری و طاهری، ۱۳۸۴: ۲۶۰۷/۳).

در این تعریف، نظریه نگرش اولیه مبتنی بر حدس و گمان دانسته شده که هنوز اثبات نشده است و معادل فرضیه (*hypothesis*) است، در حالی که نظریه آن حدس و گمانی است که ادله، شواهد و قرائن آن را تأیید و اثبات کرده است. با وجود این، اصطلاح نظریه در معانی متفاوتی به کار گرفته شده است، چنان که غلامحسین مصاحب در *دائرة المعارف فارسی* درباره معانی نظریه می‌نویسد:

۱. فرضیه اعم از تأیید شده یا تأیید نشده؛ ۲. فرضیه‌ای که تأیید شده و جزئی از احکام علم خاصی شده است؛ ۳. مجموعه منظمی از احکام مربوط به یک موضوع علمی که از دسته‌ای از گزاره‌های کلی استخراج شده باشند. این گزاره‌ها ممکن است اصل موضوع‌هایی باشند، مثلاً در ریاضیات محض، یا اصولی باشند که کمابیش با تجربه تأیید شده‌اند، مثلاً نظریه جاذبه (۱۳۷۴: ۳۸/۲).

تعریف سوم ارائه شده اگرچه بیشتر ناظر به علوم طبیعی و تجربی می‌باشد، بر برخی از نظریه‌ها در علم حقوق مانند نظریه تعهدات و نظریه عقد قابل تطبیق است.

سیدمصطفی محقق داماد در زمینه تعریف نظریه فقهی می‌نویسد:

مجموعه‌ای از ارکان، شروط و احکامی است که وحدت موضوع حاکم بر همه آن عناصر، میان آن‌ها رابطه فقهی برقرار ساخته است؛ برای مثال، نظریه عقد که با «theory of contract» در حقوق غرب مطابقت دارد در حقیقت «فقه عقد» است و با «law of contract» تطبیق می‌کند و عبارت است از مجموع مباحث ارکان شروط و احکام عقد (۱۳۸۱: ۲۵/۲).

برخی آثار با عنوان نظریه العقد با این رویکرد تدوین شده است (ر.ک: نقیب، ۱۹۸۸). در نگارش فقهی به سبک سنتی، عقود معین به طور جداگانه مورد بحث قرار می‌گیرد. ولی فقیهان متأخر در برخی مباحث فقهی از رویکرد نظریه‌پردازی برای نگارش بهره‌جسته‌اند. مبحث شروط کتاب *المکاسب* شیخ انصاری بیانگر چنین رویکردی است. شیخ در مبحث شروط، مجموعه مفاهیم و احکام مرتبط با شرط را جمع‌آوری و در

قالب یک نظریه ارائه داده است. وی در نظریه شروط خویش، تمامی جزئیات تحت آن را توصیف و تبیین کرده است. بنابراین نظریه فقهی و حقوقی، مجموعه مفاهیم، احکام و قواعد حقوقی مرتبط با یک موضوع است که موارد و مصادیق ذیل خود را در ابواب مختلف فقه و عناوین گوناگون حقوقی، توصیف و تفسیر می‌کند. یعنی نظریه از چنان شمول و گستردگی برخوردار است که تمامی موضوعات و گزاره‌های گوناگون را که از برخی اشتراکات برخوردارند، تبیین می‌کند. بدین جهت آن را باید بسیار فراتر از قاعده فقهی به شمار آورد؛ چون موضوع حکم در قاعده فقهی، عام و کلی و منطبق بر موارد متعدد است که حکم همه آن موارد در قضیه یک‌جا بیان شده است. این موارد در یک یا چند باب فقهی جریان دارد. بنابراین نظریه فقهی چه‌بسا خود متضمن قواعد فقهی بسیاری باشد، مانند نظریه عقد به عنوان نظریه‌ای فقهی و حقوقی که قواعدی چون اصل لزوم، اصل تبعیت عقد از قصد، قاعده «ما یضمن» و... در ذیل آن قرار می‌گیرد.

بنابراین یکی از راه‌های تولید نظریه، تراکم و انباشت روشمند قواعد فقه، مفاهیم و گزاره‌های متضمن حکم شرعی است. فقیه با جمع‌آوری و سازمان‌دهی روشمند مواد مذکور و همچنین با در نظر گرفتن فضا و بستری که حکم شرعی در آن جعل شده است، به تفسیر مناسبات و روابط مشترک و توصیف ارتباطات درونی آن‌ها می‌پردازد. استقراء از جمله دلایل‌هایی است که پژوهشگر فقه در فرایند تراکم و انباشت ادله مشتمل بر حکم شرعی کلی و جزئی، احکام کلی و جزئی، و مفاهیم فراقه‌ای مرتبط با موضوع پژوهش از آن بهره می‌جوید. بنابراین استقراء را باید از سازوکارهای نظریه‌پردازی در فقه و حقوق به شمار آورد.

یافته‌ها

۱. به سیر ذهن از جزئی به کلی یا به عبارت بهتر به حرکت ذهن از خاص به عام استقراء گفته می‌شود.

۲. استقراء استدلالی است که ذهن فقیه و حقوق‌دان با ملاحظه شمار زیادی از احکام و مقررات جزئی که شارع و قانون‌گذار برای برخی موارد، جعل و وضع کرده

است، صفت مشترکِ همهٔ آن احکام و مقررات را استخراج و به عنوان قاعدهٔ کلی ارائه می‌دهد.

۳. بنای عقلا، وحدت ملاک با اعتبار تواتر معنوی، وحدت ملاک با اعتبار ظن خاص، و توالد ذاتی معرفت از جمله مبانی اعتبار استقراء در استنباط احکام کلی فقهی و کشف قاعدهٔ حقوقی هستند.

۴. ضمان مقبوض به عقد فاسد، معذوریت جاهل، قاعدهٔ لاضرر، قاعدهٔ تعزیر به مادون حد و قاعدهٔ فراغ دادرس از جمله مصادیق کاربرد استقراء در استنباط احکام کلی و قواعد حقوقی هستند.

۵. فقیه در گزینش قاعدهٔ فقهی با جمع‌آوری اشباه و نظایر و امعان نظر در آنها با گزینش حکم کلی شرعی، قاعدهٔ فقهی را استنباط می‌کند و حقوق‌دان نیز با جمع‌آوری مواد قانونی مشابه و همچنین رویهٔ قضایی مربوط به پرونده‌های نظیر هم با سازوکار استقراء، قاعدهٔ حقوقی را به دست می‌دهد.

۶. فقیه با انباشت روشمند انبوهی از مفاهیم و گزاره‌ها که از فضا و بستر جعل حکم در زمینهٔ موضوعی حکایت می‌نمایند، روابط و مناسبات آنها را توصیف و تبیین می‌کند. وی با بهره‌گیری از آنها می‌تواند تمامی موارد و مصادیق ذیل آن موضوع را نیز توصیف و تبیین نماید. به توصیف و تبیین مبتنی بر فرایند مذکور، نظریه‌پردازی اطلاق می‌گردد.

کتاب‌شناسی

۱. ابراهیمی دینانی، غلامحسین، قواعد کلی فلسفه در فلسفه اسلامی، تهران، مؤسسه مطالعات و تحقیقات فرهنگی، ۱۳۶۵ ش.
۲. ابن ابی‌جمهور احسایی، محمد بن زین‌الدین، عوالی اللثالی العزیزیه فی الاحادیث الدینییه، قم، مطبعة سیدالشهداء (ع)، ۱۴۰۳ ق.
۳. ابن سینا، حسین بن عبدالله، الشفاء، قم، کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی، ۱۳۶۲ ش.
۴. همو، شرح الاشارات والتنبیها، شرح خواجه نصیرالدین طوسی، تهران، دفتر نشر کتاب، ۱۳۶۱ ش.
۵. انصاری، مرتضی بن محمدامین، فرائد الاصول، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، بی‌تا.
۶. همو، کتاب المکاسب، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۷. انصاری، مسعود و محمدعلی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، تهران، محراب فکر، ۱۳۸۴ ش.
۸. بحرانی، یوسف، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۳۶۳ ش.
۹. بهبهانی، محمدباقر، الفوائد الحائریه، قم، ۱۴۱۵ ق.
۱۰. بیهقی، احمد بن حسین، السنن الکبری، حیدرآباد، دائرة المعارف العثمانیه، ۱۳۴۴-۱۳۵۵ ق.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دائرة المعارف علوم اسلامی (منطق حقوق)، تهران، گنج دانش، ۱۳۶۱ ش.
۱۲. حرّ عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعه، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۳۹۱ ق.
۱۳. حسینی شیرازی، سیدصادق، بیان الفقه فی شرح العروة الوثقی، قم، دار الانصار، ۱۴۲۶ ق.
۱۴. حیدری، سیدعلی نقی، اصول الاستنباط، چاپ چهارم، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۷۶ ش.
۱۵. سیستانی، سیدعلی، المسائل المنتخبة، العبادات و المعاملات، قم، باقیات، ۱۴۲۷ ق.
۱۶. شاطبی، ابواسحاق، الموافقات فی اصول الاحکام، بی‌جا، دار الفکر، بی‌تا.
۱۷. صدر، سیدمحمدباقر، الاسس المنطقية للاستقراء، قم، مرکز الابحاث و الدراسات التخصصية للشهيد صدر، ۱۴۲۶ ق.
۱۸. همو، المعالم الجديدة للاصول، تهران، مکتبه النجاح، بی‌تا.
۱۹. همو، دروس فی علم الاصول (شرح الحلقة الثالثة)، شرح و تعليق آل فقيه عاملي، ناجی طالب، بیروت، ۱۴۲۱ ق.
۲۰. صدوق، محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، معانی الاخبار، قم، ۱۴۰۳ ق.
۲۱. همو، من لایحضره الفقیه، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۹۰ ق.
۲۲. طوسی، محمد بن حسن، الخلاف، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۱۴ ق.
۲۳. عاملی، محمد بن مکی، الدروس الشرعية فی فقه الامامیه، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۲ ق.
۲۴. عاملی جبعی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی)، رسائل الشهید الثانی، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۱ ق.
۲۵. عیوضلو، رحیم، کرسی‌های نظریه پردازی تعریف نظریه، قابل دستیابی در وبگاه <http://www.korsi.ir>.
۲۶. فاضل هندی، بهاء‌الدین محمد بن حسن اصفهانی، کشف الثام عن قواعد الاحکام، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۴ ق.
۲۷. فیض کاشانی، محمدمحسن بن شاه مرتضی، الوافی، اصفهان، مکتبه الامام علی (ع)، ۱۴۰۶ ق.

۲۸. قمی، میرزا ابوالقاسم بن محمدحسن، *القوانین المحكمة فی الاصول*، قم، ۱۴۳۰ ق.
۲۹. کاتوزیان، ناصر، *شیوه تجریمی تحقیق در حقوق*، تهران، انتشار، ۱۳۸۹ ش.
۳۰. همو، *فلسفه حقوق*، چاپ سوم، تهران، انتشار، ۱۳۸۵ ش.
۳۱. همو، *وصیت در حقوق مدنی ایران*، کانون وکلای دادگستری مرکز، تهران، یلدا، ۱۳۶۹ ش.
۳۲. کاشف الغطاء، جعفر بن خضر مالکی نجفی، *القواعد الستة عشر*، بی جا، مؤسسه کاشف الغطاء، بی تا.
۳۳. همو، *کشف الغطاء عن مبهمات الشریعة الفراء*، قم، ۱۴۲۰ ق.
۳۴. کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، چاپ چهارم، تهران، کتاب فروشی علمیه اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۳۵. محقق داماد، سیدمصطفی، *قواعد فقه (بخش مدنی)*، چاپ پنجم، تهران، سمت، ۱۳۸۱ ش.
۳۶. مصاحب، غلامحسین، *دائرة المعارف فارسی*، تهران، شرکت سهامی کتابهای جیبی، ۱۳۷۴ ش.
۳۷. مظفر، محمدرضا، *اصول الفقه*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۷۵ ش.
۳۸. همو، *المنطق*، بیروت، دار التعارف للمطبوعات، ۱۴۰۲ ق.
۳۹. موسوی خمینی، سیدروح الله، *تحریر الوسیله*، چاپ دهم، قم، دار العلم، ۱۳۸۲ ش.
۴۰. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *صراط النجاة فی اجوبة الاستفتائات*، کویت، المكتبة الفقهیه، ۱۳۷۹ ق.
۴۱. همو، *مصباح الفقاهه*، بیروت، دار الهادی، ۱۴۱۲ ق.
۴۲. موسوی، سیدمحمدصادق، «سازوکار گذر از استقراء به نظریه در مسئله معذوریت جاهل»، رهنمون، سال اول، شماره سوم و چهارم، تابستان و پاییز ۱۳۸۲ ش.
۴۳. نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی توبه الجدید*، قم، مؤسسه دائرة معارف الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل البيت (علیهم السلام)، ۱۴۲۱ ق.
۴۴. همو، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۱ م.
۴۵. نقیب، عاطف، *نظریة العقد*، بیروت، عویدات، ۱۹۸۸ م.
۴۶. نقیبی، سیدابوالقاسم، *روش تحقیق در علوم اسلامی*، تهران، دانشگاه پیام نور، ۱۳۹۰ ش.

بازخوانی فقهی - حقوقی

شرکت‌های اعمال، مفاوضه و وجوه*

- سیاوش گودرزی^۱
- محمدرضا علمی سولا^۲

چکیده

مشهور فقهای امامیه، شرکت‌های اعمال، مفاوضه و وجوه را باطل می‌شمارند و برای اثبات آن به ادله‌ای نظیر اجماع، تملیک معدوم، عدم دلیل بر صحت و غرری بودن این معاملات استناد می‌کنند، بی‌آنکه دلیلی از آیات و روایات و یا حکم عقل قطعی به دست دهند. فقهای امامیه معتقدند که برای صحت این معاملات باید متوسل به عقد صلح یا وکالت و یا راهکارهای دیگر شد. قانون‌گذار نیز در مواد قانون مدنی اشاره‌ای به این شرکت‌ها و احکام آن ندارد. در این جستار با واکاوی ادله قول مشهور، این نتیجه به دست می‌آید که مستندات اینان وافی به مقصود نیست و برای اثبات مدعای ایشان کافی نمی‌نماید. باید گفت که این قراردادها جزء اعمال حقوقی متداول میان اجتماع است و دلیل قطعی بر بطلان آن‌ها وجود ندارد. فقیهان به دلیل رواج این معاملات در عرف،

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۴/۲۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۶/۱۹.

۱. کارشناس ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد (siavash.goodarzi@stu.um.ac.ir).
۲. استادیار دانشگاه فردوسی مشهد (نویسنده مسئول) (elmisola@um.ac.ir).

ناچار به چاره‌جویی برای صحت آن شده‌اند. نظریه صحت این قراردادها هرچند مخالف قول مشهور فقیهان امامی است، برخی معاصران طرفدار آن هستند. از دیدگاه حقوق مدنی نیز با وجود ماده ۱۰ قانون مدنی که بیانگر اصل آزادی اشخاص در انعقاد قراردادهاست، می‌توان نظریه صحت این معاملات را تقویت نمود.

واژگان کلیدی: شرکت اعمال، شرکت وجوه، شرکت مفاوضه، غرر، اجماع، تملیک معدوم.

مقدمه

عامل سازنده اعمال حقوقی، اراده است. قراردادها تابع اراده طرفین‌اند مگر آنکه قانون این اراده را محدود سازد و یا آن قرارداد را به طور کلی ممنوع اعلام کند. عقد شرکت نیز از این قاعده مستثنا نیست. این عقد یکی از عقود معین در فقه اسلام و قانون مدنی است که انواع آن عبارت‌اند از: شرکت عنان، اعمال، وجوه و مفاوضه. فقهای امامیه تنها شرکت عنان یا همان شرکت در اموال را صحیح دانسته و انواع دیگر شرکت را با استناد به اجماع باطل شمرده‌اند. با توجه به اینکه اجماع یادشده در این مسئله مستندی قوی نیست، به ادله‌ای دیگر مانند عدم دلیل بر مشروعیت این عقود، غرری بودن این قراردادها، و منع تملیک معدوم تمسک شده است. در ادامه، ادله مذکور را نقد و بررسی می‌کنیم. بر خلاف نظر ابطالی فقهای امامیه، آنچه در میان مردم رایج است، استفاده فراوان از این شرکت‌هاست؛ مانند باب حیل حل مشکل ربا. اما این راهکارها به دلیل عدم سنخیت با عرف جامعه و بازار، چندان کارایی ندارد. ممکن است که بدون نیاز به این حیل، حکم به صحت این شرکت‌ها نمود. در این جستار به این موضوع خواهیم پرداخت.

تعریف عقد

«عقد» کلمه‌ای عربی است که جمع آن «عقود» است به معنای بستن و گره زدن (طریحی، ۱۴۱۶: ۱۰۳/۳؛ فیومی، بی‌تا: ۴۲۱/۲). ماده ۱۸۲ قانون مدنی در تعریف عقد می‌گوید:

عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آن‌ها باشد.

وجه تناسب میان معنای اصطلاحی و معنای لغوی عقد این است که بر اثر انعقاد عقد میان طرفین، رابطه‌ای حقوقی ایجاد می‌شود که آنان را به یکدیگر مرتبط می‌سازد (امامی، بی‌تا: ۱۵۸/۱). طبق این تعریف، در عقد دو شرط اساسی باید باشد: الف) توافق دو یا چند اراده؛ ب) تعهد.

آنچه از ظاهر این تعریف برمی‌آید آن است که اگر تراضی به منظور تبدیل تعهد یا سقوط و انتقال آن یا نقل ملکیت انجام شود، هرچند حالتی استثنایی دارد، نمی‌توان نام عقد را بر آن نهاد. اما با اندکی تأمل می‌توان دریافت که باید از این ظهور چشم‌پوشی کرد. نویسندگان قانون مدنی، تعهد را به معنایی که امروز مرسوم و متداول است و از آثار عقد به شمار می‌رود، در نظر نگرفته‌اند. بنابراین تعهد و پذیرش آن را عقد نامیده‌اند. آنچه این دیدگاه را تقویت می‌کند آن است که فقها از عقد به «عهد مؤکد» تعبیر کرده‌اند و در حقوق اسلام، اثر عقد محدود به ایجاد تعهد نیست. پس باید پذیرفت که در این تعریف، مقصود از تعهد، تراضی آمیخته با التزام و پایبندی است (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۱۶).

شرکت در لغت

لغت‌شناسان در تبیین معنای «شرکت» از واژه‌هایی کم‌وبیش مترادف بهره برده‌اند، چنان که آمده است: «شَرِکَه» و «شَرِکَه» هر دو به معنای «مخلوط نمودن» است (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۴۴۸/۱۰؛ حسینی واسطی زبیدی، ۱۴۱۴: ۱۳/۵۹۱). مؤلف مفردات الفاظ القرآن در این باره می‌نویسد: معنای «شرکت» و «مشارکت» مخلوط و مزوج نمودن دو مال است. همچنین، «شرکت» بدین معناست که یک شیء متعلق به دو یا چند نفر باشد (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۴۵۱).

تعریف اصطلاحی شرکت

محقق حلّی، علامه حلّی، فخرالمحققین، فاضل مقداد، ابن فهد حلّی، شهید ثانی، صاحب ریاض، شیخ ضیاءالدین عراقی و برخی دیگر از فقیهان - با اندک تغییری در الفاظ - عقد شرکت را چنین تعریف می‌کنند:

الشركة اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد على سبيل الشيع (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۰۵/۲؛ حلی، قواعد الاحکام، ۱۴۱۳: ۲۹۸/۲؛ فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۲۹۸/۲؛ سیوری حلی، ۱۴۰۴: ۲۰۷/۲؛ ابن بزاج طرابلسی، ۱۴۰۷: ۵۴۳/۲؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۳۰۱/۴؛ حائری طباطبایی، ۱۴۱۸: ۳۱۶/۹؛ عراقی، ۱۴۱۸: ۵۲).

در قانون مدنی نیز همین تعریف فقهی بیان شده است، چنان که ماده ۵۷۱ مقرر می‌دارد: «شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکان متعدّد در شیء واحد به نحو اشاعه». شرکت در حقوق مدنی در دو معنای عام و خاص به کار رفته است. شرکت در معنای عام، بدین معناست که طرفین به موجب عقدی، سرمایه یا کار خود را برای رسیدن به سودی معین جمع می‌کنند. شرکت در این معنا وسعت و شمول دارد و عقودی مانند مضاربه، مزارعه و مساقات را در بر می‌گیرد. ولی شرکت در معنای خاص، یکی از عقود معین است که همراه با اشاعه در حق مالکیت ایجاد می‌شود.

عناصر تشکیل دهنده شرکت

از تجزیه و تحلیل تعریف شرکت چنین برمی‌آید که عناصر تشکیل دهنده شرکت از قرار ذیل است:

الف) اجتماع حقوق مالکان متعدّد: شرکت بر مبنای اجتماع بیش از یک نفر تشکیل می‌گردد.

ب) حقوق: در ماده ۵۷۲ قانون مدنی، حقوق عبارت است از هر نوع حقی مانند حق مالکیت، حق انتفاع، حق شفعه، حق ارتفاق و حق تمتع، البته به شرط آنکه از یک نوع باشند؛ مانند آنکه دو نفر نسبت به زمینی، حق شفعه داشته باشند یا اینکه دو نفر بالاشرک در خانه‌ای حق سکونت داشته باشند. بنابراین اگر یکی از این دو نفر حق مالکیت داشته باشد و دیگری ملک را اجاره کرده باشد و مالک منافع باشد، این دو شریک نخواهند بود.

ج) شیء واحد: برای تحقق شرکت، اجتماع حقوق شرکا باید در یک شیء باشد؛ مثلاً دو یا چند نفر در یک باغ یا یکدیگر شریک باشند. شیء موضوع شرکت ممکن است مال غیر منقول (زمین، ویلا)، منقول (فرش، اتومبیل)، حق (حق ارتفاق، حق

شفعه)، منفعت (اجاره منزل، محصول باغ) باشد (حسینی تهرانی، ۱۳۶۵: ش ۲۳/۷).
 (د) مشاع بودن: نباید حق‌الشرکه شرکا در مال موضوع شرکت به نحو مفروض باشد، بلکه تمام شرکا در تمامی اجزا سهیم‌اند و نمی‌توان مشخص کرد که کدام بخش متعلق به کدام یک از شرکاست. همچنین هیچ کدام از شرکا بدون اجازه دیگران حق تصرف در اموال را ندارد (ماده ۵۸۱ ق.م.).

سید یزدی شرکت را به چند دسته تقسیم کرده است: «واقعی قهری»، مانند مالی که به ارث به چند نفر منتقل می‌شود؛ «واقعی اختیاری»، مانند احیای مشترک زمین موات یا کندن چاه؛ «ظاهری قهری»، مانند آنکه مال دو نفر بدون اختیار آن دو، با هم مخلوط شود، به طوری که نتوان آن دو مال را از هم جدا کرد ولو به وسیله عمل غیر؛ «ظاهری اختیاری»، مانند مزج اختیاری دو مال ولی بدون قصد شرکت؛ «واقعی مستند به غیر از عقد شرکت»، مانند خرید مالی به طور مشترک؛ «واقعی مستند به تشریک»، مانند تشریک مال با دیگری یا دو مالک با یکدیگر، به وسیله انشای عقد شرکت. ایشان این نوع عقد را شرکت عقدی می‌نامد و بر خلاف دیگران حتی امتزاج اموال را نیز ضروری نمی‌بیند (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۶۹۷/۲). البته هنوز عقیده مشهور میان فقهای امامیه این است که شرکت بر اثر امتزاج اموال به وجود می‌آید (کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹: ۲۰۰/۳؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۳۹۹/۲). نویسندگان حقوق مدنی نیز غالباً همین دیدگاه را پذیرفته‌اند و معتقدند که شرکت بر اثر امتزاج به وجود می‌آید (امامی، بی‌تا: ۱۳۰/۲).

مصطفی عدل این سؤال را مطرح می‌کند که آیا شرکت وجودی مستقل دارد؟ وی با تحلیلی که از دیدگاه‌های علما و مواد قانون مدنی انجام می‌دهد، با تردید نتیجه می‌گیرد که عقد شرکت به منظور ایجاد اشاعه در مالکیت چند مال، نفوذ حقوقی دارد (به نقل از: کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۱۵). با توجه به ماده ۱۰ قانون مدنی که توافق اراده‌ها را در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ می‌داند، می‌توان به صحت این نوع قراردادها حکم کرد.

انواع شرکت

فقهای امامیه چهار قسم شرکت را بیان نموده‌اند:

۱. شرکت عنان (شرکت در اموال): در وجه تسمیه این نوع شرکت به «عنان» گفته شده است: گویی این شرکت در جلوگیری از فسخ یک سویه طرفین و تصرف هر کدام در اموال، همانند عنان که چهارپا را مهار می‌کند، قدرت کنترل و بازدارندگی دارد (عاملی جعی، ۱۴۱۲: ۳۷۸/۱؛ حلی، ۱۴۱۴: ۱۶/۳۱۰). دکتر امامی از این نوع شرکت تعبیر به «شرکت اعیان» نموده است (بی‌تا: ۱۳۸/۲). شرکت عنان در اصطلاح فقهی آن است که دو یا چند نفر به موجب امتزاج و یا عقد شرکت، در اموال با هم شریک شوند؛ خواه در پول نقد باشد و یا اجناس. برخی فقهای امامیه معتقدند که شرکت عنان فقط در اعیان صحیح است نه در دیون و منافع؛ مثلاً دو شخص که هر کدام از یک نفر طلبی داشته باشند، نمی‌توانند به وسیله عقد شرکت قرار بگذارند که آنچه از مدیون وصول می‌نمایند میانشان مشترک باشد. نیز صحیح نیست دو نفر که هر یک منزلی دارند، بخواهند به وسیله عقد، منفعت هر دو خانه میانشان مشترک باشد. اگرچه از دید اینان می‌توان از طریق عقد صلح این عمل را انجام داد (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۶۹۷/۲) در کلام دیگران چنین قیدی دیده نمی‌شود (موسوی خمینی، بی‌تا: ۶۲۴/۱؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۳۹۹/۲).

اما از نظر قانون مدنی مانعی ندارد که شرکت عقدی در هر نوع مالی به وجود آید؛ زیرا اشاعه در ملکیت می‌تواند بر مبنای عقد شرکت ایجاد شود و نیازی به امتزاج یا انعقاد صلح و یا عقد تملیکی دیگر نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۳۱).

۲. شرکت اعمال: از این نوع شرکت تعبیر به «شرکت ابدان» نیز نموده‌اند. شرکت اعمال عبارت از آن است که دو یا چند نفر به موجب عقدی قرار بگذارند که در اجرت کار خویش مشترک باشند؛ چه هر دو مشغول به یک شغل باشند و چه این قرارداد برای شغلی معین باشد و یا غیر آن (حکیم، ۱۴۱۶: ۱۶/۱۳؛ عاملی جعی، ۱۴۱۲: ۳۷۸/۱).

۳. شرکت وجوه: این شرکت بدین معناست که دو یا چند نفر که سرمایه‌ای ندارند، اموالی را به صورت نسبه بخرند و پس از فروش آن، در سودش شریک باشند (طوسی، ۱۳۸۷: ۳۴۸/۲؛ حلی، ۱۴۲۰: ۲۲۷/۳). معانی دیگر این شرکت عبارت‌اند از:

الف) از مشهورترین معانی شرکت وجوه آن است که دو نفر که مالی ندارند،

هر کدام اموالی را به نسیه بخرند و توافق کنند که آن مال خریداری شده، میانشان مشترک باشد. سپس اموال را به فروش برسانند و سود آن را میان خود تقسیم کنند (فاضل موحدی لنگرانی، ۱۴۲۲: ۱۰۵).

ب) کسی که دارای وجاهت است مالی را به ذمه بخرد و کسی که شناخته شده نیست آن را به فروش برساند و سودش میانشان مشترک باشد.

ج) فردی که دارای وجاهت است ولی مالی ندارد و کسی که دارای وجاهت نیست ولی مال دارد، با هم قرار بگذارند که عمل از فرد دارای وجاهت باشد و مال و سرمایه از طرف دیگر؛ بدین صورت که سرمایه در اختیار فرد فاقد وجاهت ولی دارای مال، باقی باشد و آنچه از سود به دست می آورند، میانشان حسب قرارداد تقسیم گردد (عاملی جبعی، ۱۴۱۲: ۳۷۸/۱؛ فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۲۹۹/۲).

د) شخصی که دارای وجاهت است، مال شخص فاقد وجاهت را بفروشد و سود آن میانشان مشترک باشد (حلی، ۱۴۱۴: ۱۶/۳۱۲؛ اسدی حلی، ۱۴۰۷: ۲/۵۴۵).

۴. شرکت مفاوضه: این نوع شرکت بدین معناست که دو یا چند نفر قراردادی بدین نحو منعقد نمایند که هر آنچه از راه کسب و کار، ارث، لقطه، احیای موات یا... به دست می آورند و همچنین ضرری که بر آنها وارد می شود، از قبیل ارش جنایت، قیمت مالی که یکی تلف کند، همه میانشان مشترک باشد (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۰/۹۱۱؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۴/۳۰۹؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۱۹/۲۵۷).

مشهور فقهای امامیه معتقدند که شرکت باید در مال باشد (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۲/۶۹۹)؛ مثلاً طرفین، دو مال را با هم بیامیزند و هر کدام به دیگری اجازه تصرف در آن را بدهد. فقهای عظام از این نوع شرکت تعبیر به شرکت عنان می نمایند. اینان تنها این نوع شرکت را معتبر می دانند و شرکت های اعمال، وجوه و مفاوضه را باطل می دانند (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۲/۲۹۹؛ حلی، مختلف الشیعه، ۱۴۱۳: ۶/۲۳۰؛ عاملی، ۱۴۱۰: ۱۴۳). لذا سید یزدی چندین حالت را نقل می کند که ذیل شرکت جای نمی گیرند؛ مثلاً اگر دو نفر با هم به موجب عقدی مقرر بنمایند که اجرت عمل هر کدام مشترک میانشان باشد یا هر گاه دو نفر صاحب خانه ای باشند و بخواهند به سبب عقد شرکت در منفعت خانه مشترک باشند (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۲/۶۹۹). به نظر می رسد قراردادهای مذکور، در

عرف پذیرفته شده است و به آن عمل می‌شود، اما فقهای امامیه صرفاً شرکت عنان را معتبر می‌دانند.

از آنجا که عرف، شرکت‌های مزبور را می‌پسندد و آن را در میان خود به کار می‌گیرد، فقها در پی راه‌حلی برای مشروعیت بخشیدن به این رفتار عرفی برآمدند. در ادامه، به چند نمونه اشاره می‌شود:

الف) اگر دو نفر می‌خواهند آنچه از راه دادوستد به دست می‌آورند، میانشان مشاع باشد، هر کدام باید به دیگری وکالت در فروش بدهد (همان).

ب) یکی از طرفین نصف منفعتی را که به دست آورده است، به نیمی از منفعت به دیگری صلح کند. طرف مقابل نیز منفعت خود را به همان مقدار به طرف مقابل صلح کند (همان).

ج) اگر دو نفر عملی را با یکدیگر انجام دهند ولی میزان اجرت آن دو قابل تمیز از یکدیگر نباشد، عده‌ای گفته‌اند که اجرت میانشان به تساوی تقسیم می‌شود و برخی دیگر فرموده‌اند که برای رعایت احتیاط، با هم صلح کنند (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۱۸/۸؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۳۰۵/۴).

د) اگر در ضمن عقد خارج لازمی دو عامل باهم شرط کنند که هر کدام نیمی از اجرت کار خود را به دیگری بدهد، عمل به این شرط لازم است و باید اجرت تقسیم شود (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۳۱).

اما به نظر می‌رسد این نمونه‌ها برای رفع مشکل چندان مورد توجه مردم در بازار قرار نمی‌گیرد. بنابراین شاید بتوان گفت که چرا هنگامی که دلیلی پذیرفتنی بر بطلان این عقود وجود ندارد، با باطل دانستن آن ناچار به چاره‌جویی برای تصحیح آن‌ها برآیم؟ از سوی دیگر، این گونه عقود همانند ربا نیستند که دلیل قطعی بر حرمت در آن موجود باشد تا برای تصحیح برخی معاملات مشتبّه، نیاز به استفاده از حیل شرعی باشد.

دیدگاه قانون‌گذار درباره شرکت‌های مذکور

از نظر حقوقی هیچ دلیلی بر بطلان این نوع قراردادها وجود ندارد، مگر آنکه موضوع شرکت مجهول باشد و هیچ کدام از طرفین ندانند که در چه چیز با طرف دیگر شریک

است؛ مثلاً اگر دو نفر باهم قرار بگذارند که تمام آنچه از راه‌های مختلف تحصیل می‌نمایند میانشان مشترک باشد، نمی‌توان حکم به صحت این قرارداد نمود؛ زیرا آورده هر شریک و موضوع شرکت مجهول است. ولی در موردی که مقصود طرفین عقد، کار معینی باشد تا آنچه به دست می‌آورند میان خود تقسیم کنند، دلیلی برای حکم به بطلان وجود ندارد، خصوصاً با وجود ماده ۱۰ قانون مدنی که مقرر می‌دارد:

قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است.

نفوذ این نوع توافقات نیاز به اذن خاص قانون‌گذار ندارد و فقط کافی است که دلیلی بر بطلان آن وجود نداشته باشد که در مسئله مورد بحث موجود نیست. همچنین از احکام مربوط به مضاربه، مزارعه و مساقات چنین برمی‌آید که سهم هر شریک می‌تواند عمل او باشد و بخشی از سود آن به این عمل اختصاص یابد. نیز اگر به وسیله عقد صلح می‌توان نیمی از منفعت را به دیگری تملیک نمود، پس به وسیله عقد شرکت نیز چنین مبادله‌ای ممکن است (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۳۴).

ادله قول مشهور و نقد آن

دلایل بیشتر فقهای امامیه در اثبات بطلان این نوع شرکت‌ها چهار دلیل است که در ذیل به تبیین و نقد آن‌ها می‌پردازیم:

۱. اجماع فقهای امامیه بر بطلان این شرکت‌ها

فقهای امامیه مدعی اجماع بر بطلان این نوع شرکت‌ها نیستند (طوسی، ۱۴۰۷: ۳۳/۳؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۵۹/۲۱؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۹۶/۲۶). اجماع در اصطلاح دانش اصول چند معنا دارد:

الف) اتفاق نظر فقهای اسلام بر حکمی از احکام شرعی؛

ب) اتفاق و اجتماع اهل حل و عقد؛

ج) اتفاق امت پیامبر صلی الله علیه و آله بر حکمی شرعی.

قدر جامع این تعبیرات آن است که کسانی که نظرشان در اثبات احکام شرعی ارزش و اعتبار دارد، بر یک نظر متفق باشند. بنابراین مردم عوام استثنا می‌شوند؛ زیرا

نظر اینان معتبر نیست و اینان خود تابع عالمانند (مظفر، ۱۳۷۵: ۹۷/۲). علمای امامیه معتقدند که اجماع یکی از ادله اثبات احکام شرعی است. علمای عامه نیز بر حجیت آن اتفاق نظر دارند، با این تفاوت که اینان برای اجماع اصالت و استقلال قائل اند و آن را یک دلیل مستقل برای استنباط احکام می‌دانند (محمدی، بی‌تا: ۳۸۳/۱)، اما امامیه ارزش اجماع را به کاشفیت آن از رأی قطعی امام معصوم علیه السلام می‌داند. بنابراین هر گونه اتفاق نظری که کاشف از رأی معصوم باشد، حجت است، هر چند به معنای اصطلاحی اجماع نباشد، و هر اتفاق نظری که کشف قطعی از قول امام معصوم علیه السلام ننماید بی‌ارزش و فاقد اعتبار است، هر چند همه بر آن متفق باشند.

حکم مسئله در بحث ما نیز بدین گونه است که نمی‌توان ادعا نمود که حکم فقها به بطلان شرکت‌های مذکور، کاشف قطعی از قول معصوم است؛ زیرا چنین ادعایی بی‌دلیل است و راهی برای اثبات آن وجود ندارد؛ چرا که اولاً تحقق چنین اجماعی معلوم نیست؛ ثانیاً برخی فقهای متقدم امامیه نظیر شیخ صدوق متذکر این مسئله نشده‌اند و این مسئله از زمان شیخ مفید وارد کتب فقهی شده است و درباره آن به بحث و نقد پرداخته‌اند. وی در این باره می‌نویسد:

شرکت جز در اموال صحیح نیست و شرکت در اعمال و ابدان باطل است و اگر دو نفر در کاری مثل بافتن پارچه یا ساختن خانه یا ساختن در و مانند آن شریک شوند، مشارکتشان صحیح نیست و هر کدام مستحق اجرت عمل خویش است و اگر به دلیل آمیختگی اعمال، میزان کار هر یک مشخص نباشد باید مصالحه کنند (مفید، ۱۴۱۳: ۶۳۲).

لذا صحیح‌تر آن است که گفته شود در این مسئله، عدم خلاف وجود دارد و گرنه با وجود مطرح نشدن این مسئله در آرای برخی متقدمان نظیر شیخ صدوق چگونه می‌توان ادعای اجماع نمود؟ در میان اخبار باب شرکت و غیر آن هم روایتی دیده نشد که نهی از این نوع مشارکت‌ها بنماید. همان گونه که متذکر شدیم، این نوع از توافقات و قراردادهای در جامعه متداول است و اگر شارع مقدس می‌خواست، می‌توانست از آن نهی کند.

علاوه بر این، مسئله مذکور در کتب عده‌ای از فقهای متقدم امامیه بیان نشده است

و برخی از فقها نظیر صاحب *الحدائق* قول اظهر را جایز بودن این شرکت‌ها دانسته‌اند. وی می‌نویسد:

سبب حیازت یا بدین شکل است که دو نفر در نصب نمودن دام برای صید مشترک و پرتاب کردن تیر به سمت صید با همدیگر مشارکت بنمایند. در این حال، آن دو نفر در مالکیت آن صید، شریک هم می‌شوند؛ و یا اینکه کار بدین صورت است که دو شخص به یک‌باره درختی را از جای درآورند و یا آبی را بردارند. در این صورت، شرکت اجمالاً تحقق پیدا خواهد کرد، لکن مقدار سهم هر کدام از شریکان متناسب با میزان کاری است که انجام داده است و این سهم با توجه به ضعف و قوت هر کدام متفاوت است. اگر میزان سهم هر کدام مشتبّه شود، راه‌هایی از شبهه، صلح است. در حیازتی که از طریقی غیر از طرق یادشده باشد، اظهر این است که در صورت تمایز، هر کدام آن چیزی را که حیازت نموده است، مالک می‌شود؛ زیرا این عمل در معنای شرکت ابدان است و این شرکت بنا بر قول اشهر و اظهر جایز است (بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۵۶/۲۱).

جای بسی تعجب است که صاحب *الحدائق* جایز بودن شرکت ابدان را قول اشهر می‌داند، در حالی که بیشتر فقهای امامیه نظر بر بطلان این نوع شرکت دارند و مهم‌ترین دلیل آن را اجماع می‌دانند. شاید به همین دلیل است که محقق اردبیلی گفته است که اگر اجماع نبود دلیلی بر عدم جواز این قراردادها وجود نداشت. او می‌نویسد:

جز اجماع دلیلی برای عدم جواز این اعمال وجود ندارد. پس اگر چنین اجماعی منعقد شده باشد، چنین قراردادهایی جایز نیست. در غیر این صورت، وجهی برای عدم جواز، موجود نیست؛ زیرا در برخی موارد، بازگشت شرکت به وکالت و در برخی امور دیگر، به تملیک مال و بذل نفس و انجام عمل در مقابل عوض است که عقلاً و شرعاً مانعی ندارد (۱۴۰۳: ۱۰/۱۹۳).

البته ثابت شد که اجماعی در مسئله وجود ندارد. از میان فقهای حاضر نیز آیه‌الله مظاهری فتوا به صحت این شرکت‌ها داده است. ایشان در رساله عملیه خود می‌نویسد:

مسئله ۱۶۹۷- اگر چند نفر در مزدی که از کار خودشان می‌گیرند با یکدیگر شرکت کنند، مثل دلاک‌ها که قرار می‌گذارند هر قدر مزد گرفتند با هم قسمت کنند، شرکت آنان صحیح است گرچه احکام شرکت را ندارد.

مسئله ۱۶۹۸- اگر دو نفر با یکدیگر شرکت کنند که هر کدام به اعتبار خود، جنسی

بخرد و قیمت آن را خودش بدهکار شود ولی در جنسی که هر کدام خریده‌اند و در سود و زیان آن با یکدیگر شریک باشند، صحیح است ولی احکام شرکت را ندارد، اما اگر هر کدام دیگری را وکیل کند که جنسی را برای او نسیه بخرد بعد هر شریکی جنس را برای خودش و شریکش بخرد که هر دو بدهکار شوند، شرکت صحیح است و احکام شرکت را هم دارد.

باید گفت ایشان که حکم به صحت این شرکت‌ها داده است، باید احکام شرکت را نیز بر آن بار کند و ظاهراً وجهی ندارد که این اعمال از مصادیق شرکت صحیح باشد ولی احکام شرکت را نداشته باشد. استنادکنندگان به اجماع، به ادله‌ای دیگر نیز برای اثبات بطلان روی آورده‌اند. در ادامه، به دو دلیل دیگر اشاره می‌کنیم و ادله دیگر را که بیشتر مستند ایشان است، به طور مفصل و تحت عناوین جداگانه می‌آوریم. صاحب جواهر برای حکم به بطلان شرکت‌های مذکور، به «اصالة الفساد» در معاملات استناد کرده و معتقد است که اصل در معاملات بر فساد است و تراضی مادامی که شرعیت آن ثابت نشده باشد، فایده‌ای ندارد. مراد از تجارت از روی رضا و رغبت، تجارتي است که کسب درآمد از طریق آن شرعاً ثابت شده باشد (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۶/۲۹۶). از نظر صاحب جواهر اصل بر فساد شرکت است مگر دلیلی داشته باشیم که حکم به صحت این معاملات کند، حال آنکه فقها اصل را بر صحت می‌گذارند و «اصالة الصحة» را جاری می‌کنند؛ مثلاً اگر دو نفر نزد قاضی بروند و نزاع بر صحت و فساد یک معامله داشته باشند، حاکم قول مدعی صحت را بر قول مدعی فساد مقدم می‌دارد. حال سؤال اینجاست: ما که در این موارد اصل را بر صحت می‌گذاریم چگونه در معاملات اصالة الفساد را جاری می‌کنیم؟ صاحب جواهر در این موارد، معتقد به کاربرد اصالة الفساد است؛ یعنی شک داریم که آیا این معامله صحیح است یا نه، لذا می‌گوییم که فاسد است. حال باید دید فرق این مورد با موارد دیگر که اصالة الصحة جاری می‌شود در چیست و آیا این دو اصل با یکدیگر معارض هستند؟ قطعاً در اینجا اصل فساد و اصل صحت معارض نیستند و میان این دو فرق است؛ زیرا در شبهات موضوعیه، اصل بر صحت است؛ مثلاً شخصی نماز میت می‌خواند و ما نمی‌دانیم که آیا نماز را به طور صحیح می‌خواند یا نه؟ در اینجا فعل او را حمل بر صحت می‌کنیم و نماز او را صحیح

تلقی می‌کنیم، ولی در مورد بحث ما شبهه موضوعیه مطرح نیست بلکه شبهه از نوع شبهات حکمیه است. لذا استصحاب می‌کنیم؛ زیرا شک داریم که با این عقدی که منعقد شد آیا اموال طرفین به طرف مقابل منتقل شد یا نه؟ مطابق اصل استصحاب، اصل بر آن است که مال در ملکیت مالک سابق باقی بماند. بنابراین اگر شک در خود کبرای کلی است در اینجا اصل بر فساد است؛ برای مثال، در عقد بیع بقای مبیع در ملکیت بایع، و بقای ثمن در ملکیت مشتری استصحاب می‌شود. به نظر می‌رسد استدلال ایشان صحیح نباشد؛ چرا که «الأصل دلیل حیث لا دلیل» ولی ما در این مورد دلیل اجتهادی «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» داریم و زمانی که احراز شد عملی که طرفین انجام داده‌اند عرفاً عقدی از عقود است، «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» شامل آن نیز می‌شود و دیگر نوبت به اجرای اصل نمی‌رسد. نیز بر فرض که در این مسئله، دلیل اجتهادی وجود نداشته باشد و ناگزیر از رجوع به اصول عملیه باشیم، باز هم استدلال صاحب جواهر صحیح نمی‌نماید؛ زیرا اصالة الفساد در معاملات صرف نظر از اطلاقات و عمومات باب عقود و معاملات است ولی به لحاظ این اطلاقات و عمومات، اصل در معاملات ولو شبهه حکمیه باشد، صحت است، مگر دلیلی خاص بر بطلان آن عقد وجود داشته باشد. در مسئله مورد بحث، چنین دلیلی وجود ندارد. ابن زهره حلبی نیز برای اثبات بطلان شرکت اعمال چنین استدلال کرده است که آنچه مانع صحت این شرکت است، آن است که کار و عمل این دو شریک ممزوج و آمیخته نیست. ایشان در مورد شروط صحت شرکت می‌گوید:

شرکت، در دو مال متجانس باشد به شکلی که اگر با یکدیگر ممزوج شوند، یکی با دیگری مشته شود و با همدیگر مخلوط شوند به نحوی که تبدیل به یک مال شوند (حسینی حلبی، ۱۴۱۷: ۲۶۳).

ایشان چنین نتیجه گرفته است که شرکت ابدان باطل است؛ زیرا در این شرکت میان کارهای شرکا آمیختگی وجود ندارد. شهید ثانی نیز در مسالک چنین گفته است:

هر یک از شرکا با بدن و منافعش متمایز از دیگری است. بنابراین فواید هر یک مخصوص خودش است، چنان که در دو مال متمایز شریک باشند (عاملی جعی، ۱۴۱۳: ۳۰۷/۴).

در جواب می‌توان چنین گفت که مزج و آمیختگی، در شرکت قهری شرط است نه در شرکت عقدی؛ زیرا بنای شرکت عقدی عقد است و تابع اراده طرفین؛ چه آمیختگی باشد و چه نباشد.

۲. نبودن دلیل بر مشروعیت این شرکت‌ها

دومین دلیل برخی فقها برای بطلان این شرکت‌ها آن است که دلیلی بر مشروعیت آن‌ها وجود ندارد (طوسی، ۱۴۰۷: ۳۳۱/۳). برای بحث درباره این استدلال، پاسخ به این پرسش ضروری می‌نماید که آیا در فقه و حقوق اسلامی اصل بر توقیفی بودن عقود است یا انعقاد هر عقدی جایز است مگر از آن نهی شده باشد؟ شیخ طوسی در چند مورد در کتاب *الخلاف*، اصل را بر توقیفی بودن عقود می‌نهد. اگر چنین مبنایی را بپذیریم، دچار عسر و حرج می‌گردیم؛ زیرا پس از تحقق شریعت اسلامی، نیازهای فراوانی در جوامع انسانی و اسلامی به وجود آمده است که مستلزم انعقاد قرارداد و تعهدات طرفینی است، حال آنکه در بیانات شارع هیچ اشاره‌ای به این نوع از عقود نشده است و در جامعه کنونی ممکن نیست که افراد ملزم باشند فقط بر اساس عقود متعارف در زمان شارع رفتار بنمایند. مضافاً اینکه هیچ گونه بیان شرعی وجود ندارد که مدعای جناب شیخ و اتباع ایشان را اثبات بنماید، بلکه می‌توان گفت که از عمومات و اطلاعاتی که در کتاب و سنت معصومان علیهم‌السلام موجود است می‌توان چنین برداشت نمود که اصل بر اباحت انعقاد هر عقدی است (مؤمنی، ۱۳۸۴: ش ۱۳۹/۱۲). علامه حلی نیز در این باره می‌گوید:

از عدم علم به وجود دلیل بر عقدی لازم نمی‌آید که حکم به بطلان آن عقد شود. حتی اگر دلیلی هم نباشد مستلزم حکم به بطلان عقد نیست (حلی، *مختلف الشیعه*، ۱۴۱۳: ۱۲۳/۷).

موضوع حلیت و وجوب وفا، بیع و عقد عرفی است مگر عقود که با دلیل شرعی از این دایره خارج باشند. بنابراین شریعت یک چیز نزد عرف، راهی است برای شناخت شریعت آن نزد شرع، مگر دلیلی بر خلافش وجود داشته باشد، چنان که در بیع سگ و خوک یا سایر محرّمات چنین است.

۳. غرری بودن این نوع از قراردادها و تعهدات

در جواب از غرری بودن این گونه معاملات، ابتدا معنای لغوی و اصطلاحی غرر را بیان می‌داریم. لغت‌شناسان «غرر» را به معنای «خطر، نیرنگ و غفلت» آورده‌اند. غرر در معنای اول عبارت از آن است که شخص، جان یا مال خویشتن را در معرض نابودی قرار دهد و در معنای دوم آن چیزی است که ظاهری زیبا و پسندیده دارد و باطنی ناپسند (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۱۲/۵؛ طریحی، ۱۴۱۶: ۴۲۱/۳؛ ابن اثیر، بی‌تا: ۳/۳۵۵). در تفاوت میان «غرر» و «غرور» نیز گفته شده است که «غرور» در اصطلاح فقها عبارت از آن است که فردی به واسطه فریب شخص دیگر عملی را انجام دهد که موجب ضرر و زیان بر خود شود (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱/۲۲۵). بنابراین برای تحقق غرور، انجام فعلی در میان است که یک نفر با آن، طرف دیگر را فریب دهد، در حالی که در غرر، فریبی در کار نیست بلکه طرفین عقد به حقیقت امر جاهل‌اند. بی‌تردید مدرک اصلی قاعده نفی غرر، حدیث معروف نبوی «نهی النبى عن بیع الغرر» است. امام خمینی روایت دیگری را از امیرالمؤمنین علیه السلام در نفی غرر می‌آورد:

از حضرت علی علیه السلام درباره فروش ماهی در نیزار، شیر در پستان، پشم در پشت گوسفندان پرسیده شد. حضرت فرمود: «هذا کله لا یجوز، لأنه مجهول غیر معروف یقل ویکثر وهو غرر» (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۳/۲۹۶).

بر اساس این روایت، هیچ کدام از این‌ها جایز نیست؛ زیرا مجهول و ناشناخته‌اند و کم یا زیاد می‌شوند و این غرر است. شیخ انصاری در مبحث «اعتبار قدرت بر تحویل عوضین در خرید و فروش» می‌نویسد:

ظاهر نظر فقیهان شیعه این است که آنان به اتفاق برای استدلال قاعده، به حدیث نبوی استناد می‌کنند (۱۴۱۵: ۴/۱۷۵).

ظاهر گفته سید مرتضی بنا بر آنچه در کتاب *الاتصار* نقل می‌کند، این است که فقیهان اهل سنت نیز به اتفاق به این روایت استناد می‌کنند (الشریف المرتضی علم‌الهدی، ۱۴۱۵: ۴۳۶). این روایت در کتاب‌های *وسائل الشیعه* و *مستدرک الوسائل* با سندهای متعدد نقل شده است و فقهای امامیه نیز بدان عمل نموده‌اند (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۷/۴۴۸).

نوری طبرسی، ۱۴۰۸: ۱۳/۲۸۳). محقق نایینی می‌گوید:

علامه حلی، حدیث دیگری را به صورت مرسل و به صورت مطلق از پیامبر نقل می‌کند که «نهی النَّبِيِّ عن الغرر». این تعبیر را فقط علامه آورده و به احتمال قوی، کلمه «البيع» از قلم افتاده است و نمی‌توان به نقل او اعتماد کرد (۱۴۱۳: ۲/۴۶۷).

آیه‌الله موسوی خویی نیز درباره حدیث می‌گوید:

تردیدی در ضعف سند این روایت نیست؛ زیرا از طریق امامان عَلَيْهِمُ السَّلَامُ تأیید نشده است، هرچند استدلال به آن مشهور است (بی‌تا: ۵/۲۵۶).

نکته مهمی که در باب قاعده غرر وجود دارد، قلمرو آن است. آیا غرر تنها دربرگیرنده جهل به شرایط اساسی صحت معامله مانند جهل به عوضین است یا افزون بر آن، جهل به سودآوری را نیز در بر می‌گیرد؟ به نظر می‌رسد معقد اجماع و نیز مدلول روایات، تنها جهل به شرایط را شامل می‌شود. بنابراین نمی‌توان برای بطلان عقودی که در سودآوری آن‌ها جهل است (مانند شرکت و مضاربه) به قاعده غرر استناد کرد. اما در بحث ما باید گفت که اولاً آنچه ثابت شده است، نهی نبی اکرم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ از بیع غرری است و نه مطلق معاملات غرری. ثانیاً می‌بینیم که مردم در جامعه نظیر این معاملات مانند مضاربه را انجام می‌دهند، با اینکه به مقدار سود کسب‌شده علم ندارند و حتی نمی‌دانند که آیا سودی حاصل می‌شود یا خیر. ثالثاً در مورد برخی از عقود نظیر بیع و اجاره باید گفت که طرفین در این نوع عقود، برای کسب سود در مقابل یکدیگر قرار می‌گیرند، ولی در بعضی از عقود صرفاً بدین شکل نیست. گرچه طرفین غالباً کسب سود را مدنظر دارند، هدفشان آن است که در کنار یکدیگر قرار بگیرند و توان خود را در راهی مشترک به کار بندند. در این نوع از قراردادها مبادله مقدمه است و هدف از تراضی، رسیدن به اتحاد و همبستگی است برای کسب سود مشترک. در واقع، سود این نوع شرکت‌ها عوض مال یا عملی است که طرفین در میان نهاده‌اند و این سود «احتمالی» است. امروز عقود احتمالی نوعی از عقودند که در نظام‌های حقوقی معرفی شده‌اند. قانون‌گذار اسلامی نیز گاه به دلیل وجود برخی مصالح اجتماعی و اقتصادی، عقدی را که آثار آن احتمالی و ظنی است، مباح شمرده و «غرر» ناشی از آن را نادیده گرفته است، چنان که در قانون مدنی، پس از اعلام بطلان قمار و گروبنندی، در ماده

۶۵۴ گرویندی در بعضی ورزش‌ها و مسابقه‌های مفید را از حکم کلی استثنا می‌کند. در ماده ۶۵۵ آمده است:

در دوانیدن حیوانات سواری و همچنین در تیراندازی و شمشیرزنی، گرویندی جایز و مفاد ماده قبل (۶۵۴) در مورد آن‌ها رعایت نمی‌شود.

مثال بارز دیگر از این نوع قراردادهای قرارداد بیمه است؛ زیرا در عقد بیمه، حدود سود و زیان دو طرف هنگام انعقاد پیمان، معین نیست و بستگی به وقوع حادثه‌ای نامعلوم در آینده دارد. معین نبودن سود و زیان، ویژگی واقعی عقد را دگرگون نمی‌سازد؛ زیرا هیچ کس نمی‌تواند به طور قطع منافع کارهای خویش را پیش‌بینی کند. از این جنبه، عقود احتمالی تفاوتی با سایر اعمال حقوقی ندارند. در تعریف عقد احتمالی چنین می‌توان گفت: «عقد معوضی است که در آن مقدار دو عوض، وابسته به امری نامعلوم در آینده باشد». در قراردادهای معلق نیز اثر عقد، جنبه احتمالی دارد. اما این دو مفهوم یک تفاوت مهم با هم دارند و آن اینکه در عقد معلق، مبادله دو عوض بستگی به امر نامعلوم دارد، ولی در عقد احتمالی، معامله به صورت منجز انجام می‌گیرد و فقط مقدار عوض بر اساس وقوع رویدادی که مورد تراضی است تعیین می‌شود. نیز عقد احتمالی یکی از اقسام عقود معوض است، در حالی که تعلیق درباره تمام قراردادهای امکان دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۲۴/۱). در این نوع از عقود، فقط ظن به ایجاد سود می‌رود، اما نمی‌توان میزان دقیق آن را مشخص نمود و ممکن است که هیچ‌گاه این امر تحقق نیابد. از این رو، باید پذیرفت که نوعی «غرر»، کم‌وبیش در همه این توافقات وجود دارد، ولی این غرر آسیبی به نفوذ عقد نمی‌رساند و در دید عرف چنین غرری قابل مسامحه است (همو، ۱۳۸۸: ۶). در انتها باید بدین نکته نیز اشاره کنیم که در بیشتر مواردی که طرفین، عقد شرکت را با یکدیگر منعقد می‌کنند، اصلاً غرر وجود ندارد؛ زیرا طرفین اجمالاً یا تفصیلاً درآمد شریک خود را می‌دانند و بیشتر، شرکت ابدان که امروز از آن به شرکت در خدمات تعبیر می‌کنند، از این قبیل است؛ برای مثال، اگر تعدادی از معلمان، مدرسه‌ای را تأسیس کنند و در آن به طور مشترک به تدریس حفظ قرآن، آموزش احکام و دیگر موارد علمی بپردازند، این معلمان در شهریه‌ای که دانش‌آموزان در آخر سال می‌پردازند، شریک هستند. همچنین وقتی

گروهی از پزشکان بیمارستانی را تأسیس می‌کنند و هر یک مطابق تخصص خود به مداوای بیماران می‌پردازد، در پولی که بیماران برای مداوا به بیمارستان می‌پردازند، شریک‌اند. مثال دیگر شرکت‌هایی است که شبکه‌های آبی را در خیابان‌ها و کوچه‌ها به کار می‌اندازند. این شرکت‌ها از تعدادی متخصص و کارگر تشکیل شده‌اند که هر کدام مأمور انجام کار خاصی‌اند؛ برخی طراح نقشه‌اند، برخی دیگر حفارکنندگان مجاری و کانال‌ها و برخی دیگر عهده‌دار متصل کردن لوله‌ها به هم. در تمامی این مثال‌ها عده‌ای با هم شریک می‌شوند تا هر یک در جایگاه خود، کارهای مختلفی را انجام دهند و پس از انجام کار و کسر هزینه‌ها، درآمد آن را متناسب با میزان عمل هر یک، بین خود تقسیم کنند. بر این اساس، اگر میان چند نفر توافقی حاصل شود که با یکدیگر شریک باشند، غرر و ضرر معتابهی وجود ندارد و از غرر جزئی هم چشم‌پوشی می‌شود.

۴. شرکت‌های مزبور، داخل در تملیک معدوم هستند و تملیک معدوم

صحیح نیست

آیه‌الله موسوی خویی در کتاب *مبانی العروه فرموده* است که این نوع از عقود و مانند این‌ها داخل در تملیک معدوم هستند و تملیک معدوم صحیح نیست (۱۴۰۹: ۲۴۳/۱). تملیک معدوم یعنی اینکه مالی که مبادله می‌شود، در زمان عقد وجود خارجی نداشته باشد.

در جواب از این دلیل نیز می‌توان گفت که تملیک در بحث ما همچون تملیک بخشی از سود در عقود چون مضاربه و همانند آن است. در این عقود نیز حصّه در زمان عقد موجود نیست و با وجود این، عقد مضاربه و مزارعه و مانند آن نزد عرف عقلاً صحیح است و شرع نیز آن را تأیید نموده است؛ نظیر فروش میوه سال‌های آینده که به بار ننشسته است؛ در بحث ما نیز بدین شکل است. ممکن است بر این قول ایراد شود که در باب مضاربه، دلیلی خاص بر مشروعیت وجود دارد، اما در پاسخ می‌توان گفت که دلایل عام، نظیر «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و عموماً باب شرکت برای اثبات مطلوب کافی است و در این باره فرقی بین دلیل عام و دلیل خاص نیست.

نتیجه‌گیری

بیشتر فقهای امامیه با توجه به ادله‌ای چون اجماع، تملیک معدوم، غرر، و عدم دلیل بر مشروعیت شرکت‌های اعمال، مفاوضه و وجوه، قائل به بطلان شرکت‌های مزبور شده و راهکارهایی مانند صلح را برای مشروعیت بخشیدن به این قراردادها پیشنهاد کرده‌اند که نه تنها پذیرفتنی نیست بلکه نیازی به این قبیل چاره‌جویی‌ها نیز وجود ندارد؛ زیرا در میان مردم، این نوع شرکت‌ها مرسوم است و دلیلی قاطع بر بطلان آن‌ها وجود ندارد. از دید عرف، دلیلی خردپسند بر بطلان این عقود وجود ندارد. قانون مدنی در این زمینه حکم خاصی ندارد ولی برخی حقوق‌دانان تمایل به صحت این تعهدات دارند. در مقاله حاضر، با فحص در کلام فقها بدین نتیجه رسیدیم که اجماع ادعایی برخی فقها محل تردید است و برخی صاحب‌نظران باور به صحت این عقود دارند. دلایل دیگر نیز همگی تردیدآمیز و مناقشه‌برانگیزند. پس می‌توان با توجه به عرف که پایه و اساس معاملات در فقه اسلامی است، حکم به صحت این شراکت‌ها نمود و به راهکارهایی نظیر صلح و وکالت روی نیاورد.

کتاب شناسی

۱. ابن اثیر، مبارک بن محمد، *النهاية في غريب الحديث والاثر*، قم، اسماعيليان، بی تا.
۲. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحرير الفتاوى*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۱۰ ق.
۳. ابن بزاج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز، *المهذب*، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۰۷ ق.
۴. ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، چاپ سوم، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۴ ق.
۵. اسدی حلی، جمال‌الدین احمد بن محمد، *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۰۷ ق.
۶. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، تهران، اسلامیه، بی تا.
۷. انصاری، مرتضی، *کتاب مکاسب*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۸. بحرانی، یوسف بن احمد، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۰۵ ق.
۹. حائری طباطبایی، سیدعلی بن محمد، *رياض المسائل*، قم، آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۸ ق.
۱۰. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعه*، قم، آل البيت علیهم السلام، ۱۴۰۹ ق.
۱۱. حسینی تهرانی، سیدمرتضی، «شرکت و مفاهیم آن و مختصات شرکت مدنی»، *فصلنامه حق (مطالعات حقوقی و قضایی)*، شماره ۷، ۱۳۶۵ ش.
۱۲. حسینی حلبی، سیدحمزة بن علی بن زهره، *غنية النزوع الی علمی الاصول والفروع*، بی جا، ۱۴۱۷ ق.
۱۳. حسینی روحانی، سیدصادق، *فقه الصادق علیه السلام*، قم، مدرسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۲ ق.
۱۴. حسینی واسطی زبیدی، سیدمحمد مرتضی، *تاج العروس من جواهر القاموس*، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۴ ق.
۱۵. حکیم، سیدمحسن، *مستمسک العروة الوثقی*، قم، دار التفسیر، ۱۴۱۶ ق.
۱۶. حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، *تذکرة الفقهاء*، قم، آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۴ ق.
۱۷. همو، *قواعد الاحکام*، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۱۳ ق.
۱۸. همو، *مختلف الشیعة فی احکام الشریعه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۱۳ ق.
۱۹. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *مفردات الفاظ القرآن*، لبنان، دار العلم - الدار الشامیه، ۱۴۱۲ ق.
۲۰. سیوری حلی (فاضل مقداد)، جمال‌الدین مقداد بن عبداللّه، *التنقیح الرائع لمختصر الشریع*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ ق.
۲۱. الشریف المرتضی علم الهدی، علی بن حسین، *الانتصار فی انفرادات الامامیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۱۵ ق.
۲۲. طباطبایی زدی، سیدمحمد کاظم، *العروة الوثقی*، چاپ دوم، بیروت، مؤسسه الاعلمی، ۱۴۰۹ ق.
۲۳. طریحی، فخرالدین بن محمد، *مجمع البحرین*، چاپ سوم، تهران، کتاب فروشی مرتضوی، ۱۴۱۶ ق.
۲۴. طوسی، محمد بن حسن، *الخلافة*، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۰۷ ق.
۲۵. همو، *المبسوط فی فقه الامامیه*، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضویه، ۱۳۸۷ ق.
۲۶. عاملی، محمد بن مکی، *اللمعة دمشقیه*، بیروت، دار التراث - الدار الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۲۷. عاملی جعی، زین‌الدین بن علی، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة دمشقیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۱۲ ق.

آموزه‌های فقه مدنی / پاییز - زمستان ۱۳۹۴ / شماره ۱۲

۲۸. همو، مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام، قم، مؤسسة المعارف الاسلاميه، ۱۴۱۳ ق.
۲۹. عراقى، آفاضل الدين، قاعدة لاضرر، قم، دفتر تبليغات اسلامى، ۱۴۱۸ ق.
۳۰. فاضل موحدى لنكرانى، محمد، تفصيل الشريعة - الحدود، قم، مركز فقهى ائمة اطهار عليهم السلام، ۱۴۲۲ ق.
۳۱. فخرالمحققين حلى، محمد بن حسن، ايضاح الفوائد فى شرح مشكلات القواعد، قم، اسماعيليان، ۱۳۸۷ ق.
۳۲. فيومى، احمد بن محمد، المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير للرافعى، قم، دار الرضى، بى تا.
۳۳. كاتوزيان، ناصر، اعمال حقوقى، چاپ هشتم، تهران، انتشار، ۱۳۸۱ ش.
۳۴. همو، قواعد عمومى قراردادها، چاپ هفتم، تهران، انتشار، ۱۳۸۵ ش.
۳۵. همو، مشاركتها و صلح، چاپ هشتم، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۸ ش.
۳۶. كاشف الغطاء، محمد حسين، تحرير المجله، نجف، المكتبة المرتضويه، ۱۳۵۹ ق.
۳۷. كركى عاملى (محقق ثانى)، على بن حسين بن عبدالعالى، جامع المقاصد فى شرح القواعد، چاپ دوم، قم، آل البيت عليهم السلام، ۱۴۱۴ ق.
۳۸. محقق اردبيلى، احمد بن محمد، مجمع الفائدة والبرهان فى شرح ارشاد الاذهان، قم، دفتر انتشارات اسلامى، ۱۴۰۳ ق.
۳۹. محقق حلى، نجم الدين جعفر بن حسن، شرائع الاسلام فى مسائل الحلال والحرام، چاپ دوم، قم، اسماعيليان، ۱۴۰۸ ق.
۴۰. محمدى، على، شرح اصول استنباط، چاپ سوم، قم، دار الفكر، بى تا.
۴۱. مظفر، محمدرضا، اصول الفقه، چاپ پنجم، قم، اسماعيليان، ۱۳۷۵ ش.
۴۲. مفيد، محمد بن محمد بن نعمان عكبرى بغدادى، المقتنه، قم، كنگره جهانى هزاره شيخ مفيد، ۱۴۱۳ ق.
۴۳. مؤمنى، عابدين، «شرط خيار در نكاح»، نشریه دانشكده علوم انسانی دانشگاه سمنان، شماره ۱۲، ۱۳۸۴ ش.
۴۴. موسوى بجنوردى، سيدحسن، القواعد الفقهيہ، قم، الهادى، ۱۴۱۹ ق.
۴۵. موسوى خمينى، سيدروح الله، البيع، تهران، مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى، ۱۴۲۱ ق.
۴۶. همو، تحرير الوسيله، قم، دار العلم، بى تا.
۴۷. موسوى خويى، سيدابوالقاسم، مباني العروة الوثقى، قم، دار العلم، ۱۴۰۹ ق.
۴۸. همو، مصباح الفقاهه (المكاسب)، بى جا، بى نا، بى تا.
۴۹. نايينى، محمدحسين، المكاسب والبيع، قم، دفتر انتشارات اسلامى، ۱۴۱۳ ق.
۵۰. نجفى، محمدحسن، جواهر الكلام فى شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بيروت، دار احياء التراث العربى، ۱۴۰۴ ق.
۵۱. نورى طبرسى، ميرزا حسين بن محمدتقى، مستدرک الوسائل ومستنبط المسائل، بيروت، آل البيت عليهم السلام، ۱۴۰۸ ق.

انسداد و انفتاح باب اجتهاد

در اندیشه‌های فقهی اهل سنت*

- عبدالسلام امامی^۱
- حسین صابری^۲
- سیدمحمدتقی قبولی درافشان^۳

چکیده

مسئله انسداد یا انفتاح باب اجتهاد از مسائل مهم فقه اهل سنت به شمار می‌رود. این مسئله از پرسش‌های دیرین و پر دامنه‌ای است که در گذر تاریخ جریان داشته و هر یک از دو دیدگاه انسداد و انفتاح، طرفداران خاص خویش را یافته است. گروهی از فقیهان متقدم و متأخر اهل سنت به انسداد گرویده‌اند و بیشترین معاصران نیز این دیدگاه را پذیرفته و تحقق شرایط اجتهاد را در زمان معاصر غیر ممکن دانسته‌اند. طرفداران نظریه انسداد درباره مفهوم انسداد و محدوده زمانی آن وحدت نظر ندارند. بررسی آرای اصولیان متقدم و معاصر اهل سنت نشان می‌دهد که زمینه‌های انسداد باب اجتهاد عبارت‌اند از: ۱. مدعیان کاذب اجتهاد،

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۲/۱ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۲/۱۱.

۱. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد (ab.emami@stu.um.ac.ir).
۲. استاد دانشگاه فردوسی مشهد (نویسنده مسئول) (saberi@um.ac.ir).
۳. دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد (ghabooli@ferdwosi.um.ac.ir).

۲. ظهور احزاب و فرق متعدد، ۳. ظهور انشعاب و تفرق در بین مجتهدان، ۴. عوامل سیاسی، ۵. انتظام روش و آرای اجتهادی، ۶. تقیه در اظهار اجتهاد، ۷. گرایش به تقلید. آنان همچنین ادله‌ای را برای انسداد باب اجتهاد ذکر کرده‌اند که می‌توان آن‌ها را در شش مورد دسته‌بندی کرد: ۱. سد ذرایع، ۲. انتشار و تدوین مذاهب اربعه، ۳. اجماع محققان، ۴. عدم امکان تحقق شرایط اجتهاد در متأخران، ۵. عدم امکان تصحیح حدیث در زمان متأخران، ۶. مسئله خالی بودن زمان از مجتهد. عده‌ای از فقیهان متقدم و متأخر نظریهٔ انسداد را نپذیرفته و به جواز و حتی وجوب اجتهاد بر واجدان شرایط و امکان تحقق شرایط آن نظر داده‌اند. در این میان، بیشترین تلاش‌ها برای اثبات انفتاح از سوی متأخران سدهٔ اخیر صورت گرفته است. نوشتهٔ حاضر به واکاوی سیر آرا و اندیشه‌ها از رهگذر مطالعه تطبیقی پرداخته و با نقد و تحلیل به این نتیجه رسیده است که از میان نظریه‌های پیش گفته آنچه در زمان معاصر منطقی تر و درست‌تر می‌نماید انفتاح باب اجتهاد و امکان تحقق شرایط آن است.

واژگان کلیدی: اجتهاد معاصر، فقه اهل سنت، انسداد، انفتاح.

مقدمه

اجتهاد به اتفاق همهٔ مذاهب اسلامی، مجاز و بلکه واجب کفایی است و گاه نیز حکم ضرورت به خود می‌گیرد. اندیشمندان متقدم و متأخر بحث‌های متعددی دربارهٔ اجتهاد انجام داده و از زوایای مختلف آن را بررسی کرده‌اند. یکی از مهم‌ترین و مشکل‌ترین مسائل اجتهاد، مسئلهٔ انسداد و انفتاح باب آن است که اصولیان و پژوهشگران حوزهٔ فقه و اجتهاد از دیرباز پیرامون آن اظهار نظر نموده‌اند. مؤید این سخن، نگارش کتاب‌های متعدد و برگزاری همایش‌ها و کنفرانس‌های بین‌المللی با محوریت موضوع اجتهاد می‌باشد. اما باید گفت که برخی از مسائل اجتهاد، همچنان نیاز به تحقیق و بررسی بیشتر دارد. یکی از مسائل مهم و اساسی اجتهاد که در زمان معاصر نیاز به بررسی بیشتر دارد و همچنان مورد بحث‌های جدی عالمان فقهی و اصولی قرار می‌گیرد این است که آیا انسداد باب اجتهاد، همچنان ادامه دارد و شامل اجتهاد معاصر نیز می‌شود یا نه؟

گروهی از علمای متقدم و متأخر، فتوا به حرمت اجتهاد بعد از عصر رؤسای مذاهب فقهی داده و معتقد به انسداد باب اجتهاد شده‌اند. اجتهاد مورد ادعای آنان بر اساس اقوال خودشان شامل همهٔ انواع و اقسام اجتهاد به ویژه اجتهاد مطلق مستقل

می‌شود. در سدهٔ اخیر نیز بسیاری از فقیهان، معتقد به سدّ باب اجتهاد و صعب‌الحصول بودن شرایط آن هستند و در برابر هر گونه اقدام و تلاش در راستای افتتاح باب اجتهاد مقاومت می‌کنند. انسداد باب اجتهاد نتایج و پیامدهای ناگواری برای فقه اسلامی که اجتهاد موتور محرکهٔ آن به شمار می‌رفت، در پی داشت. بارزترین این پیامدها عبارت‌اند از: خودداری از اجتهاد و خاموشی ملکهٔ فقاقت و اجتهاد در میان فقیهان، روی آوردن به دیدگاه‌های متقدمان و تخلیص و تشریح کتب آنان، پاسخگو نبودن فقه به نیازهای مداوم و متغیر مردم، متهم کردن مدعیان اجتهاد و روی آوردن به قوانین وارداتی و دوری و بیگانگی فقه اسلامی از جامعه.

گروهی از متقدمان و معاصران اهل سنت، نظریهٔ انسداد باب اجتهاد و دشواری تحقق شرایط اجتهاد بعد از عصر ائمهٔ مذاهب را نپذیرفته‌اند. بررسی مسئلهٔ انسداد و افتتاح باب اجتهاد نیازمند پاسخ به سؤالات زیر می‌باشد: آیا ادله و مجوزهای انسداد باب اجتهاد، شامل اجتهاد معاصر یعنی اجتهاد در سدهٔ اخیر نیز می‌شود؟ آیا طرفداران دیدگاه افتتاح در زمان معاصر، در حدّ نظر و قول بسنده کرده یا در عمل نیز مبادرت به اجتهاد ورزیده‌اند؟ آیا اجتهادهای صورت‌گرفته در فاصلهٔ زمانی بعد از ائمهٔ اربعه تا زمان معاصر، اجتهاد در مذهب می‌باشد یا خارج از آن؟ آیا خالی بودن زمان از مجتهد، جایز است یا نه؟ آیا تحقق شرایط اجتهاد در زمان معاصر، امکان‌پذیر است یا نه؟ راه حل مؤیدان این دیدگاه در برابر پیامدهای آن از قبیل راه تشخیص مجتهد جامع‌الشرایط و تعدد اجتهادات بی‌پایه و اساس در سایهٔ نبودن یک مرجع اجتهادی معتبر چیست؟

نوشتهٔ حاضر، ادله و شواهد انسداد باب اجتهاد و امکان تعمیم آن به اجتهاد معاصر اهل سنت را نقد و بررسی می‌کند. مسائل اصلی مورد بحث در جستار پیش رو عبارت‌اند از: مفهوم اجتهاد و مراتب آن، اجتهاد معاصر اهل سنت و محدودهٔ زمانی آن، ریشه‌های بحث از وجود مجتهد، تجزّی در اجتهاد و حکم آن، امکان تحقق شرایط اجتهاد در زمان معاصر، انسداد باب اجتهاد و سابقهٔ تاریخی آن در نگاه فقیهان اهل سنت و نقد و بررسی ادلهٔ انسداد باب اجتهاد از لابه‌لای آرا و کتب فقیهان و اصولیان اهل سنت.

۱. مقدمات نظری پژوهش

۱-۱. مفهوم‌شناسی واژگان مرتبط

۱-۱-۱. اجتهاد در لغت و اصطلاح فقیهان

اجتهاد در لغت از باب افتعال از ماده جهد یا جهد به معنای طاقت، توان، مشقت و سختی است (ابن منظور، ۲۰۰۳: ۱۳۳/۳؛ ابن فارس، ۱۴۱۱: ۴۸۶/۱؛ فیومی، ۱۴۰۵: ۱۳۸/۱؛ ابن اثیر جزری، ۱۹۷۹: ۳۲۰/۱). علمای مذاهب اسلامی در بیان معنای اصطلاحی اجتهاد اتفاق نظر ندارند (برای اطلاع بیشتر از تعاریف اجتهاد، رک: آمدی، بی‌تا: ۴۵/۱؛ غزالی، ۱۴۱۸: ۳۸۲/۲؛ شاطبی، بی‌تا: ۶۴/۴؛ خضری‌بک، بی‌تا: ۴۲۶؛ حکیم، ۱۳۸۵: ۵۶۷) و در منابع اصولی، تعابیر و تقییدات متعددی در تعریف آن وجود دارد اما شاید بتوان تعریف شوکانی از اجتهاد را تعریفی جامع دانست:

اجتهاد به کار بردن کوشش و توان فقیه است در راه استخراج احکام شرعی عملی با شیوه استنباط (۱۹۹۲: ۲۲۰).

از مجموع تعاریف ارائه شده می‌توان نتیجه گرفت که اجتهاد فرایندی است که در آن فقیه با تکیه بر ملکه فقاہت، از راه نظر در دلایل و مقاصد احکام و ضوابط استنباط آن‌ها و با صرف تمام توانایی‌های فقهی خود، در صدد فهم حکمی از احکام تکلیفی یا وضعی یک عمل یا یک واقعه برمی‌آید (امیدی، ۱۳۹۰: ش ۱۰/۸). در صفات و ویژگی‌های مجتهد نیز مانند تعریف اجتهاد، اختلاف نظر است. برخی از بزرگان اصولی، همه استعدادها و قابلیت‌های مجتهد را در دو شرط خلاصه کرده‌اند: نخست، احاطه به مدارک شرع و تمکن از نظر در آن‌ها و تحصیل ظن از آن‌ها؛ دوم، عدالت یعنی ملکه‌ای که در همه حال او را به مراعات تقوا و ملازمت مروت وادار نماید. شرط دوم، شرط اعتماد بر اجتهاد است نه شرط صحت اجتهاد. مراد از مدارک شرع، کتاب، سنت، اجماع و عقل است که تمکن از تحصیل ظن به احکام آن‌ها مستلزم برخورداری از چهار علم است:

۱. علم به کیفیت استدلال و اقسام و اشکال و شروط آن؛

۲. آگاهی از لغت و صرف و نحو به اندازه‌ای که برای فهم خطاب عرب ضروری

است؛

۳. علم به ناسخ و منسوخ از آیات و احادیث؛

۴. آگاهی از روایة‌الحديث و قدرت تمییز صحیح از فاسد و مقبول از مردود (غزالی،

۱۴۱۸: ۱۷۰/۲).

برخی نیز با اندکی تفصیل، مجتهد یا فقیه را فردی بالغ، عاقل، فقیه‌النفس (هیتو، ۱۹۸۵: ش ۲۲۹/۴)، عارف به دلیل عقلی و دارای درجه‌ای متوسط در لغت عربی (جوینی، ۱۴۱۸: ۸۶۹/۲ و ۸۷۱)، بلاغت، اصول فقه به عنوان ستون و اساس اجتهاد، متعلقات احکام از کتاب و سنت و آگاه از مواضع اجماع (شوکانی، ۱۹۹۲: ۴۲۰)، ناسخ و منسوخ، اسباب نزول، اقسام احادیث و احوال راویان آن‌ها دانسته‌اند (سبکی، ۱۴۱۵: ۳۸۲/۲). برخی نیز از زاویه‌ای دیگر رسیدن به رتبه اجتهاد را برای کسی مقدر دانسته‌اند که متصف به دو ویژگی باشد: معرفت مقاصد شرع به نحو کامل و توانایی استنباط احکام بر مبنای آن معرفت (شاطبی، بی‌تا: ۱۰۵/۴). در مجموع می‌توان گفت مجتهد کسی است که به مدارک و مقاصد شرع احاطه داشته باشد و از راه نظر در آن مدارک و مقاصد بتواند ظنی معتبر به حکم واقعه‌ای از وقایع غیر منصوص به دست آورد.

۲-۱-۱. مراتب اجتهاد

مجتهد به اعتبار قدرت استقلال در اجتهاد در همه مسائل شرع و عدم آن، به مجتهد مستقل و مجتهد مقید تقسیم می‌شود (زحیلی، ۱۴۰۱: ۱۹۱؛ حسونه، ۲۰۰۵: ۲۱-۲۲). مجتهد مقید خود بر سه نوع است: ۱. مجتهد مطلق منتسب؛ ۲. مجتهد فی المذهب؛ ۳. مجتهد فی الفتوی و الترجیح (حکیم، ۱۳۸۵: ۵۹۲-۵۹۳).

الف) مجتهد مطلق مستقل

مجتهدی است که در روش اجتهاد صاحب سبک بوده و در اصول و فروع اجتهاد و طرق استنباط، مستقل است (ابوزهره، ۱۳۷۸: ۴۷۱؛ مذکور، ۱۹۷۳: ۲/۴۲۰) و تقید و التزامی به مراعات روش فقاهت، قواعد، مبانی، شروط و ضوابط اجتهادی دیگران ندارد (نوی، بی‌تا: ۴۲/۱؛ ابن حمدان، ۱۳۹۷: ۱۶) و احکام را مستقیماً از نصوص شارع و به واسطه قواعد

کلی‌ای که خود وضع کرده است، استخراج می‌کند (ابن بدران دمشقی، ۱۴۰۱: ۳۷۴)؛ مانند مالک و شافعی.

ب) مجتهد مقید

مجتهدی است که پیرو روش فقاقت و اجتهاد مجتهدان دیگر است؛ خواه این تبعیت در مبانی و اصول اجتهادی باشد یا در اقوال و فروع و یا در هر دوی آن‌ها. این نوع مجتهد سه قسم دارد:

۱. مجتهد مطلق منتسب

برخی این نوع مجتهد را «مجتهد منتسب» و «مجتهد مطلق غیر مستقل» نیز خوانده‌اند. او به سبک مجتهد مطلق مستقل و غالباً بدون مخالفت با اصول استنباط وی اجتهاد می‌کرده است (حکیم، ۱۳۸۵: ۵۹۱). اجتهاد این نوع مجتهد منحصر در فروع فتاوای فقهی است و تبعیت مجتهد مطلق منتسب از مجتهد مطلق مستقل فقط در زمینه اصول اجتهادی و مبانی اصولی است (خفیف، ۱۴۰۱: ۲۰۹). آرای اجتهادی مجتهد مطلق منتسب را از حیث عمل و اعتبار در اجماع و اختلاف و کفایت در ادای فرض کفایی اجتهاد، همچون فتاوای مجتهد مطلق مستقل دانسته‌اند (نووی، بی‌تا: ۷۸/۱-۸۰). شروط اجتهادی مجتهد مطلق منتسب، همان شروط مجتهد مطلق مستقل است (هیتو، ۱۹۸۵: ش ۲۴۷/۴). تنها شرط اجتهادی محل خلاف در این مقام، شرط تأسیس مبانی اصولی است. برخی پیروی از روی دلیل و نه تقلید صرف مجتهد مطلق منتسب از ادله و مبانی اصولی مجتهد مطلق مستقل را لازم شمرده و برخی نیز وضع و ابتکار اصول اجتهادی را شرط لازم اجتهاد او دانسته‌اند (یحیی محمد، ۲۰۰۰: ۳۶-۳۷؛ ابوزهه، بی‌تا: ۳۹۰-۳۹۱).

۲. مجتهد فی المذهب

وی هنوز به رتبه مجتهد مطلق مستقل و منتسب نرسیده است، اما توانایی تخریح احکام وقایع و فروع را در چارچوب مذهب مجتهد مطلق مستقل دارد و می‌تواند مسائل مسکوت‌الحکم را با مسائل منصوص‌الحکم مذهب مقایسه کند. اجتهاد فی المذهب در واقع بر مبنای روش‌های اجتهاد و شیوه‌های استدلال یکی از مجتهدان مطلق مستقل

و با مراعات قواعد و ضوابط او صورت می‌گیرد. مجتهد فی المذهب در مواردی مانند تقریر قواعد مذهب، بازخوانی میراث متقدمان و طرح عناصر و قرائت‌های تازه، پاسخ به مسائل مستحدثه، استنباط احکام از نصوص کتاب و سنت، حفظ مذهب و دفاع از موجودیت آن به اجتهاد و اظهار نظر در مسائل می‌پردازد (ابن حمدان، ۱۳۹۷: ۲۰؛ نووی، بی‌تا: ۴۳/۱؛ ایوبی، ۱۹۸۷: ۳۸-۳۹).

۳. مجتهد فی الفتوی و الترجیح

رتبه او پایین‌تر از رتبه مجتهد فی المذهب است، اما توانایی فتوا و ترجیح میان اقوال مذهب، خواه اقوال مجتهد مطلق مستقل و خواه اقوال دیگر فقیهان مذهب را دارد (ایوبی، ۱۹۸۷: ۳۹؛ هیتو، ۱۹۸۵: ش ۲۵۶/۴).

۳-۱-۱. تجزی اجتهاد و حکم آن

تجزی اجتهاد یعنی اینکه مجتهد فقط در استنباط حکم بعضی از مسائل یا برخی ابواب فقهی مانند نکاح، بیع و ارث توانایی اجتهاد داشته باشد. به عبارت دیگر، اجتهاد متجزی عبارت است از قدرت استنباط احکام نسبت به بعضی مسائل (شوکانی، ۱۹۹۲: ۴۲۵؛ مدکور، ۱۹۷۳: ۳۶۶/۲). درباره وجود چنین اجتهادی اختلاف نظر است و بیشتر اصولیان متقدم و متأخر آن را جایز دانسته‌اند (رازی، ۱۴۰۰: ۳۷/۶؛ شوکانی، ۱۹۹۲: ۴۲۵؛ مراغی، ۱۳۷۹: ۲۰-۲۱) و برخی نیز آن را جایز نمی‌دانند (شوکانی، ۱۹۹۲: ۴۱۵؛ خلاف، ۱۹۹۰: ۲۲۰). هر دو گروه برای اثبات مدعای خود ادله‌ای اقامه کرده‌اند که برای پرهیز از اطاله کلام بیان نمی‌گردد، اما اجتهادی که امکان تحقق آن در زمان معاصر وجود دارد هر دو نوع مطلق و متجزی را شامل می‌شود و تنها منحصر در اجتهاد مطلق نیست.

۲. اجتهاد معاصر اهل سنت

۱-۲. محدوده زمانی اجتهاد معاصر

اندیشمندان اهل سنت به اتفاق، انتهای زمان معاصر را زمان کنونی می‌دانند اما درباره ابتدای آن اختلاف نظر دارند (سایس، بی‌تا: ۱۴۸؛ خن، ۱۴۰۴: ۱۱۳). معظم اصولیان و فقیهان

اهل سنت، سال ۱۳۵۵ ق. (۱۹۳۷ م.) را سرآغاز اجتهاد معاصر اهل سنت می‌دانند (زرقاء، ۱۹۹۸: ۲۲۵/۱؛ اشقر، ۱۹۸۲: ۱۸۵).

خروج تدریجی فقه اسلامی در همه حوزه‌های سیاسی، اقتصادی و اجتماعی از زندگی عمومی مردم و روی آوردن محاکم اسلامی به قوانین غربی و سقوط دولت عثمانی اندکی قبل از آن در سال ۱۹۲۴ م. (۱۳۰۳ ق.) بیشترین تأثیر را بر فقه اهل سنت داشت؛ زیرا فقه اسلامی بعد از سال ۱۹۰۰ م. به دلیل چاپ اتمهات کتب فقه و وضع قانون مدون و اجتهاد گروهی، شاهد دوره تجدید و حیات دوباره خود بود. پس ابتدای زمانی فقه معاصر اهل سنت، همان سال ۱۹۳۷ م. است (اشقر، ۱۹۸۲: ۱۸۵).

۲-۲. امکان تحقق شرایط اجتهاد در زمان معاصر

بسیاری از دانشمندان متقدم و متأخر معتقدند که تحصیل شرایط اجتهاد در زمان معاصر و زمان‌های نزدیک به آن آسان و ممکن است. امروزه بر خلاف گذشته به واسطه فناوری و گسترش صنعت چاپ، دسترسی به کتب در زمینه‌های مختلف از جمله علوم مورد نیاز مجتهد، بسیار آسان است (شربینی، ۱۹۴۰: ۲۶۲/۲)؛ زیرا علوم اجتهادی مدون شده است و در اندک زمانی می‌توان علوم زیادی کسب کرد، اما در گذشته یک مجتهد یا راوی برای احراز صحت و شنیدن حدیثی باید زحمات فراوانی را متحمل می‌شد و وقت زیادی را صرف می‌کرد (ابن حمدان، ۱۳۹۷: ۱۷). داشتن رتبه اجتهاد، شرط فتوا و قضاوت است و این رتبه از دیدگاه فقیهان در همه زمان‌ها وجود دارد (سیوطی، البرد علی من اخلد الی الارض، ۱۹۸۳: ۹۰؛ حبوی، ۱۹۷۷: ۴۴۰/۲). با توجه به این دیدگاه پیشینیان در خصوص امکان و بلکه ضرورت وجود رتبه اجتهاد باید گفت که امروزه با توجه به امکانات موجود، تحقق رتبه اجتهاد به مراتب آسان‌تر است. مراغی، شیخ اسبق الازهر می‌گوید:

بیشترین شروط اجتهاد شامل سه علم حدیث، لغت و اصول فقه می‌شود و امروزه آیات و احادیث احکام جمع‌آوری و مدون شده است، موارد اجماع از خلاف معلوم شده و احکام در کتب فقهی جمع گردیده است و زمان روایت حدیث به پایان رسیده است و مردم بر کتب مدون اعتماد می‌کنند. زبان و لغت عرب نیز به همان مقدار که در دانشگاه‌ها و حوزه‌ها خوانده می‌شود برای فهم زبان عربی کافی است

همچنان که اصول فقه نیز در سطوح مختلف تدریس می‌شود. بنابراین اجتهاد نه تنها عقلاً بلکه عادتاً ممکن است و راه رسیدن به اجتهاد در زمان معاصر آسان‌تر از زمان گذشته است (۱۳۷۹: ۱۷-۱۸).

او در ادامه می‌گوید:

من با احترام به رأی موافقان سدّ باب اجتهاد، با رأی آنان مخالفم و می‌گویم که به طور قطع در میان دانشمندان عالی‌رتبه دینی مصر کسانی هستند که شرایط اجتهاد در آن‌ها موجود است و تقلید بر آنان حرام می‌باشد (همان: ۱۹).

محمد رشید رضا در مقام دفاع از انفتاح باب اجتهاد و ردّ دیدگاه طرفداران انسداد باب اجتهاد و نبود رتبه اجتهاد در زمان معاصر می‌گوید:

تحصیل شرایط اجتهاد در زمان معاصر امری دشوار نیست و همان‌گونه که دانشمندان در علوم مختلف مانند پزشکی، حقوق و... دست به تلاش و کسب مراتب عالی می‌زنند کسب شرایط اجتهاد نیز امری دشوارتر از این علوم نیست. با این حال، طرفداران تقلید، انفتاح باب اجتهاد در زمان معاصر را انکار کرده و خود را در دایره تقلید محصور نموده‌اند (۱۹۷۳: ۵/۲۰۵).

امروزه تحصیل شرایط اجتهاد با توجه گستردگی وسایل ارتباطی و تدوین کلیه منابع مورد نیاز اجتهاد به ویژه حدیث و سنت بسیار آسان‌تر از زمان گذشته است (قرضاوی، ۱۹۹۴: ۱۴ و ۱۷؛ زرقاء، ۱۹۸۵: ش ۵۳/۴). بنابراین دستیابی به رتبه اجتهاد و تحصیل لوازمش واضح‌تر از آن است که نیازمند اقامه دلیل باشد و همگان حتی منکران نیز امکان عقلی و عادت‌ی آن را پذیرفته‌اند. منادیان فتح باب اجتهاد برای اثبات استمرار اجتهاد به دلایلی مانند واجب کفایی بودن اجتهاد (شوکانی، ۱۹۹۲: ۲۵۳)، ثبوت و دوام تکلیف با اجتهاد (سیوطی، *تقریر الاستناد*، ۱۹۸۳: ۳۰)، ضرورت اجتهاد برای احکام مسائل مستحدثه (خطیب، ۱۴۰۵: ۹۱)، وجود اجماع در همه زمان‌ها (آمدی، بی‌تا: ۳۲۲/۱)، آسان بودن تحقق شرایط اجتهاد در زمان معاصر (صنعانی، ۱۴۰۵: ۳۶) و منحصر نبودن آرای درست اجتهادی در مذاهب اربعه استدلال‌نموده‌اند (عواء، ۱۴۱۹: ۶۰-۶۱؛ ابن قیم جوزی، ۱۹۷۳: ۲۰۱/۲ و ۳۰۹). فقیهانی چون غزالی (م. ۵۰۵ ق.)، ابن رشد حفید (م. ۵۹۰ ق.)، عزالدین بن عبدالسلام (م. ۶۶۰ ق.)، ابن تیمیه (م. ۷۲۸ ق.)، شاطبی (م. ۷۹۰ ق.)، سیوطی (م.

۹۱۱ ق.)، شهرانی کردی (م. ۱۱۰۱ ق.)، صنعانی (م. ۱۱۸۲ ق.) و شوکانی (م. ۱۲۵۰ ق.) را می‌توان از سلسله مجتهدان مطلق مستقل و منادیان فتح باب اجتهاد دانست (توانا، بی‌تا: ۹۰-۹۳؛ ایوبی، ۱۹۸۷: ۱۱۵-۱۲۱). در دو سده اخیر نیز کسانی چون محمدصدیق حسن خان هندی (م. ۱۳۰۷ ق.)، سیدجمال‌الدین اسدآبادی (م. ۱۳۱۵ ق.)، محمد عبده (م. ۱۳۲۳ ق.)، ابوالعلی مودودی (م. ۱۳۳۸ ق.)، رشید رضا (م. ۱۳۵۴ ق.)، عبدالحمید بن بادیس (م. ۱۳۵۹ ق.)، مصطفی مراغی (م. ۱۳۶۴ ق.)، حسن بناء (م. ۱۳۶۸ ق.)، محمد فرید وجدی (م. ۱۳۷۴ ق.)، عبدالمجید سلیم (م. ۱۳۷۴ ق.)، محمدطاهر بن عاشور (م. ۱۳۹۳ ق.) و محمد ابوزهره (م. ۱۳۹۴ ق.) از منادیان افتتاح باب اجتهاد می‌باشند. در زمان معاصر نیز فقیهان و عالمانی چون محمد بهی (م. ۱۴۰۳ ق.)، وهبه زحیلی (م. ۱۴۳۶ ق.)، محمد سلیم عواء، یوسف قرضاوی و... رهبران نهضت فکری و فقهی افتتاح باب اجتهادند و مساعی فراوانی را در این راه مبذول داشته‌اند (تاغلابت، ۲۰۰۷: ۲۲۲-۲۴۱؛ امیدی، ۱۳۹۰: ش ۲۹/۸-۳۰؛ ابن شیخ، ۱۴۲۴: ۲۸).

۳. انسداد باب اجتهاد

۳-۱. پیشینه تاریخی انسداد باب اجتهاد

درباره سابقه وجود اجتهاد در اسلام آرای متعددی وجود دارد به گونه‌ای که برخی آن را مربوط به زمان پیامبر ﷺ می‌دانند. همه مذاهب اسلامی در مورد وجود اجتهاد بعد از عصر رسالت اتفاق نظر دارند. در اواخر عصر تابعان، در میان شاگردان آنها فقها و مجتهدان بزرگی چون ابوحنیفه، سفیان ثوری، مالک بن انس، شافعی، احمد بن حنبل، اوزاعی، داوود ظاهری و طبری پدید آمدند که در زمان حیاتشان هوادارانی پیدا کردند و پس از وفات، پیروانشان افزایش یافتند. در این دوره که باید آن را مهم‌ترین دوره فقه و اجتهاد اهل سنت دانست، مذاهب فقهی یک به یک شکل گرفتند و تنوع و گستردگی پیدا کردند و اختلافات فقهی مذاهب به حدی رسید که تنها از اوایل سده دوم تا نیمه سده چهارم قمری بیش از یکصد مذهب به وجود آمد و هر کدام پیروانی پیدا کرد. سده چهارم قمری، سرفصل تعیین‌کننده‌ای در تاریخ تشریح اسلامی است،

به طوری که مذاهب شکل گرفته به تدریج رو به افول و انقراض نهادند و دیری نپایید که از میان مذاهب فقهی، مذاهب اربعه مشهور اهل سنت، اهمیتی فوق‌العاده پیدا کردند و رواج یافتند. موفقیت و رونق و گسترش این چند مذهب را می‌توان مرهون میزان انعطاف‌پذیری طرفداران و پیروان بانفوذ و دانشمندان چیره‌دست و از همه مهم‌تر حمایت حکومت‌ها و صاحبان منصب دانست. رواج و اهمیت آن مذاهب به حدی رسید که هر فتوا و سخنی بر خلاف آن‌ها تبعات سنگینی برای گویندگانش به همراه داشت. در اواخر سده چهارم قمری کار به جایی رسید که مقلدان مذاهب مذکور، حق را تنها در مذاهب متبوع خود می‌دیدند و هر گونه اجتهاد خارج از آن مذاهب را نمی‌پذیرفتند (زرّاء، ۱۴۱۶: ۱۰۱-۱۰۲). بررسی دیدگاه‌های اصولیان متقدم و آثارشان نشان می‌دهد که تا پایان سده چهارم قمری، مبحث انسداد باب اجتهاد مطرح نبوده است و در اواخر سده چهارم و اوایل سده پنجم قمری، اصولیان در کتاب‌های خود بابتی را به بحث درباره امکان خالی بودن زمان از مجتهد اختصاص دادند (ایوبی، ۱۹۸۷: ۵۵-۵۹؛ انصاری، ۱۳۲۲: ۲/۳۹۹). رافعی بر خالی بودن زمان از مجتهدان ادعای اجماع کرده است^۱ (ابن بدران دمشقی، ۱۴۰۱: ۱۹۲). در مقابل این دیدگاه، همه فقیهان حنبلی و عده‌ای از فقه‌های برجسته شافعی به استناد عقل و شرع، مدعی ضرورت وجود مجتهد در همه زمان‌ها شدند. از سوی دیگر، حنفیان و سایر شافعی‌ها معتقدند بودند که زمان پایان عصر مجتهدان نزدیک شده است (آمدی، بی‌تا: ۳/۲۵۳-۲۵۴؛ انصاری، ۱۳۲۲: ۲/۳۹۹). این دوره را باید آغاز عصر تقلید و انسداد باب اجتهاد دانست. مقصود از انسداد باب اجتهاد از دیدگاه پیروان آن، محال بودن کسب شرایط اجتهاد و رسیدن متفقهان و فقیهان به مرحله اجتهاد مطلق مستقل است که نتیجه آن لزوماً وجوب پیروی از مذاهب چهارگانه و طرد و نفی مدعیان اجتهاد در اعصار بعدی و تشکیک در قدرت اجتهاد آن‌هاست (خطیب، ۱۴۰۵: ۱۴۲-۱۴۳). به این ترتیب در محافل و حوزه‌های فقهی، ابتدا

۱. ادعای اجماع از سوی رافعی خالی از اشکال نیست؛ زیرا منعقد شدن اجماع در زمانی که بنا بر گفته وی مجتهدی وجود ندارد، محل سؤال است؛ زیرا اجماع به معنای اجماع مجتهدان است. همچنین کسانی چون قفال، غزالی و رافعی از مجتهدان بزرگ زمان خود بوده‌اند هر چند از اظهار این موضوع بنا بر احترام فراوانی که برای متقدمان داشته‌اند خودداری کرده‌اند. بنابراین ادعای خلوت زمان از مجتهد محل تأمل است (شوکانی، ۱۹۹۲: ۲۵۳؛ ابن امیرحاج، ۱۹۹۶: ۳/۳۴۰).

اجتهاد مطلق مستقل به معنای اجتهاد مستقل از آرای پیشوایان مذاهب چهارگانه ممنوع شد و تا مدت‌ها پس از وفات ائمه اربعه، مجتهدان مطلق منتسب یا مجتهدان مذهب وجود داشتند. تا اینکه این نوع اجتهاد نیز ممنوع شد و فقهای هر یک از مذاهب اربعه به ترجیح آرای امام مذهب یا نقل فتاوی وی پرداختند (صنعانی، ۱۴۰۵: ۲۶-۲۷؛ ابن قیم جوزی، ۱۹۷۳: ۲۷۶/۲؛ ابن حزم اندلسی، ۱۴۰۴: ۵۳۸/۴؛ حجوی، ۱۹۷۷: ۲/۴۵۰؛ ابن خلدون، بی‌تا: ۵۴۰). اما مسئله مهم این است که واقعاً عامل اصلی و مؤثر در انسداد باب اجتهاد بیشتر علمی بوده است یا سیاسی؟ نقل قول‌های مختلفی در این باره وجود دارد؛ مشهورترین آن‌ها اینکه در اواخر سده چهارم قمری، انسداد باب اجتهاد و الزام شرعی همگان بر پیروی از مذاهب اربعه به موجب فرمان احمد بن مقتدر القادر بالله خلیفه عباسی انجام شد (ابن قیم جوزی،^۱ ۱۹۷۳: ۲۷۶/۲؛ ابن عابدین، ۱۳۲۳: ۴۱۴؛ البانی، ۱۴۰۱: ۵۶؛ وجدی، ۱۹۷۱: ۲۲۵/۳؛ عراقی میثمی، ۱۳۰۵: ۵۸۰؛ عمری، ۱۴۰۶: ۲۱۸؛ ابن کثیر دمشقی، ۱۴۰۹: ۱۱/۳۹۸ و ۱۲/۸). به نظر می‌رسد انسداد باب اجتهاد، امری آنی نبوده است و از سال‌ها قبل، طلیعه‌های گرایش به تقلید از برخی مذاهب مشهور پدیدار شده بود و به مرور زمان تا آنجا گسترش یافت که قاطبه اهل سنت آن را پذیرفتند. از جمله اقوال دیگر راجع به انسداد باب اجتهاد، گشایش مدرسه مستنصریه در سال ۶۳۱ قمری است که برای نخستین بار مقرر گردید که فقه مذاهب اربعه در آن تدریس شود. به دستور خلیفه عباسی المستنصر بالله، مدرّسان ملزم شدند که فقط دیدگاه‌های فقهی مشایخ و امامان مذاهب را بیان کنند و از جانب خود هیچ اظهارنظری نکنند (آغابزرگ تهرانی، ۱۴۰۱: ۱۰۸؛ ابن فوطی، ۱۴۰۷: ۱۰۸؛ ابن کثیر دمشقی، ۱۴۰۹: ۱۳/۱۶۳). اقوال دیگری نیز در این باره وجود دارد اما به نظر می‌رسد باید اواخر سده چهارم قمری را زمان انسداد باب اجتهاد دانست (زرقاء، ۱۹۸۵: ۴/۴۶). در سده چهارم قمری، امپراطوری بزرگ اسلامی به دولت‌ها و ممالک کوچکی تقسیم شد. این امر موجب تضعیف امت اسلامی و قطع ارتباطات سیاسی میان آن‌ها گشت و به دنبال آن استقلال فکری نیز تضعیف شد و فعالیت‌های علمی به خاموشی گرایید. در این دوره، دانشمندان در منجلاب تعصبات مذهبی و

۱. ابن قیم در این باره بحثی را در کتاب *اعلام الموقعین* با عنوان «اختلفوا متی انسَد باب الاجتهاد علی أقوال كثيرة» اختصاص داده است.

فقدان اعتماد به نفس، کثرت جدال و مناظره و حسد مبتلا شدند، قاضیان بی کفایت عهده‌دار حکم و قضاوت گشتند، علما به تدوین مذاهب و اختصار کتاب‌ها روی آوردند، برخی از علما بیم داشتند که مبادا بر اثر این همه تشتت و اختلاف آرا و مذاهب، مقام شامخ فقاہت ائمه سابق متزلزل گردد. لذا به خاطر این مسائل و همچنین پیشگیری از مداخله کسانی که فاقد اهلیت اجتهاد و استنباط بودند، به سد باب اجتهاد و التزام به مذاهب متقدم فتوا دادند. اما باید این فتوا را بیشتر یک سیاست شرعی در یک مقطع زمانی خاص دانست که عواملی مانند بی‌قیدی مجتهدان بی کفایت و هرج و مرج در شریعت از عوامل آن بود (نعمتی، ۱۳۷۶: ۲۳۸؛ ناغلابت، ۲۰۰۷: ۵۹). این وضعیت اجتهاد اهل سنت تقریباً تا سده دوازدهم قمری ادامه داشت. جریانات آن دوره در جهان اسلام و تمام دنیا تقریباً به صورت ثابت مانده و دگرگونی و تحول به ندرت وارد زندگی انسان‌ها شده بود. اگر تغییری هم در این دوره صورت می‌گرفت، بسیار محدود و برای مجتهدان و فقیهان قابل پیش‌بینی بود. فقها در کتاب‌های خود مسائل زیادی را به مسائل ممکنه و فرضی اختصاص می‌دادند که در عالم واقع وجود نداشتند (سلامی، ۱۳۸۹: ۶۵-۶۴؛ بادیا، ۱۳۸۹: ۱۶۳-۱۶۵). در سده دوازدهم قمری، روند حوادث در پی اختراع آلات، پیشرفت زندگی و پژوهش‌های علمی و اکتشافات، سرعت و شتاب بیشتری به خود گرفت و اوضاع جدیدی در روابط کشورها و ملت‌ها در عرصه‌های مختلف زندگی به وجود آمد؛ اوضاع و تحولاتی که فقهای گذشته، شاگردان و شارحان آثار آنان، بروز این پدیده‌ها را تصور هم نکرده بودند و احکامی نیز برای این گونه مسائل وجود نداشت. این وضعیت جدید که زاینده فناوری، پیشرفت علمی و صنعتی بود، ایجاب می‌کرد که باب اجتهاد بار دیگر گشوده شود تا احکام شریعت و پاسخ این تحولات از دیدگاه دین مبین اسلام تبیین گردد و تکلیف شرعی امت اسلامی در قبال این پدیده‌ها و رویدادهای جدید علمی روشن شود. با وجود تلاش‌های فراوان طرفداران افتتاح باب اجتهاد، دولت عثمانی که بر بخش اعظم ممالک اسلامی برای مدت طولانی حاکم بود با بازگشایی باب اجتهاد مخالفت می‌کرد و طرفداران این دیدگاه را از خدمات و مزایای حکومتی محروم می‌نمود (سلامی، ۱۳۸۹: ۶۶؛ قومیدی، ۱۴۳۴: ۱۲۷/۱-۱۲۸؛ مراغی، ۱۳۷۹: ۳۴-۳۵؛ محمصانی، ۱۹۸۰: ۲۵۵). انسداد باب اجتهاد، پیامدهای

ناگواری مانند رکود و جمود در فقه و اصول را در حوزه‌های علمیه اهل سنت بیشتر بلاد اسلامی به همراه داشت که دامنه آثار منفی آن، فقه دیگر مذاهب را نیز فرا گرفت. در عصر تقلید و انسداد باب اجتهاد که تا امروز همچنان ادامه دارد، اجتهادی که در روزهای اولش دارای رونق و بالندگی بود، دچار ایستایی و جمود شد. زمانی که فقیهان با دستاویز سدّ باب اجتهاد احساس تعقل و تفقه در مسائل را از دست دادند و به خود و دیگران تلقین کردند که امروزه هیچ کسی را یارای فهم قرآن و حدیث نیست و هیچ مسئله و قضیه دینی و دنیایی نیست که گذشتگان آن را بیان نکرده باشند، از آن زمان کاروان فقه و فقها از تکامل و پیشرفت بازماند و فقیهان مقام پیشوایی را از دست دادند و در نتیجه قانون وضعی و ارزش‌های بیگانگان و تمدن فرهنگی غیر اسلامی بر ممالک اسلامی سایه افکند و بدین ترتیب، روح تقلید و تعصبات مذهبی، جای اجتهاد و تحقیق را گرفت و چشمه جوشان اجتهادی که عامل حرکت شریعت در بستر زمان بود و جهان بشریت را در طول چندین سال سیراب می‌کرد به گودال آب راکد تبدیل شد. در عصر تقلید و انسداد باب اجتهاد، هر بار فقیهان و مجتهدانی یافت شده‌اند که کم و بیش با ممنوعیت اجتهاد و الزام به پیروی از مذهب خاص مخالفت کرده‌اند و با وجود آنکه به پیروی از یک مذهب خاص مشهور بودند و گاه به اجتهاد و افتای مستقل دست زدند، در عمل توفیق چندانی در انفتاح باب اجتهاد به دست نیاوردند (دهلوی، ۱۴۰۶: ۷؛ خضری‌بک، ۱۹۶۷: ۲۴۴؛ البانی، ۱۴۰۱: ۷۹-۸۰).

۲-۳. انسداد باب اجتهاد در نگاه فقیهان اهل سنت

فقیهان و اصولیان اهل سنت درباره اینکه انسداد باب اجتهاد پس از دوران صحابه پیش آمده، وحدت نظر دارند، ولی دیدگاه‌ها درباره زمان دقیق آن مختلف است. برخی، زمان انسداد را بر محور سال و سده و گروهی نیز بر محور اشخاص قرار داده‌اند. در میان گروه نخست چند نظریه وجود دارد. عده‌ای زمان انسداد را از پایان سده دوم قمری دانسته‌اند (ابن قیم جوزی، ۱۹۷۳: ۲۷۶/۲). گروهی نیز شروع انسداد را از نیمه سده چهارم قمری می‌دانند (صنعانی، ۱۴۰۵: ۲۷). دسته‌ای نیز آغاز سده ششم قمری را زمان اعلام انسداد دانسته‌اند (وزاره الاوقاف و الشؤون الاسلامیه، ۱۹۹۳: ۴۲/۱). گروهی نیز که

ملاک را اشخاص قرار داده‌اند چند نظر دارند: ۱. زمان انسداد اجتهاد مطلق مستقل بعد از ائمهٔ اربعه و انسداد اجتهاد مطلق منتسب، در هر یک از مذاهب چهارگانه پس از علامه عمر بن محمد نسفی (م. ۵۳۷ ق.) است (سیوطی، *تقریر الاستناد*، ۱۹۸۳: ۱۱۳-۱۱۶؛ انصاری، ۱۳۲۲: ۳۹۹/۲)؛ ۲. زمان انسداد پس از ابوحنیفه (م. ۱۵۰ ق.)، ابویوسف (م. ۱۸۲ ق.)، زفر بن هذیل (م. ۱۵۸ ق.)، محمد بن حسن (م. ۱۸۹ ق.) و حسن بن زیاد لؤلؤی (م. ۲۰۴ ق.) است (ابن قییم جوزی، ۱۹۷۳: ۲۷۷/۲)؛ ۳. زمان انسداد پس از عبدالرحمن اوزاعی (م. ۱۵۷ ق.)، سفیان ثوری (م. ۱۶۱ ق.)، وکیع بن جراح (م. ۱۹۶ ق.) و عبدالله بن مبارک (م. ۱۸۱ ق.) است (همان)؛ ۴. انسداد پس از شافعی (م. ۲۰۴ ق.) رخ داده است (ابن حزم اندلسی، ۱۴۰۴: ۶۰۴/۴؛ نووی، بی‌تا: ۴۳/۱؛ سلتهی، ۱۴۰۸: ۷). با توجه به تاریخ حیات این افراد، تاریخ انسداد باب اجتهاد را از نظر زمان می‌توان مشخص کرد ولی سخن از نحوهٔ القای مطلب است که برخی تاریخچهٔ انسداد را بر محور زمان و گروهی بر محور اشخاص بیان کرده‌اند. به نظر می‌رسد نشانه‌های اولیهٔ انسداد باب اجتهاد در اواسط سدهٔ چهارم قمری آشکار شد و به تدریج در سده‌های پنجم و ششم قمری مقبولیت عمومی یافت. بنابراین دیدگاه کسانی که انسداد را در سدهٔ دوم قمری می‌دانند درست به نظر نمی‌رسد؛ زیرا آن زمان، دورهٔ شکوفایی فقه و اجتهاد بوده و رشد و پویایی اجتهاد نیز در همین دوره بوده است.

همان‌گونه که گفته شد عالمان متقدم و متأخر اهل سنت دربارهٔ نوع اجتهادی که ادعای انسداد باب آن شده اختلاف نظر دارند. آنچه در نگاه اول از اقوال طرفداران انسداد باب اجتهاد فهمیده می‌شود این است که منظور آنان از انسداد باب اجتهاد، اجتهاد به صورت عام است؛ خواه مطلق مستقل باشد یا مطلق منتسب. اما دربارهٔ زمان انسداد هر یک از این دو اجتهاد، اختلاف رأی وجود دارد (صنعانی، ۱۴۰۵: ۲۶). بیشتر متقدمان و بسیاری از معاصران معتقدند که تنها باب اجتهاد مطلق مستقل بسته شده است و باب اجتهاد مقید با همهٔ انواع چه مطلق و چه متجزی باز است (بوطی، ۱۹۹۸: ۲۲-۲۳). برخی بر نبودن مجتهد مطلق مستقل بعد از ائمهٔ فقهی مذاهب اربعه ادعای اجماع کرده و با این استدلال، سخت بر مدعیان اجتهاد تاخته‌اند. همان‌گونه که به نظر می‌رسد همگان بر سد باب اجتهاد مطلق و عدم جواز احداث سبک اجتهادی جدید

اتفاق نظر دارند و اجتهادی که ادعای انفتاح باب آن و امکان تحقق شرایطش در زمان معاصر شده است همان اجتهاد مطلق منتسب یا مقید است نه اجتهاد مطلق مستقل و با توجه به آنچه گفته شد اجتهاد مطلق منتسب غیر از اجتهاد فی المذهب می‌باشد. بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که نزاع در این باره که باب اجتهاد بسته شده یا نه، فایده‌ای ندارد؛ زیرا محل نزاع و اختلاف در این مناقشه یکی نبوده است و اصل اختلاف فریقین به خود اجتهاد بر نمی‌گردد بلکه آنچه محل نزاع است انواع اجتهاد و اقسام مجتهدان است. بنابراین اختلاف موجود بیش از آنکه اساسی و ریشه‌ای باشد یک اختلاف لفظی و ناشی از سوء تفاهم و عدم درک مقصود یکدیگر بوده است. دلیل این مدعا نیز وجود مجتهدان در همه سده‌های گذشته تا کنون است (همان: ۲۲-۲۴؛ زحیلی، ۱۴۰۱: ۱۹۲). مجتهدان متأخر از رؤسای مذاهب، از حیث احاطه بر علوم اجتهاد و احراز ملکه فقهت و فتوا اغلب در ردیف آن‌ها بوده‌اند، اما به واسطه قوت مآخذ، اتقان قواعد و ضوابط و جامعیت روش‌های اجتهادی متقدمان، در طریق اجتهاد، پیرو آن‌ها بوده‌اند. گذر از اجتهاد مطلق مستقل به اجتهاد مطلق منتسب و اجتهاد فی المذهب، در فرایند تاریخی اجتهاد گسستی ایجاد نکرده است.

۳-۳. زمینه‌های انسداد باب اجتهاد

۱-۳-۳. مدعیان کاذب اجتهاد

سد باب اجتهاد در برابر کسانی که حداقل شرایط لازم برای اجتهاد را نداشتند و فتوا و قضاوت را وسیله ارتزاق و خرسندی حاکمان قرار داده بودند از مهم‌ترین اهداف انسداد باب اجتهاد است (حکیم، ۱۳۸۵: ۵۹۹؛ زرقاء، ۱۹۸۵: ش ۴/۴۶؛ زحیلی، ۱۴۰۱: ۱۹۴).

۲-۳-۳. ظهور احزاب و فرق متعدد

مسلمانان در گذشته و قبل از قول به انسداد باب اجتهاد، به گروه‌های متعددی تقسیم شده بودند و هر گروه برای اثبات رأی و دیدگاه خود تلاش می‌کرد تا آنجا که برخی در صورت مخالفت دیدگاه خود با نص، نص را تأویل می‌کردند و از قول خود منصرف نمی‌شدند، دانشمندان برای جلوگیری از تقسیم بیشتر جامعه اسلامی بر اثر کثرت

مذاهب در طول زمان، علاج امر را در بستن باب اجتهاد بر ناهلان دانستند غافل از اینکه کاری را که انجام می‌دهند به انسداد باب اجتهاد به صورت کلی می‌انجامد (مهیوب، ۱۹۷۸: ۱۳۷).

۳-۳-۳. ظهور انشعاب و تفرّق در بین مجتهدان

ظهور اختلاف و انشعاب در بین مجتهدان به گونه‌ای که هر مجتهد دارای گروه و مدرسه خاص اجتهادی بود موجب ظهور تعصب در میان پیروان هر گروه شد. تعصب در بین چنین کسانی به گونه‌ای بود که نصوص قرآنی و سنت را تنها برای تأیید رأی مکتب اجتهادی خود قبول داشتند. این امر موجب خاموشی ملکه فقاها و اجتهاد در بین عالمان گردید و خواص نیز مانند عوام به پیروی و تقلید روی آوردند (حکیم، ۱۳۸۵: ۵۹۹).

۴-۳-۳. عوامل سیاسی

تقسیم کشور بزرگ اسلامی به چندین بخش و اختلافات سیاسی حاکمان بر سر قدرت باعث شد که کاروان علم و دانش دچار توقف شود. دانشمندان نیز به تبع حاکمان روی به سیاست آوردند. تلاقی همزمان دو عامل تعصب و سیاست در عالمان موجب این امور شد: ضعف استقلال فکری، محو شخصیت عالمان در منجلاب تعصبات مذهبی و بی‌اعتمادی، جمود تلاش علمی، افزایش جدال، مناظره، حسادت و رقابت‌های بی‌فایده، گرایش به مادیات، مبتلا شدن مردم به سیستم قضایی ناشایسته، تدوین مذاهب، اختصار، شرح و حاشیه‌نویسی کتب ائمه فقهی هر مذهب (مدکور، ۱۹۷۳: ۴۱۵/۲).

۵-۳-۳. انتظام روش و آرای اجتهادی

واقعیات عملی و مطالبات عمومی، خواهان پایان دادن به پراکنده کاری‌ها و آغاز انتظام و انسجام احکام ناظر به حقوق و تکالیف و تصرفات مردم بوده است. مردم حق دارند بدانند که حقوق، امتیازات، تکالیف و نتایج شرعی و حقوقی رفتارهایشان چیست؟ این پیش‌آگهی‌ها خود ناگزیر باید در چارچوب یک نظام یا یک مکتب سازماندهی

می‌شدند. اساساً یکی از خلأهای موجود در حیات اجتماعی مسلمانان در سده‌های نخستین، فقدان یک نظام جامع حقوقی و قضایی بوده است. پرسش‌های استفتاکنندگان با آرای انفرادی مفتیان و قاضیان پاسخ داده می‌شده است. اختلاف آن پاسخ‌ها در عمل نوعی نابسامانی فقهی و قضایی را پیش می‌آورد. تبدیل شدن اندیشه‌های فقهی به یک نظام و ترسیم خطوط کلی نظام قضایی یک ضرورت در آن شرایط بود و دیگر مجالی برای آرای انفرادی خارج از چارچوب نظام باقی نمی‌ماند. این امر با انسداد باب اجتهاد در چارچوب مذاهب مدون آن زمان صورت می‌گرفت (امیدی، ۱۳۹۰: ش ۱۶-۱۵/۸؛ مدکور، ۱۹۷۳: ۴۱۵/۲).

۳-۳-۶. تقیه در اظهار اجتهاد

بسیاری از فقیهان که واجد شرایط اجتهاد بودند به علت خوف از نقد مخالفان و عدم پذیرش جامعه، از اظهار این امر خودداری می‌کردند (مدکور، ۱۹۷۳: ۴۱۵/۲). هر بار که عالمی می‌خواست داشتن شرایط اجتهاد را اظهار کند، با انواع شیوه‌ها مورد رد، نقد و بی‌مهری اطرافیان قرار گرفت. شیخ سیوطی (م. ۹۱۱ ق.) نمونه بارز این مورد است که برای اثبات مدعای خود دو رساله را به نام‌های *الردّ علی من اخلد الی الارض و جهل انّ الاجتهاد فی کلّ عصر فرض و تقریر الاستناد فی تفسیر الاجتهاد* نوشته است (حکیم، ۱۳۸۵: ۶۰۰).

۳-۳-۷. گرایش به تقلید

رواج تقلید در جامعه و انس گرفتن همگان با تقلید، باعث دوری عالمان از اجتهاد و روی آوردن به تقلید شد. رواج اختلاف و تعصب بین پیروان مذاهب بیشتر نتیجه تقلید بود تا اجتهاد. بنابراین می‌توان گفت که انسداد باب اجتهاد یکی از پیامدهای تقلید بود (شوکانی، ۱۹۹۲: ۲۷-۲۸؛ صنعانی، ۱۴۰۵: ۲۸).

۳-۴. ادله انسداد باب اجتهاد

۳-۴-۱. سد ذرایع

انسداد باب اجتهاد از باب سد ذریعه بوده است؛ زیرا انفتاح باب اجتهاد موجب تشّت

آرای مفتیان و محاکم قضایی و اشغال منصب قضا توسط افراد ناوارد و غیر متخصص می‌شد. این دلیل قوی‌ترین و مهم‌ترین مستند طرفداران نظریه انسداد است و دلایل دیگر به نوعی زیرمجموعه آن محسوب می‌شوند. تتبع مدارک و مستندات استدلال‌کنندگان به سد ذرایع برای انسداد باب اجتهاد نشان می‌دهد که منظور آنان از این امر، یک اقدام مصلحتی و موقت بوده که در شرایط خاص اتخاذ گردیده نه برای همیشه و تمام دوران‌ها (زحیلی، ۱۴۰۱: ۱۹۴). در زمان معاصر نیز برخی با همین استدلال به سد ذرایع، قائل به ادامه انسداد هستند اما باید در مقام رد آن‌ها گفت که امروزه باب اجتهاد مفتوح است از باب سد ذرایع؛ زیرا امروزه شریعت متهم به جمود، کوتاهی و عدم پاسخ‌گویی به نیازهای مردم شده است و مردم در زندگی عملی فاصله زیادی از فقه و شریعت گرفته‌اند و قوانین غربی وارد محاکم اسلامی شده است. همچنین اقدام اولیه آنان نیز در انسداد باب اجتهاد با استدلال به سد ذرایع خالی از اشکال نیست؛ زیرا چنین عملی به منزله از بین بردن خود بیمار به جای درمان کردن بیماری اوست (ابراهیم، ۱۹۹۰: ۳۴-۳۲).

۳-۴-۲. انتشار و تدوین مذاهب اربعه

اعتماد عمومی بر آنچه در متون کتب ائمه بزرگ فقهی و شاگردانشان آمده بود موجب بی‌نیازی به فتاوا و اجتهادات نو شد؛ زیرا بر خلاف مذاهب صحابه و تابعان، مذاهب اربعه در اصول و فروع به صورت کامل تدوین شده بود و فقیهان بزرگی در هر مذهب وجود داشتند که به تهذیب و نقد، تقیید مطلقات، تخصیص عمومات اقوال و فتاوی آن مذهب می‌پرداختند (ابن امیرحاج، ۱۹۹۶: ۴۷۲/۳؛ جوبنی، ۱۴۱۸: ۷۴۴/۲؛ اسنوی، بی‌تا: ۲۹۸-۲۹۹/۳؛ ابن حمدان، ۱۳۹۷: ۷۲-۷۳). تدوین مذاهب مذکور، عامل الزام و پیروی اجباری همگان از یکی از آن مذاهب و مانعی برای اجتهاد جدید توسط فقیهان محسوب می‌شد. شهرت این قول به حدی است که ادعای اجماع محققان بر آن شده است (آمدی، بی‌تا: ۲۲/۴؛ ترکی، ۱۴۰۴: ۶۲۴؛ مراغی، ۱۳۷۹: ۲۳). در این باره دو نکته شایسته تأمل است؛ اول اینکه انتشار و تدوین مذاهب اربعه نمی‌تواند مانعی برای تقلید از غیر آن‌ها چه مذاهب پیشین و چه مذاهب پسین هرچند که مدون هم نباشند، باشد؛ زیرا

تدوین، تبویب، ترجیح، تنقیح و تخریح اقوال و فتاوی مذهبی هیچ ارتباطی با جواز تقلید از آن مذهب ندارد و در کثرت اتباع و انتشار مذهب هیچ گونه حجیتی وجود ندارد؛ زیرا در انتشار مذاهب علاوه بر آنچه گفته شد عوامل دیگری نیز مانند پشتیبانی حکام و در دست داشتن پست‌های کلیدی چون قضاوت مؤثر بوده‌اند (مراغی، ۱۳۷۹: ۲۸). دوم اینکه انحصار تقلید در مذاهب اربعه بنا بر تدوین آن مذاهب، در صورتی صحیح به نظر می‌رسد که آن مذاهب، وافی به احکام وقایع و مسائل جدید و مستحدثه در طول زمان باشند اما عالم واقع خلاف آن را ثابت می‌کند؛ زیرا احکام حوادث جدید جز با روش استنباط از نصوص شارع، مطابق اصول استنباطی ائمه مذاهب یا روش تخریح احکام از اقوال و آرای ائمه فقهی امکان‌پذیر نیست (عواء، ۱۴۱۹: ۲۴). اجتهاد با روش استنباط مستقیم احکام از نصوص شارع مطابق اصول استنباطی مذاهب اربعه، خود یا اجتهاد مستقل است در صورتی که مجتهد آن را با دلیل و دیدگاه خودش انجام داده باشد یا اجتهاد منتسب است اگر آن را از روی تقلید استنباط کرده باشد. هنگامی که چنین اجتهادی در همه ابواب فقه جایز باشد، در حقیقت حکم به تحقق اجتهاد مطلق شده و اگر تحقق اجتهاد مذکور در برخی بخش‌های فقه باشد، اجتهاد متجزی است. بنابراین هنگامی که در همه احوال نیاز به وجود اجتهاد چه مطلق و چه متجزی پابرجاست، انحصار مذاهب در چهار مذهب و تدوین آن‌ها نمی‌تواند مانعی برای منع اجتهاد تلقی گردد؛ زیرا اجتهاد واجب کفایی است و برای رفع این حکم باید مانعی از جانب شارع باشد (مهیوب، ۱۹۷۸: ۱۴۱؛ ابوزهره، ۱۳۸۷: ۶۳؛ زیدان، ۱۹۹۵: ۱۲۴). ادعای اینکه پاسخ هر پرسش جدید و هر حادثه نوینی در کتاب‌های ائمه مذاهب اربعه یافت می‌شود و اجتهاد بر غیر آنان ممنوع می‌باشد، جز مبالغه و تجاهل به واقعیت امر نمی‌تواند باشد؛ زیرا هر عصر و زمانه‌ای، مشکلات، واقعیات و نیازمندی‌های ویژه خود را دارد و از برکت اجتهاد است که فقه اسلامی تکامل و پویایی دارد و برای هر زمان و مکانی مناسب است (شلتوت، ۱۳۷۹: ۲۱۶-۲۱۷). مهم‌ترین ضعف استدلال به انتشار و تدوین مذاهب اربعه برای انحصار مذاهب و منع اجتهاد، تناقضی است که در آن وجود دارد؛ زیرا مجتهدان حق حکم به انسداد باب اجتهاد را دارند، چون این مسئله یک حکم شرعی است که نصی درباره آن وجود ندارد و جز با استنباط، حکم آن به دست

نمی‌آید. اگر پیروان سدّ باب اجتهاد مجتهدند اقدام آنان خود یک اجتهاد محسوب می‌گردد حال آنکه آنان حکم به سدّ باب آن کرده‌اند و اگر غیر مجتهدند ادعای آنان پذیرفته نیست؛ زیرا در این صورت، فاقد شرایط اجتهاد و صلاحیت چنین امری هستند (عواء، ۱۹۷۵: ش ۲۴-۲۳/۴).

۳-۴-۳. اجماع محققان

امام الحرمین جوینی (م. ۴۷۸ ق.) اجماع محققان بر الزام همگان به تقلید از مذاهب اربعه و خودداری واجدان شرایط از اجتهاد جدید را نقل کرده است (جوینی، ۱۴۱۸: ۷۴۴/۲؛ عواء، ۱۹۷۵: ش ۲۳/۴). ابن صلاح شهرزوری (م. ۶۴۳ ق.) نیز این اجماع را به نقل از جوینی بیان کرده است (مراغی، ۱۳۷۹: ۲۵؛ انصاری، ۱۳۲۲: ۴۰۷/۲). از دیدگاه ابن صلاح، تقلید از غیر ائمه اربعه جایز نیست (اسنوی، بی‌تا: ۷۲۷/۴). اجماع مذکور از جهات زیر مورد مناقشه است:

۱. بسیاری از فقیهان، تحصیل اجماع را بعد از قرن سوم به دلیل پراکندگی عالمان فقهی در سرزمین‌های اسلامی و عدم امکان احاطه بر اقوال آنان محال دانسته‌اند (ابن حزم اندلسی، ۱۴۰۴: ۱۸۸/۴؛ خلاف، ۱۹۹۰: ۴۹).
۲. در میان ادله شرع و مبانی احکام، چیزی به نام اجماع محققان وجود ندارد. ظاهراً قائلان به انسداد باب اجتهاد برای اجتناب از تعارض به این اصطلاح روی آورده‌اند؛ زیرا اسناد اجماع مذکور به مجتهدان درست نیست؛ چون مجتهدی بنا بر نظر آنان در آن زمان وجود ندارد (مراغی، ۱۳۷۹: ۲۶؛ انصاری، ۱۳۲۲: ۴۰۷/۲).
۳. سخن ابن صلاح مبنی بر استدلال به اجماع، تقلید عامه مردم از مذاهب اربعه و ممنوعیت اجتهاد جدید، خود اجتهاد می‌باشد. چگونه می‌توان به واسطه رأی فقهی مقلد، دین اسلام را منحصر به دیدگاه‌های چهار فقیه نمود و آرای تعداد زیادی فقیه دیگر را به کلی رد کرد؟^۱ (مراغی، ۱۳۷۹: ۲۶).

۱. قرافی، اجماع دیگری مبنی بر آزادی مقلد در تقلید از هر مجتهدی که بخواهد، نقل کرده است. شایان ذکر است که اجماع منقول از قرافی معتبر، و اجماع منقول از ابن صلاح غیر معتبر است (قرافی، ۱۳۹۳: ۴۳۲/۱؛ اسنوی، بی‌تا: ۶۳۰/۴).

۳-۴-۴. عدم امکان تحقق شرایط اجتهاد در متأخران

تحقق شرایط اجتهاد در متقدمان با دشواری‌هایی همراه بود که در کتاب‌های اصول آمده است، چه رسد به متأخران که در همت، تلاش و اراده، ورع و تقوا در مرتبه پایین‌تری هستند. عالمان متأخر به دنیا و دربار حاکمان روی آورده بودند و این برای دوری آن‌ها از علم و دانش و تساهل و ضعف در طلب آن کافی بود. نتیجه چنین امری، دشواری و عدم تحقق شرایط اجتهاد در میان متأخران است (آمدی، بی‌تا: ۲۰۲/۴؛ ابن عبدالشکور، بی‌تا: ۳۹۹/۲). عدم جواز و عدم امکان تحقق شرایط اجتهاد بعد از زمان ائمه مذاهب، به این دلیل است که اگر مراد از اجتهاد، بالاترین رتبه آن یعنی اجتهاد مطلق مستقل است، باید تحقق شرایط آن ممکن باشد، اما گفته شد که امکان وجود آن شرایط بعد از سده چهارم برای همیشه، محال و غیر ممکن است، بنابراین باید به انسداد باب اجتهاد رأی داد. محال بودن وجود رتبه اجتهاد مطلق مستقل نیز به این دلیل است که مجتهد دارای این رتبه باید خود واضح اصول اجتهادی باشد و آن‌ها را از دیگری نگرفته باشد و تحقق چنین امری بعد از قرن چهارم هجری محال یا بسیار نادر می‌باشد؛ زیرا به اتفاق همگان، ائمه مذاهب همه اصول استنباطی را وضع نموده و چیزی را فروگذار نکرده‌اند (ابن حسین، ۱۹۸۹: ۱۸۷/۲). از دیدگاه پیروان دیدگاه انسداد باب اجتهاد، مجتهدان متقدم هرچند از نظر ظاهری مانند دیگر عالمان هستند، در واقع، متصف به صفاتی می‌باشند که وجود آن‌ها در دیگر انسان‌ها بر حسب عادت محال است. به همین جهت کسانی که بعد از آن‌ها آمده‌اند با وجود کثرت علم و اطلاعی که داشته‌اند، خود را پیرو آن‌ها دانسته‌اند. وقتی آن‌ها خود را نسبت به مجتهدان سابق سلف عوام بدانند، دیگران عوام عوام هستند، پس دیگران حق ندارند خود را مجتهد نامیده و باید از مجتهدان متقدم پیروی و تقلید نمایند (سیوطی، *تقریر الاستناد*، ۱۹۸۳: ۶۳ و ۱۱۳-۱۱۶؛ ابن حسین، ۱۹۸۹: ۱۸۸/۲؛ سنوسی، ۱۹۶۸: ۶۳-۶۴). در نقد دلیل فوق باید گفت که عدم تحقق شرایط اجتهاد در یک مقطع زمانی به معنای محال بودن تحقق شرایط مذکور برای همیشه نیست؛ زیرا هر دوره‌ای عالمانی را به خود دیده که دنیا و مادیات را رها نموده و به جد در طلب علم بوده و از مجتهدان نامور زمانه خود شده‌اند. علم و دانش موهبتی از جانب خداست و نعمت و موهبت خداوند تنها ویژه زمانی خاص

نیست (صنعانی، ۱۴۰۵: ۳۰). همچنین اصولیان در این امر که مجتهد مطلق مستقل باید در اصول استنباطی از کسی تقلید نکند، اتفاق نظر دارند ولی در مراد و مفهوم این شرط اختلاف دیدگاه دارند، گروهی معتقدند که مجتهد مطلق مستقل باید خود واضع اصول استنباطی باشد و آن‌ها را از دیگر مجتهدان نگرفته باشد. برخی نیز بر این باورند که مجتهد مذکور در اصول فوق نباید از دیگران تقلید صرف و بدون دلیل داشته باشد اما پیروی با رأی، نظر و دلیل، مُخَلِّ مقام اجتهاد وی نیست، هرچند خود واضع اصول استنباطی اش نباشد. همچنین باید پرسید که آیا تنها چهار امام مذاهب اربعه دارای اجتهاد مطلق مستقل بوده‌اند یا مجتهدان دیگری نیز همراه آن‌ها این مقام را داشته‌اند؟ بنابراین هنگامی که شرط مذکور مورد اختلاف اصولیان است، تمسک به آن برای انسداد باب اجتهاد وجهی ندارد (یحیی محمد، ۲۰۰۰: ۳۶-۳۷؛ زحیلی، ۱۴۰۱: ۱۹۲؛ ابوزهره، بی‌تا: ۳۹۰-۳۹۱؛ دسوقی، ۱۹۸۷: ۱۲۷-۱۲۹). طرفداران انسداد باب اجتهاد همچنین معتقدند که فقیهان متأخر از ائمه مذاهب حداکثر کاری که انجام می‌دهند ترجیح آرای مذاهب بر یکدیگر با توجه به ضعف و قوت ادله آن مذاهب است و چنین عملی اجتهاد نیست و اگر در میان متأخران مجتهدانی وجود داشتند، دارای اقوال جدید و مخالف با آرای ائمه مذاهب بودند و چنین چیزی گزارش نشده است، بلکه متأخران از ائمه مذاهب قبلی تقلید نموده و به اجتهاد آنان عمل کرده‌اند، حال آنکه تقلید برای مجتهد جایز نیست (صنعانی، ۱۴۰۵: ۳۹). در جواب آنان باید گفت که خود ترجیح آرای مذاهب، اجتهاد محسوب می‌شود و تنها گناه مجتهد متأخر، تأخر زمانی او از مجتهد متقدمی است که قول به راجح و مرجوح داده است. فقیه متأخر نیز با توجه به ادله و نه لحاظ کردن اقوال قبلی، از میان دو قول یکی را برمی‌گزیند (همان: ۴۰). بسیاری از پیروان ائمه مذاهب، از روی اجتهاد و دلیل از ائمه مذکور تبعیت کرده‌اند، نه از روی تقلید؛ زیرا تقلید پیروی از قول غیر است، بدون شناخت دلیل (شیرازی، ۱۳۵۸: ۷۰؛ زرکشی، ۱۴۲۱: ۲۷۰/۶). مسئله تقلید مجتهد از غیر خود، محل اختلاف است و بازده قول راجح به آن بیان شده است (زرکشی، ۱۴۲۱: ۳۳۵/۸؛ شقیطی چکنی، ۱۴۱۵: ۶۷-۶۸). جواز تقلید مجتهد از غیر، مؤید قول جمهور فقها به صحت تجزّی در اجتهاد است (آمدی، بی‌تا: ۱۶۴/۴؛ سبکی، ۱۴۱۵: ۴۰۳/۲؛ شوکانی، ۱۹۹۲: ۲۵۴-۲۵۵).

۳-۴-۵. امکان‌پذیر نبودن تصحیح حدیث در زمان متأخران

تصحیح حدیث از مبانی اولیه اجتهاد است و این امر در زمان متأخران تقریباً غیر مقدور و نیازمند تقلید است و تقلید در تصحیح حدیث، رتبه مجتهد را به مقلد تقلیل می‌دهد (شنقیطی جگنی، ۱۴۱۵: ۲۹). در نقد این دلیل باید گفت که مستند متأخران در تصحیح و تضعیف روایت، تقلید نیست بلکه پذیرش روایت عادل است و این در گذشته نیز سیره متقدمان در تصحیح روایت بوده است (صنعانی، ۱۴۰۵: ۲۲-۲۴). نرسیدن به رأی و اجتهاد قطعی مبتنی بر حدیث، موضوعی است که برای ائمه مذاهب اتفاق افتاده است و شافعی در موارد متعددی به دلیل عدم تصحیح حدیث، اجتهادش را متوقف بر صحت حدیث نموده است (باشنفر، ۱۴۲۴: ۸۵، ۹۹، ۱۰۷ و ۱۱۸).

۳-۴-۶. مسئله خالی بودن زمان از مجتهد

همان طور که در بحث سابقه تاریخی انسداد باب اجتهاد گفته شد، بیشتر پیروان این دیدگاه، مسئله خلّو زمان از مجتهدان را جزء ادله خود بیان کرده‌اند. آنان معتقدند که بعد از گذشت چند سده نخستین اجتهاد، زمانی می‌آید که مجتهدی در آن وجود ندارد و نتیجه این امر نیز به انسداد باب اجتهاد می‌انجامد. در نقد این دلیل باید گفت که خلّو زمان از مجتهد، بیشتر یک مسئله نظری است، سخن بر سر جواز عقلی فقدان مجتهد در عصری از اعصار بوده است. این مسئله ظاهراً تا اواخر قرن ششم در منابع اصولی مطرح نبوده یا دست کم مسئله‌ای جدی محسوب نمی‌شده است (امیدی، ۱۳۹۰: ش ۲۸/۸). طرفداران جواز عقلی فقدان مجتهد، غالباً قائل به وقوع عملی عصر خالی از مجتهد نبوده‌اند (سبکی، ۱۴۱۵: ۲/۳۹۸). سخن افرادی مانند قفال، غزالی، رافعی، شهرزوری، نووی و ابن حمدان که قائل به فقدان مجتهد در عصر خود یا اعصار پیش از آن بوده‌اند ناظر به مجتهد مطلق مستقل است (شریبینی، ۱۹۵۸: ۴/۳۷۸؛ ملاح، ۱۴۲۲: ۳۸۰). برخی از مشاهیر فقیهان و اصولیان نظیر تاج‌الدین سبکی و شیخ محمد بنخیت، مفتی وقت مصر، کلام امثال غزالی و رافعی درباره خلّو عصر از مجتهد را حمل بر خلّو منصب قضا از مجتهد مطلق مستقل در عصر خود دانسته‌اند (مطیعی، بی‌تا: ۴/۶۱۶، به نقل از: امیدی، ۱۳۹۰: ش ۲۹/۸). بنابراین اگر مراد قائلان به جواز خلّو عصر از مجتهد، فقدان

مجتهد مطلق مستقل صاحب مذهب مدوّن و منظور مخالفان، وجود مجتهد مطلق منتسب یا فی المذهب در همه ادوار و اعصار باشد، محل نزاع یکی نیست و اختلاف آنان لفظی و ناشی از یک سوء تفاهم یا سوء تعبیر خواهد بود.

نتیجه گیری

۱. از لحاظ نظری به اتفاق اهل علم، اجتهاد واجب کفایی است و کسی نمی تواند قائل به سقوط چنین تکلیفی در مقطعی از مقاطع تاریخ باشد. در بُعد عملی نیز فقه اسلامی همواره آماده و مستعد پاسخ گویی به مسائل جدید بوده است. ظهور مجتهدان بزرگ بعد از عصر تدوین مذاهب، تألیف آثار فقهی متضمن آرا و اجتهادات جدید، تصرف در قواعد و مبانی مذاهب، مخالفت های آشکار با قدمای مذاهب در مسائل اصولی و فقهی، شواهد روشنی بر وجود اجتهاد در بستر زمان بوده است. مجتهدان متأخر از رؤسای مذاهب از حیث احاطه بر علوم اجتهاد و احراز ملکه فقاہت و فتوا اغلب در ردیف آنان بوده اند. با این حال به واسطه قوت مآخذ، اتقان قواعد و ضوابط و جامعیت روش های اجتهادی متقدمان، در طریق اجتهاد پیرو آنها بوده اند.

۲. بسیاری از عالمان متقدم و معاصر، قائل به بقای اجتهاد و افتتاح باب آن برای همیشه هستند. تحقق شرایط اجتهاد در زمان معاصر بر اثر وفور و آسان بودن شرایط آن نه تنها امری دشوار نیست بلکه آسان تر از گذشته است و ادله ای که متقدمان برای انسداد باب اجتهاد بیان کرده اند شامل اجتهاد معاصر نمی شود.

۳. تنها دلیل معتبر و موجه کسانی که انسداد باب اجتهاد را پذیرفته اند سدّ ذریعه می باشد. انسداد باب اجتهاد از دیدگاه آنان موجب دخالت نکردن ناهلان، غیر متخصصان، متعصبان و احزاب در امر اجتهاد می شد ولی امروزه همان سدّ ذریعه می تواند دلیلی برای افتتاح باب اجتهاد باشد.

۴. عامل سیاست بر خلاف دیدگاه رایج، در انسداد باب اجتهاد نقش کلیدی نداشته است؛ چون همه ائمه فقهی اهل سنت مورد بی مهری های حاکمان وقت قرار گرفته اند. رؤسای مذاهب اربعه همواره با انحصار اجتهاد در مکاتب اجتهادی خود مخالفت کرده و آن را موجب زیان برای امت اسلامی دانسته اند. در واقع می توان گفت

که انحصار آرای اجتهادی در یک مذهب مانند جامعه تک‌حزبی است که پیامدهای نامطلوبی را به دنبال دارد.

۵. ادعای اتفاق و اجماع بر انسداد باب اجتهاد، واقعیت خارجی نداشته است. انسداد باب اجتهاد بیش از آنکه بنا بر ادله‌ای معتبر توسط مجتهدان مطرح و تأیید شود، نتیجه اقوال نادر، پراکنده و مجهول و ناشی از امور موقتی و مصلحتی بوده است. ریشه‌های بحث درباره وجود مجتهد که از اواخر سده ششم قمری وارد مجموعه‌های اصول فقه شد، مهم‌ترین دلیل بر انفتاح باب اجتهاد است؛ زیرا اجماع متقدمان بر وجوب وجود مجتهد در هر زمانی بود و از طرف دیگر بیشتر فقیهان اهل سنت، اجتهاد را یکی از شروط حاکم اسلامی می‌دانستند و از آنجا که حاکمان خود فاقد چنین ویژگی بودند سعی در انسداد باب اجتهاد داشتند.

۶. قول به انسداد باب اجتهاد هرچند با نیت خیر و به عنوان یک اقدام مصلحتی در برهه‌ای از زمان دارای نتایج مثبت بوده است، در طولانی مدت موجب انزوا، جمود و بیگانگی فقه اهل سنت از مقتضیات زمان و جامعه، خاموشی روحیه تحقیق و پژوهش فقهی و روی آوردن مردم به قوانین موضوعه غربی شده و نتایج زیانباری را برای فقه اهل سنت و حتی دیگر مذاهب به دنبال داشته است؛ امری که بر خلاف اهداف اولیه انسداد باب اجتهاد بوده است.

۷. معنای انسداد باب اجتهاد، چه منع مجتهد از اجتهاد و چه استحاله امکان رسیدن به شرایط اجتهاد باشد، یک نتیجه را به دنبال خواهد داشت و آن وجوب التزام به مذاهب اربعه و طرد و انکار دیگر مذاهب است. ضمن ارج نهادن به افکار و آرای متقدمان حوزه فقه و اجتهاد، محصور ماندن در دایره افکار سلف و تعصب داشتن نسبت به اقوالشان و سوءظن نسبت به علمای خلف، زمینه رشد و بالندگی را می‌میراند و روند حرکت تکاملی فقه و اجتهاد را از حرکت بازمی‌دارد. اجتهاد درست، منحصر در آرای مذاهب اربعه نیست و ظهور اندیشه تک‌مذهبی و اسلام بدون مذاهب از نتایج قول به انحصار مذاهب فقهی در مذاهب اربعه و نفی غیر آنان است.

۸. تتبع در آرای هر یک از دو گروه موافق و مخالف انسداد باب اجتهاد نشان می‌دهد که محل نزاع در این مناقشه یکی نبوده است؛ زیرا اصل اختلاف فریقین به

خود اجتهاد بر نمی‌گردد، بلکه آنچه محل نزاع است انواع اجتهاد و اقسام مجتهدان است. مراد طرفداران انسداد باب اجتهاد، اجتهاد مطلق مستقل است و طرفداران دیدگاه افتتاح باب اجتهاد نیز مرادشان از فتح باب اجتهاد، اجتهاد مطلق منتسب است و همگان بر این امور اتفاق نظر دارند.

۹. هرچند در زمان معاصر، بیشتر عالمان اهل سنت در بُعد نظری طرفدار فتح باب اجتهادند، عمل آنان چنین امری را نشان نمی‌دهد و هر بار هم کسانی اقدام به اجتهاد کنند، با شیوه‌های مختلف مورد بی‌مهری، عدم پذیرش و طرد از جامعه و محدودیت‌های مختلف قرار می‌گیرند. شایان ذکر است که فقیهان معتقد به افتتاح باب اجتهاد باید چارچوب و شروط لازم برای اجتهاد معاصر را تبیین نمایند تا اجتهاد از بلا و اضطرابی که امروزه دچار آن شده است، رهایی یابد. صدور اجتهادهای متناقض و متعارض در کشورهای مختلف اسلامی مانند عربستان سعودی و سوریه بازتاب‌های منفی و پیامدهای نادرست بر جای نهاده است. باید از آسیب‌های ناشی از به کارگیری غیر منضبط اجتهاد، ایمن بود و از قرار گرفتن آن در کف نااهلان بیمناک.

۱۰. فتح باب اجتهاد می‌تواند موجب تقریب مذاهب اسلامی و خروج مجتهد از دایره تعصب و انتخاب رأی اصلح گردد. لازمه این امر نیز برقراری ارتباط میان مجتهدان مذاهب و تشکیل شوراهای اجتهاد و افتا می‌باشد. تجربه چندین ساله دارالتقریب که به همت دانشمندان دلسوز شیعه و اهل سنت در مصر تأسیس گردید و واقعه تاریخی کم‌نظیر تغییر فتوای شیخ شلتوت، مفتی و رئیس وقت دانشگاه الازهر در دهه ۱۳۳۰ شمسی در زمینه ترجیح فتوای فقه‌های شیعه مبنی بر بطلان سه طلاق که با یک صیغه ایقاع و در یک مجلس انجام می‌گیرد، در حقیقت یکی از آثار ماندنی و گران‌بهای تفاهم علمی و ارتباط فقیهان مذاهب محسوب می‌شود. امروزه با توجه به نقش مهم وحدت اسلامی در شرایط فعلی دنیای اسلام، ضمن پذیرش اختلاف مذاهب در برخی اصول، می‌توان با توجه به مشترکات فراوان در فروع و منابع و مصادر اجتهاد، قول به جواز تقلید بین مذاهب در مسائل مهم و ضروری‌ای داد که ادله آنها، مورد پذیرش همه مذاهب است؛ امری که در لابه‌لای کتب متقدمان خود را با عنوان «خروج من الخلاف» نشان می‌دهد.

کتاب‌شناسی

۱. آغابزرگ تهرانی، محسن بن علی، تاریخ حصر اجتهاد، خوانسار، مدرسه الامام مهدی (عج)، ۱۴۰۱ ق.
۲. آمدی، ابوالحسن علی بن ابوعلی بن محمد، الاحکام فی اصول الاحکام، بیروت، دار الکتب العلمیه، بی تا.
۳. ابراهیم، محمد، الاجتهاد و قضایا العصر، تونس، دار التركي، ۱۹۹۰ م.
۴. ابن اثیر جزری، مبارک بن محمد، النهایة فی غریب الحدیث و الاثر، تحقیق طاهر زاوی و محمود طناجی، بیروت، المكتبة العلمیه، ۱۹۷۹ م.
۵. ابن امیرحاج، محمد بن محمد، التقرير و التحبیر، تحقیق مکتب البحوث و الدراسات، بیروت، دار الفکر، ۱۹۹۶ م.
۶. ابن بردان دمشقی، عبدالقادر، المدخل الی مذهب الامام احمد بن حنبل، چاپ دوم، بیروت، مؤسسة الرسالة، ۱۴۰۱ ق.
۷. ابن حزم اندلسی، علی بن احمد، الاحکام فی اصول الاحکام، قاهره، دار الحدیث، ۱۴۰۴ ق.
۸. ابن حسین، محمدعلی بن حسین، تهذیب الفروق و القواعد السنیه فی الاسرار الفقهیه، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۹۸۹ م.
۹. ابن حمدان، احمد نمری، صفة الفتوی و المفتی و المستفتی، چاپ سوم، بیروت، المکتب الاسلامی، ۱۳۹۷ ق.
۱۰. ابن خلدون، عبدالرحمن بن محمد، مقدمه ابن خلدون، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۱۱. ابن شیخ، محمد امین ولد محمد سالم، الاجتهاد بین مسوغات الانقطاع و ضوابط الاستمرار، دبی، دار البحوث للدراسات الاسلامیه، ۱۴۲۴ ق.
۱۲. ابن عابدین، محمد امین، رد المحتار علی الدر المختار، مصر، طبعة الکبری الامیریه، ۱۳۲۳ ق.
۱۳. ابن عبدالشکور، محب الله، مسلم الثبوت، بولاق، مطبعة الامیریه، بی تا.
۱۴. ابن فارس، احمد، معجم مقاییس اللغة، تحقیق عبدالسلام محمد هارون، بیروت، دار الجیل، ۱۴۱۱ ق.
۱۵. ابن فوطی، عبدالرزاق بن احمد، الحوادث الجامعة و التجارب النافعة فی المائة السابعة، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۰۷ ق.
۱۶. ابن قیم جوزی، محمد بن ابوبکر، اعلام الموقعین عن رب العالمین، بیروت، دار الجیل، ۱۹۷۳ م.
۱۷. ابن کثیر دمشقی، اسماعیل، البدایة و النهایه، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۹ ق.
۱۸. ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، بیروت، دار صادر، ۲۰۰۳ م.
۱۹. ابوزهره، محمد، اصول الفقه، قاهره، دار المعارف، بی تا.
۲۰. همو، الامام زید، قاهره، دار الثقافة العربیه، ۱۳۷۸ ق.
۲۱. همو، موسوعة الفقه الاسلامی، جمعیه الدراسات الاسلامیه، با اشراف محمد ابوزهره، مطبعة یوسف، ۱۳۸۷ ق.
۲۲. اسنوی، جمال الدین عبدالرحیم، نهایة السؤل شرح منهاج الوصول فی علم الاصول بیضاوی، بیروت، دار الکتب العلمیه، بی تا.
۲۳. اشقر، عمر سلیمان، تاریخ الفقه الاسلامی، کویت، مکتبة الفلاح، ۱۹۸۲ م.
۲۴. البانی، محمد سعید، عمدة التحقیق فی التقليد و التلیف، بیروت، المکتب الاسلامی، ۱۴۰۱ ق.
۲۵. امیدی، جلیل، «فقه اسلامی از اجتهاد آزاد تا اجتهاد فی المذهب»، پژوهش نامه فقه و حقوق اسلامی، سال چهارم، شماره ۸، پاییز و زمستان ۱۳۹۰ ق.

۲۶. انصاری، عبدالعلی، *فوائح الرحموت علی سلم الثبوت*، بولاق، المطبعة الامیریة، ۱۳۲۲ ق.
۲۷. ایوبی، محمد هشام، *الاجتهاد ومقتضیات العصر*، عمان، دار الفکر، ۱۹۸۷ م.
۲۸. بادیا، عبیدالله، «فقه افتراضی و فقه الواقع»، *اجتهاد در دوره معاصر*، مجموعه مقالات، تهران، دانشگاه مذاهب اسلامی، ۱۳۸۹ ش.
۲۹. باشنفر، سعید بن عبدالقادر، *النظر فیما علی الشافعی القول به علی صحة الخیر*، بیروت، دار ابن حزم، ۱۴۲۴ ق.
۳۰. بوٹی، محمد سعید رمضان، *الاجتهاد فی الشریعة الاسلامیة*، مقاله ارائه شده در کنفرانس ۶ «الاجتهاد»، ۱۴-۱۲ دسامبر، مسقط، وزارة الاوقاف و الشؤون الدینیة، ۱۹۹۸ م.
۳۱. تاغلابت، حوریة، *الفقه الاسلامی بین الاصلة والتجدید*، رساله دکتورا، الجزائر، جامعة الحاج لخضر، ۲۰۰۷ م.
۳۲. ترکی، عبدالله، *اصول مذهب الامام احمد بن حنبل*، چاپ سوم، بیروت، مؤسسة الرساله، ۱۴۰۴ ق.
۳۳. توانا، محمد موسی، *الاجتهاد ومدی حاجتنا الیه فی هذا العصر*، قاهره، دار الکتب الحدیثه، بی تا.
۳۴. جوینی، عبدالملک بن یوسف، *البرهان فی اصول الفقه*، چاپ چهارم، منصوره، دار الوفاء، ۱۴۱۸ ق.
۳۵. حجوبی، محمد بن حسن ثعالبی فاسی، *الفکر السامی فی تاریخ الفقه الاسلامی*، تحقیق عبدالعزیز قاری، مدینه منوره، المكتبة العلمیة، ۱۹۷۷ م.
۳۶. حسونه، عارف عزالدین، *مناهج الاجتهاد الفقہی المعاصر*، پایان نامه دکتري دانشکده الهیات دانشگاه عمان اردن، ۲۰۰۵ م.
۳۷. حکیم، سید محمد تقی، *الاصول العامة للفقه المقارن*، بیروت، دار الاندلس، ۱۳۸۵ ق.
۳۸. خضری بک، محمد، *اصول الفقه الاسلامی*، تحقیق خیری سعید، قاهره، المكتبة التوفیقیة، بی تا.
۳۹. همو، *تاریخ التشریع الاسلامی*، چاپ هشتم، بیروت، دار الفکر، ۱۹۶۷ م.
۴۰. خطیب، عبدالکریم، *سد باب الاجتهاد وما ترتب علیہ*، بیروت، مؤسسة الرساله، ۱۴۰۵ ق.
۴۱. خفیف، علی، *الاجتهاد فی الشریعة الاسلامیة*، کنگرة فقه اسلامی منعقد در ۱۳۹۶، ریاض، دانشگاه محمد بن سعود، ۱۴۰۱ ق.
۴۲. خلاف، عبدالوهاب، *علم اصول الفقه*، الجزائر، الزهراء للنشر، ۱۹۹۰ م.
۴۳. خن، مصطفی سعید، *دراسة تاریخیة للفقه و اصوله*، دمشق، الشركة المتحدہ، ۱۴۰۴ ق.
۴۴. دسوقی، محمد، *الاجتهاد والتقلید فی الشریعة الاسلامیة*، دوحه، دار الثقافه، ۱۹۸۷ م.
۴۵. دهلوی، شاه ولی الله احمد بن عبدالرحیم، *الانصاف فی بیان اسباب الاختلاف*، تحقیق عبدالفتاح ابوغده، چاپ سوم، بیروت، دار النفائس، ۱۴۰۶ ق.
۴۶. رازی، فخرالدین محمد بن عمر، *المحصول فی علم الاصول*، تحقیق طه جابر علوانی، ریاض، دانشگاه محمد بن سعود، ۱۴۰۰ ق.
۴۷. رضا، محمد رشید، *تفسیر المنار*، چاپ دوم، بیروت، دار المعرفه، ۱۹۷۳ م.
۴۸. زحیلی، وهبة مصطفی، *الاجتهاد فی الشریعة الاسلامیة*، مقاله همایش فقه اسلامی منعقد در ۱۳۹۶ ق، ریاض، دانشگاه اسلامی محمد بن سعود، ۱۴۰۱ ق.
۴۹. زرقاء، مصطفی احمد، «الاجتهاد و دور الفقه فی حلّ المشکلات»، *مجلة الدراسات الاسلامیة*، شماره ۴، اسلام آباد، الجامعة الاسلامیة، ۱۹۸۵ م.
۵۰. همو، *الفقه الاسلامی و مدارسہ*، دمشق، دار القلم، ۱۴۱۶ ق.

۵۱. همو، المدخل الفقهي العام، دمشق، دار القلم، ۱۹۹۸ م.

۵۲. زرکشی، محمد بن بهادر، البحر المحيط في اصول الفقه، بيروت، دار الكتب العلمية، ۱۴۲۱ ق.

۵۳. زيدان، عبدالکريم، المدخل لدراسة الشريعة الاسلاميه، چاپ دوازدهم، بيروت، مؤسسة الرساله، ۱۹۹۵ م.

۵۴. سايس، محمدعلی، تاريخ الفقه الاسلامی، قاهره، مطبعة محمدعلی صبيح، بی تا.

۵۵. سبکی، عبدالوهاب بن علی، جمع الجوامع في اصول الفقه، چاپ پنجم، بيروت، دار الفكر، ۱۴۱۵ ق.

۵۶. سلامی، نذیر احمد، «اجتهاد و مراحل تاریخی آن»، اجتهاد در زمان معاصر (مجموعه مقالات)، تهران، دانشگاه مذاهب اسلامی، ۱۳۸۹ ش.

۵۷. سلتهی، محمد عبدالرحمن، سيف الابرار المسلول على الفجّار، استانبول، مكتبة الحقيقة، ۱۴۰۸ ق.

۵۸. سنوسی، محمد بن علی، ايقاظ الوسنان في العمل بالحديث و القرآن، بيروت، دار الكتاب اللبناني، ۱۹۶۸ م.

۵۹. سیوطی، جلال‌الدین عبدالرحمن بن ابی بکر، الردّ علی من اخلد الى الارض و جهل ان الاجتهاد في كل عصر فرض، تحقیق خلیل میس، بيروت، دار الكتب العلمية، ۱۹۸۳ م.

۶۰. همو، تفریر الاستناد في تفسیر الاجتهاد، تحقیق فؤاد عبدالمنعم، اسکندریه، دار الدعوه، ۱۹۸۳ م.

۶۱. شاطبی، ابواسحاق ابراهیم بن موسی، الموافقات، تحقیق محمد عبدالله دراز، بيروت، دار الكتب العلمية، بی تا.

۶۲. شریبئی، محمد بن احمد، الاقناع في حلّ الفاظ ابی شجاع، قاهره، مطبعة الحلبي، ۱۹۴۰ م.

۶۳. همو، معنی المحتاج، بيروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۵۸ م.

۶۴. شلتوت، محمود، تفسیر القرآن، چاپ دوم، قاهره، دار القلم، ۱۳۷۹ ق.

۶۵. شنیطی جکني، محمدخضر بن سیدی عبدالله، قمع اهل الزیغ و الفساد عن الطعن في تقلید ائمة الاجتهاد، قاهره، مكتبة الازهریه، ۱۴۱۵ ق.

۶۶. شوکانی، محمد بن علی، ارشاد الفحول الى تحقیق الحق من علم الاصول، بيروت، دار الفكر، ۱۹۹۲ م.

۶۷. شیرازی، ابراهیم بن علی، اللمع في اصول الفقه، قاهره، مطبعة البابی الحلبي، ۱۳۵۸ ق.

۶۸. صنعانی، محمد بن اسماعیل، ارشاد النقاد الى تیسیر الاجتهاد، تحقیق صلاح‌الدین مقبول، کویت، الدار السلفیه، ۱۴۰۵ ق.

۶۹. عراقی میثمی، محمود بن جعفر، قوامع الفضول عن وجوه حقائق الاصول، چاپ سنگی، بی جا، ۱۳۰۵ ق.

۷۰. عمری، نادیه شریف، الاجتهاد في الاسلام، چاپ سوم، مدینه منوره، ۱۴۰۶ ق.

۷۱. عواء، محمد سلیم، «بین الاجتهاد و التقليد»، مجلة المسلم المعاصر، قاهره، شماره ۴، ۱۹۷۵ م.

۷۲. همو، الفقه الاسلامی في طریق التجدید، بيروت، المكتب الاسلامی، ۱۴۱۹ ق.

۷۳. غزالی، ابوحماد محمد بن محمد، المستصفي من علم الاصول، بيروت، دار الكتب العربيه، ۱۴۱۸ ق.

۷۴. فیومی، احمد بن محمد، المصباح المنیر في غریب الشرح الكبير، قم، دار الهجرة، ۱۴۰۵ ق.

۷۵. قرافی، احمد بن ادريس، شرح تنقیح الفصول في اخبار المحصول في الاصول، تحقیق طه عبدالرئوف، بيروت دار الفكر، ۱۳۹۳ ق.

۷۶. قرضاوی، یوسف، الاجتهاد المعاصر بين الانضباط و الانحراف، قاهره، دار التوزيع و النشر الاسلاميه، ۱۹۹۴ م.

٧٧. قوميدى، ذوادى بن بخوش، *الاتجاهات الاجتهادية المعاصرة فى الفقه الاسلامى*، بيروت، دار ابن حزم، ١٤٣٤ ق.
٧٨. محمصانى، صبحى رجب، *فلسفة التشريع فى الاسلام*، بيروت، دار العلم للملايين، ١٩٨٠ م.
٧٩. مذكور، محمد سلام، *مناهج الاجتهاد فى الاسلام فى الاحكام الفقهية والمقائديه*، كويت، جامعة الكويت، ١٩٧٣ م.
٨٠. مراغى، محمد مصطفى، *الاجتهاد فى الاسلام*، قاهره، المكتب الفنى، ١٣٧٩ ق.
٨١. مطيعى، محمد بيخيت، *سلم الوصول لشرح نهاية السؤل*، چاپ سوم، بيروت، عالم الكتب، بى تا.
٨٢. ملاح، حسين محمد، *الفتوى*، بيروت، المكتبة العصرية، ١٤٢٢ ق.
٨٣. مهيوب، عبدالحميد، *احكام الاجتهاد فى الشريعة الاسلاميه*، قاهره، دار الكتاب الجامعى، ١٩٧٨ م.
٨٤. نعمتى، احمد، *اجتهاد و سيرتاريخى آن*، تهران، احسان، ١٣٧٦ ش.
٨٥. نووى، يحيى بن شرف، *المجموع شرح المذهب*، قاهره، المكتبة السلفيه، بى تا.
٨٦. وجدى، محمد فريد، *دائرة معارف القرن العشرين*، چاپ سوم، بيروت، دار المعرفة، ١٩٧١ م.
٨٧. وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلاميه (جماعة من العلماء)، *الموسوعة الفقهيه*، كويت، مطبعة وزارة الاوقاف، ١٩٩٣ م.
٨٨. هيتو، محمد حسن، «الاجتهاد و انواع المجتهدين»، *مجلة الشريعة و الدراسات الاسلاميه*، شماره ٤، كويت، ١٩٨٥ م.
٨٩. يحيى محمد، *الاجتهاد، التقليد، الاتباع و النظر*، بيروت، مؤسسة الانتشار العربى، ٢٠٠٠ م.

بررسی فقهی - حقوقی اسقاط کافهٔ خيارات*

- زهره حاجیان فروشانی^۱
- علی مظهر قراملکی^۲

چکیده

خيار يك حق مالي است و ذوالخيار مي تواند آن را اسقاط نمايد. مسئله‌اي كه امروزه در اين باره مطرح است، اين است كه در مبايعه‌نامه‌ها و اسناد رسمي، شرطي با عنوان «سقوط كافهٔ خيارات» گنجانده شده است و غالباً متبايعين بدون هيچ تغيير يا اظهارنظري سند مزبور را امضا مي كنند. حال گاهي با علم اقدام به امضاي سند مي نمايند كه مشكلي پيش نمي آيد، اما گاهي نسبت به آن جاهل هستند، يعني يا سند را نمي خوانند يا اينكه مي خوانند ولي مفهوم اين شرط را متوجه نمي شوند ولي با اين وجود آن را امضا مي كنند. مقاله پيش رو با استفاده از روش تحليلي - استنباطي، اين مسئله را بررسي کرده است و ثابت شده كه اولاً شرط سقوط كافهٔ خيارات از نظر فقهی و حقوقی، مشروع و صحيح است، اما با توجه به اينكه شرط سقوط برخي خيارات مانند خيار تخلف وصف و خيار

* تاريخ دريافت: ۱۳۹۳/۷/۲۰ - تاريخ پذيرش: ۱۳۹۴/۶/۱۹.

۱. استاديار دانشگاه شهيد اشرفي اصفهاني (نويسنده مسؤل) (hajian.zohre@gmail.com).

۲. استاد دانشگاه تهران (a.mazhar.gh@ut.ac.ir).

تدلیس، با موانعی مواجه است، شرط فوق نسبت به اختیارات مذکور تخصیص می‌خورد. ثانیاً اگر شخصی ادعای جهل نسبت به مفهوم شرط مذکور یا جهل به مفاد سند مشتمل بر این شرط را داشته باشد، چنانچه جهل در حق او ممکن باشد، قول او با قسم مقدم می‌گردد و در صورتی که جهل در حق او ممکن نباشد، قول او پذیرفته نمی‌شود مگر اینکه بر ادعای خود بینه اقامه نماید و آن را ثابت کند.

واژگان کلیدی: سقوط کافه اختیارات، خیار رؤیت، جهل به مفاد سند.

مقدمه

به موجب ماده ۴۴۸ قانون مدنی، «سقوط تمام یا بعضی از اختیارات را می‌توان در ضمن عقد شرط نمود». این شرط در مواردی که خیار در نتیجه عقد به وجود می‌آید و سبب تمام آن در تراضی نهفته است، به معنای اسقاط حق خیار موجود است؛ مانند اینکه دو طرف، خیار غبن یا مجلس را در ضمن عقد اسقاط کنند. ولی درباره اختیاراتی که بعد از عقد ایجاد می‌شوند، مانند خیار تأخیر ثمن و تخلف شرط، شرط سقوط خیار در ضمن عقد، دو معنا می‌تواند داشته باشد: نخست آنکه این شرط به مفهوم سقوط بی‌درنگ خیار پس از ایجاد آن است (امامی، ۱۳۸۴: ۱/۵۴۰-۵۴۱)، دوم آنکه این شرط به مفهوم اسقاط مقتضی ایجاد خیار است^۱ (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۵/۱۳۰). تعبیر دوم قوی‌تر به نظر می‌رسد؛ زیرا شرط اسقاط خیار، زمینه ایجاد آن را از بین می‌برد و حتی به وجود نمی‌آید تا ساقط شود؛ برای مثال، اگر در عقدی، شرط سقوط خیار تخلف شرط بشود و متعهد به مفاد شرطی که به نفع دیگری شده عمل نکند، مشروطاً له حق فسخ پیدا نمی‌کند؛ زیرا مبنا و زمینه آن در عقد از بین رفته است. سخن شیخ انصاری در پاسخ به اشکالی که به شرط سقوط خیار در ضمن عقد شده، این مفهوم را تقویت می‌کند. ایشان در این رابطه می‌گویند:

متبادر از نصوص مثبت خیار این است که عقد در صورت خالی بودن از اشتراط و اقدام متبایعین بر عدم خیار، واجد خیار می‌باشد. بنابراین فایده شرط (سقوط خیار) ابطال مقتضی خیار است نه اثبات مانع (۱۳۸۲: ۲/۲۲۹).

۱. ثمره این دو قول آن است که چنانچه قول اول (سقوط بی‌درنگ خیار پس از ایجاد آن) پذیرفته شود شرط سقوط این اختیارات در ضمن عقد، با اشکال اسقاط ما لم یجب مواجه می‌شود. اما اگر قول دوم (اسقاط مقتضی ایجاد خیار) پذیرفته شود، شرط سقوط این اختیارات با اشکالی مواجه نیست (برای مطالعه بیشتر ر.ک: انصاری، ۱۳۸۲: ۲/۲۲۸-۲۳۰).

توضیح اینکه برخی فقها به شرط سقوط خیار در ضمن عقد اشکال کرده‌اند که اسقاط اختیارات در ضمن عقد، اسقاط ما لم یجب است؛ یعنی اسقاط چیزی است که هنوز وجود ندارد؛ زیرا خیار بعد از بیع ایجاد می‌شود، در نتیجه، اسقاط خیار در ضمن بیع مانند اسقاط خیار قبل از بیع است و هیچ اثری ندارد. شیخ انصاری در پاسخ به این اشکال می‌گوید: روایاتی که حق خیار در معامله را ثابت می‌کنند صورتی را در بر می‌گیرند که دو طرف معامله، شرط عدم خیار نکرده باشند. علت این برداشت از روایات، تبادل است. بنابراین فایده و ثمره شرط سقوط خیار این است که مقتضی و زمینه ایجاد خیار را از بین می‌برد. به عبارت دیگر، این شرط مانع تحقق خیار می‌شود نه اینکه شرط سقوط خیار، خیار را که به وجود آمده است، بردارد (همان: ۲۲۸/۲-۲۲۹). لذا با توجه به این معنا دیگر اشکال اسقاط ما لم یجب نیز متوجه شرط سقوط اختیارات نخواهد بود.

صرف نظر از معنای این شرط، آنچه ذهن نگارنده را به بررسی این مسئله معطوف داشته این است که یکی از مسائلی که امروزه تعداد زیادی از دعاوی را به خود اختصاص داده است، مسئله شرط سقوط کافه اختیارات در مبیعه‌نامه‌ها و اسناد رسمی است. معمولاً پس از انجام معامله و تنظیم و امضای سند توسط طرفین معامله، یکی از طرفین که به دلیلی از معامله مزبور متضرر شده به دادگاه شکایت می‌کند و تقاضای انحلال معامله را می‌نماید. دادگاه نیز با توجه به مفاد سند که متضمن شرط سقوط کافه اختیارات است، حکم به محق نبودن او می‌نماید بی‌آنکه به علم یا جهل مدعی در این زمینه توجه نماید.

در اینجا سؤالاتی مطرح است که پاسخ به آن‌ها ضروری می‌نماید: آیا شرط سقوط کافه اختیارات از نظر فقها و حقوق‌دانان مشروعیت دارد؟ آیا این شرط، همه اختیارات را در بر می‌گیرد یا برخی اختیارات از شمول آن خارج‌اند؟ در صورت جهل به مفاد این شرط یا مفاد سند، آیا این ادعا در دادگاه پذیرفته می‌شود؟ در صورت پذیرش ادعای جهل، اثبات آن بر عهده چه کسی است؟ در این نوشتار، به این پرسش‌ها با روش تحلیلی - استنباطی پاسخ داده شده است.

۱. مشروعیت شرط سقوط کافهٔ خيارات

هرچند با استقصایی که انجام شد، این مسئله در منابع معتبر فقهی به صورت مشخص مشاهده نشد، از بررسی آرای مختلف فقهی در مبحث خيارات، به طور کلی دو دیدگاه متضاد استظهار می‌گردد:

۱-۱. دیدگاه نخست: صحت شرط سقوط کافهٔ خيارات

از تتبع در آرای فقها استنباط می‌شود که از نظر برخی فقیهان شرط سقوط کافهٔ خيارات صحیح است؛ برای مثال، صاحب جواهر دربارهٔ خيار مجلس، حیوان، تأخیر، غبن، عیب و رؤیت تصریح نموده است که این خيارات با اشتراط سقوط در ضمن عقد، ساقط می‌گردند (نجفی، ۱۳۷۴: ۱۱/۲۳، ۲۹، ۴۳، ۵۷ و ۹۶). ایشان در دلیل سقوط خيار مجلس توسط اشتراط سقوط در ضمن عقد می‌نویسد:

اگر بعد از عقد شک کنیم که آیا خيار مجلس با اشتراط سقوط در ضمن عقد ساقط می‌شود یا به دلیل ادلهٔ ثبوت خيار مجلس در عقد بیع، این خيار همچنان باقی است، اصل لزوم عقد جاری می‌گردد (همان: ۱۱/۲۳).

توضیح اینکه عقد بیع به دلیل وجود خيار مجلس، تا زمان افتراق متعاقدين جایز است؛ یعنی متعاقدين به سبب خيار مجلس، حق بر هم زدن آن را دارند. حال اگر متعاقدين در ضمن عقد بیع، سقوط خيار مجلس را شرط کنند و بعد از عقد شک شود که آیا خيار همچنان باقی است و شرط بی‌تأثیر بوده یا اینکه شرط مؤثر بوده و خيار ساقط می‌گردد، به نظر صاحب جواهر، اصل لزوم جاری می‌شود. نتیجهٔ اجرای این اصل آن است که بعد از اشتراط سقوط خيار مجلس، خيار ساقط و عقد لازم می‌شود و دیگر به دلیل وجود خيار مجلس جایز نیست.

از این عبارت برمی‌آید که در مورد هر خياری شک شود که آیا با اشتراط سقوط در ضمن عقد ساقط می‌گردد یا خیر، می‌توان به اصل لزوم تمسک کرد و به وسیلهٔ آن، حکم به سقوط خيار و لزوم عقد نمود؛ زیرا همهٔ خيارات ماهیت یکسانی دارند و از جملهٔ حقوق هستند و فقط سبب خيار در هر یک از آنها متفاوت است. صاحب جواهر نیز معتقد است: «الخيار واحد بالذات مختلف بالاعتبار» (همان: ۲۸/۲۳). بنابراین

اگر در مورد شک در سقوط خيار مجلس بتوان به اصل لزوم تمسک کرد و حکم به سقوط خيار نمود، در صورت شک در سقوط بقیه خيارات نیز همین اصل جاری می‌گردد؛ زیرا خيار مجلس ویژگی خاصی ندارد. خود صاحب جواهر نیز در شرط سقوط خيار حيوان در ضمن عقد تصریح می‌کند که دلیل صحت این شرط، همان دلایلی است که در خيار مجلس گفتیم (همان: ۲۹/۲۳) که یکی از دلایل تمسک به اصل لزوم است. بنابراین از این عبارت وی استنباط می‌گردد که اشتراط سقوط بقیه خيارات در ضمن عقد با تمسک به اصالة اللزوم صحیح است. لذا اشتراط سقوط كافة خيارات در ضمن عقد صحیح است (برای مطالعه بیشتر ر.ک: آل کاشف الغطاء، بی تا: ۱۰، ۴۵، ۸۴، ۹۶، ۱۰۹ و ۱۴۳؛ موسوی خویی، ۱۴۱۲: ۹۹/۶ و ۱۵۸، ۳۶/۷ و ۷۳ و ۱۴۵).

فقها و حقوق دانان برای این امر به چند دلیل استناد کرده‌اند:

اولاً، خياراتی که توسط عقد بیع برای متبایعین ثابت می‌گردند، از قبیل حقوق بوده و اسقاط‌شدنی هستند؛ یعنی اختیار آنها به دست متبایعین است و می‌توانند آنها را اسقاط یا ابقا نمایند (موسوی خویی، ۱۴۱۲: ۱۰۳/۶). به عبارت دیگر، دلیل سقوط خيارات توسط شرط ضمن عقد آن است که حق فسخ، حقی مالی است و حقوق مالی به طور کلی اسقاط‌شدنی هستند و هر یک از متعاملین که خياری به نفع او موجود می‌باشد می‌تواند از این حق صرف نظر کند و آن را اسقاط نماید یا اینکه سقوط تمام یا برخی از خيارات را در ضمن عقد شرط کند (عدل، ۱۳۴۲: ۳۰).

ثانیاً، روایت مستفیض «المؤمنون (المسلمون) عند شروطهم» بر این امر دلالت می‌کند؛ زیرا مقتضای دلیل شرط این است که به وسیله آن، از احکام اصلیه‌ای که برای مشروطات قبل از وقوع آنها در اشتراط ثابت است رفع ید نموده و به شرط عمل شود. بنابراین ادله شروط بر ادله احکام اصلی حکومت دارند، لذا در محل بحث نیز ادله شروط بر ادله خيارات حکومت دارند و بر آنها مقدم‌اند. در نتیجه با اشتراط سقوط خيارات در ضمن عقد، خيارات ساقط می‌گردند^۱ (نجفی، ۱۳۷۴: ۱۱/۲۳).

۱. در خصوص این بحث، نقض و ابرام‌هایی وجود دارد که برای پرهیز از اطالة کلام به آنها نپرداختیم (برای مطالعه بیشتر ر.ک: انصاری، ۱۳۸۲: ۲۲۷/۲-۲۲۹؛ موسوی خویی، ۱۴۱۲: ۹۹/۶-۱۰۳؛ نجفی خوانساری، ۱۴۲۱: ۴۳/۲-۴۷).

علاوه بر دلایل مذکور، حقوق‌دانان نیز برای صحت این شرط به ماده ۴۴۸ قانون مدنی استناد می‌کنند.

۱-۱-۱. بررسی دیدگاه نخست

درباره این دیدگاه، چند نکته شایسته تأمل است:

۱. همان‌طور که قبلاً اشاره شد در کتب معتبر فقهی، اشتراط اسقاط کافهٔ خيارات مطرح نشده و فقط در قسمت مسقطات هر خيار، به طور خاص دربارهٔ اشتراط سقوط آن بحث شده است. بنابراین با توجه به اینکه فقها تنها بخشی از خيارات، یعنی خيار مجلس، حيوان، غبن، تأخير، رؤیت و عيب را بررسی کرده‌اند، فقط دربارهٔ اشتراط سقوط این خيارات سخن به میان آمده است. در نتیجه از این اقوال فقها نمی‌توان نتیجه گرفت که شرط سقوط کافهٔ خيارات که شامل خيار تدليس، تعذر تسليم، و تفليس می‌شود، صحيح است يا خير.^۱

۲. دربارهٔ سخن صاحب جواهر نیز باید گفت که اولاً اصالة اللزوم نمی‌تواند سقوط خيار را ثابت کند؛ زیرا این اصل ناظر به این اثر نیست. توضیح مطلب اینکه اصول و قواعد شرعی فقط آثار شرعی را ثابت می‌کنند حال آنکه سقوط خيار، اثر شرعی اصل لزوم نیست و این اصل، نسبت به سقوط خيار سببیت ندارد، بلکه سبب سقوط فقط اشتراط سقوط خيار در ضمن عقد است. ثانیاً به فرض که جریان اصل لزوم را در این مورد بپذیریم، باید گفت که تمسک به اصل لزوم در صورت شک، هنگامی صحيح است که مانعی وجود نداشته باشد، حال آنکه در مورد برخی خيارات موانعی وجود دارد که مانع تمسک به اصل لزوم می‌شود؛ مثلاً حکم صحت شرط سقوط خيار تدليس در ضمن عقد، در حقیقت تأیید و تجویز فریب و کلاهبرداری و مخالف نظم عمومی است. لذا به دلیل مانع مخالفت با نظم عمومی نمی‌توان به اصل لزوم تمسک کرد و شرط سقوط این خيار را صحيح دانست. در نتیجه باید دید که آیا شرط سقوط کافهٔ خيارات شامل این خيارات هم می‌شود یا خير که در قسمت‌های بعد به این بحث می‌پردازیم.

۱. دربارهٔ تأثیر شرط سقوط کافهٔ خيارات در سقوط خيار تدليس، تعذر تسليم، و تفليس در مباحث بعدی بحث می‌کنیم.

۲-۱. دیدگاه دوم: عدم صحت شرط سقوط کافهٔ خيارات

با بررسی دیدگاه‌های فقها به دست می‌آید که برخی از آن‌ها شرط سقوط کافهٔ خيارات را در ضمن عقد صحیح نمی‌دانند. در حقیقت اشکال اساسی آن‌ها دربارهٔ خيار رؤیت^۱ است و معتقدند که شرط سقوط خيار رؤیت در ضمن عقد صحیح نیست و در صورت وجود چنین شرطی در ضمن عقد، هم عقد و هم شرط باطل است (انصاری، ۱۳۸۲: ۳۱۷/۲؛ کرکی عاملی، ۱۴۰۸: ۳۰۳/۴). اینان دو دلیل برای بطلان عقد و شرط در شرط سقوط خيار رؤیت آورده‌اند. دلیل اول اینکه چنین شرطی موجب غرری شدن بیع می‌گردد؛ زیرا وصف جایگزین مشاهدهٔ مبیع است و اگر بی‌اعتنایی به وصف، شرط شود، مبیع غیر مرئی و غیر موصوف می‌شود، لذا مبیع مجهول بوده و غرر لازم می‌آید (کرکی عاملی، ۱۴۰۸: ۳۰۳/۴؛ بحرانی، بی‌تا: ۵۹/۱۹؛ قمی، ۱۳۷۹: ۵۲/۱-۵۳؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۴: ۲۲۱/۳). دلیل دوم اینکه رفع غرر و در نتیجه صحت عقد در این بیع، به این دلیل است که بایع ملتزم و متعهد شده که اوصاف مذکور در مبیع وجود دارد؛ بدین معنا که اشتراط این اوصاف در ضمن عقد سبب می‌شود که التزام و تعهد به عقد به وجود این اوصاف مرتبط گردد، در حالی که اشتراط سقوط خيار رؤیت موجب می‌شود که التزام به عقد به هر تقدیر وجود داشته باشد؛ خواه مبیع واجد آن اوصاف باشد خواه نباشد. بنابراین بین بیع با بیان اوصاف و شرط سقوط خيار رؤیت تنافی وجود دارد (انصاری، ۱۳۸۲: ۳۱۷/۲).

از عبارات فوق روشن می‌گردد که بحث اصلی در مورد این نظر، دربارهٔ خيار رؤیت است. اما از آنجا که شرط سقوط کافهٔ خيارات، خيار رؤیت را نیز در بر می‌گیرد، این طور استنباط می‌گردد که این شرط که خيار رؤیت نیز در زمرهٔ آن‌هاست، به نظر این فقها، موجب بطلان عقد و شرط می‌گردد.

۱-۲-۱. نقد و بررسی دیدگاه دوم

همان طور که گفته شد، اشکال اساسی این دیدگاه، به خيار رؤیت برمی‌گردد و گرنه این

۱. مقصود از خيار رؤیت این است که مشتری بر اساس توصیف خصوصیات مبیع و بدون مشاهده کالا، آن را خریداری می‌کند ولی بعد از معامله و مشاهدهٔ مبیع متوجه می‌شود که مبیع اوصاف مذکور در ضمن عقد را ندارد. در این صورت برای وی خيار رؤیت ثابت می‌گردد؛ یعنی می‌تواند معامله را فسخ کند یا به همان صورت قبول کند.

فقیهان نیز شرط سقوط بقیهٔ اختیارات را قبول دارند (بحرانی، بی‌تا: ۵۹/۱۹؛ کرکی عاملی، ۱۴۰۸: ۳۰۳/۴). بنابراین نقد و بررسی این نظر نیز به اشکالاتی برمی‌گردد که به شرط سقوط خیار رؤیت وارد است.

در پاسخ به دلیل اول باید گفت که رفع غرر در بیع عین شخصی غایب (مبیعی که مشاهده نشده و با بیان اوصاف خریداری شده است) به دلیل خیار رؤیت نیست تا اینکه با رفع خیار، غرر ثابت گردد، بلکه رفع غرر در این بیع به دلیل ذکر اوصاف و تعهد بایع به وجود این اوصاف در مبیع است. به علاوه، اگر خیار در رفع غرر مؤثر باشد باید هر بیع مجهولی به صورت متزلزل و با وجود خیار صحیح باشد، حال آنکه چنین نیست. همچنین غرر به سبب جهل به مبیع لازم می‌آید ولی در اینجا علم به مبیع وجود دارد و مبیع به دلیل ذکر صفات، معلوم است و در صورت اشتراط سقوط خیار رؤیت در ضمن عقد، علم به مبیع از بین نمی‌رود. بنابراین با اشتراط سقوط خیار رؤیت غرر لازم نمی‌آید (انصاری، ۱۳۸۲: ۳۶/۲؛ نجفی، ۱۳۷۴: ۹۶/۲۳).

اما پاسخ دلیل دوم این است که غرر یک امر نفسانی است و با اطمینان برطرف می‌گردد؛ یعنی اگر بایع و مشتری اطمینان یابند که مبیع دارای وصفی خاص است، هرچند این اطمینان با توصیف بایع یا شخص اجنبی حاصل گردد و با وجود این، بایع یا مشتری احتمال تخلف وصف را بدهند و سقوط خیار رؤیت را در ضمن عقد شرط نمایند، این امر اصلاً موجب غرر نمی‌شود؛ زیرا همان طور که گفتیم، غرر امری نفسانی است و با اطمینان برطرف می‌شود. بنابراین شرط سقوط خیار رؤیت اصلاً موجب غرر نمی‌شود (موسوی خویی، ۱۴۱۲: ۷۱/۷-۷۲).

حتی خود شیخ انصاری که این اشکال را مطرح کرده است، می‌پذیرد که اگر رفع غرر به واسطهٔ یقین یا اطمینان به وجود اوصاف یا توسط اعتماد بر اصل باشد، شرط سقوط خیار رؤیت بدون اشکال است (انصاری، ۱۳۸۲: ۳۱۷/۲-۳۱۸).

به نظر می‌رسد بیان فوق نیز در تصحیح شرط سقوط خیار رؤیت ناتمام است؛ زیرا درست است که غرر در صورت اطمینان به وجود وصف، که از اخبار بایع حاصل می‌شود، برطرف می‌گردد، اما این امر اشکال مطرح‌شده را در بیشتر موارد دفع نمی‌کند. بلکه فقط به موردی اختصاص دارد که بایع توصیف‌کنندهٔ مبیع، شخصی

قابل اعتماد و راستگو باشد. فقط در این مورد است که غرر توسط اخبار بایع قابل اعتماد، دفع می‌گردد و شرط سقوط خیار رؤیت صحیح است. اما در غیر این مورد نادر، که به وسیله توصیف بایع اطمینانی برای مشتری حاصل نمی‌گردد، شرط سقوط خیار رؤیت صحیح نیست و موجب غرری شدن معامله می‌گردد (موسوی خمینی، ۱۳۷۹: ۴/۶۵۴).

حاصل مطلب اینکه باید بین موردی که بایع ثقه و مورد اطمینان مشتری است و موردی که چنین نیست، قائل به تفصیل شد. در صورت اول، شرط سقوط خیار رؤیت صحیح است ولی در صورت دوم صحیح نیست و با توجه به اینکه در بیشتر موارد، با توصیف بایع اطمینانی برای مشتری حاصل نمی‌شود و به صرف التزام بایع به وجود اوصاف مذکور، اقدام به خرید مبیع می‌کند، باید گفت که اشکال دوم به شرط سقوط خیار رؤیت به قوت خود باقی است و لذا این شرط صحیح نیست و مبطل عقد است، مگر اینکه ثابت شود بایع فرد ثقه و مورد اطمینانی بوده و مشتری با توصیف او به وجود اوصاف در مبیع اطمینان کرده است.

۳-۱. دیدگاه برگزیده

با توجه به توضیحات پیشین، به نظر می‌رسد نظر اول صحیح نیست؛ چون شرط سقوط خیار رؤیت با مشکلات اساسی مواجه شده و موجب غرری شدن و بطلان بیع می‌گردد. ولی ما نظر دوم را نیز نمی‌پذیریم؛ زیرا به صرف اینکه شرط سقوط کافه خیار شامل خیار رؤیت می‌گردد، نمی‌توان حکم به بطلان این شرط نمود؛ زیرا همان طور که گفتیم همه فقهای که شرط سقوط خیار رؤیت را باطل و مبطل می‌دانند، شرط سقوط بقیه خیار را پذیرفته و به آن تصریح نموده‌اند. بنابراین به صرف باطل بودن شرط سقوط یک خیار نمی‌توان شرط سقوط کافه خیار را باطل دانست. بنابراین بهتر است به منظور حفظ امنیت اقتصادی و پایداری معاملات و ملاحظه قصد و اراده طرفین مبنی بر ساقط کردن خیار در ضمن عقد، قائل شویم به اینکه شرط سقوط کافه خیار صحیح است، ولی خیار رؤیت را در بر نمی‌گیرد. به عبارت دیگر، به دلیل وجود مانع در شرط سقوط خیار رؤیت می‌گوییم که شرط سقوط کافه خیار نسبت به خیار رؤیت تخصیص خورده و آن را در بر نمی‌گیرد.

پذیرش این نظر با دیدگاه فقها نیز مخالفت نیست؛ زیرا آنان درباره شرط سقوط کافه خیارات بحثی نکرده‌اند و بیان این دو قول فقط استنباط از سخنان آن‌ها در باب مسقطات هر خیار به طور خاص است.

۲. استثنائات شرط سقوط کافه خیارات

درست است که خیار یک حق مالی اسقاط‌شدنی است، ولی شرط سقوط برخی خیارات با موانعی مواجه است و به صحت عقد خلل وارد می‌کند. بنابراین شرط سقوط کافه خیارات شامل این گونه خیارات نیست. بررسی موارد زیر ابعاد مسئله را آشکارتر می‌سازد.

۲-۱. خیار تدلیس: در خیار تدلیس، فریب‌خورده می‌تواند بعد از آگاهی از تدلیس، حق خود را ساقط کند، ولی اسقاط خیار تدلیس در ضمن عقد و قبل از آگاهی از واقع قابل ایراد است. از آنجا که تدلیس قانوناً ممنوع و شرعاً حرام است و حتی در پاره‌ای موارد، مجازات کیفری دارد، می‌توان گفت که اسقاط این خیار در ضمن عقد، بر خلاف نظم عمومی و باطل است (صفایی، ۱۳۸۳: ۳۰۶/۲؛ کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۳۰/۵). علاوه بر استدلال مذکور، برخی حقوق‌دانان این شرط را غیر عقلایی دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹: ۲۹۲). اما از منظر فقهی، هر چند فقیهان درباره شرط سقوط خیار تدلیس بحث نکرده‌اند، می‌توان گفت که نپرداختن آن‌ها به این مسئله، دلیل بر جواز نیست؛ به ویژه که صحیح دانستن شرط سقوط خیار تدلیس، به معنای تأیید و تجویز فریب و کلاهبرداری است و این امر مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه است. بنابراین هر گاه در سند معامله، «کافه خیارات» ساقط شده باشد، می‌توان گفت که این شرط شامل خیار تدلیس نیست.

۲-۲. خیار تخلف و وصف: هر گاه در سند معامله، خیارات به طور مطلق ساقط بشود این شرط شامل خیار تخلف و وصف نمی‌شود و نسبت به آن تخصیص می‌خورد. در رأی شماره ۱۵۹۱ مورخ ۱۳۱۹/۵/۲۸ شعبه دیوان عالی کشور نیز همین حکم صادر شده است (صفایی، ۱۳۸۳: ۳۰۷/۲؛ نیک‌فر، ۱۳۷۴: ۱۰۲؛ قاسم‌زاده، ۱۳۸۲: ۱۶۵؛ کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۳۴۱۹).

حقوق‌دانان این نظر را مبتنی بر تفسیر اراده طرفین می‌دانند، با این استدلال که معقول نیست طرفین اوصافی را برای مورد معامله تعیین کنند، ولی ضمانت اجرای آن را

ساقط نمایند. پس در تفسیر معقول از قرارداد، مفروض آن است که شرط سقوط خیارات را شامل خیار تخلف وصف ندانیم (صفایی، ۱۳۸۳: ۳۰۷/۲-۳۰۸).

شایان ذکر است که مقصود از خیار تخلف وصف در مادهٔ ۴۱۰ قانون مدنی، همان تعریفی است که فقیهان از خیار رؤیت ارائه داده‌اند.^۱

۳-۲. خیار عیب دربارهٔ عیوب خارج از حد متعارف: هر گاه خیار عیب ضمن عقد ساقط شود و بعد از عقد معلوم شود که مورد معامله عیبی خارج از حد متعارف داشته و معامله‌کننده تصورش را نمی‌کرده است، برای وی حق فسخ ایجاد می‌شود. در رأی شمارهٔ ۱۲۱۸-۳۴۸ مورخ ۱۳۰۸ دیوان عالی کشور آمده است:

اسقاط خیار عیب، شامل عیوبی که خارج از حد متعارف باشد نیست (همان).

فقها این مورد را از شرط سقوط خیار عیب استثنا نکرده و به طور مطلق گفته‌اند که خیار عیب در صورت شرط سقوط در ضمن عقد یا تبری بایع، ساقط می‌گردد. اما این اطلاق سخن آن‌ها بدین معنا نیست که آنان شرط سقوط خیار عیب را شامل عیوب خارج از حد متعارف نیز می‌دانند؛ زیرا عیب غیر متعارف، خارج از متعلق قصد طرفین است و اوضاع و احوال و قرائن دلالت می‌کنند بر اینکه این گونه عیوب در قلمرو قصد و توافق طرفین مبنی بر اسقاط خیار عیب وارد نشده‌اند. به عبارت دیگر، با توجه به امضایی بودن اکثر احکام معاملات، الفاظ عقود و معاملات بر معانی عرفی و متعارف حمل می‌گردند. محل بحث نیز از این قاعده کلی مستثنا نبوده و سقوط خیار عیب بر عیوب متعارف حمل می‌گردد. بنابراین باید شرط سقوط کافهٔ خیارات را از خیار عیب، در مورد عیوب خارج از حد متعارف، منصرف دانست.

۴-۲. خیار غبن در مورد غبن خارج از حد متعارف: هر گاه مغبون به تصور اینکه تفاوت قیمت در حدود غبن متعارف است خیار غبن را ساقط نماید، بعد آشکار گردد

۱. مادهٔ ۴۱۰ قانون مدنی در تعریف خیار تخلف وصف می‌گوید: «هر گاه کسی مالی را ندیده و آن را فقط به وصف بخرد بعد از دیدن، اگر دارای اوصافی که ذکر شده است نباشد مختار می‌شود که بیع را فسخ کند یا به همان نحو که هست، قبول نماید». فقها نیز مشابه همین تعریف را برای خیار رؤیت ارائه داده‌اند. مثلاً علامه حلی و شیخ انصاری می‌گویند: «مراد از خیار رؤیت، خیاری است که به سبب مشاهدهٔ بیع بر خلاف آنچه بایع توصیف کرده، ایجاد می‌شود» (حلی، ۱۴۱۸: ۶۸/۲؛ انصاری، ۱۳۸۲: ۳۰۹/۲).

که غبن خارج از حدود متعارف، و ثمن چند برابر قیمت است، حق فسخ خواهد داشت. بنابراین شرط سقوط کافهٔ خيارات که غالباً با همین تصور از سوی متعاقدین صورت می‌گیرد، از غبن فاحش و افحش منصرف است (همان؛ کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۳۴۱). در این فرض، هر گاه دلیل ویژه‌ای بر اثبات قصد واقعی او در دست نباشد، معیار تمیز عرف است؛ یعنی باید دید که انسانی متعارف در آن شرایط تا چه اندازه از تفاوت قیمت می‌گذرد. ظاهراً مغبون نیز به همین راه رفته و از شیوهٔ متعارف پیروی کرده است (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۲۵۳/۵).

برخی فقیهان نیز شرط اسقاط خيار غبن را منصرف از غبن خارج از حد متعارف دانسته‌اند (انصاری، ۱۳۸۲: ۲۷۳/۲؛ موسوی خویی، ۱۴۱۲: ۲۵۰/۶)؛ زیرا ضرری را که مغبون پذیرفته، غیر از ضرری است که آن را پذیرفته است و واضح است که مغبون به ضرر خارج از حد متعارف اقدام نکرده است. بنابراین خيار غبن در مورد غبن خارج از حد متعارف ثابت می‌باشد (موسوی خویی، ۱۴۱۲: ۲۵۰/۶). همچنین مقدار تفاوت در خيار غبن مراتبی دارد؛ گاهی مغبون تمام مراتب را ساقط می‌کند و گاه برخی را ساقط می‌نماید. بنابراین اگر مغبون مقدار خاصی را ساقط کرد وجهی برای سقوط خيار به طور کلی وجود ندارد (نجفی خوانساری، ۱۴۲۱: ۱۱۸/۳) و ظاهر این است که مغبون در شرط سقوط خيار غبن، حد متعارف را مدنظر داشته است. بنابراین شرط سقوط کافهٔ خيارات از خيار غبن خارج از حد متعارف، منصرف است، مگر اینکه در عقد تصریح شود که کافهٔ خيارات ساقط است حتی اگر معامله مشتمل بر غبن فاحش یا افحش باشد. در این صورت، سقوط خيار غبن فاحش یا افحش به دلیل اشتراط سقوط کافهٔ خيارات نیست، بلکه به دلیل تصریح به سقوط خيار غبن فاحش یا افحش در ضمن عقد است.

۲-۵. خيار تعذر تسليم و تفليس: برخی حقوق دانان معتقدند که شرط سقوط کافهٔ خيارات، شامل خيار تعذر تسليم و تفليس نمی‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹: ۲۹۳؛ کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۳۴۱؛ همو، ۱۳۷۶: ۳۹۸/۵)؛ زیرا اسقاط این خيارات موجب جمع شدن عوض و معوض نزد یکی از دو طرف قرارداد می‌شود و لذا با نظم عمومی اقتصادی مخالف است (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۳۹۸/۵).

نقد و بررسی این استدلال: بررسی‌ها نشانگر آن است که فقها در خصوص شرط

سقوط خيار تعذر تسليم و خيار تفليس بحث نکرده‌اند. اما به نظر می‌رسد استدلال فوق، مبنی بر عدم صحت شرط سقوط این خيارات صحيح نباشد؛ زیرا در مورد خيار تعذر تسليم باید بگوئیم که تعذر تسليم یا دائمی است یا موقت؛ اگر دائمی باشد مثل اینکه یکی از عوضین قبل از قبض در بیع عین شخصی، تلف شود، در اینجا بیع از نظر عقلاً، لغو و باطل بوده و به طور قهری منحل می‌شود؛ زیرا رابطه بین صحت و فساد، ملکه و عدم است و ارتفاع عدم و ملکه مانند متناقضان ممکن نیست. از طرف دیگر، این بیع نمی‌تواند صحيح باشد؛ زیرا وفای به آن ممکن نیست، پس قهراً باطل می‌شود (موسوی بجنوردی، بی‌تا: ۲۲۹/۵)، در این صورت دیگر بیعی وجود ندارد تا بحث شود که آیا شرط سقوط کافه خيارات، صورت تعذر دائمی را در بر می‌گیرد یا خیر؟ زیرا به محض ایجاد شرایط تعذر دائمی و عدم امکان تسليم یکی از عوضین، بیع باطل می‌شود. در نتیجه این مورد از محل بحث خارج است.

اما اگر تعذر تسليم موقت باشد، مانند نایاب شدن مبیع کلی در زمان تسليم، در این مورد خيار ثابت می‌شود؛ یعنی متعهدله می‌تواند معامله را فسخ کند یا صبر کند تا تعذر برطرف گردد و تسليم ممکن شود. در این مورد اگر متعهدله به اختیار خود حق خيار خود را ساقط کند هیچ محظوری لازم نمی‌آید و خيار او ساقط می‌گردد؛ زیرا خود متعهدله اقدام به ضرر خود نموده و حق خيارش را ساقط کرده است، لذا بر او لازم است تا زمان برطرف شدن تعذر، صبر نماید. بر متعهد نیز لازم است بلافاصله پس از برطرف شدن تعذر، عوض را به طرف مقابل تسليم کند. بنابراین با اشتراط سقوط این خيار، اشکال جمع شدن عوض و معوض نزد یکی از طرفین قرارداد لازم نمی‌آید. در نتیجه شرط سقوط خيار، تعذر تسليم صحيح بوده و با مشکلی مواجه نیست. لذا شرط سقوط کافه خيارات، خيار تعذر تسليم را نیز در بر می‌گیرد.

درباره خيار تفليس نیز تنها اثر شرط سقوط حق خيار این است که طرف مقابل مفلس (بایع)، حقی نسبت به عین کالای فروخته‌شده نداشته باشد و فقط نسبت به عوض آن در ردیف بقیه غرمای مفلس قرار بگیرد. افزون بر این، مفلس موظف است بلافاصله پس از متمول شدن، بقیه حساب‌های خود را تصفیه کند؛ بنابراین متعهدله (بایع) به عوض قراردادی خود می‌رسد اما با یک فاصله زمانی، و چون خود متعهدله

(بایع) بر ضرر خود اقدام کرده، مانعی از سقوط خیار او به وسیله شرط ضمن عقد وجود ندارد. در نتیجه شرط سقوط کافئه خیارات، خیار تعدر تسلیم و تفلیس را نیز شامل می‌شود و اشکال مطرح شده نیز به وجود نمی‌آید.

۲-۶. خیار شرط: شرط سقوط کافئه خیارات، این خیار را نیز در بر نمی‌گیرد؛ زیرا قصد طرفین معامله این است که در فرصت تعیین شده، مشروط‌له حق فسخ معامله را داشته باشد و شرط سقوط کافئه خیارات را نسبت به خیار شرط تخصیص بزنند. لذا به‌رغم وجود شرط سقوط کافئه خیارات در ضمن عقد، در صورت وجود خیار شرط در معامله‌ای این خیار اعمال‌شدنی خواهد بود.

از مباحث مطرح شده نتیجه می‌گیریم که شرط سقوط کافئه خیارات در ضمن عقد صحیح است، ولی این شرط، خیار رؤیت (تخلف وصف)، خیار تدلیس، خیار عیب در مورد عیوب خارج از حد متعارف، خیار غبن در مورد غبن خارج از حد متعارف و خیار شرط را در بر نمی‌گیرد.

۳. شرط سقوط کافئه خیارات در صورت جهل

اگر شخصی در ضمن معامله، مبیعه‌نامه‌ای را امضا کند که مشتمل بر شرط سقوط کافئه خیارات است، در حالی که جاهل به مفهوم این شرط باشد (یعنی اصلاً نداند که سقوط کافئه خیارات به چه معناست، شامل چه مواردی می‌شود و...) یا آنکه به دلایلی سند را نخواند و امضا کند، در این موارد حکم چیست؟ آیا به صرف اینکه وی سند را امضا کرده هرچند جاهل بوده، تمام خیارات او ساقط می‌شود و تحت هیچ شرایطی حق فسخ معامله را ندارد یا این گونه نبوده بلکه علم نیز در شرط سقوط خیارات مؤثر است؟ و در صورت پذیرش ادعای جهل اثبات آن بر عهده کیست؟

برای پاسخ به این سؤالات، ابتدا پذیرش ادعای جهل در دادگاه بررسی می‌گردد و سپس دربارهٔ اینکه اثبات ادعای جهل بر عهده کیست، بحث می‌شود.

۳-۱. پذیرش ادعای جهل در دادگاه

پس از انتشار قانون و گذشتن موعد اجرای آن، دیگر از کسی «ادعای جهل و

بی‌اطلاعی از قانون» پذیرفته نیست. به عبارت دیگر، پس از انتشار قانون، فرض این است که همه از آن آگاه شده‌اند. نظم عمومی ایجاب می‌کند که خلاف این فرض را نتوان اثبات کرد. بنابراین گفته می‌شود که «جهل به قانون رفع تکلیف نمی‌کند» یا «ادعای جهل به قانون پذیرفته نیست» (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۲۰۰/۲؛ همو، ۱۳۸۹: ۱۶۴).

به رغم پذیرش این قاعده در حقوق ایران، در حقوق خصوصی این قاعده به طور مطلق اجرا نمی‌شود بلکه در مواردی که هدف قانون‌گذار حمایت از کسانی است که عمل ارادی را به اشتباه انجام داده‌اند یا مقصود از وضع قانون، حفظ منافع اشخاصی است که با حُسن نیت مرتکب کار نامشروعی شده‌اند، ادعای جهل به قانون پذیرفته می‌شود؛ زیرا در صورت عدم پذیرش ادعای جاهل، مقصود قانون‌گذار و حکمت وضع قانون (حمایت از افراد جاهل با حُسن نیت) تأمین نمی‌شود (همو، ۱۳۸۵: ۲۰۱/۲؛ همو، ۱۳۸۹: ۱۶۵).

در مورد اشتباه موضوعی، قانون مدنی به پذیرش جهل در این موارد صراحت دارد؛ مثلاً قانون‌گذار معاملهٔ کسی را که در موضوع یا شخصیت طرف خود در اشتباه بوده است، نافذ نمی‌داند (قانون مدنی: مواد ۲۰۱-۲۰۰). در این باب، بین اشتباهی که در اثر جهل به قانون ایجاد شده و اشتباه موضوعی تفاوتی نیست؛ زیرا در هر حال در صورت جهل، ارادهٔ شخص اشتباه‌کننده مختل می‌شود و اگر ادعای جهل در مورد نخست (جهل به قانون) پذیرفته نشود هدف قانون‌گذار دربارهٔ حمایت از کسانی که ارادهٔ درست نداشته‌اند، به طور کامل تأمین نمی‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۲۰۱/۲).

از منظر فقهی نیز ادعای جهل در این موارد پذیرفته می‌شود؛ زیرا بر اساس برخی روایات، سقوط خیار تنها با فعلی معتبر است که بر رضایت به لزوم بیع دلالت نماید. اما چنانچه شخص، جاهل به مفاد سند بوده و صرفاً سند مشتمل بر سقوط کافهٔ خیارات را امضا نماید، عمل او دالّ بر رضایت به لزوم بیع نیست. نهایت اینکه این امضا تنها اماره‌ای بر رضایت اوست و لذا در صورت وجود قرائن و امارات دیگری بر خلاف آن، این اماره (امضا) از اعتبار ساقط می‌شود.

همان‌طور که اشاره شد، روایاتی داریم که دلالت می‌کنند بر اینکه تنها فعلی در سقوط خیار معتبر است که دالّ بر رضایت به لزوم بیع باشد. در ادامه به نمونه‌ای از این روایات اشاره می‌شود.

ابن محبوب از علی بن رثاب از امام صادق علیه السلام نقل می‌کند که خیار در حیوان سه روز برای مشتری است؛ خواه شرط کرده باشند یا شرط نکرده باشند. اگر مشتری قبل از سه روز در مبیع تصرفی کرد، این تصرف، رضایت به بیع است و مشتری خیار نخواهد داشت (کلینی، ۱۴۱۰: ۱۶۹/۳؛ طوسی، ۱۳۶۵: ۲۴/۷؛ حرّ عاملی، ۱۴۱۴: ۱۳/۱۸).

شیوه استدلال به روایت: درست است که روایت مذکور درباره خیار حیوان است، اما تعلیل ذیل آن نشان می‌دهد که ملاک و معیار سقوط خیار، رضایت به لزوم بیع است و تصرف در خیار حیوان و افتراق در خیار مجلس، از این لحاظ مسقط هستند که بر رضایت به لزوم بیع دلالت می‌کنند. شاهد ما بر استدلال مذکور این است که فقها این روایت را محدود به مورد آن نکرده‌اند و عموم تعلیل روایت مذکور را به سایر خیارات سرایت داده و به استناد تعلیل مذکور، تصرف را در همه خیارات مسقط می‌دانند (انصاری، ۱۳۸۲: ۲۳۹/۲، ۲۵۹ و ۲۸۲).

اینک دیدگاه برخی فقیهان در این باره بررسی می‌شود:

علامه حلّی در *الارشاد* در احکام خیارات درباره تصرف متعاقدين در مال مورد معامله می‌نویسد:

اگر هر دو تصرف کنند یا یکی تصرف کند به اذن دیگری، خیار هر دو ساقط می‌گردد (۱۴۱۰: ۳۵۷/۱).

محقق اردبیلی در نقد این نظر می‌گوید:

در این نظر تأمل است؛ زیرا اذن ظهوری در رضایت به لزوم بیع ندارد (۱۴۱۱: ۴۱۵/۸).

صاحب *جوهر* نیز همین عقیده را دارد (نجفی، ۱۳۷۴: ۷۱-۷۴). وی در جایی دیگر می‌گوید:

تصرف در مبیع بعد از علم به مخالفت وصف در صورتی خیار رؤیت را ساقط می‌کند که دال بر رضا باشد وگرنه خیار ساقط نمی‌شود حتی اگر تصرف ناقل و متلف باشد (همان: ۹۶/۲۳).

از عبارات دیگر نیز همین مطلب استفاده می‌شود (ر.ک: طوسی، بی‌تا: ۳۹۳؛ کرکی عاملی، ۱۴۰۸: ۳۰۵/۴).

همان طور که ملاحظه می‌شود، ملاک اصلی در سقوط خیار، عملی است که دال بر رضایت به لزوم بیع باشد. اما در مورد بحث ما که شخص جاهل به حکم یا جاهل به مفاد سند بوده و آن را امضا کرده است، صرف امضا، به طور یقینی، بر رضایت به بیع دلالت نمی‌کند، بلکه تنها اماره‌ای بر رضایت است و اگر اماره دیگری بر خلاف آن موجود باشد، این اماره (امضا) از اعتبار ساقط می‌گردد. در نتیجه باید به ادعای جهل در دادگاه رسیدگی شود و در صورت وجود اماره‌ای مبنی بر درستی ادعای جاهل، رأی به نفع وی صادر گردد.

تنها سؤالی که باقی می‌ماند این است که در این مسئله، اثبات جهل بر عهده کیست؟ آیا جاهل باید جهل خود را ثابت کند یا اصل بر عدم علم است و طرف مقابل باید علم مدعی جهل را ثابت نماید؟ پاسخ به این مسئله در ادامه می‌آید.

۲-۳. اثبات ادعای جهل

در این باره، دو دیدگاه در بین حقوق‌دانان وجود دارد:

۱-۲-۳. دیدگاه اول: اثبات جهل بر عهده مدعی جهل است

به نظر برخی حقوق‌دانان، اثبات ادعای جهل بر عهده مدعی جهل است و او باید مطابق اصول، ادعای خود را در دادگاه ثابت کند و اقامه دلیل را بر عهده گیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۲۰۶/۲؛ همو، ۱۳۸۹: ۱۶۷)؛ زیرا انتشار قانون در روزنامه رسمی و گذشتن مهلت مقرر در ماده ۲ قانون مدنی، این فرض را به وجود می‌آورد که همه از آن آگاه‌اند. پس هر کس خلاف این فرض را درباره خود ادعا کند، باید دلیل بیاورد و ادعای جهل به قانون، بدون دلیل پذیرفته نمی‌شود (همان). ظاهراً رویه قضایی دادگاه‌های ایران نیز مبتنی بر همین نظر است و اثبات جهل را بر عهده مدعی جهل می‌داند. برای نمونه، خلاصه جریان یک پرونده که مورد تجدیدنظر واقع شده به این قرار است:

شخص «الف» دادخواستی در تاریخ ۶۸/۴/۲۱ مستنداً به فتوکپی اسناد رسمی به طرفیت شخص «ب»، به خواسته خلع ید از یک زمین واقع در شهر رودسر... به دادگاه تسلیم نموده و اظهار داشته که این زمین و... را به وی فروخته و قرار بر این بوده که خوانده پس از دریافت تمام ثمن به وسیله آخرین چک تحویلی به وی در تاریخ

۶۷/۱۲/۲۵ به تخلیه و تحویل ملک مورد خریداری اقدام نماید ولی با وجود اظهارنامه هم اقدام به تعهد خود ننموده است... دادگاه با تعیین وقت به دعوی مزبور رسیدگی نموده، خواننده طی لایحه‌ای اعلام داشته چون فرزندم آقای «ج» در جبهه جنگ مفقود شده بود لذا تعادل روحی ام بهم خورده بود. از قیمت ملک بی اطلاع بودم و سند را نخوانده امضا کرده‌ام و خواهان بهای مورد معامله را نداده و چک را هم تحویل نگرفته‌ام و دویست هزار تومان هم (که داده بود) به حسابش واریز و مسترد شده و در این معامله مغبون شده‌ام و طبق مسائل فقهی محق هستم... و اینجانب به موجب چک ۶۸/۲/۲۴-۰۷۰۴۰۳ دو میلیون ریال (جهت فسخ معامله) به حساب خواهان به وی مسترد داشته‌ام و فتوکی حواله مزبور پیوست مدارک است. دادگاه بدوی در این مورد، رأی بر بی حقی شخص «ب» داده است. شخص «ب» از حکم مذکور تجدیدنظرخواهی می‌کند. دادگاه تجدیدنظر نیز همان رأی را تأیید می‌نماید. سپس شخص «ب» دادخواست فرجام‌خواهی تسلیم نموده و می‌نویسد: اینجانب برای فسخ معامله به موجب چک... ۶۸/۲/۲۴، دو میلیون ریال به حساب شخص «الف» مسترد داشته‌ام و فتوکی حواله مزبور پیوست است. به ادعای غبن اینجانب می‌بایستی طبق مواد ۴۱۶ و ۴۱۷ قانون مدنی رسیدگی می‌شد. در این مورد رسیدگی نشده و ردّ دعوی خواهان مورد ادعاست. هیئت شعبه ۲۲ دیوان عالی کشور در تاریخ ۷۰/۲/۱۲ تشکیل گردیده و چنین نظر می‌دهد:

اعتراضات معترض با توجه به مندرجات سند رسمی ۶۷/۲/۱۷ علی‌الخصوص اسقاط کافهٔ اختیارات که مشتمل بر خیار غبن و خیار ناشی از عدم تأدیة ثمن و یا قسمتی از آن در موعد مقرر نیز می‌باشد وارد و مؤثر نیست و نظریه صادره در مجموع خالی از اشکال است فلذا تأیید می‌شود (بازگیر، ۱۳۷۹: ۱۵۴-۱۵۵).

با توجه به جریان دادرسی معلوم می‌شود که دادگاه اثبات جهل را به عهده مدعی آن گذاشته است و به دلیل فقدان دلیل کافی برای اثبات جهل، ادعای او را رد کرده و حکم به برحقی وی صادر نموده است.

۲-۲-۳. دیدگاه دوم: اثبات ادعای جهل بر عهده طرف مقابل است
برخی حقوق دانان معتقدند که در صورت جاهل بودن به حکم خیار یا فوریت آن،

دعوای مدعی بدون دلیل پذیرفته می‌شود، مگر آنکه طرف دیگر علم او را به این امر ثابت نماید. بدین صورت که طرف مقابل ثابت کند که مدعی جهل، اطلاعات حقوقی کافی دارد یا گواهانی بر کذب اظهار مدعی از حکم خیار یا فوریت آن اقامه نماید (امامی، ۱۳۸۴: ۵۴۶/۴). دلیل این نظر این است که مدعی جهل در رسیدگی قضایی، منکر محسوب می‌شود؛ زیرا سخن او با اصل عدم علم مطابق است.

۳-۲-۳. بررسی مسئله و بیان نظر برگزیده

به نظر می‌رسد هیچ کدام از این دو نظر به طور مطلق پذیرفتنی نیست. دلیل نپذیرفتن دیدگاه دوم این است که درست است که در صورت شک درباره اطلاع از قانون، «اصل عدم علم» جاری می‌گردد ولی فرض آگاه شدن از قانون پس از انتشار آن و سپری شدن موعد اجرا، تردیدی را که در زمینه اطلاع شخص از قانون وجود دارد، از بین می‌برد و جایی برای استناد به اصل عدم علم باقی نمی‌گذارد؛ زیرا استناد به اصل برای رفع شک و حیرت است و در صورتی معتبر است که اماره‌ای بر خلاف آن وجود نداشته باشد (الأصل دلیل حیث لا دلیل له). در فرض ما که انتشار قانون، اماره قانونی بر علم و آگاهی از قانون ایجاد می‌کند، کسی که می‌خواهد عدم علم خود را ثابت کند باید دلیل بیاورد. به عبارت دیگر، وقتی قانون منتشر می‌شود ظاهر این است که همه از آن آگاهی دارند. در این صورت در تقابل اصل و ظاهر، ظاهر مقدم می‌گردد. بنابراین کسی که می‌خواهد جهل خود را ثابت کند باید دلیل اقامه نماید.

اما دیدگاه اول هم به طور مطلق پذیرفتنی نیست؛ زیرا درست است که انتشار قانون، اماره قانونی بر علم و آگاهی از قانون است، اما در مقابل این اماره قانونی، اماره قضایی هم وجود دارد. در برخی موارد، اماره قضایی بر صدق گفتار مدعی جهل دلالت می‌کند؛ مثلاً در مواردی که شخصی نسبت به علم حقوق، عامی محسوب شده و از قرائن و اوضاع و احوال معامله به دست می‌آید که امکان سؤال کردن و کسب علم برای او وجود نداشته، این قرائن و اوضاع و احوال، اماره قضایی بر صدق گفتار وی محسوب شده و اماره قانونی (فرض اطلاع شخص از قانون) را از اعتبار ساقط می‌کند؛ زیرا اماره قانونی تنها جنبه طریقت و کاشفیت از واقع دارد و تا زمانی معتبر است که

اماره دیگری بر خلاف آن در میان نباشد، حال آنکه در فرض مذکور، اماره قضایی بر خلاف اماره قانونی وجود دارد و لذا اماره قانونی از اعتبار ساقط می‌شود.

با توجه به مطالب فوق به نظر می‌رسد در مسئله مورد بحث باید قائل به تفصیل شد؛ یعنی اگر جهل در حق مدعی آن ممکن باشد، مثلاً شخص از افراد عامی نسبت به علم حقوق محسوب شده و امکان سؤال کردن و کسب علم برای او نبوده یا اینکه سواد نداشته و سند را نخوانده امضا کرده و امکان اطلاع از مفاد سند برای او وجود نداشته است، باید ادعای جهل او پذیرفته شود و قول او با قسم مقدم گردد؛ زیرا همان طور که بیان شد، فرض اطلاع از قانون تنها اماره‌ای قانونی بر آگاهی شخص از قانون پس از انتشار آن محسوب می‌شود و اماره تا جایی معتبر است که اماره دیگری بر خلاف آن وجود نداشته باشد، در حالی که در فرض مذکور امکان جهل در حق مدعی، اماره قضایی محسوب شده و اماره قانونی را از اعتبار ساقط می‌کند. نتیجه اینکه در این فرض، اماره قانونی (فرض آگاهی از قانون) با اماره قضایی (امکان جهل در حق مدعی) تعارض کرده و هر دو از اعتبار ساقط می‌شوند. بنابراین اصل عدم علم در این مورد حاکم خواهد بود؛ زیرا در این مسئله اماره‌ای بر صدق گفتار هیچ کدام از طرفین دعوی وجود ندارد، لذا نوبت به اجرای اصل می‌رسد؛ زیرا طبق قاعده «الأصل دلیل حیث لا دلیل له» وقتی هیچ اماره و دلیلی در مسئله وجود نداشته باشد، حکم آن را اصل تعیین می‌کند. در نتیجه با توجه به اینکه قول مدعی جهل در این فرض با اصل عدم علم منطبق است، وی منکر محسوب می‌شود و قولش با قسم مقدم می‌گردد، مگر اینکه طرف مقابل، علم او به این امر را ثابت نماید.

اما اگر جهل در حق مدعی آن ممکن نباشد، مثلاً مدعی جهل فقیه یا حقوق دان یا دلال معاملات باشد، ظاهر این است که با علم و آگاهی کامل، سند بیع را امضا کرده در نتیجه اماره قانونی، یعنی فرض اطلاع از قانون، به اعتبار خود باقی است و این اماره بر اصل عدم علم مقدم است؛ زیرا وقتی نوبت به اجرای اصل می‌رسد که اماره‌ای بر خلاف آن وجود نداشته باشد. بنابراین در این فرض، ادعای جهل در حق مدعی آن پذیرفته نمی‌شود مگر اینکه بر ادعای خود بینه اقامه نماید.

سخن برخی فقها درباره اثبات جهل نیز نظریه ما مبتنی بر تفصیل در مسئله را تأیید

می‌کند؛ برای نمونه، شیخ انصاری درباره اثبات ادعای جهل معتقد است که اگر جاهل از اهل خبره در مسئله مورد دعوی باشد، ظاهر این است که علم و آگاهی دارد لذا ادعای جهل او پذیرفته نمی‌شود مگر اینکه بر جهل خود بینة اقامه کند وگرنه قول مدعی جهل با قسم پذیرفته می‌شود؛ زیرا اصل عدم علم بوده و قول مدعی جهل با این اصل مطابق است. بنابراین مدعی جهل در این دعوی در حقیقت منکر بوده و قول او با قسم مقدم است (انصاری، ۱۳۸۲: ۲/۲۷۴).

نتیجه‌گیری

۱. شرط سقوط کافئه خیارات از نظر فقهی و حقوقی مشروع و صحیح است. اما با توجه به اینکه شرط سقوط برخی خیارات، یعنی خیار تخلف وصف (خیار رؤیت)، خیار تدلیس، خیار عیب در مورد عیوب خارج از حد متعارف، خیار غبن در مورد غبن خارج از حد متعارف و خیار شرط، با موانعی مواجه است، باید گفت که شرط فوق نسبت به خیارات مذکور تخصیص می‌خورد.

۲. چنانچه شخصی نسبت به مفهوم شرط مذکور یا جهل به مفاد سند مشتمل بر این شرط ادعای جهل نماید، اگر جهل در حق او ممکن باشد، قول او با قسم مقدم می‌گردد وگرنه قول او پذیرفته نمی‌شود مگر اینکه بر ادعای خود بینة اقامه کند و آن را ثابت نماید.

پیشنهاد می‌شود در قانون مدنی، خیاراتی که از شرط سقوط کافئه خیارات استثنا می‌شوند، یعنی خیار تدلیس، خیار تخلف وصف، خیار عیب در مورد عیوب خارج از حد متعارف، خیار غبن نسبت به غبن خارج از حد متعارف و خیار شرط، ذکر شده و از شرط سقوط کافئه خیارات استثنا شوند.

همچنین پیشنهاد می‌شود بر اساس تصویب یک ماده قانونی، بنگاه‌های معامله املاک و همچنین دفاتر اسناد رسمی موظف شوند یک حقوق‌دان برای شرح کامل مفاد سند و ارائه مشاوره به طرفین قرارداد استخدام نمایند تا مردم با آگاهی کامل اقدام به معامله نمایند و مشکلاتی که به علت جهل به مفاد سند پدید می‌آید برطرف گردد.

کتاب‌شناسی

۱. آل کاشف‌الغطاء، علی بن جعفر، رساله فی الخیارات، چاپ سنگی، بی‌جا، شیخ احمد شیرازی، بی‌تا.
۲. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، چاپ هیجدهم، تهران، اسلامیه، ۱۳۸۴ ش.
۳. انصاری، مرتضی بن محمدامین، کتاب‌المکاسب، چاپ دوم، قم، آرموس، ۱۳۸۲ ش.
۴. بازگیر، یدالله، قانون مدنی در آیینۀ آرای دیوان عالی کشور (خیارات و احکام راجع به آن)، تهران، فردوسی، ۱۳۷۹ ش.
۵. بحرانی، یوسف بن احمد، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، بی‌تا.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مجموعه محشّی قانون مدنی، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۹ ش.
۷. حرّ عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعه، چاپ دوم، قم، آل‌البيت (عج)، ۱۴۱۴ ق.
۸. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر، ارشاد الازدهان الی احکام الایمان، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۹. همو، قواعد الاحکام، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۱۰. صفایی، سیدحسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۳۸۳ ش.
۱۱. طوسی، محمد بن حسن، النهایه، قم، قدس محمدی، بی‌تا.
۱۲. همو، تهذیب الاحکام، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۵ ش.
۱۳. عاملی، محمد بن مکی، اللمعة الدمشقیه، تهران، الهام، ۱۳۷۷ ش.
۱۴. عاملی جبعی، زین‌الدین بن علی، مسالک الافهام فی شرح شرائع الاسلام، بی‌جا، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۴ ق.
۱۵. عدل، مصطفی، حقوق مدنی، تهران، امیرکبیر، ۱۳۴۲ ش.
۱۶. قاسم‌زاده، سیدمرتضی و حسن ره‌بیک و عبدالله کیانی، تفسیر قانون مدنی، اسناد، آرا و اندیشه‌های حقوقی، تهران، سمت، ۱۳۸۲ ش.
۱۷. قمی، میرزا ابوالقاسم، جامع الشتات، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۹ ش.
۱۸. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، چاپ سوم، تهران، انتشار، ۱۳۸۵ ش.
۱۹. همو، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران، دادگستر، ۱۳۷۷ ش.
۲۰. همو، قواعد عمومی قراردادها، چاپ دوم، تهران، انتشار، ۱۳۷۶ ش.
۲۱. همو، مقدمه علم حقوق، چاپ هفتاد و ششم، تهران، انتشار، ۱۳۸۹ ش.
۲۲. کرکی عاملی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، آل‌البيت (عج)، ۱۴۰۸ ق.
۲۳. کلینی، محمد بن یعقوب، الفروع من الکافی، چاپ سوم، بیروت، دار صعب - دار التعارف، ۱۴۱۰ ق.
۲۴. محقق اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة والبرهان، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۱ ق.
۲۵. موسوی بجنوردی، سیدحسن، القواعد الفقهیه، چاپ دوم، قم، مکتبه بصیرتی، بی‌تا.
۲۶. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، کتاب‌البیع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۹ ش.
۲۷. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، مصباح الفقاهة فی المعاملات، بیروت، دار‌الهادی، ۱۴۱۲ ق.
۲۸. نجفی خوانساری، موسی بن محمد، منیة الطالب فی شرح‌المکاسب، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۱ ق.
۲۹. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۷۴ ش.
۳۰. نیک‌فر، مهدی، قانون مدنی در آرای دیوان عالی کشور، چاپ سوم، تهران، کیهان، ۱۳۷۴ ش.

ماهیت‌شناسی مدنی صدور چک عادی در حقوق ایران*

□ محمدحسن اماموردی^۱

چکیده

چک عادی به ویژه هنگامی که در وجه دیگری صادر شده، یکی از پرکاربردترین گونه‌های چک است. در ماهیت حقوقی این گونه چک، میان حقوق دانان اختلاف وجود دارد. گروهی از نویسندگان آن را تبدیل تعهد شمرده‌اند. پاره‌ای از حقوق دانان آن را حواله و برخی دیگر آن را انتقال طلب می‌دانند. در هر سه دیدگاه، چک مشمول احکام آن قراردادها خواهد گردید؛ از جمله، ذمه متعهد نسبت به تعهد پایه بری گشته و نسبت به تعهد جدید ناشی از چک اشتغال می‌یابد. در این جستار سه نظریه عمده توصیف و سپس تحلیل خواهند شد. در این جستار به پشتوانه ناامیدی بسیاری از حقوق دانان از ماهیت‌های پیشینی، چک به عنوان قراردادی مستقل شناسایی می‌شود که قانون‌گذار احکام ویژه آن را بیان داشته است. بر این پایه، چک قراردادی بانام، تشریفاتی، عهدی، تبعی، لازم و در برخی موارد مشروط است که در صورت

نقض تعهد از سوی صادرکننده، امکان طرح مسئولیت قراردادی و فسخ قرارداد پیش روی دارنده چک خواهد بود.

واژگان کلیدی: چک، حواله، تبدیل تعهد، انتقال طلب، قرارداد مستقل.

مقدمه

هرچند در میان اسناد تجاری، چک به سبب کاربرد گسترده، دارای قانون مستقلی شده اما همچنان ماهیت آن چالش برانگیز باقی مانده است. ماده ۳۱۰ ق.ت. در تعریف چک می گوید:

چک نوشته‌ای است که به موجب آن، صادرکننده وجوهی را که در نزد محال‌علیه دارد کلاً یا بعضاً مسترد یا به دیگری واگذار می نماید.

در این تعریف ضمن اشاره به ارکان، چک به عنوان وسیله‌ای برای استرداد وجوه یا واگذاری آن به دیگری معرفی شده است. در بند اول ماده یک قانون صدور چک نیز آمده است:

چک عادی چکی است که اشخاص عهده بانک‌ها به حساب جاری^۱ خود صادر و دارنده آن تضمینی جز اعتبار صادرکننده آن ندارد.

در این تعریف، در کنار ارکان به وصف ممیز چک عادی از سایر چک‌ها اشاره شده است. با این همه، در هیچ یک از این دو تعریف، ماهیت این عمل تعیین نشده است تا همچنان این سؤال در ذهن باقی بماند که ماهیت حقوقی چک چیست؟ آیا می‌توان چک را در قالب یکی از ماهیت‌های پیشینی ریخت یا اینکه چک قالبی مستقل دارد؟ تعیین ماهیت چک بنیان سؤالات دیگری قرار می‌گیرد که مربوط به آثار چک می‌باشد. آیا با صدور چک، رابطه دینی جدیدی به وجود می‌آید یا خیر؟ همچنین تکلیف رابطه دینی میان طلبکار و بدهکار و نیز رابطه میان دارنده دسته چک و بانک چه می‌شود؟ پاسخ به پرسش‌های یادشده تنها جنبه نظری ندارد بلکه از نظر عملی نیز مفید

۱. مقصود از حساب جاری، قرارداد میان دارنده دسته چک و بانک است که بر اساس آن دسته چک در اختیار صاحب حساب گذاشته شده است. در این باره گفته شده است: «حساب جاری عقدی است که به موجب آن دو یا چند شخص توافق می‌کنند تمام یا قسمتی از عملیات و دریافت‌ها و پرداخت‌های خود را در حسابی به این نام انجام دهند» (کیایی، ۱۳۴۶: ۱۵).

است. برای نمونه، یکم: اگر در قرارداد بیع، مشتری جهت پرداخت ثمن، چکی را صادر نماید و پس از آن، چک بی‌محل گردد. در این صورت، اگر رابطه پایه (تعهد به پرداخت ثمن) را ساقط‌شده بدانیم، دیگر نمی‌توان بیع را به استناد خیار تأخیر ثمن فسخ کرد. وارونه آن، اگر رابطه پایه باقی باشد، فروشنده می‌تواند از چک درگذرد و از حقوق خود در رابطه پایه سود بجوید. دوم: اگر مستأجر اجاره‌بها را پرداخت ننماید، موجر می‌تواند با حصول شرایط، تخلیه عین مستأجره را تقاضا نماید. اکنون با فرض اینکه مستأجر بابت پرداخت اجاره‌بها چکی را صادر نموده باشد، اگر رابطه دینی جدیدی جایگزین رابطه دینی ناشی از اجاره شده باشد، در این صورت دیگر موجر نمی‌تواند به مقرره یادشده استناد نماید، اما اگر رابطه دینی ناشی از اجاره باقی مانده باشد، موجر می‌تواند از چک درگذرد و تخلیه را خواسته خویش قرار دهد. سوم: اگر دین در رابطه اصلی دارای وثیقه باشد و با صدور چک، باور به سقوط رابطه پایه داشته باشیم، وثیقه نیز از بین می‌رود و به دین ناشی از چک ملحق نمی‌گردد. برعکس، اگر با صدور چک، دین اصلی ساقط نشود، استفاده از وثیقه آن نیز ممکن خواهد بود. چهارم: اگر چکی بابت پرداخت نفقه همسر صادر گردد، باقی ماندن دین در زمره دیون ممتاز منوط به این است که با صدور چک، دین اصلی را ساقط‌شده ندانیم.

از آنجا که چک عادی، پرکاربردترین گونه چک بوده و کانون اختلافات در ماهیت چک، در این گونه متبلور شده است، در این مقاله، موضوع بحث به این نوع از چک منحصر می‌گردد. از سوی دیگر، به جهت گسترده‌ی دیدگاه‌های مطرح‌شده، موضوع در حقوق ایران بررسی می‌گردد. در این باره، دیدگاه‌های مختلفی ابراز شده است. در این جستار چهار مورد از این نظرات مطالعه می‌شوند: تبدیل تعهد، انتقال طلب، حواله و قرارداد مستقل.

۱. تبدیل تعهد

تبدیل تعهد، یکی از دیدگاه‌های مطرح در مورد ماهیت صدور چک است. در تحلیل نهاد تبدیل تعهد می‌توان گفت که یک رابطه دینی دارای چهار رکن است: متعهد، متعهدله، موضوع تعهد، سبب تعهد. در تبدیل تعهد یکی از این چهار رکن با امری

دیگر جایگزین می‌شود. بر این بنیاد، تبدیل تعهد چهار چهره دارد: تبدیل تعهد به اعتبار متعهد، به اعتبار متعهدله، به اعتبار موضوع و سرانجام به اعتبار سبب. برای نمونه، پس از یک قرارداد بیع، مشتری متعهد به پرداخت ده میلیون تومان به عنوان ثمن معامله می‌گردد.^۱ در این رابطه دینی، بایع، مشتری، ده میلیون و عقد بیع، چهار رکن رابطه هستند. جایگزینی هر یک از این چهار رکن با امری جدید، تبدیل تعهد است. برای اینکه چک نیز تبدیل تعهد باشد، باید در چارچوب یکی از چهار صورت یادشده قرار بگیرد. در این باره، تبدیل تعهد به اعتبار موضوع مورد توجه پاره‌ای از حقوق دانان قرار گرفته است. در بند یک ماده ۲۹۲ ق.م. در مورد تبدیل تعهد به اعتبار موضوع آمده است:

وقتی که متعهد و متعهدله به تبدیل تعهد اصلی به تعهد جدیدی که قائم مقام آن می‌شود به سببی از اسباب تراضی نمایند، در این صورت متعهد نسبت به تعهد اصلی بری می‌شود.

بر این پایه، می‌توان گفت که با صدور چک، تعهد سابق ناشی از بیع (تعهد مدنی) ساقط می‌شود و تعهد جدیدی ناشی از چک (تعهد تجاری) جایگزین آن می‌شود. از این رو، تبدیل تعهد به اعتبار موضوع صورت گرفته است.

- رابطه دینی پایه: بیع (سبب) = مشتری (متعهد) + بایع (متعهدله) ← ده میلیون (موضوع تعهد).
 - تبدیل تعهد: صدور چک = توافق مشتری و بایع دایر بر جایگزینی تعهد مدنی با تعهد تجاری.
 - رابطه جدید: چک (سبب) = صادرکننده (متعهد) + دارنده (متعهدله) ← ده میلیون (موضوع تعهد).

در یکی از نشست‌های قضایی، اکثریت قضاوت حقوقی در این باره چنین اظهار عقیده نموده‌اند:

با صدور چک از ناحیه مستأجر و دریافت آن توسط موجر تبدیل تعهد صورت می‌گیرد؛ یعنی ذمه مستأجر نسبت به اجاره‌بها بری می‌شود (بهرامی، ۱۳۸۹: ۴۴).

اینان برای اثبات دیدگاه خویش چنین استدلال کرده‌اند:

موجر نمی‌تواند علاوه بر دریافت چک و استفاده از مزایای آن... راجع به همان اجاره‌بها اقامه دعوی و درخواست تخلیه نماید. شناختن این حق برای موجر به معنی آن است که مستأجر افزون بر تعهد سابق مبنی بر پرداخت مال‌الاجاره و تحمل

۱. این مثال در مباحث آتی نیز پایه بحث قرار می‌گیرد.

ضمانت اجرای عدم پرداخت و تخلیه مورد اجاره، نسبت به مبلغ چک نیز از حیث حقوقی و کیفری متعهد گردد. به سخن دیگر، تعهد او مضاعف شود. در حالی که طرفین چنین قصدی نداشته‌اند بلکه اراده آن‌ها از صدور و دریافت چک، تبدیل تعهد سابق به تعهد جدید و لاحق بوده است. به علاوه گفته شده اشتغال ذمتین به دین واحد صحیح نیست لذا نمی‌توان برای دین واحد اشتغال ذمتین ایجاد نمود و فرد را از دو جهت مشغول‌الذمه نمود (همان: ۴۶).

دلیل دیگر بر وقوع تبدیل تعهد این است که تعهد ناشی از چک، تعهدی تجاری و متفاوت از تعهد مدنی است. این تفاوت‌ها را می‌توان این گونه شماره کرد: وصف تجریدی و اصل عدم توجه ایرادات، امکان مراجعه به دادگاه تخصصی، معافیت از پرداخت خسارت احتمالی، قابلیت نقل و انتقال، مسئولیت تضامنی، استفاده از امتیاز طرح دعوی حقوقی و کیفری، مراجعه به دایره ثبت (همان: ۵۰). در این دیدگاه، با ذکر تفاوت‌های تعهد ناشی از چک با تعهدات مدنی تلاش شده که تعهد مدنی و تعهد تجاری ناشی از سند تجاری را متفاوت نشان دهند. بدین‌سان نتیجه گرفته شده که تبدیل تعهد به اعتبار موضوع صورت گرفته است. بنیان‌های این دیدگاه را می‌توان از چند جهت بر هم ریخت:

نخست اینکه موضوع تعهد در هر دو رابطه یعنی بیع و چک، مبلغ ده میلیون تومان است و از این جهت دگرگونی اتفاق نیفتاده است. بلکه طرفین با توافق در قالب چک امتیازات بیشتری برای متعهدله در نظر گرفته‌اند. به گفته دیگر، دو تعهدی که موضوع تبدیل واقع می‌شوند باید در عناصر اصلی خود با هم اختلاف داشته باشند. بدین ترتیب اگر تعهد جدید با تعهد قدیم یکسان باشد، عمل حقوقی واقع شده در حقیقت تأییدی بر تعهد قدیم است (باقری، ۱۳۸۲: ۲۳۹). بنابراین رکن اصلی تبدیل تعهد به اعتبار موضوع، یعنی دگرگونی موضوع واقع نشده، در نتیجه تبدیل تعهد منتفی است (ستوده تهرانی، ۱۳۷۵: ۱۶۶؛ کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۳۲۴؛ شیوارضی، ۱۳۴۸: ۶۵؛ شهیدی، ۱۳۸۱: ۱۲۸؛ اسکینی، ۱۳۸۵: ۲۳۳). اقلیت قضاوت حقوقی پیش‌گفته را نیز می‌توان به این دسته از حقوق‌دانان افزود. اینان گفته‌اند:

صرف صدور چک، حقوق و تکالیف گذشته طرفین را از بین نمی‌برد و تبدیل تعهد

نمی‌شود. لاوصول ماندن چک به معنای آن است که تعهد سابق به قوت خود باقی است (بهرامی، ۱۳۸۹: ۴۵).

در نظریه شماره ۶۷۹۱/۷ مورخ ۱۳۷۸/۱۱/۱۶ اداره حقوقی قوه قضاییه نیز همین دیدگاه تأیید شده است:

صدور چک از سوی مشتری... ارتباطی به تبدیل تعهد ندارد. صدور چک از این حیث، انطباق با ماده ۳۱۵ ق.ت. دارد... طبعاً مقررات قانون تجارت و صدور چک بی‌محل حسب مورد در این باره قابل اعمال است.

از این رو می‌توان گفت که صدور چک عمل حقوقی است که اثر آن نه ایجاد تعهد جدید بلکه وسیله‌ای برای وصول طلب پیشین است با این امتیاز که سند اثباتی طلب پیشین نیز به شمار می‌رود. در واقع، این اوصاف بیش از آنکه وجود تعهد جدیدی را اثبات کند به تغییر اوصاف تعهد سابق می‌ماند.

دوم اینکه تفاوت‌هایی که میان تعهد مدنی و تجاری گفته شد، بدان گستردگی مورد قبول نیست: دادگاه تخصصی در حقوق ایران پیش‌بینی نشده است؛ معافیت از خسارت احتمالی موضوع ماده ۱۰۸ ق.آ.د.م. فقط در صورتی مطرح است که اقامه دعوی شود و خواهان مطالبه تأمین خواسته نماید؛ وصف تجریدی و اصل عدم ایرادات و مسئولیت تضامنی موضوع ماده ۲۴۹ زمانی اجرا می‌شوند که دست کم یک بار چک منتقل شده باشد. در واقع، در مقابل دارنده با حسن نیت، روابط شخصی میان صادرکننده و دارنده نخست قابل استناد نیست در حالی که بحث در ماهیت صدور چک و قبل از انتقال چک است.

سوم اینکه این دیدگاه بر خلاف قصد مشترک طرفین است. چه، طرفین در صدور چک قصد دارند تا وسیله مطمئن تری را ایجاد نمایند نه اینکه تعهد سابق را ساقط نمایند. به گفته دیگر نه تنها طرفین قصد دارند که رابطه دینی پیشین را حفظ نمایند بلکه با صدور چک می‌خواهند که آن را تقویت نمایند نه اینکه بنیان آن را به هم ریزند (گلدوزیان، ۱۳۸۴: ۲۷۸؛ حسنی، ۱۳۸۹: ۶۷/۳؛ عابدیان، ۱۳۸۶: ش ۵۷/۲۳). بازتاب این طرز تلقی را می‌توان در رأی اصراری شماره ۵۷۵ مورخ ۱۳۲۷/۳/۴ دیوان عالی کشور مشاهده نمود (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۳۳۵). موضوع از این قرار بوده است که الف بابت دین ب

(اجاره‌بها) چکی را صادر می‌نماید. پس از عدم پرداخت اجاره‌بها، ج متعهد به پرداخت دین ب می‌گردد. با این حال، موجر وجه چک را مطالبه می‌کند. در اینجا اختلاف حاصل می‌گردد که آیا با تعهد شخص ج از دین ب، تبدیل تعهد صورت گرفته است یا خیر (با تحقق تبدیل تعهد، تعهد ب ساقط و به تبع آن ضمانت الف از آن نیز ساقط می‌گردد و مسئولیتی برای پرداخت وجه چک ندارد). در نهایت دیوان عالی کشور از جهت اینکه قصد تبدیل تعهد به صراحت در توافق طرفین منعکس نشده است، رأی به عدم تحقق تبدیل تعهد صادر می‌نماید.

چهارم اینکه با توجه به مباحث پیشین، نادرستی دلیل دوم اکثریت قضات نشست قضایی پیش‌گفته نیز روشن می‌گردد؛ چرا که وقتی چک تعهد جدیدی را به وجود نیاورد بحث امکان مطالبه هر دو تعهد با هم نیز منتفی است. چه، یک تعهد وجود دارد که دو راه برای وصول آن مطرح است. متعهدله می‌تواند از هر یک از این دو راه استفاده نماید. بر این پایه، اشتغال ذمه از دو جهت به دین واحد نیز منتفی است.

پنجم اینکه اصل بر عدم تبدیل تعهد است و در مقام تردید اصل عدم جاری می‌گردد (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۳۲۲؛ شهیدی، ۱۳۸۱: ۱۶۵؛ اسکینی، ۱۳۸۵: ۲۳۳؛ بهرامی، ۱۳۸۹: ۴۸؛ نیک‌فرجام، ۱۳۸۳: ش ۳۲-۳۳/۱۲۰). بنابراین تبدیل تعهد باید احراز گردد و با دودلی نمی‌توان بر آن حکم راند.

بر بنیاد آنچه گذشت، انطباق نهاد تبدیل تعهد بر چک قابل پذیرش نیست.

۲. انتقال طلب

انتقال طلب به جابه‌جایی طلب از دارایی طلبکار به دارایی دیگری گفته می‌شود. در این جابه‌جایی، انتقال‌گیرنده جانشین انتقال‌دهنده می‌شود و از همان مزایا برخوردار است. این رابطه، میان طلبکار و ثالث واقع می‌شود و مدیون در آن نقشی ندارد (امامی، ۱۳۷۱: ۲۴۵/۲؛ کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۲۵۱؛ شهیدی، ۱۳۸۱: ۱۶۶؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۳/۳۴۱). اگرچه انتقال طلب در قانون مدنی به طور مستقل پیش‌بینی نشده (امامی، ۱۳۷۱: ۲/۲۴۶)، پاره‌ای از نویسندگان بر این باورند که در بند سه از ماده ۲۹۲ نیز انتقال طلب پیش‌بینی شده و نهادستی تبدیل تعهد به اعتبار متعهدله کنار گذاشته شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۲۴۸؛ ساعی،

۱۳۸۶: ش ۱۵۲/۲). بر خلاف اینان، برخی عقیده دارند که بند سه به درستی از حقوق فرانسه ترجمه نشده است و بند سه همان تبدیل تعهد به اعتبار متعهدله است (امامی، ۱۳۷۱: ۳۴۰/۱؛ شهیدی، ۱۳۸۱: ۱۵۲). در هر حال، انتقال طلب به عنوان یک ماهیت حقوقی پذیرفته شده است. درباره ماهیت صدور چک، یکی از حقوق دانان بر این باور است که: اختلاف در آثار نباید موجب شود که عمل صدور چک را ماهیتاً انتقال طلب ندانیم؛ زیرا تردیدی نیست که صادرکننده قصد انتقال طلب دارد (کاویانی، ۱۳۸۹: ۲۰).

تصویر انتقال بدین صورت است که صادرکننده، طلب خود از بانک را به ثالث (دارنده) منتقل می‌نماید. در این دیدگاه تنها به قصد طرفین به عنوان دلیل اشاره شده است.

- رابطه دینی نخست: بیع = بایع (طلبکار) + مشتری (بدهکار) ← ثمن (موضوع).
 - رابطه دوم: حساب جاری = صاحب حساب (مشتری = طلبکار) + بانک (بدهکار) ← پول (موضوع).
 - انتقال طلب: چک = توافق بایع و مشتری بر انتقال طلب مشتری از بانک به بایع.
 - اثر انتقال طلب: بانک (متعهد) + دارنده چک (متعهدله = بایع) ← موضوع تعهد: وجه نقد.

اثر طبیعی انتقال طلب این است که طلبکار رابطه دوم (صاحب حساب) که در رابطه نخست مشتری است با صدور چک، طلب خود از بانک را به بایع منتقل نموده است. بدین سان طلب بایع از مشتری ساقط می‌گردد و بانک نیز در برابر صاحب حساب (مشتری در رابطه نخست) دیگری بدهی ندارد. در واقع با صدور چک، بنیان دو رابطه دینی به هم ریخته و رابطه جدیدی بر آن بنا می‌گردد.

این دیدگاه به دلیل عدم انطباق با احکام چک پذیرفتنی نیست؛ زیرا نخست اینکه اگر صادرکننده وجهی در حساب خود نداشته باشد چیزی وجود ندارد تا با صدور چک منتقل شود، به ویژه اینکه اگر چک بلامحل باشد همچنان چک است (اسکینی، ۱۳۸۵: ۶۰). حتی فراتر از آن، اگر چک از حساب مسدود کشیده شود باز هم چک خواهد بود^۱

۱. در این باره در رأی وحدت رویه شماره ۳۴ مورخ ۱۳۵۲/۳/۲۹ هیئت عمومی دیوان عالی کشور می‌خوانیم: «چکی که از حساب مسدود صادر شده است موضوعاً از شمول ماده ۳ قانون صدور چک مصوب خرداد ماه ۱۳۴۴ (ماده ۳ قانون صدور چک فعلی) خارج نیست؛ زیرا بر حسب مدلول ماده مزبور، چک بلامحل اعم است از اینکه معادل وجه چک، صادرکننده، محل از نقد و اعتبار در بانک محال علیه نداشته و یا چک از حساب مسدود صادر شده...».

(ماده ۱۰ قانون صدور چک).^۱ دوم اینکه در انتقال طلب، انتقال‌دهنده مسئولیتی برای پرداخت آن ندارد و پرداخت متوجه مدیون است در حالی که به استناد مواد ۲۴۹ و ۳۱۴ ق.ت. و مواد ۲، ۳ و ۷ قانون چک، فقط صادرکننده (مشتري = انتقال‌دهنده طلب) متعهد به پرداخت وجه چک است و مسئولیت بانک در پرداخت وجه چک (ماده ۳۱۳ ق.ت.) منوط به تأمین محل چک از سوی صادرکننده است (ماده ۳ قانون چک) و ناشی از قرارداد چک نبوده بلکه از قرارداد حساب جاری ناشی شده است. سوم اینکه در صورت وقوع انتقال طلب، صادرکننده دیگر نباید اختیاری بر حساب خود داشته باشد در حالی که وی می‌تواند هر لحظه حساب خود را خالی نماید، حتی اگر بعد از سررسید چک و پیش از وصول آن باشد می‌تواند دستور عدم پرداخت وجه چک را بدهد. چهارم اینکه نه تنها قصد طرفین بر انتقال طلب محرز نیست بلکه در پرداخت وجه چک بلامحل، دارنده از بانک توقعی ندارد و فقط صادرکننده را مسئول می‌شناسد.

۳. حواله

ماده ۷۲۴ ق.م. در تعریف حواله آورده است:

حواله عقدی است که به موجب آن، طلب شخصی از ذمه مدیون به ذمه شخص ثالثی منتقل می‌گردد. مدیون را محیل، طلبکار را محتال، شخص ثالث را محال‌علیه می‌گویند.

در حواله دو رابطه دینی وجود دارد که مستقل از هم هستند و از سه شخص تشکیل شده‌اند. حواله این دو رابطه را به هم ارتباط می‌دهد. به دیگر سخن، حواله دو رابطه دینی را ادغام و به یک رابطه جدید فرو می‌کاهد.

- رابطه دینی نخست: طلبکار (الف) + مدیون (ب) ← دین: ده میلیون

- رابطه دینی دوم: مدیون (الف) + طلبکار (ج) ← دین: ده میلیون

- حواله: محیل (مدیون دوم) + محتال (طلبکار دوم) + محال‌علیه (مدیون نخست) ← ده میلیون

در مورد چک نیز ماده ۳۱۰ ق.ت. آورده است:

۱. هر کس با علم به بسته بودن حساب بانکی خود مبادرت به صدور چک نماید، عمل وی در حکم صدور چک بی‌محل خواهد بود و به حداکثر مجازات مندرج در ماده ۷ محکوم خواهد شد....

چک نوشته‌ای است که به موجب آن، صادرکننده وجوهی را که در نزد محال‌علیه دارد کلاً یا بعضاً مسترد یا به دیگری واگذار می‌نماید.

بر این پایه، در چک نیز سه شخص دخیل هستند و به طور معمول دو رابطه دینی وجود دارد که چک این دو رابطه را به هم مربوط می‌کند.^۱ بدین سان این دو نهاد به هم شبیه‌اند. از همین جهت است که قانون‌گذار در هر دو از واژه «محال‌علیه» استفاده نموده است.

- رابطه دینی نخست: حساب جاری = طلبکار (الف) + مدیون (بانک) ← دین: ده میلیون
 - رابطه دینی دوم: مدیون (الف) + طلبکار (ج) ← دین: ده میلیون
 - چک: محیل (مدیون دوم) + محال (طلبکار دوم) + محال‌علیه (مدیون اول = بانک) ← ده میلیون

بر پایه همین شباهت‌ها، گروهی از نویسندگان بر این باورند که ماهیت حقوقی چک، عقد حواله است. اینان می‌گویند که چک حواله‌ای است که متناسب با مقتضیات بازرگانی عصر ماشین تکامل یافته است؛ زیرا حواله هم جز این نیست که شخص بستانکار، طلب خود را به عهده دیگری حواله می‌دهد. بنابراین چک در این صورت تقریباً با حواله یکی گردیده و عقد حواله به عمل منتهی به صدور چک منصرف می‌گردد (درخشان، ۱۳۳۹: ش ۱۶-۱۴/۷۰؛ حبیب‌زاده، ۱۳۸۰: ۲۰۷؛ افتخاری، ۱۳۷۹: ۲۴۳).

این دیدگاه در رأی وحدت رویه شماره ۶۸۸ مورخ ۱۳۸۵/۳/۲۳ هیئت عمومی دیوان عالی کشور^۲ نیز بازتاب داشته است:

... چک در وجه ثالث، با تکیه بر ترکیب محال‌علیه در ماده ۳۱۰ ق.ت. نوعی حواله محسوب است که قواعد ماده ۷۲۴ ق.م. حاکم بر آن می‌باشد و از این نظر با توجه به مبلغ مقید در آن، جزء اموال منقول بوده و همچنان مصداقی از ماده ۱۳ مسوق‌الذکر (قانون آیین دادرسی مدنی) می‌تواند باشد. بی‌تردید دارنده می‌تواند تخییراً به دادگاه محل وقوع عقد یا قرارداد، یعنی محل صدور چک، یا به دادگاه محل انجام تعهد، یعنی محل استقرار بانک محال‌علیه، و یا با عنایت به قاعده عمومی صلاحیت نسبی موضوع ماده ۱۱ ق.آ.د.م. برای اقامه دعوی به دادگاه محل اقامت خوانده مراجعه کند....

۱. البته رابطه دینی نخست به مسامحه رابطه دینی نامیده شده است؛ چون ممکن است که صاحب حساب پولی در حسابش نداشته باشد تا طلبکار باشد. حتی اگر حساب دارای موجودی باشد باز هم بانک در حفظ آن امین و متعهد به تحویل وجه به کسی است که صادرکننده دستور می‌دهد.
 ۲. این رأی با اکثریت ۷۶ نفر از ۱۳۴ نفر صادر شده است (عابدیان، ۱۳۸۶: ش ۵۳/۲۳).

در این رأی، اختلاف درباره دادگاه صالح در دعوی رسیدگی به چک است. بعضی آن را مال منقول و در نتیجه مشمول قاعده صلاحیت محل اقامت خواننده، دانسته بودند، اما گروهی دیگر چک را به اعتبار وجه مندرج در آن، مال منقول دانسته و به اعتبار تحقق آن، نوعی عقد حواله شناخته بودند. دیوان عالی کشور در مقام حل اختلاف، نظر دوم را تأیید نموده است. همان‌گونه که مشاهده می‌شود دیوان در جهت موضوعی رأی خود (دلیل بر حکم) چک را نوعی حواله دانسته است.^۱ در داوری در مورد این دیدگاه، بایسته است که قواعد حاکم بر این دو نهاد با هم مقایسه شوند. از این رو، مواد قانون مدنی در مورد حواله با مقررات چک مقایسه می‌گردند.

یکم) برابر ماده ۷۲۴ ق.م.:

حواله عقدی است که به موجب آن، طلب شخصی از ذمه مدیون به ذمه شخص ثالثی منتقل می‌گردد.

بر این پایه، مهم‌ترین اثر حواله، انتقال دین است (امامی، ۱۳۷۱: ۲/۲۸۸؛ کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۴/۳۹۲). اما در چک، دین صادرکننده به دارنده، به ذمه بانک منتقل نمی‌شود بلکه بانک در صورت وجود محل بر اساس قرارداد حساب جاری و نه قرارداد چک، آن وجه را در قبال ارائه چک پرداخت می‌نماید. در این صورت، چنانچه چک بی‌محل باشد بانک مکلف است گواهینامه عدم پرداخت صادر نماید (ماده ۴ ق.ج).^۲ در حالی که اگر دین منتقل شده بود بانک وظیفه داشت چک را کارسازی نماید. افزون بر آن، در حواله یک عمل میان دو رابطه دینی ارتباط برقرار می‌نماید اما در چک این ارتباط توسط چک به تنهایی ایجاد نمی‌گردد بلکه قرارداد حساب جاری نیز دخیل است.

دوم) برابر ماده ۷۲۵ ق.م.، حواله عقدی است که با ایجاب از سوی محیل، با رضایت محتال و با قبول محال‌علیه واقع می‌گردد.^۳ بنابراین محال‌علیه می‌تواند ایجاب

۱. برای ملاحظه نقد این رأی از جهات مختلف، ر.ک: همان.

۲. ماده ۴ ق.ج.: «هر گاه وجه چک به علتی... پرداخت نگردد، بانک مکلف است در برگ مخصوصی... علت یا علل عدم پرداخت را صریحاً قید و آن را امضا و مهر نموده و آن را به دارنده چک تسلیم نماید».

۳. در فقه نیز صرف‌نظر از اختلافاتی که در ماهیت حواله و ارکان آن وجود دارد، رضایت هر سه شخص لازم دانسته شده است (حسینی عاملی، ۱۴۱۵: ۴۰۴/۵؛ نجفی، بی‌تا: ۱۶/۲۶؛ عاملی جبعی، بی‌تا: ۳۶۶/۱؛ طوسی، ۱۳۸۷: ۳۱۲/۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۷۸۴/۲؛ موسوی خمینی، ۱۳۸۵: ۳۱/۲).

حواله را قبول نماید یا آن را رد کند. در حالی که در چک، بانک بر پایه قرارداد حساب جاری موظف است چک را بپذیرد و در ایجاد چک نیز نقشی ندارد. به سخنی دیگر، به رغم ظاهر چک، این عمل، دو طرفه است و دخالت بانک بر اساس قرارداد حساب جاری است. در حالی که عقد حواله سه طرفه است.

سوم) در ماده ۷۲۶ می‌خوانیم:

اگر در مورد حواله، محیل مدیون محتال نباشد احکام حواله در آن جاری نخواهد بود.^۱

در چک، مدیون بودن صادرکننده به دارنده از شرایط صحت چک نیست، بلکه به عکس صادرکننده می‌تواند پیرو عقد قرض، از چک به عنوان وسیله پرداخت مبلغی که در عقد قرض تعیین شده، استفاده نماید. بنابراین در چک نه تنها صادرکننده لازم نیست مدیون دارنده باشد بلکه ممکن است طلبکار او باشد.

چهارم) در ماده ۷۲۷ آمده است:

برای صحت حواله لازم نیست که محال علیه مدیون به محیل باشد در این صورت محال علیه پس از قبولی در حکم ضامن است.

ماده ۷۳۱ ق.م. نیز از آثار ضامن بودن محال علیه است. بنابراین اگر محال علیه مدیون به محیل نباشد حواله محقق نخواهد بود در حالی که در چک، وجود محل برای چک تأثیری در تحقق عقد چک ندارد، بلکه اگر محل چک تأمین نشده باشد بانک فقط تکلیف به صدور گواهی نامه عدم پرداخت دارد (ماده ۴ ق.ج.) و اگر صادرکننده موجودی کافی داشته باشد بانک مکلف به پرداخت خواهد بود و در هر دو صورت، قرارداد چک واقع شده است.

پنجم، در ماده ۷۲۸ نوشته شده است:

در صحت حواله، ملائت محال علیه شرط نیست.

در ماده ۷۲۹ نیز بیان شده است:

۱. «صادرکننده حواله می‌خواهد بدین وسیله مالی را به دوست خود قرض بدهد یا ببخشد یا وکالت دهد که مورد حواله را به نمایندگی او وصول کند به همین جهت رابطه آن دو به اقتضای موارد، تابع عقد قرض، هبه، یا وکالت است» (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۴/۳۹۳).

هر گاه در وقت حواله، محال‌علیه معسر بوده و محال جاهل به اعسار او باشد، محال می‌تواند حواله را فسخ و به محیل رجوع کند.

ناگفته پیداست که ملائت یا عدم ملائت بانک تأثیری در وصول چک ندارد. به دیگر سخن، در چک، بانک ضامن پرداخت وجه چک نیست تا اعسار او مؤثر باشد. حتی می‌توان پیشتر رفت و گفت که دست کم در کشور ما که ملائت بانک‌ها مسلم است هیچ سودی دستگیر دارنده چک نمی‌گردد.

ششم، در ماده ۷۳۰ مقرر شده است:

پس از تحقق حواله، ذمه محیل از دینی که حواله داده بری و ذمه محال‌علیه مشغول می‌شود.

وارونه آن، صادرکننده چک بعد از صدور آن همچنان مسئول پرداخت آن است (ماده ۲۴۹ ق.ت.ا). از این هم می‌توان پیشتر رفت، چه، صادرکننده تنها مسئول پرداخت است و بانک در صورتی وظیفه دارد وجه چک را پردازد که محل چک تأمین شده باشد. در واقع، این دو نهاد از نظر اثر یادشده، عکس هم هستند. در حواله فقط محال‌علیه ضامن است و محیل بری می‌گردد در حالی که در صدور چک فقط صادرکننده (محیل فرضی) ضامن است و دینی بر ذمه بانک (محال‌علیه فرضی) قرار نمی‌گیرد.^۱ چنان که ملاحظه می‌شود تفاوت‌ها چندان است که این دو ماهیت را کاملاً با یکدیگر بیگانه می‌سازد. با وجود این، دو نکته است که تردیدها را دامن می‌زند و نمی‌توان آن‌ها را بی‌پاسخ گذاشت؛ نخست اینکه قانون‌گذار از واژه «محال‌علیه» در ماده ۳۱۰ استفاده نموده است که عقد حواله را به ذهن تداعی می‌کند. دوم اینکه در رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور، چک نوعی حواله دانسته شده است. در پاسخ به نکته نخست می‌توان گفت که حتی اگر پذیرفته شود که کاربرد واژه یادشده، ظهور در عقد حواله داشته باشد، خلاف این ظهور با تحلیلی که از تفاوت‌های حواله و چک به دست داده شد، اثبات می‌گردد (ولیدی، ۱۳۸۷: ۱/۲۴۷).

۱. از مواد قانون مدنی در بحث حواله، تنها قاعده کلی لزوم و وابستگی انحلال عقد دوم بر قرارداد پایه، موضوع مواد ۷۳۲ و ۷۳۳ در مورد چک نیز جاری است. اما این قاعده کلی است و قاعده نخستین در عقود می‌باشد.

در تحلیل رأی وحدت رویه دیوان عالی نیز می‌توان گفت:

۱. منطوق رأی وحدت رویه یادشده در تعیین مرجع صالح است. در دلیلی که بر منطوق رأی اقامه شده (یعنی جهت موضوعی رأی)، آورده شده که چک نوعی حواله است. در اینجا سؤالی پدید می‌آید که آیا دلایل رأی وحدت رویه قضایی نیز به استناد ماده ۲۷۰ ق.آ.د.ک. باید مورد متابعت قرار بگیرند یا چنین نیست؟ در اعتبار امر قضاوت شده، مشهور حقوق دانان فقط منطوق رأی را دارای این اعتبار می‌شناسند ولی دلایل را دارای اعتبار یادشده نمی‌دانند (بهشتی و مردانی، ۱۳۸۵: ۲۶۲/۲؛ شمس، ۱۳۸۲: ۴۸۰/۲).^۱ در این باره، به بند ۶ ماده ۴۲۶ ق.آ.د.م.^۲ استناد شده و گفته شده است: پذیرش اعاده دادرسی به این جهت، مستلزم پذیرش امکان اقامه دعوی و مورد مناقشه قرار دادن و تکلیف ورود در رسیدگی به امری است که دادگاهی قبلاً در حکم خود، به عنوان اسباب موجهه... آن را محرز دانسته بود (شمس، ۱۳۸۲: ۴۸۰/۲).

با ملاک گیری از این بحث می‌توان گفت که لزوم اتباع از آرای هیئت عمومی دیوان عالی کشور نیز محدود به قسمت منطوق رأی است و شامل اسباب موجهه رأی نمی‌گردد. افزون بر آن، قانون‌گذاری در صلاحیت قوه مقننه است و اختیار هیئت عمومی دیوان عالی کشور محدود است (آخوندی، ۱۳۸۱: ۳۹۰/۴) و محدود نیز تفسیر می‌گردد؛ بدین معنا که تنها منطوق رأی الزام‌آور است نه جهات موضوعی آن. از این رو، اگر تردیدی پیش آید اصل عدم جاری می‌گردد.

۲. در این رأی، چک «نوعی حواله» شمرده شده است. این تعبیر حاکی از آن است که قضاوت دیوان از تفاوت‌های این دو آگاه بوده و چک را حواله ندانسته‌اند، بلکه آن را نوعی حواله شمرده‌اند. به گفته دیگر، در کنار حواله مدنی، چک، حواله تجاری است. جهت آن هم این است که در هر دو نهاد، سه شخص درگیرند و بحث پرداخت دین دیگری از سوی شخص ثالث است. اما این شباهت‌ها موجب نمی‌شود

۱. دکتر کاتوزیان این نظر را مشهور دانسته هر چند قائل به تفصیل شده است (کاتوزیان، ۱۳۷۳: ۱۷۵). اما آورده است «از اسباب حکم در دادرسی‌های دیگر نیز می‌توان استفاده کرد. ولی، در دادرسی جدید، دادگاه حق دارد آزادانه نسبت به ارزش آن اسباب اظهار نظر کند» (همان: ۱۷۹).

۲. (... ۶. حکم دادگاه مستند به اسنادی بوده که پس از صدور حکم جعلی بودن آنها ثابت شده باشد).

که این دو را یکی بدانیم. چه، در ماده ۳۱۴ ق.ت. ۱ احکام برات در مورد چک جاری دانسته شده که متفاوت با احکام حواله مدنی است. در واقع، مقررات مربوط به چک را نباید تابع اصول حواله که در قانون مدنی ذکر شده، دانست بلکه در این مورد، احکام برات که در قانون تجارت بیان شده، درباره چک نیز جاری است (ستوده تهرانی، ۱۳۷۵: ۱۰۱). در این باره نباید قائل بود که قضات دیوان عالی کشور از ماده یادشده غافل بوده و باور داشته‌اند که احکام حواله مدنی در مورد چک جاری می‌گردد. در نتیجه، حواله بودن این دو نهاد فقط از جهت عنوان مشابه یکدیگر است. به سخنی دیگر، برابر این دیدگاه، واژه «حواله» مشترک لفظی میان حواله مدنی و چک است، نه اینکه مشترک معنوی باشد.

۳. صرف قرارداد بودن چک که تقریباً همگان بر آن اتفاق نظر دارند، کافی است تا دعوی چک مشمول ماده ۱۳ ق.آ.د.م. قرار بگیرد و ضرورتی احساس نمی‌شود که چک نوعی عقد معین شمرده شود و معلوم نیست که قضات دیوان به چه انگیزه‌ای تلاش در شناسایی چک به عنوان عقد حواله داشته‌اند. با این همه، به نظر می‌رسد با توجه به گرایش خاص دیوان عالی، در توجیه این طرز تلقی بتوان گفت که چون شرط ابتدایی (عقد مستقل) به نظر اکثر فقها لازم‌الاتباع نیست آنان خواسته‌اند که قراردادی معین را منطبق بر چک بدانند و در این راستا، عقد حواله را شبیه‌ترین عقد به چک یافته‌اند.

۴. قرارداد مستقل

در مباحث پیشین روشن شد که عمل حقوقی صدور چک، قابل انطباق با تبدیل تعهد، حواله و انتقال طلب نیست. این بند می‌خواهد نشان دهد که صدور چک، قرارداد مستقلی است (ستوده تهرانی، ۱۳۷۵: ۱۶۶؛ کاتوزیان، ۱۳۷۳: ۳۲۴؛ اسکینی، ۱۳۸۵: ۲۳۳؛ شیوارضی، ۱۳۴۸: ۶۵؛ شامبیاتی، ۱۳۸۰: ۲۵۷/۲؛ جزایری فارسانی، ۱۳۷۵: ۱۵). پذیرش ماهیت قراردادی چک دشوار نیست؛ زیرا دیدگاه‌های دیگر نیز قرارداد بودن آن را می‌پذیرند اما در نوع

۱. ماده ۳۱۴ ق.ت. ۱: «... مقررات این قانون از ضمانت صادرکننده و ظهرنویس‌ها و اعتراض و اقامه دعوی ضمان و مفقود شدن راجع به بروات شامل چک نیز خواهد بود».

قرارداد اختلاف دارند. به گفته دیگر، تبدیل تعهد، انتقال طلب و حواله هر سه در زمره قراردادهای می‌باشند و در این زمینه اختلافی نیست بلکه در نوع قرارداد و در واقع در آثار آن، اختلاف نظر وجود دارد.^۱

۴-۱. تحلیل قرارداد

در تحلیل قرارداد چک می‌توان گفت که صدور چک به ویژه هنگامی که در وجه دیگری می‌باشد، ناشی از خواست طرفین است. صادرکننده نمی‌تواند با اراده تنهای خود چک را به وجود آورد و آن را بر دارنده تحمیل نماید بلکه دارنده نیز باید چک را قبول نماید. به گفته دیگر، به مانند هر قراردادی، در چک نیز دو طرف قرارداد وجود دارند که صادرکننده و دارنده می‌باشند. پس از ارائه پیشنهاد صادرکننده، دارنده می‌تواند از قبول آن خودداری نماید و از این جهت الزامی برای دارنده متصور نیست و صدور چک منوط به توافق طرفین است. این توافق نه تنها در اصل صدور بلکه در جزئیات آن نیز مانند تاریخ پرداخت، حامل یا در وجه شخص معین، و مبلغ آن نیز وجود دارد. باید افزود که به جهت مالی بودن این قرارداد، لازم است که طرفین اهلیت لازم را دارا باشند. در غیر این صورت، قرارداد چک حسب مورد غیر نافذ یا باطل خواهد بود. در زبان حقوق تجارت، این مسئله این گونه بیان می‌گردد که ایراد عدم اهلیت حتی در برابر دارنده ثالث با حسن نیت نیز پذیرفته می‌شود (اسکینی، ۱۳۸۵: ۹۹). در مورد نقش بانک نیز باید گفت که بانک نماینده صادرکننده بوده که بر اساس قرارداد حساب جاری متعهد به پرداخت وجه موجود در حساب صادرکننده به دارنده چک است. بر این بنیاد، در انعقاد قرارداد چک، نقشی برای بانک متصور نیست و

۱. با وجود این، به نظر می‌رسد که دکتر شهیدی یکی از مخالفان اندک ماهیت قراردادی چک باشد، آنجا که در مورد برات نوشته است: «به هنگام تسلیم برات، طرفین هدفی جز فراهم ساختن وسیله خاصی جهت ایفاء تعهدی که قبلاً موجود بوده است ندارند و قرارداد جدیدی که مولد تعهدی مستقل و جدا از تعهد پیشین باشد مورد اراده و انشای ایشان قرار نمی‌گیرد» (شهیدی، ۱۳۸۱: ۱۶۶). این دیدگاه، نافی تبدیل تعهد، حواله و انتقال طلب است. اما از حیث آثار، با دیدگاه پذیرفته‌شده در این جستار یکسان است. با این همه، در این صورت صدور چک یک واقعه حقوقی خواهد بود. در حالی که آثار چک، مورد خواست طرفین بوده و این گونه نیست که قانون آن آثار را بر چک صرف نظر از اراده طرفین بار نموده باشد. وانگهی توجیه احکام چک مانند مسئولیت، ظهرونیسی با واقعه حقوقی دشوار است.

تعهد به پرداخت نیز ناشی از همان قرارداد حساب جاری است.^۱ در واقع، بانک بر اساس قرارداد حساب جاری، نماینده صادرکننده چک در پرداخت وجوه می‌باشد.

۲-۴. توصیف قرارداد

با توجه به تقسیم‌هایی که در حقوق قراردادها مطرح بوده، بایسته است که جایگاه قرارداد چک در هر یک از این تقسیم‌ها روشن شود.

الف) تشریفاتی بودن: چک قراردادی تشریفاتی است. بنابراین، نخست اینکه باید به صورت نوشته تنظیم گردد. دوم اینکه فرم چاپی مخصوص دارد که از سوی بانک‌ها تهیه می‌شود. سوم اینکه باید موارد خاصی در آن ذکر گردد. در این باره می‌توان به ماده ۳۱۱ ق.ت.^۲ اشاره نمود. در غیر این صورت، برگ صادره، چک به شمار نمی‌آید (تبصره ماده ۱۹ ق.ت.). بر همین بنیان است که ایرادات شکلی در اسناد تجاری مسموع بوده و در زمره استثنائات اصل عدم توجه ایرادت قرار می‌گیرد (ستوده تهرانی، ۱۳۷۵: ۷۸؛ اسکینی، ۱۳۸۵: ۹۹). با این همه، در خصوص برخی مندرجات مانند تاریخ، مبلغ و نام دارنده، طرفین می‌توانند توافق نمایند که پس از صدور چک در آن درج شود. به تعبیر دیگر چک سفیدامضا صادر گردد (بند الف ماده ۱۲ ق.چ.). اما این توافق، تنها تراضی در جهت تأخیر در تکمیل قرارداد است وگرنه تا این مندرجات به چک افزوده نشود قرارداد به طور کامل محقق نمی‌شود.

ب) معین بودن: با توجه به اینکه صدور چک در قوانین پیش‌بینی شده، صدور چک یک عقد معین بوده که احکام آن در قوانین بیان شده است.

ج) عهدی بودن: صدور چک موجب تملیک مالی نیست بلکه ایجادکننده یک سری تعهدات است. در واقع، تملیک در رابطه پایه صورت پذیرفته و چک نحوه تسلیم (پرداخت) را تعیین می‌کند؛ برای نمونه، چک این حق را برای دارنده به وجود می‌آورد تا

۱. باید افزود همان گونه که نمایندگی در مرحله پرداخت وجه چک وجود دارد، در صدور چک و دریافت وجه آن نیز نمایندگی ممکن است (ماده ۱۱ و ماده ۱۹ ق.چ.). این دو نوع نمایندگی نیز تابع قرارداد مستقل از چک خواهند بود. بنابراین نمایندگی ناشی از حساب جاری و سایر نمایندگی‌های پیش‌گفته در عین حالی که با چک مرتبطاند اما مستقل از قرارداد چک هستند.

۲. «در چک باید محل و تاریخ صدور قید شده و به امضای صادرکننده برسد...».

با ارائه آن به بانک، وجه آن را مطالبه نماید و در برابر، این تعهد برای صادرکننده به وجود می‌آید که در تاریخ مندرج در چک، موجودی کافی داشته باشد. ماده ۳ ق.ج. می‌گوید: صادرکننده چک باید در تاریخ مندرج در آن، معادل مبلغ مذکور در بانک محال‌علیه وجه نقد داشته باشد....

همچنین دارنده تعهد قانونی دارد تا هنگام دریافت وجه چک، ظهر آن را امضا یا مهر نماید (ماده ۳۱۶ ق.ت.) و در صورت فاقد محل بودن آن، اقدام به واخواست (گواهی عدم پرداخت) نماید. افزون بر تعهدات طرفین، یکی از آثار اصلی قرارداد چک، دستور پرداخت به بانک برای پرداخت وجه موجود در حساب است. از این رو می‌توان گفت که اثر اصلی برخی عقود، ایجاد دستور پرداخت است؛ مانند چک، حواله بر بری، برات. از این عقود می‌توان به عقود دستوری یاد کرد.^۱ همچنین تعهدی به ضرر شخص ثالث (بانک) به وجود می‌آید. اما از آنجا که ثالث از پیش در قرارداد حساب جاری بدان رضایت داده است از نظر حقوقی مانعی در سر راه آن وجود ندارد.

(د) **تبعی بودن:** چک مانند عقد ضمان و حواله، قراردادی تبعی است که به اعتبار رابطه دینی پایه ایجاد می‌شود. البته ممکن است که چک برای رابطه دینی فرضی ایجاد شود تا اگر در آینده رابطه دینی قطعی شد، چک نیز قطعی گردد اما اگر رابطه دینی منتفی گردد چک نیز منشأ وجودی خود را از دست می‌دهد و دارنده باید آن را مسترد نماید. در این باره، در بند ج ماده ۱۳ قانون چک در بیان یکی از مواردی که مسئولیت کیفری بر چک مترتب نمی‌شود، آمده است:

چنانچه در متن چک قید شده باشد که چک بابت تضمین انجام معامله یا تعهدی است.

در این موارد، متعهد اگر تعهد مورد ضمانت خویش را انجام دهد، رابطه دینی پایه چک منتفی می‌گردد. وارونه آن، اگر انجام نشود رابطه دینی قطعی می‌گردد.

(ه) **شرط قراردادی:** چک نیز مانند هر قرارداد دیگری می‌تواند مشروط باشد در این صورت مسئولیت کیفری صادرکننده ساقط می‌شود^۲ و در برابر طرفین معتبر است ولی

۱. یکی از نویسندگان، «نهاد دستور پرداخت» را به عنوان نهادی مستقل به نقل از امام سرخسی (از فقهای حنفی) مورد اشاره قرار داده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۱۶۶).

۲. بند ب ماده ۱۳ ق.ج.: «هر گاه در متن چک، وصول وجه آن منوط به تحقق شرطی شده باشد».

بانک به شرط توجهی نمی‌کند^۱ و پرداخت چک را در تاریخ خود انجام می‌دهد. چه، بانک امکان رسیدگی به تحقق شرط را ندارد. همچنین برابر ماده ۱۸۶ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی مصوب ۱۳۸۷/۶/۱۱، دعوی صادرکننده چک در مورد مطالبی که گاهی به عنوان بابت در متن چک نوشته می‌شود و همچنین مطالب مذکور در ظهر چک در مورد ظهرنویس در اداره ثبت قابل رسیدگی نمی‌باشد. با وجود این، یکی از شروط، شرط اجل است که از سوی بانک نیز باید رعایت شود. چنان که مطابق ماده ۳ مکرر قانون چک، چک فقط در تاریخ مندرج در آن یا پس از آن، قابل وصول از بانک می‌باشد.

و) لزوم قرارداد: چک قراردادی لازم است. بدین معنا که صادرکننده یا دارنده نمی‌تواند این قرارداد را فسخ کند. نتیجه‌ای که از لزوم قرارداد گرفته می‌شود این است که دارنده باید به توافق پایبند باشد و نمی‌تواند با وجود در اختیار داشتن چک، از آن درگذرد و دین را در رابطه دینی پایه مطالبه نماید. به ویژه اگر چک مدت‌دار باشد ولی ثمن قراردادی حال باشد، دارنده نمی‌تواند پیش از سررسید به مطالبه ثمن پردازد و چک را نادیده بگیرد. یکی از نتایج لزوم قرارداد این است که فقط در برابر دارنده غیر قراردادی (مفقود شدن چک، سرقت و جعل آن) می‌توان دستور عدم پرداخت را به بانک داد. در صورتی که خلاف آن ثابت شود و دارنده چک، دارنده قراردادی باشد، صادرکننده دستور عدم پرداخت، دارای مسئولیت کیفری و مدنی خواهد بود (ماده ۱۴ ق.ج). یکی دیگر از احکام قرارداد لازم، امکان بروز خیار در آن است. بر این پایه، اگر چک بی‌محل گردد، چون صادرکننده قرارداد را نقض نموده است دارنده این حق را دارد که از چک درگذرد و از اختیارات خود در رابطه پایه سود بجوید. در واقع، دارنده با تعذر انجام تعهد، قرارداد چک را فسخ می‌نماید و به سراغ رابطه پایه می‌رود.^۲ بنابراین در این دیدگاه، دین پایه بدهکار ساقط نمی‌شود. در واقع، بی‌محل شدن چک

۱. ماده ۳ ق.ج.: «... هر گاه در متن چک، شرطی برای پرداخت ذکر شده باشد، بانک به آن شرط ترتیب اثر نخواهد داد».

۲. در حقوق مدنی، این توجیه منطبق با خیار تعذر تسلیم است. در تعریف آن گفته شده است که «هر گاه ناتوانی در تسلیم مورد معامله بعد از عقد عارض شود، خواه موجب آن طبیعت موضوع باشد یا در ناتوانی مالی متعهد، طرف دیگر عقد می‌تواند آن را فسخ کند» (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۳۳۹/۵).

بدین معناست که این وسیله کارایی ندارد. بنابراین طلبکار می‌تواند طلب پایه خویش را مطالبه نماید و از تمام حقوقی که قانون‌گذار در این رابطه پیش‌بینی نموده است استفاده نماید (اسکینی، ۱۳۸۵: ۲۳۳؛ کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۳۲۴؛ شیوارضوی، ۱۳۴۸: ۶۵؛ صقری، ۱۳۸۸: ۴۶۴). به طریق اولی دارنده نمی‌تواند از هر دو وسیله با هم استفاده نماید؛ چه، قصد مشترک طرفین بر این بوده که دین ناشی از رابطه پایه، در قالب چک وصول گردد و روشن است که هیچ صادرکننده‌ای نمی‌خواهد دو بار دین را بپردازد. بقای رابطه پایه را می‌توان از جهت دیگری توجیه نمود. بدین ترتیب که در اسناد تجاری، ایرادات شخصی در رابطه میان طرفین آن قابل استماع است. این امر زمانی امکان‌پذیر است که رابطه نخست و تعهد ناشی از آن باقی مانده باشد؛ برای نمونه، اگر پرداخت ثمن منوط به تحقق شرطی باشد، دادگاه حکم به پرداخت وجه چک نخواهد داد؛ زیرا ایراد شخصی در رابطه طرفین آن قابل استماع است. به گفته دیگر، استماع ایرادات شخصی در رابطه طرفین، منوط به بقای هر دو تعهد است.

اگرچه در فقه این نوع اشتغال ناممکن معرفی شده است (رشتی، بی‌تا: ۱۲۱؛ نجفی، بی‌تا: ۱۱۳/۲۶؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۵۰۵/۳) در مواردی مانند مسئولیت تضامنی غاصبان، توجیه‌هایی از سوی فقها برای پذیرش آن عنوان شده است؛ از جمله اینکه یک تعهد حقیقی وجود دارد و سایر تعهدها بدل از آن است (انصاری، ۱۴۱۵: ۵۰۵/۳؛ موسوی خویی، ۱۴۲۰: ۳۶۸). پاره‌ای از فقها نیز دین و التزام به تأدیه را از هم جدا نموده‌اند (نجفی، بی‌تا: ۱۱۳/۲۶).^۱ برخی نیز آن را به واجب کفایی تشبیه نموده‌اند (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶: ۸۳). در چک نیز وضعیت مشابهی وجود دارد. اگرچه متعهدله دو وسیله برای مطالبه دین خود دارد، از هر دو نمی‌تواند استفاده نماید، چنان که در مسئولیت تضامنی نمی‌توان دین را دو بار وصول نمود. به گفته دیگر، چک عقد لازم است و دارنده باید به توافق پایبند باشد و نمی‌تواند با وجود در اختیار داشتن چک از آن درگذرد و دین را در رابطه دینی پایه مطالبه نماید مگر اینکه چک بی‌محل گردد که در این صورت چون صادرکننده قرارداد

۱. جدایی دین و التزام به تأدیه در ماده ۶۹۹ قانون مدنی پذیرفته شده است. در این ماده آمده است: «تعلیق در ضمان مثل اینکه ضامن قید کند که اگر مدیون نداد من ضامنم، باطل است، ولی التزام به تأدیه ممکن است، معلق باشد».

را نقض نموده است، دارنده اختیار دارد که یا مسئولیت قراردادی او را در دادگاه مطرح نماید و یا اینکه از چک درگذرد و از اختیارات خود در رابطه پایه سود بجوید. به طریق اولی دارنده نمی‌تواند از هر دو وسیله با هم استفاده نماید؛ چه، قصد مشترک طرفین بر این بوده که دین ناشی از رابطه پایه، در قالب چک وصول گردد و روشن است که هیچ صادرکننده‌ای نمی‌خواهد که دو بار دین را پردازد و این از بدیهیات است. بر همین اساس بوده که در دیدگاه اقلیت قضات حقوقی در یکی از نشست‌های قضایی آمده است:

با صدور چک در مقام پرداخت اجاره‌بها به لحاظ توافق طرفین در تغییر وسیله و تاریخ پرداخت بایستی ابتدائاً وجه چک مطالبه شود و در صورت بلامحل بودن چک، تعهد اصلی همچنان پابرجاست و موجر در مقام مطالبه مال‌الاجاره، مخیر در استفاده از تعهد اصلی یا تعهد برواتی است (بهرامی، ۱۳۸۹: ۴۵).

۳-۴. مسئولیت قراردادی

در صورتی که صادرکننده به تعهد خود مبنی بر تأمین محل چک در سررسید عمل ننماید، مسئولیت قرارداد وی محقق می‌شود و دارنده می‌تواند از دو راه اقدام نماید. نخست اینکه برابر ماده ۲ ق.چ. چک در حکم سند لازم‌الاجراست و دارنده می‌تواند طبق قوانین و آیین‌نامه‌های مربوط به اجرای اسناد رسمی، وجه چک یا باقی‌مانده آن را از صادرکننده وصول نماید. دوم اینکه به دادخواهی در دادگاه مطابق ماده ۳۱۴ ق.ت. راجع به مواد ۲۴۹ و ۲۸۶ قانون یادشده پردازد. در مورد خسارت ناشی از تأخیر در انجام تعهد نیز چنان که تبصره ماده ۲ ق.چ. می‌گوید، دارنده چک می‌تواند محکومیت صادرکننده را نسبت به پرداخت کلیه خسارات و هزینه‌های واردشده از دادگاه تقاضا نماید.

نتیجه‌گیری

در مورد ماهیت حقوقی چک عادی که در وجه دیگری صادر شده، چهار دیدگاه عمده ارائه شده است:

۱. دیدگاه تبدیل تعهد به اعتبار موضوع: با صدور چک، تعهد پایه به تعهد تجاری ناشی از چک تبدیل می‌گردد. به گفته دیگر، تعهد تجاری ناشی از چک جایگزین

تعهد مدنی ناشی از قرارداد پایه می‌شود.

۲. دیدگاه انتقال طلب: تصویر انتقال بدین صورت است که صادرکننده، طلب خود از بانک را به ثالث (دارنده) منتقل می‌نماید.

۳. دیدگاه حواله: پاره‌ای از حقوق دانان با تکیه بر عبارت محال‌علیه در ماده ۳۱۰ ق.ت. و با توجه به اینکه در چک نیز مانند حواله، صادرکننده، طلبکار خود را به بدهکار خود ارجاع می‌دهد، بر این باورند که چک نیز حواله است.

۴. دیدگاه قرارداد مستقل: بسیاری از حقوق دانان باور دارند که صدور چک قراردادی مستقل است که به موجب آن وسیله‌ای ساده و مطمئن برای وصول طلب در اختیار طلبکار قرار داده می‌شود. بر این پایه، چک قراردادی بانام، تشریفاتی، عهدی، تبعی، لازم و در برخی موارد مشروط است که در صورت نقض تعهد از سوی صادرکننده، امکان طرح مسئولیت قراردادی و فسخ قرارداد و رجوع به رابطه پایه، پیش روی دارنده خواهد بود. در تحقق این قرارداد، بانک نقشی ندارد بلکه بر پایه قرارداد حساب جاری تکالیفی را در مورد چک بر عهده می‌گیرد.

مهم‌ترین تفاوت میان این دیدگاه‌ها را می‌توان این گونه به تصویر کشید که زمانی که چکی صادر می‌شود سخن از سه رابطه پیش می‌آید: نخست، رابطه دینی پایه میان صادرکننده و دارنده (مانند تعهد مشتری به پرداخت ثمن). دوم، رابطه میان دارنده دسته چک و بانک (قرارداد حساب جاری). سوم، رابطه‌ای که از چک به وجود می‌آید. برابر سه دیدگاه نخست، با صدور چک رابطه پایه ساقط می‌گردد و دارنده فقط می‌تواند از مزایای چک استفاده نماید. بنابراین بایعی که از مشتری بابت ثمن، چکی دریافت داشته است نمی‌تواند با بلامحل شدن چک به رابطه پایه خویش از جمله خیار تأخیر ثمن دست یازد. اما در دیدگاه قرارداد مستقل، رابطه نخست و دوم، پایه برای رابطه سوم قرار می‌گیرند، اما هر دو بر جای خود باقی می‌مانند. در نتیجه، بایعی که چک بی‌محل دریافت نموده، می‌تواند به انتخاب خود از ضمانت‌های اجرای بیع یا چک استفاده نماید. هر یک از ماهیت‌های سه گانه نخست، دارای ایرادات جدی هستند و تفاوت‌های آن‌ها با چک چندان است که ذهن را به استقلال ماهیت چک رهنمون می‌سازد.

کتاب‌شناسی

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم، حاشیه‌المکاسب، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۲. آخوندی، محمود، آیین دادرسی کیفری، چاپ دوم، قم، اشراق، ۱۳۸۱ ش.
۳. اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت (برات، سفته، قبض انبار، ... و چک)، چاپ چهاردهم، تهران، سمت، ۱۳۸۵ ش.
۴. افتخاری، جواد، حقوق تجارت ۳ (اسناد تجاری، بانکی...)، تهران، ققنوس، ۱۳۷۹ ش.
۵. امامی، حسن، حقوق مدنی، تهران، اسلامیه، ۱۳۷۱ ش.
۶. انصاری، مرتضی بن محمدامین، کتاب‌المکاسب، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۷. باقری، احمد، بررسی تحلیلی مبانی فقهی قانون مدنی سقوط تعهدات، تهران، آن، ۱۳۸۲ ش.
۸. بهرامی، بهرام، حقوق تجارت کاربردی، تهران، نگاه بینه، ۱۳۸۹ ش.
۹. بهشتی، محمدجواد و نادر مردانی، آیین دادرسی مدنی، تهران، میزان، ۱۳۸۵ ش.
۱۰. جزایری فارسانی، عباس، نگرشی بر قانون چک و تحولات اخیر آن، بی‌جا، ایل، ۱۳۷۵ ش.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفارق، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۶ ش.
۱۲. همو، عقد حواله، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۸ ش.
۱۳. حبیب‌زاده، محمدجعفر، حقوق جزای اختصاصی، تهران، سمت، ۱۳۸۰ ش.
۱۴. حسینی، حسن، حقوق تجارت، تهران، میزان، ۱۳۸۹ ش.
۱۵. حسینی عاملی، سیدجواد، مفتاح‌الکرامه فی شرح قواعد‌العلامه، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۱۵ ش.
۱۶. درخشان، علی‌اکبر، «چک»، مجله کانون وکلا، شماره ۷۰، ۱۳۳۹ ش.
۱۷. رشتی، میرزا حبیب‌الله، کتاب‌الغصب، قم، مؤسسه تحقیقات و نشر معارف اهل‌البيت، بی‌تا.
۱۸. ساعی، محمدهادی، «وضعیت تضمینات پس از انتقال طلب یا انتقال دین»، معارف اسلامی و حقوق، سال هشتم، شماره ۲، ۱۳۸۶ ش.
۱۹. ستوده تهرانی، حسن، حقوق تجارت، تهران، دادگستر، ۱۳۷۵ ش.
۲۰. شامبیاتی، هوشنگ، حقوق کیفری اختصاصی، تهران، ژوبین، ۱۳۸۰ ش.
۲۱. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، تهران، میزان، ۱۳۸۲ ش.
۲۲. شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، تهران، مجد، ۱۳۸۱ ش.
۲۳. شیوارضوی، کاظم، گردش چک، تهران، بی‌نا، ۱۳۴۸ ش.
۲۴. صقری، محمد، حقوق بازرگانی: اسناد تجاری، تهران، انتشار، ۱۳۸۸ ش.
۲۵. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، العروة الوثقی، بیروت، مؤسسة الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹ ش.
۲۶. طوسی، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، تهران، المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ش.
۲۷. عابدیان، میرحسین، «صلاحیت تخییری دادگاه محل استقرار بانک محال‌علیه در دعوی مطالبه وجه چک»، مجله الهیات و حقوق دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۲۳، ۱۳۸۶ ش.
۲۸. عاملی جبعی، زین‌الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیه، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، بی‌تا.

۲۹. کاتوزیان، ناصر، *اعتبار امر قضاوت شده در دعوی مدنی*، تهران، کانون وکلا، ۱۳۷۳ ش.

۳۰. همو، *عقود معین*، چاپ ششم، تهران، انتشار، ۱۳۸۹ ش.

۳۱. همو، *قواعد عمومی قراردادها*، چاپ ششم، تهران، انتشار، ۱۳۹۰ ش.

۳۲. همو، *نظریه عمومی تعهدات*، چاپ چهارم، تهران، میزان، ۱۳۸۶ ش.

۳۳. کاویانی، کوروش، *حقوق اسناد تجاری*، تهران، میزان، ۱۳۸۹ ش.

۳۴. کیایی، کریم، *حساب جاری*، بی جا، بی نا، ۱۳۴۶ ش.

۳۵. گلدوزیان، ایرج، *حقوق جزای اختصاصی*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۴ ش.

۳۶. موسوی خمینی، سیدروح الله، *تحریر الوسیله*، قم، دار العلم، ۱۳۸۵ ش.

۳۷. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، قم، نشر الفقاهه، ۱۴۲۰ ق.

۳۸. نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.

۳۹. نیک فرجام، کمال، «معامله اسناد تجاری و تبدیل تعهد»، *مجله دیدگاه های حقوقی*، شماره های ۳۲-۳۳، ۱۳۸۳ ش.

۴۰. ولیدی، محمد صالح، *حقوق جزای اختصاصی*، تهران، امیرکبیر، ۱۳۸۷ ش.

موجز المقالات

جريان الخيارات فى الإقالة

- محمّد حسن الصادقىّ المقدّم (أستاذ بجامعة طهران)
- علىّ ساعت جى (طالب بمرحلة الدكتورا بفرع القانون الخاصّ)
- هادى شعبانى كندسرى (طالب بمرحلة الدكتورا بفرع القانون الخاصّ)

فى الدراسة الحالية لقد نوقش جريان الخيارات فى الإقالة. من المعلوم أنّ طبق المادة ٢٨٣ من القانون المدنى، للطرفين بعد العقد أن يفاسخا أو يقبلا العقد. كما يظهر من كلمة الإقالة، أثر الإقالة فسخ العقد السابق يعنى مع رضا الطرفين، العقد المذكور ينحلّ. لكن السؤال الموجود هو أنّ هل الإقالة المذكورة قابلة للفسخ؟ وبعبارة أخرى هل تجرى الخيارات فى الإقالة؟ وفى الإجابة عن هذا السؤال نقول رأى أكثر الفقهاء وأساتذة القانون أنّ الإقالة نفسها غير قابلة للفسخ. مع ذلك بعد ملاحظة الموضوع فى أقوال كاتبى الفقه والقانون ودراسة الأدلة الاستنادية للمشهور ينتج لنا أنّ مع ملاحظة الماهية العقدية للإقالة جريان الخيارات فيها لا يواجه على أىّ مانع قانونى، لأنّ قاعدة لا ضرر مبدأ حكومة الإرادة ولزوم حرمة إرادة الطرفين يبرّر وجود الخيارات. فعليه على أساس

القاعدة لنا أن نقول أنّ الإقالة قابلة للفسخ، إلا إذا كانت إرادة الطرفين مخالفة لها إما تلوياً أو صراحة.

المفردات الرئيسية: الإقالة، العقد، الفسخ، إرادة الطرفين، لا ضرر.

دراسة الوضعيّة الحقوقيّة للعقد مع الجهة التشريعيّة في فقه الإماميّة

ضمن الدراسة المقارنة في القانون الإيراني والمصريّ

- السيّد محمّد هادي قبوليّ درأفشان (طالب بمرحلة الدكتوراه بفرع الفقه ومبادئ القانون الإسلاميّ)
- محمّد تقىّ الفخلعىّ (أستاذ بجامعة فردوسىّ بمشهد)
- محمّد حسن الحائرىّ (أستاذ بجامعة فردوسىّ بمشهد)

لا شكّ في أنّه دراسة الوضعيّة الحقوقيّة للعقد مع الجهة التشريعيّة ما زالت من المسائل التي كانت موضع النقاش لمحقّقى الفقه والقانون. في فقه الإماميّة والقانون الوضعيّ لإيران ومصر فورك بين الموضوع الذي دخلت الجهة التشريعيّة إلى حقل توافق الطرفين والموضوع الذي لا أثر للجهة التشريعيّة إلا كونها ذا جهة شخصية وداخلية لأحد المتعاملين والموضوع الذي للطرف الآخر العلم بها فقط. الدراسة الحاليّة تختصّ بالقسم الثالث أي الذي لم يدخل الدافع التشريعيّ إلى حقل توافق الطرفين. بالنسبة إلى حكم هذا القسم ثمة خلاف بين علماء الفقه الإماميّ والقانونيين الإيرانيين والمصريّين. والجدير بالذكر أنّ مشهور الفقهاء والقانونيين يرى أنّ صرف وجود العلم لا يكفي لبطلان العقد وحكموا بصحة هذا العقد. لكن غير المشهور ارتأى أنّ هذا العقد باطل. المشرع المدنيّ في المادّة ٢١٧ تبعاّ لرأى مشهور الفقهاء الإماميّ قال بصحة هذا العقد. الدراسة الحاليّة عبر استخدام أسلوب تحليليّ - توصيفيّ لقد درست آراء المذكورة من ناحية الفقهاء والقانونيين بشكل تحليليّ وضمن المناقشة ونقد رؤية مشهور الفقهاء والقانونيين أثبتت رؤية غير المشهور الفقهاء والقانونيين وارتأت أنّ رؤية غير المشهور أنسب وأطبق مع المصالح الاجتماعيّة والنظم العامّة والفلسفة الموجودة في المادّة ٢١٧ من القانون المدنيّ واقترحت إصلاح وتعديل هذه المادّة.

المفردات الرئيسية: الجهة غير الشرعيّة، العقد، فقه الإماميّة، الحقوق الوضعيّ لإيران،

حقوق مصر.

مبادئ تداوم الشخصية الحقوقية للإنسان بعد الموت في المذاهب الخمسة والحقوق الوضعي

□ فاطمة القدرتي

□ أستاذة مساعدة بجامعة ياسوج

ضمن الالتفات إلى الموازين الفقهيّة والحقوقية، كلّ أحد من بداية حياته صاحب الحياة الحقوقية؛ يعنى له أن يقع في مقابل الحقّ والتكاليف وله أن يقدم بالنسبة إلى إجراء تكاليفه وإحراز حقوقه. أمّا إذا مات الإنسان، تحصل تغييرات في وضعيته الحقوقية وأهليته ثمّ آراء عدّة بين المذاهب الفقهيّة الخمسة والحقوق الوضعي، مع أنّ أكثر الفقهاء والقانونيين يرون أنّ الموت هي نهاية أهلية الإنسان لكن يبدو مع الالتفات إلى المناقشات الواردة على هذه النظرية وكذلك استحكام مبادئ النظرية التي ترى الموت زمن نهاية أهلية الاستيفاء وترى أنّ بعد الموت أهلية التمتع باقية، فعليه ضرورة دراسة هذا الموضوع من جديد بما أنّه من مبادئ المباحث الفقهيّة والحقوقية ملحة جدًّا. هذه الدراسة قد تمّت مع أسلوب تحليلي - توصيفيّ وعبر استخدام المصادر المكتبيّة وفي سبيل إثبات قوام أهلية الإنسان وشخصيته بعد الموت والقانونيين ضمن إثبات بقاء ذمّة المتوفّي وكونه مورثًا للورثة يرثون كلّ ما في ذمّة المتوفّي. فالورثة قائمون مقام المتوفّي في استيفاء جميع حقوقه والحال أنّ استيفاء عدّة من الحقوق لا يمكن مع نظرية المشهور التي تقول بعدم أهلية المتوفّي، مستندًا إلى هذه النظرية لا يمكن استيفاء الحقوق ولا يمكن طلبها من باب حقّ المتوفّي. هذه النظرية توجب تغيير مفاد ونطاق حقّ المتوفّي.

المفردات الرئيسة: تداوم الشخصية الحقوقية، الذمّة، الأهلية، المتوفّي.

مكانة الاستقراء في استنباط الحكم الشرعيّ والقاعدة الحقوقية

□ سيّد أبو القاسم النقيب

□ أستاذ مشارك بجامعة الشهيد مطهريّ

في اصطلاح علم الفقه وعلم القانون، الاستقراء استدلال الذي ذهن الفقيه والمقتن مع

ملاحظة عدد من الأحكام والضوابط الجزئية التي جعلها الشارع والمقنن لبعض الموارد الخاصة يستخرجان الصفة المشتركة لكل هذه الأحكام ويعرضان كقانون فقهي أو قاعدة حقوقية. بناء العقلاء وحدة الملاك مع اعتبار التواتر المعنوي، التوالد الذاتي للمعرفة، وحدة الملاك مع اعتبار الظن الخاص تعتبر من جملة مبادئ الاستقراء في استنباط الأحكام الفقهية والقاعدة الفقهية. ضمان المقبوض بعقد فاسد، قاعدة معذورية الجاهل، قاعدة فراغ القاضي، قاعدة «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»، قاعدة «التعزير بما يراه الحاكم» من جملة عشرات الحكم الشرعي الكلي والقاعدة الحقوقية التي نصل إليها مع استخدام الاستقراء. تجدر الإشارة إلى أن الفقيه للوصول إلى الحكم الشرعي والمقنن للوصول إلى القاعدة الحقوقية يواجهان مرحلتين؛ ففي المرحلة الأولى هو يجمع ويستخرج الموارد التي شبيهة بالموارد الأولى. وفي المرحلة الثانية مع إمعان النظر في الموارد وملاحظة الأشباه والنظائر يستنبط الحكم الشرعي الكلي والقاعدة الحقوقية وبهذه الوتيرة يعرض نطاقها ومجالها.

المفردات الرئيسة: الاستقراء، الفقه، الحقوق، استنباط الحكم الشرعي، الحكم الكلي، القاعدة الفقهية، النظرية الفقهية، النظرية الحقوقية.

قراءة فقهية - حقوقية جديدة لشركات أعمال، مفاوضة والوجوه

- سیاوش گودرزی (ماجستير بفرع الفقه ومبادئ القانون الإسلامي)
- محمد رضا علمي سولا (أستاذ مساعد بجامعة فردوسی بمشهد)

من المعلوم أن أكثر فقهاء الإمامية ذهبوا إلى بطلان شركات الأعمال والمفاوضة والوجوه. ولكن ليس بأيدينا لبطلان هذا النوع من المشاركة دليل قاطع من العقل والشرع واستدل فقط بأدلة نظير الإجماع، تملك المعدوم، عدم وجود دليل على الصحة وكذلك كونها غررًا. اعتقد فقهاء الإمامية بأنه لصحة هذا النوع من المعاملات أن تتوسل إلى عقد الصلح أو الوكالة أو طرق أخرى، كما أن المقنن في مواد القانونية ما أشار إلى هذا النوع من الشركات أيضًا. كانت هذه المادة دراسة أدلة قول المشهور ومقارنتها أن هذه الأدلة والمستندات لم تكن كافية ولا يمكن الاستدلال على أساس هذه الأدلة. بل هذه المفاوضات كانت من قبيل القرارات المتعارفة بين المجتمع وما زال هذا التعارف كان

مستمرًا. ولا توجد دليلًا حاسمًا على بطلان هذا القبيل من الشركات والفقهاء بسبب رواج هذا النوع من العقود في العرف تمسكوا إلى وجدان عدد من الحلول. نظرية صحة هذه العقود مع أنها مخالفة لنظر الفقهاء، لكن عدد من الفقهاء المعاصرين ذهبوا إلى صحة هذه العقود. على أساس القانون المدني مع وجود المادة العاشرة من القانون المدني الذي دال على حرّية الأشخاص في انعقاد العقود نستطيع أن نقوى نظرية صحة هذه الأنواع من العقود.

المفردات الرئيسية: شركة الأعمال، شركة الوجوه، شركة المفاوضة، الغرر، الإجماع، تملك المعدوم.

انسداد وانفتاح باب الاجتهاد فى الآراء الفقهيّة لأهل السنّة

□ عبد السلام الإمامي (طالب بمرحلة الدكتوراه بفرع الفقه ومبادئ القانون الإسلامى)

□ حسين الصابري (أستاذ بجامعة فردوسى بمشهد)

□ سيّد محمد تقى قبولى درأفشان (أستاذ مشارك بجامعة فردوسى بمشهد)

يعتبر مسألة الانسداد وانفتاح باب الاجتهاد من المسائل الهامة لفقه أهل السنّة. هذه المسألة تعتبر من المسائل العريقة وذو جوانب التى استمرت طيلة التاريخ. ولكل من الانسداد والانفتاح محامين فإن عددًا من الفقهاء المتقدمين والمتأخرين ذهبوا إلى الانسداد وأكثر المعاصرين من فقهاء أهل السنّة ذهبوا إلى الانسداد وارتأوا أن تحقّق شرائط الاجتهاد فى عصرنا الراهن غير ممكن. والجدير بالذكر أن آراء محامى الانسداد وأقوالهم حول مفهوم الانسداد ونطاقها الزمانى ليست شبيهة ووحيدة. فإن دراسة آراء الأصوليين المتقدم والمتأخر لأهل السنّة تُرينا أن ظروف انسداد باب الاجتهاد هى كما تلى: ١. مدعى الاجتهاد الكاذبين، ٢. ظهور الأحزاب والفرق المتعددة، ٣. ظهور الانشعاب والتفرق فى أوساط المجتهدين، ٤. العوامل السياسية، ٥. انتظام الأسلوب والآراء الاجتهادية، ٦. التقية فى إظهار الاجتهاد، ٧. النزعة إلى التقليد. فإن هؤلاء الفقهاء ذكروا أدلة لانسداد باب الاجتهاد. لنا أن نذكرها فى ستّة أدلة وهى كما تلى: ١. سدّ الذرائع، ٢. انتشار وتدوين المذاهب الأربعة، ٣. الاجتهاد، ٤. عدم إمكان الاجتهاد عند المتأخرين، ٥. عدم إمكان تفكيك الحديث فى زمن المتأخرين، ٦. مسألة

خلوّ الزمان من المجتهد. عدّة من الفقهاء المتقدّمين والمتأخّرين لم يقبلوا نظريّة الانسداد وقالوا أنّ الانفتاح حاكم على واجدى شرائط الاجتهاد وفي هذا المجال أكثر الجهود لإثبات الانفتاح بذلت من ناحية مجتهدى القرن المعاصر. الدراسة الحاليّة عبر دراسة الآراء والأقوال ومقارنتها ومع استخدام أسلوب تحليليّ وصلت إلى هذه النتيجة وهى أنّ بعد ملاحظة الأقوال، القول الذى أكثر اعتبارًا وقابلًا للقبول هى القول بالانفتاح فى عصرنا الراهن.

المفردات الرئيسة: الاجتهاد المعاصر، فقه أهل السنّة، الانسداد، الانفتاح.

دراسة فقهية - حقوقية لإسقاط كافّة الخيارات

- زهرة حاجيان فروشاني (أستاذة مساعدة بجامعة الشهيد الأشرفى الإصفهانيّ)
- على مظهر قراملكى (أستاذ بجامعة طهران)

الخيار حقّ مالّيّ ولذو الخيار أن يسقطه والمسألة التى حول هذه تطرح نفسها هى لقد جاء شرط فى المستندات المتعارفة وبطاقات العقود والمتبايعين دون أىّ نظر يوقّعان هذه الأسناد وبطاقات العقود. وهذا قد يعمل مع العلم بالموضوع وفى تلك الحالة توجد مشكلة. لكن فى الأحيان يكونان جاهلان بالنسبة إلى هذا الأمر أى لا يوقّعان بطاقات العقود ولكن بالنسبة إلى مفادها وأثرها جاهلان ومع ذلك يوقّعان هذه الأسناد. الدراسة الراهنة مع أسلوب تحليليّ - استنباطيّ عالجت وناقشت هذه القضية وأثبتت أوّلاً أنّ شرط سقوط كافّة الخيارات من منظور الفقه أمر مشروع. لكن ثمة مشكلة بالنسبة إلى بعض الشروط وهى شرط خيار تخلّف الوصف وشرط خيار التديس يواجهان مع مشاكل وعراقيل ولذلك شرط سقوط كافّة الخيارات يختصّ بغير هذين الموردين يجرى بالنسبة إلى بقيّة الخيارات. ثانيًا إذا وجد شخص وادّعى الجهل بالنسبة إلى مفاد هذا الشرط وبالنسبة إلى المستندات وكان الجهل فى حقّه ممكنًا فى تلك الحالة، يقدم قوله مع القسم. وإذا لم يمكن الجهل فى حقّه، لا يسمع قوله إلا إذا أقام على مدّعه بيّنة وأثبتته.

المفردات الرئيسة: سقوط كافّة الخيارات، خيار الرؤية، الجهل بمفاد السند.

معرفة ماهية المدتية لصدور الصيک المتعارف فى حقوق إيران

□ محمّد حسن إمام وردى

□ دكتور بفرع القانون الخاص

الصيک المتعارف خاصّة إذا صدر على رصيد شخص آخر، يعتبر من أحد أهمّ أقسام الصيک. لنا أن نشير أنّ ثمة خلافات وأقوال منوّعة حول الماهية الحقوقية لهذا النوع من الصيک. فإنّ بعض القانونيين اعتبره تبديل التعهّد كما أنّ هاهنا طائفة أخرى اعتبرته الحوالة والحال طائفة ثالثة تراه نقل الطلب. ففى الأقوال الثلاثة، الصيک يشمل هذه العقود وذمّة المتعهّد تُرجع إلى التعهّد المبنى وبالنسبة إلى التعهّد الجديد الناشى من الصيک مشغول. والجدير بالذكر أنّ فى الدراسة الحالية تعالج وتناقش ثلاث نظريات هامة. الدراسة الراهنة تطرقت إلى توصيف وتحليل ثلاث نظريات هامة. ففى هذه الدراسة بسبب يأس كثير من القانونيين من الماهيات السابقة، الصيک يعتبر كعقد جديد الذى ذكر المقتنّ أحكامه الخاصّ فعليه يعتبر الصيک عقد مع الاسم، عهدى اعتبارى تبعى لازم وبعض الأحيان مشروط، وعند نقض التعهّد من ناحية الشخص الذى صدره، الذى الصيک بيده أن يفسخ العقد عند نقض العهد.

المفردات الرئيسة: الصيک، الحوالة، نقل التعهّد، نقل الطلب، عقد مستقلّ.

The Civil Nature of Drawing the Regular Cheque (Check) in the Law of Iran

- *Muhammad Hasan Imamverdi*
- *A PhD of Private Law*

The regular cheque (check) is the most common usefulness of cheque types specially when it is made out payable (drawn) in favour of a payee. There is disagreement between law scholars about the nature of this type of cheque. Some believe (have counted) that it is as alternation of debt or obligation (novation) and some others think it is the transfer of ownership and a draft (bill of exchange) and some others think it is the cession (transfer) of claims. Cheques are included all situations of those contracts in all three attitudes (views); such as the liability or obligation of debtor is acquainted or released (from) to the base liability or obligation and owing (indebted) due to the new obligation originated from the cheque. This research is going to study and analyze these three main views. This note with regarding the disappointment of many of the law scholars to the prior natures, cheques are considered as an independent contract (agreement) that the legislature has stated its specific conditions. Based on this, cheques are a contract with the name of payee, formal, liable, accessory and in some cases are conditional which if this obligation is breached or violated by the drawers, it is possible to be put forward the contractual obligations and annulment of the contract by the payee.

Keywords: *Cheque (check), Alternation of debt or obligation (novation), Transfer of ownership and a draft (bill of exchange), The cession (transfer) of claims, An independent contract (agreement).*

Option (khiyar) is a financial right and the owner of option can waive it. What has been propounded is that it is possible to establish a stipulation (condition) under the title “waiver of all options” in sales and purchase agreement and official documents. Mostly contracting parties (parties of sale) sign the documents without any change or remark. Sometimes they sign the documents with knowledge (consciousness) of that condition which it causes or follows no problem. But sometimes they are ignorant due to that condition i.e. they do not read the documents or do not notice the concept of the condition or stipulation but they sign them. Therefore, this paper with analytic-deductive reasoning method has studied this issue and has proved that firstly, the condition of waiver of all options from the Islamic jurisprudential and legal perspective is valid and legitimate. But with considering to the stipulation of waiver of some options (khiyarat) such as the option of violation of the desired description (khiyar al-wasf) and fraud option (khiyar al-tadlees) confronts obstacles, the above condition to the mentioned options (khiyarat) has been specified (particularized). Secondly, if a person claims (proclaims) ignorance to the concept of the mentioned document or ignorance to the content of the document which contains (includes) this condition if it is possible that he is under ignorance, his claim with taking an oath will stand and is proved but if this ignorance is not possible due to him, his claim is not proved unless he proves his claim by the testimony of witnesses (bayyina).

Keywords: *Waiver of all options, Option of viewing or option of sight (khiyar al-ru'yah), Ignorance to the content of the document.*

dissemblance of one's faith or dissimulation (Taqiya) in ijihad declaration 7. tendency to Taqlid. They have also mentioned proofs for insidad which they can be categorized to six groups: 1. Sadd al Dharai (Blocking the means) 2. the propagation and codification of the four Sunni schools 3. researchers' consensus (ijma) 4. the impossibility of occurrence of ijihad conditions for the Later Islamic Scholars 5. the impossibility of hadith correction at the time of the later Islamic Scholars 6. the problem of the absence of mujtahid at the present time. The issue of insidad has not been accepted by some of the former and later Islamic jurists and they have commented the authorization and even obligation of ijihad for those who have the stipulations and the possibility of its occurrence. Among this, the most attempts have been done by the later Islamic scholars in recent centuries for proving infitah. The present paper is going to analyze the process of opinions and thoughts through the comparative study and with analyzing and criticizing them it has achieved that among the mentioned attitudes what is more logical and correct is opening up of ijihad and possibility to happen its conditions.

Keywords: *Contemporary ijihad', The Islamic jurisprudence of Sunni school (the Sunni jurisprudence), Closing (insidad), Opening up (infatih).*

Islamic Jurisprudential - Legal Examination of Waiving All Options (Khiyarat)

- Zohreh Hajian (Assistant professor at Shahid Ashrafi Esfahani University)
- Ali Mazhar Gharamaleki (Full professor at University of Tehran)

The Closing of the Gate of Creative Legal Reasoning (Insidad Bab al-Ijtihad) and the Possibility of Opening up (Infatih) in the Jurisprudential Thoughts of Sunni School

- *Abdu al-Salam Imami (A PhD student of Jurisprudence)*
- *Hussein Saberi (Full professor at Ferdowsi University of Mashhad)*
- *S.M. Taqi Ghabooli Dorafshan (Associate Professor at Ferdowsi University)*

The issue of closing of the gate and opening up of ijtihad' (insidad and infatih bab al-ijtihad) is of the important issues in the Sunni jurisprudence (fiqh). This matter is of the long time and vast issue which has been continued during the period of history and both attitudes have their special proponents. Some of the prior and recent Islamic Sunni jurists (fuqaha) have accepted closing of the gate and opening up of ijtihad' (insidad) and also the most of the contemporary Islamic sunni have accepted this attitude and they believe that the stipulations of ijtihad in the contemporary time (present time) is impossible. The insidad proponents do not have the same (identical) opinion (a consensus view) about the concept of insidad and time limit. The examination of the prior and contemporary Sunni scholars of the principles of jurisprudence (usul al-fiqh) shows that the backgrounds (bases) of closing of the gate of ijtihad' (insidad) are:

1. liar/ false ijtihad claimants
2. the birth of different parties and isms
3. the emergence of the branches and divisions among Mujtahidin (expert scholars)
4. Political factors
5. the discipline of ijtihad methods and attitudes
6. concealment of religious opinions,

partnerships in the Holy Quran, Islamic traditions and intellectual judgment but only proofs such as *ijmae* (consensus), the possession of the nonexistent, the absence of proofs for validity and risky (*gharar*) of such transactions (*Mu'āmalāt*) has been cited. The Imāmī Shī'a jurists (*Fuqaha*) believe that the validity of these transactions (*Mu'āmalāt*) are proved by *Sulh* (peace) and *Wakalah* (Agency) contracts or other mechanism (solutions). The legislature has not mentioned these partnerships and legal authorities (decrees). With analyzing the evidences of the well-known Imāmī Shī'a jurists (*Fuqaha*) sayings and after evaluating its criterion, the author has reached to this result that the clarified proofs are not sufficient to prove their claim. But these contracts have been and are of the accepted and conventional legal acts among people and there is no certain reason for the voidance (annulment) of these companies and because of its generality (currency) of these transactions among individuals, the Imāmī Shī'a jurists (*Fuqaha*) should inevitably seek a consideration (deliberation) for the validity of these contracts. Although the attitude of the validity of these contracts is contrary to the saying of the well-known Imāmī Shī'a jurists (*Fuqaha*), but some of the contemporary Imāmī Shī'a jurists (*Fuqaha*) are proponents of this saying. From the view of the civil code of Iran, article 10 which determines the principle of freedom of contract or Liberty of Contract can strengthen or encourage the attitude of validity of such transactions.

Keywords: *The company of labour (bodies or abdan), The company reputations (wujooh), The company of negotiation (mufawadhah), Risky (gharar), Ijmae (consensus), The possession of the nonexistent.*

defective contract, the excusal of maker (originator), the principle of No harm, no harassment in Islam, the principle of tazir (punishment for crime not measuring up to the strict requirements of hadd punishment) according to the recognition of the governor (Al-Ta'zir Bema Yarah al-Hakim) are of many general Islamic jurisprudential ordinances or legal doctrines which are obtained by the mechanism of induction (Istiqra'). The Islamic jurist (faqih) for deducing a general Islamic jurisprudential ordinances and law scholar for finding a legal doctrine use (step) two stages; First, they collect cases and evidences which are the same and similar and in the second step, with a careful look to the matches and equals in hukm (legal doctrine) and subject of hukm, they achieve a proposition which contains a general Islamic jurisprudential ordinance or legal doctrine and obtain its scope and area.

Keywords: *Induction (Istiqra')*, *Fiqh*, *The law (legal code)*, *Deducing a general Islamic jurisprudential ordinance*, *A legal doctrine*, *Islamic jurisprudential principle*, *Islamic jurisprudential theory*, *Legal theory*.

The Islamic Jurisprudential and Legal Examination of the Companies of Labour (Bodies or Abdan), Negotiation (Mufawadha) and Reputations (Wujooh)

□ *Siavash Goodarzi (A M.A of Jurisprudence & Principles of Islamic Law)*

□ *M. Reza Elmi Sola (Assistant professor at Ferdowsi University of Mashhad)*

The well-known Imāmī Shī'a jurists (Fuqaha) believe the voidance of the companies of Labour (Bodies or Abdan), Negotiation (Mufawadha) and Reputations (Wujooh). There are no absolute proofs or evidences to prove the voidance of these

the heirs are substitute for the dead for asking many rights which they cannot be asked with the basis of well-known scholars which is based on the discontinuity of capacity of the dead or because of the rights of the dead are not asked. These opinions will advance the limit of asking financial liabilities and non-financial liabilities of the dead.

Keywords: *The continuity of the legal personality, Liability, Capacity, The dead (deceased person).*

The Position of Induction (Istiqrāʾ) in Deducing an Islamic Law Verdict and Legal Doctrine

□ *Sayyed Abulqasem Naqibi*

□ *Associate professor at Shahid Motahari University*

In the term of science of law and fiqh (Islamic jurisprudence), Induction (Istiqrāʾ) is a reasoning that the mind (consciousness) of faqih (Islamic jurist) and law jurist have deduce the common attributions (features) of all ahkam (ordinances) and laws with considering a lot of ahkam (ordinances), laws and regulations (statutes) which the legislature and divine legislator (sharʿ) have made and enacted for some cases, and they present them as a general Islamic jurisprudential ordinance (verdict) or legal doctrine and the manner (practice) of wise men, the unity of criterion with the validity of meaningfully recurrent, innate multiplying of knowledge, the unity of criterion with the validity of Suspicion in the particular instances have been counted of the validity of the induction (Istiqrāʾ) in deducing general jurisprudential ahkam or ordinances and legal doctrines. The legal liability of ownership of the object of sale and price in the

it has suggested the amendment of the mentioned article.

Keywords: *Unlawful motive (intent), Transaction, Imāmī Shī'a jurisprudence, The positive law of Iran, The law of Egypt.*

The Basis of the Continuity of the Legal Personality of Man after His Passing away in the Five Schools of Islamic Thought and Positive Law of Iran

□ *Fatimah Ghodrati*

□ *Assistant professor at University of Yasouj*

According to the jurisprudential and legal principles (rules), everyone from the beginning of his life has legal personality and can be considered the subject of rights and duties (obligations). He can practice the execution of his rights and carry out his duties. But what change will occur (appear) in his legal personality and personal capacity with occurring death? There are different opinions in the Islamic schools and positive law whereas most of the Islamic jurists (fuqaha) and law scholars believe that the death is the end of human capacity but with considering debates over this issue and stable bases of the opinion which believe death is the end of the capacity to exercise rights and still standing the capacity of acquiring rights, it feels the necessity of reinvestigating this subject which is the basis of many jurisprudential and legal attitudes. This note with analytic-descriptive method and with using library (research) sources has been adopted and aiming to prove the continuity of personality and human capacity after passing away, meanwhile criticizing the attitudes of opponents, with presenting evidences to the continuity of the liability of the dead,

The legal status of transaction with unlawful motive (intent) is one of the issues which the fiqh scholars and legal (law) scholars have constantly put forward arguments. In Imāmī Shī'a jurisprudence, the positive law of Iran and Egypt, it is separated the case which the unlawful motive enters into the spectrum of the agreement of contracting parties from the case which the unlawful motive is merely inner and personal aspect for one the contracting parties and from the case which the other side of the contracting parties has knowledge of it. The present note is dedicated to the third case i.e. where an unlawful intent does not enter to the agreement of the contracting parties but the other side has knowledge. There is disagreement between the fiqh scholars and legal (law) scholars of Iran and Egypt about the legal authority of the latter transaction. The well-known Islamic jurists (Fuqaha) and law Jurists believe that the existence of knowledge does not solely cause the voidance of such transaction. But infamous scholars think the voidance of such transaction. The Civil legislature in article 217 following the well-known Imāmī Shī'a jurists (Fuqaha) accepts the validity of the mentioned transaction. This research with descriptive-analytic method has analyzed the presented opinions which are clarified by the fiqh scholars and legal (law) scholars. This paper with criticizing the opinions of the well-known fiqh scholars and legal (law) scholars has accepted the opinion of the infamous jurists who believe the voidance of the mentioned contract and also believed that it is more stable from the view of the deductive fiqh and law of Iran and it is compatible with social benefits and public order and the philosophy of article 217 of the civil law of Iran and

question if the done (exercised or performed) iqala itself can be annulled. In other words, are options (khyiarat) extended to (run into) iqala? To answer this stated question, the most well-known imami jurists and majority of law scholars believe that the cancelation of iqala is impossible. But studying the subject in the discourses of law and Islamic jurisprudential authors and examining the famous dependent evidences (on the basis of the famous proofs), with considering the nature of the contracting iqala, this result is achieved the process of options does not face the legal obstacle. Because the principle of no harm (la zarar) and the principle of autonomy (Party autonomy) and the necessity of considering the opinion of contracting parties, being (existence) of options is justified. Therefore, according to the principle, it can be stated that iqala is revocable (capable of being revoked or cancelled) unless the will of both sides implicitly or directly is contrary to it.

Keywords: *The termination (or cancellation) of the contract by mutual consent (iqala), Contract, Annulment or cancellation, The will of both sides of contract, No harm inflicted (lā zarar).*

The Analysis of Legal Status of Transactions (Dealings) with Unlawful Motive (Intent) in Imāmī Fiqh (Jurisprudence) with Comparative Study in the Positive Law of Iran and Egypt

- *S. Muhammad Hadi Ghabooli Dorafshan (A PhD student of Jurisprudence)*
- *Muhammad Taqi Fakhlaei (Full professor at Ferdowsi University of Mashhad)*
- *Muhammad Hasan Haeri (Full professor at Ferdowsi University of Mashhad)*

Abstracts

The Process of Options (Khiyarat) in the Termination of Contract by Mutual Consent (Iqala)

- *Muhammad Hasan Sadeqi Muqadam (Full professor at University of Tehran)*
- *Ali Saatchi (A PhD student of Private Law)*
- *Hadi Shaabani Kandsari (A PhD student of Private Law)*

The present research is going to study the process of options (khiyarat) in the termination (or cancellation) of the contract by mutual consent (iqala). According to article 283 of the civil code of Iran, after transactions (dealings), the contracting parties can terminate or cancel the contract with mutual consent. As it is clear the term tafasokh (breaking up by sides of contract), the result of iqala is the annulment or cancellation of the former contract. It means that with mutual consent of contracting parties to cancel or terminate the contract, the mentioned contract is broken up (annulled). But there is a

Table of contents

The Process of Options (Khiyarat) in the Termination of Contract by Mutual Consent (Iqala)/ Muhammad Hasan Sadeqi Muqadam & Ali Saatchi & Hadi Shaabani Kandsari	3
The Analysis of Legal Status of Transactions (Dealings) with Unlawful Motive (Intent) in Imāmī Fiqh (Jurisprudence) with Comparative Study in the Positive Law of Iran and Egypt/ Sayyed Muhammad Hadi Ghabooli Dorafshan & Muhammad Taqi Fakhlaei & Muhammad Hasan Haeri	19
The Basis of the Continuity of the Legal Personality of Man after His Passing away in the Five Schools of Islamic Thought and Positive Law of Iran/ Fatimah Ghodrati	47
The Position of Induction (Istiqrāʾ) in Deducing an Islamic Law Verdict and Legal Doctrine/ Sayyed Abulqasem Naqibi	69
The Islamic Jurisprudential and Legal Examination of the Companies of Labour (Bodies or Abdan), Negotiation (Mufawadha) and Reputations (Wujooh) Siavash Goodarzi & Muhammad Reza Elmi Sola	97
The Closing of the Gate of Creative Legal Reasoning (Insidad Bab al-Ijtihad) and the Possibility of Opening up (Infitah) in the Jurisprudential Thoughts of Sunni School Abdu al-Salam Imami & Hussein Saberi & Sayyed Muhammad Taqi Ghabooli Dorafshan ...	119
Islamic Jurisprudential - Legal Examination of Waiving All Options (Khiyarat) Zohreh Hajian Foroushani & Ali Mazhar Gharamaleki	151
The Civil Nature of Drawing the Regular Cheque (Check) in the Law of Iran Muhammad Hasan Imamverdi	173
Translation of Abstracts:	
Arabic Translation/ Muhammad Salami	197
English Translation/ Ali Borhanzahi	214