

# ماهیت‌شناسی مدنی صدور چک عادی در حقوق ایران\*

□ محمدحسن اماموردی<sup>۱</sup>

## 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 می‌نماید.

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<sup>۱</sup> 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 مقررۀ 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 زمرۀ 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 گستردگی 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.<sup>۱</sup> 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 قضاات 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 مطمئن‌تری 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

(اجاره بها) چکی را صادر می‌نماید. پس از عدم پرداخت اجاره بها، 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 پیش گفته 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: ۲۴۶/۲)، 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<sup>۱</sup>

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).<sup>۱</sup> 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.<sup>۱</sup> 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<sup>۲</sup> 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 خواننده 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. همان گونه که مشاهده می شود دیوان در جهت موضوعی رأی خود (دلیل بر حکم) چک را نوعی حواله دانسته است.<sup>۱</sup> 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 می گردند.

یکم) برابر ماده ۷۲۴ ق.م.:

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

بر این پایه، مهم ترین اثر حواله، انتقال دین است (امامی، ۱۳۷۱: ۲/۲۸۸؛ کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۴/۳۹۲). اما در چک، دین صادرکننده به دارنده، به ذمه بانک منتقل نمی شود بلکه بانک در صورت وجود محل بر اساس قرارداد حساب جاری و نه قرارداد چک، آن وجه را در قبال ارائه چک پرداخت می نماید. در این صورت، چنانچه چک بی محل باشد بانک مکلف است گواهینامه عدم پرداخت صادر نماید (ماده ۴ ق.چ).<sup>۲</sup> 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 می نماید اما در چک این ارتباط توسط چک به تنهایی ایجاد نمی گردد 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 محال علیه واقع می گردد.<sup>۳</sup> بنابراین محال علیه می تواند ایجاب

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

۲. ماده ۴ ق.چ.: «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 صرف نظر 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، بی تا: ۱۶/۲۶؛ عاملی جبعی، بی تا: ۳۶۶/۱؛ طوسی، ۱۳۸۷: ۳۱۲/۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۷۸۴/۲؛ موسوی خمینی، ۱۳۸۵: ۱۳۱/۲).

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.<sup>۱</sup>

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 محال‌علیه مدیون به محیل باشد در این صورت محال‌علیه پس از قبولی در حکم ضامن است.

ماده ۷۳۱ ق.م. نیز از آثار ضامن بودن محال‌علیه است. بنابراین اگر محال‌علیه 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 گواهی‌نامه 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 محال‌علیه شرط نیست.

در ماده ۷۲۹ نیز بیان شده است:

۱. «صادرکننده حواله می‌خواهد بدین وسیله مالی را به دوست خود قرض بدهد یا بیخشد 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، محال علیه 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 محال علیه مشغول می‌شود.

وارونه آن، صادرکننده چک بعد از صدور آن همچنان مسئول پرداخت آن است (ماده ۲۴۹ ق.ت.). 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 محال علیه ضامن است و محیل بری می‌گردد در حالی که در صدور چک فقط صادرکننده (محیل فرضی) ضامن است و دینی بر ذمه بانک (محال علیه فرضی) قرار نمی‌گیرد.<sup>۱</sup> 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 «محال علیه» 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).<sup>۱</sup> در این باره، به بند ۶ ماده ۴۲۶ ق.آ.د.م.<sup>۲</sup> 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.<sup>۱</sup>

#### 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 تهای 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 پذیرفته شده 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.<sup>۱</sup> 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.<sup>۲</sup> 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.<sup>۱</sup> 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. و ارنه 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<sup>۲</sup> 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<sup>۱</sup> 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 ظهنویس 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.<sup>۲</sup> 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).<sup>۱</sup> 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 مال الاجاره، 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 لازم الاجراست 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 اجراهای 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، مؤسسه 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.



# تَرْجَمُ حَكِيمًا هَا

## موجز المقالات

### جريان الخيارات فى الإقالة

- محمّد حسن الصادقىّ المقدّم (أستاذ بجامعة طهران)
- علىّ ساعت چى (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 المادّة الـ 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 الأدلّة 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 الوضعية الحقوقية للعقد مع الجهة التشريعية في فقه الإمامية

### ضمن الدراسة المقارنة في القانون الإيراني والمصري

- السيد محمد هادي قبولي درأفشان (طالب بمرحلة الدكتوراه بفرع الفقه ومبادئ القانون الإسلامي)
- محمد تقى الفخلعى (أستاذ بجامعة فردوسى بمشهد)
- محمد حسن الحائرى (أستاذ بجامعة فردوسى بمشهد)

لا شكّ في أنّه دراسة الوضعية الحقوقية للعقد مع الجهة التشريعية ما زالت من المسائل التي كانت موضع النقاش لمحقّقى الفقه والقانون. في فقه الإمامية والقانون الوضعي لإيران ومصر فورك بين الموضوع الذي دخلت الجهة التشريعية إلى حقل توافق الطرفين والموضوع الذي لا أثر للجهة التشريعية إلا كونها ذا جهة شخصية وداخلية لأحد المتعاملين والموضوع الذي للطرف الآخر العلم بها فقط. الدراسة الحالية تختصّ بالقسم الثالث أي الذي لم يدخل الدافع التشريعي إلى حقل توافق الطرفين. بالنسبة إلى حكم هذا القسم ثمة خلاف بين علماء الفقه الإمامي والقانونيين الإيرانيين والمصريين. 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 المدني في المادة ٢١٧ تبعا لرأى مشهور الفقهاء الإمامي قال بصحة هذا العقد. الدراسة الحالية عبر استخدام أسلوب تحليلي - توصيفي لقد درست آراء المذكورة من ناحية الفقهاء والقانونيين بشكل تحليلي وضمن المناقشة ونقد رأية مشهور الفقهاء والقانونيين أثبتت رؤية غير المشهور الفقهاء والقانونيين وارتأت أنّ رؤية غير المشهور أنسب وأطبق مع المصالح الاجتماعية والنظم العامّة والفلسفة الموجودة في المادة ٢١٧ من القانون المدني واقترحت إصلاح وتعديل هذه المادة.

المفردات الرئيسية: الجهة غير الشرعية، العقد، فقه الإمامية، الحقوق الوضعي 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 - توصيفي وعبر استخدام المصادر المكتبية 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 الشرعي والقاعدة الحقوقية

□ سيّد أبو القاسم النقيب

□ أستاذ مشارك بجامعة الشهيد مطهري

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 السياسيّة، ٥. انتظام الأسلوب والآراء الاجتهاديّة، ٦. التقيّة فى إظهار الاجتهاد، ٧. النزعة إلى التقليد. فإن هؤلاء الفقهاء ذكروا أدلّة لانسداد باب الاجتهاد. لنا أن نذكرها فى ستّة أدلّة 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

خلو 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 تخلف الوصف وشرط خيار التدليس 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 حقه ممكنًا فى تلك الحالة، يقدم قوله مع القسم. وإذا لم يمكن الجهل فى حقه، 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 المقنّن 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.