

تردید در مورد معامله*

- علیرضا عالی‌پناه^۱
- عباس ماجدی^۲

چکیده

«تردید در مورد معامله» هنگامی روی می‌دهد که انشای منجز طرفین معامله بر بعض مردد از دو یا چند چیز تعلق گیرد. مشهور فقهای امامیه و نیز برخی حقوق‌دانان به دلایلی همچون اجماع، استناد به برخی روایات، محال بودن فرد مردد، ابهام، غرر، قابل اجرا نبودن این گونه معاملات، سفهی بودن، قیاس به صلح مردد و مخدوش بودن انشا، تردید در مورد معامله را منع کرده و آن را قاذح صحت معامله دانسته‌اند. قانون مدنی ایران نیز به مطاوعت از قول مشهور، «معین بودن موضوع که مورد معامله باشد» را برای صحت معامله، اساسی دانسته است. نوشتار حاضر با نقد ادله منع تردید در مورد معامله و نیز با استناد به دلایلی همچون اطلاقات و عموماً، استناد به روایات در باب نکاح، وصیت و نذر مردد،

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۳/۱۵ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۵/۱۸.

۱. استادیار دانشگاه شهید بهشتی (alipanah_a@yahoo.com).

۲. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه امام صادق (ع) (نویسنده مسئول) (abbas.majedi12@gmail.com).

صحت معامله‌ای را که مورد آن مردد است، متعین و همچنین تسری حکم صحت را به فرضی که مجموعه، متشکل از افرادی با قیمت مختلف باشد، ممکن می‌داند و در آخر نیز دو راهکار اشتراط و قرعه را برای تعیین مورد معامله پیش می‌نهد.

واژگان کلیدی: تردید، مورد معامله، کلی در معین، فرد مردد، غرر، قرعه.

مقدمه

مورد معامله - به عنوان یکی از ارکان همه معاملات - را شاید بتوان در نظر عرف، اساسی‌ترین رکن معامله دانست؛ چه اینکه غالباً هدف از انعقاد قرارداد، دستیابی و برخورداری از مورد معامله است. گویا همین اهمیت به‌سزای مورد، فقیهان و حقوق‌دانان را واداشته است تا به تفصیل و استدلال، شرایط مقتضی صحت یا بطلان آن را بیان کنند. یکی از این شرایط، «معین بودن» مورد معامله در زمان انعقاد قرارداد است که البته قول مشهور فقیهان و نیز قانون مدنی ایران بر اساسی بودن آن در صحت معامله، قائم آمده است. باید گفت گرچه نویسندگان و پژوهشگران، آثار بسیاری راجع به «معلوم بودن» مورد معامله و خصوصاً قاعده غرر عرضه داشته‌اند، لیکن در این میانه، تحقیق مستقل و جامعی در باب شرط «تعیین» مورد معامله به چشم نمی‌خورد. البته شاید این امر ناشی از توسعه در مفهوم «معلومات» و یا پندار شمول آن نسبت به «تعیین» بوده و یا شاید مسئله با ساده‌انگاری مفروغ‌عنه پنداشته شده باشد. به هر روی، نظر به اینکه این چنین معاملات در عرف امروزه نیز اتفاق می‌افتند و چه‌بسا بشود که شخصی بر یکی از چند چیز معامله کند و تعیین مصداق آن را - به سبب اغراض و مصالحی - به دیگری یا به حادثه‌ای خارجی واگذارد یا اینکه فی‌الحال، اساساً امکان تعیین یکی از عوضین وجود نداشته باشد، در این مجال بر آنیم تا به بازاندیشی آرا و ادله موجود در این باره پردازیم و راهیابی صحت به چنین معاملاتی را امکان‌سنجی کنیم.

در این تحقیق، نخست به تبیین مفاهیم «تردید» - در اینجا - و «مورد معامله» می‌پردازیم، سپس با تفتیحی از محل نزاع، ادله منع تردید در مورد معامله را بر خواهیم رسید. پس آنکه مختار خویش را که صحت این معامله است، قلمی خواهیم نمود و در پایان، راهکارهایی برای تعیین مورد معامله پیش خواهیم نهاد.

۱. مفاهیم

۱-۱. تردید

«تردید» را اصلاً از واژه «ردّ» و آن را «بازگرداندن» دانسته‌اند (ابن فارس، ۱۴۰۴: ۲۳۷/۲؛ راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۳۴۸). شاید بتوان گفت که این واژه در زبان فارسی، نحوی از ترقی معنا پیدا کرده و از آن ارتیاب و احتمال نیز اخذ شده است، چنانچه آن را در معنای مصدری به «دودل ساختن» (معین، ۱۳۶۳: ۱۰۶۶/۱) و در معنای اسم مصدری به «دودله بودن» (عمید، ۱۳۸۹: ۴۸۵/۱) معنا کرده‌اند. این واژه را که گاه در قوانین، مقابل «انکار» و «شک» استعمال شده (همچون مواد ۱۲۹۱-۱۲۹۲ ق.م. و مواد ۲۱۶-۲۱۸ ق.آ.د.م.)، در اصطلاح نیز متناظر با «شک» دانسته (هاشمی شاهرودی و همکاران، ۱۴۲۶: ۴۴۸/۳) و برخی نیز آن را به «اظهار دودلی نسبت به یک موضوع» شرح داده‌اند (انصاری و طاهری، ۱۳۸۴: ۶۶۶/۱). اما به نظر می‌رسد که در این مقال، «تردید» از معنای لغوی اصلی‌اش دور نمی‌ماند. وقتی مورد معامله -مثلاً- یکی از دو چیز «مردّد» باشد، به قرینه‌ای که «مردّد» را «حائر بائر» (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۱۷۴/۳) و آن را «فردی که به هیچ چیز نگراید و متحیر در کار خود مانده و راه هدایت نیابد» دانسته‌اند (حسینی واسطی زبیدی، ۱۴۱۴: ۳۲۰/۶) گو اینکه حکم یا هر آنچه که باید به آن‌ها میل کند، دائماً در رفت‌وآمد می‌ماند و محطی برای مستقر شدن نمی‌یابد.

۲-۱. مورد معامله

در بحث از ارکان عقد از آنجا که «عوض» مخصوص عقود معاوضی است، استعمال اصطلاح «محل عقد» (ر.ک: مغنیه، ۱۴۲۱: ۳۶۴/۳) یا «معهودّ علیّه» که حتی در متون متقدم فقهی نیز دیده می‌شود (ر.ک: ابوالصلاح حلبی، ۱۴۰۳: ۲۸۸؛ طوسی، ۱۴۰۷ الف: ۴۹۱/۳) و نیز اصطلاح «مورد» بهتر می‌نماید. فقهای امامیه غالباً در «کتاب الاجارة» به «مورد» نگریسته‌اند. در متون فقهی متقدم، این لفظ بیشتر مضاف «نص»، «نقل»، «یقین»، و... واقع شده است.

«مورد» در اصل، اسم مکان از «ورود» و «ورود» چنانچه راغب گفته اصل آن

«به سوی آبشخور رفتن») بوده و بعدها در غیر آن استعمال شده است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۸۶۵). لذا در تحلیل لغوی، «مورد معامله» - که در مواد مختلفی از قانون مدنی به کار رفته- آن چیزی است که طرفین معامله نسبت به آن قصد می‌کنند و تصمیم می‌گیرند.

در معاملات مالی، معامله یک موضوع دارد که ممکن است تملیک یا تعهد و یا سقوط تعهد باشد. این امور به مال یا عملی تعلق می‌گیرد که به آن «مورد معامله» می‌گویند. به عبارتی موضوع عقد، چیزی است که عقد برای آن وضع شده است؛ مثلاً موضوع عقد بیع، «تملک عین» و موضوع عقد اجاره، «تملک منفعت» است، در حالی که مورد معامله، مال یا عملی است که تملیک و تعهد به آن تعلق می‌گیرد. لذا می‌توان مورد معامله را «متعلق موضوع عقد» دانست؛ یعنی همان چیزی که طرفین در هنگام عقد نسبت به آن تصمیم می‌گیرند (محقق داماد و همکاران، ۱۳۹۳: ۳۷۷/۲). استظهار از ماده ۲۱۴ ق.م. این است که در نظر قانون‌گذار، مورد معامله «مال یا عملی است که هر یک از متعاملین، تعهد تسلیم یا ایفای آن را می‌کنند».

بی‌گمان ماده مذکور، راجع به مورد معاملات غیر مالی ساکت است. گفت‌وگو راجع به تشخیص مورد این معاملات خصوصاً عقد نکاح، مجال بیشتری می‌طلبد. در اینجا اجمالاً بیان شود که به نظر ما مورد معامله در عقد نکاح که بر اساس معنوی استوار است، هر یک از زوجین هستند که رابطه حقوقی زوجیت به عنوان اثر عقد بین ایشان به وجود می‌آید (ر.ک: شهیدی، ۱۳۹۲: ۲۷۷).

۲. تردید در مورد معامله

۲-۱. موقف فقه امامیه و قانون مدنی ایران

۲-۱-۱. فقه امامیه

مردد بودن مورد معامله (بیع) از دیرباز مورد توجه فقیهان امامیه بوده است. شیخ طوسی در خلاف، بیع یکی از دو عبد به قیمت معلوم را باطل می‌داند و دلایلی را برای آن ذکر می‌کند. سپس به روایتی که در همان کتاب، در «کتاب البیوع» ذکر شده

اشاره می کند و می گوید:

«اگر قائل به صحت چنین بیعی باشیم، به سبب تبعیت از روایت است و سایر موارد را به این مسئله قیاس نمی کنیم» (طوسی، ۱۴۰۷ الف: ۲۱۷/۳).

۲۴۵

کلام او در «کتاب البیوع» چنین است: اصحاب ما روایت کرده اند که اگر کسی عبدی از دو عبد را بفروشد، به شرط اینکه مشتری هر کدام را که خواست اختیار کند، چنین بیعی جایز است (همان: ۳۸/۳). ابن ادریس حلی در *سرازمی* کوشد تا نظر نهایی شیخ طوسی را چنان جلوه دهد که ایشان چنین بیعی را تصحیح نکرده، بلکه روایت مورد استناد شیخ طوسی نیز خبر واحد بوده است و نباید به آن عمل نمود (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۳۵۰/۲). شیخ انصاری در *مکاسب*، بیع یکی از دو شیء که اختلاف قیمت دارند، مانند بیع یکی از دو عبد را بلاشکال باطل و بطلان بیع یکی از دو شیء را که اختلاف قیمت ندارند، قول مشهور اعلام می کند (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۴۸/۴). البته خود شیخ کوشیده تا با نقد دلایل مشهور، بیع یکی از دو شیء متساوی الاجزایی را که اختلاف قیمت ندارند، تصحیح کند. این تفصیل پیشتر از شیخ در *حدائق* و قبل تر از بحرانی، در *مجمع الفائده* دیده می شود (بحرانی، ۱۴۰۵: ۴۸۰/۱۸؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۸۲/۸). شیخ نیز اردبیلی را اولین فقیه دانسته که انصاف داده و اعتراف به عدم دلیل بر منع کرده است (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۵۱/۴). برخی نیز اردبیلی را «مبتکر این نظر» خوانده اند (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۲۰۱/۲).

۲-۱-۲. قانون مدنی ایران

قانون مدنی ایران در بند ۳ ماده ۱۹۰، «معین بودن موضوع را که مورد معامله باشد»، از شرایط اساسی صحت معامله دانسته است. درباره نحوه نگارش این ماده باید گفت: اولاً گویا قانون گذار ایرانی برای احتراز از تعبیر فرانسوی «موضوع تعهد»،^۱ از واژه «مورد» استفاده کرده تا عنوان جامعی برای همه معاملات عهدی و غیر عهدی باشد، حال آنکه در ادامه در موارد بسیاری از جمله مواد ۲۷۵، ۲۷۷ تا ۲۷۹ و ۶۳۷ به اصطلاح خود پایبند نمانده است (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۳: ۱۰۸). ثانیاً مورد معامله، علاوه بر «تعیین»

1. Object de l'obligation.

- حال چه به معنای غیر مردد باشد و چه به معنای غیر مردد و معلوم- باید دارای شرایط دیگری از جمله «مالیت» و «مقدورالتسلیم بودن» و... نیز باشد تا معامله «صحیح» تلقی شود. حال با این فرض که این شرایط، هیچ یک ترجیحی بر دیگری ندارند، باید تأمل کرد که چرا شرط «تعین» در بند مذکور اخذ شود و دیگر شرایط نه؟!

به هر حال، اکنون باید راجع به قید «معین» در بند پیش گفته سخن گفت. برخی گفته‌اند که در استعمال حقوقی، واژه «معین» معنایی عام‌تر از واژه «معلوم» دارد؛ زیرا موضوع تعهد زمانی معین است که نه خصوصیات آن مجهول باشد و نه میان دو شیء مردد باشد؛ همچنان که مواد ۴۷۲^۱ و ۵۶۴^۲ قانون مدنی نیز مشعر بر این معنا هستند (وحدتی شبیری، ۱۳۷۹: ۳۳). طبق این مبنا، میان این دو واژه رابطهٔ عموم و خصوص مطلق برقرار است. برخی نیز در خصوص بند مذکور نوشته‌اند که «معین» در این ماده، به معنای «مشخص» است که هم شامل معین به معنای خاص یعنی غیر مردد بین دو یا چند چیز و هم دربرگیرندهٔ مفهوم معلوم، یعنی مشخص و نامبهم از حیث جنس و وصف و مقدار است (صفایی، ۱۳۹۱: ۱۳۳). از طرفی، برخی نویسندگان مقصود از «معین» بودن را عدم مردد بودن آن بین دو یا چند چیز دانسته و به تقابل معنایی «معلوم» و «معین» تصریح کرده‌اند؛ کما اینکه مادهٔ ۶۹۴^۳ قانون مدنی نیز بر این امر دلالت دارد (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۱۹۱/۲-۱۹۲). به عبارتی، طبق این مبنا، معین بودن ناظر بر فرد و مصداق مورد معامله است که برای فهم آن از «کدام» استفاده می‌شود و معلوم بودن ناظر به ماهیت و چیستی مورد معامله است که برای رفع ابهام از آن، عبارت «چیستی یا چه چیز» به کار می‌رود (باریکلو، ۱۳۹۴: ۶۸). برخی نیز معین بودن را مربوط به معامله عین شخصی، و معلوم بودن را مربوط به معامله کلی دانسته‌اند (بهرامی احمدی، ۱۳۸۶: ۱۰۱). چنانچه از ظاهر عبارات بعضی نویسندگان نمودار است، ایشان «معین» در

۱. مادهٔ ۴۷۲ ق.م.: «عین مستأجره باید معین باشد و اجاره عین مجهول یا مردد باطل است».
۲. مادهٔ ۵۶۴ ق.م.: «در جعاله، گذشته از عدم لزوم تعیین عامل، ممکن است عمل هم مردد و کیفیات آن نامعلوم باشد».
۳. مادهٔ ۶۹۴ ق.م.: «علم ضامن به مقدار و اوصاف و شرایط دینی که ضمانت آن را می‌نماید، شرط نیست. بنابراین اگر کسی ضامن دین شخص بشود بدون اینکه بداند آن دین چه مقدار است، ضمانت صحیح است؛ لیکن ضمانت یکی از چند دین به نحو تردید باطل است».

بند مذکور را راجع به خصوص عدم مردد بودن بین دو یا چند چیز انگاشته‌اند (ر.ک: امامی، بی‌تا: ۲/۱۴۱؛ شهیدی، ۱۳۹۲: ۳۰۶؛ مدنی، ۱۳۹۲: ۲/۳۳۵). طبق این مبنا، میان «معین» و «معلوم» رابطه عموم و خصوص من وجه برقرار می‌باشد و به نظر می‌رسد که صواب نیز چنین است.

به هر تقدیر و بنا بر آنچه گفته شد، جای هیچ شبهه‌ای نیست که هم در مشهور فقه امامیه و هم در قانون مدنی ایران، تردید در مورد معامله سبب بطلان عقد قلمداد شده است.

۲-۲. تحریر محل نزاع

اینک برای تنقیح کلام ضرورت دارد که محل بحث به روشنی تبیین گردد و منظور از «تردید در مورد معامله» مشخص شود. گفتنی است که در مقام ثبوت، تردید در معامله انحا و مواضعی دارد. گاهی تردید به اصل انشای قرارداد تعلق می‌گیرد، به این نحو که مشخص نیست شخص اساساً عقدی را انشا کرده یا خیر (فرض اول) و یا اینکه فی‌الجمله وقوع انشا مشخص است، لیکن معلوم نیست که «موضوع» انشا و یا «مورد» آن چیست؛ مثلاً معلوم نیست که بیع انشا شده یا اجاره، و یا معلوم نیست که بیع کتاب انشا شده یا بیع قلم (فرض دوم). در فرض اول، بی‌گمان با استناد به اصل استصحاب - که به عدم‌الانشاء رهنماست - باید حکم به بطلان داد. به عبارتی در اینجا که در مقوم ماهیت عقد و نتیجتاً در عقیدت آن شک است، نمی‌توان با استفاده از عموم ادله صحت (مانند «أوفوا بالعقود»)، حکم به صحت آن داد والا تمسک به عام در شبهه مصداقیه خود عام پدید می‌آید که مشهور اصولیان آن را ممنوع دانسته‌اند. در فرض دوم نیز حکم به بطلان اقوی است. اینکه «موجب» خود نداند که چه انشا کرده است، رجوع آن به «ما وقع لم یقصد» خواهد بود. از طرفی از آنجا که جزمیت - که از عناصر انشاست - در اینجا مفقود است، باید به بطلان حکم کرد. به عبارتی در اعمال حقوقی که از عناوین قصديه‌اند باید جزم و قطع وجود داشته باشد و تردید و دودلی به انشای فعلی خدشه وارد می‌کند و تا جزم نباشد، قصد انشا محقق نمی‌شود و تا قصد انشا نباشد عقد شکل نمی‌گیرد (محمدی خراسانی، ۱۳۹۱: ۴/۵۴۳). پس جای تردیدی

نیست که تردید در مورد، اگر مال آن به تردید در انشا باشد، قطعاً سبب بطلان خواهد بود. با مطالب پیش گفته، بحث راجع به تردید در مُنشأ نیز مفروغ‌عنه می‌نماید؛ چه اینکه اگر آن را حاصل انشا بدانیم، بدیهی است که در فرض عدم انشا، مُنشأ هم در کار نخواهد بود.

اما گاه انشای منجز معامله به گونه‌ای به بعض افراد شیء یا اشیا بی تعلق می‌گیرد که آنچه متعلق حق «قابل» قرار می‌گیرد، به محض انعقاد عقد یا واقعاً و یا ظاهراً مشخص نیست؛ مانند آنکه فروشنده، پیمانۀ گندمی از انبار گندم خود یا گوسفندی از دو گوسفند خود را بفروشد و مانند این‌ها. این فرض، خود سه صورت دارد که هر یک جداگانه قابل بررسی است. سه صورت زیر در مکاسب تحت عنوان «بیع بعض من جملة متساویة الأجزاء» آمده است:

صورت اول: گاهی قصد طرفین بر این است که مشتری به اندازه آن بعض که می‌خرد، شریک در مال شود؛ مثلاً گوسفندی از دو گوسفند فروخته شود و قصد طرفین این باشد که مشتری مالک نصف مشاع از هر دو گوسفند شود. این بیع، بیع مال به نحو اشاعه است. در اینجا نیز اگر مقدار مجموع دو شیء نامعلوم باشد و کسر واقعی‌ای از آن - به نحو اشاعه - مورد معامله قرار گیرد، آنچه ابتدائاً متعلق حق قابل قرار می‌گیرد، ظاهراً مشخص نیست. برای تصحیح این بیع - همانند بیشتر فقها - باید از منع برخی به استناد غرر درگذریم (عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۱۰۵/۴؛ همدانی، ۱۴۲۰: ۳۹۴).

صورت دوم: گاهی قصد طرفین بر این است که کلی مقید به مصداق خارجی مورد معامله قرار گیرد. به عبارتی مبیع «مقدار معین به طور کلی از شیئی متساوی‌الاجزاء» باشد (ماده ۳۵۰ ق.م.ا)؛ مانند اینکه فردی بیست کیلو از چهل کیلو گندم موجود در انبار خود را به دیگری بفروشد. این بیع، بیع مال به نحو کلی در معین است که مشهور فقها، قائل به صحت آن‌اند (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۵۵/۴).

صورت سوم: گاهی انشای منجز طرفین بر بعض مردد از دو یا چند چیز قرار می‌گیرد؛ مانند اینکه شخصی بیع یکی از دو پیمانۀ گندم و یا یکی از دو گوسفند را بدون تعیین کردن آن انشا کند و مشتری قبول نماید. این بیع، بیع مال به نحو تردید است؛ بیعی که تا قبل از تعیین مورد آن، ملکیت مشتری در هیچ یک از اشیا مستقر

نمی‌شود و این نوشتار بر آن قائم آمده است.

برای تفاوت صورت دوم و سوم، محقق کرکی عباراتی آورده که مورد استناد شیخ انصاری نیز واقع شده است: بیع در صورت دوم امر کلی غیر مشخصی است که قابلیت انطباق بر همه افراد مجموعه را دارد در حالی که در صورت سوم متمایز و جزئی ولی نامعین است؛ مثلاً اگر فردی از چهل کیلو گندم موجود در انبار خود، بدون اینکه آن را جزء جزء کند، بیست کیلو را بفروشد، بیع به صورت دوم و اگر آن را به دو قسمت تقسیم کند و یکی از آن‌ها را بفروشد، بیع به صورت سوم منعقد می‌شود (عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۱۰۳/۴). به عبارتی بیع در صورت دوم، طبیعت بدون لحاظ خصوصیات فردی و در صورت سوم، طبیعت با لحاظ خصوصیات فردی است (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۴۳۰/۱؛ حسینی شیرازی، بی تا: ۹۸/۱۰).

به نظر می‌رسد به فرض ثبوت چنین فارق (یعنی جزء جزء شدن مجموعه)، اثبات چنین ثبوتی بسیار تکلف‌بار است؛ زیرا از انشایی که واقع شده است (مثلاً انشای یک صاع از پنج صاع گندم) می‌توان هر دو تصویر را ارائه داد. چنانچه بعضی محشیان مکاسب، بیع بعض مردد «فی الصیعان المتفرقة» را دو قسم دانسته‌اند: قسمی که بیع بر یکی از صیعان خارجی تعلق می‌گیرد (صورت سوم) و قسمی که بیع به مفهوم صاع منتزع از صیعان خارجی قرار می‌گیرد (صورت دوم) (خوانساری، بی تا: ۱۴۴). امام خمینی نیز «وهبتك أحد هذین» را -برای خروج از محذور استحالة فرد مردد- به بیع کلی در معین تحلیل و مورد تملیک را عنوان «أحدهما» فرض کرده است (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۱۰۳/۲). مرحوم ایروانی نیز صریحاً به ملاک نبودن «تفرقة صاعها» اشاره کرده و ملاک صورت سوم را توجه نفس به هر کدام از صاع‌ها دانسته است (ایروانی، ۱۴۰۶: ۲۰۲/۱).

برخی فقها، صورت دوم و سوم را این گونه تصویر کرده‌اند: بیعی که به بعض مردد تعلق می‌گیرد و امکان صدق آن بعض مردد به افراد یک مجموعه وجود دارد، دو قسم است: یا اینکه بعض مردد -حتی در واقع- معین نیست (صورت دوم) و یا اینکه واقع معینی دارد، لیکن میان متبایعین، مردد است (صورت سوم) (حسینی روحانی، ۱۴۲۹: ۷۶/۵). اما به نظر می‌رسد که باید در این تقسیم تأمل کرد. آری! گاه مورد معامله ظاهراً و در

نزد متباین معلوم نیست؛ مانند اینکه فردی وسیع‌ترین خانه‌اش را بفروشد و در حال انشا نداند که کدام یک از آن‌ها اوسع است. در این فرض، در صحت معامله نمی‌توان شک کرد (جزایری، ۱۴۳۰: ۲۴۳/۸؛ قدیری، ۱۴۱۹: ۲۰۷) و باید گفت اساساً این فرض، محل نزاع ما نیست، بلکه در صورت سوم که بحث بر سر صحت یا بطلان آن است، «مورد» - همانند صورت دوم- هم واقعاً و هم ظاهراً مردد است و تا «تعیین» صورت نگرفته، هیچ یک از اشیا، عنوان «مبیع» را نه در واقع و نه در ظاهر نمی‌یابند. به عبارتی، بیع در صورت سوم، از صورت‌های علم اجمالی نیست که در آن واقع معینی وجود داشته باشد و مبیع صرفاً به حسب ظاهر و علم متباین نامعلوم باشد، بلکه در آن، بیع فرد مردد را می‌فروشد و تا قبل از تعیین، حتی در واقع نیز عنوان «مبیع» استقرار نیافته و میان آن دو شیء در رفت‌وآمد است.

البته به نظر می‌رسد که این عدم تصویرگری روشن، در خود مکاسب نیز دیده می‌شود و کلام شیخ و اکثر محشیان و پیروان شیخ را متشت کرده است. ایشان برای منع معامله در صورت سوم، چهار دلیل می‌آورند: جهالت، ابهام، غرر، بلامحل بودن ملکیت (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۴۹/۴)؛ حال آنکه دلیل اول و سوم مربوط به فرضی است که تردید ظاهری در مورد معامله است و دلیل دوم و چهارم مربوط به تردید واقعی و ظاهری در آن است. محقق نائینی از تردید ظاهری در مورد معامله به بیع «أحدهما المصدقاتی» و از تردید واقعی و ظاهری در آن به بیع «أحدهما المفهومی» تعبیر کرده است (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۱/۳۹۹). برخی نیز اولی را «تردید در انطباق» و دومی را «تردید در وجود» نام نهاده‌اند (قدیری، ۱۴۱۹: ۲۰۷).

۳-۲. ادله منع تردید در مورد معامله و نقد آن‌ها

در ادامه، به بررسی ادله منع در فرض تردید و معلومیت آن، در صورتی که مجموعه، متشکل اموال مثلی با قیمت یکسان باشد، خواهیم پرداخت:

یکم: اجماع؛ همان گونه که پیشتر گفته شد، برخی فقها حکم منع را به اصحاب نسبت داده‌اند. حتی ابن ادریس روایت مورد استناد شیخ طوسی را به دلیل مخالفت آن با اجماع و تصانیف اصحاب، غیر قابل استناد می‌داند (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۳۵۰/۲).

وحید بهبهانی نیز به اجماع ادعاشده اشاره داشته است (بهبهانی، ۱۴۱۹: ۳۰۳). شیخ انصاری نیز در مکاسب به قول صاحب ریاض اشاره می‌کند که او این حکم را نسبت به اصحاب داده^۱ و نیز قول محقق اردبیلی که او بطلان بیع یک ذراع از یک کرباس مشاهد را بدون تعیین اینکه از کدام طرف بریده شود، به اصحاب نسبت داده است^۲ (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۴۸/۴).

نقد: به جای خود در «اصول فقه» گفته شده است که اجماع، دلیل مستقلی محسوب نمی‌شود و اگر کاشف از سنت نباشد، اعتباری ندارد (مظفر، ۱۴۳۰: ۱۱۰/۳). به عبارتی دیگر، ممکن است اجماع یادشده، اجماع مدرکی (و نه تعبدی) باشد و فقها همه با تمسک به مدارک و مستندات، چنین فتوا داده باشند. لذا در مانحن‌فیه شایسته است که مستقیماً به مدارک و مستندات موجود مراجعه کرد و به تدقیق در آنها پرداخت. گفتنی است که شیخ انصاری در مکاسب پس از نقد ادله موجود می‌نویسد: «تنها دلیل منع، اجماع است، اگر ثابت شود» (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۵۲/۴).

دوم: استناد به روایات: برخی فقها احتمال داده‌اند که نهی از تردید در مورد معامله از برخی روایات مربوط به سلف، بیع تمر و... برآید (بهبهانی، ۱۴۱۹: ۳۰۳).

نقد: نخست باید گفت آنچه از روایات مزبور (ر.ک: حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۸۳/۱۸) برمی‌آید و آنچه مشهور فقها ذیل سلف شرط کرده‌اند (ر.ک: عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۴۰۳/۳)، همه مربوط به «معلومات» مبیع (یعنی جنس، وزن و عدد آن) است که پیشتر گفته شد که معلومات مبیع ملازمه‌ای با «تعیین» آن ندارد. از طرفی «تعیین» به معنای «تخصیص و تفرد از چند چیز است» (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۳۰۹/۱۳) و چنین امری راجع به «کلی» -حین العقد- منطقی نیست و روایات مربوط به سلف دلالتی به اشراط تعیین ندارند.

۱. سید در ریاض نوشته است: «اصحاب، بیع گوسفند غیر معلومی از یک گله را باطل دانسته‌اند، ولو اینکه تعداد گوسفندان معلوم باشد و قیمت گوسفندان مساوی باشد» (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۲۴۰/۸).

۲. کلام علامه حلی در ارشاد الاذهان چنین است: «یجوز اتباع... قدر معین من المتساوی کقفیز من قبة وإن جهلت لا من المختلف كالذراع من الثوب والجریب من الأرض» (علامه حلی، ۱۴۱۰: ۳۶۲/۱). محقق اردبیلی در تعلیقه خود بیان می‌دارد: «ومثل المتن أكثر عباراتهم» (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۸۲/۸). حال به نظر می‌رسد که بتوان بر استظهار اجماع از کلام محقق اردبیلی تأمل کرد. این تأمل به تصریح برخی محشیان مکاسب نیز رسیده است (ر.ک: جزایری، ۱۴۳۰: ۲۴۴/۸).

سوم: محال بودن این معامله؛ شاید عمده دلیل منع تردید در مورد معامله این باشد که برخی از اعلام بیان داشته‌اند که اساساً «فرد مردد» هیچ وجودی ندارد. به عبارت واضح‌تر، «فرد مردد» به حمل شایع، نه ذاتاً و نه وجوداً و نه ماهیتاً ثبوتی ندارد (نراقی، ۱۴۱۵: ۳۲۷/۱۴؛ اصفهانی، ۱۴۱۸: ۳۳۴/۳؛ حسینی روحانی، ۱۴۳۱: ۷۸/۵؛ طباطبایی قمی، ۱۴۱۳: ۱۷۰/۳) اما مستحیل و بلکه «لاشیء» بودن «فرد مردد» مدلل است به اینکه: اولاً وجود، مساوق تعین و تشخیص است و در عالم خارج که عالم تعینات است، فرد مردد وجود ندارد (قدیری، ۱۴۱۹: ۲۰۷). ثانیاً مرجع «مردد مصداقی» به تناقض است؛ زیرا مستلزم آن است که یک شیء در آن واحد، هم وجود داشته باشد هم نه، هم مملوک باشد هم نه، هم مبیع باشد هم نه، و... (اصفهانی، ۱۴۲۹: ۲۷۲/۲). البته در نظر برخی محققان، دلیل دوم، اولی از اولی نموده است؛ زیرا پای ملاحظه فلسفه و حقیقت وجود و طرح اینکه آیا در آن تردید راه دارد یا خیر؟ را در موضوع به میان نمی‌کشد (صدر، ۱۴۱۷: ۴۱۶/۲). بنابراین وقتی که «فرد مردد» مستحیل باشد، روشن است که اثنا بر آن نیز محال است. به عبارتی اگر گفته شود «چنان معامله‌ای باطل است»، دلیل آن این است که اساساً اثنا و معامله‌ای محقق نشده (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۴۱۵/۳) و حال آن حال «بیع بر معدوم» است (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۰: ۲۴۹).

نقد: به نظر می‌رسد که این ایراد، در فرض تردید ظاهری مبیع مسموع نباشد؛ چه اینکه در فرض مزبور، واقعاً محل عقد موجود است و نهایت اشکالی که می‌توان بر آن نمود، غری بودن معامله است که در ادامه بحث خواهد شد. اما به فرض تردید واقعی مورد معامله، برای دفع این اشکال می‌توان گفت: اولاً با اینکه بدیهی است که در خارج، شیء مردد وجود ندارد، روشن است که این منع، ملازمه‌ای با منع وجود آن در ذهن ندارد؛ مثلاً ذهن، کسر مشاع را تصور می‌کند، گرچه در عالم خارج اشاعه و کسر مشاعی وجود ندارد و بر آن آثار حقوقی بار می‌کند (حاتری یزدی، ۱۴۱۸: ۲۳۳؛ اراکی، ۱۴۱۵: ۲۴۹/۲؛ فاضل لنکرانی، ۱۳۹۲: ۱). به عبارتی برای محل اعتنا قرار گرفتن حقوقی یک شیء، اعتبار ذهنی آن کافی است؛ چه اینکه: «الاعتبار خفیف المؤمنة». وانگهی می‌توان مواردی را نشان داد که قلم فقها در تصویر عالم اعتبار، فراتر از تبیین مسائل فلسفی و تکوینی جهیده است؛ مانند مسئله شرط متأخر و بحث تعلیق در منشأ که آن را

ممکن و صحیح دانسته‌اند. ثانیاً گرچه برخی فقها گفته‌اند که عَقلاً فرد مردد را «طرف» اضافه ملکیت قرار نمی‌دهند (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۳۹۹/۱)، برعکس به نظر می‌رسد که عَقلاً در معاملات خود، فرد مردد را اعتبار و آن را فرضاً موجود می‌پندارند تا چه‌بسا بر چنین اعتباری، اغراض عقلایی بار کنند؛ مانند آنکه پدری به یکی از دو فرزند خود مالی را هبه کند و این هبه، مورد قبول دو فرزند واقع شود و از طرفی تعیین نهایی فرد «متهب» به تحصیل نتیجه‌ای در خارج (مانند برنده شدن یکی از آن‌ها در مسابقه) منوط گردد یا پدری به فرزند خود یکی از دو مال -یکی «اجود» و دیگری «اردأ»- را هبه کند و راجع به تعیین آن این گونه شرط شود که در صورت برنده شدن فرزند در مسابقه، «اجود» و در صورت عدم توفیق، «اردأ» عنوان «موهوب» را خواهد یافت. وانگهی این اعتبار عقلایی، ممضای شارع نیز می‌باشد. شاهد آن روایاتی است که در بعضی ابواب فقه موجود است. این روایات در بخش بعد مورد اشاره قرار خواهند گرفت؛ مضافاً آنکه عرف، «اکراه بر طلاق إحدى الزوجتين» یا «اکراه بر بیع أحد العبدین» را -که از مثال‌های معروف میان فقیهان است- «اکراه» می‌پندارد و بر کسی جایز نیست که ادعا کند در چنین حالتی اساساً اکراه واقع نشده است (فاضل لنکرانی، ۱۳۹۱: ۱). جالب آنجاست امام خمینی که در مسئله بیع فرد مردد در بحث شرایط عوضین، با استناد به استحالة فرد مردد، چنین معامله‌ای را باطل اعلام می‌کند (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۴۱۴/۳)، در بحث اکراه بر بیع یکی از دو شیء، در صورتی که مکره هر دو شیء را فروخته باشد، مقتضای قاعده را صحت یکی از آن‌ها لابعینه و بطلان یکی از آن‌ها لابعینه دانسته است و به این اعتبار عقلایی اشاره می‌دارد (همان: ۱۰۳/۲). نیز شاید بر همین مبنا باشد که برخی حقوق دانان نوشته‌اند:

«وجود خارجی فرد مال قیمی در زمان انعقاد عقد لازم نیست، بلکه وجود توافقی و قراردادی آن کافی است» (باریکلو، ۱۳۹۴: ۷۰).

به نظر می‌رسد که می‌توان دو ایراد زیر را تحریر دیگر اشکال اخیر و مسبوق آن در ضعف دانست: یکی ابهام داشتن مورد معامله، یعنی «تعیین واقعی نداشتن» مبیع (ر.ک: جزایری، ۱۴۳۰: ۲۴۵/۸؛ حسینی شیرازی، بی تا: ۸۲/۱۰) که مانع صحت دانسته شده است (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۴۳۰/۱؛ کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۰: ۲۴۹). دیگری آنکه گفته شده است

که «ملکیت» عرضی است که به محل معین نیاز دارد و معامله‌ای که مورد آن مردد است، در حقیقت، موردی ندارد که «ملکیت» به آن تعلق گیرد (نراقی، ۱۴۱۵: ۳۲۷). گو اینکه این ایراد، از ایراد قبلی ترقی کرده: اولاً عرض «ملکیت» را مدّ نظر قرار می‌دهد، ثانیاً آن را بلا محل می‌داند.

باز هم این دو ایراد در فرض تردید ظاهری مورد، منحل می‌شوند (ر.ک: طباطبایی قمی، ۱۴۱۳: ۱۷۲/۳؛ حسینی روحانی، ۱۴۲۹: ۷۶/۵) و بحث صرفاً در فرض تردید واقعی مورد، شکل می‌گیرد.

در پاسخ به ایراد اول، با تسلیم وجود ابهام در این مورد، کبرای این ایراد (یعنی مبطل بودن ابهام) شرعاً مسلم دانسته نشده است، مگر آنکه پای بحث عقلی میانه باز شود (طباطبایی حکیم، بی‌تا: ۴۲۵؛ غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۳۹۹/۱) که البته قبلاً به آن پاسخ داده شد. شیخ انصاری نیز با خدشه در کبرای ایراد، ابهامی را مبطل دانسته است که موجب غرر شود، حال آنکه در مانحن‌فیه غرری وجود ندارد، گرنه بیع سلف و بیع کلی در معین قابلیت صحت نداشتند (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۵۱/۴). صاحب الزبدۃ الفقهیه در نقد قول فخرالمحققین که تعیین معتق را به سبب مبطل بودن ابهام، شرط صحت دانسته، نوشته است: «ابهام در شرع بسیار واقع شده است» و به نقض قول فخر، دو روایت محمد بن مسلم و محمد بن مروان را آورده است (ترجینی، ۱۴۲۷: ۳۱۵/۷) که در ادامه خواهد آمد. اما ایراد دوم، اولاً با پیش کشیدن بیع کلی که در آن، مشتری مالک کلی است در حالی که کلی هنوز ثبوتی در عالم خارج ندارد، نقض (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۵۱/۴) و ثانیاً با توجه به مفهوم «ملکیت»، حل می‌شود. باید گفت که ملکیت از اعراض تکوینی مانند ترشی و سیاهی نیست که لزوماً به شیء خارجی‌ای تعلق یافته باشد، بلکه وصفی اعتباری است که عرف یا شرع یا هر دو، آن را اعتبار و برای آن موصوفی اختیار می‌کنند. به عبارتی «ملک» از اعراضی است که ظرف اتصاف آن، گاهی خارجی است، مانند ملکیت اعیان، و گاهی ذهنی و حاکی از خارج است، مانند ملکیت کلی در ذمه. لذا فقها به صحت وصیت مردد بین دو شیء یا دو شخص تصریح کرده‌اند (اراک، ۱۴۱۵: ۲۷۹/۲-۲۸۰).

چهارم: غرری بودن معامله؛ بسیاری از فقها این چنین معامله را به استناد «غرر»

باطل دانسته‌اند (طوسی، ۱۴۰۷ الف: ۲۱۷/۳؛ فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۱/۴۳۰؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۱۰۳/۴؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۸۲/۸؛ بهبهانی، ۱۴۱۹: ۳۰۲؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۲/۳۲۶؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۹: ۱۳۸/۱؛ قدیری، ۱۴۱۹: ۲۰۷). حقوق دانان نیز بر همین ممشا گام نهاده‌اند (لطفی، ۱۳۸۸: ۱۰۳؛ باقری اصل، ۱۳۹۳: ۵۶۶).

فقها علاوه بر اجماع و نیز پیش کشیدن بنای عقلا (موسوی خویی، بی تا(ب): ۳۳/۴؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۱۳۲/۲) با استناد به روایتی از پیامبر اعظم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ که ایشان از بیع غرری نهی فرموده است (حز عاملی، ۱۴۰۹: ۴۴۸/۱۷)، بیع (معامله) غرری را باطل دانسته و آن را به شکل قاعده درآورده‌اند. فارغ از بحث در سند روایت، دلالت نهی در این خبر و الغای خصوصیت از بیع و تسری نهی به سایر معاملات و نهایتاً تسلّم این قاعده، در این مقام برای نقد این اشکال، به تدقیق در معنا و مفاد قاعده می‌پردازیم و سپس نشان خواهیم داد که دلیل غرر ممانعتی نسبت به تردید در مورد معامله ندارد.

«غرر» در لغت معانی مختلفی از جمله خطر و خدیعه دارد (ر.ک: نراقی، ۱۴۱۷: ۸۵-۸۸) و در معاملات، به معنای «خطر» است؛ حال در اینکه این خطر صرفاً از جهت جهالت به اوصاف مورد است (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۸۸/۲۲) یا اینکه اعم از آن است و شامل مواردی که شک در مقدورالتسلیم بودن مورد و مانند آن نیز می‌باشد (انصاری، ۱۴۱۵: ۴/۱۷۸؛ موسوی خویی، بی تا(الف): ۲۵۷/۵)، اختلاف وجود دارد. به هر روی، طبق هر دو مبنا، گرچه برخی ادعا کرده‌اند که معامله غرری، خصوصاً معامله‌ای است که مورد آن مردد باشد (جزیری، ۱۴۲۴: ۲/۲۴۳)، اما باید گفت که در مانحن‌فیه اساساً غرری وجود ندارد؛ چه اینکه فرض ما بر معلومیت و تساوی قیمت همه اشیا موجود در مجموعه است و مثل جهل مشتری - در هنگام عقد - به اینکه کدام یک از آن‌ها مال اوست یا مال او می‌شود، خطر محسوب نمی‌شود و این نقاش را نقش بر آب می‌کند. احتمال دیگر درباره غرر، ابهام نتیجه عقد است (شیر، ۱۴۲۷: ۹۹). اما نمی‌توان تسلیم این احتمال بود؛ تصحیح عقود بسیاری که حین العقد سرنوشتی نامعلوم دارند مانند جعاله و بیمه و نیز عقود معلق، حجتی بر آن است.

پنجم: برخی گفته‌اند که مردد بودن مورد معامله، ممکن است به نزاع بینجامد (بهبهانی، ۱۴۱۹: ۳۰۳). به عبارتی طبق این مبنا، بعید است که عرف و شرع، معامله‌ای را

که هیچ کدام از طرفین نمی‌دانند چه به دست می‌آورند، تصحیح کنند؛ زیرا این معامله در زمان وفا، به اختلاف و غرر خواهد انجامید (موسوی گلپایگانی، ۱۳۹۹: ۴۳). لیکن به نظر ما چنین نیست که معامله مورد مردد، وفانشده باقی بماند، بلکه می‌توان راهکارهایی شرعی از جمله اشتراط و تمسک به قرعه را پیش نهاد و همه این عبارها را فرونشاند.

ششم: قیاس موضوع با صلح مردد؛ با توجه به اینکه مبنای فقیهان، منع تردید در مورد صلح بوده، ممکن است بر مبنای پیش گفته بنای منع تردید در مورد تمامی معاملات گذارده شود (ر.ک: وحدتی شبیری، ۱۳۷۹: ۱۵)؛ به دو دست‌آویز: اولاً الغای خصوصیت از صلح مردد و تعمیم آن به همه معاملات؛ ثانیاً قیاس اولویت؛ به این بیان که تردید در صلح که از عقود مسامحی است پذیرفتنی نیست لذا به طریق اولی در عقود مغابنی ممنوع خواهد بود.

نقد: به نظر می‌رسد که این اشکال، نوعی مصادره به مطلوب باشد. در واقع باید ابتدا پرسید که دلیل مبطل بودن تردید در مورد عقد صلح چیست؟ اگر دلیل آن، دلیل خاصی است، باید به بررسی آن پرداخت و اگر دلیل آن، دلایل مطرح شده راجع به تردید در سایر عقود است، به فرض نقد و نقض آن، عقد صلح نیز در پذیرش تردید در مورد خود، تسلیم سایر عقود خواهد شد. گفتنی است که صاحب جواهر، دلیل منع را «ابهام» دانسته است (ر.ک: نجفی، ۱۴۰۴: ۲۱۹/۲۶) که پیشتر به آن پرداخته شد.

هفتم: گفته شده است که چنین معامله‌ای سفهی و باطل است (بهبهانی، ۱۴۱۹: ۳۰۳). برخی حقوق‌دانان نیز منشأ لزوم تعیین را سیره عقلا دانسته‌اند (باریکلو، ۱۳۹۴: ۷۰).

نقد: صغرای این استدلال به جهت اینکه عقلا حتی امکان سود بردن از چنین معامله‌ای را دارند (به تقریبی که در پاسخ به اشکال سوم گفته شد) و نیز فرض عدم غرر در معامله، ممنوع است. کبرای استدلال (یعنی بطلان معاملات سفهی) نیز مورد خدشه قرار گرفته است، به اینکه اولاً مناط بطلان، سفه معامل است نه معامله سفهی و در صورتی که معامله‌کننده سفيه نباشد، معامله سفهی اش محکوم به صحت است (موسوی خویی، بی‌تا(ب): ۲۱۶/۴)؛ ثانیاً اصل آزادی اراده و تسلط بر اموال معارض آن است؛ ثالثاً مشمول «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ» نیست و شبهه باطل بودن آن، از آنجا که این عقد به «تراضی» منعقد می‌گردد، منحل و معامله مشمول استثنای موجود در

آیه شریفه^۱ می شود (ر.ک: حکمت‌نیا و زمانی، ۱۳۹۲: ۱۲-۲۲).

هشتم: گفته شده است که مال چنین معامله‌ای به عدم‌القصد است. یکی از حقوق‌دانان در مقام بیان دلیل، در این باره می‌نویسد:

«فروش یا این چیز یا آن شیء قصد را از حال تصمیم دور می‌سازد» (مدنی، ۱۳۸۵: ۴۹/۴).

نیز در این موضوع گفته شده است:

«در اینجا عقد بیع ما باطل است؛ چون ما در عقد بیع، تنجیز را شرط می‌دانیم» (پورسید، ۱۳۸۶: ۳۸).

نقد: به نظر می‌رسد که این اشکال، ناشی از تبیین نادرست مسئله است. همان گونه که پیشتر اشاره شد، بحث تردید در مورد معامله، بر عدم‌الانشاء متمرکز نیست که اگر چنان می‌بود بی‌گمان حکم به بطلان معامله اقوی می‌نمود، بلکه در چنین معامله‌ای، انشای طرفین منجزاً بر بعض مردد از دو یا چند شیء قرار گرفته است. نهایت آنچه ممکن است گفته شود این است که در اینجا، تصرف مشتری معلق شده است بر تعیین؛ حال آنکه در جای خود مسطور است که مثل چنین تعلیقی، تعلیق در انشا نیست و ضروری به صحت عقد نخواهد زد (حسینی مراغی، ۱۳۹۹/۲: ۱۴۱۷).

۲-۴. ادله صحت، در صورتی که مجموعه، متشکل از اموال مثلی با قیمت

یکسان باشد

شیخ طوسی یکی از ادله منع چنین معامله را عدم وجود دلیل بر صحت آن دانسته است (طوسی، ۱۴۰۷ الف: ۲۱۷/۳). اکنون پیشتر از آنکه اصل استصحاب که مقتضی فساد معامله است، به بطلان حکم کند، باید ادله و مؤیداتی بر صحت ارائه و اصل پیش گفته را از میانه دور کرد:

یکم: عموماً و اطلاقات؛ عموماً و اطلاقاتی همچون «أوفوا بالعقود» و «تجارة عن تراض» - که مشعر بر صحت معامله هستند - صحت این معامله را نیز تأیید می‌کنند.

۱. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» (نساء / ۲۹): ای مؤمنان اموال همدیگر را به ناروا نخورید، مگر آنکه دادوستدی به توافق خودتان باشد.

محقق اصفهانی پس از اشکال ثبوتی به این معامله (اشکال سوم)، نوشته است: «آری! به فرض معقول بودن چنین معامله‌ای، دلیلی بر فساد آن وجود ندارد، بلکه اطلاعات برای اثبات صحت آن کافی است» (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۳/۳۳۴).

به عبارتی فنی‌تر، در مانحن‌فیه عمومات و اطلاعات، اصل استصحاب (دلیل مورد) را بلاموضوع کرده و بر آن «وارد» گشته‌اند.

دوم: استناد به روایات؛ مسئله تردید در مورد معامله، در برخی روایات در ابواب نکاح و وصیت و عتق دیده می‌شود. برخی گفته‌اند که این روایات را تعبداً باید پذیرفت چه اینکه با اصول و قواعد ناسازگارند (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۱/۴۰۰؛ موسوی خویی، ۱۴۱۸: ۳۲/۱۵۳؛ مدرسی یزدی، ۱۳۹۴: ۴). لیکن به نظر ما و به تقریبی که در پاسخ به اشکال سوم بیان شد، این روایات علی‌القاعده‌اند. وانگهی توجیه قاعده‌مند و اصولی اخبار صادرشده از شارعی که خود رئیس‌العقلاست، بر «خلاف قاعده و تعبدی پنداشتن آن»، ارجح است.

در زیر به این روایات اشاره می‌کنیم:

۱. نکاح مردد

اول: صحیحه جمیل بن دراج از امام صادق علیه السلام درباره مردی که در یک عقد، پنج زن را تزویج کرده بود که حضرت علیه السلام می‌فرماید: «یَمَسُکُ اَیْتَهُمَا شَاءَ وَیَخْلَى سَبِیلَ الْاٰخِرَى» (کلینی، ۱۴۰۷: ۵/۴۳۰)؛ هر کدامشان را که بخواهد طلاق دهد و چهار تا را نگاه دارد».

همان گونه که ملاحظه می‌شود، در فرض مزبور، چهار عنوان «زوجة» مردد و یک عنوان «أجنبي» مردد وجود دارد.

دوم: روایتی راجع به عقد خواندن یک مرد بر دو خواهر که معصوم علیه السلام حکم به تخیر مرد داده است (صدوق، ۱۴۱۳: ۳/۴۱۹).

سند روایت اول را علامه در *مختلف* و شهید در *مسالك* و مجلسی در *مرآة العقول* حسن دانسته‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۶۹/۷؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۳۵۲/۷؛ مجلسی، ۱۴۰۴: ۲۰/۱۹۱). به هر روی، صدوق همین روایت را با روایت دوم، در یک روایت به سند

صحیح آورده است (صدوق، ۱۴۱۳: ۴۱۹/۳؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۵۲۴/۲۳؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۲۵۲/۱۴؛ موسوی خویی، ۱۴۱۸: ۳۴۷/۳۲)، لذا هر دو روایت سنداً قابل استنادند.

اما دربارهٔ چنین نکاحی، قول فقها دو دسته است:

دستهٔ اول: متقدمین فقها (ر.ک: طوسی، ۱۴۰۰: ۴۵۴) هستند که با استناد به روایات مذکور فتوا به صحت داده‌اند. البته در میان معاصرین هم قول به صحت دیده می‌شود (موسوی خویی، ۱۴۱۸: ۱۵۳/۳۲؛ اراکی، ۱۴۱۹: ۱۴۰؛ شبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۳۰۳۶/۹؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۲۴۹/۴).

دستهٔ دوم: علامه و بیشتر متأخرین از وی که به بطلان این نکاح نظر دارند. دلیل این دسته سه امر است:

یکی آنکه ممکن است منظور از «اختیار» در متن روایت، انعقاد عقد جدید باشد (علامه حلی، ۱۳۸۸: ۶۳۹؛ مجلسی، ۱۴۰۴: ۱۹۱/۲۰؛ قمی، ۱۴۱۳: ۵۳۱/۴؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۱۰۶/۲).

دلیل دوم نیز همچنان که از ظاهر عبارت بحرانی در حدائق و نیز عبارات برخی متأخرین (اراکي، ۱۴۱۹: ۱۴۰؛ شبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۳۰۳۶/۹) برمی‌آید، اشکال استحالهٔ فرد مردد است. بحرانی دلیل عده‌ای را ذکر می‌کند که گفته‌اند:

«حکم صحت عرضی است که به محل جوهری نیاز دارد؛ حال آنکه در اینجا میهم است و میهم بحدّ ذاته وجودی ندارد» (بحرانی، ۱۴۰۵: ۵۲۵/۲۳).

دیگری دلیلی است که از ظاهر عبارت مسالک (دربارهٔ عقد بر دو خواهر) استفاده می‌شود و آن اینکه صحیح دانستن این عقد، مستلزم جمع دو خواهر است، با اینکه شرعاً ممنوع است (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۳۵۷/۷).

اما ایراد دلیل اول این قول، مخالفت آن با ظاهر روایت و فهم فقهای متقدم از آن است. نقد دلیل دوم نیز مبحوث عنه است. بحرانی خروج از مقتضای این چنین روایات صحیحی را به مجرد ادلهٔ عقلی، «گزارف کاری صرف» در احکام خداوند می‌پندارد (بحرانی، ۱۴۰۵: ۵۲۵/۲۳). دلیل سوم نیز نقض می‌شود به اینکه آنچه در این فرض منهی عنه است، زوجیت مستقر است نه زوجیت متزلزل (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۴۱۸/۳).

اما سؤالی در اینجا مطرح می‌شود: در صورت پذیرش صحت چنین نکاحی، آیا

چنین حکمی، امری تعبدی و خلاف قاعده است (موسوی خویی، ۱۴۱۸: ۱۵۳/۳۲) یا می‌توان این حکم را در همه معاملات جاری کرد؟ به نظر می‌رسد که می‌توان در اینجا با استفاده از قیاس ادنی پاسخ مثبت داد؛ چه اینکه معمولاً گره خوردن نکاح - به عنوان یک معامله - با مسئله فرج و بضع، علما را به احتیاط واداشته است، تا آنجا که شیخ حرّ عاملی در وسائل، بابتی را با عنوان «واجب بودن احتیاط در باب نکاح هم در فتوا و هم در عمل، بیشتر از سایر عقود» گشوده است (ر.ک: حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۵۸/۲۰). اکنون که حال نکاح در این مسئله معلوم است، چه محظوری برای پذیرش آن در سایر معاملات وجود دارد؟!

۲. وصیت مردد

اول: صحیح محمد بن مسلم که از امام باقر علیه السلام درباره مردی پرسید که بندگان داشته و به عتق ثلث آن‌ها وصیت کرده بود. حضرت فرمود:

«کان علی علیه السلام یسهّم بینهم» (طوسی، ۱۴۰۷: ب: ۲۳۴/۸)؛ علی علیه السلام در این موارد قرعه می‌انداخت.

دوم: روایت محمد بن مروان از امام صادق علیه السلام که فرمود:

«إنّ أبی ترک ستین مملوگًا وأوصی بعتق ثلثهم. فأقرعت بینهم فأخرجت عشرين فأعتقتهم» (همان)؛ پدرم شصت بنده داشت که به عتق ثلث آن‌ها وصیت کرده بود. پس من میان آنان قرعه انداختم و بیست نفرشان را آزاد کردم.

صاحب جواهر مقام روایت را از قبیل وصیت به کلی نمی‌داند (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۳۹/۳۴)؛ حال آنکه امام خمینی آن را از قبیل کلی در معین انگاشته است تا قول خویش - مبنی بر استحاله فرد مردد - را از محذور برهاند (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۴۱۸/۳). در باب کیفیت تعیین نیز محقق حلی در نکت النهایة، قرعه را به وجه استحباب و وارث را مخیر در تعیین می‌داند (محقق حلی، ۱۴۱۲: ۲۰/۳). سید یزدی نیز در تعیین مورد وصیت آزاد کردن عبدی از عبید، تخییر وارث را اظهر دانسته و رجوع به قرعه را نیز احتمال داده است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۵: ۳۹۶).

۳. نذر مردد

صحیحہ ابراہیم بن عمر از امام صادق علیه السلام درباره مردی که نذر کرده بود اولین بنده‌ای را که مالک شود آزاد کند و سه بنده به او ارث رسیده بود:

«یقرع بینهم فمن أصابته القرعة أعتق...» (طوسی، ۱۴۰۷: ب: ۲۳۹/۶)؛ بین آن‌ها قرعه زده می‌شود، نام هر یک بیرون آمد، آزاد است....

به همین مضمون است روایت عبدالله بن سلیمان درباره مردی که شش بنده به او به ارث رسیده بود (همان: ۲۲۵/۸) و همچنین است صحیحہ حلبی درباره مردی که هفت بنده به او به ارث رسیده بود (همان: ۲۲۵-۲۲۶/۸).

البته گفتنی است که در این باره، روایت دیگری هم وجود دارد که حسن صیقل از امام صادق علیه السلام نقل می‌کند که حضرت علیه السلام مردی را با چنان نذری مخیر دانسته است در عتق هر کدام از شش بنده (همان: ۲۲۶/۸). لذا قول فقها در این مسئله متشتت شده است؛ شیخ طوسی در *نهایه رجوع* به قرعه را احوط دانسته و در *استبصار* نیز همین نظر را داده و تخیر بایع را نیز رد نکرده است (همو، ۱۴۰۰: ۵۴۳؛ همو، ۱۳۹۰: ۶/۴). علامه نیز در *تبصره* و *مختلف* رأی به قرعه داده (علامه حلی، ۱۴۱۱: ۱۵۴؛ همو، ۱۴۱۳: ۵۱/۸). اما محقق حلی گرچه از عبارت *شرایع* قول به قرعه استظهار می‌شود (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۸۱/۳)، در *مختصر* تخیر بایع را متعین دانسته است (همو، ۱۴۱۸: ۲۳۷/۲). برخی نیز اساساً عتق را لازم ندانسته‌اند (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۶۷/۲). برخی نیز دو روایت را جمع کرده‌اند: در ارث، تعیین با استقراع و در بیع، تعیین به عهده مالک (فاضل آبی، ۱۴۱۷: ۲۹۱/۲).

حاصل آنکه از روایات به دست می‌آید که معامله بر فرد مردد عرفاً بلامحذور است و شارع نیز نه تنها آن را منع نکرده، بلکه برای تعیین آن چاره اندیشیده است. فقط ممکن است در بادی امر چنین به نظر برسد که این روایات از جهت کیفیت تعیین، متعارض‌اند؛ چه اینکه ملاحظه می‌شود که راهکار ارائه شده برای تعیین، گاه تخیر و گاه رجوع به قرعه است.

دفع پندار تعارض میان این روایات، این گونه است که پیشتر اشاره شد که فارغ

میان معامله کلی در معین و معامله فرد مردد، اثباتاً تکلف‌بار است و از طرفی می‌توان از معامله کلی در معین، تصویر معامله بر فرد مردد نیز ارائه داد. بنابراین باید گفت که تعارضی میان روایات مزبور وجود ندارد؛ چه اینکه همه این روایات، وارد یک مورد نیستند، بلکه در مواردی که معامله، تفسیر به کلی در معین شده، تخییر منشی یا وارث او متعین، و در مواردی بر فرد مردد تفسیر گشته که رجوع به قرعه تجویز شده است.

سوم: تحلیل انشای این معامله به چند ایجاب؛ برخی نویسندگان در مقام تصحیح این معامله گفته‌اند که در چنین معامله‌ای چند ایجاب منجز وجود دارد که بر هر یک از اشیا قرار گرفته است (امینی، ۱۳۸۶: ۹). گفتنی است که این تحلیل، موافق با مبنای برخی اصولیان در تفسیر واجب تخییری است که گفته‌اند در واجب تخییری چند امر وجود دارد که به هر یک از افعال تعلق گرفته است؛ به این نحو که شارع، اختیار هریک از مأموریه را موجب اسقاط انشائات دیگر قرار داده باشد (ر.ک: صدر، ۱۴۱۷: ۴۰۹/۲). فارغ از بحث درباره صحت و سقم این تفسیر، انصاف آن است که در مانحن‌فیه گرچه چنین فرضی منع ثبوتی ندارد، اما با واقع عرف ناسازگار است. به عبارتی به نظر می‌رسد که چنین تحلیلی از ظهور عرفی انشای «یکی از این دو را فروختم»، قدری متکلف است.

۲-۵. امکان تسری حکم صحت به صورتی که مجموعه، متشکل از اموال

قیممی باشد

همه نویسندگان، معامله فرد مردد را در صورتی بررسی‌ده‌اند که مجموعه، متشکل از افرادی با مال مثلی باشد و قیمت افراد نیز مساوی باشد؛ گو اینکه بطلان معامله در صورت قیممی بودن افراد یا اختلاف قیمت داشتن افراد مجموعه، به دلیل غرری بودن معامله، مفروغ‌عنه بوده است (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۴۸/۴). به هر روی به نظر می‌رسد که یازیدن به دو امر بتواند مجموعه متشکل از چند مال مثلی با اختلاف قیمت یا چند مال قیممی با اختلاف قیمت یا بدون آن را نیز در حکم صحت داخل کند:

یکم: منتفی شدن مناط غرر؛ اگر انحصار حکم در اموال مثلی، به سبب عدم اختلاف قیمت اجزای مجموعه باشد که عرفاً در مجموعه متشکل از اموال مثلی منتفی

است، باید پذیرفت که وجهی برای چنین حزم‌اندیشی در فرض معاملهٔ مردد بر مجموعه‌ای متشکل از چند مال قیمی مختلف با قیمت‌های یکسان وجود ندارد. برخی فقها در فرض اختلاف افراد در صورتی که مشتری بداند چیزی که به دست می‌آورد مساوی با ثمنی است که می‌دهد، غرر و خطر را منتفی دانسته‌اند (طباطبایی قمی، ۱۴۱۳: ۱۷۳/۳). محقق اردبیلی نیز عمومات، علم متباین و عدم منع را در بیع یک ذراع از یک کرباس^۱ مشاهده بدون تعیین اینکه از کدام طرف بریده شود، دلیل بر صحیح دانسته است (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۸۲/۸). طبق این مبنا، حکم از معامله بر «مساوی الاجزاء» به «مساوی القیمه» ترقی می‌یابد؛ ولو اینکه هر کدام از افراد ماهیت متفاوتی داشته باشند. وانگهی ارادهٔ آزاد طرفین که تعلق هر یک از افراد مجموعه را به صلاح خود دیده‌اند، در حدود نظم عمومی و اخلاق حسنه محترم است و بعید است در این فرض، کسی حتی ادعای خدشه بر آن‌ها را داشته باشد.

دوم: مثلی انگاشتن مال قیمی؛ یکی از حقوق دانان در مسئلهٔ قابلیت تعیین داشتن مبیع، در مثال فروش یکی از چند اسب، گرچه تصحیح چنین معامله‌ای را در گسترهٔ قانون مدنی بعید دانسته، اما در فرض مثلی انگاشتن اسب‌ها، صحت این معامله را به رویهٔ قضایی پیشنهاد داده است (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۲۰۱/۲). به نظر می‌رسد که مبنای پیش‌گفته را خصوصاً دربارهٔ اموال شبیه به هم مانند خانه، حیوان و... می‌توان مطرح کرد. در این خصوص اولاً در تعهدات، مثلی و قیمی صفتی نیستند که همیشه ناشی از ماهیت شیء باشند (همو، ۱۳۹۱: ۴۴). ثانیاً باید گفت در تدقیق نظر، قیمت مناط غرری شدن معامله نیست، بلکه اوصافی که سبب اختلاف قیمت می‌شوند و رغبت مردم به آن‌ها تعلق می‌گیرد، ملاک‌اند (همدانی، ۱۴۲۰: ۳۹۵). ثالثاً به لحاظ ثبوت، مانعی وجود ندارد که طرفین از اوصافی که موجب اختلاف قیمت و رغبت شده‌اند، چشم‌پوشی کنند. لذا در صورت چشم‌پوشی از قصد معاملی آنان و نیز توافق آن‌ها بر یک قدر جامع میان افراد مجموعه، مال قیمی در حکم مال مثلی خواهد بود و دیگر نمی‌توان چنان معامله‌ای را به استناد غرر باطل دانست.

۱. ظاهراً پارچه در قدیم از اموال قیمی محسوب می‌شده است، در حالی که امروزه غالباً مثلی است (موسوی خویی، بی‌تا(الف): ۱۵۲/۳؛ کاشف‌الغطاء، ۱۳۸۸: ۹۴).

۲-۶. تعیین مورد مردد

به نظر می‌رسد که برای تعیین مورد معامله چه در فرض تردید ظاهری و چه در فرض تردید واقعی، می‌توان دو راهکار ارائه کرد:

یکم: اشتراط؛ شیخ طوسی نیز در یکی از دو قول خود با استناد به روایتی از اصحاب، بیع یکی از دو عبد را به شرط اینکه مشتری هر کدام را که خواست اختیار کند، صحیح دانسته است (طوسی، ۱۴۰۷ الف: ۳/۳۸). به نظر می‌رسد که می‌توان از خصوص شرط مذکور ترقی کرد. پیداست که اگر طرفین در ضمن عقد یا در عقد دیگری راجع به تعیین مورد معامله توافق کنند، مثلاً آن را منوط به وقوع حادثه خارجی کنند یا آن را به دیگری بسپارند، به مقتضای «المؤمنون عند شروطهم» چنین توافقی لازم‌الوفاست و بی‌گمان این عقد، اجرائشده باقی نخواهد ماند.

دوم: رجوع به قرعه؛ در صورتی که شرطی در میان نباشد، به نظر می‌رسد که بهترین راهکار رجوع به قرعه باشد.

در موارد تردید ظاهری مورد معامله، جای هیچ شبهه‌ای نیست که قرعه کاربرد دارد. جریان قرعه در مثال غنم موطوئه و... که در ادله قرعه وجود دارد، مؤید این گفتار است. اما جریان قرعه در موارد تردید واقعی (یعنی آنجا که ثبوتاً واقع معینی وجود ندارد) مورد انکار قرار گرفته است (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۱۰۴/۱۴؛ غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۳۹۹/۱).

به عبارتی بحث آن است که آیا قرعه علاوه بر اینکه واسطه اثبات است، می‌تواند واسطه ثبوت نیز واقع شود؟ پاسخ ما به این پرسش مثبت است؛ چه اینکه ادله قرعه عام‌اند و هر دو نحو از تردید را شامل می‌شوند. روایاتی که در بخش قبلی به آن‌ها اشاره شد، دلیلی بر این مدعاست (ر.ک: موسوی خوئی، ۱۴۱۸: ۱۵۵/۳۲؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۳۰: ۶۶/۱؛ فاضل لنکرانی، ۱۳۹۴: ۵۰).

نتیجه‌گیری

برایند این مقاله، در موارد زیر خلاصه می‌شود:

۱- تردید در مورد معامله زمانی روی می‌دهد که انشای منجز طرفین بر بعض مردد از

یک مجموعه واقع گردد؛ به گونه‌ای که آنچه متعلق حق قابل قرار می‌گیرد، در بادی امر مشخص نباشد.

۲- تردید در مورد معامله را می‌توان به دو قسم تردید ظاهری و تردید واقعی تقسیم نمود.

۳- ادله منع تردید در مورد معامله قابل خدشه‌اند؛ اولاً اجماع ادعاشده ثابت نیست. ثانیاً روایات استنادشده، دلالتی بر این امر ندارند. ثالثاً عرف از ایراد فلسفی استحاله فرد مردد عبور کرده است. رابعاً چنین معامله‌ای غرری نیست. خامساً چنین نیست که این معاملات وفانشده باقی بمانند و می‌توان برای اجرای آن‌ها راهکارهایی ارائه داد. سادساً منع تردید در مورد صلح نیز مسلم نیست. سابعاً فارغ از آنکه چنین معاملاتی سفهی نیستند، حکم به بطلان معاملات سفهی نیز قابل خدشه است. ثامنناً تبیین مسئله به اینکه در این معامله، انشای طرفین منجز نیست، نادرست است.

۴- با تمسک به عموماً و اطلاعات مربوط به معاملات می‌توان حکم به صحت معامله مرددالمورد داد.

۵- در روایات معصومان علیهم‌السلام نیز معامله بر وجه تردید پذیرفته شده است و تنها مورد اختلاف ظاهر روایات، کیفیت تعیین است. در مواردی معامله ظاهر در «کلی در معین» بوده و تخییر، و در مواردی معامله محمول بر «معامله بر فرد مردد» بوده و قرعه تجویز شده است.

۶- گرچه بحث نویسندگان بیشتر بر مدار اموال مثلی متساوی‌القیمه چرخیده است، اما در مواردی که مجموعه متشکل از چند مال قیمی با قیمت مساوی باشد نیز می‌توان حکم به صحت داد. در مواردی که مجموعه متشکل از چند مال مختلف‌القیمه باشد، در فرض چشم‌پوشی طرفین از اوصاف موجب اختلاف قیمت و اخذ این چشم‌پوشی در قصد معاملی‌شان و توافق آنان بر قدر جامعی از اشیای موجود در مجموعه می‌توان حکم به صحت داد.

۷- برای تعیین مورد معامله در هر دو فرض تردید ظاهری و واقعی، دو راهکار اشتراط - که معمول‌ترین شیوه در عرف است- و نیز در صورت فقدان اشتراط، تمسک به قرعه پیشنهاد می‌شود.

کتاب شناسی

۱. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۲. ابن فارس، احمد، *معجم مقاییس اللغة*، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۴ ق.
۳. ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۴ ق.
۴. ابوالصلاح حلبی، تقی الدین بن نجم الدین، *الکافی فی الفقه*، قم، کتابخانه امیرالمؤمنین علیه السلام، ۱۴۰۳ ق.
۵. اراکی، محمدعلی، *کتاب البیع*، قم، مؤسسه در راه حق، ۱۴۱۵ ق.
۶. همو، *کتاب النکاح*، قم، نورنگار، ۱۴۱۹ ق.
۷. اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة والبرهان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۸. اصفهانی، محمدحسین، *حاشیه کتاب المکاسب*، قم، انوار الهدی، ۱۴۱۸ ق.
۹. همو، *نهایة الدرایة فی شرح الکفایه*، بیروت، مؤسسه آل البيت، ۱۴۲۹ ق.
۱۰. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، تهران، اسلامیه، بی تا.
۱۱. امینی، عیسی، «تعیین مورد معامله»، *تحقیقات حقوقی آزاد*، شماره ۱، ۱۳۸۶ ش.
۱۲. انصاری، مرتضی بن محمدامین، *المکاسب*، قم، کنگره بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۱۳. انصاری، مسعود و محمدعلی طاهری، *دانشنامه حقوق خصوصی*، تهران، محراب فکر، ۱۳۸۴ ش.
۱۴. ایروانی، علی، *حاشیه المکاسب*، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۱۵. باریکلو، علی رضا، *عقود معین (۱)*، تهران، میزان، ۱۳۹۴ ش.
۱۶. باقری اصل، حیدر، *تشکیل عقد بیع*، تبریز، دانشگاه تبریز، ۱۳۹۳ ش.
۱۷. بحرانی، یوسف بن احمد، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۱۸. بهبهانی، محمدباقر، *الرسائل الفقهیه*، قم، مؤسسه علامه بهبهانی، ۱۴۱۹ ق.
۱۹. بهرامی احمدی، حمید، *کلیات عقود و قراردادهما*، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۳۸۶ ش.
۲۰. پورسید، بهزاد، *مدنی (۶) (جزوه درسی)*، تهران، انجمن علمی حقوق دانشگاه امام صادق علیه السلام، ۱۳۸۶ ش.
۲۱. ترحینی، سیدمحمدحسین، *الزبده الفقهیه*، چاپ چهارم، قم، دار الفقه، ۱۴۲۷ ق.
۲۲. جزایری، سیدمحمدجعفر، *هدی الطالب الی شرح المکاسب*، قم، مؤسسه السیده المعصومه، ۱۴۳۰ ق.
۲۳. جزیری، عبدالرحمن بن محمد، *الفقه علی المذاهب الاربعه*، چاپ دوم، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۲۴ ق.
۲۴. حائری یزدی، عبدالکریم، *درر الفوائد*، چاپ ششم، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۲۵. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۰۹ ق.
۲۶. حسینی روحانی، سیدصادق، *منهاج الفقاهه*، چاپ پنجم، قم، انوار الهدی، ۱۴۲۹ ق.
۲۷. حسینی شیرازی، سیدمحمد، *ایصال الطالب الی المکاسب*، تهران، اعلمی، بی تا.
۲۸. حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح، *العناوین الفقهیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۲۹. حسینی واسطی زبیدی، سیدمحمدمرتضی، *تاج العروس من جواهر القاموس*، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۴ ق.
۳۰. حکمت نیا، محمود و جعفر زمانی، «وضعیت حقوقی معاملات سفهی در فقه امامیه و حقوق ایران»، *حقوق اسلامی*، شماره ۳۶، بهار ۱۳۹۲ ش.
۳۱. خوانساری، احمد، *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.
۳۲. خوانساری، محمد، *الحاشیه الاولی علی المکاسب*، بی جا، بی تا، بی تا.

۳۳. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *مفردات الفاظ القرآن*، بیروت، دار القلم، ۱۴۱۲ ق.
۳۴. شبیری، محمد عثمان، *المعاملات المالية المعاصرة*، چاپ ششم، اردن، دار النفائس، ۱۴۲۷ ق.
۳۵. شبیری زنجانی، سیدموسی، *کتاب نکاح*، قم، رأی پرداز، ۱۴۱۹ ق.
۳۶. شهیدی، مهدی، *تشکیل قراردادهای و تعهدات*، چاپ نهم، تهران، مجد، ۱۳۹۲ ش.
۳۷. صدر، سیدمحمدباقر، *بحوث فی علم الاصول*، چاپ سوم، قم، موسسه دایرة المعارف فقه اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۳۸. صدوق، محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، *من لایحضره الفقیه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۳۹. صفایی، سیدحسین، *قواعد عمومی قراردادهای*، چاپ سیزدهم، تهران، میزان، ۱۳۹۱ ش.
۴۰. طباطبایی حائری، سیدعلی بن سیدمحمد، *ریاض المسائل*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۸ ق.
۴۱. طباطبایی حکیم، سیدمحسن، *متمسک العروة الوثقی*، قم، دار التفسیر، ۱۴۱۶ ق.
۴۲. همو، *نهج الفقاهه*، قم، ۲۲ بهمن، بی تا.
۴۳. طباطبایی قمی، سیدتقی، *عمدة الطالب فی التعلیق علی المکاسب*، قم، کتاب فروشی محلاتی، ۱۴۱۳ ق.
۴۴. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، *سؤال و جواب*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۱۵ ق.
۴۵. طوسی، محمد بن حسن، *الاستبصار فیما اختلف من الاخبار*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۹۰ ق.
۴۶. همو، *التخلاف*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق (الف).
۴۷. همو، *النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی*، چاپ دوم، بیروت، دار الکتب، ۱۴۰۰ ق.
۴۸. همو، *تهذیب الاحکام*، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق (ب).
۴۹. عاملی جبعی، زین الدین بن علی، *الروضه البهیة فی شرح المعه الدمشقیه*، قم، داوری، ۱۴۱۰ ق.
۵۰. همو، *مسائل الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۵۱. عاملی کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۴ ق.
۵۲. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، *ارشاد الازهان الی احکام الایمان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۵۳. همو، *تبصرة المتعلمین فی احکام الدین*، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۱۱ ق.
۵۴. همو، *تذکره الفقهاء*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۳۸۸ ق.
۵۵. همو، *مختلف الشیعة فی احکام الشریعه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۵۶. عمید، حسن، *فرهنگ فارسی عمید*، تهران، اشجع، ۱۳۸۹ ش.
۵۷. غروی نائینی، محمدحسین، *منیة الطالب فی حاشیة المکاسب*، تهران، المكتبة المحمدیه، ۱۳۷۳ ش.
۵۸. فاضل آبی، حسن بن ابی طالب، *کشف الرموز فی شرح المختصر النافع*، چاپ سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۵۹. فاضل لنکرانی، محمدجواد، *دروس بیع - شرایط متعاقدين*، تقریرات درس خارج فقه، جلسه ۱۱، ۱۳۹۱/۷/۱۰ ش. و جلسه ۹۵، ۱۳۹۲/۲/۲۹ ش.، مندرج در سایت <http://fazellankarani.com>.
۶۰. همو، *قاعده قرعه*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۳۹۴ ش.
۶۱. فخرالمحققین حلی، ابوطالب محمد بن حسن بن یوسف بن مطهر، *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق.

۶۲. قدیری، محمدحسن، *الاجاره*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.

۶۳. قمی، ابوالقاسم بن محمد، *جامع الشتات*، تهران، کیهان، ۱۴۱۳ ق.

۶۴. کاتوزیان، ناصر، *اموال و مالکیت*، چاپ سی و هفتم، تهران، میزان، ۱۳۹۱ ش.

۶۵. همو، *قواعد عمومی قراردادها*، چاپ سوم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲ ش.

۶۶. کاشف الغطاء، جعفر، *شرح الشیخ جعفر علی قواعد العلامه*، بی جا، مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۰ ق.

۶۷. کاشف الغطاء، عباس، *المال المثلی و المال القیمی فی فقه الاسلامی*، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۸ ش.

۶۸. کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.

۶۹. لطفی، اسدالله، *عقد بیع*، تهران، خرسندی، ۱۳۸۸ ش.

۷۰. مجلسی، محمدباقر، *مرآة العقول فی شرح اخبار آل الرسول*، چاپ دوم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۴ ق.

۷۱. محقق حلی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن، *المختصر النافع فی فقه الامامیه*، چاپ ششم، قم، مؤسسه مطبوعات دینی، ۱۴۱۸ ق.

۷۲. همو، *النهاية و نکتها*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۲ ق.

۷۳. همو، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.

۷۴. محقق داماد، سیدمصطفی و همکاران، *حقوق قراردادها در فقه امامیه*، چاپ سوم، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۳ ش.

۷۵. محمدی خراسانی، علی، *شرح مکاسب*، چاپ سوم، قم، انتشارات امام حسن (علیه السلام)، ۱۳۹۱ ش.

۷۶. مدرسی یزدی، سیدمحمدرضا، *تقریرات دروس خارج فقه*، جلسه ۴۲، ۱۳۹۴/۱۰/۲۲ ش.، مندرج در سایت <http://qommpth.ir>.

۷۷. مدنی، سیدجلال‌الدین، *حقوق مدنی (اسباب تملک)*، چاپ دوم، تهران، پایدار، ۱۳۹۲ ش.

۷۸. همو، *حقوق مدنی (عقود معین)*، تهران، پایدار، ۱۳۸۵ ش.

۷۹. مظفر، محمدرضا، *اصول الفقه*، چاپ پنجم، قم، دفتر نشر اسلامی، ۱۴۳۰ ق.

۸۰. معین، محمد، *فرهنگ فارسی معین*، چاپ ششم، تهران، امیرکبیر، ۱۳۶۳ ش.

۸۱. مغنیه، محمدجواد، *الفقه علی المذاهب الخمسه*، چاپ دهم، بیروت، دار التیار، ۱۴۲۱ ق.

۸۲. مکارم شیرازی، ناصر، *کتاب النکاح*، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب (علیه السلام)، ۱۴۲۴ ق.

۸۳. موسوی بجنوردی، سیدحسن، *القواعد الفقهیه*، چاپ چهارم، قم، دلیل ما، ۱۴۳۰ ق.

۸۴. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *کتاب البیع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.

۸۵. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *المستند فی شرح العروة الوثقی*، بی جا، بی نا، بی تا (ب).

۸۶. همو، *مصباح الفقاهه*، بی جا، بی نا، بی تا (الف).

۸۷. همو، *موسوعة الامام الخوئی*، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۱۸ ق.

۸۸. موسوی گلپایگانی، سیدمحمدرضا، *بلغة الطالب فی التعلیق علی بیع المکاسب*، قم، چاپخانه خیام، ۱۳۹۹ ق.

۸۹. نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.

۹۰. نراقی، احمد بن محمد، *عوائد الایام*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.

۹۱. همو، *مستند الشیعة فی احکام الشریعه*، قم، مؤسسه آل‌البت (علیه السلام)، ۱۴۱۵ ق.

۹۲. نعمت‌اللهی، اسماعیل، موضوع عقد و مورد معامله با تأکید بر عقد صلح، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۳ ش.
۹۳. وحدتی شبیری، سیدحسین، مجهول بودن مورد معامله، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۹ ش.
۹۴. هاشمی شاهرودی، سیدمحمود، کتاب الاجاره، چاپ دوم، قم، مؤسسه دایرةالمعارف فقه اسلامی، ۱۴۲۹ ق.
۹۵. هاشمی شاهرودی، سیدمحمود و همکاران، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم، مؤسسه دایرةالمعارف فقه اسلامی، ۱۴۲۶ ق.
۹۶. همدانی، آقارضا بن محمدهادی، حاشیه کتاب المکاسب، قم، نشر مؤلف، ۱۴۲۰ ق.

موجز المقالات

الطبيعة القانونية لاندماج الشركات التجارية دراسة مقارنة في الفقه الإمامية والقانون الإيراني والمصري

- سيّد عليّ رضويّ (طالب دكتوراه في القانون الخاصّ بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلامية)
- سيّد محمّد رضويّ (أستاذ مساعد بجامعة بيرجند)
- محمّد رضا باسبان (أستاذ مشارك بجامعة العلامة الطباطبائيّ)

اندماج الشركات التجاريّة هي عمليّة تنتج اتّحاد الشركة أو الشركات، مع شركة موجودة أخرى أو تشكيل شركة جديدة من اتّحاد شركتين أو شركات وانقضاء المبرتر للشركة التجاريّة المندمجة من دون التصفية. الاندماج كظاهرة حديثة في القانون الإيرانيّ يؤدّي إلى تجميع رأس المال، زيادة في القوّة الاقتصاديّة والقوّة الإنتاجيّة لشركات التجاريّة. هناك خلاف بين فقهاء القانون حول الطبيعة القانونيّة لاتّفاق الاندماج. رغم أنّ بعض الكتّاب القانونيين يعتبرون الاندماج، مشروعاً تمهيدياً وغير ملزمة، إنّ الاندماج له طبيعة تعاقدية بناء على الرأى السائد بين خبراء القانون التجاريّ. مع ذلك، لا يوجد نهج واحد في توصيف طبيعة عقد الاندماج بين فقهاء القانون واعتبره البعض عقداً تمهيدياً، ووصفه آخرون بأنّه عقد معلق. على الرغم من محاولات تكييف الاندماج مع أحد

العقود المعيّنة، هناك بعض الشكوك حول نوع العقد الذي يتطابق معه الاندماج ووصفوها ببيع، حوالة، عقد مركّب من البيع وتجديد الالتزام والصلح كما يعتبر البعض أنّها عقد من العقود الخاصّة بموجب المادّة ۱۰ من القانون المدني. في هذا المقال الوصفيّ التحليلي، أثناء مراجعة هذه الآراء، استنتجنا استنادًا إلى المبادئ القانونيّة والقضائيّة، رغم أنّ اندماج الشركات له طبيعة تعاقدية، إلاّ أنّه لا يمكن مطابقتها مع أيّ عقد من العقود المعيّنة، وهي عقد خاصّ بموجب المادّة ۱۰ من القانون المدنيّ وبما أنّ شمول آثاره إلى أطراف ثالثة هو أيضًا بموجب القانون، فلا يوجد أيّ تضارب بينها وبين مبدأ نسبية العقود.

المفردات الرئيسة: اندماج الشركات، العقد المعين، العقد الخاصّ، طبيعة الاندماج.

تأثير الإفلاس في معاملات المعاوضة في القانون الإيراني

- عليرضا فصیحی زادة (أستاذ مساعد بجامعة أصفهان)
- أميد حفيظي (طالب دكتوراه في القانون الخاصّ بجامعة أصفهان)
- محمود جلالی (أستاذ مشارك بجامعة أصفهان)
- مرتضى طيبي (أستاذ مساعد بجامعة أصفهان)

لم تتفق كلمة القانونيين فيما يتعلق بتأثير إفلاس أحد المتعاقدين في مصير العقد. فمنهم من عدّ ذلك من عوامل انفساخ العقد. وهذا الرأي يستند إلى اختلال التوازن المنشود في جميع عقود المعاوضة التي توافر القدرة على تسليم أحد العوضين. إلاّ أنّ أغلب الكتاب بيّنوا الأحكام المندرجة في المادّة رقم ۳۸۰ للقانون المدنيّ، واختيار البائع في استرجاع المبيع من المشتري أو حقّه في حبس البضاعة عند إفلاس المشتري، بيّنوها على أساس اختيار البائع في فسخ المعاملة، معبرين عنه بخيار التفليس. ليست هذه النظرية مدعومة ببعض الآراء الفقهيّة، وإنّما يعبر عنها بأنها إحدى القواعد العامّة في المعاملات، لكنّها أوّلًا لا ينصّ القانون المدنيّ إليها بصراحة، والأغلب في تعابير فقهاء الشيعة أنّهم يعبرون عنها بـ«حقّ الاسترجاع» وليس «خيار التفليس». ثانيًا إنّ هذه النظرية لا تنسجم مع بعض القواعد المماثلة لهذا الموضوع في قانون التجارة. ثالثًا في إطار التحليلات القانونيّة المدنيّة البحتة يمكن جمع مبادئ هذه النظرية بشكل أمثل مع الحفاظ على لزوم العقد وفي الوقت نفسه مع اعتبار البائع «دائنًا مقدّمًا على سائر

المفردات الرئيسة: خيار التفليس، حقّ التقدّم، نظريّة التوازن، الفسخ، الإفلاس .

الاعتبارات العقلانيّة في تحليل أساس الشخصية القانونيّة

□ قاسم نخعي بور (أستاذ مساعد بجامعة بيرجند)

□ محمّد علىّ سعيديّ (أستاذ مساعد بالجامعة الرضويّة للعلوم الإسلاميّة)

اعتبار الشخصية القانونيّة للأشخاص الاعتباريّة أو المعنويّة حظى بقبول واسع في أوساط العقلاء وكثير من الفقهاء المعاصرين، وإنّما الخلاف والنقاش يتركز على أساس قبول هذه الشخصية وهي التي نعتبرها للقضايا غير الواقعيّة. فقد طُرحت آراء متعدّدة في هذا المجال أشهرها رأيان وهما: نظريّة الشخصية الحقيقيّة والأخرى نظريّة الشخصية الافتراضيّة للشخص الاعتباريّ، وبالطبع ينحاز القانونيون إلى أحدهما. كما وُجّهت انتقادات كبيرة إلى كلتا النظريّتين، لذلك نحن في هذا المقال بصدد إثبات كون الشخصية الاعتباريّة شخصيّة متّفقًا عليها، وهذا ما يستفاد من كلام الفقهاء. وعلى وفق هذا الرأي إنّنا نضفي طابعًا قانونيًا على موضوعات غير إنسانيّة، انطلاقًا من الاتفاق الذي أبرم بين الأشخاص الطبيعيّين، وهو اعتبار عقلائيّ.

المفردات الرئيسة: أساس الشخصية الاعتباريّة (المعنويّة)، نظريّة الواقع والافتراض، الاتفاق، الاعتبار العقلائيّ.

المبادئ الفقهيّة - القانونيّة للخيار الناجم عن تفكيك التزامات العقد،

ووظائفه

□ أحمد مرتاضيّ (أستاذ مساعد بجامعة تبريز)

□ مهديّ صفرخانيّ (ماجستير في الفقه والقانون الإسلاميّ)

أحد المباحث المدروسة في الكتب الفقهيّة والقانونيّة، هو الخيار الناجم عن تفكيك العقد، فقد تناوله القانونيّ المدنيّ الإيرانيّ ضمن الموادّ التالية: ٤٤١، و٤٤٢، و٤٤٣. والمهمّ في هذا المضمّار هو دراسة المبادئ الفقهيّة والقانونيّة التي تُثبِت هذا الخيار. ويمكن القول باختصار أنّ خيار تبعض الصفقة في الحالات التي يبطل فيها عقد البيع

على سبيل المثال بالنسبة إلى بعض المبيع لجهة؛ ففي هذه الحالة يمكن للمشتري فسخ البيع، أو أن يكون راضيًا بالبيع ويسترد ثمن الجزء الباطل في البيع. وبالطبع ينبغي الالتفات إلى أن هذا الخيار لا يخص البيع، بل يجري في جميع عقود المعاوضة. وفي خيار تبعض الصفقة شرطان أساسيان: أحدهما بطلان بعض من المبيع، والآخر هو جهل المشتري بالبطلان المذكور أثناء الصفقة. هذا وقد طرحت مبادئ فقهية - قانونية متعدّدة لخيار تبعض الصفقة؛ لكن يمكن في مقام التحقّق والإثبات، الاستناد إلى «نظرية عدالة المعاوضة» و«نظرية الخطر» باعتبارهما مبدئين قانونيين لخيار تبعض الصفقة، وفقهياً يمكن الاستناد إلى «مصادق كون تبعض الصفقة عيباً»، و«مصادق إهمال الشرط القائل بكون تبعض الصفقة ضمنيّاً»، و«قاعدة نفي الغرر»، و«قاعدة لا ضرر».

المفردات الرئيسة: المبادئ، الخيار، تبعض الصفقة، الانحلال، تفكيك العقد، الفقه الإمامي، القانوني.

نظرية كون طبيعة التنفيذ واقعا قانونيا في الفقه والقانون الإيراني

□ سيد أبو القاسم نقيبي (أستاذ مشارك بجامعة الشهيد مطهری)
 □ إلهام مغزی نجف آبادی (طالبة دكتوراه في الفقه ومبادئ القانون الإسلامي بجامعة طهران)

العقد غير النافذ من العقود غير الصحيحة، ويُعدّ ناقصاً من المنظور القانوني، وإذا نُفِّد في وقت لاحق، عاد صحيحاً ومعتراً به، وتترتب عليه جميع الآثار الشرعية والقانونية اللازمة. ثمة خلاف يدور بين الفقهاء والقانونيين حول وصف وتحليل الطبيعة القانونية للتنفيذ. فبعض يعدّه واقعا قانونياً بينما البعض الآخر يراه فعلاً قانونياً. تركّز هذا البحث على تعزيز النظرية القائلة بكون طبيعة التنفيذ واقعا قانونياً؛ لأنّ طبيعة العقد يتمّ إنشاؤه في العقود غير النافذة، والحلقة المفقودة هي رضا المالك، فإذا حصل هذا الشرط (رضا المالك)، حصل المشروط أيضاً؛ بل من المستحيل عقلاً إنشائية (كون التنفيذ فعلاً قانونياً) التنفيذ؛ لأنّ الرضا كيفية نفسانية ومن الأمور الحقيقية والواقعية وليس اعتبارياً؛ في حين أنّ الإنشاء يرتبط بالأمور الاعتبارية. ينبغي التنبّه إلى أنّ مجرد الرضا الباطني لا يفى بالغرض في حصول التنفيذ؛ بل يجب في منظور العقلاء إظهار الرضا لتنفيذ العقد.

المفردات الرئيسة: التنفيذ، الرضا الباطني، الواقع القانوني، الفعل القانوني، الإنشاء.

الشرط الفاسخ في عقد الوقف، دراسة تحليلية فقهية وقانونية

٣٣٣

- سيّد مهديّ قريشي (أستاذ مساعد بجامعة أورمية)
- محمّد حسن جوادى (أستاذ مساعد بجامعة أورمية)
- حامد رحمانى (طالب دكتوراه فى الفقه والقانون الإسلامى بجامعة أورمية)

لم يُبدِ الفقه رأياً خاصاً فيما يتعلّق بصحة الوقف المشروط بالشرط الفاسخ أو بطلانه؛ إلا أنّ الفقهاء تطرّقوا إلى نوع من الوقف يشترط فيه الواقف إعادة المال الموقوف إليه فى حال الحاجة إلى المال، وأدلوّ بأراء متباينة تراوح بين الصحة، والبطلان، والصحو تحت عنوان الحبس. ولما كان استجلاء الرأى الصحيح يترك تأثيراً مباشراً فى «إمكان إدراج الشرط الفاسخ فى عقد الوقف»، فسُلّطت هذه الدراسة الضوء على الآراء الفقهية، سعياً لإثبات الرأى القائل بـ«صحة الوقف المشروط بإعادة المال الموقوف إلى الواقف عند الحاجة» ومن خلال دراسة قانونية فى دلالة الشرط الفاسخ، اعتبرته منطبقاً على الشرط المذكور فى عقد الوقف، ولذلك خلصت إلى إمكان إدراج الشرط الفاسخ فى عقد الوقف، وأنّ شرط «إعادة الموقوف إلى الواقف عند الحاجة»، مظهر من مظاهره البارزة. المفردات الرئيسة: الشرط الفاسخ، عقد الوقف، إعادة الموقوف، شرط الرجوع.

تحليل كفيّة انعقاد الحوالة

(دراسة نقدية فى المادة رقم ٧٢٥ من القانون المدنى)

- محسن مهديان (طالب دكتوراه فى القانون الخاص بجامعة طهران)
- أحمد باقرى (أستاذ بجامعة طهران)

عقد الحوالة من العقود العهديّة التى ينتقل فيها الدين من ذمّة المحيل إلى ذمّة المحال عليه. على الرغم من عقد الضمان، فلا خلاف فى أثر عقد الحوالة بين الفقهاء حيث يعدّون الحوالة نقل الذمّة، لكن هناك خلافات كثيرة فى أركان هذا العقد وكفيّة انعقادها. فمن الفقهاء من عدّ الحوالة مكوّنة من إيجاب واحد وقبولين، ومنهم من ميّز بين انعقاد الحوالة للبرىء ومشغول الذمّة. وهناك آخرون يرون رضا الأطراف الثلاثة مؤثّراً فى انعقاد الحوالة دون تحديد القابل. وتأثّر المشرّع أيضاً باختلافات الفقهاء، فقد عدّ رضا المحتال وقبول المحال عليه باعتبار الطرف الآخر فى العقد، مؤثّراً فى انعقاد

الحوالة، وذلك في المادة رقم ٧٢٥ حيث عدّ بما لا يقبل الجدل والمراء طرف الإيجاب بأنّه هو المحيل. وعلى أساس نتائج هذه الدراسة، إنّ المحيل والمحتال من الأركان التي بها يتمّ العقد، والحوالة بجميع أقسامها تتحقّق بإيجاب المحيل وقبول المحتال. بيد أنّه يشترط رضا المحال عليه في الإحالة إلى البريء ومشغول الذمّة إذا افترضنا الحوالة بغير جنس الحقّ الذي للمحيل. وذلك يعنى أنّه لا دخل له في انعقاد الحوالة وتحققها، لكن نفوذ العقد ولزومه يتوقّفان على رضاه، ويمكن أن يعبر عن رضاه تزامناً مع العقد أو قبله أو بعده. وفي هذين الفرضين، تتحقّق الحوالة بإيجاب المحيل وقبول المحتال، وتتمّ برضا المحال عليه. وعليه فإنّ عقد الحوالة ليس متركّباً من إيجاب واحد وقبولين أو إيجاب واحد ورضا اثنين أو ثلاثة، بل إنّ مثل العقد الفضوليّ الذي يُعدّ من انعقاده حتّى استقراره، حصيلة إيجاب واحد، قبول واحد ورضا واحد.

المفردات الرئيسية: الحوالة، الحوالة للبريء، الإيجاب والقبول، انتقال الدين، الرضا.

نقد على نظرية الماهية المعاوضيّة لنفقة الزوجة

- مرتضى حاجي بور (أستاذ مشارك بجامعة الشهيد مدنيّ آذربيجان)
- أصغر زيرك باروقّي (أستاذ مساعد بجامعة الشهيد مدنيّ آذربيجان)

على الرغم من أنّ النفقة تُعدّ من الحقوق القانونيّة المعترف بها للزوجة، إلّا أنّها ستُحرّم منها في حال نشوزها بحيث تفقد استحقاقها لاستلام النفقة. الأمر الذي أفضى إلى غلبة الرأي الفقهيّ المشهور القاضى بكون النفقة عوضاً عن التمكين. سعت هذه الدراسة إلى تقييم هذا الموقف الفقهيّ المشهور بالمنهج الوصفيّ - التحليليّ مع الأخذ بعين الاعتبار المواقف الفقهيّة والقانونيّة وكذلك الآراء القضائيّة ومخرجات استشارات الدائرة الحقوقية للسلطة القضائيّة في إيران الإسلاميّة. والدراسة تقوم على الفرض القائل بأنّ النكاح عقد غير ماليّ، وعليه فيمكن القول بأنّه أولاً: النفقة ليست عوضاً عن تمكين الزوجة في ضوء فقدان الشرائط والأحكام المعاوضيّة في النفقة، وعلى وجه الخصوص فقدان حقّ الحبس للزوجة بشأن استحقاقاتها من النفقة، وغياب حقّ الفسخ عند إعسار الزوج و...، وثانياً: حرمان الزوجة الناشرة بسقوط نفقتها، يُعدّ ضماناً للتّنصّل من واجباتها تجاه زوجها.

المفردات الرئيسية: النفقة، النشوز، التمكين، حقّ الحبس والفقهاء.

٣٣٥

دراسة في قاعدتي التسليط ولا ضرر في حيازة ثكنات الجيش للعقارات المجاورة

- جمال نيك كار (ماجستير في القانون الخاص)
 - محمود إمامي نميني (أستاذ مساعد بجامعة العلامة المحدث النوري)
- ممارسة حقّ الملكية في القانون الإيراني تخضع لقواعد وشروط وضّحتها المادة رقم ١٣٢ للقانون المدني. فعلى أساس هذه المادة إذا أفضت ممارسة حقّ الملكية إلى إلحاق ضرر بالآخر، يجب ممارستها في «الحدود المألوفة» ولـ «سدّ الحاجة أو دفع الضرر»، تفادياً لأيّ مسؤوليّة لصاحب الحقّ. واليوم تثير مجاورة ثكنات الجيش للعقارات ووقوعها في أحضان المدن قضية يُعبّر عنها باعتيادية أو عدم اعتيادية حيازة الأراضي من جانب ثكنات الجيش ومسؤوليتها. ومن جهة أخرى سببت المادة ١١ من قانون المسؤولية المدنية حصانة ثكنات الجيش وقواعده إزاء حيازتها الضارة لأنها لا تحمّل الجهات الحكومية أيّ مسؤوليّة. هدفت هذه المقالة إلى دراسة تصرفات قواعد الجيش في ضوء قيود المادة ١٣٢ وكيفية حماية المشرّعين عن المتضرّرين بتصرفات الجيش. خلصت الدراسة إلى أنّ حيازة الجيش للمناطق السكنية أمر غير متداول مع الأخذ في الحسبان المادة ١٣٢ وعند مجاورة ثكنات الجيش لتلك المناطق، ويجب على قواعد الجيش وثنكاته أن تتحمّل مسؤولياتها عن حيازتها.
- المفردات الرئيسية: ثكنات الجيش وقواعده، الحيازة الضارة، عدم الاعتيادية، المسؤولية المدنية، ممارسة السيادة.

الشكّ في موضوع الصفقة

- على رضا عالي بناه (أستاذ مساعد بجامعة الشهيد بهشتي)
 - عباس ماجدي (طالب ماجستير في القانون الخاص بجامعة الإمام الصادق عليه السلام)
- يعتربنا «الشكّ في موضوع الصفقة» عادة حينما يتعلّق الإنشاء المؤكّد لطرفي الصفقة ببعض المرذد من شيئين أو أكثر. فقد منع مشهور فقهاء الإمامية وأيضاً بعض القانونيين

الشكّ في موضوع الصفقة واعتبروه قاذحاً في صحّة الصفقة بناء على جملة أدلّة، ومنها: الإجماع، والاستناد إلى بعض الروايات، استحالة الشخص الشاكّ المتردّد، الإبهام، الغرر، عدم قابليّة هذه الصفقات للتنفيذ، السفهية، القياس بصلح المرّدّد وكون الإنشاء مخدوشاً. والقانون المدنيّ الإيرانيّ أيضاً، بتأثر من القول المشهور، عدّ «تعيّن موضوع الصفقة» لصحّتها شرطاً أساسياً. هذا المقال، أثبت صحّة الصفقة التي موضوعها مشكّك من خلال نقد أدلّة منع الشكّ في موضوع الصفقة، والاستناد إلى أدلّة أخرى كالإطلاقات والعمومات، والروايات المأثورة في باب النكاح، ووصيّة المرّدّد ونذره، كما أنّ الباحث توصل إلى إمكان تسرّي حكم الصحّة إذا كانت المجموعة، مكوّنة من أفراد بأسعار مختلفة، وانتهى الباحث إلى اقتراح آليتين لتحديد موضوع الصفقة، وهما: الاشتراط والقرعة.

المفردات الرئيسة: الشكّ، موضوع الصفقة، الكلّي في المعين، الفرد المتردّد، الغرر، القرعة.

اعادة دراسة في قاعدة حقّ الحبس

(تقييم مدى فاعليّة حقّ الحبس مع أخذ إطاره التنفيذيّ بنظر الاعتبار)

- مصطفى شاهبازيّ (طالب دكتوراه في القانون الخاصّ بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلاميّة)
- عباس قاسميّ حامد (أستاذ بجامعة الشهيد بهشتيّ)
- محسن جهانگيريّ (أستاذ مشارك بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلاميّة)
- رضا حق پناه (أستاذ مساعد بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلاميّة)

لقد تمّ التنبّي لكفالات تنفيذيّة في القانون المدنيّ الإيرانيّ المقتبس من الفقه وذلك للحيلولة دون خرق القرارات المعقودة. وتنقسم هذه الكفالات إلى قسمين: القانونيّة والمعقودة بين الجانبين، فقد عدّ حقّ الحبس من الكفالات التنفيذيّة من منظار القانون المدنيّ الإيرانيّ للوقاية من نقض الكفالات المعقودة. فالسؤال الأساس أمام هذه الدراسة هو أنّه هل كان استخدام حقّ الحبس من قبل ذويه ناجحاً في الحيلولة دون خرق القرارات أم لا؟ يمكن الردّ على هذا السؤال بعد ذكر الميزات الأصليّة للكفالات التنفيذيّة المرمومة إلى جانب دراسة النطاق التنفيذيّ لحقّ الحبس ونتيجة الأمرين هي

أولاً أنّ حقّ الحبس فاقد لعدد من الضمانات التنفيذية المعقودة، وثانياً أنّ نطاقه لم يشمل إلا بعض العقود فحسب، وثالثاً أنّه صار في بعض العقود حقاً لطرف واحد من الطرفين لا لكليهما. فحصيلته الدراسة هذه أنّ حقّ الحبس ليس من القواعد العامة ولا يليق بأن يُعتبر من الضمانات التنفيذية المعقودة. ومن الجدير بالذكر أنّه تمّ تحليل المسألة وتحقيقها في هذه الدراسة عبر علم الاجتماع القانوني.

المفردات الرئيسية: حقّ الحبس، الكفالات التنفيذية القانونية، تسليم الثمن والتمن، ميزات الضمانات التنفيذية المعقودة المرموقة، إمكانية خرق القرار، القبض.

المبادئ الفقهية للمسؤولية المدنية؛ نظرة تقويمية

- حسين هوشمند فيروز آبادي
- أستاذ مساعد بجامعة آية الله بروجردي

هناك مبداءان فقهيان في أساس المسؤولية المدنية: الاستناد العرفي للتلف إلى الضار، واحترام المتضرر. السؤال الذي ينقدح هو: أيّ المبدئين الفقهيين يمكنه تبرير الضمان الذي هو حكم وضعي وتبني عليه المسؤولية المدنية؟ رفض الكاتب في هذا المقال الرأي القائل بوضعية ضمان العاقلة، معتبراً إياه مبطلاً لنظرية الاستناد العرفي، وبالتالي أكد إلزامية ضمان العاقلة، وعزا رفض نظرية الاستناد العرفي بوصفه مبدأ فقهيًا، إلى عدم تحديد الضوابط والمعايير الثبوتية والخلط بين مبدأ المسؤولية المدنية وأحد أركانها (علاقة السببية). وبالتالي أيد الباحث في ضوء الأدلة النقلية المرتبطة بالاحترام، استخراج الحكم الوضعي للضمان من بعض الآيات القرآنية كمنع أكل المال بالباطل، وبعض الروايات مثل: «حرمة مال المؤمن كحرمة دمه»، وأثبت حدود نظرية الاحترام في الخسائر البدنية، والمالية والمعنوية بالنسبة إلى المسلم وغير المسلم، وتبني «الاحترام» مبدأ فقهيًا للمسؤولية المدنية.

المفردات الرئيسية: الاستناد العرفي، الضمان، الاحترام، الحكم الوضعي، الحكم الإلزامي، العاقلة، مبدأ المسؤولية المدنية.