

معامله وکیل با خود در اندیشه فقهی - حقوقی^۱

نرگس ایزدی

عضو هیأت علمی دانشگاه امام صادق (علیه السلام)

چکیده

«لارطب ولا یابس الا فی کتاب مبین»

هیچ مسأله خرد و کلانی نیست مگر اینکه قرآن کریم در خصوص آن حکمی بیان فرموده است؛ اما در این کتاب الهی علاوه بر نصوص و محکمت، ظواهر، متشابهات و مجملاتی نیز هست و بدین جهت است که اهل بیت علیهم السلام ترجمان وحی الهی اند.

فقه جعفری، کوثر زلالی است که سرچشمه قواعد عدالت گستر اجتماعی است و همواره تضارب آرای اجتهادی فقها که مبتنی بر تفاوت مبانی استدلالی ایشان است، در تکوین و قوام اندیشه حقوقی مکتب جعفری نقشی ویژه داشته است. اصل ۱۶۷ قانون اساسی در موارد سکوت، نقض، اجمال یا تعارض قوانین مدون، قاضی را موظف می‌کند که حکم را با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر صادر نماید. در غیر این صورت وفق ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، مستنکف از احقاق حق شناخته شده به مجازات آن محکوم خواهد شد.

امروزه شاهد مصادیق متعددی از سکوت، اجمال یا نقض قوانین موضوعه هستیم که با بهره‌گیری از آموزه‌های فقه پویای جعفری، می‌توان راهکار مناسبی برای حل مسائل ناشی از آنها یافت. بعنوان نمونه‌ای از مصادیق متعدد تضارب آرای اجتهادی فقها می‌توان مسأله «معامله وکیل با خود» را مطرح نمود.

این موضوع از جمله مسائلی است که قانون مدنی ایران بر خلاف قوانین مدنی بسیاری از کشورها، حکم آن را بیان ننموده است. این در حالی است که فقها نیز به لحاظ تفاوت در مبانی استدلال، آرای مختلف و حتی متضادی را در این مسأله صادر نموده‌اند. در این مقاله به اختصار به تبیین و بررسی حکم معامله وکیل با خود در خصوص «بیع» که رایج‌ترین و

۱- کار ارزیابی مقاله در تاریخ ۸۴/۴/۷ آغاز و در تاریخ ۸۴/۴/۱۸ به اتمام رسید.

قدیمی‌ترین عمل حقوقی است می‌پردازیم.
شایان ذکر است که اگر چه هدف این مقاله به تصویر کشیدن نمونه‌ای از مصادیق متعدد تضارب آرای اجتهادی در اندیشه حقوقی مکتب جعفری است، لیکن استطراداً به آرا و نظریات اجتهادی اهل سنت نیز اشاره شده است.

واژگان کلیدی

معامله وکیل با خود، اصیل، نفوذ معامله، اتحاد موجب و قابل، تعدد اعتباری متعاقبین

مسأله مورد بحث این است که آیا وکیل مأمور به انجام معامله، حق دارد به عنوان «اصیل» طرف دیگر عقد قرار گیرد؟ مثلاً چنانچه وکالت در فروش اتومبیل موکل را داشته باشد می‌تواند به عنوان وکیل، به نیابت از موکل آن را بفروشد و به عنوان «اصیل» بخرد؟ این بحث در حقیقت متفرع بر بحث اطلاق و تقیید وکالت است و میان موردی که وکالت مطلق باشد یا مقید، تفاوت وجود دارد.

۱- معامله وکیل با خود در فرض تقیید وکالت

در صورتی که وکالت مقید^۱ باشد، عمل وکیل صرفاً به کیفیتی که موکل تصریح نموده، صحیح و نافذ است. در نتیجه چنانچه وکیل صراحتاً یا به دلالت قرینه‌ای مأذون در این امر باشد، بدون تردید معامله وی با خود که در اصطلاح فقهی بدان «معامله وکیل مع نفسه» گویند، جایز است (بحرانی، ۱۴۰۵هـ، ج ۲۲، ص ۹۸ و ۹۹؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۱۲هـ، ج ۹، ص ۵۶۱؛ شهید اول، ۱۴۱۲هـ، ص ۹۸).

۲- معامله وکیل با خود در فرض اطلاق وکالت

در صورت اطلاق وکالت عدم انصراف اطلاق به جواز معامله وکیل با خود، در صحت و نفوذ چنین معامله‌ای اختلاف نظر وجود دارد. «قانون مدنی در این خصوص که آیا وکیل

۱- ماده ۶۶۰ قانون مدنی «وکالت ممکن است بطور مطلق و برای تمام امور موکل باشد یا مقید و برای امر یا امور خاصی».

صلاحیت دارد تا خود طرف معامله قرار گیرد، پاسخ صریحی ندارد؛ از طرفی، ماده ۱۲۴۰ قانون مدنی، قیم را از معامله با مولی علیه، در موردی که به سمت قیمومیت از طرف او با خود معامله می‌کند، منع کرده است. ماده ۱۱۹ قانون امور حسبی، در مورد امین غایب و جنین نیز همین حکم را دارد و ماده ۱۲۹ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت، نفوذ معامله مدیران شرکت سهامی را منوط به اجازه هیأت مدیره و تصویب مجمع عمومی عادی کرده است. ولی این مواد ناظر به نمایندگی‌های قضایی است و قانون تجارت حکم موردی را بیان می‌کند که نمایندگان شخص حقوقی بخواهند با آن طرف معامله شوند. در حالی که پرسش اصلی درباره نمایندگی قراردادی است» (کاتوزیان، ۱۳۶۴، ج ۳، ص ۱۶۶ و ۱۶۷). بنابراین به استناد اصل ۱۶۷ قانون اساسی در این مسأله ملزم هستیم به آرای فقهی معتبر مراجعه کنیم. اهم آرا و نظریات فقهای امامیه در این مسأله را می‌توان به پنج دسته ذیل تقسیم نمود:

نظریه اول - این بحث لغوی بوده، متوقف بر فهم عرفی وکالت است

قائلان این نظریه معتقدند بحث در این مقام، بحث لغوی است نه شرعی؛ و از این جهت ملزم هستیم به قواعدی رجوع کنیم که متعلق به بحث لغوی هستند. بنابراین در این زمینه باید به قصد موکل و چنانچه مبهم است به قرآینی که مبین قصد او می‌باشد، رجوع کرد. به عبارت دیگر، در این مسأله، ملاک اصلی، قصد موکل هنگام توکیل است و چنانچه در این امر تردید شد، هم چنان که در مقام تردید در سایر خطابات نیز چنین است، ملزم به مراجعه به عرف و لغت می‌باشیم (مجاهد طباطبائی، بی‌تا، فاقد شماره صفحه).

نظریه دوم - جواز معامله وکیل با خود

بر اساس این نظریه، وکیل می‌تواند به عنوان «اصیل» طرف دیگر معامله قرار گیرد و عقد صحیح و نافذ است. استدلال عمده قائلان این نظریه، اطلاق و عمومات ادله مربوطه مبتنی بر جواز اتحاد موجب و قابل است (نجفی، ۱۳۹۳، ج ۲۷، ص ۴۲۹-۴۳۰؛ منهجی‌الاسیوطی، ۱۹۹۶، ج ۱، ص ۱۵۷؛ مروارید، ۱۹۹۰، ج ۱۶، ص ۶۱).

دیوان عالی کشور نیز با توجه به شمول اطلاق وکالت و بر اساس جواز و صحت معامله وکیل با خود، حکم به مقبولیت این امر داده است. «رأی شماره ۹/۱۰۸-۶۳/۲/۲۹ دیوان عالی کشور - خلاصه پرونده: وکیل در فروش خانه‌ای، خود خریدار آن شده و پس از فروش خانه به خود تقاضای خلع ید موکل را می‌کند و موکل نیز در مقابل، ابطال سند انتقال را به دو دلیل تقاضا می‌کند، ۱- وکیل اختیار فروش خانه را به خود نداشته و مأمور انتقال به دیگران بوده است. ۲- رعایت مصلحت موکل را نکرده و خانه را با بهای نازل به خود فروخته است. دادگاه در بخشی از دادنامه خود چنین رأی داده است «ثانیاً... در مورد ابطال معامله موضوع سند رسمی... با عنایت به اینکه بنابر قاعده کلی اگر وکالت به طور اطلاق باشد، وکیل با رعایت مصلحت موکل هر گونه عملی در حدود وکالت می‌تواند انجام دهد و نظر به اینکه در ما نحن فیه تشخیص مصلحت موکل نیز با توجه به جمله «به هر مبلغ و به هر ترتیب که مقتضی بداند...» در اختیار وکیل قرار داده شده و اینکه از محتویات وکالت بر نمی‌آید که شخصیت خریدار در انجام معامله، مورد نظر موکل بوده باشد در نتیجه شخص وکیل می‌توانسته از مصادیق افرادی قرار گیرد که خریدار مورد معامله باشد. فلذا موردی برای ابطال معامله نبوده...». از این حکم فرجام‌خواسته شده و شعبه ۹ دیوان عالی کشور درباره آن، چنین اظهار کرده است:

«ماحصل ایرادات فرجام‌خواه این است که اولاً- فرجام‌خوانده (خواهان دعوی اصلی خلع و خوانده دعوی تقابل) حق فروش ملک موکل را با عنایت به وکالت علی الاطلاق به خود نداشته؛ ثانیاً- در انجام این معامله ناصحیح (به میزان عشر ارزش واقعی ملک) مصلحت موکل را رعایت ننموده است.

الف- ملخص استدلال دادگاه صادر کننده حکم بدوی به اینکه با عنایت به عبارت کلی، «هر کس» و مفهوم مطلق کلمه مذکور فرجام‌خوانده نیز می‌توانسته از مصادیق آن باشد، صحیح و بلا اشکال به نظر می‌رسد؛ زیرا علاوه بر اینکه فتاوی آیات عظام بر جواز چنین معامله‌ای است پیش‌بینی خلاف آن به صورت استثناء بر این اصل کلی در ماده ۱۰۷۲ قانون مدنی مؤید قبول و صحت این مسأله است. و چون در «ما نحن فیه» به موجب

مواد ۶۵۶ لغایت ۶۶۵ قانون یاد شده (مبحث کلیات وکالت) چنین استثنایی وجود ندارد، ایراد وکیل فرجام‌خواه در این قسمت موجه نیست و رد می‌شود.

ب - اما در قسمت دوم به خلاصه عدم رعایت مصلحت و غبطه موکل از جانب وکیل، تکیه رأی فرجام‌خواسته بر این اساس که تشخیص مصلحت موکل (با توجه به جمله «به هر مبلغ و به هر ترتیب که صلاح و مقتضی بدانند در اختیار وکیل قرار داده شده است، موجه و منطقی تشخیص نمی‌گردد. زیرا قبول این مغایر مفاد ماده ۶۶۷ قانون مدنی بوده و اعمال آن به نحو اطلاق نوعی تجاوز از اختیار بر حسب قراین و عرف و عادت و منافی با قسمت اخیر ماده مذکور خواهد بود و چون وقتی ادعای عدم رعایت اصل مصلحت موکل از جانب مشارالیه (فرجام‌خواه) مطرح است و برای اثبات آن نیز به تحقیق و معاینه محل و جلب نظر کارشناس استناد شده صدور حکم بدون توجه به این ادعا و رسیدگی به آن بر خلاف حق و قانون بوده و بدون توجیه آن منطقی به نظر نمی‌رسد.

بنا به مراتب، رسیدگی بدون ناقض و دادنامه‌ای صادره بر اساس آن به شماره‌های ۶۵۶-۶۲/۹/۱۷ و ۶۶۳-۶۲/۹/۲۰ شعبه اول دادگاه عمومی اصفهان (که ناظر به دعاوی اصل و تقابل و مرتبط با یکدیگرند) به استناد ماده ۱۴ اصلاحی بعضی از قوانین دادگستری و ماده ۹۵۹ قانون آیین دادرسی مدنی نقض و رسیدگی مجدد به موجب ماده ۵۷۲ قانون اخیر الذکر به شعبه دیگر دادگاه مدنی اصفهان ارجاع می‌شود.

شایان ذکر است که این رأی، اگر چه از دیوان عالی کشور صادر شده است، اما چون رأی وحدت رویه نیست، در موارد مشابه، نسبت به سایر دادگاه‌ها لازم الاتباع نمی‌باشد.

نظریه سوم - کراهت معامله وکیل با خود

فقهای بزرگوار چون امام خمینی (ره)، سید محمد کاظم طباطبایی یزدی (ره) و میرزای قمی پس از بیان حکم صحت و نفوذ معامله در فرض مذکور، به دلیل در موضع اتهام قرار داشتن وکیل، آن را مکروه شمراده و ترکش را نیکوتر داشته‌اند (طباطبایی یزدی، بی‌تا، ج ۲، ص ۱۳۱؛ موسوی الخمینی، ۱۳۸۰، ج ۲، ص ۴۸؛ میرزای قمی، ۱۳۷۱، ج ۳، ص ۵۲۱). ایشان روایاتی را که دلالت بر منع معامله وکیل با خود نموده و مورد استناد قائلین به عدم جواز

چنین معامله‌ای قرار گرفته را با توجه به دسته دیگری از روایات که دلالت بر جواز معامله مزبور می‌نماید، بر صورتی که وکیل از تلبیس نفس خود و حصول خیانت در حق موکل مطمئن نباشد، یا انجام چنین معامله‌ای منشأ اتهام او شود حمل نموده و لذا قائل به کراهت معامله وکیل با خود شده‌اند.

در موضع اتهام قرارگرفتن وکیل در مسأله مورد بحث از این جهت است که احتمال داده می‌شود وی در انعقاد معامله، نفع شخصی خود را در نظر گرفته باشد و با توجه به اینکه در معاملاتی مانند خرید و فروش، غالباً منفعت مادی یکی از طرفین معامله، منجر به ضرر طرف دیگر می‌شود، لذا منفعت وکیل در معامله مزبور، غالباً مستلزم ضرر موکل می‌باشد؛ در حالی که بر اساس عقد وکالت، وکیل ملزم به رعایت غبطه وی است. بنابراین وکیل در موضع اتهام سوء استفاده از اختیارات و موقعیت خویش قرار دارد.

نظریه چهارم - عدم جواز معامله وکیل با خود

بر اساس این نظریه، معامله وکیل با خود باطل است. این نظریه به صراحت در بسیاری از متون فقهی بیان گردیده است.^۱

قائلان به این قول، بر اثبات مدعای خویش چنین استدلال می‌کنند:

اولاً- روایات دال بر منع معامله وکیل با خود (طباطبائی یزدی، بی تا، ج ۲، ص ۱۴۹).

ثانیاً- دو پایه اساسی هر معامله ایجاب و قبول است که از توافق اراده طرفین آن به وجود می‌آید و یک نفر نمی‌تواند با خود توافق کرده، به عنوان «موجب» و «قابل»، دو طرف معامله قرار گیرد (زهدری حلی، ۱۴۰۱ ه.ج، ص ۳۲۸).

ثالثاً- به دلیل «ظهور کلام» زیرا اطلاق وکالت، ظاهر در این است که وکیل، معامله مورد وکالت را با شخص دیگری منعقد سازد.

نظریه پنجم - قائلان به تفصیل

۱ - رک: (مقدس اردبیلی، ۱۴۱۲ ه.ج، ۹، ص ۵۶۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۰ ه.ج، ۱، ص ۴۱۷؛ آل کاشف الغطاء، بی تا، ج ۲، ص ۵ و ۳۴؛ ابن قدامه، ۱۹۹۸ م، ج ۲، ص ۲۵۲؛ بیهقی کبیری، ۱۴۱۶ ه.ج، ص ۳۲۲؛ بلهقی، ۱۹۸۶ م، ش ۱، ص ۱۲۵؛ ابن عابدین، بی تا، ج ۱، ص ۳۴۴؛ همو، ۱۴۰۸ ه.ج، ۱، ص ۳۲۸؛ صیمری، ۱۴۰۸ ه.ج، ۲، ص ۱۴۱).

بعضی صاحب نظران، در این مسأله قائل به تفصیل شده، معتقدند:

الف - چنانچه عقد وکالت از عقود است که شخصیت وجودی طرف دیگر عقد، در انگیزه ایجاد آن مؤثر است وکیل حق انجام چنین معامله‌ای را ندارد؛ مانند وکالت در عقد نکاح.

ب- چنانچه عقد مورد وکالت، از جمله عقود است که شخصیت وجودی طرف دیگر عقد، نقشی در انگیزه ایجاد آن ندارد. مانند وکالت در بیع، وکیل مجاز است که به عنوان «اصیل» در طرف دیگر عقد قرار گیرد (کاتوزیان، ۱۳۶۴، ج ۳، ص ۱۲۸؛ محقق داماد، ۱۳۶۵، ص ۲۰۰).

نظریه اهل سنت: علمای ایشان در این مسأله اختلاف نظر داشته، دسته‌ای قائل به جواز معامله وکیل با خود شده (بیهی، ۱۹۸۶م، ج ۲، ش ۱، ص ۱۳۶)، و دسته دیگر معتقد به عدم جواز معامله مزبور می‌باشند که برخی از ایشان به طور مطلق این حکم را در مورد وکیل بیان نموده‌اند^۱ و برخی دیگر ابراز داشته‌اند که نه تنها معامله وکیل با خود باطل است بلکه چنانچه وکیل، «مبیع» را برای همسر، پدر، فرزند و یا سایر اقاربی که شهادت آنها در حق وی نافذ نمی‌باشد، خریداری نماید، معامله وی به دلیل در موضع اتهام بودن وکیل (از جهت عدم مراعات مصلحت موکل) و تضاد میان منافع وکیل و موکل در فرض مزبور، باطل می‌باشد (مغنیه، بی‌تا، ص ۶۳).

از طرفی بعض علمای اهل سنت اگر چه معامله وکیل با خود را باطل می‌دانند، لیکن این حکم را به افراد فوق تسری نمی‌دهند و معامله وکیل برای آنها را در صورتی که به «ثمن المثل» یا بیشتر صورت گرفته باشد، جایز می‌دانند و بر مدعی خویش چنین استدلال می‌کنند:

اولاً- وکالت از این جهت مطلق است و معامله با یکی از افراد مذکور یا با غیر ایشان یکسان است.

ثانیاً- هم چنان که ملک و اموال وکیل و اقاربی که شهادتشان در حق وی نافذ نیست،

۱- ر.ک: (ابن قدامه، ۱۹۹۰م، ص ۱۵۷؛ همو، بی‌تا، ج ۵، ص ۲۲۷؛ ابن عابدین، بی‌تا، ج ۵، ص ۵۲۱؛ مجد الدین ابی البرکات، ۱۹۸۴م، ج ۱، ص ۳۴۹).

متباین و جدا از هم می‌باشند. منافع مادی ایشان هم مجزا است (زحیلی، ۱۹۸۴م، ج ۴، ص ۵۱-۱۶۱).

نگاهی به قانون مدنی مصر

ماده ۲۰۸ قانون مدنی مصر، همسو با قول چهارم (عدم جواز معامله وکیل با خود) مقرر می‌دارد «جایز نیست شخصی بدون اجازه، به اسم کسی که از طرف او نایب است با خودش معامله نماید...». بنابراین هنگامی که شخص، دیگری را وکیل در فروش منزلش نماید بدون اینکه به او اجازه خرید آن را داده باشد، بر وکیل جایز نمی‌باشد که منزل را برای خودش خریداری کند؛ زیرا این عمل از مصادیق معامله وکیل با خود است که با توجه به نص صریح ماده ۲۰۸ قانون مدنی مصر جایز نیست. حتی در این زمینه گفته شده اخذ وکیل توسط موکل برای انجام قرارداد و معامله‌ای، در حقیقت قرینه قانونی بر کشف مراد وی است. به این عبارت که وقتی شخصی دیگری را وکیل در معامله قرار می‌دهد، هیچ‌گاه هدفش این نیست که وکیل حق معامله با خود را داشته باشد زیرا اگر او چنین نظری داشت ابتدا مابشرتاً با شخصی که به عنوان وکیل برگزیده است، وارد معامله می‌شد و دیگر لزومی نداشت که وکیل انتخاب کند تا او به نیابت از موکل، با خودش معامله نماید. در صورتی که وکیل، علی‌رغم این ممنوعیت، معامله را به عنوان نیابت از طرف موکل و به عنوان اصیل از طرف خود منعقد نماید، از لحاظ قانونی متجاوز از حدود وکالت شناخته شده و مسئولیتش همانند هر وکیلی است که از حدود وکالت، تجاوز کرده باشد (سینهوری، ۱۹۶۴م، ج ۷، ص ۴۱۹).

نظر نهایی

«عقد با همکاری اراده دو طرف به وجود می‌آید و تعدد طرف عقد، مستلزم تعدد واقعی اراده موجد عقد است... اما از آن جا که مخلوق اراده، یک امر اعتباری و رابطه سببیت اراده نسبت به عقد نیز یک رابطه اعتباری و غیر عینی است، در نتیجه تعدد اعتباری اراده سازنده عقد می‌تواند در عالم حقوق، تشکیل عقد را سبب شود. به این ترتیب، شخص واحد، نقش دو طرف عقد، و اراده او، نقش اراده دو طرف را در انشای عقد ایفا

می‌کند... اما از حیث تعارض منافع طرفین و امکان سوء استفاده شخص از اختیارات نمایندگی در جهت منافع خویش... اگر چه به صورت یک اصل، مانع قانونی برای تشکیل چنین معامله‌ای وجود ندارد. اما در مواردی قانون (مواد ۱۰۷۲، ۱۲۴۰ قانون مدنی و ۱۲۹ق. شرکت‌های سهامی) آن را ممنوع یا محدود ساخته است» (شهیدی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۱۴۵).

بنابراین به نظر می‌رسد تفصیل در حکم معاملات وکیل با خود، موافق اصل حاکمیت اراده افراد در اعمال حقوقی بوده و با یکی از مهم‌ترین اهداف تأسیس وکالت که تسهیل امور بر موکل است، سازگارتر می‌باشد.

آنچه گفته شد، صرفاً نسبت به شخص وکیل می‌باشد. بنابراین هم چنان که فقهای بزرگوار^۱ به صراحت بیان فرموده‌اند، معامله وکیل با اقاربی چون همسر و فرزندان بنا به اقتضای اطلاق وکالت، جایز است.

شایان ذکر است حکم معامله وکیل با خود، با موردی که وکیل معامله را به اسم خود انجام دهد، متفاوت می‌باشد. زیرا اگر چه باید تصرف قانونی در مورد وکالت، توسط وکیل و به حساب موکل صورت گیرد، اما این بدان معنا نیست که وکیل ملزم باشد دائماً به اسم موکل معامله نموده و مورد وکالت را انجام دهد (اگر چه غالباً چنین است)؛ بلکه چنانچه وکیل به اسم خود یا با نام مستعار معامله نماید هم صحیح است، چنان که در مورد حق‌العمل کاری چنین می‌باشد؛ لیکن وکیل موظف است دائماً به حساب موکل عمل نماید نه به حساب شخص خویش و هنگام خاتمه یافتن وکالت، کلیه حساب‌های مدت زمان وکالت خود را که در جهت اجرای مورد وکالت صرف شده است، به موکل تقدیم دارد.

مقصود از بیان اجمالی آنچه که گذشت علاوه بر تأکید مضاعف بر نیازمندی قوانین موضوعه به فقه، به تصویر کشیدن نمونه کوچکی از تفاوت نظریات اجتهادی فقهاء در مسأله‌ای واحد بود، که این خود از جمله دلائل اثبات این مدعاست که «مکتب فقه جعفری، با بکارگیری اجتهاد پویا، مکتبی است همیشه به روز، که بالاترین حمایت را از

۱- (مقدس اردبیلی، ۱۴۱۲ هـ، ج ۹، ص ۵۶۰؛ علامه حلی، ۱۴۱۰ هـ، ج ۱، ص ۴۱۷؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۱ هـ، ج ۲، ص ۳۴۲؛ مروارید، ۱۳۹۰ م، ج ۱۶، ص ۶۳۶؛ علامه حلی، بی تا، ج ۱، ص ۲۵۵).

طرح نظرات و اندیشه‌های مستدل منطقی می‌نماید تا بدان جا که مجتهدی حق ندارد از نظریه مجتهدی دیگر تقلید نماید و این بهایی بس ارزشمند به مقام آزاد اندیشی مستدل بشری است».

تبصره ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی نیز به وضوح بر این امر صحنه گذاشته و میان دو امر مهم «احترام به قانون» و «ارج نهادن به اندیشه مستدل و منطقی در مکتب جعفری» (نظریه اجتهادی)، جمع نموده، تقریر می‌دارد:

«چنانچه قاضی مجتهد باشد و قانون را خلاف شرع بداند، پرونده به شعبه دیگری جهت رسیدگی ارجاع خواهد شد». مطلب دیگر اینکه با عنایت به اصل ۱۶۷ قانون اساسی^۱ و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی^۲، از آن جا که بسیاری از قضات محترم، «مجتهد» نیستند تا در موارد سکوت قانون، از جمله «معامله وکیل با خود»، به نظریه اجتهادی خویش عمل نمایند؛ و از طرفی مراجعه به نظریات اجتهادی متفاوت فقها موجب تشتت آرای قضایی و بروز مشکلاتی چون اطاله دادرسی خواهد گردید، لذا برای رفع چالش موجود لازم است تا قوانین به طور صریح و شفاف وضع گردند.

۱- اصل ۱۶۷ قانون اساسی: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد».

۲- ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی: «قضات دادگاهها موظفند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر و یا فصل خصومت نمایند. در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد حکم قضیه را صادر نمایند و نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزند و الا مستتکف از احقاق حق شناخته شده و به مجازات آن محکوم خواهند شد».

منابع و مأخذ

- ✓ قرآن الكريم
- ✓ ابن عابدين، محمدا مين، العقود الدريره في تنقيح الفتاوى الحامديه، بيروت، دارالمعرفه، چاپ سنگى، بى تا
- ✓ ابن قدامه، الكافى (فى فقه الامام احمد بن حنبل)، بيروت، مكتب اسلامى، ۱۹۸۸م
- ✓ همو، عبدالرحمن بن محمد، العمده فى الفقه الحنبلى، دمشق، الدار المغد للطباعه و النشر، ۱۹۹۰م
- ✓ همو، المعنى (على مذهب حنبل الشيبانى)، لبنان، دارالكتب العربى چاپ سنگى، ۱۳۵۲
- ✓ ابى البركات، مجدالدين، المحرر فى الفقه على مذهب احمد بن حنبل، رياض، مكتبه العارف، چاپ سنگى ۱۹۸۴م
- ✓ آل كاشف الغطاء، محمد حسين، تحرير المجله، نجف اشرف، مطبعه الحيدريه، ۱۴۲۲هـ
- ✓ بحراني، يوسف، حقائق الناظره، قم، مؤسسه نشر اسلامى، ۱۴۰۵هـ
- ✓ بروجردى عبده، محمد، حقوق مدنى، تهران، انتشارات كتابفروشى محمد على علمى، ۱۳۲۹
- ✓ بليهى، صالح بن ابراهيم، السلسيل فى معرفه الدليل (حاشيه على زاد المستفيع)، رياض، مكتبه المعارف، ۱۹۸۶م
- ✓ بيهقى كيدرى، قطب الدين، اصباح الشيعه بمصباح الشريعه، قم، مؤسسه امام صادق(ع)، ۱۴۱۶هـ

- ✓ جیلانی قمی، میرزا ابی القاسم، **جامع الشتات**، تهران، مؤسسه کیهان، ۱۳۷۱
- ✓ حلّی، حسن بن یوسف، **قواعد الاحکام**، قم، منشورات رضی، چاپ سنگی، بی تا
- ✓ همو، **ارشاد الازهان الی احکام الایمان**، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۰ هـ
- ✓ زحیلی، وهبه، **الفقه الاسلامیه و ادلته**، دمشق، دارالفکر، ۱۹۸۴ م
- ✓ زهدری حلّی، جعفر، **ایضاح ترددات الشرایع**، قم، انتشارات کتابخانه آیہ ...
مرعشی، ۱۴۰۸ هـ
- ✓ سبجانی، جعفر، **الموجز فی اصول الفقه**، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۳۸۱
- ✓ سنهوری، عبدالرازق احمد، **الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید**، بیروت
دارالحیاء التراث العربی، ۱۹۶۴ م
- ✓ شهید اول، محمد بن مکی، **اللمعه الدمشقیه فی فقه الامامیه**، قم، مؤسسه نشر
اسلامی، ۱۴۱۲ هـ
- ✓ شهیدی، مهدی، **تشکیل قراردادها و تعهدات**، تهران، نشر حقوقدان، ۱۳۷۷
- ✓ صدوق، محمد بن علی، **من لایحضره الفقیه**، تهران، انتشارات مکتبه الصدوق، ۱۳۹۳ هـ
- ✓ صیمری، مفلح بن حسن بن رشید، **تلخیص الخلاف و خلاصه الاختلاف**، قم، مطبع
سید الشهداء، ۱۴۰۸ هـ
- ✓ طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، **عروه الوثقی**، قم، انتشارات مکتبه الداوری، بی تا
- ✓ فخرالمحققین، ابی طالب محمد بن حسن بن یوسف بن مطهر حلّی، **ایضاح الفوائد
فی شرح اشکالات القواعد**، بیروت، مطبعه العلمیه، ۱۳۸۸ هـ
- ✓ **قانون اساسی**
- ✓ **قانون آیین دادرسی مدنی** **کامع علوم انسانی و مطالعات فرهنگی**
- ✓ **قانون تجارت**
- ✓ **قانون مدنی** **رتال جامع علوم انسانی**
- ✓ کاتوزیان، ناصر، **حقوق مدنی (عقود معین)**، تهران، انتشارات بهنشر، ۱۳۶۴
- ✓ مجاهد طباطبائی، سید محمد، **مناهل**، بی جا، بی تا، چاپ سنگی، بی تا

- ✓ محقق داماد، سید مصطفی، *حقوق خانواده*، تهران، انتشارات وزارت ارشاد اسلامی، ۱۳۶۵
- ✓ مروارید، علی اصغر، *سلسله الینایع الفقہیہ*، بیروت، مؤسسه فقه شیعه، ۱۹۹۰م
- ✓ مظفر، محمدرضا، *اصول الفقه*، قم، چاپ اسماعیلیان، بی تا
- ✓ مغنیه، محمد جواد، *فقه آسان شافعی*، تهران، بنیاد علوم اسلامی، ۱۳۶۳
- ✓ مقدس اردبیلی، مولی احمد، *مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد و الاذهان*، محمود رضا، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۲ھ
- ✓ منہاجی الاسبوطی، محمد بن احمد، *جواهر العقود ومعین القضاء و الموقعین و الشہود*، بیروت، دارالعلمیہ، ۱۹۹۶م
- ✓ الموحد الأبطحی، سید محمد باقر، *الصحیفۃ الجامعۃ الأدعیۃ الامامین الباقر و الصادق (ع)*، تهران - جامعہ امام صادق (ع) چاپ اول، ۱۳۸۱
- ✓ موسوی الخمینئی، روح...، *تحریر الوسیلہ*، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۳۸۰
- ✓ نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام*، نجف، مطبعہ الحیدری، ۱۳۹۳ھ

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی