

Feasibility of Referencing to Principles and Rules of Islamic Jurisprudence in Determining Contracts: A Case Study of Prevalent Disputes

Mohammad Mansouri • PhD in Private Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran. m.mansuri@ase.ui.ac.ir

Mohammad Mahdi al-Sharif • Associate Professor, Department of Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran. (Corresponding Author) m.alsharif@ase.ui.ac.ir

Sayyed Mohammad Sadegh Tabatabaie • Associate Professor, Department of Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran. tabatabaei@ase.ui.ac.ir

Abstract

1. Introduction

In the realm of contractual disputes where contractual terms are ambiguous or disputed, traditional legal principles often encounter limitations in definitively characterizing the nature of agreements. This challenge prompts the exploration of alternative methodologies rooted in jurisprudential rules and practical principles, particularly within the framework of Islamic jurisprudence [Usul ul-Fiqh]. These principles serve to navigate uncertainties by offering interpretive guidelines in instances where contractual intentions are obscure or contested. The application of these principles becomes pivotal when contractual parties or judicial authorities encounter difficulty in precisely delineating the type of contract under consideration.

2. Research Question

This study addresses the fundamental inquiry: To what extent can practical principles and jurisprudential rules effectively determine the classification of contracts in the absence of clear contractual terms or in cases of contractual dispute?



3. Research Hypothesis

The hypothesis posits that practical principles and jurisprudential rules provide a viable framework for resolving contractual ambiguities and disputes by offering interpretive guidance, albeit without the capacity to definitively establish the underlying intentions of contracting parties.

4. Methodology & Framework, if Applicable

The research methodology employed in this study combines descriptive-analytical and doctrinal approaches. Drawing from extensive library resources encompassing Islamic juristic literature and legal scholarship, the study examines case studies and theoretical analyses to substantiate its findings. The doctrinal method is particularly employed to elucidate the theoretical underpinnings of practical principles and jurisprudential rules in contract law, while the descriptive-analytical approach facilitates an empirical exploration of their application in resolving contractual disputes.

This research assumes that while practical principles and jurisprudential rules are indispensable tools in legal reasoning, they do not serve as determinants of objective reality but rather as interpretive aids aimed at resolving ambiguity. By analyzing their application in various contractual scenarios, the study seeks to establish the circumstances under which these principles can effectively guide judicial decisions and contractual classifications.

5. Results & Discussion

The application of practical principles and jurisprudential rules in resolving contractual disputes yields nuanced outcomes that underscore their interpretive and guiding roles in Islamic legal contexts. In scenarios where conventional legal methodologies fail to definitively classify contracts, practical principles offer a structured framework for adjudication. For instance, disputes concerning the classification of contracts as sales versus gifts often hinge on the application of oaths and legal principles related to ownership and possession.

Central to the discussion is the principle of 'claimant and denier' in Islamic jurisprudence, which dictates that the party making a positive claim bears the burden of proof. This principle becomes pivotal in disputes where one party asserts a contract as a sale while another contends it as a gift. Through judicial examination and application of practical principles, such as those derived from Usul ul-Fiqh, judges can navigate these complexities by evaluating testimonies and contextualizing legal principles to ascertain the contractual nature.

Moreover, in cases involving leases versus free loans, the principle of respecting property rights and the benefits derived from possessions informs judicial decisions. Here, the possessor's claim to use the property free of charge versus the owner's assertion of a lease agreement highlights the role of practical

principles in adjudicating disputes where contractual terms are ambiguous or hotly contested.

6. Conclusion

In conclusion, the efficacy of practical principles and jurisprudential rules in determining the classification of contracts in Islamic law is evident in their capacity to resolve disputes where contractual intentions are obscure or disputed. While these principles do not provide absolute clarity on the objective reality of contractual arrangements, they serve as indispensable tools for judges and legal scholars in interpreting and applying Islamic legal doctrines.

The study affirms that when traditional methods fail to definitively characterize a contract, practical principles offer a viable alternative for judicial resolution. By leveraging principles rooted in Islamic jurisprudence, judges can navigate complex disputes involving claims of ownership, transfers of property, and contractual obligations. This approach ensures that disputes are adjudicated with due consideration to both legal precedents and the ethical foundations of Islamic law.

Furthermore, the research underscores the importance of contextual analysis and doctrinal interpretation in applying practical principles effectively. By integrating insights from Islamic legal scholarship and jurisprudential analysis, this study contributes to a deeper understanding of how practical principles can be harnessed to uphold justice and equity in contractual disputes within Islamic legal frameworks.

Future research in this area could explore case studies across different jurisdictions or delve deeper into specific doctrinal principles to further refine our understanding of their application in contemporary legal contexts. Ultimately, the exploration of practical principles and jurisprudential rules enriches legal discourse by offering nuanced solutions to complex contractual disputes under Islamic law.

Keywords: Linguistic Principles, Practical Principles, Jurisprudential Rules, Contract Description, Contract Determination.

امکان‌سنجی استناد به اصول و قواعد فقه در توصیف عقد؛ مطالعه موردی اختلافات مورد ابتلاء

محمد منصوری • دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران.

m.mansuri@ase.ui.ac.ir

محمد مهدی الشریف • دانشیار، گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران.

m.alsharif@ase.ui.ac.ir

(نویسنده مسئول)

سید محمدصادق طباطبایی • دانشیار، گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران.

tabatabaei@ase.ui.ac.ir

چکیده

گاه عناصر اصلی مورد نظر اصحاب قرارداد قابل تشخیص نیست یا اصول لفظی نمی‌تواند از عهده توصیف عقد برآید، لذا این پرسش مطرح است که آیا برای تعیین عنوان عقد و توصیف آن به‌هنگام اختلاف، می‌توان به اصول عملی و قواعد فقهی تمسک کرد؟ پژوهشگران با روش توصیفی تحلیلی و رجوع به منابع کتابخانه‌ای گسترده و ملاحظه اقوال فقهاء و حقوقدانان، به این نتیجه دست یافته‌اند که اصول عملی به دلیل آنکه کشف از واقع نمی‌کند، برای تعیین ماهیت عقد قابل تمسک نیست؛ اما در صورت حدوث اختلاف، می‌توان به استناد آن حکم قضیه مورد نزاع متعاقدين را معین کرد. دور از نظر نیست که گاه اختلاف میان متعاقدين، در مواردی که توصیف عقد به دلیل تشابه بعضی عقود با یکدیگر دشوار است، پرتکرار و مبتلی به است؛ در این پژوهش سعی شده است در بستر واکاوی نقش اصول عملی و قواعد فقهی به اختلاف در دوگانه‌های «هبه - بیع»، «عاریه - اجاره»، «حواله - وکالت»، «قرض - مضاربه»، «ابضاع - مضاربه» و «رهن - ودیعه» پاسخ داده شود.

واژگان کلیدی: اصول لفظی، اصول عملی، قواعد فقه، توصیف عقد، تعیین عقد.



مقدمه

اصول عملیه اصولی هستند که هنگام شک و تردید انسان را از سرگردانی خارج می‌کنند. در تشخیص عنوان عقد در بعضی موارد دلیلی بر تعیین عنوان عقد وجود ندارد و قاضی میان دو عنوان مردد است یا متعاقدان میان دو عنوان اختلاف دارند. حال مسئله این است که جایگاه این اصول در توصیف عقد کجاست؟ آیا اساساً می‌توان از این اصول در توصیف عقد استفاده کرد؟ در صورت پاسخ مثبت، زمان استفاده از این اصول چه هنگام است؟ آیا می‌توان برای تعیین عنوان عقد به این اصول تمسک جست؟ برای مثال، آیا در صورتی که مالک اولیه مدعی باشد که مال به سبب عقد بیع به دیگری انتقال یافته است و مالک کنونی مدعی باشد که مال به سبب عقد هبه به او منتقل شده است، بر مبنای اصل براءت (براءت ذمه مالک کنونی از پرداخت عوض) می‌توان عقد را با عنوان هبه توصیف کرد یا آنکه با توجه به اینکه اصول عملیه نمی‌توانند از واقعیت آنچه منعقد شده است، پرده بردارند، قادر نیستند به تعیین عنوان عقد کمک کنند؟

پس از پاسخ به مسئله بالا، مقصود از نگارش مقاله حاضر این است که نقش اصول عملیه و قواعد فقه را به‌طور کاربردی در حل اختلاف متعاقدان مورد بحث قرار دهد. در این نوشتار در مواردی که توصیف عقد به دلیل تشابه بعضی عقود با یکدیگر، مورد اختلاف متعاقدان واقع می‌شود و در بیشتر موارد، اماره و دلیل روشنی برای تعیین ماهیت عقد وجود ندارد و حکم قضیه با اصول عملیه یا قواعد فقهی تعیین می‌شود، مورد اشاره قرار می‌گیرد. برای مثال، در موردی که طرفین بر هبه یا بیع بودن عقد اختلاف دارند و دلیلی نیز بر ادعای خود ندارند چه باید کرد؟ از این‌رو شش مورد که بیشتر مورد ابتلا هستند، بررسی شده است. این موارد عبارت‌اند از اختلاف متعاقدان در ۱- هبه و بیع، ۲- عاریه و اجاره، ۳- حواله و وکالت، ۴- قرض و مضاربه، ۵- ابضاع و مضاربه و ۶- رهن و ودیعه. گفتنی است در خصوص این مسئله تاکنون تحقیق مستقلی صورت نگرفته است یا دست‌کم نگارندگان از آن مطلع نیستند و تنها در آثار فقهی مباحثی به‌صورت پراکنده مطرح شده است.

۱. کاربرد اصول عملیه در توصیف عقد

توصیف به معنای تعیین ماهیت حقوقی قراردادی است که متعاقدان منعقد کرده‌اند تا بتوان قواعد حقوقی مربوط به آن قرارداد را بر اساس قانون معلوم کرد. به تعبیر بعضی حقوق‌دانان، «در

توصیف قرارداد، طبیعت حقوقی اعمالی که دو طرف قصد انجام آن را داشته‌اند، مشخص می‌گردد» (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۳، ص. ۸). در صورتی که از راه تحلیل قرارداد طرفین و تشخیص عناصر اصلی مورد نظر متعاقدان یا اصول لفظی نتوان راه به جایی برد و ماهیت مورد نظر آن‌ها را تشخیص داد، تنها راه تعیین تکلیف متعاقدان و برطرف کردن نزاع آن‌ها بر سر توصیف عقد، تمسک به اصول عملیه و بعضی قواعد فقهی است. همان‌طور که بعضی حقوق‌دانان اظهار داشته‌اند، «فایده عملی این اصول، در رفع سرگردانی و زدودن شک از نهاد حق‌گزار و متکلف، باعث شده است تا آن‌ها را اصول عملیه بنامند» (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ج ۲، ص. ۲۲۴). بنابراین، اگر دلیل معتبری که موجب حصول یقین یا ظن معتبر شود، وجود نداشته باشد، دادگاه نمی‌تواند در حالت شک و سرگردانی باقی بماند. در این‌گونه موارد اصول عملیه است که می‌تواند به شک و سرگردانی خاتمه دهد (شمس، ۱۳۸۵، ج ۳، ص. ۱۰۹؛ محمدی، ۱۳۸۸، ص. ۲۹۵). با اصول عملیه نمی‌توان به اراده واقعی طرفین یعنی عنوان مورد قصد آن‌ها پی برد؛ اصول عملیه اساساً کشف از واقع نمی‌کنند (روحانی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۹۰؛ لاری، ۱۴۱۸ق، ص. ۳۵۰؛ ایروانی، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص. ۸۰)، بلکه تنها در تعیین وظیفه در مقام عمل به کار می‌آیند. بنابراین، آنچه در اینجا می‌توان از اصول عملیه انتظار داشت، نه طریقی برای احراز واقعیت، بلکه ابزاری برای خروج از شک و تعیین تکلیف متعاقدان است. اصول عملیه نمی‌توانند ماهیت عقد را مشخص کنند؛ زیرا همان‌طور که گفته شد، این اصول قابلیت کشف واقع را ندارند. بدین ترتیب، در صورتی که نتوان با اتکا به مواردی که گفته شد، ماهیت عقد را تعیین کرد، ماهیت عقد مبهم باقی می‌ماند و با اصول عملیه تنها می‌توان حکم مسئله مورد نزاع را تعیین کرد؛ ضمن اینکه اصل عملی تنها در اثبات همان حکم مؤثر است نه بیشتر. برای مثال، زمانی که اختلاف بر سر این باشد که عقد مورد توافق، بیع بوده است یا هبه، با جریان استصحاب بقای ملکیت منتقل‌الیه، تنها لزوم عقد ثابت می‌شود، اما ثابت نمی‌شود که عقد مورد توافق بیع بوده است تا دیگر آثار بیع بر آن مترتب شود. از این‌رو نمی‌توان حکم به اشتغال ذمه مشتری به ثمن کرد، بلکه در مورد هر حکمی باید به اصل عملی مربوط به آن رجوع کرد. بنابراین، در مورد اشتغال ذمه بنا بر دیدگاه برخی فقها به اصل برائت رجوع می‌شود که با هبه سنخیت دارد (روحانی، ۱۴۲۰ق، ج ۱، ص. ۶۲).

در آغاز پژوهش، به‌طور اجمالی به بیان اصول عملیه و قواعد پرکاربرد در توصیف عقد

می‌پردازیم و آنگاه، به مصادیق اختلافی مورد ابتلا خواهیم پرداخت.

۱.۱. اصل براءت

«هرگاه در وجود تکلیفی تردید شود، خواه تکلیف در برابر عموم یا جامعه باشد یا در برابر شخص معین، اصل این است که تکلیف و دینی وجود ندارد و آنکه مدعی وجود حقی بر ذمه دیگری است باید دلیل بدهد و گرنه محکوم می‌شود» (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ج ۲، ص. ۲۲۹). این اصل در حل اختلاف متعاقدان در عنوان عقد بسیار مؤثر است. برای مثال، در صورتی که بایع ادعا کند مال به واسطه عقد بیع به مشتری منتقل شده و مشتری مدعی باشد که مال به او هبه شده است، بعضی احتمال داده‌اند قول مشتری با قسم او مقدم است (حلی (علامه)، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص. ۹۷). به دلیل اینکه طرفین دعوی بر تملک عین توسط منتقل‌الیه اتفاق دارند، اما مالک مدعی است که منتقل‌الیه باید ثمن را به او پرداخت کند. با توجه به اینکه اصل بر عدم دین و براءت است، قول منتقل‌الیه در صورتی که قسم بخورد مقدم است.

۲.۱. اصل استصحاب

«استصحاب در علم اصول، حکم به وجود موضوعی است که در گذشته معلوم باشد، سپس مورد تردید قرار گیرد و به اعتبار حالت سابق، حکم بر باقی ماندن آن شود» (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ج ۲، ص. ۲۳۹). برای مثال، بعضی فقها معتقدند در صورتی که متعاقدان در اینکه عقد میان آن‌ها حواله است یا وکالت، دچار اختلاف شوند و هیچ‌یک، بینه و دلیلی بر قول خود نداشته باشند، قول منکر حواله مقدم می‌شود و تفاوتی نمی‌کند او محیل باشد یا محتال (یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص. ۷۹۲). دلیل تقدم قول منکر حواله، استصحاب بقای اشتغال ذمه محیل نسبت به محتال و استصحاب بقای اشتغال ذمه محال‌علیه نسبت به محیل است (یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص. ۷۹۲).

۳.۱. اصل عدم

برای اثبات عدم، نیازی به برهان نیست و این اثبات وجود است که محتاج دلیل است. این مطلب، بدیهی و روشن و حکمی است عقلی و آن را بدین بیان خلاصه کرده‌اند که اصل، عدم چیزی است تا وجودش ثابت شود (محمدی، ۱۳۸۸، ص. ۳۰۰). این اصل در حل اختلاف متعاقدان در توصیف بسیار پرکاربرد است. برای مثال، در حالتی که مالک مدعی است مال خود را به‌عنوان

ودیع به دیگری سپرده است و طرف مقابل مدعی رهن باشد، قول مالک در صورتی که قسم بخورد مقدم است؛ زیرا اصل بر عدم رهن است.

برای مشخص کردن احکام و شرایط عقود که ماهیت آن‌ها مبهم و مردد میان دو یا چند عقد است، تنها اتکا به اصول عملیه کافی نیست، بلکه گاه لازم است به قواعد حقوقی مانند «علی‌الید»، «احترام»، «اصاله‌اللزوم» و دیگر قواعد فقهی نیز تکیه کرد. حتی با اعمال این قواعد فقهی نیز نمی‌توان ماهیت عقد مورد نظر را تشخیص داد و تنها حکم قضیه مورد نزاع مشخص می‌شود؛ البته استفاده از قواعد فقه و حقوق مقدم بر اصول عملیه است و برای مثال، با وجود امکان اعمال قاعده احترام نمی‌توان به اصل عدم مراجعه کرد و اگر دلیل و اماره متقنی موجود نباشد، چاره‌ای به‌غیر از رجوع به اصول عملیه نیست.

۴.۱. قاعده علی‌الید (ضمان ید)

نتیجه اولیه تصرف یا استیلا بر مال دیگری این است که متصرف در مقابل مالک، ضامن است؛ یعنی افزون بر آنکه مکلف به بازگرداندن عین در زمان بقای آن است، اگر مال یادشده تلف یا نقص و خسارت به آن وارد شود، باید خسارت را جبران کند (محقق داماد، ۱۳۹۰، ص. ۶۱). حتی لازم است اجرت منافع زمان استیلا را نیز اعم از اینکه از آن مال استفاده کرده باشد یا نه، پرداخت کند. این قاعده در حل اختلاف متعاقدان در توصیف عقد بسیار مؤثر است. برای مثال بسیاری از فقها معتقدند در صورتی که مال دچار زیان و مالک مدعی شود مال را در قالب عقد قرض، به گیرنده وجه تسلیم کرده است و در مقابل، گیرنده وجه ادعا کند مال را به‌عنوان مضاربه گرفته است، بر اساس قاعده علی‌الید قول مالک همراه با قسم او مقدم خواهد بود.

۵.۱. قاعده احترام

منظور از احترام، ممنوعیت تصرف و تعدی نسبت به اموال دیگران است. بنابراین، اولاً، تعدی و تجاوز نسبت به آن‌ها مجاز نیست و ثانیاً، در صورت تعدی و تجاوز، متجاوز مسئول و ضامن است (محقق داماد، ۱۳۹۰، ص. ۲۱۳). این قاعده در حل اختلاف متعاقدان در توصیف عقد بسیار پرکاربرد است. برای مثال، در صورت اختلاف متعاقدان در اینکه عقد میان آن‌ها اجاره بوده است یا عاریه، بر اساس اصل احترام مال مسلمان، با توجه به اینکه طرفین هم مدعی هستند و هم منکر، بعد از آنکه طرفین سوگند خوردند، اجرت‌المثل ثابت می‌شود (یزدی، ۱۴۲۲ق، ص. ۸۴۶؛ مرعشی

نجفی، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص. ۵۶؛ اشتهااردی، ۱۴۱۷ق، ج ۲۷، ص. ۲۸۸؛ البته بعضی فقها معتقدند اصل احترام بیش از حکم تکلیفی را افاده نمی‌کند و بر اساس آن نمی‌توان حکم به ضمان داد.

۲. اختلاف در بیع و هبه

اگر بایع ادعا کند مال به واسطه عقد بیع به مشتری منتقل شده است و مشتری مدعی باشد که مال به او هبه شده، چند دیدگاه مطرح شده است.

۱.۲. تحالف

احتمال نخست این است که هر دو سوگند بخورند بر نفی ادعای دیگری (حلی (علامه)، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص. ۹۷). پس از آنکه هر دو سوگند خوردند، ادعای هر دو ساقط می‌شود و مال به ملکیت مالک اولیه‌اش بازمی‌گردد. علت تحالف و سوگند خوردن طرفینی این است که هریک از طرفین، مدعی عقدی شده که طرف دیگر آن را انکار کرده است (عمیدی، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص. ۴۸۰). این دیدگاه از جانب محقق کرکی ارجح دانسته شده است (محقق کرکی (محقق ثانی)، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص. ۴۵۳؛ زیرا هر دو هم مدعی هستند هم منکر (حلی (فخرالمحققین)، ۱۳۸۷ق، ج ۱، ص. ۵۲۲).

۲.۲. تقدم قول منتقل‌الیه

احتمال دیگر در این خصوص، مقدم داشتن قول منتقل‌الیه با قسم اوست (حلی (علامه)، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص. ۹۷). برای اینکه طرفین دعوی بر تملک عین توسط منتقل‌الیه اتفاق دارند، اما مالک مدعی است که منتقل‌الیه باید ثمن را به او پرداخت کند و نسبت به این مبلغ به او بدهکار است و منتقل‌الیه این موضوع را انکار می‌کند. بنابراین، با توجه به اینکه اصل بر عدم دین و براءت است، قول منتقل‌الیه در صورتی که قسم بخورد مقدم است (عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۴، ص. ۸۳۱).

۳.۲. تقدم قول بایع

بعضی معتقدند اقوی، مقدم داشتن قول مالک است؛ زیرا اصل بر آن است که مال مسلمان محترم است و جز با رضایت او به دیگری منتقل نمی‌شود (حلی (فخرالمحققین)، ۱۳۸۷ق، ج ۱، ص. ۵۲۲). اشکالی که به این دیدگاه گرفته شده، این است که این قول را نسبت به اصل بیع می‌توان پذیرفت، اما نسبت به مقدار ثمنی که مالک ادعای آن را دارد؛ به خصوص در صورت زیادت آن

نسبت به قیمت امثال آن در بازار دچار اشکال است. ممکن است بگوییم اگر عین، باقی مانده باشد، بایع بر مقدار ثمن سوگند می‌خورد (عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۴، ص. ۸۳۱).
به نظر می‌رسد دیدگاه فخرالمحققین (رحمه‌الله تعالی) و صاحب مفتاح‌الکرامه (رحمه‌الله تعالی) از این نظر دچار اشکال باشد که قاعده احترام به مال مسلمان نمی‌تواند تحقق عقد بیع را ثابت کند. حد اعلاى قابلیت این قاعده، آن است که ضمان قهری را در صورت تلف ثابت کند. در مورد تقدم قول بایع در مقدار ثمن نیز مطابق دیدگاه علامه حلی (رحمه‌الله تعالی)، زمانی قول بایع با قسم او مقدم است که اولاً، متعاقدان بر مقدار ثمن در عقد یادشده اتفاق نظر داشته باشند و ثانیاً مبیع موجود باشد (حلی (علامه)، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص. ۹۵)، اما در این مورد مرحوم صاحب مفتاح‌الکرامه تنها شرط دوم را بیان کرده است. با توجه به اینکه برای تقدم قول بایع در مورد مقدار ثمن، شرط نخست نیز لازم است و در این مورد نه تنها متعاقدان درباره اینکه مقدار ثمن را تعیین کرده‌اند، اتفاق نظر ندارند، بلکه در مورد اصل بیع نیز اختلاف دارند. از این رو به نظر می‌رسد نمی‌توان قول بایع در مورد قیمت را مقدم دانست؛ ضمن اینکه همان‌طور که گفته شد، قاعده حرمت مال مسلم نمی‌تواند تحقق بیع را ثابت کند.

۴.۲. وابستگی حکم به نوع اختلاف متعاقدان

بعضی فقها میان چند فرض قائل به تفصیل شده‌اند. بدین ترتیب که اگر متعاقدان تنها در وجود یا عدم اشتغال ذمه منتقل‌الیه اختلاف داشته باشند یا اینکه اختلاف بعد از تلف مبیع بروز کرده باشد یا اینکه منتقل‌الیه از ارحام مالک اولیه باشد، عدم بیع استصحاب می‌شود. بنابراین، قول منکر بیع مقدم و با قسم او حکم به نفعش صادر می‌شود (تبریزی، ۱۴۱۶ق، ج ۴، ص. ۳۶)، اما اگر اختلاف در قابل رجوع بودن عقد یا عدم آن باشد، در این صورت بنا بر اصل بقای ملکیت منتقل‌الیه، قول منکر هبه مقدم است. بنابراین، او باید بر عدم وقوع هبه قسم بخورد تا بر غیرقابل رجوع بودن عقد حکم شود (تبریزی، ۱۴۱۶ق، ج ۴، ص. ۳۶).

۵.۲. جمع‌بندی

اگر بایع ادعا کند مال به واسطه عقد بیع به مشتری منتقل شده است و مشتری مدعی باشد که مال به او هبه شده است، به نظر می‌رسد تحالف با مبانی حقوقی سازگارتر است؛ زیرا در اختلاف متعاقدان میان بیع و هبه، هر دو به نوعی مدعی و منکر هستند. مالک از این نظر مدعی است که اشتغال ذمه

منتقل‌الیه را ادعا می‌کند و منکر مالکیت بلاعوض منتقل‌الیه است و منتقل‌الیه نیز از این نظر مدعی به شمار می‌رود که مالکیت رایگان را ادعا می‌کند. قاعده احترام نمی‌تواند بیع و ثمن را ثابت کند، اما به نظر می‌رسد در این حد مؤثر است که ادعای مالکیت رایگان را در مقام مدعی قرار دهد.

۳. اختلاف در عاریه و اجاره

در مورد عقد عاریه و اجاره با توجه به شباهت بسیار زیادی که این دو عقد با یکدیگر دارند، بسیار محتمل است که متعاقدان در مورد ماهیت عقدی که انشا کرده‌اند، دچار اختلاف شوند. دعوی میان عاریه و اجاره را می‌توان به لحاظ کثرت ابتلا، یکی از موارد عمده اختلاف متعاقدان در عنوان عقد دانست. در این مورد فقها دیدگاه‌های متفاوتی را بیان کرده‌اند. برخی قول مالک را مقدم می‌دانند، بعضی قائل به تداعی و تحالف هستند و برخی بر اساس اصل براءت، قول مدعی عاریه را مقدم می‌دانند.

۱.۳. تقدم قول مالک

بعضی فقها در این مورد دو احتمال مطرح کرده‌اند. ۱. تقدم قول مدعی عاریه و ۲. تقدم قول مالک (مدعی اجاره) و سپس احتمال دوم را اقوی و قول مالک همراه با قسم او را مقدم دانسته‌اند (عاملی (شهید اول)، ۱۴۱۰ق، ص. ۱۴۹). دلیل تقدم قول مالک این است که منافع اموال مانند اعیان، اصالتاً متعلق به مالک عین هستند. بنابراین، ادعای مدعی عاریه بر مالکیت این اموال به‌صورت رایگان و بدون عوض برخلاف اصل است (عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۰ق، ج ۴، صص. ۲۶۹ و ۲۷۰). از این رو با توجه به اصل حرمت مال مسمان باید متصرف را ملزم به پرداخت اجرت‌المثل دانست، اما ادعای مالک در خصوص اجرت‌المسما با تمسک به اصل ثابت نمی‌شود و این به معنای آن است که به‌نظر می‌رسد مقصود شهید اول از تقدم قول مالک، اثبات عقد اجاره نیست؛ زیرا با تمسک به اصل عدم عاریه یا اصل احترام نمی‌توان قرارداد اجاره را ثابت دانست.

۲.۳. تداعی و تحالف

بعضی فقها نوشته‌اند بعید نیست بر اساس اصل احترام مال مسلمان، با توجه به اینکه طرفین هم مدعی هستند و هم منکر، بعد از آنکه سوگند خوردند اجرت‌المثل ثابت شود؛ زیرا جواز تصرف اعم از اباحه و رضایت مالک برای استفاده رایگان است و جواز تصرف نشان‌دهنده اباحه نیست

(یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، صص. ۶۲۵-۶۲۷). بعضی فقها در این مسئله دیدگاه مرحوم محقق یزدی (رحمه الله تعالی) را پذیرفته‌اند (یزدی، ۱۴۲۲ق، ص. ۸۴۶؛ مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص. ۵۶؛ اشتهااردی، ۱۴۱۷ق، ج ۲۷، ص. ۲۸۸). ابن ادریس نیز هر دو را مدعی می‌شمارد و برای تحقق استیفای منفعت، اجرت‌المثل را به عهده متصرف می‌داند (حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، صص. ۴۳۱ و ۴۳۲).

۱.۲.۳. مبنای تحالف

بعضی فقها معتقدند پس از تحالف، اگر اجرت‌المثل بیشتر از میزانی که مالک مدعی آن است، نباشد، ثابت می‌شود و در این صورت احتمال اینکه بگوییم نیازی به سوگند دوطرفه نیست، وجود دارد؛ زیرا سوگند مالک کفایت می‌کند چون او منکر و طرف دیگر مدعی است (یزدی، بی‌تا، ج ۲، ص. ۵۱۵). حال که با سوگند مالک، اجرت‌المثل برای او ثابت می‌شود، چه لزومی به سوگند متصرف هست؟

پاسخ این است که مالک بر نفی عاریه سوگند می‌خورد و متصرف بر نفی اجاره و درنهایت، هریک از اجرت‌المسما یا اجرت‌المثل کمتر باشد، همان ثابت می‌شود؛ زیرا مقدار زائد بر اجرت‌المثل با قسم متصرف ساقط می‌شود و میزان زائد بر اجرت‌المسما با اعتراف مالک (عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۲۲ق، ص. ۴۸۶). بنابراین، کارکرد سوگند متصرف، رد ادعای مالک نسبت به مازاد اجرت‌المسما نسبت به اجرت‌المثل است. بدین ترتیب، قول اقوی در این حالت آن است که هر دو طرف قسم بخورند؛ زیرا هریک از آن دو مدعی و منکر هستند. با قسم مالک بر نفی عاریه و قسم متصرف بر نفی اجاره اقل‌الامرین ثابت می‌شود (عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۳ق، ج ۵، صص. ۱۶۴ و ۱۶۵).

۲.۲.۳. نقد مبنای تحالف

در نقد تحالف در این مسئله گفته شده است مدعی عاریه ادعایی علیه مالک ندارد. او تنها منکر اجرت‌المسمایی است که مالک ادعای آن را دارد. بنابراین، در این مورد ادعای طرفینی وجود ندارد تا به سوگند طرفینی منتهی شود، بلکه در این مورد تنها یک ادعا از جانب مالک مطرح شده است (خویی، بی‌تا، ص. ۴۲۵). اینکه مدعی عاریه را بنا بر قاعده احترام مال مسلم، ملزم به اثبات بدانیم، دچار اشکال است؛ زیرا ضمان ناشی از استیفا یا تلف، تنها از دو راه حاصل می‌شود؛ یا در

صورت ید و استیلا بر مال غیر که در مورد آن ضمان مشروط به عدم اذن است یا ضمانی که حاصل از التزام عقدی از جمله اجاره و غیر آن است. شکی نیست که در این مسأله با توجه به فرض صدور قطعی اذن از ناحیه مالک، مورد نخست یعنی ضمان ید راهی ندارد، اما ضمان عقدی که مالک مدعی آن است نیز ثابت نشده است. در مورد قاعده احترام حتی اگر حکم وضعی از آن قابل استنباط باشد، ضمان را در صورت وجود اذن اقتضا نمی‌کند (خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۰، ص. ۴۲۹).

پاسخ بعضی فقها به استدلال مرحوم آیت‌الله خویی (رحمه‌الله تعالی) در خصوص عدم قابلیت قاعده حرمت مال مسلم در حکم به ضمان متصرف مأذون از این قرار است. اولاً، اینکه گفته شود اصل احترام بیش از حکم تکلیفی را افاده نمی‌کند، سخنی خلاف وجدان و طریقه فقهاست. بنابراین، حکم به ثبوت اجرت‌المثل گریزناپذیر است (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۱۹، ص. ۱۹۰). ثانیاً، اذن به تنهایی در رفع ضمان کافی نیست، بلکه باید اباحه تصرف ثابت شود؛ زیرا اذن با ضمان جمع می‌شود؛ همان‌طور که در اجاره این‌گونه است (موسوی خلیلی، ۱۴۲۷ق، ص. ۹۲۶). روایت صحیح اسحاق بن عمار نیز گواه این موضوع است. متن روایت بدین صورت است که مردی یک هزار درهم به دیگری سپرد و مال تلف شد. صاحب مال مدعی است که به‌عنوان قرض بوده است و گیرنده می‌گوید ودیعه بوده است. امام صادق (علیه‌السلام) فرمود مالی را که گیرنده اقرار به گرفتن آن کرده، مدیون است مگر اینکه اثبات کند که به‌عنوان ودیعه نزد او گذارده است (صدوق، ۱۴۰۹ق، ج ۴، ص. ۴۱۷). در این روایت قرض و ودیعه در دادن اذن به گیرنده مشترک هستند. درعین حال، قرض عدم ضمان را اقتضا نمی‌کند (موسوی خلیلی، ۱۴۲۷ق، ص. ۹۲۶).

۳.۳. تقدیم قول مدعی عاریه

شیخ طوسی (رحمه‌الله تعالی) در این مسئله، قول متصرف (مدعی عاریه) را با قسم او به دلیل اصل برائت مقدم می‌داند و مالک را مدعی می‌شمارد (طوسی، ۱۴۰۷ق الف، ج ۳، ص. ۳۸۸)؛ زیرا هر دو طرف اتفاق نظر دارند که منافع در ملک مستعیر تلف شده، اما مالک مدعی است متصرف باید عوض آنچه را استیفا کرده است، بپردازد و متصرف این عوض را انکار می‌کند و اصل بر عدم وجوب عوض و برائت ذمه متصرف است. بنابراین، قول او مقدم است (عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۳ق، ج ۵، صص. ۱۶۳ و ۱۶۴). همچنین، بعضی فقها معتقدند قول متصرف مقدم است؛ زیرا

مالک مدعی اجرت است و متصرف منکر آن (حلی (محقق)، ۱۴۰۸ق، صص. ۱۳۸ و ۱۳۹؛ صیمری، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص. ۱۵۹).

۴.۳. جمع‌بندی

در این مورد فقها دیدگاه‌های متفاوتی بیان کرده‌اند. برخی بر مبنای اصل حرمت مال مسلمان، قول مالک را مقدم می‌دانند. بعضی در نقد این دیدگاه معتقدند از قاعده احترام، حکم وضعی قابل استنباط نیست. حتی اگر حکم وضعی نیز از آن قابل استنباط باشد، ضمان را در صورت وجود اذن اقتضا نمی‌کند. بعضی قائل به تداعی و تحالف هستند. برای اینکه طرفین هم مدعی هستند و هم منکر و برخی بر اساس اصل برائت، قول مدعی عاریه را مقدم می‌دانند. به نظر می‌رسد با توجه به قاعده احترام مال مسلم و اینکه متصرف از منافع مال دیگری بهره برده است، باید متصرف را مدعی دانست؛ زیرا او مدعی است مالک به او اذن در استفاده رایگان داده که خلاف اصل است. بنابراین، با قسم مالک بر نفی عاریه، ادعای متصرف رد می‌شود. قانون مدنی نیز بر همین امر دلالت دارد که استیفای مال غیر باید در ازای اجرت‌المثل باشد. از سوی دیگر، اگر مالک، مدعی میزانی از اجرت‌المسما باشد که از اجرت‌المثل افزون‌تر است، او را باید از این نظر مدعی دانست. در این صورت باید قائل به تحالف شد که با سوگند طرفینی، اقل‌الامرین میان اجرت‌المثل و اجرت‌المسما ثابت می‌شود.

۴. اختلاف در حواله و وکالت

گاه پیش می‌آید شخصی، مالی را به واسطه ثالث در اختیار دیگری قرار دهد. ممکن است ادعا شود این مال در قالب حواله به او منتقل شده و به این ترتیب، محتال مالک آن مال شده است یا اینکه مالک به او وکالت داده است تا آن را دریافت کند. در این حالت مسلماً ملکیت مال در ملک موکل باقی می‌ماند. در این حالت در اینکه قول کدام‌یک از مدعی حواله یا وکالت مقدم است، میان فقها بحث است؛ البته این اختلاف در فرضی است که هر دو طرف در اینکه گیرنده مال از طرف دیگر طلب‌کار است، اتفاق نظر دارند و دیدگاه فقها مبتنی بر این فرض است.

۱.۴. نبود ظهور لفظی

در مورد اختلاف متعاقدان بر حواله و وکالت گاه متعاقدان اتفاق نظر دارند که الفاظی که میان آن‌ها

رد و بدل شده، چه بوده است، اما گاه متعاقدان در این موضوع اتفاق نظر ندارند. در این بحث، به شق دوم می‌پردازیم.

۱.۱.۴. تقدم قول منکر حواله

اگر در مورد لفظی که از جانب محیل صادر شده است، اتفاق نظر نداشته باشند و محیل مدعی شود محتال را با لفظ وکالت، وکیل خود کرده است و محتال مدعی شود محیل، دین مرا با لفظ حواله به من حواله داده است، در این مورد بدون هیچ اختلافی قول محیل مقدم است؛ زیرا آن‌ها در لفظی که از جانب محیل صادر شده است، اختلاف دارند و محیل به آن لفظ آگاه‌تر است (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص. ۳۱۵؛ حلبی، ۱۴۱۷ق، ص. ۲۵۸؛ کیدری، ۱۴۱۶ق، ص. ۳۱۴)، اما در صورتی که نزاع عکس باشد؛ یعنی محیل، مدعی حواله باشد و محتال مدعی وکالت، قول محتال مقدم است؛ زیرا اصل بر بقای حق او در ذمه محیل است (حلبی، ۱۴۱۷ق، ص. ۲۵۸؛ کیدری، ۱۴۱۶ق، ص. ۳۱۴).

بعضی فقها معتقدند اگر متعاقدان در اینکه عقد میان آن‌ها حواله است یا وکالت، دچار اختلاف شوند و هیچ‌یک، بینه و دلیلی بر قول خود نداشته باشند، قول منکر حواله مقدم می‌شود و تفاوتی نمی‌کند او محیل باشد یا محتال (یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص. ۷۹۲). دلیل تقدم قول منکر حواله، اصل بقای اشتغال ذمه محیل نسبت به محتال و بقای اشتغال ذمه محال‌علیه نسبت به محیل است و اصل عدم مالکیت محتال نسبت به مالی که ادعای حواله آن وجود دارد، تقدم قول منکر حواله را تأیید می‌کند (یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص. ۷۹۲).

۲.۱.۴. تقدم قول مدعی وکالت

علامه حلی (رحمه‌الله تعالی) معتقد است در صورتی که محتال، مال را قبض کند و بگوید با لفظ حواله به من حواله کرده است و محیل بگوید بلکه به تو با لفظ وکالت، وکالت دادم یا برعکس، در این موارد قول مدعی وکالت با قسم او مقدم است و اگر یکی از طرفین بینه‌ای ارائه کند، بر اساس آن حکم می‌شود (حلی (علامه)، ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص. ۵۸۱).

اختلاف این دیدگاه با دیدگاه تقدم قول منکر حواله این است که در این دیدگاه، علامه نگاهی ایجابی به ادعای مدعی وکالت داشته و تنها به تقدم قول منکر حواله بسنده نکرده، بلکه قول مدعی وکالت را مقدم دانسته است. از ظاهر این دیدگاه برمی‌آید که علامه (رحمه‌الله تعالی) معتقد است در

صورت قسم مدعی وکالت، ادعای او بر وکالت بودن عنوان عقد به اثبات می‌رسد؛ البته به دلیل این تقدم اشاره نشده است، اما به نظر می‌رسد همان اصل بقای اشتغال ذمه مبنا باشد. در این صورت بر اساس اصل عملی حکمی، کشف از واقع شده است؛ امری که با قابلیت‌های یک اصل عملی مغایر است. باوجوداین، این احتمال وجود دارد که مقصود علامه، همان نفی حواله باشد و نه اثبات وکالت. همان‌طور که امام خمینی (رحمه‌الله تعالی) در بیان مقصود صاحب عروه (رحمه‌الله تعالی) تصریح می‌کند تقدم قول منکر حواله به معنای اثبات وکالت نیست، در این مورد نیز ممکن است مقصود علامه تنها نفی حواله باشد.

۲.۴. وجود ظهور لفظی

گاه متعاقدان اتفاق نظر دارند که الفاظی که میان آن‌ها جاری شده، مربوط به حواله بوده است، اما یکی از طرفین ادعا می‌کند مقصود او از لفظ حواله، وکالت دادن به محتال بوده است و در مقابل محتال این ادعا را نفی می‌کند.

۱.۲.۴. تقدم اصل و قصد مورد ادعای موجب بر ظاهر الفاظ

شیخ طوسی (رحمه‌الله تعالی) و عده‌ای از فقها معتقدند در صورتی که فردی با الفاظ مخصوص به حواله، به فرد دیگری حواله دهد، سپس دچار اختلاف شوند، قول محیل مبنی بر نفی حواله مقدم خواهد بود. برای اینکه متعاقدان اتفاق نظر دارند بر اینکه مال متعلق به محیل است بر ذمه محال‌علیه و انتقال آن به محتال به دلیل نیاز دارد؛ زیرا اینکه محیل، محتال را به آن مال حواله داده است، دلیلی بر اقرار او به انتقال مال به او نیست، بلکه می‌تواند به او وکالت داده باشد. به عبارت دیگر، اصل بر بقای حق محیل بر محال‌علیه و بقای حق محتال بر محیل است و محتال مدعی زوال این حقوق است و محیل این موضوع را انکار می‌کند و بنابراین، قول او مقدم است (طوسی، ۱۴۰۷ق الف، ج ۳، ص. ۳۰۹؛ طبرسی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، صص. ۵۸۱ و ۵۸۲؛ حلبی، ۱۴۱۷ق، ص. ۲۵۹).

محقق حلی (رحمه‌الله تعالی) در این خصوص معتقد است قول محیل مقدم است؛ زیرا او به کلام و قصد خویش، آگاه‌تر است؛ البته در پذیرش این دیدگاه تردید وجود دارد، اما اگر محتال، مال را قبض نکرده باشد و دچار اختلاف شوند، قول محیل که مدعی وکالت و نفی حواله است، قطعاً مقدم است و اگر فرض معکوس شود؛ یعنی محتال ادعای وکالت کند، قول او مقدم خواهد بود (حلی

(محقق)، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص. ۹۵).

منشأ تردید محقق حلی (رحمه‌الله تعالی) آنجاست که ممکن است برای دلالت ظاهر لفظ بر عقد حواله، قول محتال مقدم باشد؛ زیرا محیل، لفظی را بر زبان جاری کرده که سبب انتقال دین از ذمه محیل به ذمه محال‌علیه است و ادعای محیل مبنی بر قصد حواله خلاف این موضوع (صیمری، ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص. ۲۱۰) و اصل بر این است که معنای حقیقی حواله مورد نظر متعاقدان باشد (فرطوسی، ۱۴۱۶ق، ص ۱۳۰)، اما محقق حلی (رحمه‌الله تعالی) متکلم را داناستر به کلام و قصد خویش می‌داند و قول او را مقدم می‌شمارد. مبنای این دیدگاه عمل به قول معصوم (علیه‌السلام) است که می‌فرماید «و انما لامری ما نوى» (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص. ۸۳؛ حلی، ۱۴۲۸ق، ج ۱، صص. ۳۰۰ و ۳۰۱)؛ ضمن اینکه می‌توان در قالب لفظ حواله به دیگری وکالت داد؛ زیرا وکالت از عقود جایز است و هر آنچه بر اذن به موضوع وکالت دلالت کند، برای تحقق آن کافی است. به این ترتیب، قول مشهور، تقدیم قول محیل است به سبب آگاهی او به قصد خود (عاملی شهید ثانی)، ۱۴۱۶ق، ص. ۳۱۱).

اثر پذیرش تقدم اصل و قصد مورد ادعای موجب بر ظاهر آن است که برخلاف آنچه در مورد عدم قابلیت اصول عملیه در توصیف عقد گفته شد، شیخ طوسی (رحمه‌الله تعالی) بر این باور است که اگر محیل بر عدم حواله قسم بخورد، ثابت می‌شود عقد میان متعاقدان وکالت بوده است، اما در صورتی که مال را از محال‌علیه قبض نکرده باشد، از وکالت معزول خواهد بود؛ زیرا اگرچه وکالت او با قسم محیل ثابت شده، اما محتال با انکار وکالت در واقع از وکالت منعزل شده است (شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص. ۳۱۵).

۲.۲.۴. تقدم ظاهر بر قصد مورد ادعای ایجاب‌کننده

علامه حلی (رحمه‌الله تعالی) معتقد است اگر هر دو متفق باشند بر اینکه محیل گفته است دینی که به ذمه زید دارم، به تو حواله کردم، سپس دچار اختلاف شوند و محیل ادعا کند وکالت را اراده کرده است و گیرنده مال بگوید مال را به من حواله کردی، قول مدعی حواله مقدم است (حلی (علامه)، ۱۴۲۰ق، ج ۲، صص. ۵۸۱ و ۵۸۲). بعضی فقها از جمله محقق ثانی همین قول را پذیرفته‌اند (کرکی (محقق ثانی)، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص. ۳۷۸؛ عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۶، ص. ۵۵۳). مبنای این دیدگاه تمسک به اصل حقیقت است؛ لفظی که بدون قرینه اظهار شده است باید بر

معنای حقیقی خود حمل شود. در صورتی که مراد متکلم معنای مجازی است، باید لفظ را همراه قرینه بیان کند (کرکی (محقق ثانی)، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص. ۳۷۸). به نظر می‌رسد با توجه به وجود ظهور لفظی، این دیدگاه با حقوق ایران انطباق بیشتری دارد. هرچند گفته شد قصد واقعی بر قصد ظاهری تقدم دارد، در اینجا قصد باطنی فقط جنبه ادعایی دارد و ایجاب‌کننده دلیلی برای ادعای خود ارائه نکرده است. بنابراین، اراده باطنی او ثابت نشده است. او ادعا می‌کند که قصدش بر وکالت بوده در حالی که از لفظ حواله استفاده کرده است. در این مورد باید ظهور لفظی را مقدم دانست و حکم به تحقق حواله داد.

۳.۴. جمع‌بندی

در صورت اختلاف متعاقدين در اینکه مال به محتال حواله شده است و مالک آن گردیده یا آنکه به وکالت از مالک، مال را از محال‌علیه دریافت کرده، در صورتی که در مورد لفظی که از جانب محیل صادر شده است اتفاق نظر نداشته باشند، قول منکر حواله، بنا بر اصل بقاء اشتغال ذمه محیل نسبت به محتال و بقاء اشتغال ذمه محال‌علیه نسبت به محیل، مقدم است، در صورتی که بر نفی ادعای دیگری قسم بخورد. اما اگر متعاقدين اتفاق نظر دارند که لفظی که بین آن‌ها جاری شده، الفاظ مربوط به حواله بوده اما محیل ادعا می‌کند مقصود او از لفظ حواله، اعطاء وکالت به محتال بوده است، باید بر مبنای اصالة الظهور و اصل حقیقت، عقد را حواله دانست.

۵. اختلاف میان قرض و مضاربه

یکی از مصادیق بسیار شایع اختلاف متعاقدان در توصیف عقد، اختلاف بر قرض یا مضاربه بودن عقد است. گاه مالک مدعی می‌شود که پول خود را در قالب مضاربه به دیگری داده است. بنابراین، افزون بر اصل پول، سود تجارت با آن را نیز مطالبه می‌کند. گاه نیز مالک مدعی می‌شود مال خود را در قالب قرض به طرف مقابل تسلیم کرده است (غالباً در فرض تلف مال). بنابراین، طرف مقابل ضامن مثل است. در ادامه، به بررسی این موارد می‌پردازیم.

۱.۵. مالک مدعی مضاربه و گیرنده وجه مدعی قرض

۱.۱.۵. تقدم قول مالک

بعضی فقها معتقدند اگر مالک، ادعای مضاربه و گیرنده وجه، ادعای قرض کند، قول مالک مقدم

است و با قسم مالک قول او ثابت می‌شود و باید حصه او از سود پرداخت شود (حلی (علامه)، ۱۴۱۳ق، ج ۲، صص. ۳۴۷ و ۳۴۸؛ حلی (علامه)، ۱۴۱۴ق، ج ۱۷، ص. ۱۳۱). دلیل این دیدگاه آن است که گیرنده وجه مدعی انتقال مال از مالک به اوست و اصل بر عدم این انتقال است. با توجه به اینکه اصل مال به او انتقال نیافته و اصل بر تبعیت نمائات از اصل مال در ملکیت است، سود آن نیز همچنان در ملکیت مالک باقی مانده است (حلی (فخرالمحققین)، ۱۳۸۷ق، ج ۲، صص. ۳۳۱ و ۳۳۲؛ عمیدی، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص. ۸۴؛ کرکی (محقق ثانی)، ۱۴۱۴ق، ج ۸، ص. ۱۷۱). بعضی فقها آگاه‌تر بودن مالک به قصد و نیت خود را دلیل تقدم قول وی دانسته‌اند. از این رو که او عقد را انشا و طرف مقابل آن را قبول می‌کند (اشتہاردی، ۱۴۱۷ق، ج ۲۸، ص. ۱۴۸). حال اگر هر دو طرف اقامه بینه کنند، بینه گیرنده وجه مقدم خواهد بود (حلی (علامه)، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص. ۳۴۸؛ زیرا قول مالک در این قضیه مقدم است، اما اگر طرف مقابل بینه بیاورد، بینه او مقدم خواهد بود (حلی (فخرالمحققین)، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص. ۳۳۲). مبنای این دیدگاه قاعده «البینه علی المدعی والیمین علی المنکر» است که در جایی که مدعی بینه دارد، بینه او بر بینه منکر تقدم دارد؛ البته مسلم است با وجود بینه نوبت به اجرای اصل عملی نمی‌رسد.

۲.۱.۵. تداعی و تحالف

در این مورد احتمال تحالف نیز وجود دارد. در این صورت میان اجرت و حصه‌ای که شرط شده است، هریک افزون‌تر باشد به گیرنده وجه تعلق خواهد داشت (حلی (علامه)، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص. ۳۴۸). بسیاری از فقها همین دیدگاه را مرجح دانسته‌اند (حلی (علامه)، ۱۴۲۰ق، ج ۳، ص. ۲۶۹؛ یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص. ۶۸۴؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۱ق، ص. ۳۴۰). دلیل این احتمال نیز آن است که هریک مدعی عقدی است که دیگری آن را انکار می‌کند (حلی (فخرالمحققین)، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص. ۳۳۲) و هر دو طرف هم مدعی هستند و هم منکر. گیرنده وجه مدعی خروج مال از ملک مالک به واسطه عقد قرض است و مالک این موضوع را انکار می‌کند. از سوی دیگر، مالک مدعی استحقاق عمل گیرنده وجه در مقابل سهم او از مضاربه است در حالی که گیرنده وجه منکر این موضوع است (کرکی (محقق ثانی)، ۱۴۱۴ق، ج ۸، ص. ۱۷۱). در این تحلیل بین اجرت‌المثل و سود مال، هر یک بیشتر است به گیرنده وجه تعلق می‌گیرد. دلیل این امر نیز آن است که اگر مقدار افزون‌تر، سهم او از سود است امری است که مالک به آن معترف است، چرا که مالک مدعی است

عقد مضاربه شکل گرفته است و در صورتی که مقدار اجرت‌المثل بیشتر است این مقدار به او تعلق می‌گیرد، از این جهت که قول او در مورد عملش همراه با قسم مقدم است، همانطور که قول مالک در مورد مالش مقدم است. (حلی (فخرالمحققین)، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص. ۳۳۲). در صورتی که هر دو بینه اقامه کنند، آنکه بینه‌اش راجح است، مقدم می‌شود (حلی، ۱۴۲۴ق، ص. ۴۹۳). بدین ترتیب که ابتدا باید عدل را ترجیح داد، سپس بینه‌ای را که به لحاظ تعداد شهود اکثریت دارد و درنهایت، قرعه را (کرکی (محقق ثانی)، ۱۴۱۴ق، ج ۸، ص. ۱۷۲).

بعضی فقها معتقدند این مورد از موارد تداعی و تحالف نیست، بلکه تنها گیرنده وجه است که باید ادعای خود را اثبات کند؛ زیرا مدعی است تمام سود متعلق به اوست درحالی که ادعای او خلاف اصل بقای ملکیت مالک و به تبع، سود ناشی از آن است. بنا بر این اصل، مال و کل سود متعلق به مالک است. بنابراین، در این مورد دعوی طرفینی وجود ندارد که بحث تداعی و تحالف مطرح شود (خویی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص. ۱۸۲).

الف. تقسیم سود مازاد بر اساس قاعده عدل و انصاف

بعضی فقها معتقدند قاعده تبعیت سود از اصل، مالکیت مالک اصل بر سود را ثابت نمی‌کند. از این رو که اصل مال منحصر در عین نیست، بلکه عمل گیرنده وجه را نیز شامل می‌شود. بنابراین، بقیه سود بر اساس قاعده عدل و انصاف میان طرفین تقسیم می‌شود (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۱ق، ص. ۳۴۲).

ب. عدم تعلق اجرت‌المثل به گیرنده وجه

بعضی فقها معتقدند در این مورد اساساً سببی برای در نظر گرفتن اجرت‌المثل وجود ندارد. برای اینکه طرفین در اینکه به گیرنده وجه اجرت‌المثلی تعلق نمی‌گیرد، اتفاق نظر دارند؛ زیرا مالک مدعی تحقق مضاربه است و اختصاص بخشی از سود به گیرنده وجه و گیرنده وجه مدعی تحقق قرض و تعلق تمام سود به خود است. بنابراین، هیچ‌یک از طرفین مدعی اجرت‌المثل نیستند. از این رو اساساً نمی‌توان حکم به اجرت‌المثل داد (خویی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص. ۱۸۳).

ج. تعیین مالک سود مازاد از طریق قرعه

امام خمینی (رحمه‌الله تعالی) نیز در این زمینه معتقد است دلیلی برای تعلق اجرت‌المثل به گیرنده

وجه نیست؛ زیرا هر دو طرف اتفاق نظر دارند که او مستحق اجرت‌المثل نیست. بنابراین، اختلاف در این مورد بر سر مقدار زائد بر حصه گیرنده وجه است که مالک، آن را انکار می‌کند و معتقد است گیرنده وجه تنها مالک بخشی از سود است و گیرنده وجه مدعی است مالک تمام سود است که در صورت تحالف دو فرض را می‌توان محتمل دانست؛ ۱. قرعه و ۲. تقسیم میان آن دو که فرض نخست به صواب نزدیک‌تر است (یزدی، ۱۴۲۲ق، ص. ۸۸۵)

۳.۱.۵. جمع‌بندی

در صورت اختلاف طرفین میان قرض و مضاربه در حالتی که مالک مدعی مضاربه و گیرنده وجه مدعی قرض است دو دیدگاه وجود دارد؛ بعضی قائل به تقدم قول مالک هستند به این دلیل که گیرنده وجه مدعی انتقال مال از مالک به اوست و اصل بر عدم این انتقال است؛ ضمن اینکه بعضی فقها آگاه‌تر بودن مالک به قصد و نیت خود را دلیل تقدم قول وی دانسته‌اند. بنابراین با قسم مالک، قول او ثابت می‌گردد و حصه او از سود باید پرداخت شود. بعضی نیز قائل به تداعی و تحالف هستند. دلیل این دیدگاه نیز آن است که هریک از طرفین مدعی عقدی است که دیگری آن را انکار می‌کند و هر دو طرف هم مدعی هستند و هم منکر.

۲.۵. ادعای مالک بر قرض و ادعای گیرنده وجه بر مضاربه

اگر مالی که به گیرنده وجه منتقل شده است دچار خسارت یا تلف شود، نفع مالک در آن است که مال در قالب عقد قرض منتقل شده باشد. این امر ممکن است سبب شود که او مدعی قرض و گیرنده وجه مدعی مضاربه شود؛ زیرا در قرض، مقترض ضامن مثل است، در حالی که در عقد مضاربه، در صورت تلف سرمایه، عامل ضامن نیست.

۱.۲.۵. تقدم قول مالک

بسیاری از فقها معتقدند در صورتی که مال دچار زیان شود و مالک مدعی شود مال را در قالب عقد قرض به گیرنده وجه تسلیم کرده است و در مقابل، گیرنده وجه ادعا کند مال را به عنوان مضاربه گرفته است، قول مالک همراه با قسم او مقدم خواهد بود (حلی (علامه)، ۱۴۲۰ق، ج ۳، ص. ۲۷۰؛ حلی (علامه)، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص. ۳۴۸؛ عاملی، بی‌تا، ج ۷، ص. ۵۲۰ و ۵۲۱؛ نجفی (کاشف‌الغطا)، ۱۴۲۲ق، ص. ۴۷؛ نجفی (کاشف‌الغطا)، ۱۴۲۳ق، ج ۴، ص. ۲۰؛ یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص. ۶۸۴؛

مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص. ۷۸). دلیل این موضوع نیز آن است که در صورت وضع ید بر مال غیر، بر اساس عموم روایت «علی‌الید ما اخذت حتی تودیه» (ابن ابی‌جمهور، ۱۴۰۳ق، ج ۱، ص. ۲۲۴؛ الدارمی، ۱۳۴۹ق، ج ۲، ص. ۲۶۴؛ القزوینی، بی‌تا، ج ۲، ص. ۸۰۲)، بازگرداندن آن مال بر متصرف واجب است. ممکن است گفته شود مالک نیز مدعی اشتغال ذمه گیرنده وجه است و اصل بر براءة اوست، اما نمی‌توان این استدلال را پذیرفت؛ زیرا این اصل با وضع ید بر مال مالک از بین رفته است. از این‌رو مالک بر نفی ادعای گیرنده وجه قسم می‌خورد و از او بدل مال خود را مطالبه می‌کند (کرکی (محقق ثانی)، ۱۴۱۴ق، ج ۸، ص. ۱۷۴؛ نجفی (کاشف‌الغطا، ۱۴۲۲ق، ص. ۴۷؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۱۹، صص. ۳۴۶ و ۳۴۷).

علت تقدم قول مالک این است که گیرنده وجه مدعی است که وضع ید او بر مال مالک به واسطه مضاربه و مبتنی بر رضایت مالک بوده است، اما استصحاب عدم رضای مالک برخلاف ادعای گیرنده وجه است. بنابراین، تصرف او عدوانی و موجب ضمان است. بدین ترتیب، اثبات ضمان در این مورد منوط به اثبات ادعای مالک مبنی بر قرض بودن عقد نیست تا آن را اصل مثبت بدانیم، بلکه ضمان مبتنی بر عدم اذن در تصرف است. از این‌رو ادعای استیمان مبتنی بر مضاربه برخلاف اصل است (طباطبایی قمی، ۱۴۲۳ق، ص. ۱۲۶). در توضیح مطلب بالا باید گفت ضمان گیرنده وجه ناشی از ثبوت یا عدم ثبوت قرض نیست، بلکه ناشی از عدم ثبوت و اثبات اذن است. استصحاب عدم مضاربه برخلاف استصحاب عدم قرض در اثبات ضمان مؤثر است؛ زیرا این اصل عدم اذن مالک در استیلاي گیرنده وجه بر مال را ثابت می‌کند و با فقدان اذن مالک، ضمان گیرنده وجه خودبه‌خود ثابت می‌شود. روایت صحیح اسحاق بن عمار این مدعا را تأیید می‌کند (خویی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، صص. ۱۸۳ و ۱۸۴).

اشکالی که بر این دیدگاه می‌توان مطرح کرد این است که تمسک به روایت یادشده و قاعده علی‌الید در صورتی امکان‌پذیر است که مالی که در ید متصرف است، مال غیر باشد درحالی‌که ادعای مالک خلاف این موضوع است؛ زیرا او مدعی است مال در قالب قرض به گیرنده وجه منتقل شده است و با تحقق قرض، دیگر مال متعلق به غیر نیست، بلکه متعلق به خود گیرنده وجه است. از این‌رو ضمانی که باید متوجه گیرنده وجه باشد به واسطه قرض خواهد بود نه بر اساس قاعده علی‌الید. این ضمان به ضمان معاوضی موسوم است (حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۲، صص. ۴۱۰ و

۲.۲.۵. تحالف یا تقدیم قول گیرنده وجه

بعضی فقهاء احتمال تحالف را نیز در این مورد مطرح کرده و حتی احتمال تقدیم قول گیرنده وجه را نیز متصور دانسته‌اند (یزدی، ۱۴۲۲ق، ص. ۸۸۶). مبنای این قول نیز ملاک تشخیص مدعی از منکر است. اگر ملاک تشخیص مدعی و منکر را صورت ظاهری دعوی بدانیم، باید حکم به تحالف دهیم و اگر مناط تشخیص را غرض بدانیم، ظاهراً باید قول گیرنده وجه در نفی قرض گرفتن را مقدم شماریم؛ زیرا ادعای او، مالک را به چیزی ملزم نمی‌کند. از این رو با قسم او نفی ادعای مالک ثابت می‌شود (یزدی، بی تا، ج ۲، ص. ۵۷۰).

۳.۲.۵. جمع بندی

بسیاری از فقهاء معتقدند در صورتی که مال، دچار زیان شود و مالک، مدعی شود مال را در قالب عقد قرض به گیرنده وجه تسلیم نموده است و در مقابل، گیرنده وجه ادعا نماید مال را به عنوان مضاربه اخذ نموده، قول مالک، همراه با قسم او مقدم خواهد بود. دلیل این امر نیز آن است که در صورت وضع ید بر مال غیر، بر اساس عموم روایت شریفه «علی الید ما أخذت حتی تؤدیه»، بازگرداندن آن مال، بر متصرف واجب است. در این مورد بعضی از فقهاء احتمال تحالف را نیز مطرح نموده‌اند و حتی احتمال تقدیم قول گیرنده وجه را نیز قابل تصور دانسته‌اند.

۶. اختلاف میان ابضاع و مضاربه

یکی از مواردی که ممکن است به دلیل شباهت دو عقد با هم مورد اختلاف واقع شود، ابضاع و مضاربه است. ابضاع «عبارت است از اینکه کسی مالی را به دیگری برای تجارت بدهد بی آنکه عامل را در سود حاصل، بهره و سهمی باشد» (شهابی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۱۳۴). این قرار، شبیه مضاربه است، اما در آن، عامل بهره‌ای از سود نمی‌برد. در واقع، این قرار بیشتر شبیه وکالت است تا مضاربه (حسینی جرجانی، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص. ۱۸۳).

در صورت اختلاف متعاقدان در اینکه عقد میان آن‌ها مضاربه بوده است یا ابضاع، سه دیدگاه را می‌توان در آرای فقهاء جست‌وجو کرد.

۱.۶. تحالف

علامه حلی (رحمه الله تعالی) در کتاب تحریر الاحکام اظهار داشته است در صورتی که مالک ادعای ابضاع کند و عامل مدعی مضاربه شود، در اینکه قول عامل را از این حیث که عمل متعلق به اوست، مقدم بدانیم، اشکال است و احتمال اینکه تحالف را بپذیریم، وجود دارد. در این صورت به عامل میان اجرت المثل و آنچه به عنوان سهم مضاربه ادعا کرده است، هریک کمتر بود، تعلق می‌گیرد (حلی (علامه)، ۱۴۲۰ ق، ج ۳، ص. ۲۷۰).

ابتدا باید گفت فرض مسئله بعد از انجام دادن کار و تحصیل سود است و گرنه تحالف بی‌معنا خواهد بود. در صورتی که مسئله پس از آغاز کار و پیش از تحصیل سود مطرح شود، با توجه به اینکه در صورت فسخ مضاربه پیش از حصول سود بر مالک لازم است که اجرت المثل عامل را بپردازد، قول عامل با قسم او مقدم است؛ زیرا مالک مدعی است که کار عامل به صورت مجانی برای او انجام شده در حالی که اصل بر عدم مجانی بودن است. دلیل قول به تحالف نیز این است که هریک از مالک و عامل هم مدعی هستند و هم منکر؛ زیرا مالک مدعی است که عمل عامل برای او به صورت مجانی بوده و اصل بر عدم این ادعاست و عامل مدعی استحقاق سهم از سود و اصل بر این است که سود متعلق به مالک است. بنابراین، هر دو باید بر نفی ادعای دیگری قسم بخورند و پس از تحالف، میان اجرت المثل و مدعای عامل از سهم از سود حاصل، هریک کمتر بود به او تعلق می‌گیرد؛ زیرا اگر مدعای او یعنی حصه، کمتر باشد که واضح است زائد بر آن به او تعلق نمی‌گیرد؛ زیرا او معترف است که بیش از حصه از سود به او تعلق نمی‌گیرد و در صورتی که اجرت کمتر باشد، مقدار زائد بر اجرت المثل با قسم مالک ساقط شده است (کرکی (محقق ثانی)، ۱۴۱۴، ج ۸، ص. ۱۷۳).

در صورتی که اجرت المثل با مقدار حصه ادعایی عامل از سود برابر باشد یا آنکه حصه ادعایی عامل کمتر از اجرت المثل باشد، قسم مالک بی‌فایده خواهد بود؛ زیرا اگر این قسم نکول و به عامل رد شود، در صورتی که عامل قسم بخورد، چیزی بیش از اجرت المثل نصیب او نمی‌شود. بنابراین، تنها زمانی قسم مالک فایده دارد که حصه ادعایی عامل بیش از اجرت المثل باشد. در این صورت قسم مالک این مقدار را نفی می‌کند و تنها در این مورد است که تحالف توجیه‌پذیر است (کرکی (محقق ثانی)، ۱۴۱۴ ق، ج ۸، ص. ۱۷۳).

بنا بر مبنایی که محقق ثانی (رحمه الله تعالی) برای دیدگاه علامه حلی (رحمه الله تعالی) مبنی بر

تحالف می‌گوید؛ یعنی تقابل اصل عدم تبرع و اصل تبعیت نماء از اصل مال، تنها زمانی می‌توان قائل به تحالف شد که منظور از ابضاعی که مالک مدعی آن است، عمل بدون اجرت باشد، اما در صورتی که منظور از ابضاع، عمل همراه با اجرت‌المثل باشد، ادعای مالک دربرگیرنده اعتراف او به این است که عامل مستحق اجرت است. در این مورد، مالک مدعی نیست و هیچ ادعایی را مطرح نکرده است؛ زیرا او معترف به این است که عامل مستحق اجرت است و عمل او را مجانی نمی‌داند. بنابراین، در این دعوی، مالک تنها منکر ادعای عامل مبنی بر تعلق بخشی از حصه به اوست (حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۲، ص. ۴۱۴).

به این ترتیب در این مورد تداعی و تحالف مطرح نمی‌شود؛ زیرا تنها عامل مدعی حصه است و مالک منکر آن. با وجود این، بعضی فقها مبنای تحالف در این دعوی را این می‌دانند که هریک از طرفین دعوی مدعی عقدی است که دیگری آن را انکار می‌کند؛ یعنی مالک مدعی ابضاع است و عامل آن را انکار می‌کند و عامل مدعی مضاربه است و مالک آن را انکار می‌کند (حلی (فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص. ۳۳۲). در این صورت حتی اگر مقصود مالک از ابضاع عمل همراه با اجرت نیز باشد، اصل عدم مضاربه و اصل عدم ابضاع در تقابل یکدیگر قرار می‌گیرند و تداعی جریان می‌یابد. به نظر می‌رسد مرحوم صاحب عروه (رحمه‌الله تعالی) بر همین مبنا اظهار می‌دارد در صورتی که مالک مدعی ابضاع و عامل مدعی مضاربه شود، هر دو قسم می‌خورند و در صورتی که هر دو قسم بخورند یا نکول کنند، به عامل میان اجرت و سهم از سود، هریک که کمتر است تعلق می‌گیرد و اگر سودی حاصل نشده باشد و مالک مدعی مضاربه شود و عامل مدعی ابضاع شود، عامل بعد از اینکه هر دو قسم خوردند، اجرت‌المثل عملش را می‌گیرد (یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، صص. ۶۸۴ و ۶۸۵).

پس در صورتی که عامل مدعی حصه از سود شود و اجرت را انکار کند، ادعای او مبنی بر استحقاق حصه با قسم مالک باطل می‌شود. انکار اجرت توسط او با اعتراف مالک منافات دارد و بنابراین، آن را ساقط می‌کند مانند دو دلیل متعارض که یکدیگر را ساقط می‌کنند، اما بعد از سقوط اعتراف مالک، قاعده ضمان عمل عامل (که در قانون مدنی با عنوان استیفا مطرح شده است)، جاری خواهد بود (حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۲، ص. ۴۱۴). مالک ضامن اجرت‌المثل است نه اجرتی که یکی از طرفین دعوی مدعی آن است. حکم به ضمان اجرت‌المثل حکم به موضوعی نیست که یکی از طرفین ادعای آن را داشته باشد، بلکه هر دو آن را انکار می‌کنند، اما با وجود انکار هر دو

طرف این مقدار توسط قاضی تعیین می‌شود؛ همان‌طور که در صلح قهری این‌گونه است و مبتنی بر اثبات حق مورد ادعا نیست.

۲.۶. تقدم قول عامل

علامه حلی (رحمه‌الله تعالی) در کتاب قواعد معتقد است اگر عامل ادعای مضاربه کند و مالک مدعی ابضاع شود، قول عامل مقدم است؛ زیرا عمل متعلق به اوست؛ البته احتمال اینکه تحالف را جاری بدانیم نیز وجود دارد (حلی (علامه)، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص. ۳۴۸).

در نقد کلام علامه (رحمه‌الله تعالی) در کتاب قواعد باید گفت این استدلال علامه که می‌فرماید قول عامل مقدم است؛ زیرا عمل متعلق به اوست، معارض دارد. معارض آن، جریان همین نسبت در مورد مالک است؛ زیرا مال متعلق به اوست. بنابراین، قول او در این مورد مقدم خواهد بود، اما نمی‌توان این‌گونه گفت؛ زیرا کسی قولش مقدم است که این قول موافق حجت باشد و صرف اینکه عمل متعلق به عامل است سبب نمی‌شود قول او موافق با حجت باشد؛ همان‌طور که در مورد مالک، مالکیت مال سبب نمی‌شود قولش مطابق با حجت باشد. بله؛ مالک مال، مالک نمائات و سود آن است؛ زیرا نمائات تابع مال است. بنابراین، ادعای عامل مبنی بر استحقاق سهمی از سود خلاف اصل یادشده است. بنابراین، قول او مخالف حجت است و او در این زمینه مدعی خواهد بود و از این رو مالک منکر است؛ همان‌طور که ادعای مالک مبنی بر اینکه عامل، کار را به صورت مجانی انجام داده، خلاف اصلی است که مقتضی ضمان عمل عامل در صورت استیفاست. بنابراین، مالک از این نظر مدعی و عامل منکر است. روشن است این مورد محل تداعی و تناکر از دو طرف است. بنابراین، اگر هر دو طرف قسم بخورند، ادعای عامل مبنی بر سهم داشتن از سود باطل خواهد بود و کل سود متعلق به مالک است؛ همان‌طور که ادعای مالک مبنی بر اینکه کار و تجارت عامل به صورت مجانی صورت گرفته، باطل است. بنابراین، باید به قاعده ضمان عمل عامل به عهده کسی است که آن را استیفا کرده است، عمل کرد و عامل را مستحق اجرت‌المثل دانست (حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۲، ص. ۴۱۳).

۳.۶. تقدم قول مالک

امام خمینی (رحمه‌الله تعالی) مبنای صاحب عروه (رحمه‌الله تعالی) در تحالف را نمی‌پذیرد و معتقد است احتمال تحالف در این مورد ضعیف است؛ زیرا اصل عدم ابضاع در اینجا جریان ندارد و

ظاهراً قول مالک با قسم او مقدم است. باوجوداین، آنچه به عامل تعلق می‌گیرد میان اجرت‌المثل و سهم از سود، هریک که کمتر باشد، همان مقدار به او داده می‌شود؛ زیرا این مقدار مورد توافق دو طرف است مگر اینکه مالک مدعی شود که عامل تبرعاً این عمل را انجام داده که این ادعایی دیگر است. در موردی که مالک مدعی مضاربه است نیز ظاهراً تحالف جریان ندارد، بلکه عامل به نفی مضاربه قسم می‌خورد و به او اجرت‌المثل تعلق می‌گیرد (یزدی، ۱۴۲۲ق، ص. ۸۸۶).

آیت‌الله خویی (رحمه‌الله‌تعالی) مبنای صاحب عروه (رحمه‌الله‌تعالی) برای تداعی را این می‌داند که عامل، مالک را به پرداخت سهم معینی از سود معین حاصل از مضاربه ملزم می‌کند و مالک او را به پذیرفتن مقداری از اجرت از هر مالی که خود بخواهد ملزم می‌کند. آیت‌الله خویی (رحمه‌الله‌تعالی) معتقد است دیدگاه صاحب عروه بر تداعی بر این اساس است که او اجرت‌المثل را در ابضاع ثابت می‌داند درحالی‌که صحیح این است که در ابضاع اجرت‌المثل ثابت نیست. بنابراین، مسئله تحت عنوان مدعی و منکر قرار نمی‌گیرد؛ زیرا در این صورت مالک ادعایی ندارد و تنها عامل است که او را به پرداخت سهمی از سود ملزم می‌کند. بنابراین، عامل مدعی است و مالک منکر (خویی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص. ۱۸۴).

به نظر می‌رسد این دیدگاه آیت‌الله خویی (رحمه‌الله‌تعالی) قابل نقد است؛ از این نظر که اگر مقصود مالک از ادعای ابضاع، عمل تبرعی و بدون اجرت باشد، همان‌طور که آیت‌الله خویی (رحمه‌الله‌تعالی) در ابضاع، اجرت‌المثل را ثابت نمی‌داند، در این مورد باید او را مدعی دانست؛ زیرا او ادعا می‌کند عامل به‌طور رایگان برای او کاری انجام داده درحالی‌که این خلاف اصل است. بنابراین، باید او را از این نظر مدعی دانست. در طرف مقابل نیز عامل مدعی است که عمل او در قالب عقد مضاربه بوده است و از سود حاصل سهم می‌برد. بنابراین، او نیز از این بُعد مدعی است. بدین ترتیب، اگر مطابق نظر آیت‌الله خویی (رحمه‌الله‌تعالی)، ابضاع را عمل رایگان و بدون اجرت بدانیم، باید هر دو طرف را مدعی و منکر به شمار آوریم و مسئله را مشمول تحالف و سوگند طرفینی بشماریم، اما اگر ابضاع را عمل مستحق اجرت‌المثل بدانیم و مقصود مالک از ادعای ابضاع نیز همین باشد، در این صورت مالک ادعایی ندارد و تنها عامل است که مدعی مضاربه و سهم بردن از سود آن است و مالک منکر این ادعاست. بنابراین، در این فرض مسئله مشمول تحالف نخواهد بود. دلیل قول به تحالف نیز این است که هریک از مالک و عامل هم مدعی هستند و هم منکر؛ زیرا مالک مدعی است که عمل عامل برای او به‌صورت مجانی بوده و اصل بر عدم این

ادعاست و عامل مدعی استحقاق سهم از سود و اصل بر این است که سود متعلق به مالک است.

۴.۶. جمع‌بندی

یکی از مواردی که ممکن است به دلیل شباهت دو عقد با هم مورد اختلاف واقع شود، ابضاع و مضاربه است. در این مورد بعضی فقها بر این نظرند که قول عامل مقدم است؛ زیرا عمل متعلق به اوست. بعضی نیز قائل به تحالف‌اند. دلیل قول به تحالف نیز این است که هریک از مالک و عامل هم مدعی هستند و هم منکر؛ زیرا مالک مدعی است که عمل عامل برای او به صورت مجانی بوده و اصل بر عدم این ادعاست و عامل مدعی استحقاق سهم از سود و اصل بر این است که سود متعلق به مالک است. در این صورت پس از تحالف و سوگند طرفین به نفی ادعای دیگری، به عامل میان اجرت‌المثل و آنچه به عنوان سهم مضاربه ادعا کرده است، هریک که کمتر بود، تعلق می‌گیرد. بعضی نیز معتقدند قول مالک مقدم است؛ زیرا مسئله تحت عنوان مدعی و منکر طرفینی قرار نمی‌گیرد؛ زیرا در این صورت مالک ادعایی ندارد و تنها عامل است که او را به پرداخت سهمی از سود ملزم می‌کند. بنابراین، عامل مدعی است و مالک منکر. به نظر می‌رسد دیدگاه تحالف با حقوق ایران سازگارتر است.

۷. رهن و ودیعه

گاه اختلاف متعاقدان بر سر رهن یا ودیعه بودن عقد است. بدین ترتیب که مالک مدعی است عقد میان آنان ودیعه بوده است. بنابراین، مستودع باید مال را با مطالبه مالک مسترد کند و کسی که مال نزد اوست، مدعی است آن مال در قالب رهن در اختیار او قرار گرفته است.

۱.۷. تقدم قول مدعی و دیعه

بعضی فقها معتقدند در صورتی که مالک مدعی و دیعه باشد و دیگری مدعی رهن باشد، قول مالک در صورتی که قسم بخورد مقدم خواهد بود (حلی (علامه)، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص. ۱۲۸؛ حلی (محقق ثانی)، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص. ۷۶).

بیشتر فقها بر همین نظرند. دلیل تقدم قول مالک نیز موارد زیر است.

اولاً، اصل بر عدم رهن است (عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص. ۷۶)؛ زیرا تحقق عقد رهن وابسته به تحقق ایجاب و قبول از ناحیه متعاقدان است و صدور ایجاب و قبول طرفین، مورد

ابهام است. بنابراین، عدم تحقق ایجاب و قبول استصحاب می‌شود (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۶، صص. ۶۶ و ۶۷). در این مورد نمی‌توان گفت که همان‌طور که مقتضای اصل، عدم تحقق رهن است، عدم تحقق ودیعه نیز هست و به این ترتیب، میان دو اصل تعارض حاصل می‌شود؛ زیرا اصل عدم ودیعه در این مورد تأثیری ندارد؛ زیرا طرفین هر دو بر اینکه مال متعلق به مالک است، اتفاق نظر دارند (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۶، صص. ۶۶ و ۶۷). ثانیاً، روایت صحیح محمدبن مسلم از امام باقر (علیه السلام) (طوسی، ۱۳۹۰ق، ج ۳، ص. ۱۲۳؛ طوسی، ۱۴۰۷ق ب، ج ۷، ص. ۱۷۴) بر این دیدگاه دلالت دارد (عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص. ۷۶). این روایت دلالت می‌کند که متصرف مدعی است و باید بینه ارائه کند و مالک که ادعا می‌کند مال نزد متصرف به ودیعه گذاشته شده، منکر رهن است و با قسم، قول او مقدم خواهد بود (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۶، صص. ۶۶ و ۶۷).

۲.۷. تقدم قول مدعی رهن

شیخ طوسی (رحمه الله تعالی) با استناد به روایت عبادبن صهیب (طوسی، ۱۳۹۰ق، ج ۳، صص. ۱۲۲ و ۱۲۳) معتقد است قول کسی که مدعی رهن است، مقدم است و روایت محمدبن مسلم را که در آن امام باقر (علیه السلام) قول مالک را مقدم دانسته‌اند، مربوط به مقدار دین می‌داند نه در ادعای او مبنی بر ودیعه بودن مال نزد متصرف (طوسی، ۱۳۹۰ق، ج ۳، صص. ۱۲۲ و ۱۲۳). شیخ صدوق (رحمه الله تعالی) نیز در این زمینه قول مدعی رهن را مقدم می‌شمارد و مالک را ملزم به ارائه بینه می‌داند (صدوق، ۱۴۱۵ق، صص. ۳۸۴ و ۳۸۵). در این زمینه، روایتی از ابن ابی یعفور از امام صادق (علیه السلام) نیز وجود دارد که این دیدگاه را تأیید می‌کند. (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص. ۲۳۷).

اشکال این دیدگاه، مخالفت با اصل عدم رهن و مغایرت با روایت صحیحی است که بیان شد (عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص. ۷۶). باید روایت صحیح محمدبن مسلم را به علت اینکه مشهور فقها از عمل به دو روایت معارض این روایت روی گردانده‌اند، بر دو روایت دیگر مقدم دانست (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۶، ص. ۶۹).

۳.۷. قول به تفصیل

بعضی فقها در این زمینه قائل به تفصیل شده‌اند و معتقدند اگر مالک کالا به دین خود نسبت به

متصرف اقرار کند، قول متصرف مقدم است. در غیر این صورت قول مالک همراه با قسم تقدم دارد. (طوسی، ۱۴۰۸ق، ص. ۲۶۶؛ اصفهانی، ۱۴۰۶ق، ج ۱۱، ص. ۳۰۷).

در مورد عقد رهن نیز همان‌طور که شهید ثانی (رحمه‌الله تعالی) اظهار داشته است، این دیدگاه، میان دو روایت را جمع می‌کند، اما همان‌طور که گفته شد، با اصل عدم رهن مغایر است (عاملی شهید ثانی)، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص. ۷۶) بدین ترتیب، با توجه به شهرت قول نخست میان فقها و مطابقت آن با قواعد، این قول ترجیح دارد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۵، ص. ۲۶۴)؛ ضمن اینکه اقرار متصرف به اصل دین موجب ایجاد ظن و گمان به تحقق رهن می‌شود، اما نمی‌تواند از جریان اصول شرعی مانند عدم تحقق رهن جلوگیری کند (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۶، ص. ۶۹).

۴.۷. جمع‌بندی

در حالتی که مالک مدعی است مال خود را به‌عنوان ودیعه به دیگری سپرده است و طرف مقابل مدعی رهن باشد، قول مالک در صورتی که قسم بخورد، مقدم است؛ زیرا اصل بر عدم رهن است و روایت صحیح محمد بن مسلم از امام باقر (علیه‌السلام) بر این موضوع دلالت دارد؛ ضمن اینکه اصل عدم ودیعه در این مورد بی‌تأثیر است.

نتیجه‌گیری

۱. در صورتی که از راه تحلیل قرار طرفین و تشخیص عناصر اصلی مورد نظر متعاقدان یا اصول لفظی نتوان عقد را توصیف کرد، تنها راه تعیین تکلیف متعاقدان و برطرف کردن نزاع آن‌ها بر سر توصیف عقد، تمسک به اصول عملیه و بعضی قواعد فقهی است؛ البته اصول عملیه نمی‌توانند ماهیت عقد را مشخص کنند؛ زیرا این اصول قابلیت کشف از واقع را ندارند. بدین ترتیب، اگر نتوان با اتکا به مواردی که بیان شد، ماهیت عقد را تعیین کرد، ماهیت عقد مبهم باقی می‌ماند، اما با استناد به اصول عملیه دست‌کم می‌توان حکم مسئله مورد نزاع را تعیین کرد.

۲. در صورتی که بایع ادعا کند مال به واسطه عقد بیع به مشتری منتقل شده است و مشتری مدعی باشد که مال به او هبه شده است، تحالف و سوگند دو طرف بر نفی ادعای دیگری با مبانی حقوقی سازگارتر است؛ زیرا در اختلاف متعاقدان میان بیع و هبه، هر دو به‌نوعی مدعی و منکر

- هستند. مالک مدعی اشتغال ذمه منتقل‌الیه به ثمن و منتقل‌الیه نیز مدعی مالکیت رایگان است.
۳. در صورت اختلاف متعاقدان در توصیف عقد با عنوان اجاره یا عاریه، با توجه به قاعده احترام مال مسلم و اینکه متصرف از منافع مال دیگری بهره برده است، باید متصرف را مدعی دانست؛ زیرا او مدعی است مالک به او اذن استفاده رایگان را داده است. بنابراین، با قسم مالک بر نفی عاریه، ادعای متصرف رد می‌شود. ماده ۳۳۷ قانون مدنی نیز بر همین امر دلالت دارد که استیفای مال غیر باید در ازای اجرت باشد.
۴. در صورت اختلاف متعاقدان در اینکه مال به محتال حواله و مالک آن شده یا آنکه به وکالت از مالک، مال را از محال‌علیه دریافت کرده، در صورتی که در مورد لفظی که از جانب محیل صادر شده است، اتفاق نظر نداشته باشند، قول منکر حواله بنا بر اصل بقای اشتغال ذمه محیل نسبت به محتال و بقای اشتغال ذمه محال‌علیه نسبت به محیل، مقدم است اگر بر نفی ادعای دیگری قسم بخورد. اگر متعاقدان اتفاق نظر دارند که لفظی که میان آن‌ها جاری شده، الفاظ مربوط به حواله بوده است، اما محیل ادعا می‌کند مقصود او از لفظ حواله، وکالت دادن به محتال بوده است، باید بر مبنای اصالة الظهور و اصل حقیقت، عقد را حواله دانست.
۵. در صورت اختلاف طرفین بین قرض و مضاربه در حالتی که مالک مدعی مضاربه و گیرنده وجه مدعی قرض است دو دیدگاه وجود دارد؛ بعضی از فقهاء قائل به تقدم قول مالک هستند به دلیل آنکه گیرنده وجه، مدعی انتقال مال از مالک به اوست و اصل بر عدم این انتقال است و سود آن نیز به تبع اصل در ملکیت مالک باقی مانده است. بنابراین با قسم مالک، قول او ثابت می‌گردد و حصه او از سود باید پرداخت شود. ضمن اینکه بعضی از فقهاء آگاه‌تر بودن مالک به قصد و نیت خود را دلیل تقدم قول وی دانسته‌اند. بعضی نیز قائل به تداعی و تحالف هستند، دلیل این دیدگاه نیز آن است که هریک از طرفین مدعی عقدی است که دیگری آن را انکار می‌نماید و هر دو طرف هم مدعی هستند و هم منکر. البته در صورتی که مال، دچار زیان شود و مالک، مدعی شود مال را در قالب عقد قرض به گیرنده وجه تسلیم نموده است و در مقابل، گیرنده وجه ادعا نماید مال را به عنوان مضاربه اخذ نموده، قول مالک همراه با قسم او مقدم خواهد بود. دلیل این امر نیز آن است که در صورت وضع ید بر مال غیر، بر اساس عموم روایت «علی‌الید ما أخذت حتی تؤدیه»، بازگرداندن آن مال بر متصرف واجب است.
۶. در حالتی که مالک مدعی است مال خود را به عنوان ودیعه به دیگری سپرده است و طرف

مقابل مدعی رهن باشد، قول مالک در صورتی که قسم بخورد مقدم است؛ زیرا اصل بر عدم رهن است و روایت صحیح محمد بن مسلم از امام باقر (علیه السلام) بر این موضوع دلالت دارد؛ ضمن اینکه اصل عدم ودیعه در این مورد بی‌تأثیر است.

منابع

- (۱) ابن ابی جمهور، محمد علی بن ابراهیم (۱۴۰۳ق). عوالی اللثالی (جلد ۱). قم.
- (۲) اشتها ردی، علی پناه (۱۴۱۷ق). مدارک العروة (جلدهای ۲۷ و ۲۸). تهران: دارالاسوة للطباعة والنشر.
- (۳) اصفهانی، محمد باقر (۱۴۰۶ق). ملاذالاکخیار فی فهم تهذیب الاخبار (جلد ۱۱). قم: کتابخانه آیت الله مرعشی.
- (۴) ایروانی، علی بن عبدالحسین (۱۴۰۶ق). حاشیة المکاسب (جلد ۱). تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- (۵) تبریزی، جواد (۱۴۱۶ق). ارشاد الطالب الی التعليق علی المکاسب (جلد ۴). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- (۶) حسینی جرجانی، سید امیر ابو الفتح (۱۴۰۴ق). تفسیر شاهی (جلد ۲). تهران: نوید.
- (۷) حکیم، سید محسن (۱۴۱۶ق). مستمسک العروة الوثقی (جلد ۱۲). قم: مؤسسه دارالتفسیر.
- (۸) حلبی، السید حمزة علی بن زهرة (۱۴۱۷ق). غنیة النزوع. قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
- (۹) حلبی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق). قواعد الاحکام فی معرفة الحلال والحرام (جلد ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين.
- (۱۰) حلبی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۴ق). تذکرة الفقها (جلد ۱۷). قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
- (۱۱) حلبی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ق). تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیة (جلدهای ۲ و ۳). قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
- (۱۲) حلبی (محقق)، نجم الدین جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام (جلد ۲). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- (۱۳) حلبی (فخر المحققین). محمد بن حسن (۱۳۸۷ق). ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد (جلدهای ۱ و ۲). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- (۱۴) حلبی، ابن ادريس محمد بن منصور (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی (جلد ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علمیه قم.
- (۱۵) حلبی، شمس الدین محمد (۱۴۲۴ق). معالم الدین فی فقه آل یاسین (جلد ۱). قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
- (۱۶) حلبی، نجم الدین جعفر بن زهدری (۱۴۲۸ق). ایضاح ترددات الشرائع (جلد ۱). قم: کتابخانه آیت الله مرعشی.
- (۱۷) خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۰۹ق). مبانی العروة الوثقی (جلد ۱). قم: منشورات مدرسه دارالعلم.
- (۱۸) خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۸ق). موسوعة الامام الخویی (جلد ۳۰). قم: مؤسسه احیاء آثار الامام

الخویی.

- (۱۹) خویی، سید ابوالقاسم (بی تا). المستند فی شرح العروة الوثقی؛ الاجارة. بی جا.
- (۲۰) الدارمی، عبدالله (۱۳۴۹ق). سنن الدارمی (جلد ۲). دمشق: مطبعة الحديث.
- (۲۱) روحانی، سید صادق (۱۴۲۹ق) منهاج الفقاهة (جلد ۳). قم: انوار الهدی.
- (۲۲) روحانی، سید محمد (۱۴۲۰ق). المرتقی الی الفقه الارقی؛ کتاب الخيارات (جلد ۱). تهران: مؤسسه الجلیل للتحقیقات الثقافية.
- (۲۳) سیزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ق). مهذب الاحکام (جلد ۱۹). قم: مؤسسه المنار.
- (۲۴) شمس، عبدالله (۱۳۸۵). آیین دادرسی مدنی (جلد ۳). تهران: دراک.
- (۲۵) شهابی، محمود (۱۴۱۷ق). ادوار فقه (جلد ۲). تهران: سازمان چاپ و انتشارات.
- (۲۶) صدوق، محمد بن علی بن بابویه (۱۴۰۹ق). من لایحضره الفقیه (علی اکبر غفاری، مترجم). (جلد ۴). تهران: صدوق.
- (۲۷) صدوق، محمد بن علی بن بابویه (۱۴۱۵ق). المقنع. قم: مؤسسه امام هادی (علیه السلام).
- (۲۸) صیمری، مفلح بن حسن (۱۴۰۸ق). تلخیص الخلاف و خلاصة الاختلاف؛ منتخب الخلاف (جلد ۲). قم: کتابخانه آیت الله مرعشی.
- (۲۹) صیمری، مفلح بن حسن (۱۴۲۰ق). غایة المرام فی شرح شرائع الاسلام (جلد ۲). بیروت: دارالهادی.
- (۳۰) طباطبایی قمی، سید تقی (۱۴۲۳ق). الغایة القصوى فی التعلیق علی العروة الوثقی؛ کتاب الاجارة. قم: محلاتی.
- (۳۱) طبرسی، امین الاسلام فضل بن حسن (۱۴۱۰ق). المؤتلف من المختلف بین أئمة السلف (جلد ۱). مشهد: مجمع البحوث الاسلامیة.
- (۳۲) طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الامامیة (جلد ۲). تهران: المكتبة المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة.
- (۳۳) طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۳۹۰ق). الاستبصار فیما اختلف من الاخبار (جلد ۳). تهران: دارالکتب الاسلامیة.
- (۳۴) طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۴۰۷ق، الف). الخلاف (جلد ۳). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- (۳۵) طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۴۰۷ق، ب). تهذیب الاحکام (جلدهای ۱ و ۷). تهران: دارالکتب الاسلامیة.
- (۳۶) طوسی، محمد بن علی بن حمزه (۱۴۰۸ق). الوسيلة الی نيل الفضيلة. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی.

- (۳۷) عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی (۱۴۱۰ق). اللعة الدمشقیة فی فقه الامامیة. بیروت: دار التراث.
- (۳۸) عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۰ق). الروضة البهیة فی شرح اللعة الدمشقیة (جلد ۴). قم: کتاب فروشی داوری.
- (۳۹) عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق). مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام (جلدهای ۴ و ۵). قم: مؤسسه المعارف الاسلامیة.
- (۴۰) عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۶ق). تمهید القواعد الاصولیة والعربیة. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- (۴۱) عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۲۲ق). حاشیة شرائع الاسلام. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- (۴۲) عاملی، سید جواد (۱۴۱۹ق). مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة (جلدهای ۱۴ و ۱۶). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- (۴۳) عاملی، سید جواد (بی تا). مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة (جلد ۷). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- (۴۴) عمیدی، سید عمید الدین (۱۴۱۶ق). کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد (جلد ۱ و ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین.
- (۴۵) فرطوسی حویزی، حسین (۱۴۱۶ق). التوضیح النافع فی شرح ترددات صاحب الشرائع. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین.
- (۴۶) القزوینی، محمد بن یزید (بی تا). سنن ابن ماجه (جلد ۲). دار الفکر للطباعة والنشر والتوزیع.
- (۴۷) کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶). قواعد عمومی قراردادها (جلد ۳). تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
- (۴۸) کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴). اثبات و دلیل اثبات (جلد ۲). تهران: میزان.
- (۴۹) کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد (جلدهای ۴، ۵ و ۸). قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
- (۵۰) کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق). الکافی (جلد ۵). تهران: دار الکتب الاسلامیة.
- (۵۱) کیدری، محمد بن حسین (۱۴۱۶ق). اصباح الشیعة بمصباح الشریعة. قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
- (۵۲) لاری، سید عبدالحسین (۱۴۱۸ق). التعلیقة علی المکاسب. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیة.
- (۵۳) محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۰). قواعد فقه؛ بخش مدنی (مالکیت و مسئولیت). تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- (۵۴) محمدی، ابوالحسن (۱۳۸۸). مبانی استنباط حقوق اسلامی. تهران: دانشگاه تهران.

- (۵۵) مرعشی نجفی، سیدشهاب‌الدین (۱۴۰۶ق). منهاج‌المؤمنین (جلد ۲). قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی.
- (۵۶) موسوی یجنوردی، سیدحسن (۱۴۱۹ق). القواعد الفقهية (جلد ۶). قم: الهادی.
- (۵۷) موسوی خلخالی، سیدمحمد مهدی (۱۴۲۷ق). فقه‌الشیعة؛ کتاب الاجارة. تهران: منیر.
- (۵۸) موسوی اردبیلی، سیدعبد‌الکریم (۱۴۲۱ق). فقه‌المضاربة. قم: مؤسسه النشر لجامعة‌المفید.
- (۵۹) نجفی (کاشف‌الغطا)، حسن‌بن‌جعفر (۱۴۲۲ق). انوار‌الفقاهة؛ کتاب المضاربة. نجف اشرف: مؤسسه کاشف‌الغطا.
- (۶۰) نجفی (کاشف‌الغطا)، احمدبن‌علی (۱۴۲۳ق). سفينة‌النجا و مشکاة‌الهدی و مصباح‌السعادات (جلد ۴). نجف اشرف: مؤسسه کاشف‌الغطا.
- (۶۱) نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق). جواهر‌الکلام فی شرح شرایع‌الاسلام (جلد ۲۵). بیروت: دار احیاء‌التراث‌العربی.
- (۶۲) یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۰۹ق). العروة‌الوثقی (جلد ۲). بیروت: مؤسسه‌الاعلمی للمطبوعات.
- (۶۳) یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۲۲ق). العروة‌الوثقی مع تعالیک‌الامام‌الخمينی. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام‌خمينی.
- (۶۴) یزدی، سیدمحمدکاظم (بی‌تا). العروة‌الوثقی مع تعلیقات‌الفاضل (جلد ۲). قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم‌السلام).

References

- 1) Al-Dārmī, Abdullāh (1349 AH/1930). Sunan al-Dārmī (vol. 2). Damascus: Maṭba'a al-Ḥadītha [in Arabic].
- 2) Al-Qazwīnī, Muḥammad ibn Yazīd (n.d.). Sunan Ibn Mājah (vol. 2). Dār al-Fikr li'l-Ṭibā'a wa al-Nashr wa al-Tawzī' [in Arabic].
- 3) Al-Ṣadūq, Muḥammad ibn 'Alī ibn Bābawayh (1409 AH/1988). Man Lā Yaḥḍuruhu al-Faqīh (trans. Alī Akbar Ghaffārī) (vol. 4). Tehran: Ṣadūq [in Arabic].
- 4) Al-Ṣadūq, Muḥammad ibn 'Alī ibn Bābawayh (1415 AH/1994). al-Muqni'. Qom: Mu'assasa Imām Hādī ('alayhi al-salām) [in Arabic].
- 5) Amīdī, Sayyid 'Amīd al-Dīn (1416 AH/1995). Kanz al-Fawā'id fī Ḥall Mushkilāt al-Qawā'id (vols. 1 and 2). Qom: Daftar Intishārāt Islāmī affiliated with Jāmi'a-ye Mudarrisīn [in Arabic].
- 6) Āmīlī (Shahīd Awwal), Muḥammad ibn Makkī (1410 AH/1989). al-Lum'a al-Dimashqiyya fī Fiqh al-Imā Beirut: Dār al-Turāth [in Arabic].
- 7) Āmīlī (Shahīd Thānī), Zayn al-Dīn ibn 'Alī (1410 AH/1989). al-Rawḍa al-Bahiyya fī Sharḥ al-Lum'a al-Dimashqiyya (vol. 4). Qom: Dāvarī Bookshop [in Arabic].
- 8) Āmīlī (Shahīd Thānī), Zayn al-Dīn ibn 'Alī (1413 AH/1992). Masālik al-Afhām ilā Tanqīḥ Sharā'i' al-Islām (vols. 4 and 5). Qom: Mu'assasa al-Ma'ārif al-Islāmiyya [in Arabic].
- 9) Āmīlī (Shahīd Thānī), Zayn al-Dīn ibn 'Alī (1416 AH/1995). Tamhīd al-Qawā'id al-Uṣūliyya wa al-' Qom: Daftar Tablighāt Islāmī Ḥawza 'Ilmiyya Qom [in Arabic].
- 10) Āmīlī (Shahīd Thānī), Zayn al-Dīn ibn 'Alī (1422 AH/2001). Ḥāshiya Sharā'i' al-Islā Qom: Daftar Tablighāt Islāmī Ḥawza 'Ilmiyya Qom [in Arabic].
- 11) Āmīlī, Sayyid Jawād (1419 AH/1998). Miftāḥ al-Karāma fī Sharḥ Qawā'id al-'Allāma (vols. 14 and 16). Qom: Daftar Intishārāt Islāmī affiliated with Jāmi'a-ye Mudarrisīn Ḥawza 'Ilmiyya Qom [in Arabic].
- 12) Āmīlī, Sayyid Jawād (n.d.). Miftāḥ al-Karāma fī Sharḥ Qawā'id al-'Allāma (vol. 7). Beirut: Dār Iḥyā' al-Turāth al-'Arabī [in Arabic].
- 13) Eṣfahānī, Muḥammad Bāqir (1406 AH/1986). Malādh al-Akhyār fī Fahm Tahdhīb al-Akhhār (vol. 11). Qom: Kitābkhāna-ye Āyatullāh Mar'ashī [in Arabic].
- 14) Eshtehārdī, 'Alī Panāh (1417 AH/1996). Madārik al-'Urwa (vols. 27 and 28). Tehran: Dār al-Aswa li'l-Ṭibā'a wa'l-Nashr [in Arabic].
- 15) Farāṭūsī Ḥuwayzī, Ḥusayn (1416 AH/1995). al-Tawḍīḥ al-Nāfi' fī Sharḥ Taraddudāt Ṣāhib al-Sharā'i'. Qom: Daftar Intishārāt Islāmī affiliated with Jāmi'a-ye Mudarrisīn [in Arabic].
- 16) Ḥakīm, Sayyid Muḥsin (1416 AH/1995). Mustamsak al-'Urwa al-Wuthqā (vol. 12). Qom: Mu'assasa Dār al-Tafsīr [in Arabic].
- 17) Ḥalabī, al-Sayyid Ḥamza 'Alī ibn Zuhra (1417 AH/1996). Ghunyat al-Nuzū'. Qom: Mu'assasa Imām Ṣādiq ('alayhi al-salām) [in Arabic].
- 18) Ḥilli (al-'Allāma), Ḥasan ibn Yūsuf (1413 AH/1992). Qawā'id al-Aḥkām fī

- Ma'rifat al-Halāl wa al-Harām (vol. 2). Qom: Daftar Intishārāt Islāmī affiliated with Jāmi'a-ye Mudarrisīn [in Arabic].
- 19) Ḥilli (al-'Allāma), Ḥasan ibn Yūsuf (1414 AH/1993). Tadhkirat al-Fuqahā' (vol. 17). Qom: Mu'assasa Āl al-Bayt ('alayhim al-salām) [in Arabic].
 - 20) Ḥilli (al-'Allāma), Ḥasan ibn Yūsuf (1420 AH/1999). Taḥrīr al-Aḥkām al-Shar'iyya 'alā Madhhab al-Imāmiyya (vols. 2 and 3). Qom: Mu'assasa Imām Ṣādiq ('alayhi al-salām) [in Arabic].
 - 21) Ḥilli (al-Muḥaqqiq), Najm al-Dīn Ja'far ibn Ḥasan (1408 AH/1987). Sharā'i' al-Islām fī Masā'il al-Halāl wa al-Harām (vol. 2). Qom: Mu'assasa Ismā'iliyān [in Arabic].
 - 22) Ḥilli (Fakhr al-Muḥaqqiqin), Muḥammad ibn Ḥasan (1387 AH/1967). Idāḥ al-Fawā'id fī Sharḥ Mushkilāt al-Qawā'id (vols. 1 and 2). Qom: Mu'assasa Ismā'iliyān [in Arabic].
 - 23) Ḥilli, Ibn Idrīs Muḥammad ibn Manṣūr (1410 AH/1989). al-Sarā'ir al-Ḥawī li-Taḥrīr al-Fatāwī (vol. 2). Qom: Daftar Intishārāt Islāmī affiliated with Jāmi'a-ye Mudarrisīn of Ḥawza 'Ilmiyya Qom [in Arabic].
 - 24) Ḥilli, Najm al-Dīn Ja'far ibn Zuhdī (1428 AH/2007). Idāḥ Taraddudāt al-Sharā'i' (vol. 1). Qom: Kitābkhāna-ye Āyatullah Mar'ashī [in Arabic].
 - 25) Ḥilli, Shams al-Dīn Muḥammad (1424 AH/2003). Ma'ālim al-Dīn fī Fiqh Āl Yāsīn (vol. 1). Qom: Mu'assasa Imām Ṣādiq ('alayhi al-salām) [in Arabic].
 - 26) Ḥusaynī Jurgānī, Sayyid Amīr Abū al-Faṭḥ (1404 AH/1984). Tafsīr Shāhī (vol. 2). Tehran: Navīd [in Arabic].
 - 27) Ibn Abī Jumhūr, Muḥammad 'Alī ibn Ibrāhīm (1403 AH/1983). 'Awālī al-La'ālī (vol. 1). Qom [in Arabic].
 - 28) Iravānī, 'Alī ibn 'Abd al-Ḥusayn (1406 AH/1986). Ḥāshiyat al-Makāsib (vol. 1). Tehran: Wezārat-e Farhang va Ershād-e Eslāmī [in Arabic].
 - 29) Karakī (Muḥaqqiq Thānī), 'Alī ibn Ḥusayn (1414 AH/1993). Jāmi' al-Maqāsid fī Sharḥ al-Qawā'id (vols. 4, 5, and 8). Qom: Mu'assasa Āl al-Bayt ('alayhim al-salām) [in Arabic].
 - 30) Kātūziyān, Nāṣer (1376 SH/1997). Qavā'id-e 'Umūmī-ye Qarārdād-hā [General Rules of Contracts] (vol. 3). Tehran: Sherkat-e Sahāmī Enteshār in collaboration with Bahman Borna [in Persian].
 - 31) Kātūziyān, Nāṣer (1384 SH/2005). Esbāt va Dalīl-e Esbāt [Proof and Evidence of Proof] (vol. 2). Tehran: Mizān [in Persian].
 - 32) Khu'i, Sayyid Abū al-Qāsim (1409 AH/1988). Mabānī al-'Urwa al-Wuthqā (vol. 1). Qom: Manshūrāt Madrasat Dār al-'Ilm [in Arabic].
 - 33) Khu'i, Sayyid Abū al-Qāsim (1418 AH/1997). Mawsū'at al-Imām al-Khu'i (vol. 30). Qom: Mu'assasa Ihya' Āthār al-Imām al-Khu'i [in Arabic].
 - 34) Khu'i, Sayyid Abū al-Qāsim (n.d.). al-Mustanad fī Sharḥ al-'Urwa al-Wuthqā; al-Ijā No place [in Arabic].
 - 35) Kīdrī, Muḥammad ibn Ḥusayn (1416 AH/1995). Iṣbāḥ al-Shi'a bi-Miṣbāḥ al-Sharī' Qom: Mu'assasa Imām Ṣādiq ('alayhi al-salām) [in Arabic].
 - 36) Kulaynī, Muḥammad ibn Ya'qūb (1407 AH/1986). al-Kāfi (vol. 5). Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya [in Arabic].

- 37) Lārī, Sayyid ‘Abd al-Ḥusayn (1418 AH/1997). al-Ta‘liqa ‘alā al-Makā Qom: Mu‘assasa al-Ma‘ārif al-Islāmiyya [in Arabic].
- 38) Mar‘ashī Najafī, Sayyid Shahāb al-Dīn (1406 AH/1986). Minhāj al-Mu‘minīn (vol. 2). Qom: Kitābkhāna-ye Āyatullāh Mar‘ashī [in Arabic].
- 39) Moḥammadī, Abū al-Ḥasan (1388 SH/2009). Mabānī-ye Estenbāt-e Ḥuqūq-e Eslāmī [Foundations of Deriving Islamic Laws]. Tehran: University of Tehran [in Persian].
- 40) Moḥaqqueq Dāmād, Seyed Moṣṭafā (1390 SH/2011). Qavā‘id-e Fiqh; Bakhsh-e Madanī (Mālekīyat va Mas‘ūliyat) [Rules of Jurisprudence; Civil Section (Ownership and Responsibility)]. Tehran: Markaz Nashr ‘Ulūm-e Islāmī [in Persian].
- 41) Mūsawī Ardabīlī, Sayyid ‘Abd al-Karīm (1421 AH/2000). Fiqh al-Muḍāraba. Qom: Mu‘assasa al-Nashr li-Jāmi‘at al-Mufid [in Arabic].
- 42) Mūsawī Bojnūrdī, Sayyid Ḥasan (1419 AH/1998). al-Qawā‘id al-Fiqhiyya (vol. 6). Qom: al-Hādī [in Arabic].
- 43) Mūsawī Khalkhālī, Sayyid Muḥammad Mahdī (1427 AH/2006). Fiqh al-Shī‘a; Kitāb al-Ijā Tehran: Munīr [in Arabic].
- 44) Najafī (Kāshif al-Ghiṭā’), Aḥmad ibn ‘Alī (1423 AH/2002). Safīnat al-Najāt wa Mishkāṭ al-Hudā wa Miṣbāḥ al-Sa‘ādāt (vol. 4). Najaf al-Ashraf: Mu‘assasa Kāshif al-Ghiṭā’ [in Arabic].
- 45) Najafī (Kāshif al-Ghiṭā’), Ḥasan ibn Ja‘far (1422 AH/2001). Anwār al-Fiqāha; Kitāb al-Muḍāraba. Najaf al-Ashraf: Mu‘assasa Kāshif al-Ghiṭā’ [in Arabic].
- 46) Najafī, Muḥammad Ḥasan (1404 AH/1984). Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharā‘i‘ al-Islām (vol. 25). Beirut: Dār Iḥyā’ al-Turāth al-‘Arabī [in Arabic].
- 47) Rūḥānī, Sayyid Muḥammad (1420 AH/1999). al-Murtaqā ilā al-Fiqh al-Arqā; Kitāb al-Khayārāt (vol. 1). Tehran: Mu‘assasat al-Jalīl lil-Taḥqīqāt al-Thaqāfiyya [in Arabic].
- 48) Rūḥānī, Sayyid Ṣādiq (1429 AH/2008). Minhāj al-Fiqhāha (vol. 3). Qom: Anwār al-Hudā [in Arabic].
- 49) Sabzavārī, Sayyid ‘Abd al-A‘lā (1413 AH/1992). Muḥadhdhab al-Aḥkām (vol. 19). Qom: Mu‘assasa al-Manār [in Arabic].
- 50) Ṣaymarī, Mufliḥ ibn Ḥasan (1408 AH/1987). Talkhīṣ al-Khilāf wa Khulāṣat al-Ikhtilāf; Mukhtār al-Khilāf (vol. 2). Qom: Kitābkhāna-ye Āyatullāh Mar‘ashī [in Arabic].
- 51) Ṣaymarī, Mufliḥ ibn Ḥasan (1420 AH/1999). Ghāyat al-Marām fī Sharḥ Sharā‘i‘ al-Islām (vol. 2). Beirut: Dār al-Hādī [in Arabic].
- 52) Shahābī, Maḥmūd (1417 AH/1996). Adwār al-Fiqh (vol. 2). Tehran: Sāzmān Chāp va Enteshārāt [in Arabic].
- 53) Shams, ‘Abdullāh (1385 SH/2006). Āyīn Dādrasī Madanī [Civil Procedure Law] (vol. 3). Tehran: Darak [in Persian].
- 54) Ṭabāṭabā‘ī Qomī, Sayyid Taqī (1423 AH/2002). al-Ghāya al-Quṣwā fī al-Ta‘liq ‘alā al-‘Urwa al-Wuthqā; Kitāb al-Ijā Qom: Maḥallātī [in Arabic].
- 55) Ṭabrisī, Amīn al-Islām Faḍl ibn Ḥasan (1410 AH/1989). al-Mu‘talif min al-Mukhtalif bayna A‘imma al-Salaf (vol. 1). Mashhad: Majma‘ al-Buḥūth al-

Islāmiyya [in Arabic].

- 56) Tabrizi, Jawād (1416 AH/1995). *Irshād al-Ṭālib ilā al-Ta'liq 'alā al-Makāsib* (vol. 4). Qom: Mu'assasa Ismā'iliyān [in Arabic].
- 57) Ṭūsī, Abū Ja'far Muḥammad ibn Ḥasan (1387 AH/1968). *al-Mabsūṭ fī Fiqh al-Imāmiyya* (vol. 2). Tehran: al-Maktaba al-Murtaḍawiyya li-Iḥyā' al-Āthār al-Ja'fariyya [in Arabic].
- 58) Ṭūsī, Abū Ja'far Muḥammad ibn Ḥasan (1390 AH/1970). *al-Istibṣār fīmā Ikhtalafa min al-Akḥbār* (vol. 3). Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya [in Arabic].
- 59) Ṭūsī, Abū Ja'far Muḥammad ibn Ḥasan (1407 AH/1986, a). *al-Khilāf* (vol. 3). Qom: Daftar Intishārāt Islāmī affiliated with Jāmi'a Mudarrisīn of Ḥawza 'Ilmiyya Qom [in Arabic].
- 60) Ṭūsī, Abū Ja'far Muḥammad ibn Ḥasan (1407 AH/1986, b). *Tahdhīb al-Aḥkām* (vols. 1 and 7). Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyya [in Arabic].
- 61) Ṭūsī, Muḥammad ibn 'Alī ibn Ḥamza (1408 AH/1987). *al-Wasila ilā Nayl al-Faḍila*. Qom: Kitābkhāna-ye Āyatullāh Mar'ashī [in Arabic].
- 62) Yazdī, Sayyid Muḥammad Kāẓim (1409 AH/1988). *al-'Urwa al-Wuthqā* (vol. 2). Beirut: Mu'assasa al-A'lamī lil-Maṭbū'āt [in Arabic].
- 63) Yazdī, Sayyid Muḥammad Kāẓim (1422 AH/2001). *al-'Urwa al-Wuthqā ma'a Ta'āliq al-Imām al-Khomeinī*. Tehran: Mu'assasa Tanzīm va Nashr Āthār Imām Khomeinī [in Arabic].
- 64) Yazdī, Sayyid Muḥammad Kāẓim (n.d.). *al-'Urwa al-Wuthqā ma'a Ta'liqāt al-Faḍil* (vol. 2). Qom: Markaz Feqhī A'imma Aṭhār ('alayhim al-salām) [in Arabic].

