



The Role of Considering Private Law as “Constructive” in Solving Its Challenges

Rezā Daryā’ī¹ 

1. Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Literature and Humanities, University of Guilan, Guilan, Iran. Email: reza.daryaie@guilan.ac.ir

Article Info

Article type:

Research Article

Article history:

Received 10 June 2023

Received in revised form 11 November 2023

Accepted 24 June 2024

Available online 21 July 2024

Keywords:

Constructive affairs, Real affairs, Logical and consistent usages, Private law, Mu‘tabir” (someone who grants validity and creates).



ABSTRACT

The notion that law is a realm of constructive case is considered one of the most fundamental aspects in understanding and addressing legal issues. Despite the high use of this proposition in the legal literature, its dimensions and effects are often ignored. The present article, employing a descriptive and analytical method, seeks to answer the question: What are the effects of the constructive nature of private law, and how can it help address some of the challenges ahead? Constructive and conventional matters, such as those encountered in private law, are assumptions that are constructed and validated to address the needs arising from social life. Ownership, marriage, tortious liability, agency, legal guardianship, etc. are all among these matters. Constructive matters are subject to the will of the “mu‘tabir” (someone who grants validity and creates); in other words, their formation, persistence, and survival depend on it. These matters are revocable and change according to societies and perspectives. Accordingly, if the needs that give rise to the formation of validity change and a new interest arises, constructive matters are subject to change. The author’s hypothesis is that many challenges have arisen in private law due to the neglect of the characteristics of constructive matters. This important issue has several reasons; among them are the inappropriate application of certain rules of real matters to constructive matters, disregarding the revocability characteristic of constructive matters, and failing to acknowledge the role of logical and consistent usages as “mu‘tabir” (someone who grants validity and creates) in this domain. Research indicates that this approach has the potential to fundamentally resolve many challenges we face in private law without conflicting with Islamic law.

Cite this article: Daryā’ī, R. (2024). The Role of Considering Private Law as “Constructive” in Solving Its Challenges. *Civil Jurisprudence Doctrines*, 16 (30), 61-88.
<https://doi.org/10.30513/cjd.2024.5299.1885>



© The Author(s).

Publisher: Razavi University of Islamic Sciences.



نقش «اعتباری» دانستن حقوق خصوصی در حل چالش‌های آن

رضا دریائی^۱ ID

۱. استادیار، گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه گیلان، گیلان، ایران. رایانامه:

reza.daryae@guilan.ac.ir

چکیده

اطلاعات مقاله

این گزاره که «حقوق عالم اعتبار است» از بنیادی‌ترین مطالب در فهم و حل موضوعات حقوقی به شمار می‌آید. با وجود استعمال بالای این گزاره در ادبیات حقوقی، غالباً به ابعاد و آثار آن بی‌توجهی می‌شود. نوشتار حاضر با ابتنا بر روش توصیفی - تحلیلی در پی پاسخ به این پرسش است که اعتباری بودن حقوق خصوصی چه آثاری دارد و چگونه می‌تواند در حل برخی از چالش‌های پیش‌رو کمک کند؟ امور اعتباری نظیر آنچه در حقوق خصوصی با آن مواجهیم، فرض‌هایی است که برای حل نیازهایی که در نتیجه حیات اجتماعی ظهور می‌کند، ساخته و اعتبار می‌شوند. مالکیت، زوجیت، ضمان قهری، وکالت، ولایت و غیره جملگی از این موارد است. امور اعتباری تابع خواست مُعْتَبَر است، به بیان دیگر، شکل‌گیری، دوام و بقای آن وابسته به آن است. این امور، لغوپذیرند و حسب جوامع و انظار دستخوش تغییر می‌شوند. بر همین اساس، اگر نیازهای منشأ تشکیل اعتبار دستخوش تغییر گردد و مصلحت دیگری ایجاد شود، امور اعتباری قابلیت تغییر را دارند. فرضیه نگارنده این است که چالش‌های زیادی به واسطه نادیده گرفتن خصایص امور اعتباری دامن‌گیر حقوق خصوصی شده است. این مهم دلایل متعددی دارد، از آن جمله می‌توان به تسری بی‌مورد برخی از قواعد امور حقیقی به امور اعتباری، نادیده‌انگاشتن خصیصه لغوپذیری امور اعتباری و همچنین عدم توجه به نقش بنائات عقلایی به‌عنوان مُعْتَبَر در این حوزه اشاره داشت. تحقیق نشان می‌دهد این رویکرد توان حل مبنایی بسیاری از چالش‌هایی که در حقوق خصوصی با آن مواجهیم را دارد، بدون این که در تنافی با حقوق اسلامی باشد.

نوع مقاله:

علمی پژوهشی

تاریخ دریافت:

۱۴۰۲/۰۳/۲۰

تاریخ بازنگری:

۱۴۰۲/۰۸/۲۰

تاریخ پذیرش:

۱۴۰۳/۰۴/۰۴

تاریخ انتشار:

۱۴۰۳/۰۴/۳۱

کلیدواژه‌ها:

امور اعتباری، امور

حقیقی، بنائات

عقلایی، حقوق

خصوصی، مُعْتَبَر.



استناد: دریائی، رضا. (۱۴۰۳). نقش «اعتباری» دانستن حقوق خصوصی در حل چالش‌های آن. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۶

(۳۰)، ۸۸-۶۱. <https://doi.org/10.30513/cjd.2024.5299.1885>

© نویسندگان.

ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.



مقدمه

بسیار گفته و شنیده شده است که حقوق عالم «اعتبار» است. با وجود این، غالباً به صورت عمیق ابعاد این گزاره درک و تبیین نشده است؛ گزاره‌ای که می‌تواند در برطرف کردن مبنایی بسیاری از چالش‌های حقوقی و فقهی یاری‌رسان باشد، بدون این که در تنافی با حقوق اسلامی قرار گیرد. بسیاری از چالش‌هایی که از سالیان دور فقیهان و حقوق‌دانان با آن مواجه بوده‌اند، ریشه در بی‌توجهی به همین مهم دارد، به نحوی که موضوعاتی ساده و قابل حل را بدل به موضوعاتی غامض و غیر قابل حل نموده است. نکته جالب توجه این است که با وجود اذعان بسیاری به اعتباری بودن حقوق، پیامدهای این نگاه در مواجهه با مصادیق مورد غفلت قرار می‌گیرد. به بیان دیگر، بسیاری از اساتید و محققانی که بر اعتباری بودن حقوق صحه می‌نهند، در مواجهه با مصادیق، از یاد می‌برند که برای حل چالش پیش‌رو از منطق حاکم بر اعتباریات بهره‌مند شوند و اعتباری بودن حقوق را از مرحله نظر به مرحله عمل درآورند و کاربست آن را در مصادیق نمایان کنند.

مرحوم علامه طباطبایی در مقاله ارزشمند خود با نام «ادراکات اعتباری» که در جلد دوم کتاب اصول فلسفه و روش رئالیسم آمده است، با تأسی از برخی گذشتگان نظیر مرحوم محقق اصفهانی (فروغی، ۱۳۹۹، ص ۳۴)، تلاش شایسته‌ی تحسینی در معرفی ادراکات اعتباری در مقابل ادراکات حقیقی به عمل آورده‌اند که حواشی مرحوم شهید مطهری بر غنای آن افزوده است. بسیاری از محققین رشته‌های مختلف در زمینه‌های علوم انسانی به این مقاله و نظریه ایشان بذل توجه نموده و بر پایه آن به نگارش تألیفاتی مبادرت ورزیده‌اند که برای نمونه می‌توان به مقاله «جایگاه ادراکات اعتباری در علم اصول فقه نزد علامه طباطبایی» به قلم سیف‌الله صرامی (۱۳۸۵) یا مقاله «دلالت‌های نظریه اعتباریات برای تحول در علوم انسانی» نوشته حمید پارسانیا و دیگران (۱۳۹۳) اشاره داشت.

به باور نگارنده، بسیاری از چالش‌هایی که در زمینه حقوق خصوصی با آن مواجه هستیم از طریق توجه به اعتباری بودن آن قابل پاسخگویی است. برای نمونه، چالش‌های زیادی در خصوص معامله اموال غیرمنقول دارای سابقه ثبتی با سند عادی وجود دارد.

گروه زیادی از جمله شورای نگهبان بر این باورند که عدم توجه به سند عادی، غیرشرعی محسوب می‌شود؛ نتیجه‌ای که توالی فاسد آن بر اهل فن پوشیده نیست. این در حالی است که به راحتی به مدد اعتباریات می‌توان این مشکل را برطرف نمود. همچنین ناتوانی تلقی مرسوم در ضمان قهری در مواجهه با جبران خسارت در پاره‌ای از موارد و غیره، جملگی بر بنیاد همین موضوع، قابل حل است.

نوشتار حاضر با این ایده به رشته تحریر در آمده است که غفلت از «اعتباری» دانستن حقوق خصوصی، نتایج زیان‌باری به همراه دارد؛ نتایجی که ناشی از عدم درک صحیح موضوع و عدم تلاش برای ارائه طرحی نو بر پایه منطقی روشن و هماهنگ با حقوق اسلامی است. این نوشتار به صورت مشخص به دنبال معرفی امور اعتباری، خصایص آن و منطق حاکم بر آن است و می‌خواهد به این پرسش پاسخ دهد که چه مرجعی صلاحیت اعتبار کردن در حقوق خصوصی را دارد و به بیان دیگر، مُعْتَبَر در حقوق خصوصی چیست؟ قانون‌گذار بر بنیاد چه منبعی در این زمینه باید دست به وضع قاعده زند؟ همچنین چگونه بر بنیاد اعتباریات می‌توان پاره‌ای از مشکلات مرسوم و بااهمیت در حوزه حقوق خصوصی را برطرف نمود؟ فرضیه نگارنده این است که نقش بنائات عقلایی به عنوان مُعْتَبَر در حقوق خصوصی انکارنشدنی است و به روشنی می‌توان بر پایه خصایص امور اعتباری مانند لغوپذیری و دایرمدار مصلحت بودن این امور، طرحی نو و مناسب با مقتضیات زمان ارائه کرد.

در ادامه پس از معرفی امور اعتباری، خصایص آن و شناسایی مُعْتَبَر در حقوق خصوصی، شاهد کاربست این مهم در مصادیق و توانایی آن در حل برخی از معضلات خواهیم بود.

۱. مفهوم امور اعتباری و مقایسه آن با مفاهیم مرتبط

برخلاف «امور حقیقی» که دارای مابه‌ازاء در عالم تکوین هستند^۱ و به بیان دیگر، مطابق خارجی دارند، مانند درخت، ماشین و غیره، «امور اعتباری» این گونه نیست و ظرف استقرار آن ذهن انسان است و مابه‌ازائی در عالم تکوین و خارج ندارند. این امور برای

۱. اعم از مجردات و غیر مجردات (نانینی، ۱۴۰۶، ج ۴، ص ۳۸).

این که به نیازهای انسان در زندگی اجتماعی پاسخ دهند بر پایه مصالحی پدید می‌آیند و به صورت مشخص می‌توان امور اعتباری مدنظر در نوشتار حاضر را فرض‌هایی دانست که در پاسخ به نیازهای اجتماعی ساخته می‌شوند (طباطبایی، ۱۳۹۳، ج ۲، ص ۱۴۳-۱۴۴؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۸، ج ۱، ص ۳۴؛ شهیدی، ۱۳۸۲ الف، ص ۳۲ و ۶۷). در جملگی موارد، وجود یک نیاز در حیات اجتماعی است که ضرورت اعتبار نمودن را ایجاد می‌نماید و بر همین پایه است که می‌توان گفت امور اعتباری، نیاز پرورده هستند. برای مثال، می‌توان به مالکیت، زوجیت، وکالت، ولایت، ضمان قهری اشاره داشت (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۱۴). در همین مثال زوجیت، علی‌رغم این که زوج و زوجه در عالم خارج وجود دارد، اما آنچه میان آن‌ها به واسطه وقوع عقد نکاح پیوند برقرار می‌کند، یک امر اعتباری به نام رابطه زوجیت است. این رابطه یک رابطه اعتباری است نه رابطه حقیقی. این گونه نیست که وصف ذاتی یک شخص این باشد که زوج یا زوجه دیگری به شمار آید. این رابطه اعتباری، برای تنظیم روابط این دو و مورد احترام قرار گرفتن این رابطه در برابر اشخاص ثالث طراحی و اعتبار شده است. یا در مثال مربوط به مالکیت، نباید از نظر دور داشت که با وجود این که ممکن است مالک و مملوک در عالم خارج وجود واقعی داشته باشند، اما مالکیت که بسان نخ فرضی میان مالک و مملوک پیوند برقرار می‌نماید، امری اعتباری است و در پاسخ به این نیاز پدیدار شد که از مالک در استفاده از مملوک و همچنین در برابر اشخاص ثالث حمایت به عمل آورد. همین‌طور است رابطه اعتباری وکالت و ضمان قهری که به ترتیب برای نمونه از جمله در پاسخ به وجود نیاز در اعطای نیابت و تدارک خسارت وارده به زیان‌دیده طراحی شده‌اند.

همان‌طور که بیان شد، برخلاف موجودات حقیقی که رابطه میان آن‌ها حقیقی است، در امور اعتباری این گونه نیست. امور اعتباری برای برطرف کردن نیازهای ناشی از حیات اجتماعی و بر پایه مصالحی شکل می‌گیرند. این مهم موجب می‌شود برخلاف رابطه میان موجودات حقیقی که در عالم خارج وجود دارد و قابل راستی‌آزمایی از حیث صدق و کذب است، رابطه اعتباری این گونه نباشد (اصفهانی، ۱۴۰۹، ص ۴-۵؛ الشریف، ۱۳۹۷، ص ۱۱۲؛ فروغی، ۱۳۹۹، ص ۴۳-۴۴). برای مثال، درنده بودن پلنگ، امری حقیقی است و می‌توان رابطه میان پلنگ و درندگی را در عالم خارج مورد راستی‌آزمایی قرار داد. علت این

امکان، همان وجود مطابق خارجی برای این قسم از امور است. این در حالی است که این امکان برای امور اعتباری فراهم نیست. به بیان دیگر، چون امور اعتباری فاقد مطابق خارجی در عالم تکوین‌اند، قابل صدق و کذب نیستند. سنجۀ این امور، همان توجه به نیازها و مصالحی است که در پاسخ به آن شکل گرفته است (فروغی، ۱۳۹۹، ص ۴۳-۴۴). ازاین‌رو، در ابتدای امر باید دقت کرد اعتبار مدنظر برای پاسخ به چه نیاز و مصلحتی شکل گرفته است و سپس در پی آن بود که آیا آن اعتبار با کیفیت موجود توان پاسخ به آن نیاز و مصلحت را دارد؟ آیا می‌توان اعتبار دیگری طراحی نمود که به آن نیاز مدنظر پاسخ مناسب‌تری دهد؟

همین امر باعث می‌شود برخلاف روابط حقیقی، روابط اعتباری با تغییر نیازها و مصالح دستخوش تغییر گردد (طباطبایی، ۱۳۹۳، ج ۲، ص ۱۴۳ و ۱۶۷). این مهم مطلب بااهمیتی است که نباید در رابطه با امور اعتباری از آن غفلت شود. به بیان دیگر، برخلاف امور حقیقی که دایرمدار خواست و نظر ما نمی‌باشند، امور اعتباری این‌گونه‌اند و حسب خواست و نظر اعتبارکننده و بر پایه نیازها و مصالح زیربنایی آن، امکان تغییر و تحول دارند. صرف‌نظر از این‌که این تغییر و تبدل ممکن است در طول زمان، در قلمرو جغرافیایی واحد و مشخص پدید آید، روشن بودن این ویژگی را می‌توان در تأثیر اختلاف انظار و جوامع در رابطه با امور اعتباری در زمان واحد و در قلمرو جغرافیایی متفاوت هم مشاهده نمود (اصفهانی، ۱۴۱۹، ج ۱، ص ۲۶؛ طباطبایی، ۱۳۹۳، ج ۲، ص ۱۸۴-۱۸۵؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۸، ج ۱، ص ۳۴؛ جعفری‌تبار، ۱۳۸۳، ص ۳۹). همچنین است رابطه زوجیت، ولایت و غیره. تغییر و تحولات اجتماعی و سیاسی هم بر امور اعتباری تأثیر می‌گذارند؛ امری که دقیقاً ریشه در همین قابل‌تغییر بودن اعتبار یا لغوپذیری آن و تابع نیاز و مصالح بودنش دارد. کمالین که بسیاری از قوانین تحت تأثیر انقلاب اسلامی در حقوق ایران دستخوش تغییر گشت. بر همین پایه است که می‌توان شکل‌گیری، دوام و بقای امر اعتباری را موکول به خواست اعتبارکننده یا مُعْتَبَر دانست (خمینی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۱۱۶؛ خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۱۴). بدیهی است در این میان، شناسایی مرجع صالح جهت اعتبار، واجد اهمیت می‌شود که در مباحث آتی به آن خواهیم پرداخت.

با این توضیحات، آشکار است که از میان ادراکات حقیقی و ادراکات اعتباری،

حقوق و مشخصاً مصداق مورد مطالعه نوشتار حاضر یعنی حقوق خصوصی، در قلمرو ادراکات اعتباری قرار دارد، زیرا صرف‌نظر از این که حقوق مشتمل بر قضایای تکلیفی فراوانی است که متضمن بایدونبایدها است، غالب مفاهیم مورد مطالعه آن مانند مالکیت، صحت، بطلان و غیره، ساخته ذهن انسان است (الشریف، ۱۳۹۷، ص ۱۱۲). به بیان دیگر، اصولاً احکامی که در قلمرو حقوق خصوصی با آن مواجه هستیم (اعم از تکلیفی و وضعی)، در معنای عام چیزی به غیر از اعتبار محسوب نمی‌شوند (نورمفیدی، ۱۳۹۴، ج ۱، ص ۲۰۸-۲۱۸؛ شاکری، ۱۳۹۶، ص ۱۷۹-۲۲۹). بر همین بنیاد است که برخی گفته‌اند انسان حیوانی اعتبارساز است و حقوق از اعتبارهای مهم اوست که در حیات اجتماعی به آن نیاز شده است تا زندگی خود را سامان دهد (جعفری‌تبار، ۱۳۸۳، ص ۳۹).^۱

در ادامه لازم است یادآور شویم با وجود این که ممکن است در معنای عام، «امور انتزاعی» معادل امور اعتباری در نظر گرفته شود، اما از نظر اصولی، میان آن‌ها تمایز وجود دارد. امور انتزاعی اموری است که از چیز دیگری گرفته می‌شود. برای مثال، بالای سر ما سقف قرار دارد و از این که سقف، فوق ما هست عنوان فوقیت را انتزاع می‌کنیم. در رابطه با این دسته از امور، ما با یک منشأ یا پایگاهی برای انتزاع مواجه هستیم که آن امر انتزاعی تماماً وابسته به آن منشأ یا پایگاه است؛ منشأ یا پایگاهی که خودش ممکن است از امور حقیقی یا اعتباری باشد.^۲ بر این اساس، در رابطه با امور انتزاعی هر آنچه هست برای منشأ انتزاع است و خود امور انتزاعی نه مانند امور حقیقی در عالم تکوین و نه مانند امور اعتباری در عالم اعتبار، هیچ تقرر و ثبوتی ندارند (نائینی، ۱۴۰۶، ج ۴، ص ۳۸۱). مواردی نظیر مالیت، مالکیت یا زوجیت، در عالم اعتبار وجود دارند و شکل‌گیری و حیاتشان تابع اعتبار است و نمی‌توان آن‌ها را در ردیف امور انتزاعی که خودشان فارغ از منشأ انتزاع هیچ تقرر و ثبوتی ندارند، قرار داد.

۲. عدم امکان تسری قواعد امور حقیقی به امور اعتباری

به واسطه تأثیر فلسفه بر فقه (سیستانی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۶۱) و حقوق، بسیاری از فقیهان و

۱. برای ملاحظه نظری دیگر، نک: صادقی نشاط، ۱۳۹۶، ص ۳۷-۴۸.

۲. منشأ امر انتزاعی ممکن است؛ مانند همان مثال فوقیت یک امر حقیقی باشد و همچنین ممکن است امر اعتباری باشد؛ مانند شرطیت یا مانعیت.

حقوق دانان در استدلال‌های خود قواعدی که بر امور حقیقی حاکم است را در رابطه با امور اعتباری هم به کار می‌برند و بر بنیاد آن تلاش در اثبات دیدگاه مدنظر دارند. قواعدی نظیر محال بودن تقدم مسبب بر سبب، محال بودن اعراض بدون موضوع و یا محال بودن اسقاط ما لم یجب. برای نمونه، یکی از عمیق‌ترین و بااهمیت‌ترین مباحث اصولی، نحوه جعل احکام وضعی است. مرحوم آخوند خراسانی در کتاب پراچ کفایه، احکام وضعی را به سه قسم تفکیک می‌نماید. قسم اول ناظر به آن دسته از احکامی است که قابلیت جعل تشریعی را اعم از استقلالی و تبعی ندارند، نظیر شرطیت و سببیت در «تکلیف». قسم دوم ناظر به احکامی است که قابلیت جعل تشریعی استقلالی را ندارند، اما امکان جعل تشریعی به تبع یک حکم تکلیفی را دارند، نظیر شرطیت و مانعیت در «مکلف‌به». قسم سوم هم ناظر به آن دسته از احکام وضعی است که هم قابل جعل استقلالی است و هم قابل جعل تبعی، مانند ملکیت و زوجیت. بررسی این موارد، از موضوع نوشتار حاضر خارج است، اما نکته قابل توجه در عبارات مرحوم آخوند، استدلال‌هایی است که ایشان در قسم اول و دوم تقسیم‌بندی خود در رابطه با عدم امکان جعل تشریعی اعم از استقلالی و تبعی مطرح می‌کنند. جملگی دلایل مخالفت ایشان بر این مبنا استوار است که قواعد امور حقیقی را بر امور اعتباری تسری می‌دهند. برای نمونه، به واسطه اعمال قواعد حاکم بر سببیت تکوینی در رابطه با سببیت تشریعی و اعتباری، با جعل تبعی و استقلالی حکم وضعی در قسم اول و جعل استقلالی حکم وضعی در قسم دوم مخالفت می‌نمایند (خراسانی، ۱۴۳۱، ج ۲، ص ۲۲۳-۲۲۵). به بیان دیگر، از استدلال‌های ایشان نمایان است که قائل به تسری قواعد امور حقیقی در امور اعتباری هستند؛ امری که مورد انتقاد جدی بسیاری از فقهای پس از ایشان قرار گرفته است (طباطبایی، ۱۳۹۳، ج ۲، ص ۱۷۳-۱۷۴؛ خمینی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۱۱۵-۱۱۸). تسری قواعد امور حقیقی به امور اعتباری در عبارات حقوق دانان نیز قابل مشاهده است (نک: شهیدی، ۱۳۸۳، ص ۸۰).^۱

۱. این تسری به کرات در نوشته‌های فقهی و حقوقی قابل مشاهده است. برای نمونه می‌توان به استدلال به بی‌اعتباری «اسقاط ما لم یجب» در مباحث مختلف حقوقی یا دلایل ابرازی از سوی مخالفین پذیرش امکان تعلیق در انشاء و منشأ (محقق داماد و دیگران، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۱۴۸-۱۵۳) و همچنین دلیل عدم پذیرش کاشف بودن اجازه مالک در عقد فضولی اشاره داشت (محقق داماد و دیگران، ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۳۵۹-۳۶۹). اشکال بنیادی این نحوه استدلال همان‌طور که بیان خواهد شد، تسری قواعد امور حقیقی به امور اعتباری است. مختصر این که در عالم اعتبار

با وجود این و علی‌رغم مخالفت برخی از محققین (لاریجانی، ۱۳۸۴، ص ۴-۳۰)، نمی‌توان با این تسری دست‌کم در جمیع موارد و به‌عنوان قاعده موافقت نمود. دلیل اصلی این امر همان‌طور که سابقاً بیان شد، خصایص و ویژگی‌های متفاوتی است که میان امور حقیقی و اعتباری وجود دارد. برخلاف امور حقیقی که در عالم خارج وجود دارند، امور اعتباری ساخته ذهن‌اند و یک فرض و قرارداد به شمار می‌آیند. بر همین مبنا امکان تغییر در آن وجود دارد و اصطلاحاً لغوپذیر است. از نظر منطقی اساساً پذیرفتنی نیست که بتوان از یک امر لغوناشدنی یعنی ادراکات حقیقی، یک امر لغوشدنی یعنی ادراکات اعتباری را به دست آورد و بالعکس (طباطبایی، ۱۳۹۳، ج ۲، ص ۶۷-۶۸، ۱۶۸ و ۱۷۲). افزون بر آن، نحوه استدلال و سیر فکری میان این دو، جریان متفاوتی را دنبال می‌کند. در ادراکات حقیقی سیر فکری این‌گونه است که در پی یافتن رابطه واقعی میان مفاهیم می‌رویم و با استمداد یک مفهوم واسطه، رابطه واقعی و نفس الامری میان مفاهیم مدنظر را کشف می‌کنیم. این در حالی است که همان‌طور که مرحوم شهید مطهری و علامه طباطبایی بیان می‌دارند، این شیوه سیر و سلوک در ادراکات اعتباری که فرضی و ساختگی برای رفع نیاز است، موضوعیت ندارد. یگانه مقیاسی که در اعتباریات مورد استفاده قرار می‌گیرد، مفید بودن یا مفید نبودن اعتبار صورت گرفته است (طباطبایی، ۱۳۹۳، ج ۲، ص ۱۷۴؛ طباطبایی، بی‌تا، ج ۲، ص ۱۸۶).^۱

یادآور می‌شویم از این منظر آنچه در فقه و حتی اصول با آن موجه هستیم اصولاً در ردیف امور اعتباری قرار دارد (طباطبایی، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۴-۱۵؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۸، ج ۱، ص ۳۴-۳۵). برای نمونه، در رابطه با موضوعات اصول که بعضی از محققین در تلاش جهت معرفی آن به‌عنوان امور حقیقی‌اند (واعظی، ۱۳۹۹، ص ۱۵۵ به بعد) باید گفت محور اصلی مباحث اصولی، بر «حجیت» استوار است که امری اعتباری به شمار می‌آید (صرامی، ۱۳۸۵، ص ۲۴۹). همچنین نباید از نظر دور داشت که در اصول به دنبال استنباط احکام هستیم. در جای خود ثابت شده است که علی‌رغم اختلاف‌نظرها، حقیقت حکم

جملگی این موارد امکان‌پذیر است، لذا پذیرش یا عدم پذیرش این موارد را باید بر مبنای دیگری استوار نمود نه بر پایه تسری قواعد امور حقیقی.

۱. برای مطالعه بیشتر در این خصوص نک: صرامی، ۱۳۸۵، ص ۲۵۵-۲۶۳.

شرعی اعم از تکلیفی و وضعی چیزی به غیر از اعتبار نیست (نورمفیدی، ۱۳۹۴، ج ۱، ص ۲۰۸-۲۱۸؛ شاکری، ۱۳۹۶، ص ۱۷۹-۲۲۹)، بر همین اساس، چون احکام شرعی، اعتباری است، راه رسیدن به آن، که همان اصول فقه هست نیز در ردیف امور اعتباری قرار دارد.

۳. شناسایی مُعْتَبَر در حقوق خصوصی

پیرو شناسایی امور اعتباری و خصایص آن، باید به این پرسش بنیادی پاسخ داد که اعتبار صورت گرفته از سوی چه شخصی قابل پذیرش است؟ به بیان دیگر، مُعْتَبَر چه شخصی است؟ حسب آموزه‌های فقه امامیه، این شارع است که صلاحیت اعتبار نمودن دارد و بر اساس اصل ۴ قانون اساسی، قانون‌گذار هم باید در جمیع موارد بر اساس موازین اسلامی اقدام نماید. برای فهم اراده شارع که مبنای احکام می‌باشد، باید به منابع اربعه مراجعه نمود. در این میان، کتاب و سنت دارای ارزش مستقل است و به تعبیری، منابع ماهوی به شمار می‌آیند و اجماع و عقل منابع تفسیری قلمداد می‌گردند؛ اولی به واسطه این که کاشف از قول معصوم است دارای ارزش به شمار می‌آید و دومی نیز بیان‌کننده اراده شارع بر تنفیذ آنچه حکم می‌کند است (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ج ۲، ص ۴۱۸). به بیان دیگر، دو منبع اخیر برگشت به همان دو منبع اصلی دارند و از این طریق می‌توان به مبنای احکام که همان اراده شارع است، دست یافت.

با این همه، نباید از یاد برد که ما در اسلام با احکام متفاوتی مواجهیم که نمی‌توان برخورد یکسانی با جملگی آن‌ها داشت. به صورت مشخص اصول دین، احکام عبادی و احکام اخلاقی اسلام را نمی‌توان دارای وضعیتی یکسان با احکام عرفی دانست. سه قسم نخست متضمن احکامی‌اند که قابلیت تغییر در طول زمان را ندارند و این که بیان می‌شود حلال محمد (ص) و حرام ایشان تا ابد قابل تغییر نیست، ناظر به همین سه قسم است. این در حالی است که احکام قسم چهارم یعنی احکام عرفی، دارای طبیعتی متفاوت است. این دسته از احکام که اصولاً در حقوق خصوصی با همین قسم از احکام مواجهیم^۱ ناشی از حیات اجتماعی انسان است و حتی پیش از اسلام نیز در رابطه با موضوعات مدنظرشان

۱. به‌ویژه در حوزه قراردادهای ضمانات قهری اصل و قاعده به همین نحو است. تبیین چالش‌های گستره نقش عرف در حقوق خصوصی نیازمند نوشتار مستقلی است. به صورت مختصر یادآور می‌شویم در رابطه با گستره آن نزد صاحب‌نظران اختلاف نظر وجود دارد. برای نمونه، نک: علیدوست، ۱۳۹۰، ص ۱۹۵-۲۴۵.

وجود داشت. اگر پس از اسلام هم مداخلاتی در این خصوص به عمل آمده است، بر پایه عرف و بنائات عقلایی زمان صورت گرفته است. به بیان دیگر، با اعتبارات غیرعقلایی مخالفت شده است (فیض، ۱۳۸۷، ص ۶۳-۶۶). با تحولات اجتماعی و گذر زمان، عرف و بنای عقلایی که ریشه در زندگی اجتماعی دارد نیز دستخوش تغییر می‌شود و این مهم، بازنگری در احکام سابق را گریزناپذیر می‌سازد (فیض، ۱۳۸۲، ص ۲۸۹-۲۹۰؛ اصغری، ۱۳۸۴، ص ۲؛ کاتوزیان، ۱۳۹۰، ج ۲، ص ۴۲۷؛ مهرپور، ۱۳۷۸، ص ۶۰). اساساً ضرورت توجه به مقتضیات «زمان» و «مکان» در اجتهاد که از سوی برخی از فقهای معاصر مورد توجه قرار گرفته است، ریشه در همین حقیقت دارد.^۱

نکته بااهمیت توجه به این مهم است که برخلاف حقوق مدرن که برای بنائات عقلایی، حجیت و ارزش ذاتی و مستقلی قائل است و بر اساس آن می‌توان دست به وضع قاعده و قانون‌گذاری زد، غالب فقهای امامیه چنین حجیتی را برای بنائات عقلایی مورد شناسایی قرار نداده‌اند، و به بیان دیگر، اعتبار آن را موکول به احراز تأیید شارع می‌دانند. علت ضرورت وجود این شرط آن است که برخلاف علم و قطع که دارای حجیت ذاتی و قطعی است، بنائات عقلایی دارای حجیت قطعی نمی‌باشند و این امکان در رابطه با آن‌ها قابل تصور است که مورد تخطئه شارع قرار گرفته باشند (حکیم، ۱۹۷۹، ص ۱۹۸؛ مظفر، ۱۴۳۰، ج ۳، ص ۱۷۷). بر همین اساس، در غالب موارد، شرط حجیت بنائات عقلایی، ضرورت تأیید معصوم عنوان شده است (نائینی، ۱۴۰۶، ج ۳، ص ۱۹۲-۱۹۳؛ عراقی، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۱۳۸؛ صدر، ۱۴۱۲، ج ۲، ص ۱۳۱). چالش جدی در این مسیر، چگونگی احراز تأیید نسبت به بنائات عقلایی جاری در زمان حاضر است. اگر این بنائات در زمان معصوم جاری بود، حل و فصل موضوع از دشواری چندانی برخوردار نبود. دشواری، زمانی بروز می‌یابد که ما با بنائاتی مواجه هستیم که در عصر حاضر شکل گرفته یا شکل جدیدی به خود گرفته است و به تعبیری مستحدث است. آیا امکان این مهم وجود دارد که بگوییم این بنائات مورد تأیید معصوم است و لذا دارای حجیت است و بر همین بنیاد می‌تواند منشأ اعتبار

۱. ضرورت این مهم در شرایط انتخاب فقهای شورای نگهبان نیز دیده می‌شود. در بند ۱ اصل ۹۱ قانون اساسی می‌خوانیم: «شش نفر از فقهای عادل و آگاه به مقتضیات زمان و مسائل روز. انتخاب این عده با مقام رهبری است.»

جدید قرار گیرد؟ آیا اساساً معاصرت بنای عقلایی با زمان معصوم ضرورت دارد؟ مطالعه نشان می‌دهد برای گریز از این اشکالات، فقیهان دو روش در پیش گرفته‌اند. وجه مشترک هر دو روش این است که برای بنائات عقلایی حجیت ذاتی قائل نیستند، با این تفاوت که در روش اول، پیوند میان بنائات عقلی و عقل که آن هم در ردیف منابع استنباط احکام قرار دارد، برقرار می‌گردد. به بیان دیگر، حجیت بنائات عقلایی بر پایه حکم عقل مورد توجه قرار می‌گیرد نه بر پایه سنت. از این منظر، بنای عقلاً مبین حکم عقل و روشی برای نیل به آن است (آشتیانی، ۱۴۰۳، ج ۱، ص ۱۷۱؛ کلاتری، ۱۴۰۴، ص ۱۵۱؛ طباطبایی، ۱۳۹۰، ج ۱۹، ص ۳۵۳؛ طباطبایی، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۱۲)^۱ و حجیت بنائات عقلایی هماهنگ با فطرت انسانی و لازمه نظم اجتماعی به شمار می‌آید (طباطبایی، بی‌تا، ج ۲، ص ۲۰۵-۲۰۶؛ طباطبایی، ۱۳۹۰، ج ۱۳، ص ۹۴). اما روش دوم با ارائه تحلیل‌هایی در پی برقراری پیوند میان بنائات عقلایی با سنت است و بر پایه حجیت سنت، به بنائات عقلایی ارزش می‌دهد. در روش اخیر، ضرورت تأیید معصوم نسبت به بنائات عقلایی به چالش کشیده می‌شود. با وجود تأکید غالب فقیهان بر ضرورت احراز تأیید شارع و لذا ضرورت معاصرت بنای عقلایی با معصوم، محقق اصفهانی دیدگاه قابل توجه و بااهمیتی در این خصوص دارد که می‌تواند منشأ تحول و کارآمدی فقه گردد. از نظر ایشان برای بی‌اعتباری بنائات عقلایی باید مخالفت معصوم احراز شود نه این که احراز موافقت آن‌ها برای اعتبار این بنائات لازم باشد. بر این اساس، احراز تأیید یا احراز عدم مخالفت معصوم لازم نیست، بلکه عدم احراز مخالفت کفایت می‌کند، زیرا روش شارع به‌عنوان رئیس‌العقلاء همان روش عقلایی است، مگر این که در مواردی حسب دلایلی، روشی دیگر اختیار نموده باشد (اصفهانی، ۱۳۷۴، ج ۳، ص ۳۰-۳۱). از این رو، این مخالفت است که نیازمند احراز است. در غیر این صورت، بنا را بر هماهنگی بنای عقلاً با نظر شارع می‌نهیم. یادآور می‌شویم بعضی از فقهای معاصر نیز با وجود این که در برخی از عبارات خود قائل به حجیت ذاتی برای بنائات عقلانی نیستند و ضرورت احراز امضا یا عدم ردع شارع را مطرح می‌نمایند (خمینی، ۱۳۷۲، ج ۱، ص ۲۵۱)، معتقدند قلمرو دید معصوم، برخلاف

۱. در این مسیر از یک سو، بنای عقلاً با حکم عقل پیوند می‌خورد و از سوی دیگر، با ابتنا بر قاعده ملازمه با این تقریر که حکم عقل مورد تأیید شرع هم هست؛ بنای عقلاً به تأیید شرع نیز می‌رسد.

سایر اشخاص، محدود به زمان خود نیست و افق دیدشان عصر حاضر را نیز در بر می‌گیرد، همچنان‌که توصیه‌های آخرالزمانی بسیاری از سوی ایشان صادر شده است. بر این بنیاد، اگر مخالفتی با بنائات عقلایی عصر حاضر داشتند، باید سابقاً به آن اشاره می‌کردند. بر این اساس، چون مخالفتی در خصوص بنائات عقلایی عصر حاضر به دست ما نرسیده است، بنا را بر آن می‌نهیم که این بنائات عقلایی خالی از اشکال است (خمینی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۱۲۹-۱۳۰).

نتیجه هر دو روش، کنار رفتن شرط ضرورت معاصرت بنائات عقلایی با معصوم است. شایان ذکر است تحلیل‌های فوق که به پذیرش بنائات عقلایی مستحدث می‌انجامد، در عمل بسیار نزدیک به دیدگاهی است که برای بنائات عقلایی حجیت ذاتی قائل است. به‌هررو، پذیرش هر نتیجه‌ای غیر از آنچه بیان شد منجر به آن می‌شود که جملگی عرف‌ها و بنائات عقلایی عصر حاضر ارزش و اعتبار خود را از دست دهند و به تعبیری، به اختلال نظام اجتماعی منجر می‌شود؛ نتیجه‌ای که قطعاً عدم پاسخگویی فقه امامیه در برابر نیازهای زندگی اجتماعی عصر حاضر را به دنبال خواهد داشت (فیض، ۱۳۸۷، ص ۱۴۲؛ اصغری، ۱۳۸۴، ص ۱۹ و ۲۶).^۱

قابل انکار نیست که چه برای بنائات عقلایی حجیت ذاتی قائل شویم و چه آن را بر پایه تحلیل‌هایی نظیر آنچه آمد حجت بدانیم، این بنائات اصولاً نقش بسیار پررنگی به‌عنوان مُعْتَبَر در موضوعات مورد بحث در حقوق خصوصی ایفا می‌کنند. در این قلمرو که قلمروی متمایز از عبادات است، نقش تحولات اجتماعی و نیازهای ناشی از آن انکارنشدنی است.^۲ وضعیت اجتماعی، اقتصادی، سیاسی، اخلاقی، مذهبی و غیره،

۱. بر پایه آنچه بیان شد، دور از واقعیت نیست اگر بگوییم به‌کارگیری بخشی از قواعد اصول فقه مربوط به حوزه عبادات در رابطه با حوزه معاملات و مشخصاً حقوق قراردادها و ضمانات قهری، همراه با اشکال جدی است. به بیان دیگر، این دو حوزه نیازمند دو شیوه متفاوت در استنباط احکام است. نمونه‌ای از آن را در بحث بنای عقلا به‌عنوان منبع استنباط احکام نشان دادیم. این بحث ابعاد دیگری هم دارد، نظیر امکان پذیرش قیاس در عرصه معاملات برخلاف عبادات و ...

۲. یکی از فقهای معاصر نیز مطلب دقیقی ابراز داشته است که به بحث حاضر مرتبط است. ایشان این پرسش را مطرح می‌کند که اگر جایی شارع اعتبار «حکم» نموده باشد، در آن معنا که وضع و رفع آن در ید خودش باشد، آیا ما می‌توانیم اعتبار «حق» در آن خصوص نماییم و برای اشخاص سلطنت قائل شویم؟ در پاسخ بیان می‌دارند اگر حکم مربوط به امور عبادی باشد، مانند وجوب نماز یا روزه، جعل حکم به صورت کامل با شارع است و

سنگ زیرین در شکل‌گیری بنائات عقلایی به شمار می‌آیند و از این رهگذر، ضمن تنظیم روابط خصوصی میان اشخاص، قانون‌گذاری بر پایه آن را اجتناب‌ناپذیر می‌نماید. بر همین اساس است که برخی از اساتید بیان می‌دارند «درست است که در ظاهر، دولت قانون وضع می‌کند، ولی دولت در اینجا در واقع، آلت و ابزار است، یعنی خودش مضطر بین این نیروهاست و این نیروها با هم در حال مبارزه هستند و آن نیرویی که غالب می‌شود، قانون را همراه خود می‌کند» (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص ۲۲۲). تأکید می‌داریم این که در هر جا مُعْتَبَر بر بنیاد چه موارد و به چه نحوی مبادرت به اعتبار می‌نماید، از موضوع نوشتار حاضر خارج است و در تحقیق مستقلی به آن پرداخته خواهد شد. آنچه مهم است ضرورت ترسیم مسیری هموار برای ورود ملاحظات کارآمد در شکل‌گیری اعتبار است؛ مسیری که بدون تردید یکی از مدخل‌های آن همین توجه به بنائات عقلایی است. قلمرو، خصایص و شرایط این بنائات، نحوه شکل‌گیری آن و نحوه شکل‌دهی اعتبار را به تحقیقی مستقل وامی‌گذاریم.^۱

ممکن است این پرسش مطرح شود که آیا می‌توان اشخاص را مُعْتَبَر دانست؟ برای نمونه، آیا طرفین عقد بیع که ایجاب و قبول را بیان می‌دارند و امر اعتباری مالکیت به دنبال آن محقق می‌شود را می‌توان مُعْتَبَر دانست؟ پاسخ به این پرسش منفی است، زیرا اعتبار امری شخصی نیست و این بنائات عقلایی است که ایجاب و قبول را سبب تحقق مالکیت دانسته است. نقش اشخاص در شکل‌دهی ایجاب و قبول تنها این است که برای این اعتبار عقلایی، موضوع فراهم می‌کنند (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۱۴). به بیان دیگر، این عقلا هستند که انشاء ایجاب و قبول که خودش امری اعتباری است را سبب تحقق امر اعتباری مالکیت قرار داده‌اند. شایان ذکر است افزون بر امر اعتباری انشاء، این امکان هم

جایی برای مداخله عقلا نمی‌ماند. اما در غیر از آن صورت، این امکان وجود دارد. (نک: فاضل لنکرانی، ۱۳۹۴، شرایط عوضین، جلسه ۱۳ و ۱۴).

۱. یادآور می‌شویم بسیاری از احکامی که در فقه و به تبع آن در حقوق خصوصی با آن مواجهیم، ریشه در خبر واحد دارد. در رابطه با حجیت خبر واحد گفت‌وگو بسیار است و بررسی آن از حوصله نوشتار حاضر خارج است. در این میان، تذکر این نکته ضروری است که ازجمله قائلین اصلی و پیشگام در حجیت خبر واحد، شیخ طوسی است و نظر ایشان مورد متابعت بسیاری از فقیهان قرار گرفته است. با وجود این، او برای حجیت خبر واحد شرایطی را اعلام می‌دارد که از نظر بسیاری از فقیهان دور مانده است، از جمله هماهنگی خبر واحد با دلیل عقلی و مقتضای آن (طوسی، ۱۳۶۳، ج ۱، ص ۴-۳).

وجود دارد که سبب تحقق مالکیت به‌عنوان یک اعتبار عقلایی، امر حقیقی اعم از غیر اختیاری نظیر فوت یا اختیاری نظیر حیات باشد. در همین مثال فوت، اموال متوفی در مالکیت وراثت مستقر می‌شود. فوت به‌خودی‌خود، یک امر حقیقی و تکوینی است و سببیتی برای این مهم ندارد، بلکه این اعتبار صورت گرفته از سوی مُعَبَّر است که فوت را موجب ارث و تحقق مالکیت وراثت قرار می‌دهد و آن‌ها را دارای استحقاق بیشتر نسبت به دیگران در تحقق مالکیت به شمار می‌آورد (نورمفیدی، ۱۳۹۴، ج ۱، ص ۱۴۹-۱۵۲).

۴. کاربست اعتباری بودن حقوق خصوصی در مصادیق

از مطالب بیان‌شده آشکار گشت که امور اعتباری چه خصایصی دارد. این خصایص مانع از آن می‌شود که به‌راحتی و بدون دلیل بتوان قواعد امور حقیقی را بدان تسری داد یا جلوی پاسخگویی امور اعتباری به نیازها را گرفت. پس از تبیین مبانی نظری نوشتار حاضر، در ادامه، کاربست آن را در مصادیق دنبال خواهیم کرد. تلاش داریم تا با بیان چند مصداقِ پرکاربرد نشان دهیم توجه به اعتباری بودن این امور، می‌تواند چالش‌هایی را که پیرامون آن‌ها در نتیجه غفلت از این مهم ایجاد شده است، برطرف سازد.

۴.۱. حل چالش‌های قلمرو مالکیت

مالکیت از بنیادی‌ترین مفاهیم حقوق خصوصی است و روابط حقوقی بسیاری حول این مفهوم شکل می‌گیرد. با این حال، از جمله چالش‌های جدی پیرامون آن، عدم توجه به اعتباری بودن این مفهوم و تسری قواعد امور حقیقی به آن است. این بی‌توجهی در کنار تسری قابل انتقاد تقسیم حق عینی و شخصی در نظام حقوقی رومی ژرمنی به تألیفات حقوق داخلی، دو دلیل اصلی برای ایجاد برخی سوءبرداشت‌ها در حقوق داخلی است. به صورت مشخص این پرسش قابل طرح است که چه چیزی می‌تواند موضوع مالکیت قرار گیرد؟ آیا موضوع مالکیت محدود به عین معین است؟ بدیهی است مثبت بودن پاسخ به پرسش اخیر موجب آن می‌شود که در مواردی که موضوع قرارداد مال کلی یا منفعت است (اعم از منفعت اموال و انسان)، عقد تملیکی محسوب نشود و در ردیف عقود عهدی قرار گیرد. زیربنای عهدی دانستن عقد بیع در جایی که موضوع قرارداد، مال کلی است و یا حتی عهدی دانستن عقد اجاره در نزد برخی از فقیهان و نویسندگان حقوقی،

همین عدم پذیرش شمول مالکیت نسبت به اموال کلی و منفعت است.

نکته قابل توجه در این میان تمایز دلایل فقیهان و نویسندگان حقوقی در عدم پذیرش مالکیت نسبت به غیر از عین معین است. با وجود این که غالب فقهای امامیه مالکیت را امر اعتباری دانسته و آن را شامل موضوعات اعتباری نظیر مال کلی نیز می‌دانند (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۰، ج ۱، ص ۵۳-۵۴؛ اصفهانی، ۱۴۰۹، ص ۴-۵؛ نائینی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۸۵)، اما برخی نظیر مرحوم نراقی با این دیدگاه مخالف‌اند و امکان تحقق مالکیت نسبت به مال کلی را نمی‌پذیرند. بنیان این مخالفت بر این استوار است که مالکیتی که در فقه و حقوق با آن مواجه هستیم را با ملک مقولی که در فلسفه و منطق در ردیف اعراض و جزء ادراکات حقیقی قرار دارد و به «جَدَه» تعبیر می‌شود، خلط می‌نمایند. اعراض ماهیتی است که برای موجود بودن نیازمند موضوع است و موضوع باید موجود باشد. بر این اساس، چون مال کلی، موجود نیست، نمی‌تواند موضوع مالکیت قرار گیرد، در غیر این صورت، مالکیت بر معدوم رخ می‌دهد که قابل پذیرش نیست. این نظر از حیث مبنایی با اشکال مهمی مواجه است. این دیدگاه میان امور اعتباری و امور حقیقی خلط نموده (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۰، ج ۱، ص ۵۳-۵۴؛ اصفهانی، ۱۴۱۹، ج ۱، ص ۲۵-۲۶، ۳۱-۳۳؛ خمینی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۱۱۹؛ سیستانی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۶۲؛ الشریف، ۱۳۹۳، ص ۳۶) و ملک مقولی در فلسفه و منطق که در ردیف امور حقیقی است را با ملک مدنظر در فقه و حقوق که در ردیف امور اعتباری است، همسان در نظر گرفته است. مالکیت مدنظر در فقه و حقوق دارای خصایص امور اعتباری است، از جمله مطابق خارجی ندارد و قابل نشان دادن نیست و واجد ویژگی لغوپذیری نیز هست. این مالکیت یک رابطه فرضی است که موجب تعلق مال به شخص می‌گردد. با توجه به اعتباری بودن این مفهوم، موضوع آن می‌تواند امری اعتباری یعنی مالی کلی یا دین باشد. این گونه نیست که مال کلی معدوم باشد، این مال در عالم اعتبار وجود دارد و بر همین اساس می‌تواند موضوع قرارداد قرار گیرد. شایان ذکر است فقیهان برای به تصویر کشیدن مالکیت نسبت به اموال کلی، اساساً ظرفی به نام «ذمه» را طراحی نموده‌اند (صدر، ۱۳۹۴، ص ۲۲۲-۲۲۳؛ حائری، ۱۴۳۱، ج ۱، ص ۵۲-۵۱). از همین روست که از مال کلی با نام «کلی فی الذمه» یاد می‌شود.

در میان نویسندگان حقوقی نیز مخالفان جدی با تملیکی بودن عقد یا دست کم امکان

تملیک فوری همزمان با انعقاد عقد در جایی که موضوع قرارداد مال کلی است، وجود دارد (امامی، ۱۳۶۸، ج ۱، ص ۴۵۰-۴۵۱؛ کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۳۳-۳۴؛ شهیدی، ۱۳۸۲، ب، ص ۱۴ و ۳۳)؛ مخالفتی که بخش قابل توجه آن تحت تأثیر تقسیم‌بندی حق عینی و حق شخصی است. صرف‌نظر از انتقادات وارد بر این تقسیم‌بندی در خاستگاه خود، ناسازگاری آن با حقوق بومی نیز مورد تأکید محققین قرار گرفته است (حائری، ۱۴۳۱، ج ۱، ص ۱۴۴-۱۵۸؛ نعمت‌الهی، ۱۳۸۹، ص ۱۰۹-۱۳۲؛ الشریف، ۱۳۹۳، ص ۳۴-۳۸؛ جعفری خسروآبادی، ۱۳۹۶، ص ۱-۲۴). در این تلقی، به واسطه سنت‌های تاریخی، چون مالکیت در ردیف حقوق عینی قرار می‌گیرد و این حق هم محدود به عین خارجی است، هر آنچه غیر از آن باشد از شمول حق عینی و از جمله مالکیت خارج و در ردیف حق شخصی که رابطه میان دو شخص است نه رابطه شخص با مال، تحلیل می‌گردد. بر همین اساس، در جایی که موضوع قرارداد مال کلی است، تمایل به عهده‌ی بودن قرارداد که مفید حق شخصی برای طلبکار است ظهور و بروز نمود و از طریق مطالعه تطبیقی به تألیفات داخلی هم راه یافت. شایان ذکر است که در ساختار حقوق رومی ژرمنی نظر به عدم وجود منفعت در خارج، حتی قرارداد اجاره هم عقدی عهده‌ی و موضوع آن انجام عملی مادی (نه انتقال مال) یعنی مسلط نمودن مستأجر بر عین مستأجره از سوی موجر است (الشریف، ۱۳۹۳، ص ۴۹-۵۰). این در حالی است که ملک مدنظر در فقه امامیه که مورد متابعت قانون مدنی قرار گرفته است، محدود به عین معین نیست و در مورد مال کلی و منفعت هم رابطه حقوقی همچنان میان شخص با مال برقرار است نه میان شخص با شخص.

مختصر این که مالکیت یک اعتبار عقلایی و رابطه‌ای فرضی میان شخص و مال است و این مهم ایجاب می‌کند موضوع آن نیز محدود به اموالی که در عالم خارج وجود مشخص دارند، نگردد. این مهم به‌روشنی از موادی مانند مواد ۳۰۰ و ۴۶۶ قانون مدنی هم قابل فهم است.

۲.۴. حل چالش‌های معامله اموال غیرمنقول دارای سابقه ثبتی

یکی از بحث‌انگیزترین موضوعات در حقوق ایران، وضعیت حقوقی معاملات اموال غیرمنقول دارای سابقه ثبتی است؛ موضوعی که نه تنها در بین نویسندگان حقوقی، بلکه در

رویه قضایی نیز آرای متفاوتی در خصوص آن وجود دارد. به صورت مشخص نقش سند عادی در تنظیم قرارداد نسبت به این اموال و میزان اعتبار آن در برابر اشخاص ثالث به پرسشی دشوار بدل شده است و ابهامات موجود در این زمینه موجب برهم خوردن نظم معاملاتی بسیاری گردیده است. برای نمونه، در پاسخ به این پرسش که اگر مالک ابتدا با سند عادی مال را به شخصی و سپس همان مال را با سند رسمی به شخص دیگر منتقل کند، از کدام یک از خریداران باید حمایت کرد؟ تردیدهای جدی وجود دارد. خریدار اول، وجه اولویت خود را تقدم زمانی در خرید مال می‌داند و خریدار دوم، اعتماد به سند رسمی و تنظیم سند رسمی انتقال را وجه اولویتش می‌پندارد. همین‌طور است در جایی که برای نمونه، بانک، مالی را با تنظیم سند رسمی به عنوان عین مرهونه می‌پذیرد و متعاقباً آشکار می‌شود مقدم بر آن، همان مال با سند عادی به شخص دیگر واگذار شده بود. علت ابهام نظام حقوقی در مواجهه با این موضوع، تحولات تقنینی است. قانون مدنی بر پایه فقه امامیه و تمرکز بر حاکمیت اراده، اولویت را به قراردادی که از نظر زمانی مقدم است، می‌دهد و قانون ثبت که پس از آن به تصویب رسید، با تمرکز بر نظم و امنیت معاملاتی، از قراردادی که با سند رسمی تنظیم شده است، حمایت به عمل می‌آورد. نویسندگان حقوقی و آرای قضایی نیز حسب تحلیل مواد مربوطه در این قوانین، به یکی از دیدگاه‌ها تمایل یافته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۹۲-۹۴ و ۲۵۶-۲۵۷؛ شهیدی، ۱۳۷۸، ص ۵۳-۷۲). نکته قابل توجه در این میان، مخالفت شورای نگهبان با اولویت قائل شدن برای سند رسمی است. این شورا در نظریه شماره ۲۶۶۴ / ۱۰۲ / ۹۵ خود به تاریخ ۱۳۹۵/۸/۴، اطلاق ماده ۲۲ قانون ثبت را مغایر شرع می‌داند.

پرسش بنیادی در این میان آن است که آیا امکان طراحی قاعده جدید در رابطه با معاملات اموال غیرمنقول وجود دارد؟ آیا اگر لازمه توجه به واقعیت‌های اجتماعی، اولویت قائل شدن برای سند رسمی باشد، این امر غیرشرعی محسوب می‌شود و لذا هر تغییری غیرممکن است؟ از چه راهی برای حل مبنایی مشکل می‌توان اقدام نمود که مخالف شرع هم نباشد؟ به نظر می‌رسد راه حل، توجه به اعتباری بودن حکم بیان شده در فقه و به تبع آن، قانون مدنی است. این که عقد بیع با ایجاب و قبول واقع می‌شود و اثر تملیکی خود را بر جای می‌نهد، چیزی به غیر از یک اعتبار نیست؛ اعتباری که در پاسخ

به نیازی واقع شده است، اعتباری که حتی پیش از اسلام هم وجود داشته و احکام فقهی پیرامون آن، در ردیف احکام امضائی است. اعتباری بودن این حکم که ایجاب و قبول برای انتقال مالکیت کافی است، ایجاب می‌کند اگر زمانی این اعتبار پاسخگوی نیاز نباشد و مصلحت مد نظر را تأمین نکند، لغو گردد و اعتبار جدیدی طراحی شود. تأکید می‌شود نگارنده در مقام بیان و شناسایی ضمانت اجرای مناسب برای معاملات مورد بحث نیست و باید آن را در تحقیقات دیگر جست‌وجو نمود (نک: امینی، ۱۳۸۸، ص ۲۱۱-۲۳۸). هدف صرفاً تذکر این مهم است که می‌توان مسیر جدید را گشود و از بن‌بست خارج گشت. امکان طراحی قواعد جدید هیچ گونه مغایرتی با شرع ندارد، زیرا پذیرش امکان تغییر، در هماهنگی با قواعد امور اعتباری است. همان‌طور که بیان شد، سنجۀ پذیرش اعتبار صورت گرفته از سوی قانون‌گذار، قابلیت آن اعتبار در برطرف کردن نیاز و تأمین مصلحت مد نظر است.

خوشبختانه در زمان نگارش این مقاله، تلاش‌های جدی‌تری برای وضع قانون جدید آغاز شده است و این خود نشان‌دهندۀ این است که در طول این سال‌ها بی‌جهت با آن مخالفت شده است؛ مخالفتی که حتی نمی‌توان برای آن وجهات شرعی شناسایی نمود. ناگزیر، حرکت به سمت توجه به سند رسمی است. این حرکت ممکن است به‌نحوی باشد که به صورت کامل نقش سند عادی در این معاملات را از بین ببرد و به تعبیری، معامله با سند عادی را به طور کلی، حتی میان متعاقدين بی‌اثر سازد و همچنین ممکن است به‌نحوی باشد که صرفاً اثرگذاری معامله با سند عادی را در برابر شخص ثالث با چالش مواجه سازد. هر دو رویکرد به واسطۀ شناسایی اولویت برای سند رسمی، منشأ فواید زیادی است. قانون‌گذار باید با لحاظ جنبه‌های مثبت و منفی، یکی را انتخاب و نظم معاملاتی جدید را حاکم سازد. نکته بااهمیت در این میان و مرتبط با نوشتار حاضر، پذیرش امکان تغییر در این خصوص است.^۱

۱. به باور نگارنده، در مصداق مورد بحث باید قواعد را به‌نحوی طراحی کرد تا ضمن احترام به اصل حاکمیت اراده، حتی‌الامکان حقوق اشخاص ثالث و امنیت معاملاتی نیز تأمین و از انجام معاملات معارض جلوگیری گردد. برای این منظور می‌توان اصولاً از یک سو، قرارداد با سند عادی را میان تنظیم‌کنندگان آن معتبر دانست و از سوی دیگر، از تأثیر این قرارداد نسبت به اشخاص ثالث که بر پایه اعتماد به سند رسمی و با مداخلۀ مأمور رسمی دارای حق شده‌اند، خودداری نمود. به بیان دیگر، باید قرارداد با سند عادی را در برابر شخصی که همان ملک را با سند

در آخرین تحول تقنینی، بر اساس ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور، اگر سند عادی به تشخیص دادگاه دارای «اعتبار شرعی» باشد، در برابر اشخاص ثالث هم قابل استناد است و تاب معارضه دارد؛ نتیجه‌ای که توالی فاسد آن پوشیده نیست. به باور نگارنده، صرف‌نظر از اشکال بنیادی و مبنایی این ماده، ساده و منطقی‌ترین راه برای کاهش توالی فاسد آن، تمرکز بر عبارت «اعتبار شرعی» است. بر اساس این ماده، اگر سند عادی دارای «اعتبار شرعی» باشد بر سند رسمی مؤخر، مقدم است. مراد از «اعتبار شرعی» چیست؟ می‌توان «اعتبار شرعی» را در معنای «اعتبار عقلایی» در نظر گرفت، زیرا اعتبار عقلایی مورد تأیید شرع قرار دارد و از این رو «اعتبار عقلایی» دارای «اعتبار شرعی» است. بر این اساس، سؤال را می‌توان این گونه تحریر نمود که در چه زمانی قرارداد با سند عادی دارای «اعتبار عقلایی» است و بر سند رسمی مؤخر، مقدم است؟ در همه موارد این تقدم قابل تأیید نیست و باید به اعتماد متعارف اشخاص در جامعه احترام گذاشت. طراحی قاعده باید به نحوی باشد که به نیازها و مصالح مدنظر در این خصوص پاسخ دهد. شخصی که با تنظیم سند رسمی و به پشتوانه مالکیت رسمی فروشنده حاضر به خریداری مال می‌شود و مالیات دولت را هم می‌پردازد، اعتماد متعارفی به عمل آورده و شایسته حمایت است. این حمایت تنها در مواردی نظیر اثبات آگاهی او از وجود قرارداد عادی مقدم، از میان می‌رود. این تحلیل می‌تواند تا زمان تحقق و اعمال تحولات تقنینی آتی، بخشی از مشکلات موجود را کاهش داد.

۳.۴. حل چالش‌های قواعد ضمان قهری

آنچه در حقوق مدرن تحت عنوان «مسئولیت مدنی» مورد مطالعه قرار می‌گیرد، در حقوق اسلامی ذیل عنوان «ضمان قهری» و تحت موجبات مشخصی نظیر اتلاف و تسبیب بررسی می‌شود و خارج از آن، تابع اصل برائت قرار دارد. این مهم مورد متابعت قانون مدنی و قانون مجازات اسلامی قرار گرفته است و بر همین اساس، به ترتیب مواد ۳۰۷ تا

رسمی خریداری نموده است، غیر قابل استناد دانست. البته در طراحی اعتبار جدید باید توجه داشت در پاره‌ای از موارد نظیر اطلاع خریدار با سند رسمی از وجود قرارداد مقدم با سند عادی (امینی، ۱۳۸۸، ص ۲۲۶؛ خدابخشی، ۱۳۸۹، ص ۲۵)، خریدار با سند رسمی شایستگی حمایت را از دست می‌دهد و قرارداد عادی در برابر او قابل استناد است.

۳۳۷ قانون مدنی، تحت عنوان «در ضمان قهری» و مواد ۴۹۲ تا ۵۳۷ قانون مجازات اسلامی، تحت عنوان «موجبات ضمان» به تصویب رسیده است. فارغ از نسبت میان قانون مسئولیت مدنی با موجبات ضمان قهری در حقوق ایران (نک: دریائی، کربلایی آقازاده، ۱۳۹۹، ص ۹۳-۱۲۵)، تلقی مرسوم فقیهان نسبت به قواعد ضمان قهری، خلأهای بسیاری ایجاد نموده است. برای مثال، در رابطه با قلمرو خسارت قابل جبران، ساختار ضمان قهری با چالش‌های فراوانی مواجه است. در ادامه، فقط دو نمونه از آن بیان می‌شود. در رابطه با این چالش‌ها که ناشی از تلقی سنتی حاکم بر ضمان قهری است، این پرسش قابل طرح است که آیا امکان تغییر قواعد ضمان قهری و انطباق آن با نیازها وجود دارد؟ آیا اگر تغییری در این خصوص بر پایه مصالح و نیازها داده شود، باید آن را غیرشرعی قلمداد کرد و مانع آن شد؟

نمونه اول مربوط به هدف جبران خسارت است. در ضمان قهری، عمده تمرکز بر جنبه جبرانی پرداخت خسارت بوده و هدف صرفاً جبران خسارت وارد به زیان‌دیده است (نعمت‌الهی، ۱۳۹۸، ص ۱۹۳-۱۹۷). این مهم از جمله با توجه به ماده ۳۲۸ قانون مدنی هم به‌روشنی قابل فهم است. به بیان دیگر، جنبه ترمیمی جبران خسارت مورد توجه قرار دارد. در این رویکرد سایر اهداف قابل تصور مانند بازدارندگی زیان‌زننده، تشفی خاطر زیان‌دیده و غیره اصولاً مورد توجه قرار نمی‌گیرد. نتیجه این نگاه، نادیده گرفتن متغیرهای مهمی نظیر وضعیت روانی زیان‌زننده در ارزیابی میزان خسارت است. این در حالی است که نمی‌توان نقش عنصر روانی را نادیده گرفت. به طور مشخص در جایی که زیان‌زننده به صورت عمدی یا با تقصیر سنگین به شخصی آسیب وارد می‌آورد، اهدافی مانند بازدارندگی و تشفی خاطر ایجاب می‌کند قلمرو خسارت قابل جبران توسعه یابد و حتی مواردی که به صورت معمول قابل جبران نیست را هم شامل شود (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۲۹۸؛ بادینی، ۱۳۹۰، ص ۷۴؛ بابائی، ۱۴۰۲، ص ۱۱۷؛ امینی؛ دریائی، ۱۳۹۸، ص ۱۸۶). افزون بر آن، همین منطق حتی در پاره‌ای از موارد ایجاب می‌کند از باب تنبیه، مسئولیتی ورای خسارت وارد به زیان‌دیده متوجه زیان‌زننده گردد. از این مهم در ادبیات حقوقی با نام «خسارت تنبیهی» یاد می‌شود. آیا ساختار ضمان قهری توان پاسخگویی به نیازهایی از این دست را دارد؟ به چه نحو می‌توان به این نیازها پاسخ داد بدون این که در تنافی با شرع باشد؟

نمونه دوم ناظر به قلمرو خسارت قابل جبران است. بسیاری از مصادیقی که از نظر عرف عقلایی قابل جبران است، در ساختار ضمان قهری جبران آن با موانع جدی مواجه می‌باشد. این موانع در رابطه با خسارت بدنی و پیامدهای آن، خسارات مالی و خسارات معنوی به‌روشنی نمایان است. برای نمونه، اگر بنا باشد در قلمرو خسارت بدنی، قانون‌گذار به سمت پذیرش جبران خسارت از کارافتادگی حرکت کند یا خسارت عدم‌النفع را بر پایه منطقی روشن در مواردی قابل جبران بداند، آیا اشکال شرعی متوجه آن است؟ آیا امکان وضع قاعده جدید وجود ندارد؟ یادآور می‌شویم با وجود این که در ادله اصلی ضمان قهری در فقه نظیر «من اضرّ بشيء من طریق المسلمین»، واژه «ضرر» به کار رفته است، اما عموم فقیهان در قواعد موجبات ضمان مانند اتلاف، به جای به‌کارگیری واژه «ضرر» از کلمه «مال» استفاده نمودند، به این صورت که نزد آنان صرف تحقق «ضرر» برای ایجاد ضمان قهری کافی نیست، بلکه ملاک قابلیت تبدیل «ضرر» به «مال» است (امیری قائم‌مقامی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۱۳۳؛ حکمت‌نیا، ۱۳۸۶، ص ۲۹۶؛ وحدتی‌شیری، ۱۳۸۸، ص ۱۸۹). همین نتیجه در ماده ۳۲۸ قانون مدنی هم مورد متابعت قرار گرفته است (امیری قائم‌مقامی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۱۳۳-۱۸۸؛ بابائی، ۱۳۹۴، ص ۴۹). با این تفسیر محدود، مواردی مانند خسارت عدم‌النفع یا خسارت معنوی که از نظر عرف عقلایی در پاره‌ای از موارد مصداق «ضرر» به شمار می‌آید، از آنجا که مطابق نظر سنتی حاکم در ضمان قهری، مصداق «مال» محسوب نمی‌شود، موضوع ضمان قرار نمی‌گیرد (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۱، ص ۳۷) و بر همین اساس، قانون مدنی به آن‌ها اشاره‌ای ننموده است.

با این که قانون‌گذار با وضع قانون مسئولیت مدنی تلاش داشت بر پایه ساختاری متفاوت، برخی از این چالش‌ها مانند آنچه در خصوص خسارت معنوی بیان شد را برطرف سازد، اما اشکالات زیادی همچنان به قوت خود باقی است و حتی در پاره‌ای از موارد مانند خسارات بدنی، با تصویب قوانین مجازات اسلامی بعد از انقلاب و پیش‌بینی دیه، تشدید شده است. ضمان قهری به‌عنوان یک حکم وضعی، چیزی به غیر از اعتبار نیست و برای پاسخ به نیازهایی ایجاد شده است، لذا باید امکان پاسخگویی به نیازهای منشأ‌پیدایش آن را دارا باشد. اگر این مهم به‌درستی فهم شود و به لوازم آن نظیر لغوپذیری و قابل تغییر بودن اعتباریات عنایت گردد، مشکلاتی از این دست بدون این که در تنافی با

فقه امامیه باشد، قابل حل است. می‌توان بر پایه این حقیقت که ضمان قهری، اعتباری عقلایی است، چتر شمول حمایت قواعد ضمان قهری را به نحوی کارآمد و منطبق با نیازهای اجتماعی طراحی نمود. اعمال این نگاه می‌تواند به حل مبنایی چالش‌های جبران خسارت بدنی، مالی و معنوی کمک نماید. برای نمونه، مخالفت برخی با جبران خسارت معنوی از طریق پرداخت پول، بر بنیاد همین اعتباری بودن جبران خسارت قابل پاسخ است. به صورت مشخص اگر بر پرداخت پول در ازای خسارت معنوی مصلحتی مترتب باشد و نیاز زیان‌دیده به تشفی خاطر را برطرف نماید، چه اشکالی بر شناسایی این اعتبار مترتب است؟ همچنین این منطق می‌تواند منجر به پذیرش خسارت عدم‌النفع و خسارت صرفاً اقتصادی در مواردی گردد که جبران آن ضرورت دارد و به این ترتیب مبنای اصلاح تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی که به نحو مطلق، حکم بر غیر قابل جبران بودن خسارت عدم‌النفع داده است را فراهم آورد. یادآور می‌شویم در حقوق تطبیقی برای نمونه، تردیدی در جبران‌پذیری خسارت عدم‌النفع و خسارت صرفاً اقتصادی در مسئولیت مدنی قراردادی یا جایی که زیان‌زننده عمداً تحمیل خسارت می‌نماید، نیست.

مختصر این که نباید پنداشت آنچه تلقی مرسوم از قواعد ضمان قهری نزد فقیهان است، امر ابدی و غیر قابل تغییر به شمار می‌آید. توجه به این حقیقت که ضمان قهری یک اعتبار عقلایی محسوب می‌گردد، مطلب بااهمیتی است که به‌روشنی امکان به‌روزرسانی این نهاد بومی را فراهم می‌آورد، بدون این که در تنافی با حقوق اسلامی باشد.

نتیجه‌گیری

۱. در این نوشتار تلاش شد برخی از ابعاد بااهمیت پیرامون اعتباری بودن حقوق خصوصی نمایان شود. از یک سو، با بیان ویژگی‌های امور اعتباری نظیر نیاز پرورده بودن این امور و لغوپذیری آن، به مقایسه آن با امور حقیقی پرداختیم و نشان دادیم اصولاً تسری قواعد امور حقیقی که مناسب عالم تکوین است، سنخیتی با عالم اعتبار ندارد. در رابطه با امور اعتباری باید بررسی نمود که آیا اعتبار صورت گرفته، پاسخگوی نیاز منشأ ایجاد آن اعتبار است یا خیر؟ از سوی دیگر، به این موضوع بنیادی ورود نمودیم که در قلمرو حقوق خصوصی چه کسی صلاحیت اعتبار نمودن دارد و به بیان دیگر معتبر کیست؟ نقش بنای

عقلا را در این خصوص تبیین نمودیم و نشان دادیم با وجود این که اصولاً فقیهان با حجیت ذاتی بنائات عقلایی به عنوان منبعی برای قاعده گذاری مخالف اند، اما بسیاری از فقهای معاصر دریافتند که پاسخگویی فقه برای نیازهای عصر جدید، در گرو توسل به این موتور محرک است. بر همین بنیاد برخی با ابتناء بنای عقلا بر عقل و برخی با به چالش کشیدن ضرورت معاصرت بنای عقلا و معصوم، تلاش نمودند که در مسیر حجیت این بنائات گام بردارند.

۲. به باور نگارنده در قلمرو حقوق خصوصی به ویژه مباحث حقوق قراردادها و ضمانات قهری که اصولاً متمایز از حوزه عبادات است، توجه به امکان تغییر اعتبارات صورت گرفته یعنی خصیصه لغوپذیری امور اعتباری و همچنین ابتناء این اعتبارات بر بنائات عقلایی می تواند راهگشای بسیاری از چالش ها باشد و پیوند وثیق میان این دو، مسیر قاعده گذاری جدید بر پایه نیازهای روز را فراهم می سازد. شکل گیری و بقای امور اعتباری تماماً دایرمدار خواست و نحوه طراحی معتبر است. معتبر می تواند حسب نیازهای اجتماعی، اقتصادی، سیاسی، فرهنگی، مذهبی و غیره، دست به وضع قاعده مطلوب زند و هدف از اعتبار که پاسخگویی به نیازی است را محقق سازد. این ترتیب منافاتی با شرع ندارد و تصور مخالفت شارع با ترتیبات عقلایی، صرف نظر از نادرست بودن، هم به حقوق مردم و هم به جایگاه شارع آسیب های جدی وارد می سازد. جدا از مرحله وضع قاعده، این مهم در مقام تفسیر نیز باید مدنظر مفسر در مراجعه به متن قانون جهت فهم صحیح آن قرار گیرد. بدیهی است غیر قابل تغییر بودن احکام اسلامی شامل قسم مورد بحث نمی شود.

۳. نمونه هایی از ثمرات اعمال دیدگاه مدنظر در نوشتار حاضر به تصویر کشیده شد. برای مثال چالش های ناظر به معامله اموال غیرمنقول دارای سابقه ثبتی و یا کاستی های قواعد ضمان قهری به راحتی بر پایه آنچه آمد قابل حل است، بدون این که با اشکال شرعی مواجه باشد. همچنین چالش های موجود در مسیر توسعه عقودی مانند ضمان و رهن و بسیاری از موضوعات نوظهور در خصوص عقود جدید، پول و رمزارها و غیره، بر اساس اعتباری بودن این امور قابل پاسخگویی است. یادآور می شویم به صورت پراکنده مصادیق مختلفی در قوانین قابل مشاهده است که حکایت از تغییر رویکرد قانون گذار نسبت به

تلقی سنتی فقهی دارد. برای نمونه، می‌توان به ماده ۷ و تبصره آن در قانون تأمین مالی و تولید زیرساخت‌ها مصوب ۱۴۰۳/۲/۲۲ اشاره داشت. همچنین است تلاش قانون‌گذار در طراحی قواعدی جدید در عرصه معاملات اموال غیرمنقول. به هر رو شایسته است قانون‌گذار با در پیش گرفتن یک مبنای مناسب، نسبت به رفع کاستی‌ها در این حوزه اقدام نماید.

فهرست منابع

۱. آشتیانی، محمدحسن. (۱۴۰۳ق). بحر الفوائد فی شرح الفرائد. قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی.
۲. الشریف، محمد مهدی. (۱۳۹۳ش). تعهد یا تملیک: تأملی بر تأثیر حقوق فرانسه در تحلیل ماهیت اجاره در حقوق ایران. فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، (۲)، ۵۸-۲۹. <https://doi.org/10.22091/csiw.2015.563>
۳. الشریف، محمد مهدی. (۱۳۹۷ش). منطقی حقوق. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۴. اصغری، سید محمد. (۱۳۸۴ش). بناء عقلا. فصلنامه حقوق، ۷۰ (۸۴۵)، ۴۲-۱.
۵. اصفهانی، محمدحسین. (۱۳۷۴ش). نه‌ایه الدرایه فی شرح الکفایه. قم: دفتر انتشارات سیدالشهداء.
۶. اصفهانی، محمدحسین. (۱۴۰۹ق). الإجاره. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۷. اصفهانی، محمدحسین. (۱۴۱۹ق). حاشیه کتاب المکاسب. قم: دار المصطفی (ص).
۸. امامی، سید حسن. (۱۳۶۸ش). حقوق مدنی. تهران: کتابفروشی اسلامیة.
۹. امیری قائم مقامی، عبدالحمید. (۱۳۸۵ش). حقوق تعهدات. تهران: میزان.
۱۰. امینی، منصور. (۱۳۸۸ش). نقش ثبت سند در بیع مال غیرمنقول در حقوق فرانسه و بررسی قابلیت پذیرش آن در حقوق ایران. تحقیقات حقوقی، ۱۲ (۴۹)، ۲۳۸-۲۱۱.
۱۱. امینی، منصور؛ دریائی، رضا. (۱۳۹۸ش). تحلیل اقتصادی خسارت صرفاً اقتصادی. تحقیقات حقوقی، ۲۲ (۸۶)، ۱۶۹-۱۹۲. <https://doi.org/10.29252/lawresearch.22.86.169>
۱۲. بابائی، ایرج. (۱۳۹۴ش). حقوق مسئولیت مدنی و الزامات خارج از قرارداد. تهران: میزان.
۱۳. بابائی، ایرج. (۱۴۰۲ش). مسئولیت مدنی؛ منطق واحد یا متکثر. پژوهش حقوق خصوصی، ۱۲ (۴۴)، ۹۷-۱۳۰. <https://doi.org/10.22054/jplr.2023.50777.2372>
۱۴. بادینی، حسن. (۱۳۹۰ش). بررسی تطبیقی قابلیت جبران «ضرر اقتصادی» در مسئولیت مدنی. مطالعات حقوق خصوصی، ۴۱ (۱)، ۷۸-۵۹. <https://dor.isc.ac/dor/20.1001.1.25885618.1390.41.1.4.2>
۱۵. پارسائی، حمید؛ دانایی فرد، حسن؛ حسینی، سید ابوالحسن. (۱۳۹۳ش). دلالت‌های نظریه اعتباریات برای تحول در علوم انسانی. اسلام و مطالعات اجتماعی، ۲ (۵)، ۴۸-۲۳.
۱۶. جعفری تبار، حسن. (۱۳۸۳ش). مبانی فلسفی تفسیر حقوقی. تهران: شرکت سهامی انتشار.

۱۷. جعفری خسروآبادی، نصرالله. (۱۳۹۶ش). جایگاه ستون فقرات نظام حقوقی رومی ژرمنی در تحلیل فقهی و حقوقی تقسیم‌بندی حقوق عینی و دینی. پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، ۴(۴)، ۱-۲۴. <https://doi.org/10.22091/csiw.2018.1466.1110>
۱۸. حائری، سید کاظم. (۱۴۳۱ق). فقه العقود. قم: مجمع الفکر الإسلامی.
۱۹. حکمت‌نیا، محمود. (۱۳۸۶ش). مسئولیت مدنی در فقه امامیه. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۲۰. حکیم، محمدتقی. (۱۹۷۹م). الأصول العامة للفقهاء المقارن. نجف: مؤسسة آل البيت (ع).
۲۱. خدابخشی، عبدالله. (۱۳۸۹ش). تحلیلی دیگر از ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک. مجله حقوقی، ۷۴(۷۱)، ۳۹-۹. <https://doi.org/10.22106/rlj.2010.11163>
۲۲. خراسانی، محمدکاظم. (۱۴۳۱ق). کفایة الأصول. قم: مجمع الفکر الإسلامی.
۲۳. خمینی، سید روح‌الله. (۱۳۷۲ش). أنوار الهدایه. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۲۴. خمینی، سید روح‌الله. (۱۴۱۰ق). رسائل. قم: اسماعیلیان.
۲۵. خمینی، سید روح‌الله. (۱۴۲۱ق). کتاب البیع. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۲۶. دریائی، رضا؛ کربلانی آقازاده، مصطفی. (۱۳۹۹ش). تأملی بر رابطه قانون مسئولیت مدنی با موجبات ضمان قهری در حقوق ایران. مطالعات حقوقی شیراز، ۱۲(۳)، ۹۳-۱۲۵. <https://doi.org/10.22099/jls.2020.32934.3353>
۲۷. سیستانی، سید علی. (۱۴۱۴ق). الرافد فی علم الأصول. قم: مکتب آیت‌الله العظمی السید السیستانی.
۲۸. شاکری، بلال. (۱۳۹۶ش). حقیقت حکم شرعی در اصول فقه. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۲۹. شهیدی، مهدی. (۱۳۷۸ش). مجموعه مقالات حقوقی. تهران: نشر حقوقدان.
۳۰. شهیدی، مهدی. (۱۳۸۲ش) (الف). تشکیل قراردادهای و تعهدات. تهران: مجد.
۳۱. شهیدی، مهدی. (۱۳۸۲ش) (ب). حقوق مدنی ۶. تهران: مجد.
۳۲. شهیدی، مهدی. (۱۳۸۳ش). اصول قراردادهای و تعهدات. تهران: مجد.
۳۳. صدر، سید محمدباقر. (۱۳۹۴ش). گفتارهای بنیادین (شش درس گفتار)، (ترجمه سید ابوالقاسم حسینی ژرفا). قم: دار الصدر.
۳۴. صادقی نشاط، امیر. (۱۳۹۶). حقوق؛ واقعیت یا اعتبار (ماهیت حقوق). مطالعات حقوق خصوصی، ۴۷(۱)، ۴۸-۳۷.
۳۵. صدر، سید محمدباقر. (۱۴۱۲ق). دروس فی علم الأصول. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
۳۶. صرامی، سیف‌الله. (۱۳۸۵ش). جایگاه ادراکات اعتباری در علم اصول فقه نزد علامه طباطبائی. پژوهش و حوزه، ۲۷-۲۸، ۲۳۶-۲۸۷.
۳۷. طباطبائی یزدی، سید محمدکاظم. (۱۳۷۰ش). حاشیه المکاسب. قم: اسماعیلیان.

۳۸. طباطبائی، سید محمدحسین. (۱۳۹۰ش). المیزان فی التفسیر القرآن. بیروت: مؤسسة الأعلمی.
۳۹. طباطبائی، سید محمدحسین. (۱۳۹۳ش). اصول فلسفه و روش رئالیسم. قم: صدرا.
۴۰. طباطبائی، سید محمدحسین. (بی‌تا). حاشیه کفایة الأصول. قم: بنیاد علمی و فکری علامه طباطبائی.
۴۱. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۶۳ش). الاستبصار. تهران: دار الکتب الإسلامیه.
۴۲. عراقی، ضیاء‌الدین. (۱۴۱۷ق). نهاية الأفکار. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۳. علیدوست، ابوالقاسم. (۱۳۹۰). فقه و مصلحت. تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۴۴. فاضل لنکرانی، محمدجواد. (۱۳۹۴). شرایط عوضین. جلسه‌های ۱۳ و ۱۴، <https://fazellankarani.com/persian/lessons/8722>
۴۵. فروغی، روح‌الله. (۱۳۹۹ش). احکام اعتباریات از دیدگاه محقق اصفهانی. پژوهش‌های اصولی، ۶(۲۵)، ۴۶-۳۳.
۴۶. فیض، علیرضا. (۱۳۸۲ش). ویژگی‌های اجتهاد و فقه پویا. تهران: پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی.
۴۷. فیض، علیرضا. (۱۳۸۷ش). عرف و اجتهاد. تهران: مجد.
۴۸. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۵). الزام‌های خارج از قرارداد. ج ۱، تهران: دانشگاه تهران.
۴۹. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۸ش). حقوق مدنی (دوره عقود معین). تهران: شرکت سهامی انتشار.
۵۰. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۰ش). فلسفه حقوق. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۵۱. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۱ش). مقایسه منابع و روش‌های فقه و حقوق، (به کوشش سیف‌الله صرامی). قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۵۲. کلاتری، ابوالقاسم. (۱۴۰۴ق). مطرح‌الانظار. قم: مؤسسة آل‌البیت (ع).
۵۳. لاریجانی، صادق. (۱۳۸۴ش). استدلال در اعتباریات. پژوهش‌های فلسفی و کلامی، ۶(۲۴)، ۴-۳۰. <https://doi.org/10.22091/pfk.2005.319>
۵۴. محقق داماد، سید مصطفی و دیگران. (۱۳۷۹ش). حقوق قراردادها در فقه امامیه. تهران: سمت.
۵۵. محقق داماد، سید مصطفی و دیگران. (۱۳۸۹ش). حقوق قراردادها در فقه امامیه. قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۵۶. مظفر، محمدرضا. (۱۴۳۰ق). أصول الفقه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۵۷. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۸ق). أنوار الأصول. قم: مدرسة الإمام علی بن ابی طالب (ع).
۵۸. مهرپور، حسین. (۱۳۷۸). بررسی تفاوت دین زن و مرد در قانون مجازات اسلامی و مبانی فقهی آن. پژوهشنامه متین، ۱(۲)، ۳۵-۶۴.
۵۹. نائینی، محمدحسین. (۱۴۰۶ق). فوائد الأصول. ج ۳ و ۴، قم: مؤسسة انتشارات اسلامی.
۶۰. نائینی، محمدحسین. (۱۴۱۳ق). المكاسب والبيع. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۶۱. نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار إحياء التراث العربی.

۶۲. نعمت‌الهی، اسماعیل. (۱۳۸۹ش). تحلیل فقهی حق عینی و دینی و مفاهیم مرتبط. مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۲(۳)، ۱۰۹-۱۳۲. <https://doi.org/10.22075/feqh.2017.1871>
۶۳. نعمت‌الهی، اسماعیل. (۱۳۹۸ش). اصل جبرانی بودن خسارت و کارکردهای آن در کامن‌لا و حقوق ایران. پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۲۳(۴)، ۱۷۵-۲۰۲. <http://dori.net/dor/20.1001.1.22516751.1398.23.4.3.0>
۶۴. نورمفیدی، سید مجتبی. (۱۳۹۴ش). حکم. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار(ع).
۶۵. واعظی، احمد. (۱۳۹۹ش). زبان فقه و حقوق. قم: بوستان کتاب.
۶۶. وحدتی شبیری، سید حسن. (۱۳۸۸ش). مبنای مسئولیت مدنی یا ضمان ناشی از تخلف از اجرای تعهد. فقه و اصول، ۴۱(۸۲)، ۱۶۹-۲۰۴. <https://doi.org/10.22067/fiqh.v0i0.3152>

