



استصحاب



نشریات
دانشجویی
دانشگاه
تهران



صادرکننده مجوز: دانشگاه تهران
صاحب امتیاز: «انجمن علمی فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشکده‌گان فارابی دانشگاه تهران»
زمینه انتشار: علمی-اجتماعی
مدیر مسئول: مهدی شمس الدین / سردبیر: امیرحسین علائی
شماره دهم / تاریخ انتشار: بیست و سوم اسفند ماه ۱۴۰۱

امام صادق علیه السلام: الْعَدْلُ أَحْلَى مِنَ الْمَاءِ يُصَيِّبُهُ الظَّمَانُ .
عدالت، از آبی که شخصی تشنه به آن می رسد شیرین تر است. (الکافی: ۱۱/۱۴۶/۲)

فهرست مطالب دهمین شماره نشریه استصحاب:

۱- ماهیت شرط در عقد (قسمت دوم)

فاطمه فلاحتی شهاب الدینی- صفحه ۲

۲- معرفی کتاب-الفارق

مهدی علی بابا- صفحه ۲

۳- معرفی شخصیت-جناب آقای دکتر سید محمد هاشمی

مهدی شمس الدین- صفحه ۲

۴- قضاوت زنان در فقه شیعه

بنت الهدی براری- صفحه ۳

۵- تبیین و اثبات عدم وجود بی عدالتی در حقوق زن و مرد

محسن آقاجانی حمزه کلانی- صفحه ۴



مقاله

مقاله

علم فقه با عقبه ای بسیار کهن و درخشان، امروزه در نظام حقوقی کشور جمهوری اسلامی ایران نقش اساسی را ایفا می کند. میان حقوق و فقه تفاوت ها و روابطی هایی وجود دارد. رابطه آنها از مانند علت و معلول است. مسائل مورد بحث در فقه و حقوق مدون (به معنای مجموع قواعد حاکم بر روابط اشخاص در جامعه و با یکدیگر و دولت است. در این حالت میان آنها از لحاظ رابطه منطقی، عموم و خصوص من وجه برقرار است. روشن است که چنانچه مسائل اختصاصی حقوق را نیز در حیطه اقتدار استنباط فقها قرار دهیم، در این صورت ممکن است نسبت میان آنها به عموم و خصوص مطلق یا حتی تساوی برگردد. ولی بدون شک، مسائل مورد بحث در فقه و حقوق مدون، از قبیل عام و خاص من وجه است. در بیشتر کشورهای اسلامی، صرف نظر از این که حکومتی مذهبی بر آن حاکم باشد یا خیر، فقهی که قرن ها مورد پذیرش این جوامع قرار داشت، به عنوان یکی از مهم ترین منابع، برای تدوین مقررات حاکم بر آن جامعه قرار گرفت. ایران قبل از انقلاب نیز از این دسته کشورها بوده که علی رغم آن که هنگام برداشتن گام های اولیه برای تدوین قوانین به سبک جدید، حکومتی مذهبی در رأس امور نبود، اما بسیاری از قوانین، نظیر قانون مدنی، با الهام از همین احکام فقهی تدوین گشت. این نشان از نفوذ عمیق فقه در بنیان و ریشه ایران دارد. با عنایات پروردگار بار دیگر توفیق شد و شماره جدیدی از نشریه علمی اجتماعی استصحاب دانشگاه تهران منتشر گردید. امید است که بتوان در راه پیشرفت و توسعه علم فقه و حقوق قدمی برداشته شود. فرا رسیدن سال جدید هجری شمسی، خدمت همه عزیزان تبریک و تهنیت باد. در پرتو الطاف بیکران ایزد منان، سلامتی و بهروزی، طراوت و شادکامی، عزت و کامیابی را آرزومندیم.

ماهیت شرط در عقد-قسمت دوم

فاطمه فلاحی شهاب الدینی

یادآوری

پس از اینکه در بخش قبل دانستیم شروط مرتبط با عقد به طور کلی به دو دسته ی "شروط مستقل" و "شروط ضمن عقد" تقسیم می شوند و دو تقسیم بندی مختلف برای شروط ضمن عقد نیز معرفی نمودیم، در بخش بعد باید بدانیم رابطه ی حقوقی هرکدام از این شروط با عقد مرتبطشان چگونه تحلیل می شود.

بخش دوم: رابطه ی میان شرط و عقد

در ارتباط با شرط مستقل همانطور که پیش تر گفته شد، می توان با توجه به قصد طرفین، شرط مستقل را عقدی جداگانه محسوب کرد و یا آن را شرط ضمن عقد دانست.

در مورد شرط ضمن عقد، اهمیت رابطه ی شرط با عقد و مساله ای که بر انعقاد و انحلال آن تاثیر می گذارد، توجه به این نکته است که هنگام انعقاد عقد اگر شرط را عقدی مستقل بدانیم که در عرض عقد اصلی منعقد می شود، در برابری آن با شرط ضمن عقد "یک بخش از عوض" می باشد و یا وجودی "مستقل" است که تعهدات آن نسبت به تعهدات عقد اصلی، فرعی محسوب می گردد، در میان فقها اختلاف نظر وجود دارد. "به نظر برخی از فقیهان "شرط" جزئی از مورد معامله و یا در حکم آن است. ایشان در مقام استدلال گفته اند: همانگونه که در برابر هر جزئی از مبیع، بخشی از ثمن قرار گرفته، در برابر شرط نیز قسمتی از ثمن قرار می گیرد. چه تفاوت می کند که شخص خانه ای بخرد و در ضمن آن شرط کند که باغچه ی مجاور آن ملک خریدار باشد یا از ابتدا خانه و باغچه ی مجاور را به ثمن معین خریداری کند؟" (سید مصطفی محقق داماد، همان، ص 330)

اما به نظر مشهور فقها، اگرچه شرط با عقد مرتبط است و در انگیزه ی طرفین موثر است و حتی ممکن است در زیادی و کمی عوضین تاثیر داشته باشد، اما مدلول عقد، چیزی جز وقوع معاوضه بین ثمن و مثن نیست، بنابراین شرط در حکم عوضین یا جزئی از آن نخواهد بود. (همان، ص 332)

بیشترین اهمیت این بحث اثری است که در هنگام ایفای تعهدات ناشی از عقد، نقض قرارداد و بطلان و انحلال آن رخ می دهد. اگر شرط ضمن عقد را بخشی از مورد معامله بدانیم، هنگامی که شرط، منحل و یا باطل شود، در واقع بخشی از "مورد معامله" از بین رفته است و طرف معامله مطابق ماده ی 441 قانون مدنی، می تواند معامله را فسخ نماید و یا به نسبت قسمتی که بیع واقع شده است قبول کند و نسبت به قسمتی که بیع باطل بوده است ثمن را استرداد کند. خیاری که در اینجا می تواند مورد استفاده قرار گیرد، خیار "تبعض صفقه" است.

این در حالی است که اگر شرط را جزئی از مورد معامله ندانیم، در صورت انحلال و یا بطلان آن، به استناد مواد 235، 239 و 240 در شرایط ذکر شده در این مواد، می توانیم از خیار "تخلف شرط" استفاده کرده و معامله را فسخ نماییم و یا معامله را بدون شرط آن بپذیریم. به نظر می رسد نظر مشهور فقها با سیستم حقوقی ما مطابق بیشتری دارد و شرط جزئی از ثمن معامله نیست، بلکه جزئی فرعی در قرارداد است. بنابراین در صورتی که عقد دوم به عنوان شرط ضمن عقد اصلی، اگر منحل شود، راه حل مناسب تر این است که آن را تنها شرط بدانیم و خیاری که در اینجا برای طرف قرارداد ایجاد می گردد، خیار تخلف از شرط خواهد بود.

همچنین باید دانست که هر عقدی تابع قواعد مربوط به خود است و در این مورد تفاوتی نمی کند که این عقد، اصلی باشد و یا فرعی. به عنوان مثال، اگر یک عقد بیع به عنوان شرط ضمن عقد اجاره ای منعقد شود، عقد بیع دارای خیارات مختص بیع خواهد بود و در صورت فسخ، عقد اجاره نیز بر اساس خیار تخلف از شرط، برای طرف قرارداد قابل فسخ خواهد بود.

نتیجه گیری

انواع شرط در عقد، یکی از مسائلی است که در قراردادهای امروزی، کاربرد بسیار زیادی دارد و مطالعه در آن، بسیار راه گشا می باشد. باید توجه داشت که وجود این نهاد در سیستم حقوقی ما، می تواند علاوه های بسیاری را در قراردادهای امروزی که غالباً ترکیبی از چند عقد می باشند پر کند. "شرط مستقل" و "شرط ضمن عقد،" نهادهایی مشابه "قراردادهای مختلط" (Mixed contract) در حقوق غرب است و شایسته است که بدان پرداخته شده و اهمیت آن نادیده گرفته نشود. در واقع، زمانی بسیار قدیم تر از وقتی که ضرورت وجود "قراردادهای مختلط" در حقوق جدید احساس شود، نهاد شرط در قراردادهایی که بر پایه ی فقه بنا میشد، وجود داشت.

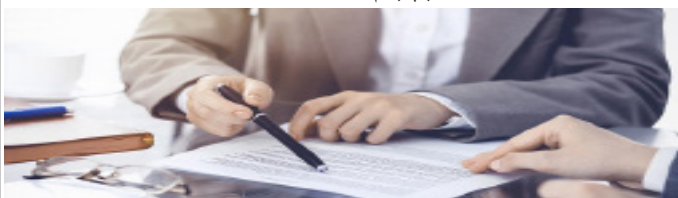
شرط همراه با عقد به دو صورت شرط ابتدایی یا مستقل و شرط ضمن عقد یا شرط تبعی منعقد می گردد که شرط ابتدایی، همانطور که گفته شد مورد قبول اغلب فقها نمی باشد لکن با تدقیق در مبانی آن به نظر می رسد مانعی برای پذیرفتن آن به عنوان عقدی مستقل و یا شرط ضمن عقد وجود ندارد.

شرط ضمن عقد، علیرغم اینکه می تواند مشکل انعقاد چند عقد در قراردادی واحد را حل کند، باید در نظر گرفته شود که همیشه نهادی است فرع بر عقد اصلی و نمی تواند دقیقاً معادل نهادی مانند "عقد مختلط" باشد، چرا که عقد مختلط تلفیقی است از چند عقد که در عرض یکدیگر منعقد می شوند و همه ی آن ها اصلی محسوب شده و بخشی از مورد معامله می باشند؛ بدین معنی که در عقود مختلط، اگر یکی از عقود منحل شود، خیاری که برای طرف معامله ایجاد می شود، خیار تخلف از شرط نخواهد بود، بلکه این انحلال به منزله ی از بین رفتن بخشی از ثمن است و خیاری که برای طرف معامله ایجاد می گردد خیار تبعض صفقه خواهد بود.

با توجه به مطالب گفته شده و برای حفظ هدف قانونگذار از تعیین عقود معین، می توان گفت شروط ضمن عقد یکی از پرکاربردترین نهادهای حقوق قراردادهای ایران است که می توان از آن برای انعقاد پیچیده ترین معاملات استفاده نمود.

منابع

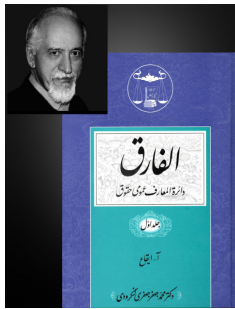
- ۱- انصاری شیخ مرتضی، کتاب المکاسب، جلد ششم، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۳۷۵ ه ش
- ۲- انصاری شیخ مرتضی، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، جلد دوم، تهران، المکتبه المحمدیه، ۱۳۳۲ ه ش
- ۳- دهخدا علی اکبر، لغتنامه دهخدا، جلد سی ام، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۲ ه ش
- ۴- سجایی صراف حسین، شرط ضمنی، چاپ اول، قم، بوستان کتاب، قم، ۱۳۸۰ ه ش
- ۵- طباطبایی یزدی سید محمد کاظم، حاشیه بر مکاسب، جلد دوم، قم، موسسه اسماعیلیان، ۱۳۷۸ ه ش
- ۶- کاتوزیان ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ سی و یکم، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۰ ه ش
- ۷- محقق داماد سید مصطفی، نظریه ی عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، چاپ چهارم، تهران، مرکز نشر علوم انسانی، ۱۳۹۵ ه ش
- ۸- ملا احمد نراقی، عواید الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ ه ق
- ۹- مهدی شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، چاپ چهارم، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۴ ه ش



معرفی کتاب/ الفارق

مهدی علی بابا

اعجاز حقیقت بطریقت دو رقم زد *** اول به قلم بعد به رخسار کتاب است



نام کتاب: الفارق
نویسنده: محمد جعفر جعفری لنگرودی

ناشر: انتشارات گنج دانش
موضوع کتاب: نظریه کلی درباره فلسفه و منطق حقوق

جلد اول شامل: اصطلاحات با حروف «آ» - «ایقاع»
جلد دوم شامل: اصطلاحات با حروف «ب» - «خ»
جلد سوم شامل: اصطلاحات با حروف «د» - «عده»
جلد چهارم شامل: اصطلاحات با حروف «عدل» - «مصارف ترکه»
جلد پنجم شامل: اصطلاحات با حروف «مصحف» - «هبه»

الفارق، اثر دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، حقوق دان معاصر (۱۴۰۱_۱۳۰۲) گرد آوری و نگاشته شده است. این اثر، یک دایره المعارف عمومی حقوقی محسوب می شود که در آن اصلاحت و تعابیر فقهی و حقوقی به ترتیب حروف الفباء با سبکی خاص تبیین و تشریح شده است.

شیوه تدوین این اثر، متفاوت از سایر آثار مشابه استاد همچون ترمینولوژی حقوق و دانشنامه حقوقی است؛ چنانچه در مجموعه، دکتر جعفری لنگرودی، علاوه بر ارائه تعریف جامع و کامل از واژه ها اصطلاح مزبور، به طور استدلالی به بیان مسائل، فروع و فروعات مرتبط با آن پرداخته و نیز به نظریات سایر حقوقدانان و فقهای شیعه و بعضاً اهل سنت با ذکر منبع اشاره می نماید.

وی در اثر دیگر خود، یعنی کتاب (علم حقوق در گذر تاریخ) در خصوص الفارق چنین می نویسد:
بدون تردید با ارائه دو کتاب دوره ای عظیم (مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه همچنین، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام فقه شیعه در میان مذاهب خمس اسلامی در مقام نخست قرار گرفته است، لکن اشکالات دو اثر مذکور در کتاب الفارق رفع گشت و سهل الوصول تر از دو کتاب مذکور نوشته شده. از جمله امتیازات الفارق بر مفتاح الکرامه و جواهر الکرلام: تدوین ما لم یدون است که اهم آن امتیازات محسوب می گردد. مرور بر مذاهب خمس امتیاز دیگر است. وانگهی مقایسه با حقوق و فقه رم در الفارق صورت گرفته که جواهر و مفتاح خالی از آن است. فاصله گرفتن از ضعف تمثیل و اطباء ممل و ایجاز مخّل از دیگر نقاط قوت الفارق است... فلذا سومین هرم علم (الفارق) بسی رفیع تر و استوار تر در کنار دو هرم مذکور (جواهرالکلام و و مفتاح الکرامه) بر جای خود قرار گرفته است.

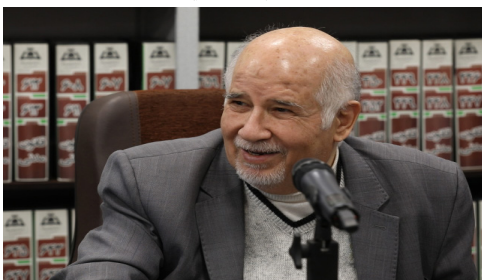
همچنین در بخشی با عنوان «الفارق» به بیان وجه تمایز دیدگاهش در این کتاب با سایر نظرات خود و دیگران می پردازد. در واقع، اساس کار این کتاب بر «ظواهرنظر و فصل الخطاب» است.

این کتاب در بیست و ششمین دوره جایزه کتاب سال، عنوان برترین کتاب را در رشته حقوق از آن خود کرد.

معرفی شخصیت/جناب آقای دکتر سید محمد هاشمی

مهدی شمس الدین

جناب آقای دکتر سید محمد هاشمی متولد سال ۱۳۲۰ هجری شمسی در شهر قم است. حقوق دان و وکیل دادگستری بود. وی عضو شورای عالی کمیسیون حقوق بشر اسلامی و عضو گروه کار بازادستهای خودسرانه کمیسیون حقوق بشر سازمان ملل متحد نیز بود. از ایشان به عنوان پدر حقوق عمومی ایران یاد می شود و آثار بسیار گرانبهایی از ایشان به یادگار مانده است. جناب آقای دکتر سید محمد هاشمی تحصیلات ابتدایی و متوسطه خود را در قم گذراندند. سپس وارد دانشگاه تهران شدند و مدرک کارشناسی خود را در رشته حقوق از دانشکده حقوق دانشگاه تهران گرفتند و برای تحصیل در رشته حقوق عمومی به پاریس سفر کردند. تحصیلات تکمیلی را ابتدا در انستیتیو فرانسوی روابط بین المللی و مدرک دکتری خود را از دانشگاه سوربن فرانسه دریافت کردند. بعد از اخذ مدرک دکتری در همان دانشگاه به سمت هیئت علمی درآمدند.



استاد هاشمی آثار ارزشمندی در زمینه حقوق اساسی و حقوق بشر تألیف نموده اند که امروزه از آنها به عنوان منبع درسی در دانشگاه ها تدریس می شود؛ مانند:

- ۱- حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (جلد اول: اصول و مبانی کلی نظام)
- ۲- حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (جلد دوم: حاکمیت و نهادهای سیاسی)
- ۳- حقوق بشر و آزادی های اساسی
- ۴- نگرش بر قانون کار جمهوری اسلامی ایران (حقوق کار)
- ۵- حقوق اساسی و ساختارهای سیاسی

۱- حقوق کار
دکتر سید محمد هاشمی در طول عمر پر برکت خود فعالیت های اداری و اجرایی مختلفی داشتند. من باب مثال: سرپرستی و ریاست مرکز آموزش مدیریت دولتی - سازمان امور اداری و استخدامی کشور - اسفند ۱۳۵۷ تا ۱۳۵۹ سرپرستی و ریاست مجتمع آموزش عالی قم (دانشکده های فارابی دانشگاه تهران) دانشگاه تهران - اسفند ۱۳۵۷ تا ۱۳۶۲ مشاور حقوقی رئیس جمهور - ریاست جمهوری - ۱۳۶۱-۱۳۶۸ مشاور حقوقی ریاست جمهوری - ریاست جمهوری - ۱۳۶۸-۱۳۸۴ عضو کمیسیون حقوق بشر اسلامی در کانون وکلا مرکز.

جناب آقای دکتر سید محمد هاشمی پس از اینکه به کشور بازگشتند، در پی تأسیس دانشگاه فارابی تلاش نمودند که رشته حقوق عمومی را به عنوان یکی از گرایش های حقوق در مقطع کارشناسی ارشد و دکتری در دانشگاه های ایران ایجاد کنند. طبق مکتب حقوقی ایشان قانون اساسی تنظیم قدرت و تضمین آزادی است. از جمله جوایز ایشان می توان به این موارد اشاره کرد: کسب نشان علمی درجه ۱ دانش، کسب جایزه کتاب شایسته سال ۱۳۷۳ از ریاست جمهوری و کسب جایزه کتاب سال ۱۳۷۵ از ریاست جمهوری بخشی از توفیقات علمی ایشان است. استاد سید محمد هاشمی دارای رتبه ۳۲ و استاد تمام بازنشسته دانشگاه شهید بهشتی می باشند.

متأسفانه در تاریخ ۲۱ بهمن ماه سال ۱۴۰۱ هجری شمسی در سن ۸۱ سالگی، به دیار باقی شتافتند.

روحشان قرین رحمت الهی باد...

