

## تحلیل فقهی مبانی لزوم یا جواز عقد شرکت از منظر فقه اسلامی با نگاهی به رویه قضایی ایران

مهدی جلیلی<sup>۱</sup> - علیرضا فصیحی زاده<sup>۲</sup> - سید محمد صادق طباطبائی<sup>۳</sup>  
تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۹/۴ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۱۲/۴

### چکیده

به علت ماهیت ویژه عقد شرکت، در رابطه با لازم یا جایز بودن آن، اختلاف نظرت اساسی وجود دارد. در حالی که برخی از فقها عقد شرکت را مطلقاً جایز دانسته و در این رابطه ادعای اجماع می نمایند، بعضی دیگر از فقها این عقد را مطلقاً عقدی لازم دانسته و گروه سوم از فقها، عقد شرکت را دارای ماهیتی دوگانه می دانند و در قسمت ایجاد اشاعه، لازم و در قسمت اعطای نیابت در تصرف، جایز قلمداد می نمایند. این اختلاف نظرت به تبع فقه، به دکتترین حقوقی و رویه قضایی نیز کشیده شده است. در این مقاله با رویکردی تطبیقی به مذاهب مختلف اسلامی، با تجزیه و تحلیل دلایل موافقان و مخالفان لزوم یا جواز عقد شرکت، با تأکید بر پاسخ های حلی و نقضی که به دلایل مخالفان و موافقان لزوم یا جواز این عقد داده می شود، در نهایت این نتیجه حاصل می گردد که با توجه به ابهام قانون مدنی و با عنایت به نظر فقهای بزرگی چون شهید ثانی و سید محمد کاظم طباطبائی یزدی و با توجه به اصل ۱۶۷ قانون اساسی، می بایست دیدگاه سوم را صحیح قلمداد نماییم، امری که دکتترین حقوقی و رویه قضایی نیز به آن تمایل بیشتری دارد.

**واژگان کلیدی:** شرکت، عقد، لازم، جایز، رویه قضایی.

<sup>۱</sup> . دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه اصفهان

<sup>۲</sup> . استادیار حقوق خصوصی دانشگاه اصفهان ( نویسنده مسئول)

fasihizadeh@ase.ac.ir

<sup>۳</sup> . دانشیار حقوق خصوصی دانشگاه اصفهان

## مقدمه

یکی از مهم‌ترین تقسیم‌بندی‌های ارائه‌شده در فقه و به تبع آن در قانون مدنی ایران، تقسیم‌بندی عقود به لازم و جایز می‌باشد. عقد لازم بر اساس ماده ۱۸۵ قانون مدنی آن است که به جز در مواردی که در قانون پیش‌بینی گردیده، هیچ‌یک از طرفین معامله حق فسخ آن را ندارند و در مقابل عقد جایز بر اساس ماده ۱۸۶ این قانون آن است که هر یک از طرفین هر زمانی که اراده کنند می‌توانند آن را فسخ نمایند. با توجه به آثار فراوان و متفاوتی که لازم یا جایز بودن یک عقد می‌تواند به همراه داشته باشد، تشخیص این امر که عقدی لازم است یا جایز از اهمیت بسیار زیادی برخوردار است. پیرامون لازم یا جایز بودن بسیاری از عقود، نه تنها در فقه، بلکه در دکترین حقوقی و رویه قضایی هیچ اختلاف نظری وجود ندارد، به عنوان مثال در لازم بودن بیع و اجاره و در جایز بودن ودیعه، وکالت و عاریه هیچ اختلاف نظری میان فقها و حقوقدانان وجود ندارد.<sup>۱</sup> در مقابل، به علت ماهیت ویژه برخی از عقود، در لازم یا جایز بودن آنها اختلاف نظر فراوانی در فقه مذاهب مختلف اسلامی و به تبع آن در دکترین حقوقی وجود دارد، اختلاف نظرانی که به رویه قضایی نیز کشیده شده و باعث صدور آرای مختلف و گاه کاملاً متضاد گردیده است. از جمله این عقود، عقد شرکت است که به علت اختلاف نظر زیاد در فقه و در کنار آن ابهام و اجمال قانون مدنی در رابطه با لازم یا جایز بودن آن، وحدت نظری وجود ندارد.<sup>۲</sup> تفاوت دیدگاه‌ها در رابطه با لزوم یا جواز عقد شرکت آن قدر زیاد است که این اختلاف نظر، نه تنها در میان فقهای مذاهب مختلف اسلامی وجود دارد، بلکه حتی میان فقهایی که از لحاظ مذهب با یکدیگر همسو می‌باشند نیز این اختلاف نظر کاملاً هویدا و آشکار است. برخی از فقها از جمله بسیاری از فقهای مالکی و برخی فقهای امامیه با تمسک به عموم و اطلاق آیات و روایاتی که بر وفای به عهد تأکید نموده و با توجه به اصالة اللزوم، این عقد را به طور مطلق از جمله

۱. عتیقی، محمد عبیدالله، عقود الشركات، در اسسه فقهیه مقارنه مع موجز فی القانون الكويتی، (الکویت: مکتبه ابن کثیر، ۱۴۱۷ ق). ص ۶۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دایره المعارف عمومی حقوق، الفارق، جلد ۴، (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۶). ص ۹۲.

۲. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، درس‌هایی از عقود معین، جلد اول، (تهران: انتشارات کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۵). ص ۳۰۲. حکیم، محمدسعید، منهاج الصالحین، (بیروت، دارالصفوه، ۱۴۱۶ ق). ص ۱۶۶. ابن الرفعه، ابی العباس نجم الدین احمد بن محمد، کفایه التنبیه، شرح التنبیه، جلد دهم، (بیروت: دارالکتب العلمیه، ۱۴۳۰ ق). ص ۱۹۷. موسوی خمینی، روح الله، تحریر الوسیله، جداول، (قم: انتشارات دارالعلم، ۱۳۷۴). ص ۵۸۸.

عقود لازم می‌دانند.<sup>۱</sup> دیدگاه برخی دیگر از فقها از جمله بسیاری از فقهای فقه حنفی و امامیه و معدود فقهای شافعی و حنبلی آن است که با توجه به آن که ماهیت عقد شرکت به ماهیت عقد جایز و کالت نزدیک می‌باشد<sup>۲</sup> و در هر دو عقد، عنصر اصلی، اذن و نیابت است، عقد شرکت مطلقاً جایز بوده<sup>۳</sup> و تمام آثار عقد جایز از جمله منفسخ شدن در اثر فوت یا جنون یکی از شرکا را بر آن بار می‌نمایند.<sup>۴</sup> در کنار این دو دیدگاه، عده‌ای دیگر از فقها از جمله برخی فقهای امامیه، شافعی و حنفی برای عقد شرکت، ماهیت و چهره‌ای دوگانه در نظر گرفته‌اند<sup>۵</sup> و قسمتی از عقد شرکت که باعث ایجاد اشاعه در مالکیت می‌شود را لازم دانسته و قسمتی از عقد شرکت را که اثر آن اذن هر یک از شرکا به شریک دیگر در تصرف در مال موضوع شرکت است را جایز قلمداد می‌نمایند.<sup>۶</sup>

با توجه به آثار بسیار متفاوت حقوقی که هر یک از این دیدگاه‌ها به همراه دارد، نیاز به این موضوع احساس می‌گردد که پاسخ سوال اصلی این مقاله با موشکافی بیشتری مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد. در راستای این موضوع، نیازمند بررسی مبانی نظری و فقهی لزوم یا

۱. عتیقی، پیشین، ص ۶۳. مکارم شیرازی، ناصر، رساله توضیح المسائل، چاپ چهل و سوم، (قم: انتشارات مدرسه امام علی ابن ابی طالب، ۱۳۸۴). ص ۳۴۵.
۲. الرازی، حسام الدین علی بن مکی، خلاصه الدلائل فی تنقیح المسائل، جلد اول، (الریاض: مکتبه الرشد ناشرون، ۱۴۲۸ ق). ص ۴۷۹. البرنی، محمدعاشق الهی، التسهیل للضروری لمسائل القدوری، (کراتشی: مکتبه الشیخ، ۱۴۲۸ ق). ص ۲۸۱. ابن تیمیه الحزانی، أبو البرکات، مجدالدین، المحرر فی الفقه علی مذهب الإمام أحمد بن حنبل، الجزء الاول، (ریاض: المکتبه المعارف، ۱۴۰۴ ق). ص ۲۵۴.
۳. الغزالی، ابی حامد محمد بن محمد بن محمد، الوجیز فی فقه الامام الشافعی، جداول، (بیروت: شرکه دارالارقم بن ابی الارقم، ۱۴۱۸ ق). ص ۳۵۸. محقق حلی، نجم الدین جعفر بن الحسن، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، جداول، (بیروت: دارالقاری، ۱۴۲۵ ق) ص ۳۸۸.
۴. طوسی، ابوجعفر محمد بن الحسن بن علی، المبسوط فی فقه الامامیه، جلد دوم، (بیروت: دارالکتاب الاسلامی، بی تا) ص ۳۵۳. البحرانی، یوسف بن احمد، الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره، جلد بیست و هشتم، (بیروت: انتشارات دارالاضواء، ۱۴۰۵ ق). ص ۱۷۰. النووی، یحیی الدین بن شرف، التکمله الثانيه المجموع شرح المذهب، الجزء الرابع عشر، (المدینه المنوره: المکتبه السلفیه، بی تا). ص ۸۹.
۵. شهید ثانی، زین الدین بن علی العاملی، حاشیه المختصر النافع، (قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۲۲ ق). ص ۱۰۹. طباطبایی یزدی، محمد کاظم، العروه الوثقی، الجزء الثاني، (بیروت: الدار الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق). ص ۵۳۲. برکات، السید عمر، فیض الاله المالک فی حل الفاظ عمدہ السالک و عمدہ الناسک، جلد دوم، (بی جا: شرکه مکتبه مصطفی البانی الحلبي و اولاده، ۱۳۷۲ ق). ص ۴۶۳. ابن نجیم، زین الدین بن ابراهیم بن محمد، البحر الرائق، شرح کنز الدقائق و منحه الخالق و تکمله الطوری، الجزء الخامس، (بیروت: دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۸ ق). ص ۳۰۷.
۶. حکیم، پیشین، ص ۱۶۶. الفقی، محمد علی عثمان، فقه المعاملات، دراسه مقارنه، (الریاض: للنشر دارالمریخ، ۱۴۰۶ ق). ص ۲۹۹. کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۳۰۲. القزوی، ابی القاسم عبدالکریم بن محمد، المحرر فی فقه الامام الشافعی، (بیروت: دارالکتب العلمیه، ۱۴۲۶ ق). ص ۱۹۳.

جواز در عقود به معنای اعم می‌باشیم تا با مشخص شدن این مبانی، با دیدی روشن‌تر، به بررسی لزوم یا جواز عقد شرکت پردازیم، به خصوص آن که تعریفی نیز که هر یک از فقها از این عقد ارائه نموده‌اند در بسیاری از موارد با یکدیگر متفاوت بوده و این تفاوت دیدگاه‌ها در تعریف این عقد، تأثیر مستقیم بر تفاوت دیدگاه‌های فقها و حقوقدانان در رابطه با لزوم یا جواز عقد شرکت گذاشته است. در این مقاله ضمن نیم‌نگاهی به رویه قضایی، در ابتدا به بررسی مبانی لزوم و جواز عقود پرداخته و بعد از آن، نظرات و دلایل مخالفان و موافقان لزوم یا جواز عقد شرکت در کتب فقهی مذاهب مختلف اسلامی و به تبع آن در دکترین حقوقی، با پاسخ‌های حلی و نقضی که به دلایل آن‌ها داده می‌شود، مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرد. از آن جهت که مقاله صرفاً جنبه گزارشی نداشته و حالت علمی، تحقیقاتی یابد، در مورد دلایل مخالفین و موافقین لزوم یا جواز عقد شرکت، مقارنه‌ای کامل انجام داده تا زمینه فهم بهتر این موضوع فراهم گردد که با توجه به ابهام و اجمال قانون مدنی در این زمینه و اصل ۴ و ۱۶۷ قانون اساسی، عقد شرکت، عقدی لازم به حساب می‌آید یا جایز؟

### ۱- مبانی لزوم و جواز عقود

بدون شک تحلیل دقیق لزوم یا جواز عقد شرکت به عنوان یکی از عقود معین، زمانی بهتر صورت می‌گیرد که ابتدا مبانی لزوم و جواز عقود و قراردادهای، مورد بررسی و موشکافی قرار گیرد تا بر پایه و اساس آن مبانی، پاسخ این سوال به گونه‌ای دقیق‌تر داده شود که آیا عقد شرکت از جمله عقود لازم است یا در زمره عقود جایز قرار می‌گیرد. از همین رو در این قسمت مقاله، صرفاً دیدگاه‌هایی که فقها و حقوقدانان در رابطه با مبانی لزوم و جواز عقود و قراردادهای دارند، مورد اشاره قرار می‌گیرد تا با بهره‌مندی از این مبانی در قسمت دوم مقاله، راه به سوی پاسخ سوال اصلی این مقاله هموارتر گردد:

#### ۱-۱- حکم شارع، به عنوان مبانی لزوم و جواز عقد

عده‌ای از فقها بر این اعتقادند که اگرچه از عموم و اطلاق آیاتی مانند آیه ۱ سوره مبارکه مائده «یا ایها الذین آمنوا أوفوا بالعقود» یا آیه ۱۷۷ سوره مبارکه بقره «والمؤفون بعهدهم إذا عاهدوا» یا روایت «لا دین لمن لا عهد له» و از دلالت التزامی و دلالت مطابقی بسیاری دیگر از

آیات و روایات که حاکی از وفای به عهد است، این اصل برداشت می‌شود که اصل بر لزوم قراردادها می‌باشد،<sup>۱</sup> اما با این وصف ماهیت لازم یا جایز بودن یک عقد از جمله احکام شرعی و حکمی محسوب می‌شود و از همین رو این که عقدی را لازم بدانیم یا جایز بستگی به نظر شرع در رابطه با آن عقد داشته و سایر مقتضیات مانند اراده متعاملین یا مقتضیات عرفی زمان در رابطه با لزوم یا جواز عقد مؤثر در مقام نیست، چراکه لزوم و جواز به عنوان یک حکم شرعی، امری خارج از ماهیت عقد می‌باشد. بر اساس این دیدگاه، از یک سو درج شرط لزوم در یک عقد جایز، نه به علت مخالف با مقتضای ذات عقد، بلکه به علت مخالفت با حکم شرع، شرطی نامشروع و باطل محسوب می‌گردد. از سوی دیگر چون لزوم و جواز یک عقد، از جمله مقتضیات و احکام شرعی محسوب می‌گردد، از همین رو اگر اقتضا و حکم شرعی یک عقد مانند نکاح لزوم باشد، این لزوم چون حکم محسوب می‌گردد، قابلیت اسقاط ندارد و به این ترتیب امکان تبدیل یک عقد لازم به جایز یا تبدیل یک عقد جایز به عقد لازم وجود ندارد،<sup>۲</sup> چراکه التزام به ضد حکم شرعی آن، به علت مخالفت با کتاب و سنت باطل می‌باشد. بر اساس این دیدگاه لزوم و جواز هر عقد از جمله احکام تأسیسی بوده که توسط شارع مقدس مشخص شده و اراده طرفین عقد یا مقتضیات زمانی و مکانی و عرف حاکم بر معاملات جامعه در آن تأثیر مستقیمی ندارد. این دیدگاه به تبع از فقه به میان برخی از حقوقدانان نیز سرایت نموده، به طوری که در برخی از دکترین‌های حقوقی این اعتقاد، به صراحت مورد تأیید قرار گرفته که هم لزوم و هم جواز عقد از جمله احکام شرعی تأسیسی محسوب می‌گردند و طرفین عقد نمی‌توانند با اراده خویش ذات یک عقد لازم را به جایز یا ذات یک عقد جایز را به لازم تبدیل نمایند.<sup>۳</sup>

## ۲-۱- عرف حاکم بر معاملات، به عنوان مبانی لزوم یا جواز عقود

در مقابل دیدگاه فوق، عده‌ای دیگر از فقها و حقوقدانان برای تعیین مبانی لزوم یا جواز

۱. قاسم زاده، سیدمرتضی، ره پیک، حسن، کیایی، عبدالله، تفسیر قانون مدنی: اسناد، آراء و اندیشه های حقوقی، (تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۴). ص ۷۲.

۲. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، (تهران: نشر دادگستر، ۱۳۷۷). ص ۱۹۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مجموعه محشی قانون مدنی، (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۹). ص ۱۶۰.

۳. شهیدی، مهدی، اصول قراردادها و تعهدات، (تهران: نشر مجد، ۱۳۸۸). ص ۲۳. حائری شاهباغ، سیدعلی، شرح قانون مدنی، جلد اول، (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۶). ص ۱۴۶. باقری پور، نرگس، مبانی لزوم و جواز در قراردادها، مجله کانون، شماره ۱۳۸، (۱۳۹۱). ص ۱۰۸.

عقود، راه و استدلالی دیگر بر مبنای سیره عقلا و عرف حاکم بر معاملات در پیش گرفته‌اند. بر اساس دیدگاه این دسته از فقها و حقوقدانان ریشه و مبنای لزوم و جواز یک عقد، در این موضوع نیست که لزوم یا جواز عقد را از جمله احکام شرعی و حکمی بدانیم، بلکه ریشه و مبنای لازم یا جایز بودن هر عقد را به طور مجزای می‌بایست در عرف حاکم بر معاملات آن جامعه، مصالح مدنظر عرف جامعه و اهداف نوعی متعاقدين از آن عقد جستجو کرد،<sup>۱</sup> به عنوان مثال، بیع، نکاح و اجاره قبل از حکم امضایی شارع در رابطه با لزوم آنها، بر مبنای عرف و مصالح حاکم بر جامعه و اهداف نوعی متعاملین آن، از جمله عقود لازم به حساب می‌آمده و عقود مانند وکالت جایز محسوب می‌شده است.<sup>۲</sup> بر اساس این دیدگاه لزوم و جواز عقد از جمله مقتضیات اطلاق هر عقد و حکمی عقلایی و عرفی به حساب آمده و از همین رو امکان درج شرط خلاف آن وجود دارد؛ به طوری که متعاملین حتی اگر نسبت به لازم یا جایز بودن عقدی جاهل باشند، با اراده خویش می‌توانند عقد لازمی را به عقد جایز یا عقد جایزی را به عقد لازم تبدیل نمایند.<sup>۳</sup> این دیدگاه فقها در حقوق موضوعه نیز گسترش یافته و برخی از حقوقدانان لزوم و جواز را از مقتضیات اطلاق عقد دانسته و از همین رو شرط خلاف آن را شرطی صحیح و دارای اعتبار حقوقی می‌دانند.<sup>۴</sup> ایرادی که بر این دیدگاه وارد می‌باشد آن است که عرف حاکم بر معاملات از محلی به محل دیگر و از زمانی تا زمان دیگر ممکن است متفاوت باشد و از همین رو اعتقاد به آن که عرف حاکم بر معاملات تنها معیار برای تشخیص لزوم یا جواز عقود است، به علت شکننده بودن عرف، نمی‌تواند ملاکی انحصاری و صحیح باشد.<sup>۵</sup>

### ۳-۱- اراده متعاملین، به عنوان مبنای لزوم یا جواز عقود

بر مبنای دیدگاه سوم، ریشه و مبنای لازم یا جایز بودن یک عقد به این موضوع بستگی

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دایره المعارف عمومی حقوق، الفارق، جلد ۴، (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۶). ص ۹۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، لزوم و جواز در عقود و ایقاعات، تحولات حقوق خصوصی، (تهران: موسسه انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۱). ص ۵۲.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دوره حقوق مدنی حقوق تعهدات، جلد اول، (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۴). ص ۱۳۶.

۳. حسینی مراغی، میرفتاح، العناوین، جلد دوم، (قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق). ص ۳۸.

۴. دانی، عبدالرسول، حقوق مدنی، قواعد حقوقی قراردادها، (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۵). ص ۳۲.

۵. باقری پور، نرگس، پیشین، ص ۱۰۸.

دارد که با توجه به مقتضیات ذاتی هر عقد، لزوم و جواز آن عقد، امری حقی است یا حکمی. از همین رو مبانی لازم یا جایز بودن عقد موردنظر، نه در احکام شرعی و نه در عرف حاکم بر معاملات است، بلکه این اراده متعاملین می‌باشد که در مواردی که لزوم و جواز حقی است تصمیم می‌گیرد عقد منعقد شده لازم باشد یا جایز،<sup>۱</sup> از همین رو می‌بایست بین عقود مانند نکاح که لزوم آن، لزوم حکمی به حساب می‌آید و عقود مانند بیع و اجاره که لزوم آنها لزوم حقی محسوب می‌شود، قائل به تفکیک شد. به این نحو که اگر لزوم و جواز در عقدی جنبه حقی داشته باشد، طرفین عقد می‌توانند با اراده خویش این حق را از عقد سلب نموده و به عنوان مثال عقد لازمی را به عقد جایز یا عقد جایزی را به لازم تبدیل نمایند،<sup>۲</sup> به عنوان نمونه جواز عقد ودیعه، جواز حقی به حساب می‌آید؛ بنابراین می‌توان این عقد جایز را با اراده طرفین به عقد لازم تبدیل نمود؛ اما لزوم در عقدی مانند نکاح، لزوم حکمی می‌باشد و از همین رو امکان درج شرط خلاف آن وجود ندارد و اراده طرفین برخلاف آن فاقد هرگونه اثر می‌باشد.<sup>۳</sup>

دیدگاه این دسته از فقها و حقوقدانان از دو نظر قابل خدشه است، از یک سو در کتب این دسته از فقها و حقوقدانان به طور دقیق مشخص نیست که چه خصوصیتی در هر یک از عقود باعث می‌شود که لزوم و جواز آن را حقی دانسته یا آن را لزوم و جواز حکمی بدانیم.<sup>۴</sup> سوالی که در پاسخ به آن چون ملاکی دقیق وجود ندارد، ثمره‌ای دقیق و عملی نیز به همراه نخواهد داشت. از سوی دیگر اگرچه این امر که اگر عقد جایزی را ضمن یک عقد لازم بیاوریم، به تبع عقد لازم، آن عقد جایز نیز لازم می‌گردد در میان فقها و حقوقدانان مشهور است،<sup>۵</sup> اما این گفته حاکی از آن است که عقد جایز غیر قابل رجوع می‌شود، نه آن که تغییر ماهیت داده و به عقدی لازم تبدیل شود و خصوصیت اصلی عقد جایز که انفساخ به هنگام جنون و مرگ است را از دست بدهد، بنا به همین دلیل اگر عقد و کالتی که جایز است، در ضمن یک عقد

۱. مدنی، جلال الدین، حقوق مدنی، (تهران: انتشارات پایدار، ۱۳۸۵). ص ۵۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دایره المعارف عمومی حقوق، الفارق، جلد ۴، (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۶). ص ۳۱۳.  
 ۲. صفایی، حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، تعهدات و قراردادها، جلد دوم، (تهران: چاپ میهن، ۱۳۵۱). ص ۲۴.  
 ۳. حکیم، سیدمحسن، مستمسک العروه الوثقی، جلد ۱۲، (قم: انتشارات مکتبه السید المرعشی، ۱۴۰۴ ق). ص ۵۱.  
 ۴. خویی، محمدتقی، مبانی العروه الوثقی، (قم: موسسه البلاغ، ۱۴۱۴ ق). ص ۸۱.  
 ۵. موسوی خمینی، پیشین، ص ۵۸۸.



لازم مانند بیع آورده شود، اگرچه به این دلیل که عقد جایز، ضمن عقد لازم آمده، از سوی هر یک از طرفین غیرقابل رجوع است، اما در چنین حالتی نیز با فوت یکی از طرفین، عقد وکالت که ماهیت اصلی خود پیرامون جواز را از دست نداده، منفسخ می‌گردد،<sup>۱</sup> اما عقد بیع به علت ماهیت لازم خود، حتی با وجود فوت یکی از طرفین عقد، هم چنان پابرجا می‌ماند.<sup>۲</sup> ایراد دیگر بر این دیدگاه آن است که این امر که لازم یا جایز بودن یک عقد را به طور کامل وابسته به نظر متعاملین نماییم، این مشکل اساسی را به همراه دارد که معمولاً افراد جامعه که از امور حقوقی اطلاعی ندارند، هیچ‌گاه لزوم یا جواز را در ضمن اراده خویش نمی‌آورند و در عین حال بر اساس این دیدگاه هیچ عقدی حتی عقد بیع ماهیتی ثابت ندارد، چراکه ممکن است در عقدی متعاملین، اراده به جواز آن داشته باشند و متعاملین دیگر اراده بر لزوم آن، امری که اعتقاد به آن می‌تواند نتایج عجیب و متفاوتی به همراه داشته باشد.<sup>۳</sup>

#### ۴-۱- نظر برگزیده

با توجه به دیدگاه‌های فوق و ایراداتی که بر هر یک از آن‌ها وارد بود، آنچه صحیح به نظر می‌رسد آن است که لزوم و جواز، از جمله حقوق متعاملین به حساب نمی‌آید تا بتوان برخلاف آن تراضی نمود، بلکه لزوم و جواز از جمله قواعدی هستند که ریشه در اراده شارع و عرف حاکم بر معاملات داشته و طرفین عقد به هیچ‌وجه نمی‌توانند با توافق یکدیگر ذات یک عقد لازم را به ذاتی متفاوت یعنی عقد جایز تبدیل نمایند.<sup>۴</sup> به عبارت دیگر در هر جامعه اصولاً در مبحث عقود و معاملات ارتکازاتی وجود دارد که این ارتکازات به عنوان مبنای لزوم و جواز هر یک از عقود قرار می‌گیرد و قانون‌گذار عرفی نیز با توجه به ارتکاز جامعه، لزوم و جواز هر یک از عقود را تعیین می‌نماید یا بنا به مصالحی تغییراتی در آن می‌دهد.

۱. طوسی، ابوجعفر محمد بن الحسن بن علی، المبسوط فی فقه الامامیه، جلد دوم، (بیروت: دارالکتاب الاسلامی، بی تا)، ص ۳۵۳.

۲. شهیدی، مهدی، پیشین، ص ۲۴. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد اول، (تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۷۰)، ص ۱۶۲.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، ص ۹۴. باقری پور، نرگس، پیشین، ص ۱۱۲.

۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، ص ۱۵۸. شهیدی، مهدی، پیشین، ص ۲۳. باقری پور، نرگس، پیشین، ص ۱۱۱. برادران، دلاور، لزوم و جواز عقود از دیدگاه وصف حقی یا حکمی، «مجله تحقیقات حقوقی»، شماره ۵۸، (۱۳۹۱)، ص ۴۵۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مجموعه محشی قانون مدنی، (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۹)، ص ۱۵۸. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، قرارداد، ایقاع، (تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳)، ص ۲۱. حائری شاهباغ، سیدعلی، پیشین، ص ۱۴۶.



## ۲- لزوم و جواز عقد شرکت

در میان فقهای مذاهب مختلف اسلامی، زیربنای فکری در رابطه با مبنای لزوم یا جواز عقود با یکدیگر متفاوت است. این تفاوت دیدگاه‌ها در عقد شرکت نمایان‌تر می‌باشد، به نحوی که در رابطه با این موضوع که عقد شرکت و انواع رایج فقهی آن یعنی شرکت عنان، اعمال، وجوه و مفاوضه، عقدی لازم به حساب می‌آیند یا جایز، اختلاف نظر اساسی بین فقهای مذاهب اسلامی وجود دارد.<sup>۱</sup> با توجه به ابهام و اجمال قانون مدنی در این زمینه، ریشه این اختلافات به تبع فقه به دکتترین حقوقی و بعد از آن به رویه قضایی نیز کشیده شده است. همان‌طور که گفته شد در رابطه با لزوم یا جواز عقد شرکت سه دیدگاه متفاوت در میان فقها و حقوقدانان وجود دارد. عده‌ای از آن‌ها عقد شرکت را به‌طور مطلق عقدی جایز می‌دانند.<sup>۲</sup> و حتی در این زمینه ادعای اجماع می‌نمایند.<sup>۳</sup> در مقابل، عده‌ای دیگر از فقها و حقوقدانان این عقد را به‌طور مطلق عقدی لازم دانسته<sup>۴</sup> و در نهایت نظر سوم آن است که عده‌ای از فقها و حقوقدانان عقد شرکت را در قسمتی که باعث ایجاد اشاعه می‌گردد، عقدی لازم و در قسمتی که باعث اذن هر شریک به شریک دیگر در رابطه با تصرف در مال موضوع شرکت می‌شود، جایز می‌دانند.<sup>۵</sup> در این قسمت مقاله، نظرات فقها و حقوقدانان که با توجه به تعاریفی که از عقد شرکت ارائه می‌نمایند، متفاوت است، مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرد تا با پاسخ‌های حلی و نقضی که به استدلال‌های هر یک از آن‌ها داده می‌شود، در نهایت زمینه فهم بهتر این موضوع که عقد شرکت، عقدی لازم است یا جایز فراهم گردد:

### ۲-۱- عقد شرکت، عقدی جایز

برخی از فقها، پایه و اساس اصلی تعریف عقد شرکت را اذن هر یک از شرکا به شریک

۱. ابن الرفعه، پیشین، ص ۱۹۷. موسوی خمینی، پیشین، ص ۵۸۸.

۲. طوسی، پیشین، ص ۳۵۳. البرنی، پیشین، ص ۲۸۱. الرازی، پیشین، ص ۴۷۹.

۳. البحرانی، پیشین، ص ۱۷۰.

۴. مکارم شیرازی، ناصر، پیشین، ص ۱۷۰. عیسی، عبده، العقود الشرعیه الحاکمه للمعاملات المالیه المعاصره، (قاهره: مکتبه الاقتصاد الاسلامی، ۱۳۹۶ق). ص ۳۶.

۵. عتیقی، پیشین، ص ۹۱. برکات، پیشین، ص ۴۶۳. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، درس‌هایی از عقود معین، جلد اول، (تهران: انتشارات کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۵). ص ۳۰۲. حکیم، محمدسعید، منهاج الصالحین، (بیروت: دارالصفوه، ۱۴۱۶ق). ص ۱۶۶.

دیگر در اداره مال موضوع مشارکت و نه ایجاد حالت اشاعه می‌دانند. با اندک تغییراتی در الفاظ، این دسته از فقها معمولاً عقد شرکت را این گونه تعریف نموده‌اند که عقد شرکت، عقدی است که ثمره آن جواز تصرف مالکین متعدد در یک چیز به نحو اشاعه می‌باشد.<sup>۱</sup> با توجه به این تعریف از عقد شرکت، این دسته از فقها و حقوقدانان بر این اعتقادند که عقد شرکت، مطلقاً عقدی جایز می‌باشد،<sup>۲</sup> از همین رو هر یک از شرکا هر زمان که اراده نمایند می‌توانند حالت اشاعه ایجاد شده به واسطه عقد شرکت را بر هم زنند.<sup>۳</sup> مبنای فکری این دسته از فقها که در این زمینه ادعای اجماع نیز دارند از یک سو آن است که در دید آن‌ها ماهیت اصلی عقد شرکت که باعث ایجاد اشاعه در مالکیت بین شرکا می‌گردد، عقد وکالت است که این عقد از جمله عقود جایز به حساب می‌آید،<sup>۴</sup> چرا که به واسطه اذن هر یک از شرکا به دیگری هر شریک اجازه تصرف در مال مشترک را پیدا می‌نماید و چون مبنای اجازه تصرف در مال مشترک، اذن می‌باشد، این اذن به واسطه صفت ذاتی خود همیشه قابلیت رجوع دارد.<sup>۵</sup> از سوی دیگر اقتضای قاعده فقهی تسلیط آن است که هر یک از شرکا نسبت به مال خویش تسلط داشته باشد و هر زمان که اراده نماید، هم بتواند با بر هم زدن حالت اشاعه از اصل شراکت رهایی یابد و هم از اذنی که به سایر شرکا در رابطه با تصرف در مال موضوع مشارکت داده است، زیرا اصل بر آن است که انسان، دیگری را در مال خود شریک نمی‌نماید و اگر شریک نمود هر زمان بخواهد می‌تواند به اصل اولیه که عدم شراکت است، برگردد و هر مالکی به طور مستقل در مال خود مداخله نماید.<sup>۶</sup>

۱. علامه حلی، الامام جمال الدین حسن بن یوسف المطهر، تبصره المتعلمین فی احکام الدین، (بیروت: موسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۴ ق.)، ص ۱۳۷.

۲. البرنی، پیشین، ص ۲۸۱. الشافعی، احمد بن عبدالرحیم، تحریر الفتاوی علی التنبیه و المنهاج و الحاوی، (جده: دار المنهاج، ۱۴۳۲ ق.)، ص ۹۰. حائری شاهباغ، سیدعلی، پیشین، ص ۵۲۵. بروجردی عبده، محمد، حقوق مدنی، (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۰)، ص ۳۳۱.

۳. محقق حلی، نجم الدین جعفر بن الحسن، المختصر النافع فی فقه الامامیه، (بیروت: دارالاضواء، ۱۴۰۵ ق.)، ص ۱۷۳. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعه، المضاربه، الشرکه، (قم: مرکز فقه الائمه الاطهار (ع)، ۱۳۸۳ ش.)، ص ۱۱۲.

۴. الغزالی، پیشین، ص ۳۵۸.

۵. طوسی، پیشین، ص ۳۵۳.

۶. نجفی، شیخ محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد هفدهم، (بیروت: دارالحیاء التراث العربی، ۱۴۰۲ ق.)، ص ۳۱۰.

در دیدگاه این دسته از فقها، چون عقد شرکت به صورت ذاتی عقدی جایز به حساب می‌آید،<sup>۱</sup> حتی با وجود درج شرط مدت در ضمن آن، باز هم هر یک از شرکا، هر زمان که بخواهد می‌تواند از اذن خود رجوع نماید،<sup>۲</sup> زیرا در دید آن‌ها، تنها اثر شرط مدت در ضمن عقد شرکت آن است که بعد از انقضای مدت ذکر شده در عقد، تصرف در مال موضوع مشارکت، مستلزم اذن جدید شرکا به یکدیگر می‌باشد،<sup>۳</sup> اما اصل اشاعه چه در مدتی که در عقد ذکر شده و چه پس از آن از بین نمی‌رود، مگر با تقسیم یا از بین رفتن مال موضوع مشارکت.<sup>۴</sup> در عین حال که به علت جایز بودن عقد شرکت، با فوت یا جنون هر یک از شرکا، عقد شرکت منفسخ می‌گردد.<sup>۵</sup>

استدلال و استناد این دسته از فقها در رابطه با وجود اجماع در رابطه با جایز بودن عقد شرکت قابل خدشه است، زیرا علی‌رغم اختلاف نظراتی که بین فقهای مذاهب مختلف اسلامی پیرامون اجماع وجود دارد و بر اساس این تفاوت دیدگاه‌ها می‌توان گفت اجماع معتبر نزد فقهای اهل سنت و فقهای امامیه لفظی است که علی‌رغم اشتراک لفظی دارای تباین معنوی است، به نظر می‌رسد ادعای اجماع پیرامون جواز عقد شرکت به دلایل زیادی نمی‌تواند درست باشد، زیرا از یک سو تعریف کلی اجماع، اتفاق نظر و هم رأیی در حکمی از احکام شرعی می‌باشد که چنین اتفاق نظری در رابطه با جواز عقد شرکت وجود ندارد، چرا که بسیاری از فقهای متقدم و متأخر مذاهب مختلف اسلامی به جواز عقد شرکت اعتقاد نداشته، بلکه به صراحت آن را از جمله عقود لازم دانسته‌اند.<sup>۶</sup> از سوی دیگر علی‌رغم آن که اکثر فقهای اهل سنت اجماع را دلیل مستقل و ذاتی و در عرض کتاب و سنت می‌دانند، اما از دیدگاه فقهای امامیه، اجماع دارای حجت ذاتی

۱. النووی، پیشین، ص ۸۹ المالکی، ابو محمد عبدالوهاب البغدادی، التلقین فی الفقه المالکی، جلد اول، (ریاض: مکتبه نزار مصطفی الباز، بی تا). ص ۴۱۳.

۲. نجفی، پیشین، ص ۳۰۹. محقق حلی، نجم الدین جعفر بن الحسن، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، جلد اول، (بیروت: دارالقاری، ۱۴۲۵ ق. ص ۳۸۸. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد دوم، (تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۵۵). ص ۱۳۲.

۳. مروارید، علی اصغر، سلسله الینایع الفقهیه، (بی جا: موسسه فقه الشیعه، بی تا). ص ۴۰۱. محقق حلی، نجم الدین جعفر بن الحسن، المختصر النافع فی فقه الامامیه، (بیروت: دارالاضواء، ۱۴۰۵ ق). ص ۱۷۳.

۴. البحرانی، پیشین، ص ۱۷۰. برکات، پیشین، ص ۴۶۳. شهید ثانی، زین الدین بن علی العاملی، مسالک الافهام الی تفتیح شرایع الاسلام، (قم: انتشارات موسسه المعارف اسلامی، ۱۴۱۳ ق). ص ۱۰۹.

۵. برکات، پیشین، ص ۴۷. محقق حلی، پیشین، ص ۳۸۸. ابن الرفعه، پیشین، ص ۱۹۷. بروجردی عبده، محمد، پیشین، ص ۳۳۱.

۶. عبده، پیشین، ص ۳۶. مکارم شیرازی، ناصر، پیشین، ص ۳۴۵.

نبوده و در رابطه با هر موضوعی مانند لزوم یا جواز عقد شرکت وقتی قابلیت استناد و حجیت دارد که کاشف از قول معصوم (ع) باشد<sup>۱</sup> و چنین کاشفیتی در رابطه با جواز عقد شرکت وجود ندارد، به طوری که می‌توان اعتقاد داشت اجماع مورداشاره در دید فقیهانی که ادعای اجماع پیرامون جواز عقد شرکت نموده‌اند،<sup>۲</sup> اجماع محصل نیست که در آن با بررسی و تتبع در منابع مختلف اسلامی، اتفاق نظر همه فقها در رابطه با این موضوع حاصل شده باشد، بلکه اجماع اشاره شده اجماع اجتهادی است که حجیت ندارد، زیرا در این اجماع فقیه اتفاق نظر فقهای دیگر را در مسئله جواز عقد شرکت به واسطه وجود امارات و قرائنی که در ذهن خویش داشته، استنباط نموده و بر این اساس حدس خویش را ملاک و معیار قرار داده و در رابطه با جواز عقد شرکت ادعای اجماع نموده است.<sup>۳</sup> از سوی دیگر اگر اجماع قابل استناد و دارای حجیت در زمینه جواز عقد شرکت یا هر موضوع دیگر وجود داشته باشد، چون اجماع در یک زمینه به تنهایی حجیت دارد، استناد به همان اجماع کفایت می‌نمود و نیاز به ارائه دلایل دیگر نبود، بنابراین ذکر دلایل مختلف دیگر مانند وجود شباهت بین عقد شرکت و عقد وکالت، در کنار ادعای اجماع، نشان می‌دهد این اجماع کاشف از قول معصوم (ع) نبوده و جواز عقد شرکت در دیدگاه این فقها مستند به دلایل دیگر است و از این رو می‌توان گفت اجماع ادعاشده پیرامون جواز عقد شرکت از نوع اجماع مدرکی بوده که این نوع اجماع در دیدگاه اکثر فقها حجیت ندارد تا بتوان به آن استناد نمود.<sup>۴</sup>

اگرچه رویه قضایی ثابت و هماهنگی در سایت پژوهشکده قوه قضائیه در رابطه با لزوم یا جواز عقد شرکت یافت نمی‌شود، اما آرای فراوانی می‌توان مشاهده نمود که حاکی از آن است که بسیاری از شعب دادگاه‌ها، به واسطه آن که عقد شرکت را مطلقاً عقدی جایز می‌دانند، تقدیم دادخواست مطالبه از جانب یکی از شرکا، مبنی بر مطالبه آورده خویش را رجوع از شرکت قلمداد نموده‌اند. به عنوان نمونه در شعبه ۲۱۲ دادگاه عمومی حقوقی تهران، دعوایی با موضوع مطالبه آورده توسط یکی از شرکا مطرح و دادرس محترم آن شعبه با این

۱. طوسی، پیشین، ص ۶۲۸. محمدی، ابوالحسن، «اجماع»، مجله حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۱۰ و ۱۱، (۱۳۵۱). ص ۴.

۲. نجفی، محمدحسین، پیشین، ص ۳۱۰.

۳. جناتی، محمدابراهیم، «اجماع، سومین منبع اجتهاد»، مجله کیهان اندیشه، شماره ۲۰، (۱۳۶۷). ۱۳.

۴. مکارم شیرازی، ناصر، انوار الاصول، جلد سوم، (قم، انتشارات مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۲۸ ق). ۱۳۶.

استدلال که در عقود و قراردادها، اصل بر صحت و لزوم قراردادها می‌باشد، دعوای مطروحه را غیر قابل استماع اعلام می‌نماید. این رای مورد تجدید خواهی و کیل محترم محکوم علیه قرار گرفته و در شعبه ده دادگاه تجدیدنظر استان تهران، با این استدلال که مطابق با ماده ۵۸۶ و ۵۷۸ قانون مدنی، شرکا همه وقت می‌توانند از اذن خود رجوع نمایند و مطالبه آورده توسط یکی از شرکا، مصداقی از رجوع به حساب می‌آید، دادنامه تجدیدنظر خواسته را به موجب دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۰۰۰۱۹۰ مورخ ۹۳/۲/۱۵ نقض می‌نماید، نقضی که حکایت از اعتقاد قضات رسیدگی کننده آن به جواز عقد شرکت دارد.<sup>۱</sup>

## ۲-۲- عقد شرکت، عقدی لازم

برخی از فقها، در تعریف عقد شرکت، ایجاد حالت اشاعه را پایه و اساس اصلی تعریف خود قرار می‌دهند و برای اذن هر یک از شرکا به شریک دیگر در اداره مال موضوع مشارکت، حالتی تبعی و فرعی قائل شده‌اند. با اندک تغییراتی در الفاظ، این دسته از فقها معمولاً عقد شرکت را این گونه تعریف نموده‌اند: «الشَّرْكَهُ إِجْتِمَاعُ حُقُوقِ الْمَلَائِكِ فِي الشَّيْءِ الْوَاحِدِ عَلَى سَبِيلِ الْإِشَاعَةِ»<sup>۲</sup> با توجه به تعریف این دسته از فقها از عقد شرکت، بر اساس دیدگاه آنها، عقد شرکت چه در قسمت اصلی خود که باعث ایجاد اشاعه در مالکیت می‌گردد و چه در قسمت فرعی خود که مربوط به اذن هر یک از شرکا به شریک دیگر است، عقدی لازم محسوب می‌گردد.<sup>۳</sup> بر این اساس از یک سو فوت و جنون هر یک از شرکا باعث منفسخ گردیدن عقد شرکت نمی‌گردد<sup>۴</sup> و از سوی دیگر وجود شرط مدت در ضمن عقد شرکت باعث ایجاد الزامی در میان شرکا می‌گردد که تا پایان مدت مذکور، نتوانند تقاضای تقسیم مال مشترک را بنمایند،<sup>۵</sup> یعنی دقیقاً برخلاف دیدگاه فقها و حقوقدانانی که درج شرط

۱. [www.ijir.ir](http://www.ijir.ir) سایت رسمی پژوهشکده قوه قضائیه. تاریخ آخرین مراجعه به سایت: ۹۷/۹/۳.

۲. فاضل، مقداد بن عبدالله، التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، جلد دوم، (قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ ق). ص ۲۰۷. طباطبائی، سیدعلی بن محمد، ریاض المسائل، جلد اول، (بیروت: انتشارات موسسه آل البيت، بی تا). ص ۳۰۲. آل نجف، عبدالکریم، دروس فی الفقه الاستدلالی (۳)، (قم: الناشر مرکز المصطفی العالمیه، ۱۴۳۲ ق). ص ۱۴۳.

۳. مکارم شیرازی، پیشین، ص ۳۴۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مجموعه محشی قانون مدنی، (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۹). ص ۳۳۱.

۴. عبده، پیشین، ص ۳۶.

۵. الفقیه، پیشین، ص ۲۹۹. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، (تهران: نشر دادگستر، ۱۳۷۷). ص ۱۹۷.



مدت در ضمن عقد شرکت را شرطی باطل، اما غیر مبطل می‌دانند، چرا که عقد شرکت را ذاتاً عقدی جایز دانسته و بر این اعتقادند که حتی وجود شرط مدت در ضمن عقد شرکت، باعث ایجاد الزام برای شرکا نمی‌گردد<sup>۱</sup> و هر یک از شرکا در طول مدت ذکر شده در عقد شرکت نیز می‌توانند تقاضای تقسیم مال مشترک را بنمایند.<sup>۲</sup>

مبنای فکری فقها و حقوقدانانی که عقد شرکت را به‌طور مطلق عقدی لازم به حساب می‌آورند، بر این پایه قرار دارد که اصل اولی در عقود و معاملات، لزوم است، اصلی که آیات و روایات فراوانی مانند «أوفوا بالعقود» یا «المؤمنون عند شروطهم» نیز از آن حمایت می‌نمایند، از این جهت لزوم عقد شرکت، حکمی تکلیفی محسوب می‌شود و طرفین می‌بایست ملتزم به آن باشند، به‌خصوص آن که در دیدگاه این دسته از فقها و حقوقدانان، عقد شرکت، عقدی معاوضی و مغایبه‌ای به حساب آمده و در آن بحث از سود و زیان مستقیم طرفین است، بنابراین مانند دیگر عقود مثل بیع که دارای این ویژگی‌ها هستند، این عقد را نیز لازم می‌دانند.<sup>۳</sup> در دیدگاه این دسته از فقها و حقوقدانان اگرچه اذن هر یک از شرکا به شریک دیگر در اداره مال موضوع مشارکت، مصداق مفهوم عام و کالت و توکیل به حساب می‌آید، اما چون این وکالت و نیابت در ضمن عقد معاوضی و مغایبه‌ای شرکت داده شده، به تبع لازم می‌گردد و از همین رو هر دو چهره عقد شرکت یعنی ایجاد اشاعه در مالکیت و اعطای اذن به شریک دیگر در اداره مال موضوع مشارکت لازم به حساب می‌آید.<sup>۴</sup> ایرادی که به‌خصوص در سیستم کنونی حقوق کشور می‌توان بر این دیدگاه وارد دانست آن است که لازم دانستن عقد شرکت به‌طور مطلق، با ظاهر برخی از مواد قانون مدنی به‌خصوص ماده ۵۷۸ و ۵۸۸ این قانون که در آن مواد، امکان رجوع از اذن در تصرف هر یک از شرکا پیش‌بینی شده است، هم‌خوانی ندارد، زیرا اگرچه ترکیب برخی مواد از جمله ماده ۵۸۷ و ۵۸۸ قانون مدنی باعث ایجاد ابهام و اجمال در رابطه با لازم یا جایز بودن عقد شرکت گشته است، اما با این وجود نمی‌توان از خصوصیت ذاتی اذن که قابلیت رجوع از آن می‌باشد، چشم‌پوشی نموده و عقد شرکت را در تمام چهره‌های خود لازم قلمداد نماییم.

۱. علامه حلی، پیشین، ص ۱۳۷.

۲. مروارید، پیشین، ص ۴۰۱. نجفی، محمدحسین، پیشین، ص ۳۱۰.

۳. عبده، پیشین، ص ۳۶.

۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، ص ۳۳۱.

متأسفانه به علت ابهام و اجمال قانون مدنی در رابطه با لزوم یا جواز عقد شرکت، رویه قضایی ثابتی وجود ندارد، به طوری که در کنار دادنامه‌های فراوانی که حاکی از جواز عقد شرکت می‌باشند، دادنامه‌های فراوانی مانند دادنامه شماره ۵۹۴ مورخ ۳۰ / ۷ / ۹۲ صادره از شعبه ۲۱۲ دادگاه عمومی حقوقی تهران نیز یافت می‌شود که حکایت از لازم بودن عقد شرکت در دیدگاه برخی از قضات دادگستری دارد.<sup>۱</sup>

### ۳-۲- عقد شرکت، عقدی لازم و جایز

در دیدگاه برخی از فقها و حقوقدانان، عقد شرکت دارای تعریفی اعم‌تر از تعاریف فوق می‌باشد. بر اساس این دیدگاه، عقد شرکت که از جمله عقود مستمر به حساب می‌آید، دارای دو چهره است،<sup>۲</sup> به طوری که در تعریف عقد شرکت هم به ایجاد حالت اشاعه به عنوان نتیجه عقد شرکت اشاره شده و هم به اذن هر یک از شرکا به شریک دیگر در اداره مال موضوع مشارکت،<sup>۳</sup> به طوری که عقد شرکت با اندک تغییر در الفاظ، در دید این دسته از فقها و حقوقدانان عبارت است از اختلاطی از یک مبادله که نتیجه آن اجتماع حقوق مالکین متعدد در شی واحد به نحو اشاعه، همراه با اعطای نیابت در تصرف می‌باشد.<sup>۴</sup> بر مبنای این دیدگاه که نظر برگزیده در این مقاله نیز می‌باشد، چهره اول عقد شرکت که نتیجه آن ایجاد حالت اشاعه است، لازم بوده؛ بنابراین مانند هر عقد دیگری با فوت یا جنون هر یک از شرکا در آن خللی ایجاد نمی‌شود و این چهره از عقد شرکت، تنها با تقسیم مال مشترک یا تلف شدن تمام مال مشترک از میان می‌رود.<sup>۵</sup> چهره دوم عقد شرکت نیز که نتیجه آن اعطای نیابت و اذن هر شریک به شریک دیگر در رابطه با تصرف در مال موضوع مشارکت می‌باشد جایز است، از همین رو از یک سو با فوت یا جنون هر یک از شرکا، قسمت مربوط به اعطای اذن

۱. [www.ijir.ir](http://www.ijir.ir) سایت رسمی پژوهشکده قوه قضائیه. تاریخ آخرین مراجعه به سایت: ۳ / ۹ / ۹۷. همچنین مراجعه نمایید: بازگیر، بدالله، قانون مدنی در آئینه آراء دیوان عالی کشور (شرکت، ودیعه و جعله)، (تهران: انتشارات فردوسی، ۱۳۷۹). ص ۹۸.

۲. شهید ثانی، پیشین، ص ۱۰۹.

۳. القزوینی، پیشین، ص ۱۹۳.

۴. مروارید، پیشین، ص ۴۰۱. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، درس هایی از عقود معین، جلد اول، (تهران: انتشارات کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۵). ص ۳۰۲.

۵. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، پیشین، ص ۵۳۲.



در تصرف منفسخ می‌گردد و از سوی دیگر هر یک از شرکا هر زمان که بخواهند می‌توانند از اذن خود رجوع نمایند،<sup>۱</sup> زیرا ماهیت اصلی اذنی که هر یک از شرکا به شریک دیگر می‌دهند وکالت و نیابت است<sup>۲</sup> و رجوع از اذن در حکم عزل و کیل محسوب می‌گردد، بدون آن که حالت اشاعه ایجاد شده از بین برود.<sup>۳</sup> در حاشیه‌هایی فراوانی نیز که بر کتاب عروه الوثقی نگاشته شده است، این امر به درستی و به بیانی دیگر توسط فقهای چون امام خمینی (ره)، آیت‌الله خوانساری، آیت‌الله گلپایگانی و میرزای نائینی به این نحو مورد اشاره قرار گرفته که عقد شرکت به علت ماهیت جایزی که دارد با رجوع هر یک از شرکا از اذن خویش از بین می‌رود و در این حالت بقای اشاعه که تنها با تقسیم مال مشترک خاتمه می‌یابد، به معنای لزوم عقد شرکت و بقای آن محسوب نمی‌گردد.<sup>۴</sup> نگاهی دقیق به ماده ۵۸۸ قانون مدنی نیز تأییدکننده این موضوع است؛ چراکه در این ماده بحث تنها پیرامون مواردی است که در اثر آن، شریک، اجازه تصرف در مال موضوع شرکت را ندارد، بدون این که در این ماده در رابطه با از بین رفتن حالت اشاعه سخنی به میان آمده باشد. این ماده مقرر می‌دارد: «در موارد ذیل، شرکا، مأذون در تصرف اموال مشترک نمی‌باشند: الف) در صورت انقضای مدت مأذونیت یا رجوع از آن در صورت امکان رجوع. ب) در صورت فوت یا محجور شدن یکی از شرکا».

علی‌رغم آن که وحدت رویه خاصی در رابطه با موضوع مقاله حاضر در محاکم قضایی کشور یافت نمی‌شود و در رابطه با این امر که عقد شرکت، عقدی لازم محسوب می‌گردد یا جایز، به جای وحدت رویه، تشتت رویه وجود دارد، اما با این وجود، رویه محاکم قضایی، به درستی، تمایل بیشتری به این نظریه دارد که قسمتی از عقد شرکت که باعث ایجاد اشاعه در مالکیت می‌شود را لازم دانسته و قسمتی از این عقد را که اثر آن، اذن هر یک از شرکا به شریک دیگر در تصرف در مال موضوع شرکت است را جایز قلمداد نماید، رویه‌ای که تا

۱. حکیم، پیشین، ص ۱۶۶. شهید ثانی، پیشین، ص ۱۰۹. موسوی اردبیلی، عبدالکریم، فقه الشرکه علی نهج الفقه و القانون، (قم، دارالعلم مفید، ۱۴۱۴ ق). ص ۸۶.  
 ۲. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، عقود معین: مشارکت - صلح، جلد دوم، (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۹). ص ۲۳.  
 ۳. عتیقی، پیشین، ص ۹۱. مروارید، پیشین، ص ۴۰۱. برکات، پیشین ص ۴۶۳.  
 ۴. الطباطبایی یزدی، السیدمحمد کاظم، حواشی جماعه المدرسین، حواشی العروه الوثقی، جلد پنجم، (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۰ ق). ۲۸۰.



زمان اصلاح قانون مدنی و رفع ابهام و اجمال از لازم یا جایز بودن عقد شرکت، نیازمند گسترش آن می‌باشیم، چراکه این رویه، از یک سو پشتوانه قوی فقهی در پشت خویش دارد و با نظر بسیاری از فقهای طراز اول همخوانی داشته<sup>۱</sup> و از سوی دیگر با نیازهای جامعه و برداشت‌هایی نیز که از مواد ۵۸۶، ۵۸۷ و ۵۸۸ قانون مدنی می‌توان داشت، همخوانی و تطبیق بیشتری دارد. به‌عنوان نمونه در دادنامه شماره ۹۲۰۴۶ مورخ ۱۳۹۲/۲/۸ که از شعبه ۲۱۰ دادگاه عمومی حقوقی تهران صادر گردیده، قاضی محترم رسیدگی کننده، این دیدگاه را به این صورت در قالب دادنامه اعلام نموده‌اند که چون خواهان و خواندگان در قالب مشارکت مدنی، حسب مشارکت نامه مستند دعوی به تاریخ ۹۱/۱/۲۹ جهت تولید کیک، نان و شیرینی شرکت مدنی تشکیل داده و به لحاظ قانونی با توجه به ماده ۵۸۷ قانون مدنی عقد شرکت، تنها به یکی از طرق تقسیم یا تلف شدن مال، مرتفع می‌گردد و حسب محتویات پرونده در رابطه با عقد شرکت مزبور، نه تقسیمی صورت پذیرفته و نه مال موضوع مشارکت تلف گردیده است، فلذا قرار عدم استماع صادر می‌گردد. این دادنامه با اعتراض و کیل محترم محکوم‌علیه، به دادگاه تجدیدنظر ارسال می‌گردد و قضات محترم شعبه ۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران نیز با این استدلال که صرف مطالبه سهم از طرف یکی از شرکا و عدم رضایت وی به ادامه عقد شرکت، منجر به از بین رفتن حالت اشاعه نمی‌گردد، دادنامه بدوی را طی دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۶۰۱۶۴۵ مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۱۴ تأیید می‌نمایند.<sup>۲</sup>

### نتیجه‌گیری

تشخیص این امر که عقدی لازم است یا جایز از اهمیت بسیار زیادی برخوردار است. پیرامون لازم یا جایز بودن بسیاری از عقود، نه تنها در فقه، بلکه در دکترین حقوقی و رویه قضایی نیز هیچ اختلاف نظری وجود ندارد، اما به علت ماهیت ویژه برخی از عقود مانند شرکت، در رابطه با لازم یا جایز بودن آن، اختلاف نظرت اساسی وجود دارد. اگرچه برخی از فقها، عقد شرکت را به‌طور مطلق از جمله عقود لازم می‌دانند و برخی دیگر از فقها عقد شرکت را مطلقاً جایز دانسته، اما به نظر می‌رسد نظر صحیح‌تر، دیدگاهی است که برخی از

۱. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، پیشین، ص ۵۳۲. شهید ثانی، پیشین، ص ۱۰۹.  
 ۲. www.ijir.ir سایت رسمی پژوهشکده قوه قضائیه. تاریخ آخرین مراجعه به سایت: ۳/۹/۹۷.



فقها مانند شهید ثانی و سید محمد کاظم طباطبایی یزدی معروف به صاحب عروه برگزیده‌اند. بر اساس این دیدگاه عقد شرکت، به عنوان عقدی مستمر، ماهیت و چهره‌ای دو گانه دارد؛ چراکه شرکت اختلاطی است از یک مبادله که از یک سو سبب ایجاد اشاعه در مالکیت و از سوی دیگر باعث اعطای نیابت در تصرف می‌شود. از همین رو قسمتی از عقد شرکت که حالتی معاوضی و مغایبه‌ای دارد و باعث ایجاد اشاعه در مالکیت می‌گردد، لازم است و مانند هر عقد لازم دیگری با فوت یا جنون هر یک از شرکا در آن خللی ایجاد نمی‌شود و این حالت اشاعه تنها با تقسیم مال مشترک یا از بین رفتن آن مال خاتمه می‌یابد. از سوی دیگر چهره‌ای از عقد شرکت که اثر آن اذن هر یک از شرکا به شریک دیگر در تصرف در مال موضوع شرکت است، جایز قلمداد می‌گردد؛ زیرا ماهیت عقد شرکت در این قسمت به ماهیت عقد جایز و کالت نزدیک می‌باشد و در هر دو عقد، عنصر اصلی، اذن و نیابت است، از همین رو از یک سو با فوت یا جنون هر یک از شرکا، قسمت مربوط به اعطای اذن در تصرف، منسوخ می‌گردد و از سوی دیگر هر یک از شرکا هر زمان که بخواهند می‌توانند از اذن خود رجوع نمایند، بدون آن که حالت اشاعه ایجاد شده از بین برود، امری که دکترین حقوقی و رویه قضایی نیز به آن تمایل بیشتری دارد و علی‌رغم اجمال و ابهام قانون مدنی، از مواد ۵۸۶، ۵۸۷ و ۵۸۸ قانون مدنی نیز قابل برداشت است.

## منابع

- قرآن مجید.
- ابن الرفعه، ابی العباس نجم الدین احمد بن محمد. (۱۴۳۰ ق). *کفایه التنبیه*، شرح التنبیه، جلد دهم، چاپ اول، بیروت، دار الکتب العلمیه.
- ابن تیمیه الحرانی، أبو البرکات، مجدالدین. (۱۴۰۴ ق). *المحرر فی الفقه علی مذهب الإمام أحمد بن حنبل*، الجزء الاول، الطبعة الثانية، ریاض، مکتبه المعارف.
- ابن نجیم، زین الدین بن ابراهیم بن محمد. (۱۴۱۸ ق). *البحر الرائق، شرح کنز الدقائق و منحه الخالق و تکمله الطوری*، الجزء الخامس، الطبعة الاول، بیروت، دارالکتب العلمیه.
- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد دوم، چاپ پنجم، (تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۵۵).
- \_\_\_\_\_، حقوق مدنی، جلد اول، چاپ هشتم، (تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۷۰).
- آل نجف، عبدالکریم، *دروس فی الفقه الاستدلالی (۳)*، الطبعة الاولى، (قم: الناشر مرکز المصطفی العالمیه، ۱۴۳۲ ق).
- البحرانی، یوسف بن احمد، *الحقائق الناضره فی احکام العتره الطاهره*، چاپ دوم، جلد بیست و هشتم، (بیروت: انتشارات دارالاضواء، ۱۴۰۵ ق).
- البرنی، محمد عاشق الهی، *التسهیل الضروری لمسائل القدوری*، چاپ دوم، (کراتشی: مکتبه الشیخ، ۱۴۱۱ ق).
- بازگیر، یدالله، *قانون مدنی در آئینه آراء دیوان عالی کشور (شرکت، ودیعه و جعاله)*، چاپ اول، (تهران: انتشارات فردوسی، ۱۳۷۹).
- برکات، السید عمر، *فیض الاله المالک فی حل الفاظ عمدہ السالک و عمدہ الناسک*، جلد دوم، چاپ دوم، بی جا، شرکه مکتبه مصطفی البانی الحلبی و اولاده، (۱۳۷۲ ق).
- بروجردی عبده، محمد، *حقوق مدنی*، چاپ اول، (تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۰).
- باقری پور، نرگس، (۱۳۹۱). « مبانی لزوم و جواز در قراردادها »، *مجله کانون سردفتیان*، شماره ۱۳۸.
- برادران، دلاور، (۱۳۹۱)، « لزوم و جواز عقود از دیدگاه وصف حقی یا حکمی »،

مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۵۸.

- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، لزوم و جواز در عقود و ایقاعات، تحولات حقوق خصوصی، (تهران: موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۷۱).
- \_\_\_\_\_، محمدجعفر، دوره حقوق مدنی حقوق تعهدات، جلد اول، چاپ اول، (تهران: گنج دانش، ۱۳۷۴).
- \_\_\_\_\_، محمدجعفر، مجموعه محشی قانون مدنی، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش.
- \_\_\_\_\_، محمدجعفر. (۱۳۸۶). دایره المعارف عمومی حقوق، الفارق، جلد ۴، تهران، انتشارات گنج دانش.
- جناتی، محمدابراهیم. (۱۳۶۷). «اجماع، سومین منبع اجتهاد»، مجله کیهان‌اندیشه، شماره ۲۰.
- حائری شاهباغ، سیدعلی. (۱۳۷۶). شرح قانون مدنی، جلد اول، چاپ اول، تهران، گنج دانش.
- حسینی مراغی، میرفتاح. (۱۴۱۷ ق). العناوین، جلد دوم، قم، انتشارات اسلامی.
- حکیم، سیدمحسن. (۱۴۰۴ ق). مستمسک العروه الوثقی، جلد ۱۲، قم، انتشارات مکتبه السید المرعشی.
- حکیم، محمدسعید. (۱۴۱۶ ق). منهاج الصالحین، بیروت، دارالصفوه.
- خوبی، محمدتقی. (۱۴۱۴ ق). مبانی العروه الوثقی، قم، موسسه البلاغ.
- دیانی، عبدالرسول. (۱۳۹۵). حقوق مدنی، قواعد حقوقی قراردادها، چاپ اول، تهران، نشر میزان.
- الرازی، حسام الدین علی بن مکی. (۱۴۲۸ ق). خلاصه الدلائل فی تنقیح المسائل، جلد اول، چاپ اول، الرياض، مکتبه الرشد ناشرون.
- رشاد، حسن خلیل. (۱۴۰۱ ق). الشركات فی فقه الاسلامی دراسه مقارنه، چاپ سوم، بی جا، دارالرشید.
- الزحیلی، وهبه. (۱۴۰۵ ق). الفقه الاسلامی وادلته، جلد چهارم، چاپ دوم، دمشق، دارالفکر.
- الشافعی، احمد بن عبد الرحیم. (۱۴۳۲ ق). تحریر الفتاوی علی التنبیه و المنهاج و

- الحاوي، چاپ اول، جلد دوم، جده، دار المنهاج.
- شهيد ثاني، زين الدين بن علي العاملي. (١٤١٣ ق). مسالك الافهام الي تفهيم شرائع الاسلام، قم، انتشارات موسسه المعارف اسلاميه.
- \_\_\_\_\_، (١٤٢٢ ق). حاشيه المختصر النافع، چاپ اول، قم، مركز انتشارات دفتر تبليغات اسلامي حوزه علميه قم.
- شهيدى، مهدي. (١٣٨٨). اصول قراردادها و تعهدات، چاپ پنجم، تهران، نشر مجد.
- صفايي، حسين. (١٣٥١). دوره مقدماتي حقوق مدني، تعهدات و قراردادها، جلد دوم، تهران، چاپ ميهن.
- طباطبائي يزدي، سيد محمد كاظم. (١٤٢٠ ق) حواشي جماعه المدرسين، حواشي العروه الوثقى، جلد پنجم، چاپ اول، قم، مؤسسه النشر الاسلامي.
- \_\_\_\_\_، (١٤١٠ ق). العروه الوثقى، الجزء الثاني، الطبعة الاولى، بيروت، الدار الاسلاميه.
- طباطبائي، سيد علي بن محمد. (بي تا). رياض المسائل، جلد اول، چاپ اول، بيروت، انتشارات موسسه آل البيت عليهم السلام.
- طوسي، ابو جعفر محمد بن الحسن بن علي. (١٤١٧ ق). العده في اصول الفقه، جلد دوم، چاپ اول، قم، انتشارات بعثت.
- \_\_\_\_\_، (بي تا). المبسوط في فقه الاماميه، جلد دوم، بيروت، دار الكتاب الاسلامي.
- عتيقي، محمد عبيد الله. (١٤١٧ ق). عقود الشركات، دراسه فقيهيه مقارنه مع موجز في القانون الكويتي، چاپ اول، الكويت، مكتبه ابن كثير.
- علامه حلي، الامام جمال الدين حسن بن يوسف المطهر. (١٤٠٤ ق). تبصره المتعلمين في احكام الدين، چاپ سوم، بيروت، موسسه الاعلمي للمطبوعات.
- عيسي، عبده. (١٣٩٦ ق). العقود الشرعيه الحاكمه للمعاملات الماليه المعاصره، چاپ اول، قاهره، مكتبه الاقتصاد الاسلامي.
- الغزالي، ابي حامد محمد بن محمد بن محمد. (١٤١٨ ق). الوجيز في فقه الامام الشافعي، چاپ اول، جلد اول، بيروت، شركه دار الارقم بن ابي الارقم.
- فاضل موحدى لنكراني، محمد. (١٣٨٣). تفصيل الشريعه، المضاربه، الشركه، جلد



- اول، چاپ اول، قم، مرکز فقه الائمه الاطهار (ع).
- فاضل، مقداد بن عبدالله. (۱۴۰۴ ق). *التنقيح الرائع لمختصر الشرائع*، جلد دوم، چاپ اول، قم، نشر کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
- الفقی، محمد علی عثمان. (۱۴۰۶ ق). *فقه المعاملات، دراسه مقارنه، الرياض، للنشر دارالمريخ.*
- قاسم زاده، سید مرتضی، ره پیک، حسن، کیایی، عبدالله. (۱۳۸۴). *تفسیر قانون مدنی: اسناد، آراء و اندیشه های حقوقی*، چاپ دوم، تهران، انتشارات سمت.
- القزوينی، ابی القاسم عبد الکریم بن محمد. (۱۴۲۶ ق). *المحرر فی فقه الامام الشافعی*، چاپ اول، بیروت، دار الکتب العلمیه.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۶). *حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها*، جلد اول، چاپ اول، تهران، انتشارات سهامی انتشار.
- \_\_\_\_\_، (۱۳۷۷). *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، چاپ دوم، تهران، نشر دادگستر.
- \_\_\_\_\_، (۱۳۷۹). *حقوق مدنی، عقود معین: مشارکت ها - صلح*، جلد دوم، چاپ پنجم، تهران، انتشارات گنج دانش.
- \_\_\_\_\_، (۱۳۸۳). *دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، قرارداد، ایقاع*، چاپ نهم، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار.
- \_\_\_\_\_، (۱۳۸۵). *دوره مقدماتی حقوق مدنی، درس هایی از عقود معین*، جلد اول، چاپ نهم، تهران، انتشارات کتابخانه گنج دانش.
- المالکی، ابو محمد عبدالوهاب البغدادی. (بی تا). *التلقین فی الفقه المالکی*، جلد اول، الرياض، مکتبه نزار مصطفی الباز.
- محقق حلی، نجم الدین جعفر بن الحسن. (۱۴۰۵ ق). *المختصر النافع فی فقه الامامیه*، بیروت، دارالاضواء.
- \_\_\_\_\_، \_\_\_\_\_، \_\_\_\_\_، (۱۴۲۵ ق). *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، جلد اول، بیروت، دارالقاری.
- مدنی، جلال الدین. (۱۳۸۵). *حقوق مدنی*، تهران، انتشارات پایدار.
- مروارید، علی اصغر. (بی تا). *سلسله الینایع الفقهیة*، بی جا، موسسه فقه الشیعه.

- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۸ ق) /انوار الاصول، جلد سوم، چاپ دوم، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع).
- \_\_\_\_\_، (۱۳۸۴). رساله توضیح المسائل، چاپ چهل و سوم، قم، انتشارات مدرسه امام علی ابن ابی طالب.
- موسوی اردبیلی، عبدالکریم. (۱۴۱۴ ق) فقه الشریکه علی نهج الفقه و القانون، چاپ اول، قم، دارالعلم مفید.
- موسوی خمینی، روح الله (۱۳۷۴) تحریر الوسیله، جلد اول، چاپ ششم، قم، انتشارات دارالعلم.
- محمدی، ابوالحسن. (۱۳۵۱). « اجماع »، مجله حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۱۰ و ۱۱.
- نجفی، شیخ محمدحسن. (۱۴۰۲ ق). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد هفدهم، چاپ هشتم، بیروت، دار الحیاء التراث العربی.
- النووی، یحیی الدین بن شرف. (بی تا). التکمله الثانیه المجموع شرح المهدب، الجزء الرابع عشر، المدینه المنوره، المكتبه السلفیه.

#### سایت

- [www.ijir.ir](http://www.ijir.ir). سایت رسمی پژوهشکده قوه قضائیه.

