



دانشگاه امام صادق  
دانشکده معارف اسلامی و حقوق

فصلنامه علمی

# پژوهش‌نامه حقوق اسلامی

سال بیست و چهارم | شماره دوم | پایانی ۶۰ | تابستان ۱۴۰۲



● تحلیل شرطیت اجتهاد در امر قضاوت با تأکید بر عنصر قانون  
احسان بابایی

● آیین نظارت سیاسی پارلمان بر وزرا در عصر مشروطه و نظام جمهوری اسلامی  
علی محمد فلاح‌زاده | مازیار خادمی

● عدم تحقق تدلیس با سکوت و خودداری از بیان عیب هنگام معامله؛  
مطالعه در فقه امامیه و حقوق مدنی ایران  
اقبال علی میرزائی

● واکاوی مفهومی «احیای حقوق عامه» با مطالعه تطبیقی دعاوی منفعت عمومی  
محمدحسن کبکانی | مصطفی منصوریان | فاطمه افشاری

● رویکرد نوردیک، رویکرد نوظهور «نظام اداره شرکت‌ها»؛ مطالعه تطبیقی  
حقوق کشورهای اسکاندیناوی و حقوق ایران  
حسین عابدینی | سیدمحمدرضا تراشویان

● کشف استحقاق غیر نسبت به مهر المسمی بعد از فوت زوج؛ نحوه مطالبه مهر به  
و غرامات وارده  
عاطفه ذبیحی

● مطالعه تطبیقی حقوق ایران، انگلستان و مصر در خصوص روش‌های تعیین مبیع  
در بیع کلی فی‌الذمه و چگونگی حل اختلاف طرفین  
رسول احمدی‌فر

● مرجحات اتخاذ فتوای ولی فقیه به عنوان فتوای معیار در تقنین،  
با تأکید بر نظرات شورای نگهبان  
وحید حیدری | محمدرضا اصغری شورستانی



# پژوهش‌نامه حقوق اسلامی

فصلنامه علمی پژوهش‌نامه حقوق اسلامی  
سال بیست و چهارم | شماره دوم | پیاپی ۶۰ | تابستان ۱۴۰۲

- صاحب امتیاز: دانشگاه امام صادق علیه السلام
- مدیر مسئول: سلمان عمرانی | استادیار | حقوق جزا و جرم‌شناسی | دانشگاه امام صادق علیه السلام
- سردبیر: نجادعلی الماسی | استاد | حقوق خصوصی | دانشگاه تهران
- ویراستار انگلیسی: طاهر حبیب‌زاده | استادیار | حقوق خصوصی | دانشگاه امام صادق علیه السلام
- مدیر داخلی: مجتبی عشوری
- اعضای هیأت تحریریه (به ترتیب مرتبه علمی و الفبا)

نجادعلی الماسی ..... استاد | حقوق خصوصی | دانشگاه تهران  
ولی رستمی ..... استاد | حقوق عمومی | دانشگاه تهران  
سیدحسین صفایی ..... استاد | حقوق خصوصی | دانشگاه تهران  
علی غلامی ..... استاد | حقوق جزا و جرم‌شناسی | دانشگاه امام صادق علیه السلام  
عباس کریمی ..... استاد | حقوق خصوصی | دانشگاه تهران  
فرید محسنی ..... استاد | حقوق جزا و جرم‌شناسی | دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری  
سیدفضل‌الله موسوی ..... استاد | حقوق بین‌الملل | دانشگاه تهران  
توکل حبیب‌زاده ..... دانشیار | حقوق بین‌الملل | دانشگاه امام صادق علیه السلام  
محمد روشن ..... دانشیار | حقوق خصوصی | دانشگاه شهید بهشتی  
سیدمصطفی سعادت‌مصطفوی ..... دانشیار | حقوق خصوصی | دانشگاه امام صادق علیه السلام

• اعتبار نشریه: واجد اعتبار «نشریه علمی» مجاز شماره ۳/۱۹۶۹۱ مورخ ۱۳۹۱/۰۹/۲۲ وزارت علوم، تحقیقات و فناوری	• آغاز انتشار: زمستان ۱۳۷۹ مجاز شماره ۱۷۲۶۰ مورخ ۱۳۷۹/۰۹/۰۷ وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی
• این نشریه از شماره یکم تا بیست و چهارم با عنوان «اندیشه‌صادق»، از شماره بیست و پنجم تا سی و یکم با عنوان «معارف اسلامی و حقوق» و از شماره سی و دوم تا کنون با عنوان «پژوهش‌نامه حقوق اسلامی» منتشر شده است.	• این نشریه از شماره یکم تا بیست و چهارم به صورت «گاتامه»، از شماره بیست و پنجم تا پنجاه و چهارم با عناوین «دوفصلنامه» و از شماره پنجاه و پنجم مطابق با مجوز اخذ شده از وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، با عناوین «فصلنامه» منتشر شده است.

مقالات پژوهش‌نامه حقوق اسلامی در پایگاه‌های ذیل نمایه می‌شود:

پایگاه استادی علوم جهان اسلام ..... www.isc.ac	پرتال جامع علوم انسانی ..... www.ensani.ir
پایگاه مرکز اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی ..... www.sid.ir	پایگاه مجلات تخصصی نور ..... www.noomags.ir
پایگاه DOAJ ..... www.doaj.org	پایگاه بانک اطلاعات نشریات کشور ..... www.magiran.com
پایگاه ACADEMIA ..... www.academia.edu	سامانه نشریات علمی ایران ..... www.iranjournals.nlai.ir
پایگاه گوگل اسکالر ..... scholar.google.com	پایگاه علمی اجتماعی LinkedIn ..... www.linkedin.com
پایگاه مرجع دانش ..... www.civilica.com	مرکز منطقه‌ای اطلاع‌رسانی علوم و فناوری ..... www.search.ricest.ac.ir

نشانی وبگاه اختصاصی نشریه: <https://ilr.isu.ac.ir> | نشانی پست الکترونیک نشریه: [ilrisu@yahoo.com](mailto:ilrisu@yahoo.com)  
نشانی: ایران، تهران، بزرگراه شهید چمران، دانشگاه امام صادق علیه السلام. صندوق پستی: ۱۵۹-۱۴۶۵۵  
مدیریت امور علمی و تحریریه: دانشکده معارف اسلامی و حقوق. تلفن: ۸۸۳۸۵۱۱۸ (۲۱) +۹۸  
مدیریت امور فنی و چاپ: معاونت پژوهش و فناوری دانشگاه. تلفن: ۸۸۰۹۴۹۱۵ (۲۱) +۹۸  
دسترسی به مقالات این نشریه و بازتشر با رعایت ضوابط (CC BY-NC 4.0) آزاد است.  
مقالات این فصلنامه لزوماً بیان‌کننده دیدگاه دانشگاه صاحب امتیاز نیست.  
چاپخانه: انتشارات دانشگاه امام صادق علیه السلام | ۲۱۲ صفحه  
بهاء: ۱,۷۵۰,۰۰۰ ریال



## فهرست مقالات

- تحلیل شرطیت اجتهاد در امر قضاوت با تأکید بر عنصر قانون ..... ۱۹۵  
• احسان بابایی
- آیین نظارت سیاسی پارلمان بر وزرا در عصر مشروطه و نظام جمهوری اسلامی ..... ۲۲۵  
• علی محمد فلاحزاده و مازیار خادمی
- عدم تحقق تدلیس با سکوت و خودداری از بیان عیب هنگام معامله؛ مطالعه در فقه امامیه و حقوق مدنی ایران ..... ۲۵۵  
• اقبال علی میرزائی
- واکاوی مفهومی «احیای حقوق عامه» با مطالعه تطبیقی دعاوی منفعت عمومی ..... ۲۸۵  
• محمدحسن کبگانی، مصطفی منصوریان و فاطمه افشاری
- رویکرد نوردیک، رویکرد نوظهور «نظام اداره شرکت‌ها»؛ مطالعه تطبیقی حقوق کشورهای اسکانندیناوی و حقوق ایران ..... ۳۱۷  
• حسین عابدینی و سیدمحمد رضا تراشویان
- کشف استحقاق غیر نسبت به مهرالمسمی بعد از فوت زوج؛ نحوه مطالبه مهریه و غرامات وارده ..... ۳۳۹  
• عاطفه ذبیحی
- مطالعه تطبیقی حقوق ایران، انگلستان و مصر در خصوص روش‌های تعیین مبیع در بیع کلی فی‌الذمه و چگونگی حل اختلاف طرفین ..... ۳۶۱  
• رسول احمدی‌فر
- مرجحات اتخاذ فتوای ولی فقیه به عنوان فتوای معیار در تقنین، با تأکید بر نظرات شورای نگهبان ..... ۳۸۵  
• وحید حیدری و محمد رضا اصغری شورستانی

## تحلیل شرطیت اجتهاد در قضاوت با تأکید بر عنصر قانون

احسان بابایی • استادیار، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران.  
ehsanbabaei@ujss.ac.ir

### چکیده

بنا بر قول مشهور فقها «اجتهاد» شرط قضاوت است و در مقابل، برخی دیگر از فقها قضاوت غیرمجتهد را مجاز می‌شمارند. استدلال هر دو گروه از پشتوانه استناد به کتاب و سنت برخوردار است، اما به نظر می‌رسد این اشکال بر نحوه استدلال هر دو گروه وارد باشد که در غیاب تحلیل فرایند عملی قضاوت و عنصر جدید قانون مدون صورت گرفته است. تشکیل نظام جمهوری اسلامی ایران و شکل‌گیری فرایند قانون‌گذاری طبق موازین شرعی، از تحول موضوع قضاوت حکایت دارد که لازم است شرطیت اجتهاد در این امر در پرتوی چنین تحولی مورد بازبینی و بررسی دوباره قرار گیرد. در مقاله حاضر، ضمن مرور بر استدلال‌های رایج فقهی در شرطیت یا عدم شرطیت اجتهاد در قضاوت، به تحلیل فرایند و مراحل آن خواهیم پرداخت و با تأکید بر میزان تأثیرپذیری قانون از احکام شرعی و تدابیر بشری، و همچنین با نظر گرفتن ماهیت اجتهاد و مقایسه آن با موضوع فصل خصومت و نیز با توجه به برخی بایسته‌های نظام قضایی مانند وحدت رویه قضایی، در نهایت به استوارسازی دیدگاه طرفداران عدم ضرورت اجتهاد در قضاوت خواهیم پرداخت.

واژگان کلیدی: اجتهاد، قضاوت، فصل خصومت، قانون مدون، نظم قضایی.



## مقدمه

قضاوت مستلزم وجود شرایطی در قاضی است. در فقه در کنار بلوغ، عقل، ایمان، عدالت، طهارت مولد و ذکورت، از اجتهاد به‌عنوان یکی از شرایط قاضی یاد شده است (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص. ۵۹). در پی پیروزی انقلاب اسلامی و لزوم شکل‌گیری دستگاه قضایی بر اساس احکام فقهی، با چالش به‌کارگیری قضات غیرمجتهد مواجه هستیم. طبیعی است که برخورداری قضات از شرایط شرعی لازم یکی از مهم‌ترین شروط تحقق نظام قضایی اسلامی است. برخی فقها در تبیین مشروعیت به‌کارگیری قضات فاقد اجتهاد به ضرورت و مصلحت استناد کرده‌اند (مجاهد، بی‌تا، ص. ۶۹۹)، اما مجال بررسی شرطیت اجتهاد در قضاوت همچنان گسترده است؛ به‌ویژه که شرط بودن قضاوت از سوی برخی از فقیهان مورد پذیرش قرار نگرفته است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، ص. ۱۸).

محور استدلال موافقان و مخالفان شرطیت اجتهاد، کتاب، سنت و اجماع است، اما در مقاله حاضر بعد از ارائه گزارش از ادله طرفین، تلاش شده است با رویکردی متفاوت از طریق موضوع‌شناسی قضاوت با تأکید بر عنصر قانون‌گذاری و نگاه فرایندمحور به قضاوت، کیفیت وابستگی قضاوت به اجتهاد بررسی شود. قانون‌گذاری اسلامی پدیده‌ای جدید است که به رسمیت شناختن آن برخی موضوعات فقهی از جمله قضاوت را دچار دگرگونی می‌کند. آنچه تاکنون در آثار فقهی در مسئله شرط اجتهاد برای قاضی منعکس شده، در غیاب عنصر قانون و قانون‌گذاری بوده است. می‌توان گفت نادیده گرفتن تحول مهم شکل‌گیری نظام قانون‌گذاری اسلامی و آثار آن بر قضاوت و توقف بر شیوه گذشته بررسی مسئله، با اشکال روش‌شناختی مواجه است؛ زیرا استنباط حکم بر محور موضوع صورت می‌گیرد. این فرض شایان بررسی است که قضاوت در کنار قانون، موضوعی جدید است که ممکن است شرط بودن اجتهاد برای قاضی را نیز دچار تغییر کند.

در این مقاله، دیدگاه مبتنی بر عدم شرطیت اجتهاد تقویت شده است. ضمن مقبول دانستن ادله لفظی که طرف‌داران عدم شرطیت اجتهاد به آن تمسک جسته‌اند، سه دلیل به نفع ادعای مقاله مطرح شده است. در گام نخست، تلاش شده است که با مفهوم‌شناسی اجتهاد و قضاوت، نشان داده شود که نیاز عملیات قضاوت به اجتهاد تنها به‌خاطر وابستگی قضاوت به علم به احکام است و غیر از این جنبه، اجتهاد دخالتی در قضاوت ندارد. عنصر قانون‌گذاری که در یک فرایند دارای

حجیت شرعی به تصویب می‌رسد، زمینه علم به احکام را برای قاضی فراهم می‌کند. در گام دوم با تأکید بر اینکه قضاوت بر مبنای ضوابط از پیش تعیین شده فصل خصومت صورت می‌گیرد، به عدم هم‌پوشانی ضوابط با احکام شرعی استناد شده است. در بسیاری موارد، قضاوت با ارجاع به ضوابطی انجام می‌شود که از ادله شرعی اخذ نشده است. در نهایت، در گام سوم به قاعده حفظ نظام استناد شده است. در شرایط حاضر، قضاوت بر مبنای اجتهاد با حفظ نظم قضایی که از شئون مهم نظم اجتماعی است، ناسازگار شمرده می‌شود.

پیشینه پژوهش: در آثار فقهی مربوط به کتاب القضا، ضمن بررسی شرایط لازم برای قاضی، به شرط اجتهاد پرداخته شده است. در این باره نظر فقهای برجسته در ادوار مختلف مانند شیخ طوسی، محقق حلی، علامه حلی، شهید ثانی، فاضل نراقی، میرزا ابوالقاسم قمی، محمدحسن نجفی، میرزا حبیب‌الله رشتی، میرزا محمدحسن آشتیانی، محمدرضا گلپایگانی، عبدالکریم موسوی اردبیلی و جعفر سبحانی مورد توجه قرار گرفته است.

همچنین، برخی مقالات به این موضوع اختصاص یافته است از جمله در مقالات «قضاوت مقلد و مجتهد متجزی» نوشته محمدحسن حائری یزدی در مطالعات اسلامی، «قضاوت غیرمجتهد در فقه امامیه» نوشته محمد بهرامی خوشکار و عاتکه قاسم‌زاده در فقه اهل بیت، «ادله اجتهاد قاضی و نقد آن‌ها» نوشته علیرضا عسگری و مصطفی عامری سیاهوویی در پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی و «قضاوت غیرمجتهد در فقه امامیه با رویکردی به نظر امام خمینی (ره)» نوشته محمد بهرامی خوشکار در راهبرد، ادله لزوم اجتهاد ناکافی شمرده شده است.

برخی نویسندگان نیز با پذیرش شرط اجتهاد، کوشیده‌اند راهکارهایی مبنی بر اضطرار یا محدود کردن قلمرو جواز قضاوت توسط قاضی غیرمجتهد ارائه کنند. مقالات «انطباق احکام قضاوت مقلد بر فتوا یا قانون» نوشته محمدرضا رضوان‌طلب و مسعود جهان دوست دالنجان در مطالعات فقه و حقوق اسلامی و «به‌کارگیری قضاوت غیرجامع شرایط و دامنه اختیارات آنان» نوشته سیدضیا مرتضوی، در فقه در این دسته جای می‌گیرند. در بین مقالاتی که به این موضوع پرداخته‌اند، در مقاله «اجتهاد قاضی در نظام قضایی ایران» نوشته مهدی موحدی محب در مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ضمن مرور دیدگاه‌های موافقان و مخالفان شرط اجتهاد در قضاوت، به نقش قانون در فرایند قضاوت توجه شده است. در این مقاله با نگاهی حقوقی به اصول قانون اساسی و قوانین

عادی، بر لزوم استناد به قانون در قضاوت تأکید شده است. مقاله یادشده در تبیین موضوع، رویکرد فقهی به شرطیت اجتهاد و نقش قانون در قضاوت نداشته و از این رو با مقاله حاضر از حیث روش تحقیق و بررسی مسئله متفاوت است.

وجه نوآورانه مقاله حاضر را باید در بررسی موضوع با در نظر گرفتن قانون‌گذاری اسلامی و قوانین مدون جست که در آثار فقهی گذشته، زمینه‌ای برای بحث از آن وجود نداشته و در مقالات یادشده مورد توجه قرار نگرفته است. مقاله حاضر در دو قسمت اصلی تنظیم شده است. در قسمت نخست، مروری بر ادله و روش موافقان و مخالفان شرطیت اجتهاد صورت گرفته است. با توجه به اینکه ادله موافقان و موافقان در دیگر منابع و مقالات بررسی شده، در مقاله حاضر تنها به ارائه گزارشی غیر تفصیلی و بدون نقد و بررسی ادله بسنده شده است. در قسمت دوم، صرف نظر از قوانین موجود درباره لزوم استناد به قانون در قضاوت، دیدگاه مبتنی بر عدم ضرورت اجتهاد با توجه به موضوع‌شناسی قضاوت، مبانی، لوازم و پیامدهای قانون‌گذاری اسلامی تقویت شده است. با توجه به اینکه تبیین موضوع اجتهاد و قضاوت و ابهام‌زدایی از نسبت بین این دو، یکی از مقدمات بحث در قسمت دوم است، مفهوم‌شناسی موضوعات یادشده آگاهانه در ابتدای قسمت دوم صورت می‌گیرد.

#### ۱. ادله اعتبار شرطیت اجتهاد

صرف نظر از برخی فقیهان که در بیان شرایط قاضی تنها به علم اشاره و به کیفیت آن تصریح نکرده‌اند (صدوق، ۱۴۱۵، ص. ۳۹۳؛ حلبی، ۱۴۰۳، ص. ۴۲۲). غالب فقها اجتهاد را به‌عنوان شرط قاضی مطرح کرده‌اند (مفید، ۱۴۱۳، ص. ۷۲۱؛ ابن براج، ۱۴۰۶، ص. ۵۹۷؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲، ص. ۱۵۴؛ طوسی، ۱۴۰۰، ص. ۳۳۷؛ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۶، ص. ۲۰۷؛ محقق حلی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص. ۴۲۰؛ علامه حلی، ۱۴۲۰، ج ۵، ص. ۱۱۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۳، ص. ۳۲۸؛ طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۱۵، ص. ۵).

#### ۱.۱. اجماع

قائلان به شرطیت اجتهاد به اجماع استناد کرده‌اند. شیخ طوسی در کتاب خلاف از تعبیر «اجماع الفرقه» استفاده کرده است (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۶، ص. ۲۱۸) و در کتاب مبسوط، شرط بودن اجتهاد را به «عندنا» نسبت داده است (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۸، ص. ۱۰۱) در غنیة النزوع،

مسالک الافهام، ریاض المسائل، مفتاح الکرامه، کفایة الاحکام و کشف اللثام، شرط اجتهاد با تعبیری مانند «لا خلاف»، «اتفاق»، «اجماع الطائفة» آمده است که دلالت بر اجماع در این مسئله دارد (حلی، ۱۴۱۷ق، ص. ۴۳۶؛ عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱۳، ص ۳۲۸؛ طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۵، ص. ۱۱؛ سبزواری، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص. ۶۶۰؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰، ص. ۱۸).

### ۲.۱. کتاب

برای لزوم شرط اجتهاد از میان آیات قرآن کریم به آیه «ولا تقف ما لیس لک به علم...»<sup>۱</sup> (اسراء، ۳۶) و آیه «... ان الظن لا یغنی من الحق شیئاً...»<sup>۲</sup> (یونس، ۳۶) استناد شده است؛ با این توضیح که در آیات یادشده از عمل به ظن نهی شده است و از این نهی، تنها ظن مجتهد، معتبر و در حکم قطع دانسته شده است (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۵، ص. ۱۱).

همچنین، به آیه «... ان احکم بما انزل الله...»<sup>۳</sup> (مائده، ۴۹) و آیه «... و من لم یحکم بما انزل الله فاولئک هم الکافرون»<sup>۴</sup> (مائده، ۴۴) استناد شده است؛ با این توضیح که تنها مجتهد توانایی حکم بر اساس «ما انزل الله» را دارد (مجاهد، بی تا، ص. ۶۹۷).

### ۳.۱. روایات

#### ۱.۳.۱. مقبوله عمر بن حنظله

موافقان شرطیت اجتهاد، مقبوله عمر بن حنظله را دلیل بر ادعای خود ذکر کرده‌اند.<sup>۵</sup> از تعبیر «من کان منکم قد روی حدیثنا»، «نظر فی حلالنا» و «عرف احکامنا» چنین برداشت شده است که علم لازم در قضاوت باید بر مبنای اجتهاد باشد و قابل انطباق بر علم حاصل از تقلید نیست. در این

۱. «و چیزی را که بدان علم نداری، دنبال مکن...».

۲. «... گمان به هیچ وجه [آدمی را] از حقیقت بی نیاز نمی‌گرداند...».

۳. «... و میان آنان به موجب آنچه خدا نازل کرده است، داوری کن...».

۴. «... و کسانی که به موجب آنچه خدا نازل کرده است، داوری نکرده‌اند، آنان خود کافرانند».

۵. عَنْ عُمَرَ بْنِ حَنْظَلَةَ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) عَنْ رَجُلَيْنِ مِنْ أَصْحَابِنَا يَكُونُ بَيْنَهُمَا مُنَازَعَةٌ فِي دِينٍ أَوْ مِيرَاثٍ فَتَحَاكَمَا إِلَى السُّلْطَانِ أَوْ إِلَى الْقَضَاةِ أَيَحِلُّ ذَلِكَ فَقَالَ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) مَنْ تَحَاكَمَ إِلَى الطَّاعُونَ فَحُكْمٌ لَهُ فَإِنَّمَا يَأْخُذُ سِحْتًا وَ أَنْ كَانَ حَقُّهُ تَابِتًا لِأَنَّهُ أَخَذَ بِحُكْمِ الطَّاعُونَ وَ قَدْ أَمَرَ اللَّهُ عَزَّ وَ جَلَّ أَنْ يَكْفَرَ بِهَا قُلْتُ كَيْفَ يَصْنَعُ أَنْ قَالَ انظُرُوا إِلَى مَنْ كَانَ مِنْكُمْ قَدْ رَوَى حَدِيثَنَا وَ نَظَرَ فِي حَلَالِنَا وَ حَرَامِنَا وَ عَرَفَ أَحْكَامَنَا فَلْيَرْضُوا بِهِ حُكْمًا فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ عَلَيْكُمْ حَاكِمًا...».



روایت، منظور از راوی حدیث کسی است که ممارست بر فهم احادیث ائمه معصوم (علیهم‌السلام) داشته باشد (سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص. ۷۰). نظر داشتن و عارف به احکام بودن نیز به معنای برخوردار از کیفیتی عمیق از علم است که بر علم حاصل از تقلید منطبق نیست (رشتی، ۱۴۰۱ق، ج ۱، ص. ۴۲).

### ۲.۳.۱. مشهوره ابی‌خدیجه

در مشهوره ابی‌خدیجه ضمن نهی از مراجعه به حکام جور آمده است «نگاه کنید به فردی از خودتان که چیزی از قضایای ما را می‌داند. پس او را بر شما قاضی قرار داده‌ام»<sup>۱</sup> (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۷، ص. ۱۳). ویژگی‌های «عرف حلالنا و حرامنا» و «یعلم شیئا من قضایانا» مبتنی بر این فرض که تقلید موجب علم نیست، برای لزوم اجتهاد قاضی مورد استناد قرار گرفته است (کاشانی، بی‌تا، ج ۳، ص. ۲۴۷).

### ۳.۳.۱. توقیع شریف

در توقیع شریف آمده است «در حوادث واقعه به راویان ما رجوع کنید. ایشان حجت من بر شما و من حجت خداوند هستم»<sup>۲</sup> (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۷، ص. ۱۴۰). استدلال به توقیع شریف مبتنی بر این است که منظور از راویان احادیث، مجتهدان هستند و «حوادث واقعه» را شامل قضاوت بدانیم.

### ۴.۱. قدر متیقن

برخی از فقها برای اثبات شرط اجتهاد در قاضی به قدرمتیقن (ملائم با اصل عدم) متوسل شده‌اند؛ با این توضیح که قضاوت نوعی تسلط و ولایت است و تنها به کسانی اختصاص دارد که از جانب خداوند دارای شأن قضاوت شمرده شده‌اند و در مرتبه بعد، کسانی که از جانب پیامبر یا وصی

۱. «عَنْ أَبِي خَدِيجَةَ سَالِمِ بْنِ مَكْرَمِ الْجَمَّالِ قَالَ قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ جَعْفَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ الصَّادِقُ (عليه السلام) أَيَاكُمْ أَنْ يُحَاكِمَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا إِلَى أَهْلِ الْجَوْرِ - وَ لَكِنْ أَنْظِرُوا إِلَيَّ رَجُلٌ مِنْكُمْ يَعْلَمُ شَيْئًا مِنْ قَضَائِنَا - فَاجْعَلُوهُ بَيْنَكُمْ فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ قَاضِيًا فَتَحَاكَمُوا إِلَيْهِ».

۲. «عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَعْقُوبَ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ يَعْقُوبَ قَالَ سَأَلْتُ مُحَمَّدَ بْنَ عُمَانَ الْعَمْرِيَّ أَنْ يُوَصِّلَ لِي كِتَابًا - قَدْ سَأَلْتُ فِيهِ عَنْ مَسَائِلَ أَشْكَلْتُ عَلَى فُورِدِ التَّوْقِيعِ بِحُطِّ مَوْلَانَا صَاحِبِ الزَّمَانِ (عليه السلام) - أَمَّا مَا سَأَلْتُ عَنْهُ أَرَشِدَ كَاللَّهِ وَ ثَبَّتَ كَالِي أَنْ قَالَ - وَ أَمَّا الْحَوَادِثُ الْوَاقِعَةُ فَارْجِعُوا فِيهَا إِلَى رِوَاةِ حَدِيثِنَا - فَإِنَّهُمْ حُجَّتِي عَلَيْكُمْ وَ أَنَا حُجَّةُ اللَّهِ وَ أَمَّا الْحَوَادِثُ الْوَاقِعَةُ فَارْجِعُوا فِيهَا إِلَى رِوَاةِ حَدِيثِنَا - فَإِنَّهُمْ حُجَّتِي عَلَيْكُمْ وَ أَنَا حُجَّةُ اللَّهِ».

پیامبر برای قضاوت منصوب شده‌اند، می‌توانند به آن بپردازند. در عصر غیبت با فرض اهتمام شارع به حفظ نظام اجتماعی و عدم رضایت شارع به تعطیلی قضاوت، در مقام شک باید به قدر متیقن یعنی مجتهد اکتفا کرد (رشتی، ۱۴۰۱ق، ج ۱، صص. ۲۹-۳۰؛ سبحانی، ۱۳۸۸ق، ج ۳، ص. ۵۷۸؛ خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۱، ص. ۸).

## ۲. ادله عدم اعتبار شرطیت اجتهاد

همچنان‌که در ضمن بیان ادله اعتبار شرطیت اجتهاد گذشت، برخی از فقها بر ادله یادشده اشکال‌هایی وارد دانسته‌اند. تا آنجا که بعضی از فقها به عدم پذیرش آن تصریح کرده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، صص. ۱۵-۱۸). در ادامه، ادله عدم اعتبار شرطیت اجتهاد را مرور می‌کنیم.

### ۱.۲. آیات

برای عدم شرطیت اجتهاد در قضاوت می‌توان به آیاتی استناد کرد که به صورت مطلق بر قضاوت طبق حق، عدل و احکام الهی امر می‌کنند. از این آیات می‌توان به آیات «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ...»<sup>۱</sup> (نساء، ۵۸)، «... وَ مَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ»<sup>۲</sup> (مائده، ۴۷) و «... أَعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ...»<sup>۳</sup> (مائده، ۸) اشاره کرد؛ با این توضیح که آیات یادشده دلالت دارد بر اینکه آنچه در قضا معتبر و لازم است، حکم کردن بر مبنای عدل و ترک پیروی از هوی و صدور رأی طبق آنچه از سوی خداوند نازل شده، است. در این صورت قضاوت صحیح است چه بر اساس اجتهاد باشد یا تقلید (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، صص. ۱۵-۱۷).

### ۲.۲. روایات

برای عدم شرط بودن اجتهاد قاضی، به مشهوره ابی‌خدیجه نیز استدلال شده است. از «یعلم شیئاً من قضایانا» چنین برداشت می‌شود که علم به برخی احکام مرتبط با قضاوت کافی است

۱. «خدا به شما فرمان می‌دهد که سپرده‌ها را به صاحبان آنها رد کنید و چون میان مردم داوری می‌کنید به عدالت داوری کنید...».

۲. «... و کسانی که به آنچه خدا نازل کرده است، حکم نکنند، آنان خود نافرمان‌اند.»

۳. «... عدالت کنید که آن به تقوا نزدیک‌تر است...».

گلیایگانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص. ۳۳). صاحب جواهر نیز در جمع‌بندی خود، ادعای عدم جواز قضاوت توسط قاضی عالم را هرچند علم او مبتنی بر تقلید باشد، فاقد دلیل می‌شمارد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، ص. ۱۸).

### ۲.۲. ماهیت امضایی قضا

طرفداران عدم شرطیت اجتهاد در قاضی، قضاوت را از احکام امضایی می‌دانند که بنا بر نیاز اجتماعی، پیش از شرع وجود داشته است و مانند دیگر موارد اگر شارع شرط مشخصی را نینفزوده باشد، باید برای آنچه عقلاً معتبر می‌شناسند، اعتبار قائل شویم (عسکری و عامری، ۱۳۹۴، ص. ۷۷).

### ۳. همسانی جواز قضاوت از روی تقلید و قضاوت بر مبنای قانون

ویژگی مشترک ارزیابی‌هایی که درباره شرط بودن اجتهاد برای قاضی صورت گرفته - موافق و مخالف - این است که استدلال‌های طرفین در غیاب عنصر قانون و فرایند قانون‌گذاری در نظام اسلامی ارائه شده است؛ البته این کاستی تا پیش از شکل‌گیری نظام جمهوری اسلامی در ایران طبیعی است؛ زیرا می‌توان قانون و قانون‌گذاری را پدیده‌ای جدید شمرد که هم به صورت مستقل نیازمند تحلیل است و هم آثار آن در اجزای نظام قضای اسلامی باید بررسی شود. در غیر این صورت، نادیده گرفتن عنصر قانون در تحلیل موضوع شرطیت اجتهاد در قضاوت، کاستی روش‌شناختی شمرده می‌شود.

ازجمله ادله جواز قضاوت مقلد، آیاتی است که در آن خداوند پیامبران و مؤمنان را به حکم بر اساس «ما انزل الله» امر می‌کند (نساء، ۱۰۵) یا از حکم به «غیر ما انزل الله» برحذر می‌دارد (مائده، ۴۷).

در اثبات جواز قضاوت توسط مقلد این‌گونه استدلال می‌شود که به همان دلیل که حکم مجتهد، حکم «بما انزل الله» است، حکم مقلد نیز حکم «بما انزل الله» است؛ زیرا مقلد بنا بر همان آرا و فتاوی مجتهدی که از او تقلید می‌کند، حکم می‌کند (بهرامی خوشکار، ۱۳۹۱، ص. ۷۳). همین استدلال برای جواز قضاوت بر اساس قانون کاربرد دارد؛ توضیح اینکه قضاوت بر اساس قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی بعد از تأیید شورای نگهبان مبنی بر انطباق با احکام شرع یا عدم مغایرت با آن، مصداق حکم بر اساس «غیر ما انزل الله» نیست.

همچنین، برای جواز قضاوت توسط مقلد به مقبوله عمر بن حنظله استناد شده است. مقصود از عبارات «روی حدیثنا» و «نظر فی حلالنا و حرامنا» و «عرف احکامنا» در مقبوله عمر بن حنظله این است که قضاوت باید بر اساس منابع درست باشد و قضاوت بر پایه قیاس و استحسان، باطل است. همین برداشت با روایت مشهوره ابی‌خدیجه هم سازگار است. تعبیر «عرف حلالنا و حرامنا» یا عبارت «یعلم شیئا من قضایانا» به این معناست که آنچه در قاضی معتبر است، آگاهی به برخی قضایای اهل بیت (علیهم‌السلام) در احکام مربوط به قضاوت است. این آگاهی با علم به قانون نیز حاصل می‌شود.

این نکته شایان توجه است که علامه حلی با تفکیک جاهل به احکام و کسی که واجد شرایط افتا نیست، در واقع مقلد را از مصادیق جاهل به احکام ندانسته است «فلا ینفذ قضاء الصبی و لالجاهل بالاحکام و لا غیرالمستقل بشرایط الفتوی» (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص. ۲۰۱). به عبارت دیگر، می‌توان فردی را در نظر گرفت که مجتهد نباشد، اما عالم به احکام باشد. همچنین، بنا بر نظر نراقی، هرگاه مقلد فتوای مجتهد درباره اختلاف میان دو طرف دعوا را به خوبی بداند و طبق آن حکم کند، در واقع، حکم خدا را در حق آن دو روا داشته است؛ زیرا حکم چنین فردی هرچند ظنی است، اعتبار و صحت آن قطعی است. از این رو چنین مقلدی به حکم شارع، عالم است و در نتیجه مأذون به قضاوت از اصل عدم جواز هم خارج می‌شود مگر اینکه اجماعی برخلاف آن محقق باشد که آن هم ثابت نیست (نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۷، ص. ۲۴). از سوی دیگر، اطلاعات ادله جواز قضا، قضاوت عالم به احکام قضاوت را شامل می‌شود و دلیل معتبری که آن اطلاعات را مقید کند، در دست نیست (حائری یزدی، ۱۳۸۰، ص. ۶۷).

#### ۴. تحلیل رابطه اجتهاد و قضاوت با توجه به عنصر قانون

ارزیابی نهایی درباره شرط بودن اجتهاد برای قضاوت، وابسته به شناخت صحیح موضوع است. تبیین قضاوت به‌عنوان فرایند و تشریح رابطه مفهومی بین اجتهاد و قضاوت و نقش قانون در این باره (۱)، سهم اجتهاد در شکل‌گیری محتوای قانون و میزان نیازمندی قضاوت به اجتهاد (۲) و کارکرد قانون در حفظ نظام (۳)، سه رکن تحلیل شناخت موضوع قضاوت بر مبنای قانون است که بدون بررسی آن نمی‌توان ارزیابی جامعی از شرط بودن اجتهاد برای قضاوت ارائه کرد.

#### ۱.۴. نقش اجتهاد در قضاوت

قضاوت در شرایط کنونی - برخلاف صدر اسلام - فرایندی است که صدور رأی در نقطه پایانی آن قرار دارد. در نظر گرفتن قضاوت به عنوان فرایند، امکان تفکیک آن از اجتهاد را فراهم می‌کند. ما با این پرسش مواجه هستیم که اجتهاد چه جایگاهی در فرایند قضاوت دارد؟ آیا اجتهاد جزئی از فرایند قضاوت است یا خارج از قضاوت و مقدمه آن شمرده می‌شود؟ برای تبیین رابطه اجتهاد و قضاوت نیازمند آشنایی با این دو مفهوم هستیم که البته به آن اندازه که از رابطه متقابل پرده بردارد، بسنده می‌شود.

#### ۱.۱.۴. مفهوم‌شناسی اجتهاد

اجتهاد بر وزن افتعال از ریشه جهد و در لغت به معنای تلاش و کوشش سخت است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص ۱۳۳). در قرآن کریم واژه اجتهاد نیامده، اما مشتقات مختلف جهد در قرآن کریم با معنای لغوی یعنی تلاش و کوشش تکرار شده است.

اجتهاد به مرور زمان از معنای لغوی فاصله گرفت؛ به گونه‌ای که می‌توان از معنای اصطلاحی اجتهاد سخن گفت. معنای اصطلاحی اجتهاد که در بستر دانش فقه شکل گرفته، در طول زمان دچار تغییر شده است. ابتدا این واژه بر شیوه‌هایی مانند تأویل و قیاس شرعی تطبیق داشته و برای همین نزد شیعه مذموم بوده است. بعدها، اجتهاد در حل مسائل ظنی مانند وقت و قبله به کار برده شد و در نهایت، صرف نظر از روش‌ها، به طور کلی بر استنباط حکم اطلاق شد (خرمشاهی و فانی، ۱۳۹۲، ج ۱، ص ۳۷۳). اجتهاد در معنای اصطلاحی عبارت است از «به کار بردن تلاش و کوشش خویش در راه به دست آوردن احکام شرعی از راه‌ها و منابعی که نزد فقیهان اسلام معمول و متعارف است» (آملی طهرانی، بی تا، ص ۳۳۴). کاربرد واژه اجتهاد در استنباط احکام شرعی متناسب با دشواری آن است و ارتباط با معنای لغوی آن قطع نشده است.

علمای علم اصول بر محدودیت قلمرو اجتهاد به احکام فرعی اتفاق نظر دارند و احکام اصلی را که شامل مسائل اعتقادی یا مسائل اصول فقه است، خارج از دایره اجتهاد می‌دانند (قمی، ۱۴۳۰ق، ج ۴، ص ۲۳۶) و برای روشن شدن چهارچوب اجتهاد از تعبیر «استنباط احکام فرعی» استفاده می‌کنند (خراسانی، ۱۴۰۹ق، صص ۱۲۳ و ۴۶۸). از سوی دیگر، در نظر گرفتن این ویژگی برای تبیین رابطه اجتهاد و قضاوت مهم است. هدف اجتهاد استنباط احکام کلی است و احکام جزئی را

شامل نمی‌شود. احکام کلی به شکل ضابطه و قانون است و احکام جزئی، حاصل تطبیق احکام کلی بر مصادیق است. طبق نظر غالب فقها، بنا بر استدلال‌های مختلف، تطبیق عناوین کلی بر مصادیق بر عهده مکلف است و خارج از قلمرو تقلید قرار می‌گیرد (انصاری، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص. ۵۵۲؛ خویی، ۱۴۱۸ق، ص. ۴۱۲).

دستیابی به اجتهاد نیازمند مقدماتی است از جمله آشنایی با زبان و ادبیات عربی، انس با محاورات و درک موضوعات عرفی، آشنایی با علوم منطق، اصول فقه، رجال، قرآن و روایات، تکرار استنباط و بررسی آرای فقها (موسوی خمینی، ۱۴۲۶ق، صص. ۹-۱۷) که همگی متناسب با هدف اصلی اجتهاد یعنی استنباط احکام فرعی از منابع است و به صورت مستقیم ارتباطی با قضاوت ندارد.

#### ۲.۱.۴. مفهوم‌شناسی قضاوت

برای قضا معانی متعددی ذکر شده است از جمله اتیان، اتمام، ایجاب، امضا، قطع، فصل و اعلام که می‌توان این معانی را از لوازم قطع و اتمام دانست (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱۵، صص. ۱۸۶-۱۸۸). در تعریف اصطلاحی قضا، برخی فقها، قضا را منصب و ولایت تعریف کرده‌اند (عاملی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۶۵؛ عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۳، ص. ۳۲۵). طبق این تعریف، قضاوت منصبی است که به امور و حقوق دیگر انسان‌ها مربوط می‌شود و باید کسی عهده‌دار آن شود (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۶، ص. ۳).

برخی از فقها ضمن اینکه قضاوت را از مراتب ولایت می‌دانند، همسان‌شماری قضاوت و ولایت را مورد اشکال دانسته‌اند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، ص. ۹). برخی دیگر از فقها، قضا را به حکم بین مردم برای رفع نزاع میان آن‌ها (موسوی خمینی، ۱۴۳۴ق، ج ۲، ص. ۴۳۲) یا فصل خصومت میان متزاعان و حکم به ثبوت ادعای مدعی یا نفی حق او (خویی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص. ۵) تعریف کرده‌اند. تعریف قضا به رفع نزاع و فصل خصومت با معنای لغوی آن سازگاری بیشتری دارد. گلپایگانی در تعریف قضا آورده است «هو فصل الخصومه بین المتخاصمین و تطبیق الاحکام علی موارد الجزئیه» (گلپایگانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص. ۱۰). در این تعریف از سویی به غایت قضا اشاره شده که عبارت است از فصل خصومت و از سوی دیگر، ماهیت عمل قاضی مورد تأکید قرار گرفته است که تطبیق احکام بر موارد جزئی را شامل می‌شود. براین اساس، حکم قاضی از دو

ویژگی الزام‌آور و جزئی بودن برخوردار است.

#### ۳.۱.۴. رابطه اجتهاد و قضاوت

تفاوت اجتهاد و قضاوت حتی در میان فقهای که اجتهاد را شرط قاضی می‌دانند، موضوعی پذیرفته شده است (موسوی خمینی، ۱۴۲۶ق، صص. ۱۳-۱۷) و اگر دو وصف مجتهد و قاضی در یک شخص جمع شده باشد، این دو صفت از دو حیثیت مختلف حکایت می‌کند (عاملی، بی‌تا، ج ۱۰، ص. ۲). تفاوت اجتهاد و قضاوت هم در خصوصیات فتوا و حکم که به ترتیب حاصل اجتهاد و قضاوت است و هم در ویژگی‌های عملیاتی که مجتهد و قاضی در استنباط حکم و صدور رأی قضایی انجام می‌دهند، نمود دارد.

موسوی اردبیلی در فقه القضاء، تفاوت‌های فتوا و قضا را این‌گونه فهرست کرده است؛ قضا برخلاف فتوا الزامی و جزئی است و به تناسب می‌تواند مبتنی بر حکم به موضوعات و احراز آن‌ها باشد مانند حکم به حرز بودن و سپس قطع دست سارق. دامنه نفوذ قضا فراگیر است، اما فتوا تنها شامل مجتهد و مقلدان اوست و نیز قضا برخلاف فتوا، منصبی حکومتی است (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص. ۶).

عملیات اجتهاد و قضاوت نیز متفاوت است. مجتهد در عملیات استنباط و اجتهاد تلاش می‌کند مبتنی بر ادله اجتهادی یعنی کتاب، سنت، اجماع و عقل و در صورت فقدان ادله اجتهادی بر اساس ادله فقهاتی یعنی اصول عملیه، احکام کلی در فروع را به دست آورد در حالی که قاضی به تطبیق حکم بر وقایع و احراز موضوعات خارجی می‌پردازد. به عبارت دیگر، مرحله قضاوت بعد از تعیین حکم است و تعیین حکم مقدمه قضاوت شمرده می‌شود و هیچیک از آنچه به عنوان مقدمات اجتهاد ذکر شد، در عملیات قضاوت نقش ندارد، بلکه می‌توان گفت اجتهاد در عملیات قضاوت دخالت ندارد. اجتهاد با استنباط حکم پایان می‌یابد و قضاوت با طرح دعوا آغاز می‌شود. آگاهی به احکام شرط و مقدمه لازم برای قضاوت است، اما جزو فرایند و عملیات قضاوت نیست.

موسوی اردبیلی در تحلیل روایت مقبوله عمر بن حنظله با عبارت «المقبولة ظاهرة فی وحدة المستنبط والقاضی و وحدة التقنین والقضاء»، به درهم‌تنیدگی اجتهاد و قضاوت اشاره می‌کند و آن را از ویژگی‌های ادوار گذشته می‌شمارد و همین نکته را پایه فهمی متفاوت از این روایت قرار می‌دهد که بر اساس آن، معیار در قضای اسلامی، ابتنای حکم بر حق و ما انزل الله است و با

تفکیک میان علم به احکام و اجتهاد، علم به حکم را مقدمه قضاوت می‌شمارد و شرط بودن اجتهاد برای قضاوت را نفی می‌کند (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص. ۷۰). در زمان‌های گذشته، اجتهاد از این جهت شرط قضاوت شمرده می‌شد که راه مطمئن برای کسب علم، اجتهاد بوده است و این احتمال تقویت می‌شود که شرطیت علم ملازم با شرط بودن اجتهاد در نظر گرفته شده است. براین اساس، تحلیل رابطه اجتهاد و قضاوت و تفکیک این دو از حیث عملیات و نتیجه را می‌توان به‌عنوان مقدمه‌ای برای تردید در شرطیت اجتهاد نسبت به قضاوت در نظر گرفت؛ چه‌بسا آنچه در قضای اسلامی موضوعیت دارد، علم به احکام است که می‌تواند از طریق اجتهاد فراهم شود یا تقلید یا راه دیگر.

#### ۲.۴. ارزیابی نقش فقه در فصل خصومت

می‌توان با نزدیک شدن به واقعیت قضاوت، سهم فقه را مورد بررسی قرار داد تا از این مسیر تصویر واقع‌بینانه‌تری از نقش اجتهاد در قضاوت به دست آورد. پیوند میان فقه و حقوق در نظام حقوقی ایران انکارناپذیر است، اما این‌گونه نیست که هرآنچه در قانون منعکس شده است، ریشه در فقه داشته باشد. از این منظر، دیدگاه‌هایی که حقوق را ظرفی می‌دانند که فقه مظلوم آن است؛ به‌گونه‌ای که محتوای حقوق اساسی، حقوق جزا، حقوق خصوصی و... احکام فقهی را انعکاس می‌دهند (مطهری، ۱۳۸۹، ج ۳، ص. ۶۳)، با واقعیت فقه و حقوق سازگار نیست و باید آن را بیانی از روی تسامح دانست.

#### ۱.۲.۴. عدم هم‌پوشانی قلمرو فقه و قانون

می‌توان میان فقه و حقوق در نظام حقوقی ایران، رابطه عموم و خصوص من وجه در نظر گرفت. بسیاری از ابواب فقهی مانند عبادات اساساً خارج از قلمرو حقوق قرار دارد. در برخی موضوعات، فقه و حقوق هم‌پوشانی دارند مانند قوانین مربوط به حدود، قصاص یا دیات یا تقسیم سهم‌الارث و احکام مربوط به خانواده. همچنین موضوعات متعددی در قوانین را می‌توان در نظر گرفت که سابقه‌ای در فقه ندارد. بخش زیادی از قوانین مربوط به تعزیرات، قوانین اداری، قوانین مربوط به تجارت الکترونیک، حقوق کار، حقوق تجارت، آیین دادرسی کیفری و آیین دادرسی مدنی و دیگر شاخه‌های حقوقی، خاستگاه فقهی ندارد.

البته اینکه بسیاری از قوانین ریشه در فقه و احکام شرعی ندارد به این معنا نیست که قوانین با



احکام شرعی مغایرت داشته باشد. بر همین اساس، اصل ۴ قانون اساسی را که در آن آمده است «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید بر اساس موازین اسلامی باشد...»، باید با توجه به اصل ۹۶ قانون اساسی مورد توجه قرار داد که طبق این اصل، ملاک برای تأیید قوانین در نسبت با شرع، «عدم مغایرت» مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلام است و «انطباق» مصوبات مجلس شورای اسلامی بر شرع، لازم نیست.

تفکیک میان انطباق و عدم مغایرت، امکان قانون‌گذاری در گستره‌ای وسیع را فراهم آورده است که خاستگاه فقهی ندارد. این تفکیک، ریشه در دوگانه «تدبیر بشری» و «احکام شرعی» دارد. بخشی از قوانین بیان‌کننده حکم شرعی هستند و محتوای برخی از قوانین نیز تدابیر بشری شمرده می‌شود که در قالب قانون و حکم حکومتی صورت الزام می‌یابد. به اعتقاد شهید صدر، دخالت دولت تنها به تطبیق احکام ثابت شرعی - احکام اولیه و ثانویه - بر موارد معین خلاصه نمی‌شود، بلکه افزون‌براین، دولت می‌تواند برای تأمین مصالح اجتماعی با توجه به شرایط زمانی و مکانی در حوزه‌های خالی از شریعت به وضع قوانین بپردازد (صدر، ۱۴۱۱ق، ص. ۶۸۰). تنها قیدی که در این قانون‌گذاری وجود دارد، موافقت آن با اهداف عام اسلامی و اقتضائات زمان و مکان است (صدر، ۱۴۱۱ق، ص. ۳۷۸). قانون‌گذاری تنها شامل تشخیص احکام اولیه و ثانویه و تبدیل آن به قانون نیست، بلکه در راستای اداره جامعه و تأمین مصالح آن، قلمرو وسیع تنظیم روابط و تعیین اختیارات نهادها و تکالیف اجتماعی را دربرمی‌گیرد (موسوی خمینی، ۱۳۸۹، ج ۲۰، صص. ۴۵۰-۴۵۱). این رویکرد با توجه به این واقعیت توضیح‌دانی است که اداره حکومت تنها بر پایه احکام فرعی شرعی ممکن نیست و حاکم جامعه اسلامی باید از طریق فرایندهای عقلانی با وضع قوانین مناسب، جامعه را در مسیر رفع مشکلات و تحقق اهداف راهبری کند (مقیمی حاجی، ۱۳۹۹، ص. ۹۳).

#### ۲.۲.۴. عدم کفایت فقه در قضاوت

براین اساس، حتی اگر قاضی مجتهد باشد، دیدگاه‌های اجتهادی او برای فصل خصومت در همه موارد کافی نیست؛ زیرا در بسیاری موارد، روابط افراد بر اساس قوانین و مقرراتی تنظیم شده که جزو تدابیر بشری است و حکم شرعی شمرده نمی‌شود. قاضی مجتهد در استناد به این قوانین برای

رفع خصومت و صدور حکم نه به استنباط از ادله شرعی می‌پردازد و نه حکم شرعی را بر موضوع دعوا تطبیق می‌دهد. به عبارت دیگر، درباره بسیاری از دعاوی، برخورداری قاضی از اجتهاد دخالتی در قضاوت و فصل خصومت ندارد.

عدم فراگیری نیازمندی قضاوت به اجتهاد ناشی از این واقعیت است که هرچند پیوند میان فقه و حقوق در نظام حقوقی ایران انکارناپذیر است، فقه همه قلمرو قانون را در اختیار ندارد و تنها منبع قضاوت شمرده نمی‌شود. در بسیاری موارد موضوع قضاوت، روابط، حقوق و امتیازات و اختیارات و وظایفی است که اصالتاً در فقه تعریف نشده است. فقه و حقوق از جهت قلمرو، ضمانت اجرا و الزام‌آور بودن و هدف و منبع تفاوت دارند (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۹۵، صص. ۲۱۰-۲۲۰). می‌توان گفت اجتهاد در قلمرو فقه صورت می‌گیرد، اما قضاوت در بستر شناخت هنجارها و روابط حقوقی انجام می‌شود که فقه عهده‌دار بیان همه جزئیات آن نیست؛ هرچند طبق فرایند قانون‌گذاری در نظام جمهوری اسلامی، عدم مغایرت آن با احکام و موازین شرعی باید مورد تأیید قرار گیرد. نتیجه اینکه تفکیک میان تدابیر بشری و احکام شرعی یا تمایز قائل شدن میان احکام حکومتی و احکام شرعی نیز لزوم اجتهاد در قضاوت را با تردید مواجه می‌کند.

#### ۳.۴. شرطیت اجتهاد و قاعده حفظ نظام

حفظ نظام و منع اختلال در آن، قاعده‌ای فقهی و در ابواب مختلف فقه مؤثر است. این موضوع در آثار فقیهان گذشته به‌عنوان قاعده فقهی مستقل مورد بررسی قرار نگرفته است، اما در دوره اخیر، برخی آن را ذیل عنوان «وجوب حفظ نظام» یا «اختلال در نظام» مورد بررسی قرار داده‌اند (سیفی مازندرانی، ۱۴۲۵ق، صص. ۹-۲۶).

نظام در آثار فقهی در سه معنا به کار رفته است؛ گاه نظام به معنای سامان داشتن امور معیشتی مردم و نظم زندگی است که طبق این معنا، اختلال در نظام به واسطه اموری رخ می‌دهد که نظم زندگی را بر هم می‌زند و در مراتب شدید آن، به هرج و مرج منجر می‌شود (باقی‌زاده و امیدی فرد، ۱۳۹۳، ص. ۱۷۱). گاه حفظ نظام به معنای حفظ کشور و قلمرو مسلمانان از تعرض دشمنان است که در کتاب‌های فقهی از آن به «حفظ بیضه اسلام» تعبیر می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۱۴، ص. ۱۷۵). نظام در کاربرد سوم، به معنای نظام سیاسی و حکومت اسلامی است. این معنا از نظام، تنها در آثار فقهی معاصر به چشم می‌خورد. قاعده فقهی حفظ نظام و منع اختلال در آن، ناظر به معنای

نخست نظام است.

بسیاری از احکام شرعی با ضرورت حفظ نظام و جلوگیری از اختلال نظام توضیح‌دانی است. احکام جزایی اسلام، امور حسبه و برخی قواعد فقهی مانند قاعده ید از این جمله است. در برخی فروع فقهی نیز در وجوب فراگیری علوم مورد نیاز جامعه (اصفهانی، ۱۴۰۹ق، ص. ۲۱۱) یا تشکیل حکومت اسلامی (موسوی خمینی، ۱۴۳۰ق، ج ۲، ص. ۶۱۸) به حفظ نظام به معنای یادشده، استناد شده است. به‌طورکلی، هر آنچه عامل اختلال نظام باشد، ممنوع و هر آنچه حفظ نظام منوط به آن باشد، واجب شمرده می‌شود (خویی، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص. ۵۵۵؛ موسوی خمینی، ۱۳۸۹، ج ۱۵، ص. ۲۹۶).

#### ۱.۳.۴. قضا و نظم عمومی

افزون‌بر اینکه اصل نهاد قضا و فصل خصومت با موضوع حفظ نظم در جامعه مرتبط است، در موارد مختلف ضمن احکام قضا نیز به حفظ نظام استناد شده است. لزوم نصب قاضی توسط فقیه جامع شرایط بر مبنای جلوگیری از هرج‌ومرج توضیح داده می‌شود. تا آنجا که اگر امکان نصب از سوی فقیه نباشد، مسلمانان باید خود، کسانی را که بیش از دیگران به موازین قضا و آیین دادرسی آگاه هستند، به قضاوت برگزینند؛ هرچند آگاهی آن‌ها مبتنی بر تقلید باشد (سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، صص. ۱۰۳ و ۱۰۴). شبیه به همین استدلال در کلام دیگر فقها آمده است (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص. ۲۴۸). امام خمینی هم در این موضوع به جلوگیری از هرج‌ومرج اشاره داشته است (موسوی خمینی، ۱۳۸۹، ج ۱۴، ص. ۳۳۶).

می‌توان شرط بودن اجتهاد برای قاضی را در پرتو حفظ نظام مورد بررسی قرار داد. شرط بودن اجتهاد برای قضاوت به این معناست که قاضی مجتهد بر اساس اجتهاد خود به قضاوت بپردازد. غیر از ضروریات اسلام و ضروریات مذهب امامیه، بخش عمده‌ای از احکام مندرج در فقه، مورد اختلاف میان فقیهان است. عدم حاکمیت قانون واحد به‌عنوان مبنای قضاوت به این معناست که امکان صدور آرای متفاوت در امور مشابه وجود داشته باشد. این موضوع ضمن اینکه نظم قضایی و وحدت رویه را مخدوش می‌سازد، تصویری غیرمنضبط از دستگاه قضایی ارائه می‌دهد و جلب اعتماد و اقتناع جامعه را غیرممکن می‌سازد. با فقدان قانون واحد، اصل فصل خصومت با چالش مواجه می‌شود؛ زیرا در این صورت استناد هریک از طرفین دعوا به نظری فقهی و متفاوت، منتفی

نیست. همین مشکل در اختلاف نظر میان دادگاه بدوی و تجدیدنظر نیز امکان بروز دارد. نظم قضایی را باید در پیوند با عدالت قضایی در نظر گرفت. صدور آرای متفاوت در موارد همسان با عدالت قضایی سازگار نیست (رفیعی، ۱۳۹۸، ص. ۱۰۸). همچنین، پیش‌بینی‌پذیری یکی دیگر از ابعاد نظم قضایی و لازمه آن، حکومت قانون است (Tamanaha, 2004, p. 81). ضابطه‌مند بودن قضاوت برای تحقق نظم و عدالت و پیش‌بینی‌پذیری قضایی کافی نیست، بلکه وحدت ضابطه نیز لازم است. آرای متفاوت قضات مجتهد هرچند حاصل فرایند اجتهاد باشد، در مقام قضاوت و صدور رأی مانند ضوابط ناهمگون است. براین اساس دخیل دانستن اجتهاد قاضی در فرایند قضاوت، عامل اختلال در نظم قضایی شمرده می‌شود.

#### ۲.۳.۴. فقه و نظام حقوق مدون

اختصاص برخی امور مانند اجرای حدود و تعزیرات به حکومت در زمان بسط ید و امکان اقامه مجازات‌های اسلامی، مجالی برای عمل و صدور رأی طبق نظر اجتهادی و شخصی قضات مجتهد باقی نمی‌گذارد (جوادی آملی، ۱۳۶۸، ص. ۱۰۳).

این نکته شایان توجه است که پس از پیروزی انقلاب اسلامی، تدوین تعزیرات در قالب قانون توسط شورای نگهبان مورد اشکال واقع شد، اما در مقابل، در دفاع از تعیین تعزیرات توسط قانون به موضوع وحدت رویه استناد شد. کمیسیون امور قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی دیدگاه شورای نگهبان را مستلزم آن دانست که «عدم وحدت رویه قضایی و تفاوت فاحش در احکام صادره به وجود خواهد آمد و هر دادگاه برای یک جرم، نوعی مجازات معین خواهد کرد که سیستم قضایی را دگرگون خواهد ساخت» (مهرپور، ۱۳۶۴، ص. ۴۰).

این مسئله در پاسخ آیت‌الله منتظری که از سوی امام خمینی برای رفع اختلاف بین شورای نگهبان و شورای عالی قضایی تعیین شده بود، در دفاع از تعیین قانونی تعزیرات به حفظ نظام و پرهیز از ناهماهنگی و اختلال در نظام استناد شده بود «باسمه تعالی؛ پس از سلام، هرچند تعیین مقدار تعزیر و مراتب آن شرعاً به نظر حاکم محول شده است، ولی آقایان محترم توجه دارید که اکثر حکام فعلی واجد شرایط قضا و حکم نیستند و به‌علاوه، بی‌تجربه و ناهماهنگ می‌باشند و از طرفی، تعطیل امور قضایی و تعزیرات موجب تضییع حقوق و هرج‌ومرج و بلکه اختلال نظام می‌شود. بنابراین، لازم است بهترین و کم‌ضررترین راه انتخاب شود؛ بدین طریق که کمیسیون

قضایی مجلس شورا، قوانین و مقرراتی را متناسب با جرم‌ها با رعایت شرایط و امکانات خاطی و دفعات و مراتب جرم و مراتب تأدیب از وعظ و توبیخ و تهدید و درجات تعزیر تنظیم نمایند و به تصویب مجلس شورا برسانند و حضرات آقایان محترم اعضای شورای نگهبان، صحت و عدم مخالفت آن‌ها را با موازین شرعی و قانون اساسی از هر جهت غیر از جهت محول بودن به نظر حاکم، بررسی و تأیید نمایند و در نتیجه، به مقدار زیاد احکام صادره هماهنگ و جلوی بسیاری از اشتباهات گرفته می‌شود. درحقیقت، آقایان حاکم و قضات محاکم، مجری می‌باشند. والسلام علیکم و شکرالله سعیکم ۱۳۶۵/۷/۷، حسینعلی منتظری» (مهریور، ۱۳۶۴، ص. ۴۸).

ممکن است این اشکال مطرح شود که حفظ نظم منوط به قضاوت بر مبنای قانون نیست و می‌توان از نظام حقوقی کامن‌لا یاد کرد که در سیستم قضایی مبتنی بر آن، عرف و رویه قضایی مبنای قضاوت و صدور رأی قرار می‌گیرد. در پاسخ باید گفت آنچه مهم است، وحدت رویه قضایی و نظم حقوقی است که گاه با قانون محقق می‌شود و گاه از طریق رویه قضایی فراهم می‌شود، اما با در نظر گرفتن شرط اجتهاد برای قضاوت و جواز یا لزوم قضاوت بر مبنای اجتهاد، اصل وحدت رویه قضایی مخدوش می‌شود. با این حال، باید در نظر گرفت که حتی در کشورهای با نظام حقوقی کامن‌لا، سهم قانون در بین منابع حقوق به تدریج افزایش یافته است. تا آنجا که حقوق انگلیس را باید نظام مخلوط «قانونی - رویه‌ای» شمرد (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۹۵، ص. ۲۰۰). حاکمیت قانون در موضوع شرکت‌ها یا در اداره اموال زوجین مثالی از حضور قانون در نظام حقوقی انگلستان است.

به نظر می‌رسد وحدت رویه در نظام حقوق مدون بیشتر تحقق‌یافتنی است؛ زیرا قانون پراکندگی را از بین می‌برد و مدیریت کشور را ذیل یک نظام قرار می‌دهد (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۲، ص. ۵۰). آنچه در تبصره ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی آمده است، مبنی بر ارجاع پرونده به شعبه دیگر در صورتی که قاضی مجتهد باشد و قانون را خلاف شرع بداند، حاکی از توجه قانون‌گذار به لزوم پرهیز از تشتت آرای قضایی است.

### ۳.۳.۴. تناسب شرطیت اجتهاد با فقه فردی

در نظر گرفتن اجتهاد به عنوان شرط قضاوت و نیز لزوم قضاوت قاضی مقلد طبق فتاوی مرجع

تقلید خود<sup>۱</sup>، مثالی از رویکرد فقه فردی است. در فقه فردی، فقیه به دنبال روشن کردن وظایف «فرد» مسلمان است و تکالیف افراد را در ضمن گستره وسیع نظم و ارتباطات اجتماعی مورد بررسی قرار نمی‌دهد. در مقابل، در رویکرد فقه حکومتی، افراد غیر از هویت فردی که موضوع برخی احکام است، تشکیل‌دهنده هویتی جمعی به نام جامعه نیز هستند و فقیه باید با در نظر داشتن حیات و هویت اجتماعی به استنباط حکم بپردازد (مهریزی، ۱۳۷۸، ص. ۴۵). می‌توان شرط دانستن اجتهاد برای قاضی را در شرایط کنونی به رویکرد فقه فردی منتسب کرد که در آن وحدت رویه و نظم قضایی در فرایند استنباط مورد توجه قرار نمی‌گیرد؛ البته در دفاع از نظر مشهور فقها در شرط بودن اجتهاد برای قضاوت، می‌توان به بسیط بودن جامعه در گذشته و درهم‌تنیدگی مقدمات و اجزای فرایند قضاوت اشاره کرد. در گذشته، ارتباطات مانند امروز گسترده نبود و اختلاف احکام در نتیجه اختلاف در اجتهاد نمود نداشت. همچنین، در گذشته بین استنباط حکم و قضاوت، مرحله قانون‌گذاری وجود نداشت و طبیعی بود که منحصر دانستن قضاوت به مجتهد با احتیاط و نظم حقوقی تناسب بیشتری داشت.

امام خمینی از جمله فقیهانی است که بعد از تشکیل نظام جمهوری اسلامی به لوازم آن از جمله وحدت رویه در نظام قضایی توجه و بر تفکیک دیدگاه صاحب‌نظران و قانون به‌عنوان یک راه‌حل تأکید کرده است «آنچه مورد عمل باید قرار گیرد و به‌عنوان ضابطه در جمهوری اسلامی درآید، قوانینی است که از مجلس می‌گذرد و مورد تأیید و تصویب شورای نگهبان قرار گرفته است. باید مرز بین صاحب‌نظران و قوانین لازم‌الاجرا در جامعه مشخص شود» (موسوی خمینی، ۱۳۸۹، ج ۱۷، ص. ۲۱۵). وحدت رویه در قضاوت نیز در همین راستا توضیح‌دانی است.

---

۱. تقدم قضاوت بر مبنای فتوای مرجع تقلید در آرای برخی از فقهای معاصر تصریح شده است از جمله طبق نظر آیت‌الله سبحانی، «قاضی مقلد باید مطابق فتوای فقیه اعلم - یعنی مجتهدی که مقلد او را اعلم می‌شمارد - حکم کند» (سبحانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص. ۱۰۳). همچنین، از نظر آیت‌الله بهجت در تعارض قوانین تصویب‌شده در مجلس و شورای نگهبان با فتوای مرجع تقلید، وظیفه قاضی مقلد، رجوع به فتوای مرجع تقلید خود اوست (بهجت، ۱۴۲۸ق، ج ۱، ص. ۳۶) و آیت‌الله مکارم شیرازی با در نظر گرفتن فرض ایجاد عسر و حرج، صدور حکم طبق قوانین را تنها در مسائل عمومی مجاز شمرده است و در مسائل خصوصی تنها باید طبق فتوای مرجع تقلید حکم کند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص. ۲۲).

همچنین، جواز قضاوت مقلد بر اساس اضطرار برای مدتی نامعلوم و طولانی نیز یکی دیگر از جلوه‌های فقه فردی است. کارآمدی و پاسخ‌گویی به نیازها از ویژگی‌ها و بایسته‌های فقه است. نمی‌توان کارآمدی را با استفاده طولانی یا دائمی از احکام ثانوی مانند اضطرار تضمین کرد. حکم ثانوی و اضطراری حالت استثنایی دارد و برای همین، در صورت نیاز طولانی مدت یا دائمی به آن، چه‌بسا باید در استثنایی یا اضطراری بودن آن تردید کرد یا حکم اولیه ادعایی را مورد بازبینی قرار داد (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۹۵، ص. ۲۵۰).

#### ۴.۳.۴. قضاوت بر مبنای قانون و استقلال قاضی مجتهد

چه‌بسا در مقابل تلاش برای ایجاد نظم و وحدت رویه قضایی، دو اشکال در زمینه استقلال قضایی و حفظ پویایی نظام قضایی مطرح شود؛ با این توضیح که لازمه استقلال قضایی، آزادی قاضی در صدور رأی است که شامل آزادی در شناخت موضوعات دعوا و تطبیق حکم بر آن است (محسنی و غمامی، ۱۳۹۴، ص. ۳۰۷). منع قاضی مجتهد از قضاوت بر اساس اجتهاد را می‌توان به ایجاد محدودیت در استقلال قاضی تفسیر کرد. همچنین، ممکن است ایجاد محدودیت برای قاضی مجتهد در صدور رأی، با پویایی نظام قضایی ناسازگار تلقی شود. اصرار بر ثبات و قطعیت حقوقی، مانع سازگاری حقوق با اوضاع و احوال متغیر فنی، اقتصادی و اجتماعی است (Bankowski, et al, 1997, p.491).

در پاسخ می‌توان گفت تعیین ضوابط قانونی به معنای نادیده گرفتن استقلال قضایی نیست. در واقع، استقلال قضایی را باید در محدوده ضوابط قانونی جست‌وجو کرد. اصل ۱۱۶۶ قانون اساسی با الزام قضات به صدور رأی مستند به قانون، قلمرو استقلال قضایی را مشخص می‌کند. همچنین، پویایی قضایی را نیز باید در ضمن حفظ نظم حقوقی مورد توجه قرار داد. در غیر این صورت پویایی قضایی جای خود را به واگرایی و تشتت قضایی خواهد داد. افزون‌براین، برخی از سطوح پویایی قضایی را باید از طریق قانون‌گذاری محقق کرد.

#### نتیجه‌گیری

در مقاله حاضر بعد از مرور ادله طرفین با رویکردی متفاوت و مبتنی بر موضوع‌شناسی قضاوت و

۱. «احکام دادگاه‌ها باید مستدل و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن حکم صادر شده است».

با تأکید بر عنصر قانون‌گذاری و نگاه فرایندمحور به مقوله قضاوت، وابستگی قضاوت به اجتهاد مورد بررسی قرار گرفت. به نظر می‌رسد قانون‌گذاری اسلامی، موضوع قضاوت را دچار تحول کرده است که نادیده گرفتن آن، تحلیل مسئله شرطیت اجتهاد را با اشکال روش‌شناختی مواجه می‌کند.

با مفهوم‌شناسی اجتهاد و قضاوت این نتیجه به دست می‌آید که اجتهاد و قضاوت تفاوت ماهوی دارند. اجتهاد معطوف به استنباط حکم و قضاوت تطبیق حکم بر موضوع خارجی است. می‌توان گفت اجتهاد مقدمه قضاوت است؛ مقدمه‌ای که با علم به حکم از طریق قانون نیز فراهم می‌شود. کاربرد اجتهاد، استنباط احکام شرعی است در حالی که در روابطی که بر اساس تدابیر بشری تنظیم می‌شود، قضاوت و حل و فصل اختلافات منوط به آگاهی از قوانینی است که بر اساس تدابیر بشری تدوین شده است. همچنین، اهتمام به حفظ نظم حقوقی در شرایط کنونی با امکان قضاوت بر اساس اجتهاد سازگار نیست. قضاوت بر مبنای اجتهاد، وحدت رویه قضایی و مواجهه همسان با دعاوی مشابه را از بین می‌برد. در این صورت صدور آرای متفاوت در پرونده‌های مشابه، عادلانه ارزیابی نخواهد شد. اگر به قضاوت به‌عنوان فرایند نگاه کنیم، اجتهاد نقش استنباط حکم را بر عهده دارد و جزو قضاوت شمرده نمی‌شود. در نتیجه، شرطیت آن برای قضاوت قابل دفاع به نظر نمی‌رسد و اصرار بر قضاوت بر مبنای اجتهاد، پیامدهایی به دنبال دارد که در شرایط حاضر نظم و عدالت قضایی را مخدوش می‌کند.

این نکته را نیز باید در نظر گرفت که طبق مبنای قائلان به عدم شرطیت اجتهاد، همان ادله‌ای که علم به حکم را کافی می‌شمارد و بر جواز قضاوت توسط مقلد دلالت دارد، جواز قضاوت بر اساس قانونی را که طبق موازین شرعی به تصویب رسیده است، اثبات می‌کند.



## منابع

۱. قرآن کریم.
۲. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
۳. آشتیانی، میرزا محمد حسن بن جعفر (۱۴۲۵ق). کتاب القضا (جلد ۱). کنگره علامه آشتیانی، قم: انتشارات زهیر.
۴. آملی طهرانی، محمد تقی (بی تا). منتهی الوصول الی غوامض کفایة الاصول. بی جا، شرکت سهامی چاپخانه فردوسی.
۵. ابن ادریس، محمد بن منصور بن احمد (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی (جلد ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۶. ابن براج، قاضی عبدالعزیز (۱۴۰۶ق). المهذب. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۷. ابن منظور، محمد بن مکرم بن علی (۱۴۱۴ق). لسان العرب (جلد ۳). بیروت: دار صادر.
۸. اصفهانی (فاضل هندی)، محمد بن حسن اصفهانی (۱۴۱۶ق)، کشف اللثام والایهام عن قواعد الاحکام (جلد ۱۰) چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۹. اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲ق). مفردات الفاظ القرآن. بیروت: دار العلم، دمشق: الدار الشامیه.
۱۰. اصفهانی، محمد حسین (۱۴۰۹ق). الاجاره. چاپ ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۱. انصاری، مرتضی (۱۴۱۶ق). فرائد الاصول. جلد ۲، قم: کنگره جهانی شیخ اعظم انصاری.
۱۲. باقی زاده، محمد جواد و امیدی فرد، عبدالله (۱۳۹۳). ضرورت حفظ نظام و منع اختلال در آن در فقه امامیه. شیعه شناسی، ۱۷۰، ۴۷-۲۰۰.
۱۳. بهجت، محمد تقی (۱۴۲۸ق). استفتائات (جلد ۱). قم: دفتر آیت الله بهجت.
۱۴. بهرامی خوشکار، محمد (۱۳۹۱). قضاوت غیر مجتهد در فقه امامیه با رویکردی به نظر امام خمینی (ره). راهبرد، شماره ۶۵، ۶۹-۹۲.
۱۵. بهرامی خوشکار، محمد و قاسم زاده، عاتکه (۱۳۹۰). قضاوت غیر مجتهد در فقه امامیه. فقه اهل بیت، شماره های ۶۶ و ۶۷، ۱۶۹-۲۰۴.
۱۶. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۶۸). ولایت فقیه؛ رهبری در اسلام. تهران: مرکز نشر فرهنگی رجاء.
۱۷. حاجی ده آبادی، احمد (۱۳۹۵). بایسته های تقنین با نگاهی به قانون مجازات اسلامی. چاپ ۳، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۱۸. حائری یزدی، محمد حسن (۱۳۸۰). قضاوت مقلد و مجتهد متجزی. مطالعات اسلامی، شماره های ۵۱ و ۵۲، ۵۱-۸۶.

۱۹. حر عاملی، محمدبن حسن (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعة الى تحصيل مسائل الشریعة (جلد ۲۷). قم: مؤسسه آل‌البتیت (علیهم‌السلام).
۲۰. حسینی حائری، سیدکاظم (۱۴۱۵ق) القضاء فی الفقه الاسلامی. چاپ ۱، قم: مجمع اندیشه اسلامی.
۲۱. حلبی، ابن زهره (۱۴۱۷ق). غنیة النزوع. قم: مؤسسه امام صادق (علیه‌السلام).
۲۲. حلبی، ابوصلاح (۱۴۰۳ق). الکافی فی الفقه. کتابخانه عمومی امام اصفهان (امیرالمؤمنین علیه‌السلام).
۲۳. حلبی، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۱۳ق). قواعد الاحکام (جلد ۳). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۴. حلبی، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۲۰ق). تحریر الاحکام (جلد ۵). چاپ ۱، قم: مؤسسه امام صادق (علیه‌السلام).
۲۵. حلبی، نجم‌الدین جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام (جلد ۴). چاپ ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۶. خراسانی، محمدکاظم (۱۴۰۹ق). کفایة الاصول. قم: مؤسسه آل‌البتیت (علیهم‌السلام).
۲۷. خرماشاهی، بهاء‌الدین و فانی، کامران (۱۳۹۲). دائرة المعارف تشیع (جلد ۱). تهران: حکمت.
۲۸. خوانساری، سیداحمد (۱۴۰۵ق). جامع المدارک فی شرح مختصر النافع (جلد ۶). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۹. خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۶ق). صراط‌النجاه المحشی للخویی (جلد ۱). قم: مکتب نشرالمنتخب.
۳۰. خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۸ق). التنقیح فی شرح العروة الوثقی. قم: لطفی.
۳۱. خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۲۲ق). مبانی تکملة المنهاج (جلد ۱). قم: مؤسسه احیای آثار الامام الخویی.
۳۲. رشتی، میرزا حبیب‌الله (۱۴۰۱ق)، کتاب القضاء (جلد ۱). قم: دارالقرآن‌الکریم.
۳۳. رضوان‌طلب، محمدرضا، جهاندوست دالتجان، مسعود (۱۳۹۸). انطباق احکام قضاوت مقلد بر فتوا یا قانون. مطالعات فقه و حقوق اسلامی، شماره ۲۱، ۸۵-۱۱۴.
۳۴. رفیعی، محمدرضا (۱۳۹۸). ایجاد وحدت رویه قضایی؛ بررسی مسائل بنیادین. قضاوت، شماره ۹۸، ۱۰۱-۱۲۴.
۳۵. سبجانی، جعفر (۱۳۸۸ق). تهذیب الاصول؛ تقریرالابحاث الامام‌الخمينی (جلد ۳). چاپ ۱، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام‌خمينی (رحمت‌الله علیه).
۳۶. سبجانی، جعفر (۱۴۱۸ق). نظام القضاء الشهادة فی الشریعة الاسلامیة الغراء (جلد ۱). قم: مؤسسه امام صادق (علیه‌السلام).
۳۷. سیزواری، محمداقربن محمد مؤمن (۱۴۲۳ق). کفایة الاحکام (جلد ۲). چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

۳۸. سلار، حمزه بن عبدالعزیز دیلمی (۱۴۰۴ق). المراسم العلویة والاحکام النبویة فی الفقه الامامی. چاپ ۱، قم: منشورات الحرمین.
۳۹. سیفی مازندارانی، علی اکبر (۱۴۲۵ق). مبانی الفقه الفعّال فی القواعد الفقهیة الاسلامیة (جلدهای ۱ و ۲). قم: مؤسسه النشر الاسلامیة.
۴۰. صافی گلپایگانی، لطف الله (۱۴۱۲ق). الاحکام الشرعیة ثابتة لا تتغیر. قم: دارالقرآن الکریم.
۴۱. صدر، سید محمد باقر (۱۴۱۱ق). اقتصادنا. بیروت: دارالتعارف للمطبوعات.
۴۲. صدوق، محمد بن علی بن بابویه قمی (۱۴۱۵ق). المقنع. چاپ ۱، قم: مؤسسه امام هادی (علیه السلام).
۴۳. طباطبایی حائری، سید علی بن محمد (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل (جلد ۱۵). قم: مؤسسه آل البیت (علیهم السلام).
۴۴. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۳۸۷). المبسوط فی فقه الامامیة (جلد ۸). تهران: المکتبة المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة.
۴۵. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۴۰۰ق). النهایة. چاپ ۲، بیروت: دارالکتب العربی.
۴۶. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۴۰۷ق. الف). تهذیب الاحکام (جلد ۶). چاپ ۴، تهران: دارالکتب الاسلامی.
۴۷. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۴۰۷ق. ب). الخلاف (جلد ۶). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۸. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق). مسالک الافهام (جلد ۱۳). چاپ ۱، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیة.
۴۹. عاملی، سید جواد بن محمد (بی تا). مفتاح الکرامه (جلد ۱۰). چاپ ۱، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۵۰. عاملی، محمد بن مکی (۱۴۱۷ق). الدروس الشرعیة فی فقه الامامیة (جلد ۲). چاپ ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۵۱. عسگری، علیرضا و عامری، مصطفی (۱۳۹۴). ادله اجتهاد قاضی و نقد آن‌ها. پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، شماره ۶۱، ۳۹-۸۰.
۵۲. قمی، ابوالقاسم (۱۴۳۰ق). القوانین المحکمه (جلد ۴). قم: احیاء الکتب الاسلامیة.
۵۳. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷). فلسفه حقوق (جلدهای ۱ و ۲). چاپ ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۵۴. کاشانی، محمد محسن فیض (بی تا). مفاتیح الشرائع (جلد ۳). چاپ ۱، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
۵۵. گلپایگانی، سید محمد رضا (۱۴۱۳ق). کتاب القضا (جلد ۱). قم: دارالقرآن الکریم.
۵۶. مجاهد، سید محمد (بی تا). المناهل. قم: مؤسسه آل البیت (علیهم السلام).

۵۷. محسنی، حسن و غمامی، مجید (۱۳۹۴). رابطه میان استقلال قضاوت و استقلال وکالت. فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، شماره ۲، ۳۰۱-۳۱۸.
۵۸. محمدی گیلانی، محمد (۱۳۷۸). قضا و قضاوت در اسلام. تهران: سایه.
۵۹. مرتضوی، سیدضیا (۱۴۰۰). به کارگیری قضات غیرجامع شرایط و دامنه اختیارات آنان. فقه، شماره ۶۷، ۱۰۵-۹۱.
۶۰. مطهری، مرتضی (۱۳۸۹). کلیات علوم اسلامی (جلد ۳). تهران: صدرا.
۶۱. مفید، محمدبن محمدنعمان (۱۴۱۳ق). المقننه. چاپ ۱، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
۶۲. مقیمی حاجی، ابوالقاسم (۱۳۹۹). اختیارات ولی فقیه در اجرای احکام و حوزه وضع قوانین. گفتمان فقه حکومتی، شماره ۷، ۷۱-۹۹.
۶۳. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷ق). استفتائات جدید (جلدهای ۱ و ۳). چاپ ۲، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (علیه السلام).
۶۴. موحدی محب، مهدی (۱۳۸۸). اجتهاد قاضی در نظام قضایی ایران. مطالعات فقه و حقوق اسلامی، دوره ۱، شماره ۱.
۶۵. موسوی اردبیلی، سیدعبدالکریم (۱۴۲۳ق). فقه القضا (جلد ۱). چاپ ۲، قم: مؤسسه النشرالجامعه المفید.
۶۶. موسوی خمینی، سیدروح الله (۱۳۸۹)، صحیفه امام خمینی<sup>(د)</sup> (جلدهای ۱۴، ۱۵، ۱۷ و ۲۰). چاپ ۵، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت الله علیه).
۶۷. موسوی خمینی، سیدروح الله (۱۴۲۲ق). استفتائات. چاپ ۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۶۸. موسوی خمینی، سیدروح الله (۱۴۲۶ق). الاجتهاد والتقلید. چاپ ۲، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت الله علیه).
۶۹. موسوی خمینی، سیدروح الله (۱۴۳۰ق). کتاب البیع (جلد ۲). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت الله علیه).
۷۰. موسوی خمینی، سیدروح الله (۱۴۳۴ق). تحریر الوسیله (جلد ۲). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت الله علیه).
۷۱. مهرپور، حسین (۱۳۶۴). سرگذشت تعزیرات. کانون وکلا، شماره‌های ۱۴۸ و ۱۴۹.
۷۲. مهریزی، مهدی (۱۳۷۸). فقه پژوهی. چاپ ۱، تهران: نشر ایران‌نگین.
۷۳. مؤمن قمی، محمد (۱۴۲۲ق). مبانی تحریر الوسیله، القضاء والشهادات. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت الله علیه).

۷۴. نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق). جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام (جلدهای ۱۴ و ۴۰). چاپ ۷، بیروت: داراحیاء التراث العربی.

۷۵. نراقی، ملااحمد (۱۴۱۵ق)، مستندالشیعه فی احکام الشریعه (جلد ۱۷). قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام).

76. BankowskiZenon et al (1997). "Rational for Precedent" in Interpreting Precedent: A comparative Study, etited by MacCormic n, and et, al, Ashgate.
77. Tamanaha,Brianz (2004). on the Rule of Law: History,Politics,Theory, Cambridge University Press.

## References:

1. The Holy Quran.
2. The Constitution of the Islamic Republic of Iran.
3. Aameli (Second Martyr), Zain al-Din ibn Ali (1413 AH). *Masalik al-Afham* (Volume 13). Qom: Institute of Islamic Knowledge.
4. Aameli, Mohammad ibn Maki (1417 AH). *Al-Durus al-Shar'iyyah fi Fiqh al-Imamiyyah* (Volume 2). Qom: Islamic Publications Office.
5. Aameli, Seyyed Jawad ibn Mohammad (n.d.). *Mafatih al-Karamah* (Volume 10). Beirut: Dar Ihya al-Turath al-Arabi.
6. Amoli Tehrani, Mohammad Taghi (n.d.). *Montehi al-Wusul ila Ghawamiz Kifayat al-Usul*. Bija: Firdousi Printing House.
7. Ansari, Morteza (1416 AH). *Fara'id al-Usul* (Volume 2). Qom: World Congress of Sheikh Azam Ansari.
8. Asgari, Alireza, and Ameri, Mostafa (1394 SH). *Adillah Ijtihad Qazi va Naqd Anha*. *Studies in Islamic Jurisprudence and Law*, No. 61, 39-80.
9. Ashtiani, Mirza Mohammad Hasan ibn Jafar (1425 AH). *Kitab al-Qaza* (Volume 1). Qom: Zahir Publications, Congress of Allameh Ashtiani.
10. Bahrami Khoshkar, Mohammad (1391 SH). *Non-mujtahid Judgment in Imamieh Jurisprudence with a View to the Opinion of Imam Khomeini (ra)*. *Rahbord*, No. 65, 69-92.
11. Bahrami Khoshkar, Mohammad, and Qasemzadeh, Atka (1390 SH). *Non-mujtahid Judgment in Imamieh Jurisprudence*. *Fiqh Ahl al-Bayt*, Nos. 66 and 67, 169-204.
12. BankowskiZenon et al (1997). "Rational for Precedent" in *Interpreting Precedent: A comparative Study*, edited by MacCormic n, and et, al, Ashgate.
13. Baqizadeh, Mohammad Javad, and Omidifar, Abdullah (1393 SH). *The Necessity of Preserving the System and Preventing Disturbances in it in Imamieh Jurisprudence*. *Shia Studies*, 47, 170-200.
14. Behjat, Mohammad Taghi (1428 AH). *Estifta'at* (Volume 1). Qom: Ayatollah Behjat Publications Office.
15. Golpaygani, Seyyed Mohammad Reza (1413 AH). *Kitab al-Qada* (Volume 1). Qom: Dar al-Quran al-Karim.
16. Haeri Yazdi, Mohammad Hasan (1380 SH). *Judgment of the Muqallid and Specialized Jurist*. *Islamic Studies*, Nos. 51 and 52, 51-86.
17. Haji Deh Abadi, Ahmad (1395 SH). *Legal Requirements with a View to Islamic Penal Code*. 3rd edition, Tehran: Islamic Culture and Thought Research Institute Publications Organization.
18. Halabi, Abu Salih (1403 AH). *Al-Kafi fi al-Fiqh*. Imam Ali Public Library, Isfahan (peace be upon him).
19. Halabi, Ibn Zahra (1417 AH). *Ghaniyat al-Nazoo'*. Qom: Imam Sadiq Institute (peace be upon him).
20. Har Ameli, Mohammad ibn Hasan (1409 AH). *Wasa'il al-Shi'ah ila Tahqiq Masa'il al-Shari'ah* (Volume 27). Qom: Al-Bayt Institute (peace be upon them).
21. Helli, Hasan ibn Yusuf ibn Muthahar (1413 AH). *Qawaid al-Ahkam* (Volume 3). Qom: Islamic Publications Office.
22. Helli, Hasan ibn Yusuf ibn Muthahar (1420 AH). *Tahreer al-Ahkam* (Volume 5). 1st edition, Qom: Imam Sadiq Institute (peace be upon him).
23. Helli, Najm al-Din Jafar ibn Hasan (1408 AH). *Sharayi' al-Islam fi Masa'il al-Halal wa al-Haram* (Volume 4). 2nd edition, Qom: Ismaili Institute.

24. Hosseini Haeri, Seyyed Kazem (1415 AH). Al-Qada' fi al-Fiqh al-Islami. 1st edition, Qom: Islamic Thought Assembly.
25. Ibn Baraj, Qazi Abdul Aziz (1406 AH). Al-Muhazzab. Qom: Islamic Publications Office.
26. Ibn Idris, Mohammad ibn Mansur ibn Ahmad (1410 AH). Al-Sarair al-Hawi li Tahrir al-Fatawi (Volume 2). Qom: Islamic Publications Office.
27. Ibn Manzoor, Mohammad ibn Makram ibn Ali (1414 AH). Lisan al-Arab (Volume 3). Beirut: Dar Sader.
28. Isfahani (Fazl Hindi), Mohammad ibn Hasan Isfahani (1416 AH). Kashf al-Litham wal-Ibham an Qawaid al-Ahkam (Volume 10), 1st edition. Qom: Islamic Publications Office.
29. Isfahani, Hussein ibn Mohammad (1412 AH). Mafatih al-Fazah al-Quran. Beirut: Dar al-Ilm, Damascus: Dar al-Shamieh.
30. Isfahani, Mohammad Hussein (1409 AH). Al-Ijarah. 2nd edition, Qom: Islamic Publications Office.
31. Javadi Amoli, Abdullah (1368 SH). Guardianship of the Jurist; Leadership in Islam. Tehran: Raja Cultural Publishing Center.
32. Kashani, Mohammad Hasan Faiyaz (n.d.). Mafatih al-Shara'i (Volume 3). Qom: Entesharat Ketabkhane Ayatollah Marashi Najafi.
33. Katouzian, Naser (1377 SH). Philosophy of Law (Volumes 1 and 2). Tehran: Sherkat Sahami Enteshar.
34. Khansari, Seyyed Ahmad (1405 AH). Jame al-Madarek fi Sharh Mukhtasar al-Nafic (Volume 6). Qom: Ismailiyan Institute.
35. Khoei, Seyyed Abul Qasim (1416 AH). Sirat al-Najat al-Mahshi li-Khoei (Volume 1). Qom: Maktab Nashr al-Muntakhab.
36. Khoei, Seyyed Abul Qasim (1418 AH). Al-Tanqih fi Sharh al-Urwat al-Wuthqa. Qom: Lutfi.
37. Khoei, Seyyed Abul Qasim (1422 AH). Foundations of Takmilat al-Menhaj (Volume 1). Qom: Institute for the Revival of the Works of Imam Khoei.
38. Khorasani, Mohammad Kazem (1409 AH). Kifayat al-Usul. Qom: Al-Bayt Institute (peace be upon them).
39. Khormashi, Bahauddin, and Fani, Kamran (1392 SH). Encyclopedia of Shiism (Volume 1). Tehran: Hekmat.
40. Makarem Shirazi, Naser (1427 AH). New Fatwas (Volumes 1 and 3). Print 2, Qom: Imam Ali ibn Abi Talib School.
41. Mehrpour, Hossein (1364 SH). The History of Penalties. Bar Association, Numbers 148 and 149.
42. Mehryazi, Mehdi (1378 SH). Jurisprudential Studies. Print 1, Tehran: Nashr-e Iran Neghin.
43. Moghimi Haji, Abul Qasim (1399 SH). The Authorities of the Supreme Leader in Implementing Laws and the Scope of Legislation. Governance Jurisprudence Journal, No. 7, 71-99.
44. Mohaddesi Gilani, Mohammad (1378 SH). Qaza va Qazavat dar Islam. Tehran: Sayeh.
45. Mohseni, Hassan, and Ghamami, Majid (1394 SH). The Relationship between Judicial Independence and Advocacy Independence. Journal of Private Law Studies, No. 2, 301-318.
46. Mohtadi Mohabb, Mehdi (1388 SH). Judicial Ijtihad in the Iranian Judicial System. Studies in Islamic Jurisprudence and Law, Volume 1, Number 1.

47. Mojahed, Seyyed Mohammad (n.d.). Al-Manaahil. Qom: Al-Bayt Institute (peace be upon them).
48. Mo'men Qomi, Mohammad (1422 AH). Foundations of the Compilation of Al-Wasilah, Al-Qada' wal-Shahadat. Tehran: Institute for Compilation and Publication of the Works of Imam Khomeini (peace be upon him).
49. Mortazavi, Seyyed Zia (1400 SH). Baha Kariy-e Qazat. Fegh, No. 67, 91-105.
50. Motahhari, Morteza (1389 SH). Kulliyat-e Ulum-e Islami (Volume 3). Tehran: Sadra.
51. Mufid, Muhammad ibn Muhammad Na'man (1413 AH). Al-Muqni'ah. Print 1, Qom: World Congress of the Millennium of Sheikh Mufid.
52. Musavi Ardabili, Seyyed Abdolkarim (1423 AH). Fiqh al-Qaza (Volume 1). Print 2, Qom: Institute for the Publication of the Beneficial Society.
53. Musavi Khomeini, Seyyed Rouhollah (1389 SH). Sahifeh Imam Khomeini (Volumes 14, 15, 17, and 20). Print 5, Tehran: Institute for Compilation and Publication of the Works of Imam Khomeini (peace be upon him).
54. Musavi Khomeini, Seyyed Rouhollah (1422 AH). Fatwas. Print 5, Qom: Islamic Publications Office.
55. Musavi Khomeini, Seyyed Rouhollah (1426 AH). Al-Ijtihad wal-Taqlid. Print 2, Tehran: Institute for Compilation and Publication of the Works of Imam Khomeini (peace be upon him).
56. Musavi Khomeini, Seyyed Rouhollah (1430 AH). Kitab al-Buyu' (Volume 2). Tehran: Institute for Compilation and Publication of the Works of Imam Khomeini (peace be upon him).
57. Musavi Khomeini, Seyyed Rouhollah (1434 AH). Tahreer al-Wasilah (Volume 2). Tehran: Institute for Compilation and Publication of the Works of Imam Khomeini (peace be upon him).
58. Najafi, Mohammad Hasan (1404 AH). Jawahir al-Kalam fi Sharh Sharae al-Islam (Volumes 14 and 40). Print 7, Beirut: Dar Ihya al-Turath al-Arabi.
59. Naraqi, Mulla Ahmad (1415 AH). Mustanad al-Shi'a fi Ahkam al-Shari'ah (Volume 17). Qom: Al-Bayt Institute (peace be upon them).
60. Qumi, Abul Qasim (1430 AH). Al-Qawanin al-Muhkamah (Volume 4). Qom: Ihya Al-Kutub Al-Islamiyyah.
61. Rafii, Mohammad Reza (1398 SH). Establishment of Judicial Uniformity; A Study of Fundamental Issues. Qazavat, No. 98, 101-124.
62. Rashti, Mabruza Habibullah (1401 AH). Kitab al-Qaza (Volume 1). Qom: Dar al-Quran al-Karim.
63. Rezvan-Talab, Mohammad Reza, Jahandoost Dalangani, Masoud (1398 SH). Compliance of the Rulings of Muqallid Judges with Fatwas or Law. Studies in Islamic Jurisprudence and Law, No. 21, 85-114.
64. Sabzavari, Mohammad Baqir ibn Muhammad Mo'men (1423 AH). Kifayat al-Ahkam (Volume 2). 1st edition, Qom: Islamic Publications Office.
65. Sadr, Seyyed Mohammad Baqir (1411 AH). Iqtisaduna. Beirut: Dar al-Ta'aruf lil-Matbuat.
66. Saduq, Mohammad ibn Ali ibn Babawayh Qummi (1415 AH). Al-Muqni'a. Qom: Imam Hadi Institute (peace be upon him).
67. Safi Golpaygani, Lutfullah (1412 AH). Al-Ahkam al-Shar'iyah Thabitah La Tatagayar. Qom: Dar al-Quran al-Karim.
68. Saifi Mazandarani, Ali Akbar (1425 AH). Foundations of Effective Fiqh in Islamic Legal Principles (Volumes 1 and 2). Qom: Islamic Publication Institute.



69. Salar, Hamza ibn Abdul Aziz Dailami (1404 AH). Al-Marasim al-Alawiyyah wa al-Ahkam al-Nabawiyyah fi al-Fiqh al-Imami. 1st edition, Qom: Publications of Al-Haramain.
70. Sobhani, Jafar (1388 SH). Tahzib al-Usul; Tafsir al-Abhath al-Imam Khomeini (Volume 3). 1st edition, Tehran: Institute for the Compilation and Publication of the Works of Imam Khomeini (ra).
71. Sobhani, Jafar (1418 AH). Nizam al-Qada al-Shahadah fi al-Shariah al-Islamiyah al-Ghra (Volume 1). Qom: Imam Sadiq Institute (peace be upon him).
72. Tabatabai Haeri, Seyyed Ali ibn Mohammad (1418 AH). Riyad al-Masa'il (Volume 15). Qom: Al-Bayt Institute (peace be upon them).
73. Tamanaha, Brianz (2004). on the Rule of Law: History, Politics, Theory, Cambridge University Press.
74. Tusi, Abu Ja'far Mohammad ibn Hasan (1387 AH). Al-Mabsut fi Fiqh al-Imamiyah (Volume 8) Tehran: Al-Maktabah Al-Murtadawiyah li Ihya Al-Athar Al-Jafariyyah.
75. Tusi, Abu Ja'far Mohammad ibn Hasan (1400 AH). Al-Nihayah. Beirut: Dar al-Kutub al-Arabi.
76. Tusi, Abu Ja'far Mohammad ibn Hasan (1407 AH a). Al-Khilaf (Volume 6). Qom: Islamic Publications Office.
77. Tusi, Abu Ja'far Mohammad ibn Hasan (1407 AH b). Tahdhib al-Ahkam (Volume 6). Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyyah.

## آیین نظارت سیاسی پارلمان بر وزرا در عصر مشروطه و نظام جمهوری اسلامی

علی محمد فلاح‌زاده • دانشیار، گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران. [fallahzadeh@atu.ac.ir](mailto:fallahzadeh@atu.ac.ir)  
مازیار خادمی • دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران. [mazyarkhademii@gmail.com](mailto:mazyarkhademii@gmail.com) (نویسنده مسئول)

### چکیده

در نظام‌های پارلمانی، اصولاً پارلمان قادر است به دلیل نقض قوانین و یا کوتاهی در انجام وظایف حکومتی از سوی قوه مجریه، منصب سیاسی را از ایشان سلب نماید. مکانیسم‌های نظارت سیاسی بر وزرا عبارتند از تذکر، سؤال و استیضاح. در این مقاله، با روش توصیفی تحلیلی و با تکیه بر منابع کتابخانه‌ای به بررسی موضوع آیین نظارت سیاسی بر وزیران در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران و نظام مشروطه خواهیم پرداخت. تحلیل تطبیقی و تطوّر تاریخی موضوع مذکور این سؤال را پیش روی ما قرار داده است که با توجه به وضعیت حقوقی، فرهنگی و تاریخی ایران، آیین نظارت سیاسی در کدام یک از دو نظام مشروطه و جمهوری اسلامی از روند شایسته‌تری برخوردار بوده است؟ رهیافت این نوشتار چنان حاصل شد که در مکانیسم‌های تذکر و سؤال، نظام جاری مملکتی بر خلاف نظام مشروطه به گونه‌ای معقول و ضابطه‌مند به تعیین مقررات حاکم بر اعمال این صلاحیت‌های پارلمانی پرداخته است. از سوی دیگر در استیضاح، محدود بودن نمایندگان برای طرح آن در موارد مشخص و بررسی مؤثر و دقیق کمیسیون، روند استیضاح را به فرایندی معقول و کارآمد در دوران مشروطه تبدیل کرده بود، در حالی که نظام جمهوری اسلامی، با چالش‌هایی نظیر حدّ نصاب پایین برای طرح استیضاح و سهولت فرآیند اعمال آن و موسّع بودن دامنه موضوعات مورد استیضاح روبه‌روست.

واژگان کلیدی: نظام پارلمانی، نظارت پارلمان بر وزرا، تذکر، سؤال، استیضاح.



#### مقدمه

نظارت را مجموعه عملیاتی دانسته‌اند که بر اساس آن، میزان انطباق عملکرد با قوانین و مقررات سنجیده می‌شود تا از تطابق نتایج با اهداف معین‌شده اطمینان حاصل شود (اخوان کاظمی، ۱۳۹۱، ص. ۲۹) که در معنای حقوقی، کنترل اعمال مقام یا نهاد حکومتی از سوی مقام یا نهادی دیگر تعریف شده است (آیینه نگینی، ۱۳۹۵، ص. ۳). در نظام پارلمانی که ارتباط بیشتری میان دو قوه مقننه و مجریه وجود دارد، پاره‌ای از مقامات حکومتی در مقابل نمایندگان مردم مسئولیت سیاسی دارند. به این معنا که نمایندگان بر عملکرد آن‌ها نظارت مستمر دارند و قوه مجریه، به علت نقض قوانین یا به علت کوتاهی در وظایف حکومتی، از طرف نمایندگان مورد بازخواست قرار می‌گیرد و اگر پارلمان این عملکرد را ضعیف و ناکارآمد تشخیص دهد، مقام و منصب سیاسی را از ایشان سلب کند. از این‌رو جوهره نظارت سیاسی ایفای نقش در به دست آوردن یا از دست دادن مقام و قدرت عمومی (راسخ، ۱۳۹۰، ص. ۳۴) و سازوکار آن عبارت از تذکر، سؤال و استیضاح وزارت (زارعی، ۱۳۸۴، ص. ۲۷۷). نظارت سیاسی دارای معیارهایی است که آن را از ابزارهای نظارتی دیگر از جمله تحقیق و تفحص متمایز می‌سازد. نظارت سیاسی دارای معیارهای شخصی و فردی است. منظور از شخصی و فردی بودن نظارت سیاسی این نیست که در این نوع نظارت انگیزه‌ها شخصی و فردی‌اند؛ بلکه معیارها و شاخص‌هایی که مقیاس سنجش و ارزیابی قرار می‌گیرند، شخصی هستند. بر اساس این شاخص‌ها، خواسته‌های فردی و گروهی و شاید هم ایده‌های تحقق‌نیافته ملاک نظارت و ارزیابی واقع می‌شوند (جوان آراسته، ۱۳۸۴، ص. ۶۳)، اما در تحقیق و تفحص، معیارهای عینی تحقق می‌یابد و معیارهای مشخص و نوعی معیار ارزیابی واقع می‌شوند. در نظارت سیاسی هدف تنها اجرای قانون نیست، بلکه نگاه ناظر بیشتر معطوف به این است که نتیجه حاصل از اجرای قانون چه بوده و آیا مقام یا نهاد مسئول توانسته است اهداف مورد نظر قانون‌گذار را محقق سازد یا خیر؟ بنابراین، این نوع نظارت فراتر از بررسی تخلفات قانونی است و ممکن است اقدامات، تصمیمات و دستورالعمل‌هایی که با وجود قانونی بودن با مصالح عمومی هماهنگ نیست، جامه عمل بپوشد. از این‌رو در نظارت سیاسی چهارچوب‌بندی نظارت با مفاهیم سیاسی نیز سروکار دارد و چه‌بسا در مواردی با منطق حقوقی و قانونی مطابقت نداشته باشد (عامری، ۱۳۹۴، صص. ۱۲۱-۱۲۲)، اما در تحقیق و تفحص یا نظارت کمیسیون اصل ۹۰، عمدتاً هدف بررسی معیارهای قانونی با عمل مقامات سیاسی است و ضمانت اجرای موجود بر

مبنای گریز از قانون صورت می‌پذیرد. از دیگر موارد مورد اشاره اینکه نظارت سیاسی دارای آیین‌نامه خاص یا رویه مشخص حقوقی نیست و به دلیل شخصی و گروهی بودن معیارهای ارزیابی، اختلاف نظر فراوان وجود دارد. این موضوع موجب سستی این نوع نظارت و در برخی موارد هم سبب لوٹ شدن نتایج آن می‌شود. این در حالی است که در برخی دیگر از انواع نظارت‌ها مانند تحقیق و تفحص و اصل ۹۰، به دلیل تکیه بر قوانین و مقررات، اختلاف نظر به حداقل کاهش می‌یابد (عامری، ۱۳۹۴، ص. ۱۲۲).

عقلانیت روشن فکر ایرانی در جست‌وجوی علل عقب‌ماندگی ایران و پیشرفت ممالک غربی در اواخر عهد قاجار به این نتیجه رسید که کلیدواژه پیشرفت یک کلمه و آن هم قانون است (طحان‌نظیف و احسانی، ۱۳۹۶، ص. ۵۸). با نگارش و امضای قانون اساسی مشروطه و متعاقباً تشکیل مجلس شورای ملی، حکومت ایران از سلطنتی به مشروطه تبدیل شد (منصوریان، ۱۳۹۰، ص. ۹۹). قانون اساسی ایران از روی قوانین اساسی فرانسه و بلژیک نوشته شده بود و با اوضاع و شرایط ایران هماهنگ نبود (هدایت، ۱۳۸۵، ص. ۴۵). برای همین، برخی از اصول قانون اساسی در تدوین متمم آن مورد جرح و تعدیل قرار گرفت که یکی از این اصلاحات، گنجاندن تفکیک قوا در متمم بود که در متن اولیه قانون اساسی نیامده بود. مشروطه‌خواهان دریافته بودند که برای کاستن اختیارات و اقتدارات سلطنت از حالت استبدادی مطلقه و برپایی دولت مشروطه و مقیده، نیازمند نهادی به نام قوه مقننه هستیم (فضلی و رستمی، ۱۳۹۰، ص. ۳۰). در قانون اساسی، پارلمان به دلیل جایگاهش که به‌عنوان قوه مؤسس شناخته می‌شد، این امتیاز را داشت تا از این فرصت برای افزایش اقتدار خود در برابر دولت به‌عنوان قوه مجریه استفاده کند. جایگاه مسلط مجلس به این واقعیت اشاره می‌کرد که با توجه به دیرپایی و ساخت استبدادی کشور، این مسئله یکی از دغدغه‌های مبارزان مشروطه ایران بود که در قانون اساسی و متمم آن نمود یافت تا از این طریق فزونی‌خواهی شاه و وابستگان دربار را کم کنند و مجلس را در موضعی قرار دهند تا بر قوه مجریه نظارت مستمر داشته باشد (ملایی توانی، ۱۳۸۱، ص. ۲۶)؛ زیرا به‌رغم اینکه طبق بند نخست اصل ۲۷ متمم، شاه جزئی از قوه مقننه بود، اما اعمال آن جز از طریق مشارکت با مجلس امکان‌پذیر نبود.

جنبش مشروطه‌خواهی باید در سطح عالی قدرت ایجاد می‌شد، اما مشروطه‌خواهان از این

نکته غافل بودند که ایجاد نهادهای نوین مانند مجلس شورای ملی به دلیل نبود پیشینه‌ای از آن به راحتی امکان‌پذیر است، اما ایجاد دولت قوی با توجه به همه کارشکنی‌ها در برابر آن و نیز وجود ساختاری کهنه که حتی اصلاحات عصر ناصری هم اثری مطلوب بر آن نگذاشته بود، چندان کار راحتی نیست و همان‌طور که پس از آن سیر وقایع نشان داد، تغییر پی‌درپی کابینه‌ها نشان از سستی امر دولت در مشروطیت و نظارت داشت (حسینی و همکاران، ۱۳۹۹، ص. ۱۴).

تجربه عدم اجرای دقیق قانون اساسی در رژیم سابق، خودکامگی شاه و دربار و هیئت دولت و تضعیف و بی‌اعتباری مجلس نمایندگان ملت سبب شد که قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در سال ۱۳۵۸ به بحث نظارت مجلس بر دولت توجه کند، اما در طول ده سال تجربه، با ناهماهنگی سیاسی و حقوقی نظام، آن‌گونه که قانون اساسی سازمان‌دهی تشکیلات آن را پیش‌بینی کرده بود، دشواری‌های عمل به قانون اساسی ظهور و بروز یافت و در نتیجه، بازنگری قانون اساسی ضروری تشخیص داده شد و اصلاحات شورای بازنگری قانون اساسی در سال ۱۳۶۸، نشان‌دهنده تحولی است که در رابطه میان دو قوه مقننه و مجریه به وجود آمده است.

از آنجاکه در هر جامعه‌ای حوزه مباحث حقوق عمومی که به موضوعات کلان حکومتی، نهادها و ساختارها به لحاظ ماهیت و شکل و روابط آن‌ها می‌پردازد، از جمله اموری است که باید با دقت و به شکل کاملاً بومی، بررسی، نظردهی و اجرا شود، گام نخست، شناسایی مؤلفه‌های تأثیرگذار در این امور است (کوشکی و آجرلو، ۱۳۸۷، ص. ۱۹۳). تحقیق پیش رو با این نگاه به مسئله نظارت سیاسی بر وزرا پرداخته است. مقایسه نظارت سیاسی مجلس بر دولت و تطور تاریخی آن در دو نظام حقوقی متفاوت در مقاطع زمانی پیاپی - که یکی سلطنتی مشروطه و دیگری نیمه‌پارلمانی-نیمه‌ریاستی است- ما را به این پرسش روبه‌رو می‌سازد که آیین نظارت سیاسی در دو نظام مشروطه و جمهوری اسلامی به چه صورت بوده و کدام‌یک روند مناسب‌تری داشته است؛ زیرا نظارت پارلمان زمانی مؤثر و کارآمد است که متناسب و متعادل اعمال شود. از این رو تأکید و تمرکز بر نظارت بر نهاد یا مقام در صورتی که موجبات دخالت در وظایف و کارویژه‌های آن‌ها را فراهم کند و آن نهاد یا مقام را از ابزارهای متقابل نفوذ عاری کند، چیزی جز ناکارآمدی، نصیب نمی‌کند (حبیب‌نژاد و سعید، ۱۳۹۹، ص. ۹۷). تفاوت این دو نظام (پارلمانی سلطنتی و نیمه‌پارلمانی-نیمه‌ریاستی) خدشه‌ای بر امکان مقایسه آنان وارد نمی‌آورد؛ زیرا هر دو درباره نظارت بر وزیران از مبانی مشابه‌ای برخوردارند.

پیشینه پژوهش: گفتنی است مسئله نظارت سیاسی بر قوه مجریه تاکنون در کتاب‌های نویسندگان حقوق اساسی از جمله محمد هاشمی (۱۳۸۴)، جلال‌الدین مدنی (۱۳۷۷) و نجفی اسفاد و محسنی (۱۳۷۹) بحث و بررسی شده است. همچنین، مقالاتی در این باره منتشر شده است که از آن جمله می‌توان به موارد زیر اشاره کرد.

منصوریان و آگاه (۱۳۹۰)، «مسئولیت سیاسی دولت در برابر پارلمان در حقوق ایران و فرانسه»؛ اشکبوس و اصلانی (۱۳۹۷)، «تحلیلی بر ابزار نظارتی استیضاح وزیران در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران و ایرادهای حاکم بر آن»؛ فریادی (۱۳۸۷)، «بررسی جایگاه استیضاح وزرا در حقوق اساسی ایران» و پروین و همکاران (۱۳۹۹)، «بزارهای نظارت سیاسی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران و تأثیر آن بر عدالت جغرافیایی در کشور».

وجه مشترک همه آثار، بیان قوانین و مقررات جاری و ارزیابی و تحلیل آن در زمینه پژوهش است و چنانچه اشاره‌ای به نظام مشروطه شده، به صورت گذرا و به عنوان پیش درآمد است در حالی که ما در این پژوهش با تأکید بر مطالعه تطبیقی دو نظام مشروطه و جمهوری اسلامی به ایرادات نظام جاری پرداخته و راهکارهایی ارائه داده‌ایم.

روش پژوهش: این پژوهش با روش استنباطی، تفسیری و استدلالی به صورت اسنادی و رجوع گسترده به متن و ارجاعات حقوق دانان و تقریر و نقد این نظریه‌ها صورت گرفته است. نوشتار حاضر در سه بخش تنظیم شده است. بدین صورت که ابتدا به بررسی تذکر، سپس به آیین سؤال و سرانجام به موضوع استیضاح پرداخته‌ایم.

## ۱. تذکر

در این قسمت، ابتدا به توضیح و تبیین صلاحیت تذکر می‌پردازیم و سپس اعمال آن را در نظام مشروطه و جمهوری اسلامی بررسی می‌کنیم و در نهایت، این گفتار را با ذکر مباحث تطبیقی دو نظام پیش گفته در این باره به پایان می‌بریم.

### ۱.۱. مفهوم

به موجب این صلاحیت، «اگر نماینده یا نمایندگان، خود یا ضمن تماس با مردم، متوجه نقایص و کمبودها یا شیوه‌های نادرست مدیریت شوند، می‌توانند در فرصت‌هایی موضوع را به رئیس هیئت وزیران (نخست‌وزیر یا رئیس‌جمهور) یا وزیر مربوطه، در جلسه مجلس تذکر دهند» (قاضی

شریعت‌پناهی، ۱۳۷۷، ص. ۵۳۳). پاسخ ارائه‌شده مقدمه‌ای برای نظارت بر سیاست‌های عمومی، برنامه‌های دولت و ارزیابی عملکرد مسئولان به شمار می‌آید (حبیبی، ۱۳۶۴، ص. ۳۵). فرض اساسی در تذکر این است که دولت از موضوع بی‌اطلاع است و به مجرد تذکر، اقدام لازم را به عمل می‌آورد (بوشهری، ۱۳۵۱، ص. ۱۹۴).

### ۲.۱. تذکر در مشروطه

بحث صلاحیت نظارتی پارلمان در میان نظریه‌پردازان مشروطه جایگاهی ویژه داشت. برای مثال، آخوند خراسانی مهم‌ترین وظیفه منتخبان ملت را نظارت می‌دانست (فضلی و رستمی، ۱۳۹۰، ص. ۳۴) که این مبانی به قانون اساسی نیز راه یافت. اصل ۲۷ قانون اساسی مصوب ۱۴ ذوالقعدة ۱۳۲۴، در مقام صلاحیت تذکر مجلس بیان می‌دارد

«مجلس هر جا نقضی در قوانین یا مسامحه در اجرای آن ملاحظه کند، به وزیر مسئول در آن کار اخطار خواهد کرد و وزیر مزبور باید توضیحات لازمه را بدهد».

چنان‌که ملاحظه می‌شود، این اصل ناظر به صلاحیت تذکر مجلس است، اما «تذکر» به صراحت در آن نیامده و به جای آن از کلمه «اخطار» استفاده شده است که آیین‌نامه داخلی مجلس شورای ملی در صدد تبیین آن برآمد و ابهام را به شکل زیر برطرف کرد.

«هرگاه نماینده‌ای صلاح، اندیشه‌هایی داشته باشد یا در یکی از سازمان‌های دولتی یا وابسته به دولت یا مؤسساتی که با سرمایه یا به کمک مالی دولت اداره می‌شود، همچنین، هر نوع سازمان یا مؤسساتی که بعضی یا کل آن از وجوه عمومی اداره می‌شود، عملیاتی مخالف اصول یا برخلاف قانون یا مقررات قانونی مشاهده کند یا از سوءجریان اداره‌ای اطلاع پیدا کند، حق دارد راجع به آن موضوع به‌وسیله رئیس مجلس به وزیر مسئول یا نخست‌وزیر کتباً تذکر دهد و رئیس مجلس تذکر او را به دولت ابلاغ خواهد کرد» (ماده ۱۶۷ آیین‌نامه داخلی شورای ملی). این موضوع در صلاحیت مجلسین بود؛ زیرا در قانون، لفظ مطلق «مجلس» به کار رفته است.

### ۳.۱. تذکر در جمهوری اسلامی

متأسفانه قانون اساسی کنونی اشاره به مسئله تذکر نکرده است، اما شاید بتوان از اطلاق اصل ۸ قانون اساسی که درباره همگانی بودن امر به معروف و نهی از منکر است، این استفاده را کرد که این اصل هرچند تنها ناظر به صلاحیت نمایندگان نیست، نمایندگان هم می‌توانند جزئی از موضوع این

اصل قرار بگیرند. به این ترتیب که تذکر ماهیتاً جنبه امر به معروف و نهی از منکر دارد و از مصادیق این اصل به شمار می‌آید. اگر هم نتوان این اصل را مبنای تذکر نماینده شناخت، به خاطر اینکه قانون اساسی در این باره مورد نداشته است و دولت در برابر مجلس مسئولیت دارد (اصل ۱۲۲ قانون اساسی)، قوانین عادی می‌توانند مسئله تذکر را شکل دهند و برای آن حدود و شرایطی قائل شوند.

با تکیه بر مشروح مذاکرات قانون اساسی می‌توان مسئولیت و لزوم پاسخ‌گو بودن مقامات یادشده و امکان نظارت بر آنان از طریق نمایندگان منتخب مردم و سؤال از مقامات یادشده را به نوعی از لوازم مشارکت عمومی و اعمال حاکمیت مردم به طور غیرمستقیم دانست. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به پیروی از اندیشه دینی نصیحت ائمه مسلمین و امر به معروف و نهی از منکر، از همین منطبق پیروی کرده و در اصول گوناگون از جمله اصل ۸۸، زمینه نظارت بر زمامداران را فراهم آورده است (اشکبوس، ۱۳۹۴، ص. ۱۵). به عبارت دیگر، نظام حقوق اساسی ایران ضمن اهمیت فراوان به بحث نظارت، پایه‌ها و مبانی مشروعیت نظارت بر قدرت را ذیل مفاهیمی مانند امر به معروف و نهی از منکر، النصیحة لائمة المسلمین، امانت دانستن مناصب عمومی و حق تعیین سرنوشت پذیرفته است (حبیب‌نژاد و عامری، ۱۳۹۳، ص. ۷). نظارت به نوعی با مفهوم مشارکت در نظام اسلامی گره خورده است. مشارکت در مفهوم سهیم و شریک شدن افراد جامعه و پذیرش مسئولیت در فعالیت‌ها و وجوه گوناگون زندگی اجتماعی برای حرکت به سمت اهداف مقدس نظام اسلامی، در منابع دینی مبانی متعددی دارد (فتاحی زفرقندی، ۱۳۹۴، ص. ۱۴۱).

قوانین عادی می‌توانند مسئله تذکر را شکل دهند و برای آن حدود و شرایطی قائل شوند (مدنی، ۱۳۷۷، ص. ۲۰۲). برای همین، آیین‌نامه داخلی مجلس در ماده ۲۰۶، به این صلاحیت اشاره کرده است.

تذکر نمایندگان می‌تواند به صورت شفاهی یا کتبی باشد. در تذکر شفاهی، نمایندگان در قالب نطق پیش از دستور جلسه می‌توانند مطالب و تذکرها را خود را بیان کنند (هراتی، ۱۳۹۱، ص. ۱۶۳)، اما تذکر کتبی در ماده ۲۰۶ آیین‌نامه داخلی مجلس بدین صورت متجلی شده است «در کلیه مواردی که نماینده یا نمایندگان مطابق اصل هشتاد و هشتم (۸۸) قانون اساسی، از رئیس‌جمهور یا وزیر درباره یکی از وظایف آنان حق سؤال دارند، می‌توانند در خصوص موضوع



مورد نظر به رئیس‌جمهور و وزیر مسئول کتباً تذکر دهند. هیئت رئیسه خلاصه تذکر را در جلسه علنی مجلس قرائت و متن کامل تذکر را به رئیس‌جمهور یا وزیر مربوط ابلاغ می‌نماید».

#### ۴.۱. بررسی تطبیقی دو نظام حقوقی در موضوع تذکر

الف. با توجه به نقش مهمی که تذکر در سامان‌دهی و بهتر شدن امور دارد، شایسته بود که این صلاحیت در قانون اساسی تصریح می‌شد تا به‌عنوان موضوعی اساسی، دارای رسمیت و اهمیت بیشتری باشد؛ زیرا ممکن است توسط قانون‌گذار عادی به رسمیت شناخته نشود و به عدم ورود صلاحیت یادشده به نظام حقوقی بینجامد؛ هرچند در مقابل نیز می‌توان این‌طور ارزیابی کرد که عدم تصریح لفظی دلالت بر عدم تذکر ندارد و این موضوع نمی‌تواند توسط قانون‌گذار نادیده انگاشته شود.

ب. موضوع تذکر در قانون اساسی مشروطه و آیین‌نامه داخلی، مقید به نقض قوانین و عدم حسن اجرای امور (در مقابل سوء‌جرایان امور) تحت نظارت وزیر مربوط شده است، اما در قوانین پس از انقلاب، موضوع تذکر عام است و همه جنبه‌های کارکردی و صلاحیتی شخص وزیر را شامل می‌شود. با توجه به اینکه منشأ تذکر، نظام پارلمانی مشروطه بریتانیاست که در آن تذکر به‌صورت فراگیر در راستای گوشزد به مسئولان اجرایی برای توصیه و هشدار به نمایندگان و امور مملکتی استفاده می‌شود (Yamamoto, 2007, p. 56)، عام بودن موضوع تذکر در آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی، به‌گونه‌ای شایسته‌تر فلسفه وجودی این صلاحیت را تأمین کرده است.

ج. یکی از نقاط ضعفی که در هر دو نظام به چشم می‌خورد، عدم ضمانت اجرا برای پاسخ‌گویی وزیر به تذکر اعلام‌شده است. ماده ۱۴۴ قانون آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی مصوب سال ۱۳۶۶ که ماده ۲۰۶ کنونی جایگزین آن شده است، وزیر مسئول را مکلف به پاسخ مستقیم به نماینده کرده بود، اما در آیین‌نامه اصلاحی، این بخش حذف شده که در کمال شگفتی، این ابزار را به‌شدت تضعیف و به موضوعی بدون نتیجه و ضمانت اجرا تبدیل کرده است. شاید بتوان گفت که مسائلی که موجب اعمال تذکر به مسئولان اجرایی می‌شود، مسائل روزمره‌ای است که به‌صورت بی‌واسطه بر زندگی مردم تأثیرات ملموس و عینی دارند (مرادی،

۱۳۹۵، ص. ۶) و برخلاف سؤال، نماینده تنها در پی گوشزد و آگاهی وزیر و زمینه‌سازی دیگر نظارت‌ها به اعمال این صلاحیت می‌پردازد. حذف ضمانت اجرا در اصلاح قانون آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی نیز به ظاهر در راستای همین موضوع بوده است. ملاحظه آیین‌نامه داخلی مجلس شورای ملی نیز در باب ذکر صلاحیت بدون ضمانت اجرا به تقویت این استدلال کمک می‌کند.

د. نمایندگان تذکردهنده باید با حساسیت به دنبال اخذ پاسخ از مقام مربوط باشند و در صورت عدم پاسخ از سوی آنان، مراتب را به اطلاع عموم نمایندگان مجلس برسانند تا از این طریق در جریان امور قرار گیرند و به تدریج زمینه سؤال و استیضاح را از آن مقام اجرایی فراهم آورند. نارسایی‌ای که در هر دو نظام به چشم می‌خورد، این است که ضمانت اجرای این صلاحیت در صلاحدید و اختیار کامل نمایندگان است که هر زمان اراده کنند، قابل اجراست. این موضوع راه را برای تطمیع نمایندگان توسط قوه مجریه و سوءاستفاده‌های شخصی و سیاسی باز خواهد کرد؛ به گونه‌ای که به‌طور میانگین در هر سال بین سه تا چهار هزار تذکر از سوی نمایندگان داده می‌شود، اما نتیجه حقوقی محسوسی ندارد (مرادی، ۱۳۹۵، صص. ۵-۶). شایسته است که آیین‌نامه داخلی مجلس فرایندی را پیش‌بینی کند تا هم نماینده تذکردهنده درصدد پیگیری موضوع تذکر شود و هم وزیر مسئول ملزم به ارائه پاسخ مناسب در این زمینه شود. در این راستا، می‌توان به تبدیل سازوکار تذکر در صورت تعدد آن به ابزاری شدیدتر مانند سؤال به‌عنوان یک راه‌حل اشاره کرد.

## ۲. سؤال

در این قسمت ابتدا مفهوم سؤال را تبیین و سپس آن را در نظام‌های مشروطیت و جمهوری اسلامی بررسی و سرانجام، نکات اساسی در تطبیق را بیان می‌کنیم.

### ۱.۲. مفهوم

هدف از طرح سؤالات پارلمانی به بیان ارسکین می، تحصیل اطلاعات یا اصرار برای عملیات است (زارعی، ۱۳۸۴، ص. ۱۶۵) و به‌موجب آن، نماینده هر موضوع یا مسئله یا مشکل مربوط به امور مملکتی را که نیازمند بحث است، با عنوان سؤال در مجلس مطرح می‌کند (انصاری، ۱۳۵۲، ص. ۱۸۸) که زمینه را برای برقراری گفت‌وگوی مؤثر و سازنده میان مجلس و قوه مجریه فراهم

می‌سازد (هاشمی، ۱۳۸۴، ص. ۵۰۴). بنابراین، مجلس از طریق سؤال بر قوه مجریه نظارت سیاسی دارد (راسخ، ۱۳۹۰، ص. ۷۵).

## ۲.۲. سؤال در مشروطه

در هیچ‌یک از اصول قانون اساسی مشروطه و متمم آن به‌طور صریح سخن از سؤال نیامده است، اما می‌توان بعضی از اصول را به موضوع سؤال نمایندگان از وزرا مربوط دانست.

از جمله اصل ۶۰ متمم که این‌گونه بیان می‌دارد

«وزرا مسئول مجلسین هستند و در هر مورد که از طرف یکی از مجلسین احضار شوند، باید حاضر گردند و نسبت به اموری که محول به آن‌هاست، حدود مسئولیت خود را منظور دارند». با عنایت به اینکه از کلمه «مسئول» با توجه به معنای لفظی آن «پاسخ‌گو» اراده شده است، باید گفت این اصل درباره صلاحیت نمایندگان در سؤال کردن از وزراست. همچنین، می‌توان اصل ۴۲ قانون اساسی را که وزرا را مکلف به پاسخ به مجلس شورای ملی در مقابل توضیح خواستن از آن‌ها کرده است، بر ثبوت همین صلاحیت حمل کرد.

اصل ۶۵ متمم این قانون نیز بیان می‌دارد:

«مجلس شورای ملی یا سنا می‌توانند وزرا را تحت مؤاخذه و محاکمه درآورند». اگر ما سؤال نمایندگان و جواب وزرا را نوعی مؤاخذه تلقی کنیم و مصداقی از آن به شمار آوریم، این اصل نیز دلالت بر مطلب ما دارد، اما در آیین‌نامه داخلی مجلس شورای ملی در مواد ۱۶۸ تا ۱۷۰ و در مواد ۱۳۴، ۱۳۶ و ۱۳۷ آیین‌نامه داخلی مجلس سنا به سؤال اشاره شده که فرایند آن به‌اختصار به شرح زیر است.

«نماینده می‌تواند هر موضوع، مسئله یا مشکلی را که مربوط به امور مملکتی و محتاج تحقیق یا بررسی باشد، تحت عنوان سؤال در مجلس طرح کند. سؤال باید کتباً به‌وسیله رئیس مجلس برای وزیر مربوط فرستاده شده باشد و دولت مکلف است از تاریخ ابلاغ سؤال، ظرف یک هفته آمادگی خود را برای جواب سؤال اعلام کند والا بازخواست می‌شود مگر در مورد مطالبی که دولت استتار آن را لازم بداند. در این صورت دولت در جواب سؤال، لزوم استتار آن را در ظرف همین مدت اظهار می‌دارد و از پاسخ خودداری می‌کند، اما هرگاه نماینده سؤال‌کننده از پاسخ وزیر یا معاون وی قانع نشد، می‌تواند از آن‌ها سؤالات دیگر مطرح [کند] یا تقاضای رسیدگی در

موضوع سؤال به کمیسیون مخصوص رسیدگی به سؤالات ارجاع شود. هرگاه مجلس تقاضای مزبور را تصویب کند، سؤال در کمیسیون سؤالات مطرح خواهد شد. کمیسیون مکلف است از تاریخ ارجاع آن ظرف یک ماه برای روشن شدن مطلب به هر طریق که صلاح بداند اعم از خواستن سوابق امر یا اخذ توضیحات کتبی و شفاهی از شخص وزیر و هرگونه تحقیقات دیگری که لازم بداند، به موضوع رسیدگی کند. در صورتی که ضعف در اجرا یا نقض قوانین مشاهده کرد، گزارش خود را تنظیم [کند] و به مجلس تقدیم دارد. گزارش مزبور در مجلس مطرح می‌شود و پس از اظهارات سؤال‌کننده و وزیر یا معاون او و بیانات مخالف و یک موافق نسبت به گزارش کمیسیون، اخذ رأی به عمل می‌آید. هرگاه مجلس با تصویب گزارش مزبور عدم رضایت خود را از وزیر ابراز داشت وزیر منعزل خواهد شد» (ماده ۱۶۲ مکرر آیین‌نامه داخلی مجلس ملی).

#### ۳.۲. سؤال در جمهوری اسلامی

در اصل ۸۸ قانون اساسی، موضوع سؤال از وزیر پیش‌بینی شده است. «در هر مورد... هریک از نمایندگان از وزیر مسئول درباره یکی از وظایف آنان سؤال کند... وزیر موظف است در مجلس حاضر شود و به سؤال جواب دهد. این جواب نباید در مورد وزیر بیش از ده روز به تأخیر بیفتد مگر با عذر موجه به تشخیص مجلس شورای اسلامی».

در جلسه بررسی اصل مذکور در مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، برخی اعضا با ایراد پاره‌ای اشکالات، اساس اصل را زیر سؤال بردند و اشاره کردند که با وجود استیضاح، دیگر نیازی به وجود چنین اصلی نیست. ایشان برای مخالفت خود به برخی دلایل از جمله مبهم و نارسا بودن و همچنین، مطلق بودن آن اشاره کردند. در پاسخ به این اشکال بیان شد که اولاً، حق سؤال مرحله‌ای از بازخواست وزرا درباره حوزه فعالیت آنان و دفاع از حقوق مردم است و از این روست که در اصل بیان شده است که سؤال باید درباره یکی از وظایف وزیر باشد. ثانیاً، چنانچه طرح علنی سؤال یا پاسخ وزیر برخلاف مصلحت عمومی باشد، وزیر می‌تواند تقاضای جلسه غیرعلنی کند و پاسخ را در جلسه غیرعلنی بیان کند (اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ص ۸۹۸).

مطابق مواد ۲۰۷ تا ۲۰۹ آیین‌نامه داخلی مجلس اصلاحی ۱۳۹۸/۱۰/۲، تشریفات سؤال

بدین صورت است.

«هر نماینده می‌تواند راجع به مسائل داخلی و خارجی کشور از وزیر درباره او سؤال کند. هیئت‌رئیس باید موضوع را به کمیسیون تخصصی ارجاع [دهد] و این کمیسیون موظف است ظرف پانزده روز جلسه‌ای با حضور وزیر و سؤال‌کننده تشکیل دهد و به موضوع رسیدگی کند. اگر پاسخ وزیر قانع‌کننده نباشد، کمیسیون با تعیین قلمرو ملی یا منطقه‌ای سؤال، بلافاصله نسبت به ارجاع سؤال ملی به هیئت‌رئیس جهت اعلام وصول در اولین جلسه علنی اقدام می‌کند. در مورد سؤال منطقه‌ای، کمیسیون موظف است حداکثر ظرف یک هفته نسبت به ارائه راه‌حل و ارسال گزارش به هیئت‌رئیس مجلس و رئیس‌جمهور اقدام نماید. چنانچه پس از پانزده روز از ارجاع نامه کمیسیون، نماینده سؤال‌کننده همچنان موضوع را حل‌وفصل نشده بداند، از هیئت‌رئیس درخواست طرح سؤال منطقه‌ای در جلسه علنی را می‌کند. کمیسیون موظف است ظرف یک هفته گزارش نهایی را به هیئت‌رئیس ارائه نماید. طبق اصل هشتاد و هشتم قانون اساسی، وزیر مورد سؤال مکلف است حداکثر ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ سؤال، در مجلس حضور یافته و به سؤال پاسخ دهد مگر آنکه وزیر به صورت رسمی و با عذر موجه تقاضای تأخیر حداکثر برای مدت ده روز داشته باشد. چنانچه در هر دوره مجلس، سه بار با رأی اکثریت نمایندگان حاضر، سؤالات نمایندگان از هر وزیر وارد تشخیص داده شود، طرح استیضاح وزیر در صورت رعایت مفاد اصل هشتاد و نهم قانون اساسی و آیین‌نامه داخلی در دستور کار مجلس قرار خواهد گرفت.»

#### ۴.۲. بررسی تطبیقی دو نظام حقوقی در موضوع سؤال

الف. در قانون اساسی مشروطه و آیین‌نامه داخلی مجلس تنها به سؤال از وزیر اشاره شده و در هیچ‌یک از این قوانین بحثی از سؤال از نخست‌وزیر به میان نیامده است (در بحث تذکر در قانون مجلس ذکر شد). گویا او نیز مانند شخص اول مملکت - پادشاه - از مسئولیت میراست که با توجه به پارلمانی و مشروطه بودن نظام و مسئولیت‌گرا نخست‌وزیر بی‌وجه است. در قانون اساسی سال ۱۳۵۸ نیز مجلس نمی‌توانست نخست‌وزیر را مورد سؤال قرار دهد.

ب. ابهاماتی در قوانین مشروطه به چشم می‌خورد. برای مثال، طبق ماده ۱۶۸ آیین‌نامه داخلی مجلس شورای ملی، چه مطالبی در امور کشور وجود دارد که دولت استتار آن را لازم می‌داند و حق نمایندگان نیست که از آن اطلاع داشته باشند تا بدین‌گونه از پاسخ به سؤال شانه خالی کنند. این مقرر به تنهایی می‌تواند این اهرم نظارتی را به گوشه‌ای راند و تابع سیاست‌کاری‌های

قوه مجریه قرار دهد. موضوع دیگر این است که چرا باید گزارش کمیسیون درباره پاسخ وزیر یا معاون وی به رأی مجلس گذاشته شود و در واقع سؤال‌کننده در برابر رأی عده‌ای از نمایندگان که معلوم نیست چه تبانی‌ای با یکدیگر داشته‌اند، قرار گیرد؟ البته نباید از فلسفه مقرر شده برای مدیریت تعارض منافع نماینده پرسشگر غافل ماند. در این میان باید به امکان پاسخ‌گویی معاون وزیر در موارد سؤال در قوانین مشروطه اشاره داشت که با توجه به گستردگی اختیارات و وظایف وزیر، حضور معاون وی، او را از درگیر شدن در بازی‌های سیاسی احتمالی دور می‌سازد و از اینکه عمده وقت وی صرف حضور در مجلس و پاسخ‌گویی به نمایندگان شود، جلوگیری می‌کند. اصلاح آیین‌نامه داخلی مجلس بدین‌گونه که امکان حضور معاون وزیر نیز برای پاسخ‌گویی به سؤال نمایندگان باشد، پیشنهاد می‌شود.

ج. تفاوت میان تأخیر با عذر موجه و بدون عذر موجه، برای پاسخ وزرا یکی از نکات مثبت اصل ۸۸ است؛ زیرا ممکن است اوضاع و احوال خاصی پیش آید که وزیر واقعاً در این فاصله زمانی معذور باشد و تهیه پاسخ بنا بر دلایلی ممکن نشود. این مقرر در دوره مشروطه به چشم نمی‌خورد. به نظر می‌رسد آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی بهتر توانسته است اعمال سؤال را با شرایط و مقتضیات زمانی تطبیق دهد.

د. تفکیک میان سؤال منطقه‌ای و ملی در آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی از نکات بدیعی است که در اصلاحات اخیر اعمال شده است، اما باید گفت گاه منظور از ملی یا منطقه‌ای مشخص نیست و تفکیک میان این دو به راحتی امکان‌پذیر نیست. برای مثال، باید موضوعی را که در یک استان بابت خشک شدن دریاچه اتفاق می‌افتد، ملی بدانیم یا منطقه‌ای؛ که مناسب بود در آیین‌نامه مرجعی برای تشخیص این موضوع مشخص می‌شد. در کشورهایی مانند آمریکا، انگلیس و آلمان، نمایندگان در طرح سؤالات خود به جای مطرح کردن دغدغه‌های ایالتی، مسائلی را به عنوان سؤال از دولت مطرح می‌کنند که گستره آن بیشتر در سطوح ملی است (Yamamoto, 2007, pp. 58-59). توصیه می‌شود مجلس شورای اسلامی نیز بیشتر در طرح سؤالاتی متمرکز شود که گستره جامعه هدف آن فراتر از حوزه‌های انتخابیه و مرتبط با مسائل کلان کشور باشد؛ زیرا تقسیم‌بندی سؤالات به منطقه‌ای و ملی نه تنها با هم‌سنجی‌های آن در نظام‌های پارلمانی تطابق ندارد، بلکه اشتیاق و انگیزه نمایندگان را در پیگیری امور کشور

سلب می‌کند و آن‌طور که باید، نمایندگان پیگیر سؤالات نخواهند بود. این موضوع مورد توجه رئیس وقت کمیسیون آیین‌نامه داخلی مجلس برای اصلاح قانون قرار گرفته است. شایسته بود قانون آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی به تأسی از نظام مشروطه، در این زمینه تفاوتی قائل نمی‌شد؛ بدین‌گونه اصل حاکمیت ملی نه تنها تبلور روشنی می‌یافت، بلکه انگیزه‌های لازم را برای ایفای نمایندگی در سطح کلان کشور به‌عنوان یک کلیت به‌گونه مناسب‌تری تأمین می‌کرد.

هـ درباره تفاوت در ضمانت اجرای سؤال نمایندگان در این دو نظام باید گفت در عصر مشروطه اگر نماینده از پاسخ وزیر قانع نمی‌شد، با تصویب مجلس می‌توانست آن را در کمیسیون مخصوص سؤالات مطرح کند و سرانجام، بعد از گزارش کمیسیون و تصویب مجلس در صورت قانع نشدن، وزیر منعزل می‌شد؛ یعنی رأی‌گیری نسبت به گزارش انجام می‌شد نه شخص وزیر، اما در آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی ضمانت اجرای سؤال به این صورت آمده است «اگر بعد از ارجاع سؤال به کمیسیون تخصصی، نماینده قانع نشد، رئیس جلسه نظر مجلس را در این باره اخذ می‌کند. در صورتی که بیشتر نمایندگان حاضر نظر به وارد بودن سؤال نماینده یا نمایندگان بدهند، رئیس مجلس موظف است موضوع را به رئیس‌جمهور برای رسیدگی ارجاع نماید» که در اینجا منظور از رسیدگی و همچنین، ضمانت اجرای عدم رسیدگی مشخص نشده است. ضمانت اجرای دیگر که در این راستا وجود دارد، این است که چنانچه در هر دوره مجلس، سه بار با رأی اکثریت نمایندگان حاضر، سؤالات نمایندگان از هر وزیر وارد دانسته شود، طرح استیضاح وزیر در صورت رعایت مفاد اصل ۸۹ قانون اساسی و آیین‌نامه داخلی در دستور کار مجلس قرار خواهد گرفت که به نظر می‌رسد وجود کمیسیون مخصوص سؤالات - آن‌گونه که در آیین‌نامه داخلی مجلس شورای ملی پیش‌بینی شده است - در حد فاصل بین طرح در کمیسیون تخصصی و قانع نشدن نمایندگان با طرح در صحن علنی مجلس، معقول‌تر باشد و نه تنها رسیدگی را تخصصی‌تر می‌کند، بلکه از شتاب‌زدگی ناشی از هیجانات سیاسی موجود در زمان رأی‌گیری، جلوگیری می‌کند؛ البته در این میان می‌توان به رویه شورای نگهبان نیز اشاره کرد که موجب این شده است که نتوان به‌صورت خودکار سؤال را تبدیل به عزل وزیر کرد. از جمله می‌توان به نظریه شماره ۲۹۳۱۸/۳۰/۸۷ شورای نگهبان در باره طرح اصلاحی از مواد آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۸۷/۸/۲۲

اشاره کرد.

در ضمن، در قوانین مشروطه، فعال شدن ضمانت اجرای سؤال، مقید به «مسامحه در اجرا» یا «تخلف یا نقص قانون» شده است. این در حالی است که در آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی این موضوع به صورت مطلق بیان شده است. به نظر می‌رسد باید میان مرحله طرح سؤال و ضمانت اجرا تفکیک قائل شد. همان‌گونه که در هر دو نظام مشاهده می‌شود، نبود هرگونه قیدی در طرح سؤال همسو با مبانی نظام‌های پارلمانی و ابزار نظارتی سؤال است در حالی که در مرحله امکان بهره‌گیری از ضمانت اجرا و اعمال آن، برای جلوگیری از سوءاستفاده‌های حزبی و سیاسی و تزلزل در وظایف قوه مجریه، مقید کردن به دلایل پیشینی روند مطلوب‌تری به نظر می‌رسد. پیشنهاد می‌شود این موضوع در آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی نیز پیش‌بینی شود تا دامنه وسیع دلایل اجرای ضمانت اجرا، اهرم سؤال را به ابزار ناکارآمد مبدل نسازد.

### ۳. استیضاح

در این گفتار، پس از تعریف و تبیین ماهیت استیضاح، این قسم از ابزار نظارت سیاسی وزرا را در دو نظام مشروطه و جمهوری اسلامی در بندهای جداگانه توضیح می‌دهیم و تشریح می‌کنیم و شالوده مقایسه اعمال این نوع ابزار نظارتی را بیان می‌داریم.

#### ۱.۳. مفهوم

استیضاح مقامات قوه مجریه به‌طور فزاینده‌ای در نظام‌های سیاسی در سراسر جهان رایج است؛ به‌خصوص در نظام‌های پارلمانی؛ جایی که می‌توان از آن برای حذف مقامات استفاده کرد (Ohnesorge, 2019, p. 259). استیضاح در عالم حقوق به مفهوم عزل و برکنار ساختن وزیر یا تمام کابینه و دولت است (طباطبایی، ۱۳۸۵، ص. ۱۴۴) که در حقوق اساسی کشورها، نتیجه مستقیم مسئولیت سیاسی دولت در برابر پارلمان است (ابوالحمد، ۱۳۸۶، ص. ۱۹۲). نظر به اینکه استیضاح ضمانت اجرای بسیار قوی در پی دارد و از لحاظ افکار عمومی بسیار مهم است، همواره به‌عنوان عامل قدرتمندی در راستای کنترل دولت توسط مجلس عمل می‌کند (فریادی، ۱۳۸۷، ص. ۵۸).



### ۲.۳. استیضاح وزرا در مشروطه

استیضاح در ایران نخستین بار در قانون اساسی مشروطه مطرح شد. اگرچه در آن قانون به طور مستقیم از لفظ استیضاح استفاده نشده، اصول مختلف آن از جمله اصول ۲۷، ۲۹، ۴۱، ۴۲ و به ویژه دو اصل ۶۰ و ۶۱ متمم قانون اساسی مشروطه در بردارنده مفهوم استیضاح است (میرمحمدی میبیدی و جمالی، ۱۴۰۱، ص. ۵۴). همچنین، از اصل ۴۲ آن قانون که عبارت «توضیح خواستن مجلس از وزیر» را به کار برده است، مسئله استیضاح به روشنی مستفاد می‌شود. اصل ۶۷ قانون اساسی، اثر حقوقی استیضاح را در صورت عدم رضایت مجلس شورای ملی یا مجلس سنا از هیئت وزیران یا وزیر مربوط، عزل پیش‌بینی کرده بود. در هیچ‌کدام از دو اصل بالا، شرایط استیضاح و ضمانت اجرای آن مقرر نشده بود (قاسم‌زاده، ۱۳۲۸، ص. ۳۵). فقط اصل ۲۹ همان قانون پیش‌بینی می‌کرد که «چنان‌که وزیری مرتکب نقض قانون و تخلف از حقوق مقرر شده شود و از عهده جواب بر نیاید، مجلس تقاضای عزل او را از پادشاه خواهد کرد». سپس متمم قانون اساسی در اصل ۶۰، به صراحت مسئولیت سیاسی مستقیم وزرا را در برابر مجلسین مطرح کرد. به خصوص در اصول ۶۱، ۶۴ و ۶۵ اعلام داشت

«وزرا علاوه بر اینکه به تنهایی مسئول مشاغل مختص وزارت خود هستند، به هیئت اتفاق نیز در کلیات امور در مقابل مجلسین مسئول و ضامن اعمال یکدیگرند و نمی‌توانند احکام شفاهی و کتبی خود را مستمسک قرار داده و سلب مسئولیت از خودشان بنمایند. مجلس شورای ملی و سنا می‌توانند وزرا را تحت محاکمه و مؤاخذه درآورند». آن‌گاه به موجب اصل ۶۷ مقرر می‌دارد «در صورتی که مجلس شورای ملی یا مجلس سنا با اکثریت تامه، عدم رضایت خود را از وزیر یا هیئت وزیران اظهار نمایند، آن هیئت یا آن وزیر از مقام وزارت منعزل می‌شود».

در ماده ۱۷۱ آیین‌نامه داخلی مجلس شورای ملی بیان شده است «هر نماینده‌ای که نقض قانون یا مسامحه در اجرای آن مشاهده نماید، حق دارد بر طبق اصل ۲۷ و اصل ۴۲ قانون اساسی، وزیر یا هیئت دولت را مورد استیضاح قرار دهد. نیز ممکن است استیضاح در باب سوءاداره و سوءسیاست داخلی و خارجی دولت به عمل آید». نظر به اهمیت استیضاح و آثار عمده‌ای که بر آن مترتب است، به نمایندگان صلاحیت داده شده است فقط در موارد خاصه زیر وزیران را استیضاح کنند «نقض قانون، مسامحه در اجرای قانون، سوءجریان اداره امور مملکتی و سوءسیاست داخلی و خارجی».

«تقاضای استیضاح کتباً به رئیس مجلس داده و به وزیر مربوط یا دولت ابلاغ می‌شود. پس از ابلاغ، مجلس شورای ملی یا سنا در اولین جلسه خود پس از استماع نظر نخست‌وزیر یا وزیر مربوط، بدون مذاکره در موضوع استیضاح، روز رسیدگی را که نباید بیشتر از یک ماه در مورد مجلس شورای ملی و بیش از سه هفته در مورد مجلس سنا به تأخیر افتد، معین نماید. پس از آنکه وزیر مربوط یا نخست‌وزیر در مجلس حاضر شده و جواب استیضاح را دادند و مذاکره خاتمه یافت، نمایندگان می‌توانند نسبت به وزیر یا دولت تقاضای رأی مثبت یا منفی یا ساکت نمایند. رأی مثبت آن است که مجلس توضیحات وزیر یا نخست‌وزیر را تصدیق و نسبت به آنها اظهار نماید. رأی منفی در صورتی داده می‌شود که مجلس توضیحات دولت را تصدیق ننماید و رأی ساکت در صورتی است که مجلس درباره تصدیق یا عدم تصدیق موضوع استیضاح سکوت اختیار کند» (مواد ۱۷۶ تا ۱۸۰ آیین‌نامه داخلی مجلس شورای ملی و مواد ۱۳۸ تا ۱۴۶ آیین‌نامه داخلی مجلس).

### ۳.۳. استیضاح وزرا در جمهوری اسلامی

اصل مسئولیت فردی و جمعی مقام‌های قوه مجریه مطابق اصل‌های ۱۳۳ و ۱۳۷ قانون اساسی، صلاحیت استیضاح را به وسیله مجلس ایجاب می‌کند. اصل ۸۹ قانون اساسی در مقام بیان آن، به نمایندگان مجلس شورای اسلامی این صلاحیت را اعطا کرده است تا در مواردی که لازم می‌دانند، وزیران را استیضاح کنند (اشکیبوس و اصلانی، ۱۳۹۷، ص. ۵۸).

اصل ۸۹ قانون اساسی در این باره بیان می‌دارد

«استیضاح وقتی قابل طرح در مجلس است که با امضای حداقل ده نفر از نمایندگان به مجلس تقدیم شود. هیئت وزیران یا وزیر مورد استیضاح باید ظرف مدت ده روز پس از طرح آن در مجلس حاضر شود و به آن پاسخ گوید و از مجلس رأی اعتماد بخواهد. در صورت عدم حضور هیئت وزیران یا وزیر برای پاسخ، نمایندگان مزبور درباره استیضاح خود توضیحات لازم را می‌دهند و در صورتی که مجلس مقتضی بداند، اعلام رأی عدم اعتماد خواهند کرد. اگر مجلس رأی اعتماد نداد، هیئت وزیران یا وزیر مورد استیضاح عزل می‌شود. در هر صورت وزرای مورد استیضاح نمی‌توانند در هیئت وزیرانی که بلافاصله بعد از آن تشکیل می‌شود، عضویت پیدا کنند».

در آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی نیز این موضوع غافل‌نمانده و در مقام رفع اجمال

از اصل ۸۹ برآمده و از مواد ۲۲۰ تا ۲۲۸ آیین‌نامه داخلی خود به توضیح و تشریح چگونگی استیضاح وزیران پرداخته است که به اختصار بیان می‌کنیم.

«در استیضاح باید موضوع به صورت صریح و با ذکر مورد یا موارد به صورت کتبی به هیئت‌رئیس تقدیم و هیئت‌رئیس آن را برای وزیر یا وزیران مورد استیضاح ارسال می‌دارد. پس از طرح استیضاح در جلسه علنی، فقط در صورتی استیضاح از دستور کار مجلس خارج می‌شود که تعداد متقاضیان استیضاح به کمتر از ده نفر کاهش یابد. چنانچه استیضاح نمایندگان مرتبط به حوزه فعالیت نهادهای انقلابی باشد که از بودجه دولت استفاده می‌نمایند و قانوناً وابسته به قوه مجریه می‌باشند، آن استیضاح خطاب به رئیس‌جمهور یا وزیری که نهاد مورد بحث در حوزه مسئولیت او قرار گرفته است، خواهد بود. وزیر یا هیئت وزیران موظفاند ظرف ده روز پس از طرح استیضاح در مجلس حاضر شوند. همچنین، وزیر یا وزیران مورد استیضاح نیز می‌توانند به دفاع از خود بپردازند. پس از انجام استیضاح، رئیس جلسه عدم اعتماد وزیر یا وزیران را به رأی می‌گذارد. در صورتی که وزیر یا هیئت وزیران مورد استیضاح در مجلس حاضر نشوند، استیضاح‌کنندگان مطالب خود را بیان می‌کنند و رئیس جلسه اعلام اخذ رأی عدم اعتماد می‌کند...».

#### ۴.۳. بررسی تطبیقی دو نظام در موضوع استیضاح

الف. عبارت «در مواردی که لازم می‌دانند» یادشده در اصل ۸۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران خالی از اشکال نیست؛ زیرا در این اصل هیچ محدودیتی از لحاظ موضوع استیضاح بیان نشده است که این راه را برای سوءاستفاده‌های احتمالی و متزلزل کردن قوه مجریه باز می‌گذارد. شایسته بود که قانون اساسی به موارد استیضاح اشاره می‌کرد. این خلأ در آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی نیز به چشم می‌خورد؛ البته در ماده ۲۲۳ به «معین بودن موضوع» در خواست استیضاح اشاره می‌کند که تنها به معنای بیان دلیل استیضاح است، اما مانند قانون اساسی، موضوع می‌تواند طیف وسیعی از مسائل را شامل شود درحالی‌که آیین‌نامه داخلی مجلس شورای ملی و سنا به تأسی از قانون اساسی مشروطه، موارد استیضاح را محصور و محدود کرده است و تنها در موارد مصرح در آن مواد می‌توان وزیران را استیضاح کرد. ذکر موارد مفصل در طرح استیضاح با توجه به فنی بودن مسائل و محدود بودن وقت وزیر برای پاسخ‌گویی باعث می‌شود وی نتواند به همه سؤالات پاسخ دهد. از طرف دیگر،

اذهان عمومی نتوانند پاسخ سؤال را دریابند. قانون اساسی جمهوری اسلامی در این اصل دارای قیدی مجمل و کش‌دار است. بنابراین، شایسته است آیین‌نامه داخلی مجلس موضوعات استیضاح را مانند قوانین مشروطه محدود و معین سازد. به نظر این موضوع با قانون اساسی نیز در تعارض نیست؛ زیرا آیین‌نامه داخلی در مقام تنظیم‌بخشی و چهارچوب‌بندی اجرای اصل مندرج در قانون اساسی و در راستای فلسفه این نوع نظارت است.

ب. شایسته بود آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی همان‌گونه که در رابطه با سؤال از وزرا مقرر کرده است، تکلیف حضور وزیر یا هیئت وزیران را به صحن مجلس پس از «ابلاغ طرح استیضاح» قرار می‌داد نه پس از «طرح استیضاح» (ماده ۲۲۳ آیین‌نامه داخلی)؛ چنان‌که آیین‌نامه داخلی مجلس شورای ملی پس از «ابلاغ ورقه استیضاح»، وزرا را مکلف به حضور کرده است (ماده ۱۷۳ آیین‌نامه داخلی مجلس شورای ملی). به همین صورت، این سؤال مطرح می‌شود که مهلت ده‌روزه برای حضور وزیر «پس از طرح استیضاح» آغاز می‌شود یا «پس از ابلاغ آن به وزیر»؟ با توجه به ماده ۲۲۱ آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی، تقاضای استیضاح در همان جلسه‌ای که از سوی نمایندگان مطرح می‌شود یا در جلسه بعد قرائت می‌شود و بدون مباحثه و فوری برای وزیر یا هیئت وزیران ارسال می‌شود. پس می‌توان نتیجه گرفت طرح استیضاح در همان جلسه اعلام وصول در مجلس و ابلاغ فوری آن به وزیر رسمیت می‌یابد نه از تاریخی که به وزیر ابلاغ می‌شود. گفتنی است چنانچه روند استیضاح را نوعی دادرسی (از نوع سیاسی آن) بدانیم، به نظر می‌رسد این مقرر خلاف اصول دادرسی عادلانه باشد؛ زیرا همان‌گونه که در قوانین مربوط به آیین دادرسی می‌شود، مهلت اجرای وظایف یا حقوق قانونی افراد از زمان ابلاغ محاسبه می‌شود نه از زمان تصمیم‌گیری مقام صلاحیت‌دار. از این رو همان‌طور که در قوانین مشروطه پیش‌بینی شده است، اصلاح آیین‌نامه داخلی در زمینه آغاز مهلت حضور وزیر پیشنهاد می‌شود.

ج. مهلت ده‌روزه‌ای که در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران برای حضور وزیر در صحن علنی مجلس داده شده، برای وزیر کوتاه است که این ناکافی بودن مدت، در مواردی که چند وزیر یا تمام هیئت وزیران مورد استیضاح مجلس قرار گرفته‌اند، بیشتر جلوه می‌کند؛ زیرا اهمیت استیضاح چند وزیر اقتضا می‌کند که فرصت بیشتری در راستای آمادگی برای

پاسخ‌گویی داده شود. بنابراین، سهولت در این احضار و تکرار آن موجبات سستی در امور اجرایی و اختلال در مسئولیت‌های کلان کشور را فراهم می‌سازد و از آنجاکه استیضاح هیئت وزیران موجب سقوط کل کابینه می‌شود، میان استیضاح یک وزیر و استیضاح هیئت وزیران تفاوت فاحش سیاسی و عملی وجود دارد. از این رو بهتر بود که قانون میان این دو نیز از حیث تعداد حداقل نماینده قائل به تفکیک می‌شد (نجفی اسفاد، ۱۳۷۹، ص. ۲۱۸). نکته مهم این است که مجلس شورای ملی در ماده ۱۷۲ آیین‌نامه داخلی به این موضوع اشاره می‌کند که «تعیین روز حضور وزیر برای استیضاح بعد از استماع نظر وزیران توسط خود مجلس تعیین می‌شود»؛ البته تنها قید آن این است که درباره مجلس شورای ملی بیشتر از یک ماه و درباره مجلس سنا نباید بیشتر از سه هفته به تأخیر بیفتند که به نظر می‌رسد این موضوع، اقتضایات حوادث جاری کشور را در تصمیم‌گیری پارلمان ملحوظ داشته است. اصلاح آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی به تأسی از قوانین مشروطه در زمینه اعطای مهلت شناور با تعیین حداکثر مدت قانونی، به کارآمدی هرچه بهتر ابزار استیضاح می‌انجامد؛ زیرا از سویی مقتضیات اداری و سیاسی را ملحوظ می‌دارد و از سوی دیگر، به اعتلای صلاح‌دید مجلس در امور کشور یاری می‌رساند.

د. مطابق اصل ۸۹، تعداد لازم برای درخواست استیضاح ده نفر از نمایندگان است. قانون اساسی مشروطه مشخص نکرده که چه تعداد از نمایندگان می‌توانند وزرا را استیضاح کنند و آن را به قانون عادی محول کرده است. در ماده ۱۵۶ آیین‌نامه مصوب کمیسیون منتخبه مورخ ۱۳۴۳/۱۲/۱۶، اختیار استیضاح را «به هر نماینده» یعنی حتی یک نماینده واگذار کرده است. برای همین، در مجالس قانون‌گذاری عصر مشروطه، بارها در چهارچوب مقررات مزبور، استیضاح دولت در برابر مجلس‌های شورای ملی و سنا مطرح شد (منصوریان، ۱۳۹۰، ص. ۱۰۲). بر همین اساس، آیت‌الله مدرس ورقه استیضاح دولت مستوفی‌الممالک را تقدیم رئیس مجلس کرد. همچنین، از جمع ۱۸۰۴ تن نمایندگان مجالس قانون‌گذاری عصر مشروطه، ۱۱۱ تن اقدام به طرح ۸۲ استیضاح از ۱۶ هیئت دولت در طول نظام سلطنت مشروطه کردند (شجیعی، ۱۳۷۵، ص. ۳۷۳). به نظر می‌رسد قانون اساسی بعد انقلاب روند معقول‌تری را در این زمینه بنیان نهاده است؛ زیرا از تزلزل پی‌درپی وزارتخانه‌ها یا دولت جلوگیری می‌کند. وقتی تعداد بیشتری استیضاح را مطرح کرده باشند، آن‌ها با همفکری یکدیگر، امکان اجرای

استیضاح مستدل و قاطع را فراهم می‌کنند. در نتیجه، شخص یا اشخاص مورد استیضاح نیز برای پاسخ جدیت بیشتری از خود نشان خواهند داد. نکته جالب اینکه، برخی خبرگان مجلس بررسی نهایی قانون اساسی نیز بر این تفکر بودند که هر نماینده بتواند استیضاح را مطرح کند و در غیر این صورت تجاوز به اصل حاکمیت ملی است و به بی‌اعتنایی وزا به نمایندگان مجلس منجر می‌شود.

فاتحی - از وکلای مجلس وقت - بیان می‌دارد استیضاح به گونه‌ای است که به حق اساسی نماینده مجلس تجاوز شده است؛ زیرا «همان‌طور که در اصل ۶۹ (۸۸) برای هر نماینده حق سؤال شناخته شده است و در آن آمده که در هر مورد که نماینده‌ای از وزیر مسئول درباره موضوعی از وظایف او سؤال کند، آن وزیر موظف به جواب است و نباید بیش از ده روز تأخیر بشود. حال اگر جواب به تأخیر افتاد، آیا این نماینده می‌تواند دولت را چون که وزیر مسئول جواب نداده است، استیضاح کند یا خیر (نایب‌رئیس: نه نمی‌تواند). پس اگر نماینده استیضاح کند با اصل ۷۰ (۸۹) که می‌گوید با امضای ده نفر نماینده باید باشد، منافات دارد و اگر نمی‌تواند استیضاح کند و فقط حق سؤال دارد ولو اینکه سؤالش بی‌جواب بماند، چون این قید تجاوز است... به حق حاکمیت ملی... آزادی وکلای ملت را محدود می‌کند، پس پیشنهاد می‌شود نماینده هر شهرستان بتواند از این حق استفاده کند. در پاسخ، نایب‌رئیس بیان داشت نمی‌توان دولت را هر روز در معرض خواست یک نماینده قرار داد و اگر نماینده از جواب سؤال قانع نشد، باید ده نفر را برای استیضاح با خود همراه سازد. اگر نماینده کم‌هوادار و از افراد دارای افکار شخصی شاذ است، نمی‌شود دولت را در معرض سؤال پیچ و استیضاح افرادی که دارای شذوذ هستند، قرار دهیم» (اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ص. ۹۱۹).

همه سازوکار قانونی برای الزام وزیر مورد استیضاح و نمایندگان درخواست‌کننده استیضاح برای پیگیری موارد مربوط به استیضاح و اعلام نتایج آن به مردم نه تنها در قوانین رژیم گذشته، بلکه در نظام کنونی نیز پیش‌بینی نشده است که خود خلأ بسیار مهم و عمده‌ای است و استیضاح را تا حد زیادی بی‌اثر می‌کند. شایسته است آیین‌نامه داخلی مجلس، اصلاح و برای این بخش ضمانت اجرای مؤثری در نظر گرفته شود.

و. در اصل ۱۳۲ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران آمده است «در مدتی که اختیارات و

مسئولیت‌های رئیس‌جمهور بر عهده معاون اول یا فرد دیگری است، وزرا را نمی‌توان استیضاح نمود.» قانون‌گذار اساسی با جامع‌نگری، حالات و مواقع خاص بحرانی کشور را نیز از نظر دور نداشته و برای آن تعیین تکلیف کرده است. این ممنوعیت هم ناظر به طرح استیضاح جدید و هم ناظر به رأی به عدم اعتماد به وزیر یا وزیرانی است که استیضاح آن‌ها به اجرا درآمده است. قانون اساسی مشروطه و همچنین آیین‌نامه داخلی آن، به قواعد مربوط به استیضاح در شرایط استثنایی اشاره‌ای نداشته که حکایت از این است که روند استیضاح در همه شرایط یکسان بوده و در هر برهه زمانی امکان استیضاح وزیران وجود داشته است.

ز. درباره امکان استرداد طرح استیضاح باید گفت در مقررات کنونی به صراحت به آن اشاره‌ای نشده است، اما از آنجاکه در ماده ۲۲۱ آیین‌نامه داخلی مجلس از امکان خارج شدن استیضاح از دستور مجلس تنها با کمتر شدن امضاکنندگان به ده نفر بعد از جلسه علنی بحث شده است، می‌توان گفت امکان استرداد امضا وجود دارد. امکان انصراف از استیضاح توسط نمایندگان طراح آن در مواقعی که تا هنگام جلسه استیضاح به اطلاعات دست می‌یابند یا به هر دلیل دیگری ضرورتی به استیضاح نمی‌دانند، از این منظر مفید است که هزینه ناشی از فرایند استیضاح چه در بعد سیاسی و چه در بعد حقوقی کاهش می‌یابد، اما از طرفی از وجاهت ابلاغ استیضاح می‌کاهد و راه را برای تطمیع نمایندگان توسط قوه مجریه باز می‌گذارد که چنین مقرراتی در قوانین اساسی و عادی عصر مشروطه به چشم نمی‌خورد و چون قانون‌گذار در مقام بیان بوده است، سکوت قانون نشان‌دهنده عدم امکان استرداد درخواست استیضاح است. به نظر می‌رسد عدم امکان استرداد طرح استیضاح با فلسفه وجودی این صلاحیت هماهنگی بیشتری داشته باشد؛ نظام مشروطه با توجه به مبانی این حق، به درستی این موضوع را در نظر گرفته است؛ زیرا فرایند استیضاح با توجه به ضمانت اجرا و پیچیدگی مراحل آن نیازمند آگاهی کامل و تسلط وافی بر موضوع مورد استیضاح نمایندگان طرح‌کننده است که طرح آن بیان‌کننده این موضوع است که نیاز حتمی به به‌کارگیری آن به‌عنوان آخرین اقدام است که تنها با پاسخ وزیر می‌توان به اقتناع رسید. به‌عبارت‌دیگر، با توجه به هزینه‌بر بودن این ابزار و تأثیر آن بر مشروعیت دولت نزد افکار عمومی و نیز تأثیر بر کارکرد شخص وزیر به‌عنوان شخص اول وزارتخانه تحت تصدی، باید با قطعیت طرح شود. پیشنهاد می‌شود این موضوع در آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی ملحوظ شود.

ح. با توجه به اینکه عزل وزیر تصمیم مهمی است و به آرای موافق زیادی نیاز دارد، حد نصاب بالا برای صدور رأی اعتماد و برکناری وزیر لازم است که در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران اشاره‌ای به آن نشده است، اما با توجه به ماده ۱۱۷ آیین‌نامه داخلی که بیان می‌دارد «مصوبات مجلس با رأی موافق اکثریت مطلق حاضرین معتبر است مگر در مواردی که در قانون اساسی یا آیین‌نامه نصاب دیگری معین شده باشد»، حد نصاب لازم برای صدور رأی اعتماد عبارت است از رأی موافق اکثریت مطلق حاضران در جلسه مبنی بر رأی عدم اعتماد به وزیر. شورای نگهبان در نظریه تفسیری شماره ۱۰۳۶ مورخ ۱۳۷۰/۱/۲۲ بیان داشت «رأی اکثریت نمایندگان حاضر صاحب رأی در مجلس مبنی بر عدم اعتمادشان به وزرای مزبور ملاک می‌باشد». در دوره مشروطه، اصل ۶۷ متمم قانون اساسی، عدم رضایت «اکثریت تامه» نمایندگان یکی از مجالس را برای استیضاح مقرر کرده است که همان اکثریت مطلق است (بوشهری، ۱۳۵۱، ص. ۲۲۲).

ط. آخرین نکته‌ای که می‌توان در باب استیضاح مورد تحلیل قرار داد، بحث ضمانت اجرای استیضاح است. در قانون اساسی رژیم سابق نقض قانون از حدود مقرر توسط وزرا و همچنین، عدم رضایت اکثریت تامه مجلسین شورای ملی یا سنا از آنها سبب برکناری می‌شد. با این تفاوت که عزل وزرا در مورد نخست منوط به موافقت پادشاه بود در حالی که عدم رضایت اکثریت تامه یکی از مجلسین به خودی خود سبب انعزال آنان می‌شد (منصوریان، ۱۳۹۰، ص. ۱۰۱). وقتی استیضاح به عمل آمد و مذاکرات مجلس خاتمه یافت، رأی‌گیری کتبی انجام می‌شد و هرکدام از نمایندگان می‌توانست رأی مثبت یا منفی یا ساکت دهد. نتیجه نهایی رأی مثبت و ساکت ادامه خدمت وزیر یا هیئت وزیران مورد استیضاح بود. بنابراین، تنها در صورتی نتیجه رأی‌گیری متعاقب استیضاح، به زیان وزیر یا هیئت وزیران بود و او را منعزل می‌ساخت که اکثریت مجلس رأی منفی می‌داد؛ البته طبق ماده ۱۷۵ آیین‌نامه داخلی مجلس شورای ملی، یک نماینده می‌تواند پیش از درخواست رأی مثبت و منفی، تقاضای رأی ساکت کند که به کمیسیون شش نفری ارجاع می‌شود که در صورتی که تقاضا در کمیسیون تصویب نشود، رأی مثبت یا منفی گرفته می‌شود.

ی. نتیجه رأی ساکت و مثبت یکی بود، اما تفاوتش در این بود که رأی مثبت سیاست دولت را



تأیید می‌کرد، اما رأی ساکت اخطاری بود بر اینکه سیاست دولت مورد تأیید نیست، اما سقوط دولت را نیز مصلحت نمی‌داند، اما در مقررات پس از پیروزی انقلاب اسلامی، در نهایت، شورای نگهبان در نظریه تفسیری شماره ۱۰۳۶ مورخ ۱۳۷۰/۱/۲۲ مسئله را روشن ساخت. با توجه به مطالب بالا به نظر می‌رسد قانون اساسی مشروطه درباره ضمانت اجرای این ابزار به گونه‌ای سنجیده و ضابطه‌مند عمل کرده است؛ به طوری که از سویی با پیش‌بینی رأی ساکت، تصمیم‌گیری ناشی از هیجانانگیز و زودگذر سیاسی را تنزل داده و از سوی دیگر، با پیش‌بینی تصویب آن در کمیسیون مخصوص، به عنوان سدی در مقابل سیاست‌کاری‌ها و نفوذ قوه اجرایی مبنی بر جلوگیری از استیضاح وزیر مورد نظر عمل کرده است. بهره‌گیری از این روش در آیین‌نامه داخلی مجلس می‌تواند مزایای پیش‌گفته را به همراه داشته باشد و از معایب عدم به‌کارگیری آن - به گونه‌ای که بیان شد - جلوگیری کند.

### نتیجه‌گیری

بررسی دو نظام نشان داد که تذکر در قوانین اساسی هیچ‌کدام آن‌ها به صراحت نیامده است، اما در آیین‌نامه داخلی مجالس آن‌ها به این صلاحیت پرداخته شده است که عدم امکان اعمال آن بر نخست‌وزیر در مشروطه، از نواقص اعمال آن بود. شایسته است برای اجرای دقیق‌تر این حق در قانون اساسی و قوانین کنونی، محدوده آن مشخص و با توجه به لزوم پیگیری تذکرات از سوی نمایندگان، به ابزاری کارآمد تبدیل شود.

پس از انقلاب اسلامی حق سؤال به گونه معقول‌تر نسبت به مشروطه، به نگارش قانونی درآمد؛ به طوری که تفاوت قائل شده میان سؤالات ملی و منطقه‌ای، تأخیر با عذر موجه و غیر آن در پاسخ‌گویی به سؤالات و مهلت آن درباره وزرا از ویژگی‌های آن نسبت به نظام گذشته است. با این حال، مبهم بودن مرز میان سؤالات ملی و منطقه‌ای مشکل‌آفرین است که باید به گونه‌ای در قوانین مربوط روشن شود تا تشریفات آن به طور دقیق اعمال شود.

در خصوص استیضاح که در عصر مشروطه با توجه به پارلمانی بودن نظام به کرات استفاده شده است، به علت حد نصاب پایین لازم برای طرح آن (یک نماینده)، دولت‌ها را دچار بی‌ثباتی می‌کرد و بدین ترتیب امور کشور مختل می‌شد، اما محدود بودن نمایندگان برای طرح استیضاح به مواردی که در قانون به عنوان موضوع استیضاح مطرح شده، روند استیضاح را به فرایندی معقول

تبدیل کرده و بررسی مؤثر و پیچیده کمیسیون به این روند کمک شایانی کرده است. در نظام جمهوری اسلامی استیضاح با چالش‌هایی روبه‌روست که حد نصاب پایین برای طرح استیضاح و آسان بودن بیش از حد فرایند اعمال آن و دخالت در امور قوه مجریه به دلیل موسع بودن موضوعات مورد استیضاح از جمله چالش‌های آن است که باید با اصلاح قوانین و الگو گرفتن از نظام گذشته، موضوعات مورد استیضاح مشخص شود تا مورد سوءاستفاده پارلمان قرار نگیرد.

## منابع

۱. آیینہ نگینی، حسین (۱۳۹۵). واکاوی مفهومی کلیدواژگان چندمعنا در قانون اساسی مدخل نظارت (گزارش پژوهشی). دفتر مطالعات قانون و قانون‌گذاری پژوهشکده شورای نگهبان، شماره مسلسل: ۱۳۹۵۰۰۱۳.
۲. ابوالحمد، عبدالحمید (۱۳۸۶). مبانی سیاست. چاپ ۶، تهران: توس.
۳. اخوان کاظمی، بهرام (۱۳۹۱). نظارت در نظام اسلامی. تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۴. اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی (۱۳۶۴). صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران. چاپ ۱، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی.
۵. اشکبوس، حمزه و اصلانی، فیروز (۱۳۹۷). تحلیلی بر ابزار نظارتی استیضاح وزیران در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران و ایرادهای حاکم بر آن. حقوق اسلامی، ۱۵ (۵۶)، صص. ۷۶-۵۷.
۶. انصاری، مسعود (۱۳۵۲). مصونیت‌های قانونی. تهران: اشراقی.
۷. بوشهری، جعفر (۱۳۵۱). حقوق اساسی. تهران: دانشگاه تهران.
۸. جوان آراسته، حسین (۱۳۸۴). حقوق اجتماعی-سیاسی در اسلام. قم: دفتر نشر معارف.
۹. حبیب‌نژاد، سیداحمد و سعید، زهرا (۱۳۹۹). چالش‌های نظارتی مجلس شورای اسلامی بر برنامه‌های توسعه. دانش حقوق عمومی، ۹ (۲۸)، صص. ۹۳-۱۱۴.
۱۰. حبیب‌نژاد، سیداحمد و عامری، زهرا (۱۳۹۳). مبانی نظارت در نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران. علوم سیاسی، ۵۶ (۱۷)، صص. ۷-۳۲.
۱۱. حبیبی، حسن (۱۳۶۴). رابطه سیاسی مجلس و قوه مجریه. نشریه تحقیقات حقوقی، (۱)، صص. ۶۳-۲۳.
۱۲. حسینی، سیدمجتبی، اکبرزاده، فریدون، عامری گلستانی، حامد و شهابی، روح‌الله (۱۳۹۹). پژوهش‌نامه تاریخ، ۱۵ (۵۹)، صص. ۴۱-۶۶.
۱۳. راسخ، محمد (۱۳۹۰). نظارت و تعادل در حقوق اساسی. چاپ ۲، تهران: دراک.
۱۴. رستمی، ولی و فضل‌الله، عزیزالله (۱۳۹۰). تقنین، عرف و مصلحت در اندیشه علمای مشروطه. پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، شماره ۱، پیاپی ۳۳، صص. ۲۷-۶۴.
۱۵. زارعی، محمدحسین (۱۳۸۴ الف). جایگاه نظارتی مجلس و اصول حاکم بر آن. مجلس و راهبرد، ش ۴۸، صص. ۲۷۵-۲۸۶.
۱۶. زارعی، محمدحسین (۱۳۸۴ ب). مطالعه تطبیقی مجالس قانون‌گذاری. تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.

۱۷. زمانی، سمیه و توپچیان، محمد (۱۳۹۲). نظارت پارلمان بر قوه مجریه (۲)؛ مطالعه موردی: انگلیس، آمریکا، فرانسه، ایتالیا، آلمان و جمهوری اسلامی ایران. تهران: دفتر مطالعات سیاسی مرکز پژوهش‌های مجلس.
۱۸. شجعی، زهرا (۱۳۷۵). نقش نمایندگان در مجالس قانون‌گذاری مشروطیت (جلد ۱). تهران: سخن.
۱۹. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۵). حقوق اساسی. تهران: میزان.
۲۰. طحان‌نظیف، هادی و احسانی، رضا (۱۳۹۶). خوانشی نو از دیدگاه‌های تحلیلی نسبت به مفهوم قانون در عصر مشروطه. پژوهشنامه حقوق اسلامی، شماره ۱، پیاپی ۴۵، صص. ۵۷-۸۰.
۲۱. عامری، زهرا (۱۳۹۴). نظارت سیاسی بر قدرت و کاربست آن از طریق مردم در نظام حقوقی ایران. سپهر سیاست، ۲ (۳)، صص. ۱۱۵-۱۳۸.
۲۲. فتاحی زفرقندی، علی (۱۳۹۴). مردم و حکومت اسلامی با نگاهی به جایگاه مردم در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران. تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
۲۳. فریادی، مسعود (۱۳۸۷). بررسی جایگاه استیضاح وزرا در حقوق اساسی ایران. اطلاع‌رسانی حقوقی، ۱۳ (۱)، صص. ۴۹-۷۲.
۲۴. قاسم‌زاده، قاسم (۱۳۲۸). سخنرانی راجع به قانون اساسی. شماره ۲، وزارت امور خارجه.
۲۵. قاضی شریعت‌پناهی، ابوالفضل (۱۳۷۷). حقوق اساسی و نهادهای سیاسی. تهران: میزان.
۲۶. کوشکی، محمدصادق و آجرلو، اسماعیل (۱۳۸۷). وظایف مجلس و شرایط و قلمرو قانون‌گذاری از منظر مرحوم آخوند خراسانی (رحمت‌الله علیه). پژوهشنامه حقوق اسلامی، شماره ۱، پیاپی ۲۷، صص. ۱۹۳-۲۳۱.
۲۷. مدنی، جلال‌الدین (۱۳۷۷). حقوق اساسی و نهادهای جمهوری اسلامی. تهران: پایدار.
۲۸. مرادی، سجاد (۱۳۹۵). نظارت پارلمانی؛ مطالعه تطبیقی کارنامه نظارتی ادوار هشتم و نهم مجلس شورای اسلامی، بررسی موردی: تذکر، سؤال، استیضاح و تحقیق و تفحص. معاونت پژوهش‌های سیاسی - حقوقی، دفتر مطالعات سیاسی، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس.
۲۹. ملایی توانی، علیرضا (۱۳۸۱). مجلس شورای ملی و تحکیم دیکتاتوری رضاشاه. تهران: مرکز اسناد انقلاب اسلامی.
۳۰. منصوریان، ناصرعلی (۱۳۹۰). مسئولیت سیاسی دولت در برابر پارلمان در حقوق ایران و فرانسه. سالنامه ایرانی حقوق بین‌الملل و تطبیقی، شماره ۲، صص. ۷۶-۹۵.
۳۱. میرمحمدی میبیدی، سیدمصطفی و جمالی، حوریه (۱۴۰۱). الزامات و آثار استیضاح‌و عزل رئیس‌جمهور در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران. دانش حقوق عمومی، ۱۵ (۵۳)، صص. ۵۱-۷۲.

۳۲. نجفی اسفاد، مرتضی و محسنی، فرید (۱۳۷۹). حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران. تهران: الهدی.
۳۳. هاشمی، محمد (۱۳۸۴). حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران. تهران: دادگستر.
۳۴. هدایت، مهدی‌قلی (مخبرالسلطنه) (۱۳۸۵). خاطرات و خطرات (توشه‌ای از تاریخ شش پادشاه و گوشه‌ای از دوره زندگی من). چاپ ۳، تهران: زوار.
۳۵. هراتی، محمدجواد (۱۳۹۱). حقوق اساسی و ساختار حاکمیت در جمهوری اسلامی ایران. دانشگاه بوعلی سینا.

36. Ohnesorge, John K.M (2019). Comparing Impeachment Regimes, University of Wisconsin, Legal Studies Research Paper 15(1468), pp. 259-299.
37. Yamamoto, Hironori (2007). A comparative study of 88 national parliaments, Switzerland: InterParliamentary Union.

## References:

1. Abolhamd, Abdulhamid (1386 SH). Foundations of Politics. 6th Edition, Tehran: Toos.
2. A'ine-Negini, Hossein (1395 SH). Exploration of the Key Concepts of Multifaceted Oversight in Constitutional Law (Research Report). Office of Law and Legislation Studies, Guardian Council Research Center, Serial Number: 13950013.
3. Akhavan Kazemi, Bahram (1391 SH). Oversight in the Islamic System. Tehran: Islamic Culture and Thought Research Institute.
4. Ameri, Zahra (1394 SH). Political Oversight over Power and Its Application through the People in the Legal System of Iran. *Sepehr-e-Siasi*, 2 (3), pp. 115-138.
5. Ansari, Masoud (1352 SH). Legal Immunities. Tehran: Eshraghi.
6. Ashkboos, Hamzeh & Aslani, Firouz (1397 SH). An Analysis of the Interrogative Oversight Tools of Ministers in the Legal System of the Islamic Republic of Iran and the Dominant Issues. *Islamic Law*, 15 (56), pp. 57-76.
7. Boushehri, Jafar (1351 SH). Fundamental Rights. Tehran: University of Tehran.
8. Faryadi, Masoud (1387 SH). Examining the Position of Ministers' Interrogation in the Fundamental Law of Iran. *Legal Information*, (13), pp. 49-72.
9. Fattahi Zafarqandi, Ali (1394 SH). The People and the Islamic Government with a Look at the Position of the People in the Constitution of the Islamic Republic of Iran. Tehran: Guardian Council Research Center.
10. General Office of Cultural Affairs and Public Relations of the Islamic Consultative Assembly (1364 SH). Detailed Report on the Parliament's Final Review of the Constitution of the Islamic Republic of Iran. 1st Edition, Tehran: General Office of Cultural Affairs and Public Relations of the Islamic Consultative Assembly.
11. Habibi, Hassan (1364 SH). The Political Relationship between the Parliament and the Executive Branch. *Legal Research Journal*, (1), pp. 23-63.
12. Habibnejad, Seyed Ahmad & Amiri, Zahra (1393 SH). Foundations of Oversight in the System of the Fundamental Law of the Islamic Republic of Iran. *Political Science*, 56 (17), pp. 7-32.
13. Habibnejad, Seyed Ahmad & Saeed, Zahra (1399 SH). Oversight Challenges of the Islamic Consultative Assembly on Development Plans. *Public Law Knowledge*, 9 (28), pp. 93-114.
14. Hashemi, Mohammad (1384 SH). Fundamental Rights of the Islamic Republic of Iran. Tehran: Dadgostar.
15. Hedayat, Mehdi Gholi (Mokhber al-Saltaneh) (1385 SH). Memories and Dangers (A Beacon from the History of Six Kings and a Corner of My Life). 3rd Edition, Tehran: Zovvar.
16. Herati, Mohammad Javad (1391 SH). Fundamental Rights and Governance Structure in the Islamic Republic of Iran. Bu-Ali Sina University.
17. Hosseini, Seyed Mojtaba, Akbarzadeh, Fereidoun, Ameri Golestan, Hamed & Shahabi, Rouhollah (1399 SH). *Research Journal of History*, 15 (59), pp. 41-66.
18. Javan Arasteh, Hossein (1384 SH). Socio-political Rights in Islam. Qom: Nashr-e-Ma'arif Office.
19. Koushki, Mohammad Sadegh & Ajjorlou, Ismail (1387 SH). The Duties of the Parliament and the Conditions and Scope of Legislation from the Perspective of the Late Akhound Khorasani (May God's Mercy Be Upon Him). *Islamic Law*

- Research Journal, No. 1, Issue 27, pp. 193-231.
20. Mansourian, Naser Ali (1390 SH). Political Responsibility of the Government vis-a-vis Parliament in Iranian and French Law. *Iranian Yearbook of International and Comparative Law*, No. 2, pp. 76-95.
  21. Mirmohammadi Meibodi, Seyed Mostafa & Jamali, Hoorieh (1401 SH). The Obligations and Effects of Impeachment and Removal of the President in the Fundamental Law of the Islamic Republic of Iran. *Public Law Knowledge*, 15 (53), pp. 51-72.
  22. Moden, Jalal al-Din (1377 SH). *Fundamental Rights and Institutions of the Islamic Republic*. Tehran: Paydari.
  23. Molaii Tavani, Alireza (1381 SH). *The National Consultative Assembly and the Consolidation of Reza Shah's Dictatorship*. Tehran: Center for the Islamic Revolution Documents.
  24. Moradi, Sajjad (1395 SH). *Parliamentary Oversight; A Comparative Study of the Oversight Performance of the Eighth and Ninth Terms of the Islamic Consultative Assembly, Case Study: Warning, Questioning, Interrogation, and Investigation and Inspection*. Office of Political-Legal Studies, Political-Legal Research Center, Tehran: Parliament Research Center.
  25. Najafi Esfahad, Morteza & Mohseni, Farid (1379 SH). *Fundamental Rights of the Islamic Republic of Iran*. Tehran: Elham.
  26. Ohnesorge, John K.M (2019). *Comparing Impeachment Regimes*, University of Wisconsin, *Legal Studies Research Paper* 15(1468), pp. 259-299.
  27. Qasemzadeh, Qasem (1328 SH). *Speech on the Constitution*. No. 2, Ministry of Foreign Affairs.
  28. Qazi Shariat-Panahi, Abolfazl (1377 SH). *Fundamental Rights and Political Institutions*. Tehran: Mizan.
  29. Rasekh, Mohammad (1390 SH). *Oversight and Balance in Fundamental Rights*. 2nd Edition, Tehran: Drak.
  30. Rostami, Vali & Fazeli, Azizollah (1390 SH). *Legislation, Custom, and Expediency in the Thought of Constitutional Scholars*. *Islamic Law Research Journal*, No. 1, Issue 33, pp. 27-64.
  31. Shojai, Zahra (1375 SH). *The Role of Representatives in Constitutional Legislative Assemblies (Volume 1)*. Tehran: Sokhan.
  32. Tabatabaei Mohtamami, Manouchehr (1385 SH). *Fundamental Rights*. Tehran: Mizan.
  33. Tahannazif, Hadi & Ehsani, Reza (1396 SH). *A New Reading of Analytical Views on the Concept of Law in the Constitutional Era*. *Islamic Law Research Journal*, No. 1, Issue 45, pp. 57-80.
  34. Yamamoto, Hironori (2007). *A comparative study of 88 national parliaments, Switzerland: InterParliamentary Union*.
  35. Zamani, Samia & Toupchian, Mohammad (1392 SH). *Parliament's Oversight over the Executive Branch (2); Case Study: England, America, France, Italy, Germany, and the Islamic Republic of Iran*. Tehran: Office of Political Studies, Research Center of the Parliament.
  36. Zarei, Mohammad Hossein (1384 SH a). *The Oversight Position of the Parliament and the Governing Principles*. *Parliament and Strategy*, 48, pp. 275-286.
  37. Zarei, Mohammad Hossein (1384 SH b). *Comparative Study of Legislative Assemblies*. Tehran: Research Center of the Islamic Consultative Assembly.

## عدم تحقق تدلیس با سکوت و خودداری از بیان عیب هنگام معامله؛ مطالعه در فقه امامیه و حقوق مدنی ایران

اقبال علی میرزائی • استادیار، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی و اجتماعی، دانشگاه کردستان، سنندج، ایران.  
e.alimirzaei@uok.ac.ir

### چکیده

قانون مدنی ایران در خصوص وقوع تدلیس با سکوت حکم صریحی ندارد. مطابق با ماده ۴۳۸ این قانون، به طور کلی، عملیاتی که موجب فریب شود، تدلیس محسوب شده است. به عقیده برخی حقوقدانان، عملیات فریبنده با وقوع فعل یا ترک فعل واقع می‌شود. برخی دیگر، «عملیات» را شامل سکوت عمدی نیز می‌دانند. مشابه این اختلاف در میان فقیهان امامیه هم وجود دارد. به نظر برخی، پوشاندن عیب، با انجام اعمالی محقق می‌شود که مورد معامله را سالم و بی‌عیب نشان دهد. به نظر دیگران اما، سکوت و خودداری از بیان عیب، در صورت علم به آن، موجب پوشیده ماندن عیب و سبب تحقق تدلیس است. غالب فقها، حکم شرعی سکوت و اعلام نکردن عیب را بر مبنای غش و تدلیس استوار کرده‌اند. برخی دیگر، صدق مفهوم عرفی غش در صورت سکوت را دشوار دانسته‌اند، زیرا حيله و فریب با انجام کارهای فریبنده صورت می‌گیرد. به علاوه، وجود قصد فریب و سوءنیت شخص ساکت را عرفاً مسلم نمی‌دانند. به‌ویژه که آنچه در روایات مربوط به غش مورد نهی واقع شده است، انجام امور نیرنگ‌آمیز مانند آمیختن مورد معامله با چیزهای دیگر و امثالذک است.

در این مقاله، دیدگاه‌های فوق‌الذکر مورد نقد و ارزیابی قرار گرفته است و این نتیجه حاصل شد که موافقان وقوع تدلیس با سکوت دلایل قانع‌کننده ندارند. همچنین، با دقت در مبانی و دلایل نظریه آنان، معلوم شد که استناد به تدلیس در موارد سکوت، جز شهرت فقهی پشتوانه دیگری ندارد. به‌ویژه که حرمت شرعی سکوت و عدم اظهار عیب، نزد بسیاری از فقیهان امامیه ثابت نیست. البته روشن شد، وجود «خیار عیب» به عنوان حکم وضعی سکوت و خودداری از بیان عیب، در فقه امامیه قابل پذیرش است.

واژگان کلیدی: تدلیس، عملیات فریبنده، سکوت، خودداری از بیان عیب، خیار عیب.





## مقدمه

در اصطلاح فقهی، مراد از تدلیس، پوشاندن عیب با علم به وجود آن و نمایاندن صفت کمال به‌رغم فقدان آن است (شهید ثانی، بی‌تا، ج ۸، ص. ۱۳۹؛ انصاری، بی‌تا، ج ۱، ص. ۴۵۳). چنان‌که از این تعریف برمی‌آید، خیار تدلیس با خیار عیب و تخلف از وصف ارتباط دارد؛ چنانچه طرف قرارداد با عملیاتی عیب موجود را پنهان کند یا وصفی موهوم را واقعی نشان دهد، خیار تدلیس با خیار عیب یا تخلف وصف جمع می‌شود (نجفی، ۱۳۶۸، ج ۳۰، ص. ۳۶۵)، اما چه‌بسا طرف عقد از وجود عیب در مال خود بی‌خبر باشد. در این صورت فقط خیار عیب ایجاد می‌شود. همچنان‌که اگر وجود وصفی در قرارداد شرط شود و بعد معلوم شود که وصف مزبور هنگام عقد وجود نداشته و مشروط‌علیه خود نیز درباره وجود آن اشتباه می‌کرده است، تنها خیار تخلف وصف به وجود می‌آید (صفایی و امامی، ۱۳۹۵، ص. ۲۱۳). افزون‌براین، چنانچه طرف قرارداد برای پوشاندن عیب یا نمایاندن وصف حيله و اقدامی نکرده باشد، خیار تدلیس محقق نمی‌شود و تنها خیار عیب یا تخلف از وصف ثابت است. این وجه افتراق تدلیس با خیارات یادشده، در فقه و حقوق مورد اختلاف است. به عقیده گروهی از نویسندگان، سکوت و خودداری از اعلام عیب به طرف مقابل، در صورت علم و اطلاع از آن، تدلیس به شمار می‌رود.

منشأ این اختلاف، تفاوت دیدگاه‌ها درباره چگونگی وقوع تدلیس و ارکان تحقق آن است. به نظر برخی نویسندگان، رکن مادی تدلیس یعنی نمایاندن وصف موهوم یا مخفی کردن عیب موجود، فقط به‌واسطه فعل یا ترک فعل واقع می‌شود (شهیدی، ۱۳۹۱، ص. ۶۶). برخی هم به‌صراحت تحقق تدلیس را با سکوت و عدم اظهار عیب نفی کرده‌اند (امامی، ۱۳۸۹، ج ۴، ص. ۵۴۰). عده‌ای نیز جز در موارد ویژه، نسبت به وقوع تدلیس با سکوت تردید کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۴۰۱، ج ۵، ص. ۲۸۲). در مقابل، برخی صاحب‌نظران عملیات متقابلانه را شامل سکوت عمدی نیز دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، ج ۲، ص. ۱۱۷۷) و از آن با عنوان عملیات منفی یاد کرده‌اند (صفایی و امامی، ۱۳۹۵، ص. ۲۱۱). در فقه امامیه نیز اختلاف در این باره مشهود است؛ به عقیده گروهی از فقیهان، سکوت بایع و خودداری از بیان عیب مبیع در صورت آگاهی از آن، موجب فریب و تدلیس است (شهید ثانی، ۱۳۸۶، ج ۵، ص. ۳۸۰؛ نجفی، ۱۳۶۸، ج ۳۰، ص. ۳۶۳)، اما دیگران نسبت به تحقق ارکان مادی و روانی تدلیس در فرض سکوت تردید و انتقاد کرده‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۰، ج ۲، ص. ۹۰؛ خویی، ۱۳۷۷، ج ۷، صص. ۱۸۹-۱۹۰؛ حلی، ۱۴۱۹، ج ۳، ص. ۶۹).

داوری در این باره مستلزم شناخت مفهوم تدلیس است. بی‌گمان تدلیس مانند هر مفهوم دیگر از روی ارکان و اجزای تشکیل‌دهنده آن شناخته می‌شود. پاره‌ای نویسندگان معتقدند مفهوم تدلیس با اجتماع سه رکن محقق می‌شود. ۱- وقوع عملیات، ۲- فریب طرف معامله و ۳- وجود رابطه سببیت میان عملیات مزبور و فریب طرف قرارداد (قاسم‌زاده، ۱۳۸۳، ص. ۲۷۲)، اما به نظر دیگر محققان، ارکان سه‌گانه تدلیس عبارت از عملیات مادی، عنصر روانی یا قصد فریب و وقوع فریب یا اشتباه به واسطه عملیات مزبور است (اوصیا، ۱۳۷۱، صص. ۲۹۷-۴۰۱). در تأیید و تبیین دیدگاه اخیر باید گفت مطابق رکن نخست، تدلیس با عملیات فریبنده واقع می‌شود و به موجب رکن دوم، تحقق تدلیس مستلزم داشتن عمد و قصد فریب است. سرانجام برای تحقق فریب، ضرورت دارد که عملیات فریبنده در طرف قرارداد تأثیر کند و او را به اشتباه بیندازد. این موضوع زمانی محقق می‌شود که طرف مزبور از عملیات واقع‌شده بی‌خبر مانده باشد (خویی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص. ۴۷۰).

بیشتر تعریف‌ها جامع تدلیس نیست. چنان‌که اشاره شد، در نوشته‌های فقهی عمدتاً به ارتباط تدلیس با مفهوم عیب و تخلف از وصف توجه شده است درحالی‌که موارد وقوع تدلیس محدود به پوشاندن عیب و نمایاندن وصف نیست و مواردی مانند آمیختن مورد معامله با چیزهای دیگر یا فروش کالاهای تقلبی را نیز شامل می‌شود. در تعریف‌های حقوقی تنها به یک یا دو رکن از مفهوم تدلیس پرداخته شده است. چنان‌که گفته شده است تدلیس عبارت از فریب دادن طرف قرارداد در انگیزه اصلی یا یکی از جهات تراضی است (کاتوزیان، ۱۴۰۱، ج ۵، ص. ۳۰۲). در برخی نوشته‌ها نیز تدلیس به معنای سوق دادن کسی به اشتباه آمده است (اوصیا، ۱۳۷۱، ص. ۳۴۳). همچنین، به نظر پاره‌ای نویسندگان، منظور از تدلیس به اشتباه انداختن عمدی دیگری برای مصمم کردن او به معامله است (امیری قائم‌مقامی، ۱۳۷۸، ج ۲، صص. ۳۱۴-۳۱۵). سرانجام، به موجب ماده ۴۳۸ قانون مدنی، «تدلیس عبارت است از عملیاتی که موجب فریب طرف معامله شود».

تعریف قانونی تدلیس تا حدودی تأییدپذیر است. در ماده یادشده از عنصر روانی تدلیس یاد شده و در مقابل، آنچه مورد تأکید واقع شده، رکن مادی تدلیس و عملیات فریبنده است، اما چنان‌که خواهد آمد، برحسب عرف و لغت، داشتن عمد و قصد فریب در مفهوم تدلیس مستتر است و از این رو تدلیس بدون داشتن عمد متصور نیست. بر این مبنا، قانون مدنی وجود عنصر روانی

تدلیس را به بدهت آن واگذار کرده است. همچنین، نویسندگان قانون مدنی با تسلط و اشرافی که بر فقه امامیه داشتند، دریافتند که عمده بحث و اختلاف‌ها درباره رکن مادی تدلیس است. بحث از ارکان مادی و معنوی تدلیس به تفصیل خواهد آمد، اما درباره رکن سوم اشاره می‌شود که مطابق این رکن، تدلیس در صورتی موجب خیار است که باعث فریب شود؛ یعنی معامله‌کننده بر اثر عملیات واقع شده نسبت به عقد راضی و مغرور شده باشد؛ به گونه‌ای که اگر عملیات مزبور نبود، حاضر به معامله نبود یا با شرایطی متفاوت اقدام می‌کرد (شهیدی، ۱۳۹۱، ص. ۶۶). بر این مبنا، گفته شده است اگر معلوم باشد که طرف عقد با آگاهی از واقع معامله کرده، عملیات انجام شده موجب فریب او نشده است و از این رو خیار تدلیس ندارد؛ هر چند نیرنگ عمدی و به قصد فریب او باشد (کاتوزیان، ۱۴۰۱، ج ۵، ص. ۲۹۳). رویه قضایی نیز به این مهم اذعان دارد. چنان‌که در بخشی از دادنامه شماره ۱۱۴۵-۱۱۴۴ به تاریخ ۱۳۸۱/۵/۳۰ می‌خوانیم «اساساً... شرط اعمال خیار تدلیس این است که مدعی تدلیس ثابت کند عملیاتی... موجب فریب وی در اشتیاق به معامله [شده است]؛ به نحوی که اگر آن عملیات نبود، هرگز عقدی محقق نمی‌شد. به عبارت اُخری، ثابت کند که بیع مبتنی بر تدلیس واقع شده [است]» (نقل از: میرشکاری، ۱۴۰۱، ج ۱، ص. ۲۲۸).

به هر حال، چنان‌که اشاره شد، امکان تحقق تدلیس با سکوت در فقه و حقوق ایران، مسئله اصلی این پژوهش است و تا جایی که اطلاع داریم، تحقیق مستقلی در این باره نوشته نشده است. مقاله حاضر با گردآوری منابع کتابخانه‌ای و به روش کیفی (توصیفی-تحلیلی) انجام شده است. در بخش نخست نوشتار، تلاش‌های فقیهان برای تطبیق ماهیت سکوت با مفهوم غش و تدلیس تبیین و نظرهای مختلف نقد می‌شود. در بخش دوم، نظریه تدلیس با سکوت از لحاظ انطباق با عنصر مادی تدلیس ارزیابی می‌شود و در طول بحث، علل و عواملی که موجب رواج این اندیشه شده است، شناسایی و تبیین می‌شود. در بخش پایانی، قاعده عمومی درباره حکم شرعی سکوت و ترک اظهار عیب هنگام معامله و استثناهای آن در فقه و حقوق ایران مطالعه و بررسی می‌شود.

## ۱. تبیین حکم سکوت و اظهار نکردن عیب بر اساس مفهوم غش و تدلیس

### ۱.۱. تاریخچه بحث و اختلاف فقیهان درباره حکم سکوت از بیان عیب

از دیرباز این مسئله ذهن فقیهان را به خود مشغول کرده است که حکم سکوت و خودداری از بیان

عیب کالایی که شخص قصد فروش آن را دارد، چیست؟ در پاسخ این پرسش برخی فقیهان حکم تکلیفی و وضعی سکوت را چنین بیان کرده‌اند که هرکس چیزی را بفروشد که عیبی دارد و آن عیب را اعلام نکند، مرتکب فعل حرام شده است و در این صورت خریدار خیار فسخ دارد (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص. ۱۳۸). دیگران نیز افزوده‌اند که کتمان عیب‌های مورد معامله با وجود علم به آن، مستوجب حرمت شرعی است و در این باره اختلافی میان فقیهان وجود ندارد (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۲۳۱).

بعضی فقیهان معتقدند در صورت معیوب بودن مبیع، واجب نیست که بایع عیب‌های آن را بیان کند، بلکه عدم اعلام عیوب مکروه است؛ خواه از عیب مال تبری کرده باشد یا نه؛ زیرا اصل، برائت ذمه از ثبوت احکام تکلیفی است (حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۱، صص. ۱۸۹-۱۹۰)، اما پاره‌ای فقیهان، میان دو فرض تبری و عدم تبری از عیوب تفاوت نهاده‌اند. به‌زعم ایشان، تبری از یک یا چند عیب و حتی تمام عیوب مبیع صحیح است؛ خواه عیب‌های مزبور آشکار باشد یا پنهان. همچنین، در صورت تبری هیچ ضمانتی بر بایع نیست و او تکلیفی به اعلام عیب ندارد (شهید اول، ۱۴۱۷ق، ج ۳، ص. ۲۸۷). برخی نیز افزوده‌اند در صورت تبری، بهتر (افضل) است که بایع عیب‌هایی را که می‌داند، برای مشتری بیان کند (مفید، ۱۴۱۳ق، ص. ۵۹۱). سرانجام، برخی فقیهان میان عیوب آشکار و پنهان فرق گذاشته‌اند و معتقدند در هر حال، ضمان عیوب آشکار بر عهده خریدار است و عدم اطلاع از آن‌ها ناشی از تقصیر اوست. بنابراین، واجب نیست که بایع عیوب یادشده را اعلام کند (حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۱، ص. ۱۹۰).

مستند فقهی آرای یادشده چند روایت مشهور است که به دوتای آن‌ها اشاره می‌شود. از پیامبر اکرم (صلی‌الله‌علیه‌وآله) نقل شده است حلال نیست که مسلمان چیزی را به برادر دینی خود بفروشد در حالی که می‌داند عیب دارد مگر اینکه آن عیب را بیان کند (طبرسی، بی‌تا، ج ۱۳، ص. ۳۲۷). همچنین، امام صادق (علیه‌السلام) درباره کسی که حیوان یا کالایی را بفروشد و بگوید از تمام عیب‌هایش تبری کردم، فرمودند برائت او حاصل نمی‌شود مگر اینکه عیب‌هایی را که از آن‌ها تبری کرده است، معین کند و مشتری را از آن‌ها مطلع سازد (طبرسی، بی‌تا، ج ۱۳، ص. ۳۲۶). با وجود این، پاره‌ای فقیهان حکم روایت‌های یادشده را صریح و کافی نیافته‌اند و برای دستیابی به حکم سکوت و خودداری از بیان عیب هنگام معامله، از مفهوم «غش» و روایات ناظر به آن یاری

گرفته‌اند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۲، صص. ۱۲۹-۱۳۰).

#### ۲.۱. تلاش فقیهان برای تعیین حکم شرعی سکوت بر مبنای غش

در روایت‌های متواتر و متعدد از رسول گرامی اسلام نقل شده است هرکس برادر دینی خود را فریب دهد و به او خیانت کند، مسلمان نیست (حر عاملی، بی تا، ج ۱۲، ص. ۲۴۱).<sup>۱</sup> درباره حرمت شرعی غش میان فقیهان امامیه اختلافی نیست (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص. ۹۳).<sup>۲</sup> در نظر برخی فقیهان، حکم شرعی سکوت و خودداری از بیان عیب بر مبنای غش و فریب استوار است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۲، صص. ۱۲۹-۱۳۰).

پاره‌ای فقیهان متقدم در مقام استدلال بر حرمت سکوت گفته‌اند جایز نیست کسی درباره آنچه به دیگری می‌فروشد یا از او می‌خرد، غش و خیانت کند، بلکه واجب است انسان در هر کاری خیرخواه دیگران باشد (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۲۳۱). به نظر برخی فقیهان، اعلام عیب‌های آشکار واجب نیست (حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۱، ص. ۱۹۰) و تنها اظهار عیب‌های پنهان در صورت علم و اطلاع واجب است و سکوت از آن، غش حرام شمرده می‌شود (شهید اول، ۱۴۱۷ق، ج ۳، ص. ۲۸۷).<sup>۳</sup> برخی نیز افزوده‌اند سکوت از عیب با علم به آن تنها در صورت پرسش مشتری در این باره موجب غش است (حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۱، صص. ۱۸۹-۱۹۰). سرانجام، گفته شده است کتمان عیب مبیع مکروه است مگر اینکه منجر به غش شود که در این صورت حرمت دارد (علامه حلی، ۱۳۶۸، ج ۱، ص. ۱۱۸).

با وجود این، بحث در این باره ناتمام مانده است و دلایل صدق مفهوم غش درباره سکوت از عیب در آثار متقدمان دیده نمی‌شود. مرحوم شیخ انصاری برخی صورت‌های مختلف مسئله را تفکیک و نظرهای متفاوت پیشینیان را جمع کرده است. تفصیل این بحث باید در شرح و حاشیه‌های کتاب مکاسب جست‌وجو شود. شاگردان و شارحان آثار شیخ انصاری ابتدا میان دو صورت علم و جهل با عیب‌های پنهان مبیع تفکیک کرده‌اند. سپس، درباره امکان وجود عمد و قصد فریب در فرض سکوت بحث و استدلال کرده‌اند. سرانجام، امکان تحقق مفهوم فریب

۱. لیس منّا من غَشّ مسلماً و لیس منّا من خان مسلماً.

۲. الغش حرام بلاخلاف.

۳. یجب علی البائع الاعلام بالعیب الخفی... ان علمه... لتحریم الغش.

در صورت سکوت و اظهار نکردن عیب مورد بحث و گفت‌وگو واقع شده است. پیش از پرداختن به مباحث یادشده لازم است معنای لغوی و اصطلاحی غش و ارتباط آن با تدلیس تبیین شود تا زمینه بحث فراهم آید.

### ۳.۱. تحلیل مفهوم غش و تطبیق آن بر موضع سکوت از بیان عیب

#### ۱.۳.۱. معنی لغوی و اصطلاحی غش و تدلیس

در زبان عربی، واژه غش (به فتح غ) دست‌کم میان سه معنی مشترک است. نخست، غش به معنای ناخالصی است که با آمیخته شدن دو چیز با یکدیگر روی می‌دهد مانند اینکه آب در شیر بیامیزند یا فلز کم‌ارزشی را با طلا مخلوط کنند. بر این مبنا، آمیختن جنس پست با اعلی، مخلوط کردن کالایی با غیرهم‌جنس و در هم کردن کالای نامرغوب در نوع مرغوب آن، غش است و در تمام این موارد کالای مغشوش و ناسالم پدید می‌آید (طریحی، بی‌تا، ج ۳، ص. ۳۱۲؛ انصاری، بی‌تا، ج ۱، ص. ۹۵). غش در معنای اخص در همین فرض محقق می‌شود و در کتاب‌های فقهی مورد بحث و گفت‌وگوی فراوان است.

دومین معنای غش، فریب دادن و حيله کردن است (دهخدا، ۱۳۳۵، ج ۳۴). سرانجام، غش در مقابل نصح (بر وزن صبح) و خیرخواهی قرار دارد و معادل خیانت و بدخواهی است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۶، ص. ۳۲۳)؛ چنان‌که در برخی لغت‌نامه‌ها آمده است کسی که خیرخواه نباشد و خلاف آنچه را می‌داند یا در دل دارد، بیان کند، غش کرده است (طریحی، بی‌تا، ج ۳، ص. ۳۱۲). معانی سه‌گانه یادشده به حقیقتی واحد برمی‌گردد؛ شخص غاش (= فریب‌کار) با کارهایی مانند ناخالص کردن مال، قصد و نیت خود مبنی بر حيله و فریب را در معامله عملی می‌کند و بدین طریق به دیگران خیانت می‌ورزد. از این رو وقوع غش در معامله منحصر به آمیختن مال نیست و با هر عملی که موجب کسب مالی افزون‌تر از بهای واقعی مورد معامله شود، محقق می‌شود. بر این مبنا، گفته شده است قرار دادن ابریشم در محل سرد که باعث سنگین شدن وزن آن می‌شود، نوعی غش و حرام است (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۱، ص. ۹۴). همچنین، فروش روغن خوراکی نجس‌شده و بیع حیوان مسموم از مصادیق غش شمرده می‌شود (خویی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص. ۴۷۰). افزون‌بر این، عرضه کالا در تاریکی شب یا محل‌های تاریک از این رو که عیب آن پوشیده می‌ماند و موجب فریب می‌شود، در پاره‌ای روایات شرعی مورد نهی قرار گرفته است (خمینی، بی‌تا، ج ۱، ص.

(۵۰۱).

در اصطلاح فقیهان امامیه، تدلیس نوعی غش و اخص از آن است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص. ۹۵). چنان‌که پیش‌تر گذشت، تدلیس عبارت از پوشاندن عیب‌های موجود یا وانمود کردن اوصافی است که وجود واقعی ندارد (شهید ثانی، بی تا، ج ۸، ص. ۱۳۹). این مفهوم از معنای لغوی تدلیس دور نیست. تدلیس در لغت، از ریشه دلس گرفته شده و به معنای تاریکی انداختن است. همچنین، در برخی لغت‌نامه‌ها تدلیس به معنای خدعه و نیرنگ آمده است (جوهری، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص. ۳۹۰). برخی فقیهان در مقام توجیه ارتباط معنای لغوی و اصطلاحی گفته‌اند تدلیس‌کننده با پوشاندن عیب موجود یا نمایاندن وصف مفقود، واقعیت را دگرگون ساخته و بدین طریق، طرف خود را فریب داده و به تاریکی وهم انداخته است (شهید ثانی، ۱۳۸۶، ج ۳، ص. ۵۰۰).<sup>۱</sup>

برخی فقیهان، تدلیس را به موارد پوشاندن عیب و نمایاندن وصف محدود نکرده‌اند و آن را مرادف با هر نوع حيله و فریب‌کاری می‌دانند. از این رو، تدلیس در معنای عام، انواع غش را نیز دربرمی‌گیرد (شهیدی تبریزی، بی تا، ج ۱، ص. ۳۲). ماده ۴۳۸ قانون مدنی ایران، در مقام تعریف تدلیس از همین عقیده تبعیت کرده است. در اصطلاح حقوق، عنوان تدلیس به‌جای غش رایج است.

### ۲.۳.۱. عدم انطباق مفهوم غش با موضوع سکوت و عدم اظهار عیب به علت ناآگاهی از آن

چنان‌که گذشت، بحث از حکم شرعی سکوت و بیان نکردن عیب هنگام معامله، در فقه امامیه سابقه طولانی دارد. در کتاب مکاسب شیخ انصاری، این پرسش بار دیگر به‌طور جدی مطرح شده است که خودداری بایع از بیان عیب‌های مبیع چه حکمی دارد و مبنای حکم چیست؟ در مقام پاسخ به این پرسش‌ها، مرحوم شیخ، عقیده برخی گذشتگان مبنی بر تفکیک میان عیب‌های آشکار و پنهان را تأیید کرده و تنها سکوت از اظهار عیب‌های پنهان را مصداق غش دانسته است. به عقیده ایشان، ظاهر برخی خبرهای رسیده از جانب معصومان (علیهم‌السلام) دلالت بر این دارد که مفهوم غش تنها درباره عیوب مخفی صادق است و از امور آشکار منصرف است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۱، صص. ۹۴-۹۵). وی همچنین، استدلال کرده است نزد اهل عرف و در لغت،

۱. التدلیس و هو... من... الظلمة كأن المدلس یظلم الامر و بیهمه حتی یوهم غیر الواقع.

خودداری از بیان عیب‌های آشکار، فریب شمرده نمی‌شود و فقط اطلاع ندادن عیوب مخفی یعنی آن دسته از عیب‌ها که با دقت متعارف از سوی مشتری و پیش از معامله به چشم نمی‌آید، غش و خیانت است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۲، صص. ۱۲۹-۱۳۰).

فقیه نام‌برده، میان دو صورت علم و جهل نسبت به عیوب پنهان تفکیک نکرده است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۲، صص. ۱۲۹-۱۳۰). از این رو برخی شارحان مکاسب به پیروی از اطلاق کلام نویسنده در این باره معتقدند معامله مال مغشوش در هر صورت حرام است؛ زیرا این عمل موجب قرار دادن دیگری در معرض خطر می‌شود و آن خطر عبارت از مخالفت آنچه معامله بر آن واقع شده با مقصود از معامله است. به دیگر سخن، چنانچه مبیع با جنس پست آمیخته باشد و مشتری هنگام معامله به آن پی نبرد، در معرض خطر و غرر قرار گرفته است. از آنجاکه سبب و منشأ خطر یادشده، اقدام و فعل بایع است، وقوع فریب و اشتباه به او مستند می‌شود و برای تحقق این استناد، صرف سکوت و خودداری از بیان واقعیت کافی است (شهیدی تبریزی، بی تا، ج ۱، صص. ۶۱-۶۳).

فقیهان دیگر معتقدند غش و فریب مفهوم عرفی دارد و حقیقت شرعی نیست. به حکم عقل و عرف، مفهوم غش جز در صورت علم و اطلاع شخص غاش از واقعیت محقق نیست و عرفاً به شخص جاهل، فریب‌کار گفته نمی‌شود (خویی، ۱۳۷۷، ج ۱، صص. ۴۶۹-۴۷۰). بر این مبنا، بیشتر فقیهان، مجرد سکوت درباره عیب مورد معامله را مصداق غش ندانسته (شهید ثانی، ۱۳۸۶، ج ۵، صص. ۳۹۶؛ اصفهانی، ۱۳۸۰، صص. ۷۴۵) و برخی تصریح کرده‌اند در صورت فقدان علم، تدلیس منتفی است (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، صص. ۲۸۴).

حقوق دانان نیز تنها سکوت عمدی درباره عیب‌های پنهان را تدلیس می‌دانند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، ج ۲، صص. ۱۱۷۷ و ۱۱۷۹؛ امیری قائم مقامی، ج ۲، ۱۳۷۸، صص. ۳۱۴-۳۱۵). برخی نویسندگان در این درباره استدلال کرده‌اند که یکی از شرایط تحقق تدلیس وجود قصد و عنصر روانی است. بی‌گمان کسی که اطلاع از موضوعی ندارد، نمی‌تواند نسبت به آن قاصد باشد (اوصیا، ۱۳۷۱، صص. ۳۲۷). پس اگر طرف قرارداد از کاری که ندانسته یا به منظور دیگری انجام شده است، به اشتباه افتد، اثر آن را باید در عیوب اراده جست‌وجو کرد نه تدلیس (کاتوزیان،



۱۴۰۱، ج ۵، ص ۲۸۴).

در تأیید این دیدگاه می‌توان افزود بی‌گمان تکلیف به اعلام و خبر دادن از موضوع معین، فرع بر داشتن علم و اطلاع از آن است. از این رو مکلف کردن فرد جاهل به اعلام چیزی که از آن خبر ندارد، تکلیف بما لایطاق و بیهوده است؛ به‌ویژه اگر مطلق سکوت و عدم بیان واقع تدلیس شمرده شود، میان دو نظریه تدلیس و غرور آمیخته می‌شود و اصالت خیار تدلیس رنگ می‌بازد. برخی فقیهان دریافته‌اند تدلیس معادل تغیر عمدی و اخص از قاعده غرور است (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۴۴۱)، اما برخی حقوق‌دانان دریافته‌اند قصد حیله و فریب رکن اساسی تدلیس است و همین ویژگی موجب تفکیک آن از غرور می‌شود (کاتوزیان، ۱۴۰۱، ج ۵، ص ۳۰۹). بر این مبنا، گفته می‌شود برای تحقق تدلیس ضرورتی ندارد که قصد اضرار نیز ثابت شود؛ زیرا آنچه در تدلیس اهمیت دارد، فریب عمدی است نه اضرار عمدی (کاتوزیان، ۱۴۰۱، ج ۵، ص ۲۹۲)؛ به‌ویژه اگر تدلیس حتی در صورت جهل پذیرفته شود، نظریه تدلیس بیهوده می‌شود و باید آن را از فروع اشتباه و عیب شمرده (کاتوزیان، ۱۴۰۱، ج ۵، ص ۲۸۵). به دیگر سخن، در صورت حذف عنصر روانی و قصد فریب در تدلیس، تفاوتی میان خیار تدلیس و خیار عیب یا تخلف از وصف باقی نمی‌ماند.

### ۳.۳.۱. بحث و تردید درباره عنصر روانی تدلیس در صورت سکوت عمدی و آگاهانه

چنان‌که اشاره شد، مطابق نظر برخی فقیهان امامیه، تنها سکوت عمدی و خودداری از بیان عیب مورد معامله در صورت علم و اطلاع از آن، تدلیس است (شهید ثانی، ۱۳۸۶، ج ۵، ص ۳۹۶). در این باره استدلال شده است ماهیت حیله و نیرنگ عرفاً قائم به اطلاع از موضوع است (خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۳۳۶)<sup>۱</sup>. به تعبیر برخی فقیهان، تدلیس و فریب از عناوین قصديه است (خویی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۴۷۱). پاره‌ای حقوق‌دانان تصریح کرده‌اند کار فریبنده باید ارادی و به‌عمد و با قصد فریب باشد (کاتوزیان، ۱۴۰۱، ج ۵، صص ۲۸۴ و ۲۹۲). با وجود این، از آنجاکه قصد و نیت درونی است، در مقام اثبات کافی است که بایع عالم به عیب مبیع باشد و مشتری از آن بی‌خبر بماند (خویی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۴۶۹)؛ زیرا آگاهی از واقعیت اماره بر وجود قصد فریب است (کاتوزیان، ۱۴۰۱، ج ۵، ص ۲۸۷).

۱. اعتبار العلم فی ماده الخدیعة والتدلیس ظاهر من العرف واللغة.

چنان‌که اشاره شد، وجود قصد اضرار برای تحقق تدلیس شرط نیست. از این‌رو تدلیس‌کننده نمی‌تواند با اثبات اینکه ضرری به بار نیامده است، مانع از فسخ عقد شود (کاتوزیان، ۱۴۰۱، ج ۵، صص. ۲۹۲-۲۹۳). بر این مبنا، نظر کسانی که معتقدند تدلیس در صورتی مؤثر است که موجب کاستن از بهای مال شود (حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۱، ص. ۹۶)<sup>۱</sup>، از سوی دیگران تأیید نشده و در مقابل، استدلال شده است ضرر ناشی از تدلیس همان عقیم ماندن انگیزه‌های طرف معامله و از دست دادن منفعتی معقول است که ممکن است در بهای کالا اثر نکند (شهید ثانی، بی‌تا، ج ۸، ص. ۱۳۹). پس مبنای خیار تدلیس این است که قانون‌گذار نمی‌خواهد کسی را به التزامی اجبار کند که آگاهانه نخواست است (کاتوزیان، ۱۴۰۱، ج ۵، ص. ۲۹۲). از اینجا استقلال خیار تدلیس از خیار غبن نیز ثابت می‌شود. کافی است طرف قرارداد ثابت کند به علت حيله و فریب راضی به معامله شده است؛ هرچند زیان ندیده باشد.

پاره‌ای فقیهان نسبت به وجود قصد فریب و عنصر روانی تدلیس در فرض سکوت و ترک اعلام عیب‌های پنهان حتی در صورت علم به عیب، تردید کرده‌اند و معتقدند صدق عنوان غش و فریب در این فرض نیز مسلم نیست؛ چنان‌که گفته‌اند حقیقت این است که در صورت سکوت شخص و عدم اعلام عیب مخفی، صرفاً نصح و خیرخواهی از جانب او واقع نشده است، اما سوءنیت و قصد فریب و خیانت ثابت نیست. با اجرای اصل برائت از تکلیف، عدم ثبوت حکم حرمت به دست می‌آید (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۰، ج ۲، ص. ۹۰؛ تیریزی، ۱۳۸۹، ج ۱، ص. ۳۲۲).

دیگران نیز در مقام تأیید این دیدگاه افزوده‌اند به لحاظ مفهومی، نسبت میان غش و نصح، نسبت بین دو موضوع متناقض یا متضاد نیست که شق سوم و حالت دیگری میان آن‌ها وجود نداشته باشد، بلکه نسبت میان آن‌ها مانند ملکه و عدم است و از این‌رو همواره وضعیتی بینابین غش و نصح متصور است؛ چه بسا انسان نه خیرخواه دیگری باشد و نه بدخواه او. همچنان‌که وضعیت بیشتر افراد نسبت به یکدیگر چنین است و معمولاً کسی که نسبت به دیگری سکوت اختیار می‌کند و موضوعی را به او تذکر نمی‌دهد، در نظر عرف فریب‌کار شمرده نمی‌شود و عرفاً

۱. و آنه تدلیس بما یختلف ثمن لاختلافه.

۲. [التحقیق] عدم صدق الغش علی ترک الاعلام حیث أن الغش بمعناه المصدری ضد النصیحة لا ترک النصیحة مطلقاً.

خیرخواه نیز به شمار نمی‌آید. بر این مبنا، بایع اگرچه آگاه به عیب‌های مبیع باشد، مکلف به اعلام آن به مشتری نیست، بلکه بر خریدار واجب است در مالی که می‌خرد، دقت کند یا از کسی بخواهد که آن را واری کند و عیب‌هایش را بگوید، اما پوشاندن عیب مبیع به گونه‌ای که آن را سالم و بی‌عیب نشان دهد، بی‌تردید غش و خیانت است (خویی، ۱۳۷۷، ج ۷، صص. ۱۸۹-۱۹۰؛ محسنی قندهاری و آصف، ۱۴۲۶ق، ج ۱، ص. ۲۷۰).

مطابق این دیدگاه، در فرض سکوت و خودداری از بیان عیب، قصد فریب و عنصر روانی تدلیس مسلم نیست؛ زیرا اظهار نکردن واقعیت هرچند با علم به واقع باشد، از نظر عرف و عقل، دلالت بر سوءنیت ندارد. به دیگر سخن، شخص ساکت اگرچه حسن نیت ندارد، اما سوءنیت او محرز نیست. وانگهی، ضرورت رعایت حسن نیت به‌عنوان تکلیف شرعی نزد فقیهان امامیه مسلم نیست. چنان‌که برخی محققان دریافته‌اند، روایات ناظر به غش عمدتاً به‌صورت سلبی است و به‌جای الزام به رعایت حسن نیت، نهی از فریب و ترک سوءنیت مورد تأکید شارع مقدس قرار گرفته است. بر این مبنا، به‌ویژه در عقود مغایره مانند بیع، از آنجاکه هریک از طرفین دنبال کسب سود و حفظ منافع خود است، تکلیف رعایت حسن نیت در فقه امامیه کم‌رنگ است و بیشتر جنبه اخلاقی دارد تا حقوقی (نقیبی و همکاران، ۱۳۹۳، صص. ۳۳ و ۵۱).

از این‌روست که به نظر برخی فقیهان نامدار، تحقق تدلیس در فرض سکوت از بیان عیب به‌ویژه در صورت اطلاق عقد (عدم تبری از عیوب)، محل اشکال است (حلی، ۱۴۱۹، ج ۳، ص. ۶۹) و برخی محققان گفته‌اند هرگاه بایع عالم باشد به عیب و مشتری جاهل باشد، ذکر عیب در حین عقد واجب نیست، بلکه افضل و بیع صحیح است و مرتکب فعل حرامی نشده است مگر در صورت تدلیس که عیب را بیوشاند (میرزای قمی، بی‌تا، ج ۳، ص. ۷۴). همچنین، چنان‌که پیش‌تر گذشت، از نظر پاره‌ای فقیهان نام‌آور، تبری از عیوب به‌طور مطلق صحیح است و در این صورت، تکلیفی به اعلام عیب وجود ندارد (شهید اول، ۱۴۱۷ق، ج ۳، ص. ۲۸۷). برخی حقوق‌دانان نیز معتقدند تبری از عیوب یکی از اقسام «شرط عدم مسئولیت» است و در صورت علم فروشنده نسبت به ضررهای ناشی از عیب اثر ندارد و تنها ممکن است در سقوط خیار مؤثر افتد (کاتوزیان، ۱۴۰۱، ج ۵، ص. ۲۵۳)؛ یعنی شرط تبری معتبر است و موجب سقوط خیار عیب می‌شود درحالی‌که شرط

۱. فالبائع و إن كان عالماً بالعيب و لكن لا يجب عليه بيان العيب و اظهاره بانه معيوب.

سقوط خیار تدلیس برخلاف نظم عمومی و باطل است (کاتوزیان، ۱۴۰۱، ج ۵، ص. ۱۱۹؛ صفایی، ۱۳۸۲، صص. ۳۰۶-۳۰۷).

## ۲. دلایل رواج نظریه تدلیس در موارد سکوت از اظهار عیب و نقد آن

### ۱.۱. اختلاف درباره رکن مادی تدلیس و دلایل آن

چنان‌که پیش‌تر گذشت، تدلیس در اصطلاح فقهی به معنای پوشاندن عیب موجود و وانمود کردن وصف مفقود است (شهید ثانی، بی تا، ج ۸، ص. ۱۳۹).<sup>۱</sup> با وجود این، درباره معنای واژه پوشاندن (اخفا) عیب، میان فقیهان امامیه اختلاف است؛ به نظر برخی، سکوت عمدی و خودداری از بیان عیب، موجب پوشیده ماندن آن می‌شود و از این رو تدلیس شمرده می‌شود (شهید ثانی، ۱۳۸۶، ج ۵، ص. ۳۸۰؛ نجفی، ۱۳۶۸، ج ۳۰، ص. ۳۶۳). در مقابل، دیگران با تأکید بر معنای عرفی غش معتقدند در نظر عرف، مخفی کردن یا پوشاندن موضوعی از دیگری مستلزم انجام دادن کار یا خودداری از آن است. بر این مبنا، از نظر عرف، پوشاندن عیب با اعمالی محقق می‌شود که مورد معامله را سالم و بی‌عیب نشان می‌دهد، اما در صورت مخفی ماندن عیب‌ها به واسطه سکوت و عدم بیان آن‌ها، تدلیس و فریب واقع نشده است (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۰، ج ۲، ص. ۹۰؛ خویی، ۱۳۷۷، ج ۷، ص. ۱۹۰؛ روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۷، ص. ۳۶۷).<sup>۲</sup>

این اختلاف بی‌دلیل نیست؛ کسی که درباره عیوب مورد معامله سکوت اختیار کرده، در حقیقت، مال مزبور را سالم و بی‌عیب نشان نداده است، بلکه تنها عیوب مزبور را افشا نکرده است. همین تفاوت موضوعی، قیاس آن‌ها را با یکدیگر دشوار کرده است. از این رو برخی فقیهان تصریح کرده‌اند تدلیس به اعتبار اینکه نوعی غش در معامله است، در سنت و روایات معصومان (علیهم‌السلام) محکوم به حرمت شده است (تبریزی، ۱۳۸۹، ج ۱، ص. ۱۱۱). بی‌گمان آنچه

۱. التدلیس اظهار ما یوجب الکمال و اخفاء ما یوجب النقص.

۲. والمراد بالتدلیس السکوت عن العیب مع العلم به.

۳. بالجمله الانصاف عدم صدق الغش عرفاً علی مجرد ذلک [ای السکوت]... بل هو [ای الغش] امر وجودی کتلیس الامر علی الغیر... کذا لو فعل ما یکون دالاً علی الصحة او کان التعیب بفعلة بقصد التلبیس کما لو مزج اللبن بالماء.

۴. انما یحرم... الغش و اظهار السلعة علی نحو یتخیل المشتري أنه صحیح.

۵. أنه [ای التدلیس] بمعنی الخدیعة والتلبیس و لا یصدق ذلک علی ترک الاعلام بالعیب و لاعلی کتمان عیب الخفی.

مشمول حرمت می‌شود، اعمالی است که باعث فریب می‌شود؛ زیرا اعمال مزبور به‌طور صریح مورد نهی شارع قرار گرفته است (تبریزی، ۱۳۸۹، ج ۱، ص. ۳۲۸).<sup>۱</sup> بنابراین، توسعه مفهوم و احکام غش از طریق قیاس جایز نیست (تبریزی، ۱۳۸۹، ج ۱، ص. ۲۳۴).

ماده ۴۳۸ قانون مدنی به‌ظاهر از این عقیده تبعیت کرده است. برخی نویسندگان در تفسیر ماده مزبور معتقدند وقوع عملیات مادی که با فعل یا ترک فعل واقع می‌شود، لازمه تحقق تدلیس است مانند اینکه بایع سقف خانه‌ای را که شکاف برداشته و در حال فرو ریختن است، تعمیر سطحی کند یا میز و صندلی چوبی را با رنگ و روغن جلا دهد و آن را چوب گردو معرفی کند (شهیدی، ۱۳۹۱، ص. ۶۶).

در نظر برخی نویسندگان، سکوت از عیب، نوعی ترک فعل و عملیات منفی تلقی شده است (صفایی و امامی، ۱۳۹۵، ص. ۲۱۱). رویه قضایی نیز در مواردی از این عقیده تبعیت کرده است. چنان که در دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۸۱۰۰۳۱۷ به تاریخ ۱۳۹۲/۱۰/۲۸ صادره از شعبه ۲۱ دیوان کشور می‌خوانیم «عملیات منجر به فریب در معامله در تعریف تدلیس در ماده ۴۳۸ قانون مدنی محدود به امور مثبت نیست. موضوعات منفی چون سکوت آگاهانه و به‌عمد از وجود وضعیتی در مورد معامله که در صورت آگاهی طرف معامله از آن، به انجام معامله رضایت نخواهد داد، داخل در تعریف فوق است» (نقل از: میرشکاری، ۱۴۰۱، ص. ۲۲۹).

اما برخی نویسندگان با ارجاع به ماده ۴۳۸ قانون مدنی تأکید کرده‌اند قانون‌گذار لازم دانسته است که برای تحقق تدلیس کار فریبنده‌ای رخ دهد و در این باره سکوت را کافی نمی‌داند. از این تفکیک به‌خوبی برمی‌آید که باید میان بهره‌برداری از جهل و فریب دادن طرف مقابل تفاوت گذاشت و تنها قسم اخیر را تدلیس شمرد (کاتوزیان، ۱۴۰۱، ج ۵، ص. ۲۸۲)؛ همچنان که در برخی کتاب‌های فقهی، تدلیس «ماشطه» و مفهوم «تصریه» به‌عنوان دو مثال معروف از اعمال فریبنده معرفی شده است (شهید اول، ۱۳۷۳، ج ۱، ص. ۱۰۹). در مورد نخست، آرایشگر با کارهایی مانند گذاشتن کلاه‌گیس بر سر زنان، عیب کچلی آنان را می‌پوشاند و در مورد دوم، بایع با خودداری (ترک فعل) از دوشیدن حیوان، آن را برخلاف واقع پرشیر نشان می‌دهد. از این رو پاره‌ای فقیهان درباره چگونگی تحقق فریب در موارد تدلیس گفته‌اند در این موارد، مشتری بر اساس

۱. ان اخذ عنوان غش موضوعاً فی خطاب‌الشرع.

چیزی که دیده است، راغب به معامله می‌شود، اما با معلوم شدن واقعیت درمی‌یابد که به مقصود خود دست نیافته و در واقع، فریفته شده است (شهید ثانی، بی تا، ج ۸، ص ۱۳۹).<sup>۱</sup> برخی نیز در مقام نتیجه‌گیری از این بحث، تحقق تدلیس را فرع بر کار فریبنده دانسته‌اند (تبریزی، ۱۳۸۹، ج ۱، ص ۱۹۹).<sup>۲</sup>

با وجود این، در مواردی ممکن است سکوت و عدم بیان واقعیت تدلیس شمرده شود. بر این مبنا گفته شده است در صورتی که طرف قرارداد با تدلیس‌کننده تبانی کند - تدلیس مشاطه چنین است - یا از تدلیسی که توسط ثالث انجام شده، باخیر باشد، سکوت او به منزله مشارکت در تدلیس یا تأیید عملیات فریبنده است و از این رو موجب خیار می‌شود (کاتوزیان، ۱۴۰۱، ج ۵، ص ۲۹۰). برخی فقیهان نیز گفته‌اند در فرضی که بایع مال مغشوش را با علم به واقع تسلیم کند و مشتری را از این موضوع باخیر نسازد، قصد فریب و تدلیس ثابت است؛ خواه آمیختن مال و اقدام متقلبانه توسط بایع صورت گرفته باشد یا با فعل شخص دیگری واقع شود (ایروانی، ۱۳۸۴، ج ۲، ص ۲۹).<sup>۳</sup>

افزون بر این، به زعم برخی نویسندگان، ماهیت سکوت از جنس ترک فعل تلقی شده، اما واقعیت این است که خاموشی و نگفتن عیب، ماهیتاً چیزی جز ترک قول نیست. وانگهی چنانچه ماهیت سکوت منطبق بر مفهوم ترک فعل بود، این همه بحث و اختلاف بر سر آن پیش نمی‌آمد. از این رو باید پذیرفت تنها تصریح قانونی مبنی بر اینکه سکوت آگاهانه موجب تدلیس است، به اختلاف‌ها پایان می‌دهد. چنانکه در پاره‌ای قوانین از جمله ماده ۱۱۳۷ قانون مدنی فرانسه اصلاحی سال ۲۰۱۶، سکوت و افشا نکردن عمدی اطلاعات، تدلیس شمرده شده است (پاکباز، ۱۴۰۱، ص ۱۴۷) در حالی که به موجب ماده ۱۱۱۶ قانون مدنی قدیم فرانسه مصوب ۱۸۰۴، وقوع تدلیس از طریق عملیات متقلبانه ممکن است (اوصیاء، ۱۳۷۱، ص ۳۰۱).

## ۲.۲. عقاید رایج درباره موارد وقوع تدلیس و نقد آن

در برخی نوشته‌های فقهی بیش از آنکه به مبانی نظری بحث از تدلیس با سکوت پرداخته شود،

۱. فرِّما رغب المشرى فیما شاهده اولاً و لم یسلّم له.

۲. أن التدلیس... یحصل مع اعتقاد الطرف بصفة کمال أو فقد عیب فی الشئء باعتبار فعل الغاش.

۳. فالعبره... قصد تلبیس الامر علی المشرى... عالماً بالغش بلاعلامه کان غش بفعله أم بفعل غیره.

درباره صورت‌های وقوع تدلیس گفت‌وگو شده است. چنان که در کتاب *مسالك الافهام* آمده است خیار تدلیس ثابت نمی‌شود مگر به واسطه اشتراط صفت کمالی که فقدان آن معلوم شود درحالی‌که صرف وجود عیب، موجب خیار است؛ هرچند فقدان عیب شرط نشده باشد (شهید ثانی، بی تا، ج ۸، ص ۱۳۹). شیخ انصاری نیز در کتاب *نکاح* چنین تفکیکی را تأیید کرده (انصاری، بی تا، ج ۱، ۴۵۳) و مرحوم صاحب جواهر در مقام نتیجه‌گیری از این بحث گفته است تدلیس با سکوت نسبت به فقدان صفات کمال واقع نمی‌شود، اما وقوع تدلیس در صورت سکوت و خودداری از اعلام عیب جای تردید و ایراد ندارد (نجفی، ۱۳۶۸، ج ۳۰، ص ۳۶۳؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص ۲۵۶). سرانجام، پاره‌ای فقیهان در مقام تعریف تدلیس تنها به کتمان عیب و اظهار سلامتی پرداخته و به امکان وقوع تدلیس در اوصاف کمال اشاره‌ای نکرده‌اند (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۴، ص ۳۷۵).

علت تفکیک یادشده به صراحت بیان نشده است، اما از عبارت کتاب *مسالك الافهام* که در بالا نقل شد، می‌توان دریافت که عقیده به تفاوت یادشده بر پایه برخی تصورات مفروض استوار است؛ هنگام معامله یا مذاکرات مقدماتی، طرفین معمولاً درباره صفات مورد نظر خود بحث و گفت‌وگو می‌کنند، اما موضوع سلامتی و فقدان عیوب، اصولاً به سکوت برگزار می‌شود. سکوت درباره اوصاف نیز متصور است؛ گاهی در قرارداد صفتی شرط می‌شود و مشروط‌علیه با اینکه علم به فقدان وصف دارد، سکوت اختیار می‌کند. همچنین، ممکن است وجود صفتی به موجب عرف و عادت مفروض باشد و طرفین در این باره گفت‌وگویی نداشته باشند. افزون‌براین، چه‌بسا در مذاکرات مقدماتی درباره وصف معینی از طرف قرارداد پرسش شود و او سکوت اختیار کند.

به هر حال، اگرچه صورت مسئله و امکان وقوع سکوت درباره اوصاف ثابت است، اما در این باره نیز مانند سکوت از عیب، عقیده به تحقق تدلیس جای بحث دارد. بحث دیگری نیز درباره ارتباط تدلیس با تخلف از وصف در کتاب‌های فقهی مطرح است؛ پاره‌ای فقیهان، خیار تدلیس را از توابع تخلف از شرط صفت دانسته‌اند (شهید اول، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۱۰۹؛ شهید ثانی، ۱۳۸۶، ج ۳، ص ۵۰۰؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، صص ۲۸۲-۲۸۵؛ حلی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۷۰؛ نجفی، ۱۳۶۸، ج ۳۰، صص ۳۶۲-۳۶۳) و حتی برخی در این باره تصریح کرده‌اند خیار تدلیس

۱. لا اشکال فی عدم التدلیس بالسکوت عن صفة الکمال کما لا اشکال فی تحقق حکم بالسکوت عن العیب من العالم.

جز به سبب اشتراط به وجود نمی‌آید (شهیدثانی، بی تا، ج ۸، صص. ۱۴۱-۱۳۹).<sup>۱</sup> برخی محققان معتقدند در فقه امامیه اجماع بر این است که با وقوع تدلیس در صفات مورد تراضی، خیار فسخ ثابت می‌شود، اما همان‌گونه که از سیاق کلام بسیاری فقیهان و آوردن مثال‌هایی مانند سرخ کردن چهره و گذاشتن کلاه‌گیس معلوم است، بدون شرط صفت نیز خیار تدلیس به وجود می‌آید (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۱، صص. ۴۶۲-۴۶۳). همچنین، پاره‌ای فقیهان درباره احکام تصریه گفته‌اند صرف انباشت شیر در پستان حیوان، تدلیس و موجب خیار است؛ هرچند شرط نشده باشد که پرشیر باشد (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص. ۳۴۷). برخی حقوق‌دانان نیز افزوده‌اند در صورت تخلف وصف، صفتی که فقدان آن موجب خیار می‌شود، به‌گونه‌ای صریح یا ضمنی متعلق قصد مشترک قرار می‌گیرد و درباره آن تراضی می‌شود، اما در تدلیس، تراضی نسبت به وصف وانمودشده ضروری نیست و کافی است که فریب‌کار از انگیزه طرف خود آگاه باشد و برای گمراه کردن او اقدام کند (کاتوزیان، ۱۴۰۱، ج ۵، صص. ۳۰۶-۳۰۷).

### ۳.۲. اختلاف فقیهان درباره قلمرو تدلیس در نکاح و موضع قانون مدنی

چنان‌که می‌دانیم، عیب‌هایی که موجب فسخ نکاح می‌شود، در فقه امامیه و حقوق ایران محدود به موارد معین است (مواد ۱۱۲۱ تا ۱۱۲۳ قانون مدنی)، اما تدلیس نه تنها درباره عیوب یادشده، نسبت به دیگر عیب‌ها نیز محقق می‌شود (اصفهانی، ۱۳۸۰، صص. ۷۴۵-۷۴۶). از اینجا اهمیت استناد به تدلیس در نکاح نمایان می‌شود.

پاره‌ای محققان معتقدند چنان‌که در کتاب‌های فقهی و در باب بیع آمده است، تدلیس با اعمالی واقع می‌شود که واقعیت را می‌پوشاند و موضوعی را خلاف واقع می‌نمایاند مانند سرخ کردن روی کنیز و تصریه حیوان در بیع. این معنی موافق با ماهیت تدلیس و مفهوم عرفی آن است، اما آنچه از روایات مربوط به تدلیس در نکاح برمی‌آید و عبارات فقها دلالت صریح بر آن دارد، وقوع تدلیس با سکوت و خودداری از بیان عیب با وجود علم به آن است (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۳۰، صص. ۳۶۲-۳۶۳). بیشتر روایات ناظر به تدلیس در نکاح، ناظر به موارد سکوت و خودداری از بیان عیب‌های موجب فسخ است. از این رو حکم به خیار تدلیس در این موارد، عقیده‌ای فاسد است و تنها خیار

۱. ان‌التدلیس لا یثبت الا بسبب اشتراط صفة کمال... و لولاه لم یثبت الخیار.



عیب ایجاد می‌شود (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۳۰، ص. ۳۶۵).

بی‌گمان نویسندگان قانون مدنی از اختلاف آرای فقیهان درباره تدلیس در نکاح خبر داشته‌اند، اما از سویی چنان که اشاره شد، عیب‌های موجب فسخ را برشمرده و از سوی دیگر، به‌موجب ماده ۱۱۲۸ قانون مزبور، از خیار تخلف از وصف در نکاح سخن گفته‌اند. به‌موجب ماده یادشده «هرگاه در یکی از طرفین، صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده، برای طرف مقابل، حق فسخ خواهد بود؛ خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده باشد یا عقد متبانیاً بر آن واقع شده باشد». باوجوداین، قانون مدنی از خیار تدلیس در نکاح نامی نبرده است.

برخی نویسندگان حقوق معتقدند چنانچه در یکی از طرفین نکاح نقصی (به‌جز عیوب موجب فسخ) باشد و دارنده نقص درباره آن سکوت کند، اگر آن نقص از نقص‌هایی باشد که عادتاً مسامحه‌شدنی نیست (مثلاً چشم یا پای مصنوعی داشته باشد) و با آگاهی از آن غالباً ازدواج صورت نمی‌گیرد، سکوت درباره آن را چنان‌که گروهی از فقها تصریح کرده‌اند، می‌توان تدلیس به شمار آورد (صفایی و امامی، ۱۳۹۵، ص. ۲۱۱). برخی دیگر افزوده‌اند چنانچه قلمرو تدلیس به موارد عملیات فریب‌کارانه منحصر شود، برخی از عیوب و بیماری‌ها که نشانه‌های ظاهری ندارد، از قلمرو آن خارج می‌شود؛ به‌ویژه که برای فریب طرف مقابل درباره این دسته از عیب‌ها نیازی به اعمال متقلبانه نیست و کافی است فرد از بیان آن‌ها خودداری کند (سکوتی نسیمی، ۱۳۹۴، ص. ۲۱۷).

این نگرانی بدون استناد به خیار تدلیس قابل رفع است؛ مطابق ماده ۲۲۵ قانون مدنی «متعارف بودن امری در عرف و عادت، به‌طوری‌که عقد بدون تصریح هم منصرف [به] آن باشد، به‌منزله ذکر در عقد است». برای همین، اوصاف و شروط ضمنی عرفی مانند شروط و اوصاف صریح و بنایی اعتبار دارند. بنابراین، با جمع مقررات مواد ۲۲۵ و ۱۱۲۸ قانون مدنی می‌توان گفت سلامتی زوجین و نداشتن عیوب و بیماری‌های مهم، شرط ارتکازی و ضمنی در نکاح است و در صورتی‌که وجود عارضه‌های مزبور حین عقد اثبات شود، خیار فسخ ثابت می‌شود؛ هرچند درباره آن گفت‌وگویی نشده باشد. همچنین، تفاوت نمی‌کند که طرفی که واجد عیب است، از این موضوع اطلاعی داشته باشد یا نه. در هر صورت خیار تخلف از وصف ثابت است.

باوجوداین، رویه قضایی در این باره آشفته و نتوانسته است میان نظرهای مختلف و موضع

قانون مدنی جمع کند. چنان‌که مطابق رأی اصراری شماره ۱۶-۱۳۸۸/۱۱/۲۰، نداشتن رحم و عدم امکان باروری زوجه، تخلف از وصف ضمنی سلامت شمرده و مشمول ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی می‌شود. در بخشی از رأی مزبور، سکوت و خودداری از اعلام عیب به منزله تدلیس تلقی شده است. در مقابل، به عقیده برخی شعب دیوان عالی، عیوب مجوز فسخ نکاح توسط زوج، در ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی شمرده شده است و فقدان رحم جزو موارد یادشده نیست. بنابراین، چنانچه ضمن عقد در این باره شرطی نشده باشد، عیب یادشده موجب فسخ نخواهد بود (بازگیر، بی‌تا، ج ۱، ص ۳۵۷). همچنین، در پاره‌ای از آرای شعب دیوان کشور درباره کتمان مسائلی مانند داشتن سابقه کیفری و محکومیت در جرائم منافی عفت آمده است داشتن اوصاف کمال به‌صراحت ضمن عقد شرط نشده است، اما نکاح بر مبنای صفاتی از قبیل شرف و عفت واقع می‌شود. بنابراین، با معلوم شدن فقدان اوصاف مزبور، خیار تخلف وصف ثابت است (بازگیر، بی‌تا، ج ۱، صص. ۳۶۶-۳۶۷) درحالی‌که به‌موجب رأی اصراری شماره ۳-۱۹/۲/۱۳۹۱ هیئت عمومی شعب حقوقی دیوان کشور، در موردی که زوجه ازدواج قبلی خود را از زوج مخفی نموده، عقیده دادگاه‌ها مبنی بر وقوع تدلیس با سکوت تأیید شده است.

به‌هرحال، ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی تنها ناظر به تخلف از وصف است، اما وقوع تدلیس را در نکاح نفی نکرده است. از این‌رو مفهوم تدلیس و احکام آن با مراجعه به منابع فقهی و به‌یاری قواعد حقوقی به دست می‌آید. بر این مبنای، به نظر برخی نویسندگان (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱، صص. ۲۸۶-۲۸۵)، تدلیس در نکاح با عملیاتی که باعث فریب شود، محقق می‌شود. برخی استادان نیز تصریح کرده‌اند اگر در یکی از نامزدها عیبی باشد که از عیوب موجب فسخ نکاح نیست و او آن عیب را اظهار کند، به‌مجرد سکوت، تدلیس محقق نمی‌شود (امامی، ۱۳۸۹، ج ۴، ص ۵۴۰).

### ۳. حکم تکلیفی و وضعی سکوت و عدم اظهار عیب در فقه و حقوق ایران

#### ۱.۳. تبیین قاعده

همان‌گونه که گذشت، سکوت و خودداری از بیان عیب در روایات شرعی مورد نهی واقع شده است. با وجود این، در مقام استنباط حکم شرعی آن در فقه امامیه اختلاف است؛ به نظر برخی فقیهان، اعلام عیب به طرف قرارداد واجب و ترک تکلیف یادشده حرام است (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲،

ص. ۱۳۸)؛<sup>۱</sup> اما برخی دیگر از فقیهان، خودداری از اظهار عیب را حتی در فرض علم به آن مکروه دانسته‌اند (حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۱، ص. ۱۸۹).

چنان‌که پیش‌تر گذشت، پاره‌ای محققان در مقام جمع میان نظرهای مختلف و برای ایجاد اقتناع درباره حکم شرعی موضوع به مفهوم غش و روایات ناظر بر آن استناد کرده‌اند و معتقدند سکوت از اعلام عیب‌های پنهان حرام است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۲، صص. ۱۲۹-۱۳۰). درباره حرمت شرعی غش میان فقیهان اختلافی وجود ندارد (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۱، صص. ۹۳). اما گویا مرحوم شیخ انصاری خود نیز درباره صدق مفهوم غش نسبت به سکوت، قانع نشده و از این‌رو برخی قواعد فقه را به خدمت گرفته است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۱، صص. ۲۲-۲۶).

قاعده فقهی «وجوب آگاه کردن جاهل» یا «حرمت تغیر جاهل» در برخی کتاب‌های قواعد فقه تبیین شده است (مصطفوی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، صص. ۳۲۹-۳۰۱). از گفته‌های برخی فقیهان در مقام تعیین حکم معامله مالی که نجس شده است، می‌توان دریافت که بایع باید این موضوع را به مشتری اطلاع دهد تا برای مثال، روغن نجس‌شده به مصارف غیرخوراکی مانند روشنایی برسد (حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۲، ص. ۱۳۸). مرحوم شیخ انصاری با گرفتن وحدت ملاک از این موارد، حرمت سکوت را بر قاعده وجوب آگاه کردن جاهل مبتنی دانسته است، اما آن را محدود به مواردی می‌داند که استفاده غالب و معمول از مال موجب وقوع در حرام می‌شود (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص. ۲۴).

بر این مبنا، استناد به قاعده وجوب هشدار به جاهل در امور موضوعی، مخصوص به مواردی است که احتمال خطر جانی و مالی در میان باشد، اما در دیگر موارد، اصل بر اباحت سکوت است. برخی محققان معتقدند دلالت قاعده مزبور بر حرمت سکوت و وجوب اعلام موضوعاتی که نسبت به آن‌ها دلیل شرعی صریح وجود ندارد، مسلم و ثابت نیست (محمدی، ۱۳۷۴، ص. ۲۳۳) و اساساً قاعده فقهی یادشده تنها ناظر به وجوب ارشاد حکمی و ضرورت آگاه کردن مؤمنان از احکام شرعی است (مصطفوی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص. ۳۰۱).

به‌هرحال، قانون مدنی ایران از مبانی فقهی دور نشده است و از این‌رو رعایت حسن نیت را در قلمرو قراردادها به‌ویژه هنگام وقوع عقد، الزامی نکرده است (اصغری آقمشهدی و ابویی، ۱۳۸۵،

۱. من باع شیئا و فیه عیب لم یبینه فعل محظوراً.

ص. ۲۹). برای همین است که برخی حقوق دانان از تکلیف اخلاقی نسبت به اظهار عیوب پنهان سخن گفته‌اند (کاتوزیان، ۱۴۰۱، ج ۵، ص. ۲۸۲) و پاره‌ای نویسندگان، مبنای تعهد به اعلام عیب را در عرف و عادت جست‌وجو کرده‌اند (جعفری تبار، ۱۳۷۵، ص. ۹۸). براین اساس، دیگران نیز گفته‌اند سکوت عمدی طرف معامله درباره عیب کالا در جایی که عرف و عادت اظهار عیب را لازم بداند، تدلیس است (صفایی، ۱۳۸۲، ص. ۲۹۲؛ امیری قائم مقامی، ۱۳۷۸، ص. ۳۱۸). با وجود این، چنان‌که گذشت، از سویی عقیده به وقوع تدلیس با سکوت مسلم نیست و از سوی دیگر، تخطی از حکم عرف و عادت و تخلف از شروط ضمنی عرفی موجب خیار تخلف از شرط صفت است.

سرانجام، درباره حکم وضعی سکوت باید گفت در کتاب‌های فقهی، موضوع سکوت و عدم اظهار عیب به‌عنوان یکی از مسائل خیار عیب طرح شده و عمده تلاش‌ها برای دستیابی به حکم تکلیفی آن است تا حکم وضعی (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص. ۱۳۸؛ حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۱، ص. ۱۸۹). از این‌رو محققانی مانند شیخ انصاری، به پیروی از سنت گذشتگان، مسئله سکوت از عیب را در مبحث خیار عیب آورده‌اند و هنگام بحث از خیارات، اساساً از خیار تدلیس نامی نبرده‌اند. بر این مبنای، در کتاب مکاسب تشخیص حکم شرعی سکوت از بیان عیب، فرع بر تطبیق مفهوم غش و تدلیس درباره آن دانسته شده، اما در مقام تعیین حکم آن اشاره‌ای به خیار تدلیس نشده است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۲، صص. ۱۲۹-۱۳۰).

نویسندگان قانون مدنی به همین راه رفته‌اند و با پیروی از نظر مشهور فقهی (حلی، بی‌تا، ج ۱، صص. ۱۶۷ و ۱۸۳)، خیار عیب را در صورت جهل مشتری به وجود عیب ثابت می‌دانند و در این باره تفاوتی میان دو صورت علم و جهل بایع نگذاشته‌اند (مواد ۴۲۳ و ۴۲۴ ق.م). از این‌رو چنانچه در صورت علم بایع به عیب و عدم اعلام آن، خیار تدلیس حاکم باشد، اطلاق مواد یادشده بدون نص قانونی، محدود و بی‌دلیل از قلمرو خیار عیب کاسته می‌شود.

### ۲.۳. موارد استثنایی؛ عقود مبتنی بر حسن نیت

به نظر پاره‌ای محققان، در موارد استثنایی و با توجه به اوضاع و احوال قرارداد، ممکن است تدلیس با سکوت محقق شود. از این موارد به سکوت توأم با تدلیس تعبیر شده است (اوصیا، ۱۳۷۱، صص. ۳۲۶-۳۲۸). برخی صاحب‌نظران معتقدند در موارد ویژه و اوضاع و احوال معین،

ممکن است خودداری از اعلام عیب مورد معامله یا کتمان اطلاعات مؤثر در تعهدات طرفین، نیرنگ و فریب شمرده شود. از این قبیل است قراردادهای مبتنی بر صداقت مانند بیمه که به عقد حسن نیت مشهور است (کاتوزیان، ۱۴۰۱، ج ۵، صص. ۲۸۲-۲۸۴).

بیمه‌گر معمولاً بر اساس اظهارات و اطلاعاتی که بیمه‌گذار ارائه می‌کند، به ارزیابی جوانب ابعاد خطر و اهمیت موضوع بیمه می‌پردازد و میزان تعهدات طرفین بر همین اساس تعیین می‌شود. از این رو به موجب مواد ۱۲ و ۱۳ قانون بیمه مصوب سال ۱۳۱۶، چنانچه بیمه‌گذار عمداً از اظهار مطالب خودداری کند، با شرایطی عقد بیمه باطل می‌شود و اگر خودداری از اظهار مطالب از روی عمد نباشد، بیمه‌گر حق فسخ عقد یا تقلیل خسارت دارد (بابایی، ۱۳۸۳، صص. ۶۵-۷۰).

در فقه اسلامی، عقد بیع در اوضاع و احوالی ویژه بر مبنای صداقت و اعتماد واقع می‌شود که از آن به بیع «استیمان» یا «استرسال» یاد می‌شود. چنانچه خریدار از بایع بخواهد که مبیع را به نرخ عادلانه و قیمت روز به او بفروشد و بایع هم رضا دهد، بیع استیمان واقع می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، ج ۲، ص. ۹۲۹). در این صورت مشتری بایع را امین خود قرار داده است. پس اگر فروشنده با کتمان قیمت واقعی، مبیع را به بهایی بیشتر بفروشد، خیانت کرده است و مشتری حق فسخ دارد (سنهوری، ۱۹۵۳م، ج ۲، ص. ۱۳۷). مستند این حکم روایت مشهوری است که در کتاب‌های حدیث آمده است (حر عاملی، بی تا، ج ۱۷، ص. ۳۹۶).<sup>۱</sup>

از این رو، خیانت به مشورت‌گیرنده علت و مبنای فسخ در استیمان است نه خیار غبن. خیار تدلیس با غبن قرابت دارد، اما با آن آمیخته نمی‌شود؛ غبن در لغت به معنای فریب و نیرنگ است (جوهری، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص. ۲۱۷۲). مفهوم اصطلاحی غبن در فقه امامیه و قانون مدنی ایران از تدلیس جدا شده است و خیار غبن با جمع دو شرط ثابت می‌شود؛ جهل مغبون به قیمت عادلانه و وجود تفاوت فاحش میان قیمت روز و ثمن معامله، اما علم و جهل غابین تأثیری ندارد و در هر صورت خیار غبن به وجود می‌آید. از این رو کسی نگفته است که سکوت غابین و عدم افشای قیمت بازار به رغم اطلاع از آن، تدلیس شمرده می‌شود.

سرانجام، باید این نکته را به خاطر داشت که استیمان ویژه بیع نیست و در همه قراردادهای از جمله نکاح متصور است. بر این مبنای، چنانچه از اوضاع و احوال برآید که زن یا مرد، طرف مقابل

۱. غبنُ المُسترسِلِ حرامٌ.

را امین قرار داده، سکوت از بیان عیب موجب تدلیس است (امامی، ۱۳۷۱، ج ۴، ص. ۵۴۰). افزون‌براین، پاره‌ای قراردادهای به موجب عرف و عادت یا برحسب طبیعت عقد، بر مبنای امانت و اعتماد استوارند. برخی صاحب‌نظران، عقود وکالت، مضاربه و شرکت را از این قبیل دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۴۰۱، ج ۵، ص. ۲۸۴). پاره‌ای نیز به این نتیجه رسیده‌اند که در فقه امامیه رعایت حسن نیت در قراردادهای تنها در بیع امانات و عقد وکالت پذیرفته شده است (نقیبی و همکاران، ۱۳۹۳، ص. ۵۱).

### نتیجه‌گیری

مطابق اندیشه‌های رایج در فقه امامیه و حقوق ایران، آنچه موجب تمایز خیار تدلیس از خیارات مرتبط به‌ویژه خیار عیب و تخلف از وصف می‌شود، قصد فریب است. برای اثبات قصد مزبور کافی است معلوم شود که طرف عقد با علم به وجود عیب، سکوت اختیار کرده و طرف مقابل را آگاه نساخته است. رویه قضایی نیز در مواردی با این عقیده هم‌داستان شده است.

با وجود این، بر اساس آنچه گذشت، در فرض سکوت و خودداری از بیان عیب، ارکان وقوع تدلیس فراهم نیست. چنان‌که در بخش نخست مقاله آمد، در صورت سکوت و بازگو نکردن عیب، وجود قصد فریب و عنصر روانی محل تردید است؛ سکوت شخص حتی در صورت علم به واقع، عرفاً دلالت بر سوءنیت ندارد؛ زیرا به لحاظ عقلی و مفهومی، وضعیت سکوت حالتی بینابین خیرخواهی و خیانت است؛ شخص ساکت حسن نیت ندارد، اما سوءنیت او نیز مسلم نیست. افزون‌براین، در فقه امامیه و حقوق ایران، اصل حسن نیت در قراردادهای پذیرفته نشده و رعایت آن جز در موارد استثنایی، تنها جنبه اخلاقی دارد.

وقوع تدلیس نیازمند تحقق عنصر مادی و کارهای فریبنده - اعم از فعل و ترک فعل - است، اما ماهیت سکوت با ترک فعل قیاس‌شدنی نیست؛ خاموشی یا نگفتن عیب، ماهیتاً ترک قول است تا ترک فعل به‌ویژه که طرف قرارداد با سکوت و خودداری از بیان واقع، طرف دیگر را به اشتباه نینداخته، بلکه فقط از اشتباه او جلوگیری نکرده است. با توجه به این حقیقت است که برخی صاحب‌نظران میان بهره‌برداری از جهل و فریب طرف قرارداد تفاوت گذاشته و تنها قسم اخیر را تدلیس دانسته‌اند.

به حکم قانون، پاره‌ای قراردادهای مانند عقد بیمه بر مبنای صداقت و اعتماد استوار شده است.

همچنین، در موارد استثنایی مانند اینکه یکی از متعاقدين طرف ديگر را امين خود قرار مي‌دهد، راهنمايي نکردن شخص مشورت‌گيرنده فریب و خیانت شمرده می‌شود. همچنین، در مواردی که بازگو نکردن حقایق منجر به وقوع طرف مقابل در خطر مالی یا جانی شود، سکوت به منزله تدلیس است. گذشته از این‌ها، قانون‌گذار می‌تواند پوشیده نگه‌داشتن واقعیت را به علت تخطی از اصل حسن نیت و عدم رعایت صداقت در قراردادها در حکم تدلیس بداند؛ چنان‌که در قوانین پاره‌ای کشورها چنین است.

## منابع

۱. قانون مدنی ایران.
۲. ابن منظور، جمال‌الدین محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق). لسان‌العرب (جلد ۶). بیروت: دار صادر.
۳. اصغری آقمشهدی، فخرالدین و ابویی، حمیدرضا (بهار ۱۳۸۵). حسن نیت در انعقاد قرارداد در حقوق ایران و انگلیس. اندیشه‌های حقوقی، سال ۵، شماره ۱۲، ۴۹-۲۹.
۴. اصفهانی، ابوالحسن (۱۳۸۰). وسیلة‌النجاة مع تعالیق الامام خمینی. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت‌الله علیه).
۵. امامی، سیدحسین (۱۳۸۹). حقوق مدنی (جلدهای ۱ و ۴). تهران: اسلامیه.
۶. امیری قائم‌مقامی، عبدالمجید (۱۳۷۸). حقوق تعهدات (جلد ۲: اعمال حقوقی - تشکیل قرارداد). تهران: میزان.
۷. انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق). کتاب‌المکاسب (جلدهای ۱ و ۲). بیروت: مؤسسه اعلمی للمطبوعات.
۸. انصاری، مرتضی (بی‌تا). کتاب‌النکاح (جلد ۱). قم: تراث‌الشیخ‌الاعظم.
۹. اوصیا، پرویز (۱۳۷۱). تدلیس؛ مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه، انگلیس، اسلام و ایران. مجموعه مقالات تحولات حقوق خصوصی (زیر نظر ناصر کاتوزیان)، انتشارات دانشگاه تهران.
۱۰. ایروانی، میرزاعلی (۱۳۸۴). حاشیه‌المکاسب (جلد ۲). تهران: کیا.
۱۱. بابایی، ایرج (۱۳۸۳). حقوق بیمه. تهران: سمت.
۱۲. بازگیر، یدالله (بی‌تا). قانون مدنی در آینه آرای دیوان عالی کشور؛ حقوق خانواده (جلد ۱). تهران: فردوسی.
۱۳. پاکباز، سیامک (۱۴۰۱). شرح قانون مدنی فرانسه؛ اصلاحات ۲۰۱۶ (ترجمه و پژوهش). تهران: نشر میزان.
۱۴. تبریزی، میرزاجواد (۱۳۸۹). ارشاد‌الطالب فی شرح‌المکاسب (جلد ۱). قم: دارالصدیقة الشهیة.
۱۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۲). فرهنگ عناصرشناسی حقوق مدنی - حقوق جزا. تهران: گنج دانش.
۱۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۰). مبسوط در ترمینولوژی حقوق (جلد ۲). تهران: گنج دانش.
۱۷. جعفری تبار، حسن (۱۳۷۵). مسئولیت مدنی سازندگان و فروشندگان کالا. تهران: دادگستر.
۱۸. جوهری، ابونصر اسماعیل بن حماد (۱۴۰۷ق). الصحاح تاج‌اللغة و صحاح العربیة (احمد عطار، محقق). (جلد ۳ و ۶). بیروت: دارالعلم للملایین.
۱۹. حر عاملی، محمدبن حسن (بی‌تا). وسائل‌الشیعة (جلدهای ۱۲ و ۱۷). قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام لاحیاء‌التراث.



۲۰. حسینی عاملی، سیدمحمدجواد (۱۴۱۹ق). مفتاح الكرامة فی شرح قواعدالعلامة (محمدباقر خالصی، محقق). (جلد ۱۱). قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۲۱. حسینی مراغی، سیدمیر عبدالفتاح (۱۴۱۷ق). العناوین الفقهیة. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۲۲. حلی، ابن ادريس (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. مؤسسه نشر اسلامی.
۲۳. حلی، حسن بن یوسف (۱۳۶۸). تبصرة المتعلمین فی احکام الدین (جلد ۱). تهران: فقیه.
۲۴. حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۴ق). تذکرة الفقها (جلدهای ۱۱ و ۱۲). قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام لاحیاء التراث.
۲۵. حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۹ق). قواعد الاحکام (جلد ۳). قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۲۶. حلی، حسن بن یوسف (بی تا). تحریر الاحکام الشریعة علی مذهب الامامیة (جلد ۱). مشهد: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۲۷. خمینی، سیدروح الله (بی تا). کتاب البیع (جلدهای ۱ و ۲). قم: مطبعه مهر.
۲۸. خوانساری، سیداحمد (۱۴۰۵ق). جامع المدارک فی شرح مختصر النافع (جلد ۴). تهران: مکتبة الصدوق.
۲۹. خوبی، ابوالقاسم (۱۳۷۷). مصباح الفقاهة فی المعاملات (جلدهای ۱ و ۷). (محمدعلی توحیدی، تحریر). قم: داوری.
۳۰. دهخدا، علی اکبر (۱۳۳۵). لغت نامه. تهران: سیروس.
۳۱. روحانی، محمدصادق (۱۴۱۲ق). فقه الصادق. قم: مدرسه امام صادق (علیه السلام).
۳۲. سبحانی، جعفر (۱۴۱۶ق). المواهب فی تحریر احکام المكاسب (سیف الله یعقوبی اصفهانی، تقریر). قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
۳۳. سکوتی نسیمی، رضا (پاییز و زمستان ۱۳۹۴). تأثیر تدلیس در نکاح و آثار آن. نشریه علمی-پژوهشی فقه و حقوق اسلامی، سال ۶، شماره ۱۱، ۲۴۷-۲۱۳.
۳۴. سنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۹۵۳م). مصادر الحق فی فقه الاسلامی، دراسة مقارنة فی فقه الغربی (جلد ۱). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۳۵. شهید اول، شمس الدین محمد بن مکی عاملی (۱۳۷۳). لمعة دمشقیة (جلد ۱). قم: دارالفکر.
۳۶. شهید اول، شمس الدین محمد بن مکی عاملی (۱۴۱۷ق). الدروس الشریعیة فی فقه الامامیة. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۳۷. شهید ثانی، زین الدین جبعی عاملی (۱۳۸۶). روضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (سیدمحمد کلانتر، محقق). (جلد ۵). جامعة النجف الدینیة.
۳۸. شهید ثانی، زین الدین جبعی عاملی (بی تا). مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام (جلد ۸). تهران:

مؤسسه معارف الاسلامیه.

۳۹. شهیدی تبریزی، میرفتاح (بی‌تا). هدایة الطالب فی اسرارالمکاسب (جلد ۱). قم: دارالکتاب.
۴۰. شهیدی، مهدی (۱۳۹۱). حقوق مدنی ۶: عقود معین ۱؛ بیع، معاوضه، اجاره، قرض و صلح. تهران: مجد.
۴۱. صفایی، سیدحسین (۱۳۸۲). حقوق مدنی؛ قواعد عمومی قراردادها. تهران: میزان.
۴۲. صفایی، سیدحسین و امامی، اسدالله (۱۳۹۵). مختصر حقوق خانواده. تهران: میزان.
۴۳. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۳۷۰). حاشیه المکاسب (جلد ۲). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۴۴. طبرسی، میرزاحسین (بی‌تا). مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل. قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام لاحیاء التراث.
۴۵. طریحی، فخرالدین (بی‌تا). مجمع‌البحرین (محمود عادل، محقق). (جلد ۳). بی‌جا.
۴۶. طوسی، ابوجعفر محمدبن حسن (۱۳۸۷). المبسوط فی فقه‌الامامیه (جلد ۲). تهران: مکتبه‌المرتضویه لاحیاء‌التراث‌الجعفریه.
۴۷. قاسم‌زاده، سیدمرتضی (۱۳۸۳). اصول قراردادها و تعهدات. تهران: نشر دادگستر.
۴۸. کاتوزیان، ناصر (۱۴۰۱). دوره حقوق مدنی؛ قواعد عمومی قراردادها (جلد ۵: انحلال قرارداد). تهران: گنج دانش.
۴۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). حقوق مدنی؛ خانواده (جلد ۱: نکاح و طلاق، روابط زن و شوهر). تهران: شرکت سهامی انتشار.
۵۰. محسنی قندهاری و آصف، محمد (۱۴۲۶ق). الفقه و مسائل‌الطیبة (جلد ۱). قم: بوستان کتاب.
۵۱. محقق کرکی، نورالدین علی‌بن حسین (۱۴۱۴ق). جامع‌المقاصد فی شرح‌القواعد (جلدهای ۴ و ۱۳). قم: آل‌البیت علیهم‌السلام لاحیاء‌التراث.
۵۲. محمدی، ابوالحسن (۱۳۷۴). قواعد فقه. تهران: یلدا.
۵۳. مصطفوی، سیدمحمدکاظم (۱۴۲۱ق). القواعد‌الفقهیه (جلد ۱). قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۵۴. مفید، محمدبن محمد (۱۴۱۳ق). مقنعه. قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
۵۵. میرزای قمی، ابوالقاسم (بی‌تا). جامع‌الشتات فی اجوبة‌السؤالات (جلد ۳). بی‌نا.
۵۶. میرشکاری، عباس (۱۴۰۱). رساله عملی در قراردادها (جلد ۱). تهران: شرکت سهامی انتشار.
۵۷. نجفی، شیخ محمدحسن (۱۳۶۸). جواهرالکلام فی شرح شرایع‌الاسلام (جلد ۳۰). تهران: دارالکتب‌الاسلامیه.
۵۸. نقیبی، ابوالقاسم، تقی‌زاده، ابراهیم و باقری، عباس (بهار و تابستان ۱۳۹۳). جایگاه حسن نیت در فقه امامیه. پژوهشنامه حقوق اسلامی، سال ۱۵، شماره ۱ (پیاپی ۳۹)، صص. ۳۳-۵۷.

## References:

1. The Civil Code of Iran.
2. Amiri Qaem Maghami, Abdulmajid (1378 SH). Law of Obligations (Volume 2: Legal Effects - Formation of Contracts). Tehran: Mizan.
3. Ansari, Morteza (1415 AH). Kitab al-Mikasib (Volumes 1 and 2). Beirut: Alami Institute for Publications.
4. Ansari, Morteza (n.d.). Kitab al-Nikah (Volume 1). Qom: Tarath al-Shaykh al-Azam.
5. Asghari Aghmashhadi, Fakhr al-Din & Abuie, Hamid Reza (Spring 1385 SH). Good Faith in the Formation of Contracts in Iranian and English Law. Legal Thoughts, Year 5, No. 12, pp. 29-49.
6. Babaei, Iraj (1383 SH). Insurance Law. Tehran: Samt.
7. Bazgir, Yadollah (n.d.). Civil Code in the Mirror of Supreme Court Opinions; Family Law (Volume 1). Tehran: Ferdowsi.
8. Dekhoda, Ali Akbar (1335 SH). Lughat-namah. Tehran: Cyrus.
9. Emami, Seyyed Hasan (1389 SH). Civil Law (Volumes 1 and 4). Tehran: Eslamiyeh.
10. Helli, Hasan ibn Yusuf (1368 SH). Tafsirat al-Muta'allimin fi Ahkam al-Din (Volume 1). Tehran: Faqi.
11. Helli, Hasan ibn Yusuf (1414 AH). Tadhkirat al-Fuqaha (Volumes 11 and 12). Qom: Institute of the Ahl al-Bayt (Peace Be Upon Them) for the Revival of Heritage.
12. Helli, Hasan ibn Yusuf (1419 AH). Qawaid al-Ahkam (Volume 3). Qom: Islamic Publishing Institute.
13. Helli, Hasan ibn Yusuf (n.d.). Compilation of Legal Rules in the Shiite School of Thought (Volume 1). Mashhad: Institute of the Ahl al-Bayt (Peace Be Upon Them).
14. Helli, Ibn Idris (1410 AH). Al-Sarair al-Hawi li Tahrir al-Fatawa. Islamic Publishing Institute.
15. Horr Ameli, Mohammad ibn Hassan (n.d.). Wasa'il al-Shi'ah (Volumes 12 and 17). Qom: Institute of the Ahl al-Bayt (Peace Be Upon Them) for the Revival of Heritage.
16. Hosseini Ameli, Seyyed Mohammad Javad (1419 AH). Miftah al-Karamah fi Sharh Qawaid al-Alamah (Mohammad Baqir Khalesi, Editor) (Volume 11). Qom: Islamic Publishing Institute.
17. Hosseini Maraghi, Seyyed Mir Abdul Fattah (1417 AH). Al-Anawain al-Fiqhiyah. Qom: Islamic Publishing Institute.
18. Ibn Manzur, Jamal al-Din Muhammad ibn Mukram (1414 AH). Lisan al-Arab (Volume 6). Beirut: Dar Sadir.
19. Irvani, Mirza Ali (1384 SH). Hashiyah al-Mikasib (Volume 2). Tehran: Kia.
20. Isfahani, Abolhasan (1380 SH). Wasilat al-Najah with Ta'aliq al-Imam Khomeini. Qom: Institute for the Compilation and Publication of the Works of Imam Khomeini (May God's Mercy Be Upon Him).
21. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar (1382 SH). Culture of Elementology of Civil Law - Criminal Law. Tehran: Ganj-e-Danesh.
22. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar (1390 SH). Comprehensive in Legal Terminology (Volume 2). Tehran: Ganj-e-Danesh.
23. Jafari Tabar, Hassan (1375 SH). Civil Liability of Producers and Sellers of Goods. Tehran: Dadgostar.

24. Johari, Abunnasr Ismaeel ibn Hammad (1407 AH). *Al-Sahah Taj al-Lughah wa Sahah al-Arabiyah* (Ahmad Attar, Editor) (Volumes 3 and 6). Beirut: Dar al-Ilm Lil-Malayin.
25. Katouzian, Naser (1385 SH). *Civil Law; Family* (Volume 1: Marriage and Divorce, Husband and Wife Relationships). Tehran: Sherkat Sahami Enteshar.
26. Katouzian, Naser (1401 SH). *Civil Law Course; General Principles of Contracts* (Volume 5: Termination of Contracts). Tehran: Ganj Danesh.
27. Khansari, Sayyid Ahmad (1405 AH). *Jami al-Madarek fi Sharh Mukhtasar al-Nafic* (Volume 4). Tehran: Maktabat al-Saduq.
28. Khomeini, Sayyid Ruhollah (n.d.). *Kitab al-Buyu'* (Volumes 1 and 2). Qom: Meher Printing Press.
29. Khoyi, Abulqasim (1377 SH). *Masbah al-Fuqaha fi al-Muamalat* (Volumes 1 and 7). (Mohammad Ali Touhidi, Editor). Qom: Dāvāri.
30. Mirshakari, Abbas (1401 SH). *Practical Treatise on Contracts* (Volume 1). Tehran: Sherkat Sahami Enteshar.
31. Mirza-ye Qomi, Abul-Qasim (n.d.). *Jame' al-Shatat fi Ajwibat al-Su'alat* (Volume 3). Unavailable.
32. Mohammadi, Abul-Hasan (1374 SH). *Qawaid Fiqh*. Tehran: Yalda.
33. Mohseni Ghahderi and Asef, Mohammad (1426 AH). *Fiqh and Medical Issues* (Volume 1). Qom: Bustan Ketab.
34. Moqaddas Karki, Noor al-Din Ali ibn Hussein (1414 AH). *Jame' al-Maqasid fi Sharh al-Qawaid* (Volumes 4 and 13). Qom: Ahl al-Bayt Institute for the Revival of Heritage.
35. Mostafavi, Seyed Mohammad Kazem (1421 AH). *Al-Qawaid al-Fiqhiyah* (Volume 1). Qom: Islamic Publishing Institute.
36. Mufid, Muhammad ibn Muhammad (1413 AH). *Muqna'a*. Qom: Congress of the Millennium of Sheikh Mufid.
37. Najafi, Sheikh Muhammad Hassan (1368 SH). *Jawahir al-Kalam fi Sharh Shara'i al-Islam* (Volume 30). Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiyyah.
38. Naqibi, Abul-Qasim; Taqizadeh, Ibrahim; Baqeri, Abbas (Spring and Summer 1393 SH). The Position of Good Faith in Imami Jurisprudence. *Journal of Islamic Law Research*, Year 15, No. 1 (39), pp. 33-57.
39. Osiya, Parviz (1371 SH). *Fraud; A Comparative Study in French, English, Islamic, and Iranian Law*. Collection of Articles on Private Law Developments (edited by Naser Katouzian), Tehran University Publications.
40. Pakbazz, Siamak (1401 SH). *Explanation of the French Civil Code; Amendments 2016* (Translation and Research). Tehran: Nashr-e-Mizan.
41. Qasemzadeh, Seyed Morteza (1383 SH). *Principles of Contracts and Commitments*. Tehran: Nashr Dadgostar.
42. Rouhani, Mohammad Sadegh (1412 AH). *Fiqh al-Sadiq*. Qom: Imam Sadiq School.
43. Sabahani, Jafar (1416 AH). *Al-Mawahib fi Tahrir Ahkam al-Makasib* (Saifullah Ya'qubi Isfahani, Editor). Qom: Imam Sadiq Institute.
44. Safaei, Sayyed Hossein & Emami, Asadollah (1395 SH). *Summary of Family Law*. Tehran: Mizan.
45. Safaei, Sayyed Hossein (1382 SH). *Civil Law; General Principles of Contracts*. Tehran: Mizan.
46. Sakootee Nasimi, Reza (Fall and Winter 1394 SH). The Impact of Fraud in Marriage and Its Consequences. *Journal of Islamic Jurisprudence and Law*, Year

- 6, No. 11, pp. 213-247.
47. Sanhoury, Abdul Razzaq Ahmad (1953). Masadir al-Haqq fi Fiqh al-Islami, Dirasah Muqaranah fi Fiqh al-Gharbi (Volume 1). Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-Arabi.
  48. Shahid Awwal, Shams al-Din Muhammad ibn Maki Ameli (1373 SH). Luma't Damascus (Volume 1). Qom: Dar al-Fikr.
  49. Shahid Awwal, Shams al-Din Muhammad ibn Maki Ameli (1417 AH). Al-Durus al-Shar'iyyah fi Fiqh al-Imamiyyah. Qom: Islamic Publishing Institute.
  50. Shahid Thani, Zayn al-Din Jab'i Ameli (1386 SH). Rawdat al-Bahiyyah fi Sharh al-Lum'ah al-Dimashqiyyah (Sayyid Muhammad Kalantari, Editor) (Volume 5). University of Najaf.
  51. Shahid Thani, Zayn al-Din Jab'i Ameli (n.d.). Masalik al-Afham ila Tanqih Sharia' al-Islam (Volume 8). Tehran: Institute of Islamic Knowledge.
  52. Shahidi Tabrizi, Mirfatah (n.d.). Hidayat al-Talib fi Asrar al-Makasib (Volume 1). Qom: Dar al-Kitab.
  53. Shahidi, Mehdi (1391 SH). Civil Law 6: Specific Contracts 1; Sale, Barter, Lease, Loan, and Reconciliation. Tehran: Mo'jad.
  54. Tabarsi, Mirza Hussein (n.d.). Mustadrak al-Wasa'il wa Mustanbat al-Masa'il. Qom: Institute of the Ahl al-Bayt (Peace Be Upon Them) for the Revival of Heritage.
  55. Tabatabaei Yazdi, Seyed Mohammad Kazem (1370 SH). Hashiyah al-Makasib (Volume 2). Qom: Ismailiyan Institute.
  56. Tabrizi, Mirza Javad (1389 SH). Ershad al-Talib fi Sharh al-Mikasib (Volume 1). Qom: Dar al-Sadiqah al-Shahidah.
  57. Tarehi, Fakhr al-Din (n.d.). Majma' al-Bahrain (Mahmoud Adel, Editor) (Volume 3). Unavailable.
  58. Tusi, Abu Jafar Muhammad ibn Hasan (1387 SH). Al-Mabsut fi Fiqh al-Imamiyyah (Volume 2). Tehran: Maktabat al-Mortazawiyya.

## واکاوی مفهومی «احیای حقوق عامه» با مطالعه تطبیقی دعاوی منفعت عمومی

محمدحسن کبگانی • دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.  
hasankabgani@gmail.com (نویسنده مسئول)  
مصطفی منصوریان • استادیار، گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران.  
mansourian@ujsas.ac.ir  
فاطمه افشاری • استادیار، پژوهشگاه قوه قضائیه، تهران، ایران.  
afshari399@jri.ac.ir

### چکیده

مفهوم کارویژه «احیای حقوق عامه» در دکترین و رویه قضایی همواره مورد اختلاف بوده است. حقوق عامه و مصادیق آن از یک سو و مفهوم احیاء از سوی دیگر محل اصلی این اختلاف می‌باشند. این ابهام با ظهور تحولات اجتماعی جدید و ملموس‌تر شدن نیاز به پیش‌بینی روش‌های نوین برای تضمین نفع عمومی پررنگ‌تر شده است. ضرورت پیگیری تخلفات زیست‌محیطی، تخلفات مربوط به بازار سرمایه، مشکلات مربوط به کیفیت خودروها و در سالیان اخیر مصائب ناشی از شیوع کرونا، از جمله مواردی است که باعث مطرح‌شدن مباحث مرتبط با احیای حقوق عامه و روش‌های قضایی تضمین منفعت عمومی شده است. مباحث مرتبط با تضمینات قضایی منفعت عمومی در نظام حقوقی ما غنای چندانی ندارد، اما در نظام حقوقی سایر کشورها تا حد زیادی شرح و بسط یافته است. حقوق منفعت عمومی و مباحثی که ذیل آن مطرح می‌شود (مانند دعاوی منفعت عمومی، سمت و حقوق قابل استناد در این دعاوی) ارتباط بسیار زیادی با کارویژه احیای حقوق عامه دارد. در این مقاله با روشی توصیفی تحلیلی و با استفاده از داده‌های کتابخانه‌ای و انجام مصاحبه با اکثر دادستان‌های مراکز استان و با بررسی رویه دادستان‌ها درصدد خواهیم بود تا حد امکان ابهامات مرتبط با مفهوم حقوق عامه و احیای آن را با استفاده از داده‌های تطبیقی (با تمرکز بر نظام‌های کامن‌لا) برطرف نماییم. بر اساس بررسی‌های انجام‌شده در این پژوهش، حقوق عامه را باید حقی تلقی کرد که ذی‌نفع محصور ندارد و احیاء نیز از حیث ماهیت، بیانگر مفهوم نظارت و معادل با صلاحیت‌های غیرکیفری دادستان‌ها است.

واژگان کلیدی: منفعت عمومی، حقوق عامه، حقوق فرا فردی، دادستان، دعاوی جمعی.



## مقدمه

بر اساس بند ۲ اصل ۱۵۶ قانون اساسی، یکی از وظایف قوه قضائیه «احیای حقوق عامه و گسترش عدل و آزادی‌های مشروع» است که مبتنی بر صبغه تاریخی این تکلیف، توسط نهاد دادستانی انجام می‌شود. در دو دهه گذشته با بروز عمده مشکلاتی مانند آلودگی‌های زیست‌محیطی یا نقض مقررات مربوط به حمایت از جنگل‌ها و مراتع، مفهوم حقوق عامه و ضرورت حفظ و احیای آن به نحو ملموسی نمایان شد؛ هرچند در رابطه با تبیین مفهومی احیای حقوق عامه آثار متعددی به رشته تحریر درآمده است<sup>۱</sup>، همچنان در پاره چپستی مفهوم و الزامات «احیای حقوق عامه» نظر دقیقی وجود ندارد و به‌طور خاص، درباره مصادیق آن اختلاف نظر جدی وجود دارد که در عرصه اجرا باقی مانده و مباحث چالشی نظری آن تبیین نشده و این نگاشته در پی بیان دقیق این مسئله است.

برخی حقوق عامه را به‌مثابه امتیازاتی دانسته‌اند که همه افراد جامعه از آن برخوردارند و حقوق یادشده در فصل حقوق ملت قانون اساسی را مصداق حقوق عامه عنوان کرده‌اند (هاشمی، ۱۳۸۲، ص. ۲۶). برخی دیگر با تناظر اصول ۶۱ و ۱۵۶ قانون اساسی، «احیای حقوق عامه» در بند ۲ اصل ۱۵۶ را مشابه تقریر «حفظ حقوق عمومی» در اصل ۶۱ قلمداد کرده‌اند (عباسی و همکاران، ۱۳۹۸، ص. ۱۴۰) و بر این نظرند که حقوق عامه، برتر و فراتر از حقوق افراد است و تنها مجموعی از حقوق فردی شمرده نمی‌شود (مولودی و همکاران، ۱۳۹۵، ص. ۲۷۳). برخی نیز در رویکردی موسع، حقوق عامه را جامع میان حقوق خصوصی و عمومی و مشتمل بر همه حقوق فردی و اجتماعی ملت و مردم اعم از ایرانی و خارجی تلقی کرده‌اند (نقره‌کار، ۱۳۸۸، ص. ۲۲). نتیجه این تشتت مفهومی، ابهام در الزامات اجرایی و اختلاف در سازوکارهای تحقق آن است.

یکی از روش‌هایی که دستیابی به این مهم را بیش‌ازپیش در دسترس می‌سازد، مطالعه تطبیقی موضوع و بررسی نهادهای مشابه آن در دیگر کشورهاست. در این راستا، به لحاظ روشی، چنانچه حقوق عامه را به‌قدر مسلم و به‌عنوان موضوعی غیرقابل چالش مشتمل بر حق‌های جمعی و عمومی بدانیم، بررسی مواجهه نظام‌های قضایی با این مفهوم کلی، در شناسایی، حمایت و تحقق

۱. برای مطالعه کامل تعاریف ارائه‌شده و ارتباط کامل آن با دیگر مفاهیم حقوقی ر.ک. به:

- پژوهشگاه قوه قضائیه (۱۴۰۰). رصد و فراتحلیل آثار پژوهشی در حوزه احیای حقوق عامه. تهران.

- عباسی و همکاران (۱۳۹۸). حقوق شهروندی؛ از حقوق ملت تا احیای حقوق عامه. تهران، حقوقی، صص. ۲۹-۸۰.

آن‌ها برای نظام قضایی ایران سودمند به شمار می‌آید و دست‌کم از منظر مطالعه تطبیقی، تکلیف موضوع را تا حدی روشن می‌کند و در راستای حل برخی مسائل و چالش‌های نظام قضایی ایران در این خصوص به کار می‌آید. در این پژوهش برآنیم که با رویکردی توصیفی-تحلیلی، تقریب مفهومی احیای حقوق عامه را در پرتوی یافته‌های تطبیقی، مستدل و عینی‌تر کنیم. گفتنی است این نوع مواجهه با مفهوم حقوق عامه در آثار موجود مشاهده نمی‌شود و از این حیث، چنین پرداختی به موضوع نوآورانه به شمار می‌آید.<sup>۱</sup>

در این باره، بررسی تطبیقی نهاد «منفعت عمومی»<sup>۲</sup> به‌عنوان مفهومی زمانمند و جغرافیامحور (گرچی از ندریانی، ۱۳۹۰، ص. ۲۱۴) راهگشا به نظر می‌رسد و کنار هم گذاشتن دو مفهوم حقوق عامه و دعاوی حقوق منفعت عمومی (با تمرکز بر حقوق قابل استناد در آن)، برخی ابهامات پیش روی کارویژه احیای حقوق عامه را برطرف می‌کند. نتیجه این تطبیق، هم تبیین‌کننده سازوکار و چیستی این کارویژه (که ناظر بر واژه احیا است) و هم مصادیق حقوق عامه است؛ البته باید توجه داشت که فرض نگارندگان این پژوهش، این‌همانی میان مفهوم حقوق عامه یا حقوق عمومی با منفعت عمومی نیست، بلکه تنها از این حیث که نزدیک‌ترین مفهوم به حقوق عامه به نظر می‌رسد، مورد بررسی قرار گرفته است. بنابراین، فارغ از مسائل سیاسی و نظری حول محور مفهوم و مصادیق منفعت عمومی که در اندیشه سیاسی و حقوق اساسی آزادی‌گرا مطرح می‌شود، تمرکز این پژوهش بر تبیین فهم قضایی و کارکردی از مفهوم منفعت عمومی است؛ به‌طوری‌که بتوان نقشه‌راه مشخصی را برای مراجع قضایی داخلی در راستای تبیین این مفهوم ترسیم کرد و به‌طور مشخص به این پرسش پاسخ داد که چگونه می‌توان از مفهوم دعاوی منفعت عمومی و حقوق قابل استناد در آن برای شفافیت و تبیین بیشتر مفهوم حقوق عامه کمک جست؟

در این پژوهش، ابتدا به تبیین مفهوم حقوق منفعت عمومی خواهیم پرداخت. لازم به توضیح است که منبع اصلی مطالعات تطبیقی در این پژوهش، نظام حقوقی کشورهای کامن‌لا است. سپس

---

۱. نوآورانه بودن مسئله بیشتر معطوف به بررسی مفهوم حقوق فرافردی و حقوق منفعت عمومی و تطبیق آن با حقوق عامه است. درباره حقوق فرافردی رک به:

Cappelletti, M (1975). 'Governmental and Private Advocates for the Public Interest in Civil Litigation: A Comparative Study', Mich. L. Rev, 73.



مفهوم و نوع رسیدگی و مقام صالح برای بررسی دعاوی منفعت عمومی را بررسی می‌کنیم. در ادامه، پس از روشن شدن جایگاه دعاوی منفعت عمومی، با مقیاس مشترک گرفتن از اشتراکات این نوع دعاوی و احیای حقوق عامه در نظام حقوقی ایران، کارویژه احیای حقوق عامه و دعاوی منفعت عمومی را نسبت‌سنجی می‌کنیم تا بتوانیم مفهوم دقیقی از حقوق عامه و وظیفه احیا در کنار این موضوع ارائه دهیم و مصادیق قابل انطباق بر این مفهوم را برای ورود دادستان ارائه کنیم.

#### ۱. چهارچوب کلی مفهوم حقوق منفعت عمومی

منفعت عمومی همواره یکی از بنیادی‌ترین و درعین‌حال، پرمناقشه‌ترین مفاهیم حقوقی بوده است. یکی از ایراداتی که پیوسته به نظریه‌های منفعت عمومی و تعاریف برآمده از آن وارد می‌شود، غیردقیق و شناور بودن آن‌هاست. این انتقادات تا حد زیادی وارد هستند، اما در این باره نوعی مبالغه یا اهمال نیز مشاهده می‌شود. شناور بودن این تعاریف ناشی از غیردقیق بودن نظریات نیست و تا حد زیادی به موضوع مورد نظر مرتبط است؛ با این توضیح که مسئله منفعت عمومی بیش از اینکه بحثی استدلالی و دارای چهارچوب منطقی مشخص باشد، مسئله‌ای ایدئولوژیک و ناشی از نظریات سیاسی است (Bozeman, 2007, p. 12). به عبارت دیگر، اختلاف‌نظرهای موجود درباره منفعت عمومی به دلیل نزدیکی آن به ساخت سیاسی کشور است و همین تأثیرپذیری مستقیم باعث شده است که در مقایسه با دیگر مفاهیم حقوقی با تشتمت نظرهای بیشتری مواجه باشد. با توجه به توضیحات بالا، آنچه در این بخش به مثابه تعریف منفعت عمومی بیان می‌شود، تنها از باب آشنایی بیشتر با موضوع و فراهم کردن فضای ذهنی لازم برای پرداختن به مباحث بعدی است و ارائه نظر جامع در این باره مورد ادعای نگارندگان نیست.

بر اساس یکی از تعاریف ارائه‌شده، منفعت عمومی به مثابه نتایجی در نظر گرفته شده است که به بهترین نحو، حیات طولانی‌مدت و زیست مطلوب یک «جمع اجتماعی»<sup>۱</sup> را که قابل‌تعمیم به «عموم»<sup>۲</sup> هستند، تأمین می‌کند (Bozeman, 2007, p. 12). آنچه درباره این تعریف حائز اهمیت است، تأکید آن بر نتایج است و نه سیاست‌ها. بنابراین، آنچه از تشتمت و اختلاف‌نظر برخوردار است، نظریات منفعت عمومی است نه مفهوم منفعت عمومی؛ زیرا منفعت عمومی فارغ از نظریه

1. Social Collective  
2. Public

پذیرفته شده در هر کشوری باید حائز بهترین نتایج برای زیست جمعی آن اجتماع باشد. یکی از مؤلفه‌های منفعت عمومی که درباره آن اختلاف نظر کمی وجود دارد، مفهوم عموم است. براین اساس، منفعت عمومی همواره بر منافع جمع به مثابه کل تأکید دارد تا منافع افراد تشکیل دهنده آن. در واقع منافع عمومی به مفهوم خیرهای جمعی (به معنی جمع افراد و گروه‌ها) اشاره دارد (Barry, 2007, p. 12). براین اساس، خیر عمومی قابل تعبیر به خیرهایی است که هر چند ممکن است به صورت مساوی در دسترس همگان نباشد، دسترسی یک فرد به آن‌ها مانع دسترسی دیگر افراد به آن نمی‌شود. مثال بارز آن، دفاع ملی است که اگر به گونه مطلوب محقق شود، همگان از آن برخوردار می‌شوند. می‌توان گفت منفعت عمومی شامل هر آن چیزی است که برای همه یا تعداد بسیاری از افراد جامعه، حائز اهمیت و ارزش است و از منظر عموم، دارای مطلوبیت است (منصوریان و شیبانی، ۱۳۹۵، ص. ۱۳۷)؛ فارغ از اینکه عملاً از آن منتفع شده‌اند یا خیر؟ منفعت عمومی شامل بزرگ‌ترین دامنه جامعه و دربردارنده هر آن چیزی است که نزد عموم جامعه دارای ارزش است (پورعزت و همکاران، ۱۳۹۷، ص. ۳).

منفعت عمومی نقطه مقابل نفع فردی-خصوصی است و اساس زندگی جمعی تلقی می‌شود. در این حالت، منفعت عمومی الزامی است که زندگی انسان را از مرحله فردی-گروهی به مرحله پیشرفته‌تر جمعی-مدنی ارتقا می‌دهد (منصوریان و شیبانی، ۱۳۹۵، ص. ۱۱۸). می‌توان گفت منفعت عمومی عبارت است از نیازهای حیاتی برای کل جامعه و تک تک اعضای آن که تقسیم کار خصوصی نمی‌تواند به آن‌ها پاسخ دهد و در نتیجه، پاسخ به این ضرورت‌ها در قلمروی صلاحیت‌های دولت قرار می‌گیرد. هدف نهایی از تأمین منافع عمومی (برخلاف منافع خصوصی) تأمین خیر عمومی است و نه سود شخصی (گرگی ازندریانی، ۱۳۹۰، ص. ۲۱۳).

«حقوق منفعت عمومی» اصطلاحی است که از نظام حقوقی آمریکا سرچشمه گرفته و مسائل مرتبط با دعاوی ناشی از آن، در این کشور مورد توجه بوده است. به بیان دیگر، اصطلاح حقوق منفعت عمومی عموماً در چهارچوب نظام حقوقی ایالات متحده به کار برده می‌شود و در دیگر کشورها (به ویژه کشورهای اروپایی) معادل مشخصی برای آن وجود ندارد، اما در عمل، دعاوی‌ای که از حیث ماهیت با دعاوی منفعت عمومی ارتباط نزدیک دارند، در این کشورها نیز شناسایی

شده است<sup>۱</sup> و<sup>۲</sup>.

حقوق منفعت عمومی در نظام حقوقی آمریکا با نظریات «لوییس براندیس»<sup>۳</sup> نظم و منطق مشخص یافت و از اواخر دهه‌های ۱۹۵۰ و ۱۹۶۰ قرن ۲۰ به‌طور گسترده در این کشور پذیرفته شد. نظریات وی که در نظام حقوقی آمریکا به «وکیل مردم»<sup>۴</sup> شهرت یافت، همگی حول محور حمایت از نفع جمعی و اقشار نیازمند و دخالت وکلا در پیگیری و طرح دعاوی مرتبط با نفع جمعی بود (Spillenger, 1995, p. 1472). مفهوم حقوقی منفعت عمومی در آمریکا ارتباط تنگاتنگی با کارکردهای «شرکت‌های حقوق منفعت عمومی»<sup>۵</sup> دارد. کارویژه اصلی این شرکت‌ها، حمایت از منافع گروه‌ها و افرادی است که به هر دلیل فاقد قدرت دفاع از خود هستند (Cummins and Deborah, 2015, pp. 623-624). این شرکت‌های خصوصی و عام‌المنفعه برخلاف دیگر شرکت‌های حقوقی، بدون توجه به وضعیت مالی موکلان، نمایندگی افراد در دادگاه‌ها را بر عهده می‌گیرند. حوزه اصلی فعالیت این شرکت‌ها، دعاوی محیط‌زیستی، حقوق مدنی، تبعیضات استخدامی و حمایت از افراد دارای معلولیت است.

حقوق منفعت عمومی به معنای «نمایندگی حقوقی گروه‌ها و منافع بی‌نماینده» است (Scott, 2012, p. 1). بر اساس این تعریف، رسالت و هدف اصلی حقوق منفعت عمومی حمایت از گروه‌ها و اقشاری است که به هر دلیل از حمایت کافی برخوردار نیستند. باید توجه داشت آنچه مؤلفه اصلی حقوق منفعت عمومی شمرده می‌شود و دعاوی این حوزه را از دعاوی معمول جدا می‌کند، نه غیرانتفاعی بودن آن‌ها، بلکه توجه نکردن این دعاوی به نفع شخصی خاص است.

---

۱. ریشه‌های اولیه طرح این‌گونه دعاوی را باید در نظام حقوقی انگلستان (حدود قرن ۱۴) جست‌وجو کرد. نکته جالب اینکه، چنین سازوکاری در ابتدا (برخلاف کارکرد کنونی آن‌ها) توسط فئودال‌ها (افراد ثروتمند) برای گرفتن سهام رعایای املاک خود، استفاده می‌شد. برای اطلاعات بیشتر رک به:

Piche, C. (2009). "The Cultural Analysis of Class Action Law", *Lsu Law Center of Civil Law Studies*, Vol 2, p 115-116.

۲. باید توجه داشت که نظام حقوقی کشورهای اروپایی درباره دعاوی منفعت عمومی تا حد زیادی با سازوکار موجود در ایالات متحده و دیگر کشورهای کامن‌لا متفاوت است. در این کشورها این‌گونه دعاوی عمدتاً با ابتکار آمیودزمان‌ها یا در قالب رسیدگی اعدادی (Injunction Proceeding) اعمال می‌شود. منظور از قرار اعدادی، دستورات قضایی است که ماهیت موقتی دارند.

3. Louis Brandeis

4. People's Lawyer

5. Public Interest Law Firms

## ۲. دعاوی منفعت عمومی

موضوع حمایت قضایی از منفعت عمومی تا حد زیادی در ادبیات حقوقی و نظام تقنین داخلی مغفول مانده است. این کم‌توجهی در حالی است که مباحث مرتبط با دعاوی منفعت عمومی در دیگر کشورها رشد و بالندگی زیادی داشته است. طرح مباحث مرتبط با «دعوی گروهی»<sup>۱</sup>، «دعوی از طریق واسط»<sup>۲</sup>، «گروه‌های ذی‌نفع»<sup>۳</sup> و «دادستان عمومی خصوصی»<sup>۴</sup> از جمله این موارد است. دعاوی مرتبط با منفعت عمومی از چند حیث قابل تقسیم‌بندی است.

الف. از حیث دولتی و خصوصی بودن سازوکار حمایت قضایی<sup>۵</sup>

- سازوکارهای دولتی حمایت قضایی از منفعت عمومی که عمدتاً از طریق دادستان‌ها اعمال می‌شود.

- سازوکارهای خصوصی حمایت قضایی: دعوی از طریق واسط - دعوی گروهی - دادستان خصوصی.

ب. از حیث دامنه و گستره نفع مورد مطالبه خواهان

- خواهان به طرفیت از گروه یا طبقه خاصی طرح دعوی می‌کند.

- خواهان به طرفیت از کل جامعه طرح دعوی می‌کند (Gading, 1996, p. 361).

در این بخش، ابتدا ضرورت پیدایش چنین نهادی بررسی می‌شود و سپس به مواردی که به‌مثابه حق عمومی در چهارچوب نظام حقوق منفعت عمومی شایان طرح است، پرداخته خواهد شد.

### ۱.۲. تحولات اجتماعی و ایجاد ضرورت پیش‌بینی دعاوی منفعت عمومی

در عصر جدید، تحولات گسترده صنعتی، علوم، جهانی‌سازی و گسترش دامنه دخالت دولت در حیطه اجتماع باعث طرح پرسش‌هایی درباره امکان طرح دعاوی شده است که افراد به‌طور مستقیم در آن‌ها ذی‌نفع نیستند، بلکه غیرمستقیم از تصمیم مقام رسمی و دولتی متضرر شده‌اند. با

---

1. Class Action

2. Relator Action

3. Interest Groups

4. Private Public Prosecutor

۵. دعوی سازمانی (Organizational Action) و دعوی مدنی مقامات دولتی (Parens Patria Civil Action) از

دیگر دعاوی منفعت عمومی است که در چهارچوب سازوکارهای دولتی جای می‌گیرند.

توجه به اینکه اتخاذ تصمیماتی که بر قسم عمده‌ای از جامعه تأثیرگذار باشد معمولاً در صلاحیت دولت است، خوانده بخش عمده‌ای از دعاوی منفعت عمومی اشخاص حقوق عمومی هستند (Jolowicz, 1982, p.302). امروزه موضوعات حقوقی به مسائل مربوط به حقوق خانواده، احوال شخصیه و قراردادها ختم نمی‌شود، بلکه بروز و ظهور دعاوی محیط‌زیستی، دعاوی مربوط به حقوق مصرف‌کنندگان، حقوق رقابت، حقوق کار و توسعه شهری باعث ظهور حوزه‌های جدید در نظام حقوقی کشورها شده است. بروز و ظهور این موارد هم از بعد فنی-کارکردی و هم حقوقی باعث الزامات جدیدی برای تحقق عدالت شده است که زمینه طرح دعاوی منفعت عمومی را فراهم می‌کند.

از بعد فنی، ضرورت دعاوی منفعت عمومی را با مثالی توضیح می‌دهیم. امروزه در برخی حوزه‌ها در بازار، انحصار کامل وجود دارد و افراد معمولاً ناگزیر از استفاده از چنین کالاهایی هستند. در چنین شرایطی، هم عدم اطلاع کافی عموم مصرف‌کنندگان از استانداردهای لازم و هم انحصار موجود باعث می‌شود این قبیل کالاها و خدمات به افراد جامعه تحمیل شود. در این موضوعات، پرسش اصلی این است که اگر با ارائه خدمات ناقص یا کالاهای معیوب در سطح گسترده، به جمعیت بزرگی از افراد خسارت وارد شود، چه تعداد از مصرف‌کنندگان حاضرند با صرف وقت و هزینه (و با فرض پذیرش امکان طرح چنین دعوی) علیه متخلفان طرح دعوی کنند؟ (کاشانی و ناصری، ۱۳۹۵، ص. ۱۱). باید توجه داشت که با اقامه دعوی از طرف افراد همواره با هزینه‌های مالی و غیرمالی مستقیم و غیرمستقیم روبه‌رو هستیم و تنها زمانی افراد ادعاهای خود را به دادگاه می‌برند که از نظر اقتصادی، منافع حاصل بر هزینه‌ها برتری داشته باشد. تجربه ثابت کرده است که در خسارات کوچک که هزینه مطالبه آن در مقایسه با مبلغ احتمالی دریافتی در جریان طرح دعوی قابل مقایسه نیست، افراد تمایل چندانی به طرح دعوی نخواهند داشت و طرف متخلف (تولیدکننده کالا یا ارائه‌دهنده خدمات) نیز به فکر اصلاح رفتار خود نخواهد بود (کاشانی و ناصری، ۱۳۹۵، ص. ۱۱). از این رو در این موارد، دعاوی منفعت عمومی وارد عمل می‌شود.

از بعد حقوقی می‌توان گفت در چنین حوزه‌هایی که سخن از نفع عمومی است، کسانی که از تصمیمات یا اقدامات دولت و حتی اشخاص حقوق خصوصی متضرر می‌شوند، معمولاً طیف وسیعی از افراد جامعه هستند و شایان تعمیم به فرد خاصی نیست. این ویژگی باعث شده است تا

اصول و مقررات مربوط به وجود نفع یا داشتن سمت<sup>۱</sup> در دعوی متحول شود؛ توضیح اینکه، دادگاه‌ها معمولاً از پذیرش دعاوی کسانی که نفع مستقر درباره موضوع دعوی نداشتند، خودداری می‌کردند و دعوی را تنها از جانب ذی‌نفع شایان طرح می‌دانستند، اما امروزه چنین اصلی تعدیل شده است و در قوانین کشورهای مختلف، سازوکارهای مختلفی برای طرح دعاوی که هدف نهایی از آن‌ها تأمین منافع جمعی و نه منافع فردی (به صورت اصلی و ابتدایی) است، پیش‌بینی شده است.

منفعت عمومی در تمام مواردی که پیش‌تر بدان اشاره شد مانند آسیب‌های محیط‌زیستی و روابط کارگری و کارفرمایی و... وجود دارد. مؤلفه اصلی این امور، اشتراک تعداد زیادی از افراد در تأثیرپذیری از عمل خسارت‌زاست. با توجه به توضیحات بالا، آنچه امروزه در راستای تحقق عدالت از اهمیت ویژه برخوردار است، عبور از قواعد سخت‌گیرانه شکلی مربوط به طرح دعوی و پیش‌بینی قواعد شکلی جدید مانند انواع دعاوی منفعت عمومی است که بتواند ضمن جبران نقض اولیه، از تکرار آن‌ها جلوگیری کند. از این رو باید بپذیریم تحولات اجتماعی باعث شده که مفهوم «نفع» در حقوق مدنی<sup>۲</sup> از حیث مفهومی بسیار گسترده شود. این تحول مفهومی ناشی از ورود هرچه بیشتر عنصر منفعت عمومی در این دعاوی است؛ به گونه‌ای که امروزه ویژگی اصلی دعاوی مدنی که سیطره و ترجیح همیشگی منفعت خصوصی بر سایر حقوق بود، جای خود را به غلبه منفعت عمومی بر منافع خصوصی داده است (Cappelletti, 1975, p. 808). با توجه به این رویکرد، امروزه نظام‌های حقوقی به سمت «عمومی‌سازی»<sup>۳</sup> دعاوی مدنی حرکت می‌کنند. این عمومی‌سازی که شرط اصلی آن تغییر نگرش درباره شرایط لازم برای اثبات «سمت» یا «نفع» در دعواست، باعث شده است که دعاوی مدنی به حوزه‌ای برای تأمین حقوق گروهی و جمعی تبدیل شود و بر منافع و حقوق خصوصی غلبه یابد. این عمومی‌سازی دارای سه اثر مهم است.

۱. مداخله و ورود هرچه بیشتر مقامات حکومتی در دعاوی مدنی.

۲. کنشگری قضایی.

۳. حمایت خصوصی - با افراد و سازمان‌ها - از حقوق جمعی و گروهی (Cappelletti, 1975, )

---

1. Locus Standi  
2. Civil Law  
3. Publicization

(pp. 879-880).

از سوی دیگر باید به این مسئله دقت کنیم که با توجه به گسترش دامنه دخالت دولت در حیطه اجتماع و اتخاذ تصمیماتی از سوی دولت که بر بخش عمده‌ای از جامعه تأثیرگذار است و لزوماً افراد به‌طور مستقیم در آن‌ها ذی‌نفع نیستند، بلکه غیرمستقیم از تصمیم مقام رسمی و دولتی متضرر شده‌اند، خواننده بخش عمده‌ای از دعاوی منفعت عمومی، اشخاص حقوق عمومی هستند (Jolowicz, 1982, p. 302).

## ۲.۲. حقوق و منافع شایان استناد در دعاوی منفعت عمومی

دعای منفعت عمومی نوعی دادخواهی غیرانتفاعی<sup>۱</sup> است که خواسته آن (در صورت حصول) موجب منفعی بیش از منافع قابل حصول برای فردی است که در دادخواهی‌های عادی به دست می‌آید. به عبارت دیگر، برخلاف دادخواهی‌های عادی که خواسته دعوی موجب نفع فردی برای خواهان است، نه خواهان مشخصی قابل شناسایی است و نه نفع فردی مدنظر است، بلکه منافع حاصل از این نوع دعاوی به تمام افرادی می‌رسد که در شرایط یکسان قرار دارند. در تحلیلی دیگر می‌توان بیان داشت که مهم‌ترین دستاورد روش‌های موجود برای طرح دعاوی منفعت عمومی، عمل به نمایندگی است. باید توجه داشت که برخلاف نمایندگی‌های معمول (مانند وکلا)، نمایندگی در این نوع دعاوی نه نمایندگی شخصی، بلکه قانونی است (کاشانی و ناصری، ۱۳۹۵، ص. ۱۳). برای همین، در این‌گونه دعاوی نتیجه اقامه دعاوی نماینده بر حقوق تک‌تک افرادی که هویت دقیق آن‌ها معلوم نیست، تأثیرگذار خواهد بود.

تعیین دامنه حقوقی که در دعاوی منفعت عمومی شایان استناد است، می‌تواند تا حد زیادی در به دست آوردن فهمی از منفعت عمومی که قابل حمایت قضایی است، مفید باشد. نوع حقوق قابل پیگیری در دعاوی منفعت عمومی، نوعی حقوق «فرا فردی»<sup>۲</sup> است (Cappelletti, 1975, p. 798). پیدایش و گسترش چنین حقوقی ناشی از افزایش دخالت دولت در بیشتر حوزه‌های اجتماعی است. این حوزه‌های اجتماعی که در آن حقوق فردی و جمعی با هم ممزوج شده، حوزه‌های خاکستری اجتماعی است که میان حوزه جمعی و فردی قرار دارد. به عبارت دیگر، این حقوق

---

1. Non-Profit Litigation  
2. Meta (Trans-Supra) Individual

به‌نوعی در میانه حقوق عمومی و حقوق خصوصی قرار دارد (کاشانی و ناصری، ۱۳۹۵، ص. ۱۰۷). باید توجه داشت که این دسته از حقوق، ماهیتی متفاوت از حقوق جمعی<sup>۱</sup> دارند و از طرفی حقوق فردی صرف نیز نیستند.

تفاوت حقوق فرافردی یا در اصطلاح عام، عمومی با حقوق جمعی در این است که پیگیری و احقاق طیف عمده حقوق جمعی یا گروهی (مانند حقوق اقلیت‌ها) با طرح دعوی از سوی افرادی انجام می‌شود که حقوق آن‌ها نقض شده است. در این دعاوی ذی‌نفع واحدی وجود دارد و نتیجه دعوی نیز متوجه همان خواهان است درحالی‌که حقوق قابل استناد در دعاوی منفعت عمومی به دلیل ماهیت ویژه‌ای که دارند، قابل انتساب به ذی‌نفع مشخص نیست و برای همین، افراد نمی‌توانند به‌صورت فردی برای احقاق آن‌ها به دادگاه مراجعه کنند. حقوق محیط‌زیستی یا حقوق مصرف‌کنندگان از جمله این حقوق است. ماهیت چنین حقوقی به‌گونه‌ای است که انتفاع حاصل از احقاق آن‌ها همواره متوجه کلیت جامعه است. در نتیجه می‌توان گفت که منافع حاصل از این حقوق شایان تخصیص به افراد نیست.

تفاوت اصلی دعاوی منفعت عمومی با دعاوی خصوصی بر اساس نظر پروفیسور «چایس»<sup>۲</sup>، غلبه نفع عمومی بر نفع خصوصی است. برخلاف دعاوی خصوصی که نفع خواهان یکی از شرایط اصلی طرح دعواست، این شرط در دعاوی عمومی از اهمیت کمتری برخوردار است؛ زیرا نفع فردی خواهان با نفع فردی بسیاری از افراد دیگر در آن جامعه به هم گره خورده است (Parker & Stone, 1978, p. 771). به‌عبارت‌دیگر، حقوقی که مستند اصلی دعاوی حقوق عمومی است، مبتنی بر منافی است که همه افراد در آن دخیل‌اند و برای همین، از حیث ماهیت، محدوده، موضوع و درنهایت، روش‌های جبران، از دعاوی حقوق خصوصی متفاوت می‌شوند (Parker & Stone, 1978, p. 771).

یکی از مباحثی که به فهم مطلوب‌تر حقوق قابل استناد در دعاوی منفعت عمومی کمک می‌کند، مسائلی درباره اثبات «سمت» یا نفع در این‌گونه دعاوی است که در ادامه به آن می‌پردازیم. به‌طورکلی، پرسش اصلی در خصوص سمت این است که در صورتی‌که افراد نتوانند وجود نفع

---

1. Collective Rights  
2. Chayes



مستقیم<sup>۱</sup> و واقعی را درباره موضوع خواسته اثبات کنند، چگونه می‌توان دعاوی منفعت عمومی را طرح کرد؟

### ۳.۲. اثبات سمت و نفع در دعاوی منفعت عمومی

مباحث درباره سمت با ماهیت حقوق شایان استناد در دعاوی منفعت عمومی ارتباط نزدیک دارد. مهم‌ترین بحث در دعاوی منفعت عمومی، «سمت» خواهان در این دعاوی است؛ توضیح اینکه اثبات سمت یا ذی‌نفع بودن با توجه به ماهیت این دعاوی و موضوع خواسته دشوار و طبیعی است که دادگاه‌ها از پذیرش این دعاوی از جانب اشخاصی که فاقد سمت هستند، خودداری کنند.

مفهوم سمت در حقوق کامن‌لا و حقوق رومی-ژرمنی به معنای «توانایی<sup>۲</sup> قانونی فرد برای طرح دعوا» گفته می‌شود (Lunny, 1978, p. 321). شرایطی که به‌مثابه اهلیت لازم برای طرح دعوی در هر نظام حقوقی در نظر گرفته می‌شود، تا حد زیادی ماهیت و دامنه حمایت قضایی از حقوق جمعی و فردی را در هر کشور نشان می‌دهد. براین اساس، هرچه شرایط سخت‌تری برای طرح دعاوی پیش‌بینی شود و هرچه پالایه‌های بیشتری برای طرح دعاوی در نظر گرفته شود، گستره حقوق مورد حمایت محدودتر می‌شود. اصطلاح «Locus Standi» به مفهوم اهلیت ارتباط بیشتری دارد، اما در تمام منابع مرتبط با دعاوی منفعت عمومی، این اصطلاح به‌طور خاص به ذی‌نفع بودن و امکان طرح دعوی از جانب شخص دارای نفع مستقیم اشاره دارد. حتی در برخی منابع حقوقی به‌صراحت بیان شده است که معنی این اصطلاح، ذی‌نفع بودن است؛ با این توضیح که هر شخصی بتواند خود را به دلیل داشتن نفعی مشخص نسبت به موضوع دعوا، به‌مثابه یکی از طرفین دعوی معرفی کند، در آن دعوی دارای سمت است (Lunny, 1978, p. 321).

مفهوم «Locus Standi» به این اشاره دارد که افراد باید ذی‌نفع بودن خود را در دعوی نشان دهند و دعوی از جانب کسی که در ارتباط با موضوع دعوی دارای نفعی مستقیم و واقعی است، پذیرفتنی است (Lunny, 1978, p. 321). دلایل توجیهی چنین شرطی در دو دسته دلایل شکلی و ماهوی قرار می‌گیرد. به‌عبارت‌دیگر، برخی نظریه‌پردازان اثبات نفع را در زمره شرایط شکلی و قواعد مربوط به آیین دادرسی می‌دانند و برخی آن را در زمره اصول ماهوی مربوط به طرح

---

1. Direct  
2. Capacity

دعوی در نظر می‌گیرند. از نظر متخصصان آیین دادرسی، لزوم اثبات سمت و نفع اصلی‌ترین پالایه برای جلوگیری از طرح دعوی است (افتخار جهرمی و السان، ۱۳۹۹، ج ۱، ص. ۴۴) و موجب جلوگیری از طرح دعاوی متعدد و افزایش فشار کار دادگاه‌ها می‌شود (European Parliament, 2012, p. 60). از نظر این گروه، منظور از نفع این است که خواهان به طریقی از نتیجه دعوی در صورت محکومیت، به‌طور شخصی، مستقیم و قانونی منتفع شود (صادقی و جوهری، ۱۳۹۱، ص. ۱۲۳). در نظام حقوقی اتحادیه اروپا نیز پس از صدور رأی در پرونده Plumann، مباحث جدی درباره ضرورت وجود «نگرانی مستقیم» برای طرح دعوی طرح شد (رمضانی قوام‌آبادی و جوادمنش، ۱۳۹۵، ص. ۹۸۳). از دیدگاه کسانی که لزوم اثبات نفع را یکی از شرایط ماهوی طرح دعوی می‌پندارند، دلایل پیش‌بینی چنین شرطی در این ایده نهفته است که طرح هر دعوی پس از انتخاب و تصمیم‌گیری نفع درباره مراجعه کردن یا نکردن به دادگاه است. بر اساس این نظریه، هر شخص پیش از طرح دعوی در محاسبه‌ای ذهنی، منافع و ضررهای طرح یا طرح نکردن دعوی را با هم مقایسه می‌کند. طرح دعوی به این معنی است که فرد صاحب حق طرح دعوی را به منافع خود نزدیک‌تر دیده است و طرح نکردن دعوی به این معنی است که از نظر وی، ضررهای ناشی از طرح دعوی بیشتر از منافع آن است (Lunny, 1978, p.321). بر این اساس نمی‌توان چنین بیان داشت که طرح دعوی و احقاق حق توسط دادگاه همیشه مطلوب و مورد مطالبه صاحب حق است (Lunny, 1978, p. 322). این گروه با مفروض پنداشتن مقدمات پیش‌گفته، بر این عقیده‌اند که چنانچه صاحب حق طرح دعوی نکند، هیچ شخص یا مقام دیگر نمی‌تواند از جانب وی طرح دعوی کند. بنابراین، ذی‌نفع بودن از شرایط ماهوی مربوط به طرح دعوی و مربوط به صاحب حق است و نه شرایط شکلی که دادگاه باید وجود داشتن یا نداشتن آن را تشخیص دهد.

حامیان نظریه بالا بر این باورند که پیش‌بینی شرط سمت در دعاوی خصوصی، ضروری و درعین‌حال، بدیهی است و عمده چالش‌ها در دعاوی حقوق عمومی مطرح می‌شود. در موضوعات سنتی مانند قراردادهای مالکیت، ازدواج و غیره به این دلیل که تشخیص طرفین دعوی فاقد دشواری است، احراز سمت فاقد چالش‌های موجود در دعاوی منفعت عمومی است. مراجعه کردن یا نکردن طرفین چنین رابطه مفروضی به دادگاه به این معنی است که شخص صاحب حق پس از

محاسبه ذهنی، طرح نکردن دعوی را به منافع خویش نزدیک‌تر از منافع حاصل از طرح دعوی پنداشته است. توجه به این موضوع در تفکیک دعاوی منفعت عمومی از دعاوی خصوصی اهمیت دارد؛ توضیح اینکه، حقوقی که در دعاوی منفعت عمومی مورد استناد قرار می‌گیرند، حقوقی هستند که ذی‌نفع‌های متعدد دارند و افراد کثیری از آن‌ها متأثر می‌شوند و برای همین، امکان پیاده‌سازی نظریه سنجش ذهنی درباره چنین حقوقی دشوار و دور از ذهن به نظر می‌رسد. در دعاوی حقوق خصوصی صاحب حق یا ذی‌نفع عمدتاً یک شخص یا عده محدودی هستند و به همین دلیل، به راحتی می‌تواند (یا می‌توانند) درباره طرح کردن یا نکردن دعوی تصمیم‌گیری کنند، اما در دعاوی مرتبط با حقوق عمومی که بخش زیادی از جامعه ذی‌نفع دعوی هستند، رسیدن به اتفاق نظر برای تصمیم‌گیری درباره منافع و ضررهای طرح دعوی دشوار است. پس از تمام توضیحات بالا، اکنون باید به این پرسش پاسخ گفت که در دعاوی مرتبط با منفعت عمومی، ذی‌نفع کیست؟

با توجه به تفاوت‌های اشاره‌شده میان دعاوی منفعت عمومی و دعاوی خصوصی و جمعی در قسمت پیش، باید اذعان کنیم صاحب «حق عمومی» تمام افرادی هستند که در آن شریک‌اند و فرد یا شهروند عادی نمی‌تواند به نمایندگی جامعه (که صاحبان حقوقی عمومی هستند) در این باره تصمیم‌گیری کند. نتیجه چنین ضرورتی، پیش‌بینی مقامی است که از جانب جامعه محاسبه ذهنی نفع و ضرر اقدام قضایی را انجام دهد و تصمیم‌گیری کند (Lunny, 1978, p. 324). در بیشتر کشورها مقامی که به نمایندگی از جامعه چنین تصمیمی را می‌گیرد، دادستان یا مدعی‌العموم است. بهترین اصطلاحی که برای نشان دادن این شأن دادستانی به کار برده می‌شود، «صدای مردم»<sup>۱</sup> است. عمل دادستان درباره طرح کردن دعوی مرتبط با منفعت عمومی، شباهت زیادی با سنجش ذهنی صاحب حق در دعاوی حقوق خصوصی دارد. بر اساس یافته‌های تطبیقی، دادستان‌ها یا بر اساس اطلاعات و تصمیم ابتدایی خود<sup>۲</sup> دعاوی منفعت عمومی را مطرح می‌کنند یا این نقش را با تأیید و دادن مجوز به افرادی که قصد دارند در حمایت از منافع عمومی طرح دعوی کنند، ایفا می‌کنند.

دعوی «از طریق واسط» پرکاربردترین نوع این دعاوی است. دعوی واسطه‌ای به فرایندی

1. Vox Populi  
2. Ex Officio

اشاره دارد که بر اساس آن، فردی به دنبال احقاق حق عمومی (که به اجتماع به‌مثابه یک کل تعلق دارد) است<sup>۱</sup>، اما چون در این دست موضوعات، اثبات سمت ممکن نیست، به دادستان رجوع می‌کند و دادستان به‌مثابه رابط فرد مورد نظر با دادگاه، به وی اجازه طرح دعوی می‌دهد. نکته شایان توجه اینکه، در بیشتر این موضوعات فردی که درخواست طرح چنین دعوایی را دارد، خود نیز ذی‌نفع است، اما چون نفع مورد نظر به‌صورت واقعی و مستقیم مستقر نشده است، وی نیازمند کسب اذن از مدعی‌العموم است.

با توضیحات بالا می‌توان گفت که دعاوی منفعت عمومی همواره با حق عمومی سروکار دارد. بنابراین، اصل پذیرفته‌شده‌ای که بر اساس آن، اثبات سمت منوط به وجود نفع مستقیم و شخصی خواهان است، در دعاوی منفعت عمومی لازم‌الرایه نیست. می‌توانیم بگوییم دعاوی منفعت عمومی، دعاوی‌ای است که دارای ذی‌نفع مشخص نیست و به نفع عمومی جامعه (به‌مثابه کل واحد) مرتبط است و نه نفع شخصی افراد (Skyles, 1953, p. 117). ورود دادستان و گروه‌های ذی‌نفع تا اندازه زیادی نشان‌دهنده همین موضوع است. حتی در موارد دعوی از طریق واسط هم نفع فردی تا اندازه‌ای موجود و متصور است، اما این نفع فردی، محدود موضوع و خواسته اصلی دعوی نیست و آنچه باعث می‌شود دادستان با طرح چنین دعوایی موافقت کند، وجود نفع جمعی در پرونده مطروح است. برای تبیین بیشتر موضوع می‌توان به شرایط احراز عنوان مدعی‌العموم خصوصی اشاره کرد. مدعی‌العموم خصوصی، نهادی است که بر اساس آن، شخصی که مدعی طرح دعاوی عمومی است، به دادگاه رجوع و دادگاه پس از احراز شرایطی، معادل حق‌الزحمه عملکرد یک دادستان برای پیگیری چنین دعوایی به وی پرداخت می‌کند و شرایط عبارت‌اند از نفع حاصل از طرح دعوی متوجه تعداد زیادی از افراد باشد، نیازمند اجرای احکام خصوصی باشد و از اهمیت اجتماعی برخوردار باشد (Langer, 1988, pp. 302-303). همان‌گونه که مشاهده می‌شود، این سازوکار نیز متوجه حقوقی است که به اجتماع و عموم افراد مرتبط باشد. شاهد مثال بعد که گواه ضرورت وجود نفع عام باشد، تفاوتی است که میان دعاوی گروهی و دعاوی منفعت عمومی از حیث دامنه ذی‌نفعان وجود دارد؛ با این توضیح که در دعاوی گروهی، حق مورد استناد متوجه طبقه یا گروه خاصی است و هدف اصلی طرح چنین دعوایی، حمایت از منافع صنفی خاص است،

1. <http://www.attorneygeneral.ie/ag/agrelator.html> (Retrieved 02/01/2021).

اما دعاوی منفعت عمومی از حیث دامنه ذی‌نفعان عمومیت بیشتری دارد و به‌طورکلی، متوجه «عموم مطلق»<sup>۱</sup> است.

با توجه به مطالب بالا می‌توان گفت دعاوی منفعت عمومی به مواردی اشاره دارد که منفعت عمومی به‌طور مستقیم مورد استناد قرار گرفته است (Tumanov, 2015, p. 64). در این دعاوی، حقوقی مورد مطالبه است که در صورت احقاق، نفع حاصل از آن به کل جامعه مفروض (به‌مثابه کل) می‌رسد و حقوق فرد مشخصی موضوع دعوی نیست و تمام افراد ذی‌نفع هستند، اما در دعاوی منفعت عمومی، این نفع غیرمستقیم و ثانویه است و قابل اطلاق به دعاوی فردی که افراد در آن ذی‌نفع مستقیم هستند، نیست. عکس‌گزاره بالا نیز صادق است؛ یعنی در دعاوی فردی که ذی‌نفع مستقیم افراد هستند، کل جامعه به‌نوعی از دادخواهی انجام‌شده سود می‌برند، زیرا افراد در حصول نظم اجتماعی سهیم‌اند، اما این سهیم شدن به‌صورت غیرمستقیم و ثانویه است. برای مثال، احقاق حقوق گروهی یک فرد که عضو اقلیتی خاص است (مثلاً اقلیت دینی)، موضوع دعاوی منفعت عمومی نیست، اما در صورتی که حقوق تمام اعضای آن اقلیت به دلیل صدور بخش‌نامه‌ای از جانب مقامات رسمی نقض شده باشد، می‌توان دعاوی مطروحه را از مصادیق دعاوی منفعت عمومی تلقی کرد. براین اساس، دعاوی مربوط به محیط‌زیست، بهداشت و سلامت، حمایت از میراث فرهنگی و اموال دولتی از مصادیق دعاوی منفعت عمومی تلقی می‌شود. نکته‌ای که در اینجا باید توجه داشت، این است که صرف وجود تعداد زیادی از افراد باعث ایجاد چنین حقی نمی‌شود. در واقع، آنچه برای پیش‌بینی حقوق عمومی مورد استناد در این‌گونه دعاوی حائز اهمیت است، وجود «نیاز مشترک»<sup>۲</sup> است (Tumanov, 2015, p. 65) و تعداد افراد نمی‌تواند ملاک عمل باشد. بنابراین، همان‌گونه که ممکن است کل مردم شهر درباره تصمیمات شهرداری یا اقدام مخرب محیط‌زیست یک کارخانه، ذی‌نفع دعاوی منفعت عمومی باشند، اعضای یک محله نیز در چنین دعاوی‌ای ذی‌نفع واقع می‌شوند. گواه چنین گزاره‌ای، برخی سازوکارهای خصوصی طرح دعاوی منفعت عمومی است. در دعوی از طریق رابط یا مدعی‌العموم خصوصی، شخصی که طرح دعوی به ابتکار و درخواست وی انجام می‌شود، یک نفر است، اما چون موضوع دعوی حقی است که به کل جامعه مفروض یا «عموم مطلق» مربوط است، دادگاه یا دادستان اجازه طرح دعوی را

---

1. General Public  
2. General Need

صادر می‌کند.

تشخیص و تفکیک دقیق دعاوی دارای ذی‌نفع مشخص و فردی و دعاوی منفعت عمومی دشوار و نیازمند تشخیص مقامات ذی‌ربط است. در مواردی ممکن است در موضوع واحد، ابعاد فردی و جمعی موضوع با هم اختلاط یابند. تشخیص این موضوع یکی از چالش‌های تشخیص سمت در این دعاوی است. برای مثال، هنرمند یا نویسنده‌ای که آثار و شخصیتش به لحاظ ملی دارای اهمیت است و محبوبیت خاصی در اجتماع دارد، پیگیری حقوق مربوط به مالکیت فکری تا زمانی که آن شخص در قید حیات است، به عهده خود آن شخص است و هیچ شخص دیگری (جز وکیل) نمی‌تواند از جانب وی طرح دعوی کند، اما پس از فوت وی و در صورتی که هیچ وارثی نداشته باشد، رسیدگی به هرگونه نقض حق مالکیت آثار وی، از مصادیق حقوق عمومی تلقی می‌شود.

### ۳. نسبت‌سنجی بین کارویژه احیای حقوق عامه و دعاوی منفعت عمومی

پس از آشنایی کلی با حقوق و دعاوی منفعت عمومی، در این قسمت تلاش می‌شود تا از یافته‌های تطبیقی برای تبیین عینی‌تر کارویژه احیای حقوق عامه استفاده شود. بنابراین، نخست به توضیح حقی که می‌توان آن را یک «حق» عامه دانست، می‌پردازیم و بعد از آن، مفهوم احیا را بررسی می‌کنیم.

پیش از آغاز مباحث این قسمت لازم است رویکرد نظری نگارندگان درباره کارویژه احیای حقوق عامه (متشکل از مفهوم حقوق عامه و احیا) بیان شود. تمام تلاش پژوهش حاضر بر این است که این کارویژه متمایز از دیگر مسئولیت‌ها و تأسیسات قانونی در نظر گرفته شود. برای مثال، نقض و پیگیری حقوق عامه متمایز از ارتکاب جرم یا دعاوی مسئولیت مدنی است. در هر تحلیلی از حقوق عامه باید نکته فوق را مدنظر داشت؛ زیرا در غیر این صورت دلیل و ضرورتی برای پیش‌بینی تأسیس مجزا در قانون اساسی وجود نداشت و بعید به نظر می‌رسد با وجود بند ۱ اصل ۱۵۶ (درخصوص رسیدگی به تظلمات) و بند ۵ همان اصل (درخصوص پیشگیری از وقوع جرم)، مقنن اساسی بند ۲ مبنی بر وظیفه قوه قضائیه در احیای حقوق عامه را تصویب می‌کرد. بنابراین، در برابر هر تفسیری که از این کارویژه ارائه می‌شود، باید از تمایز آن تفسیر با دیگر تأسیسات حقوقی پرس‌وجو کرد.

زمانی که سخن از حقوق عامه به میان می‌آید، منظور حقوقی است که عمدتاً متکی بر «قانونی بودن» به مثابه نفع اصلی هستند، اما نمی‌توان بیان داشت که دیگر حقوق نیز به نوعی متکی بر قانون هستند و همه حق‌ها در قانون پیش‌بینی شده است. قانونی بودن در حقوق عامه اقتضایی خاص دارد که در ادامه بیان می‌شود. گواه این گزاره، تقسیم‌بندی انجام‌شده در اتحادیه اروپا بین صلاحیت‌های مختلف دادستان‌هاست. در اتحادیه اروپا صلاحیت‌های دادستان به دو دسته صلاحیت‌های کیفری<sup>۱</sup> و غیرکیفری<sup>۲</sup> تقسیم شده است. دسته نخست همان‌گونه که از نام آن مشخص است، متمرکز بر صلاحیت‌های متداول و سنتی دادستان‌ها در پیشگیری و پیگیری جرائم است<sup>۳</sup>، اما دسته دوم، ناظر بر صلاحیت دادستان‌ها در تضمین حاکمیت قانون و حقوق بشر است<sup>۴</sup>. بنابراین، در دیگر کشورها نیز تا حد ممکن تلاش شده است وظایف دادستانی‌ها در حمایت از منافع عمومی از دیگر وظایفشان تفکیک شود و تابع اصول خاص خود مانند رعایت اصل تفکیک قوا، عدم ایجاد مانع برای پیگیری حقوق شخصی توسط افراد و استثنایی بودن این صلاحیت‌هاست.

### ۱.۳. حق عامه؛ حق بدون ذی‌نفع مستقیم و مشخص

مفهوم حقوق عامه و تعیین مصادیق آن در رویه قضایی همواره محل اختلاف بوده است. تمام تلاش این پژوهش نیز کمک از یافته‌های تطبیقی برای کاهش ابهامات موجود است؛ توضیح اینکه بر اساس بند الف ماده ۱ دستورالعمل نظارت و پیگیری حقوق عامه مصوب ۱۳۹۷/۱۱/۰۳ رئیس قوه قضائیه<sup>۵</sup>، حقوق عامه «حقوقی است که در قانون اساسی، قوانین موضوعه یا سایر مقررات لازم‌الاجرا ثابت است و عدم اجرا یا نقض آن، نوع افراد یک جامعه مفروض مانند افراد یک شهر، منطقه، محله و صنف را در معرض آسیب یا خطر قرار می‌دهد یا موجب فوت منفعت یا ضرر یا سلب امتیاز آنان می‌شود از قبیل آزادی‌های مشروع، حقوق محیط‌زیستی، بهداشت و سلامت

1. The Role of Public Prosecution in The Criminal Justice System

2. The Role of Public Prosecution Outside The Criminal Justice System

۳. برای اطلاعات بیشتر ر.ک. به: توصیه‌نامه 19(2000) Rec شورای اروپا

[https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=090000168044be55a](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=090000168044be55a).

۴. برای اطلاعات بیشتر ر.ک. به: توصیه‌نامه 11(2012) CM/Rec

[https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016805c9d19](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805c9d19).

۵. زین پس به اختصار: «دستورالعمل حقوق عامه».

عمومی، فرهنگ عمومی و میراث فرهنگی، انفال، اموال عمومی و استانداردهای اجباری». از مهم‌ترین ابهامات مفهومی درباره حقوق عامه، امکان اطلاق حقوق عامه به حقوق فردی است. برخی دادستان‌ها به استناد وظیفه خود در احیای حقوق عامه، اقداماتی را انجام داده‌اند که موضوع آن‌ها نه نفع جمعی، بلکه نفع فرد خاصی است. از سوی دیگر، تعریف مضیق حقوق عامه در دستورالعمل مذکور حقوق عامه که بیشتر به مفهوم حقوق جمعی نزدیک است، باعث می‌شود تا در فضای حقوقی ابهاماتی ایجاد شود که بر اساس آن‌ها، مفهوم مورد نظر از حقوق عامه به حقوق جمعی نزدیک و فاقد رویکرد حق‌محور و نسبت به حقوق فردی بی‌اعتناست. نسبت‌سنجی میان حقوق عامه و حقوق منفعت عمومی و اهمیت یافته‌های تطبیقی در این باره بسیار راهگشاست. مباحث مرتبط با ضرورت‌های اجتماعی پیدایش حقوق منفعت عمومی و بحث سمت در دعاوی منفعت عمومی تا اندازه زیادی با این ابهامات مرتبط و برطرف‌کننده برخی اختلافات درباره مفهوم حقوق عامه است.

برای تبیین موضوع چند مثال از دستورات دادستانی‌ها را بیان می‌کنیم. در زمستان سال ۱۳۹۹، جانشین دادستان بندرعباس در خصوص نوزادی که والدینش تمکن مالی پرداخت مخارج بیمارستان را نداشتند، با صدور دستوری رئیس بیمارستان را مکلف کرد تا حصول کامل بهبودی، کودک مزبور را ترخیص نکند.<sup>۱</sup> مستند صدور این دستور ماده ۲۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری و اصل ۲۹ قانون اساسی درباره تأمین اجتماعی همگانی بود. همان‌گونه که مشخص است، ذی‌نفع دستور بالا یک کودک است. بی‌درنگ پس از انتشار دستور بالا در فضای مجازی، ابهاماتی درباره امکان اطلاق حقوق عامه به حقوقی که تنها دارای یک ذی‌نفع مستقیم و مشخص است، مطرح شد. در مثالی دیگر، دادستان مرکز استان سیستان و بلوچستان در دستوری رئیس یکی از بیمارستان‌های مرکز استان را مکلف ساخت تا برای یک همراه مریض که از شهرستانی دیگر به مرکز استان آمده است، محلی برای استراحت فراهم کند. مثال‌های بالا عمدتاً از این نظریه حمایت می‌کنند که حقوق عامه قابل اطلاق بر حقوق فردی است.

---

۱. گفتنی است دستورهای دادستان‌ها که در این پژوهش به آن اشاره می‌شود، به‌طور رسمی منتشر نشده است و دسترسی نگارندگان به آن‌ها به دلیل اشتغال در پژوهشگاه قوه قضائیه و عمدتاً حاصل نشست‌های تخصصی مرتبط با حقوق عامه است.



نگارندگان این پژوهش برای تبیین مسئله بالا، نظر دادستان‌های اغلب مراکز استان‌ها را درباره ارتباط نفع و حقوق عامه اخذ کردند. نتایج مصاحبه نشان‌دهنده دو رویکرد عمده میان دادستان‌ها بود.

۱. برخی مدافع امکان اطلاق حقوق عامه بر حقوق دارای ذی‌نفع مستقیم و مشخص (حتی یک نفر) بودند.<sup>۱</sup>

۲. برخی حقوق عامه را حقوقی می‌دانستند که تعداد زیادی از افراد را تحت تأثیر قرار داده‌اند فارغ از اینکه این نفع مستقیم باشد یا غیرمستقیم. منظور از نفع مستقیم مواردی است که ذی‌نفع تمام شرایط مقرر در قانون آیین دادرسی مدنی را برای احراز سمت و نفع داشته باشد.<sup>۲</sup> نگارندگان این پژوهش (پس از بررسی حدود ۲۰۰ رأی صادره از دادستان‌های مختلف کشور) بر این عقیده هستند که باید نظریه سوم را به دو مورد پیش افزود. پیش از شرح موضوع، چند مثال دیگر از دستورهای دادستان‌ها که در راستای احیای حقوق عامه صادر شده و حامی رویکرد سوم است، بیان می‌شود.

- الزام نیروی انتظامی به ممانعت از تفکیک پسماندهای خشک خانگی توسط افراد سودجو.

- الزام پزشکان به استفاده از دستگاه کارت‌خوان.

- پیگیری برای تسریع در فرایند اتمام و واگذاری طرح‌های مسکن مهر.

- حصول اطمینان از ایمنی جایگاه‌های گاز سی‌ان‌جی.

- مقابله با استخراج رمزارز غیرمجاز.

بررسی بیشتر دستورهای دادستان‌های نشان‌دهنده می‌تواند حقوق عامه را به مثابه حقوقی که دارای ذی‌نفع غیرمحصور هستند، در نظر گرفت. مفهوم مخالف گزاره بالا، ممکن نبودن اطلاق حقوق عامه به مواردی است که دارای ذی‌نفع مشخص و مستقیم است. به عبارت دیگر، مفهوم حقوق عامه مدنظر در قانون اساسی که برخی مقامات قضایی پذیرفته‌اند، همان مفهوم حقوقی عمومی است (رشیدی، ۱۴۰۱، ص. ۸۸). برای همین، در دستورالعمل حقوق عامه بیان شده است که نقض حقوق عامه، «نوع افراد» یک شهر یا منطقه را تحت تأثیر قرار می‌دهد و مثال‌هایی که

۱. مصاحبه‌شونده آقای محمدرضا حدادزاده (دادستان مرکز استان یزد).

۲. مصاحبه‌شونده حسین درودی (دادستان مرکز استان خراسان رضوی) و شهرام کرمی (دادستان مرکز استان کرمانشاه). تاریخ مصاحبه آبان سال ۱۳۹۹.

به‌مثابه مصادیق آن بیان شده، مواردی مانند بهداشت عمومی، اموال عمومی و میراث فرهنگی است. به‌عبارت‌دیگر، منظور از نوع افراد، هر فردی است که در شهر یا منطقه‌ای زندگی می‌کند و احیای حق مزبور بر منافع آن‌ها تأثیرگذار است. به بیان دیگر، مبنای برخورداری افراد از حقوق عامه، عضویت آن‌ها در اجتماعی مشخص است. حقوق عامه در این معنا به نسل سوم حقوق بشر نزدیک می‌شود. گواه این مسئله، فهرستی است که در سال ۱۳۹۸، دادستانی کل کشور در باره مصادیق حقوق عامه تهیه کرد.<sup>۱</sup> در این فهرست تمام حقوق ذیل چند عنوان کلی قرار گرفت؛ بهداشت عمومی، فرهنگ عمومی، اقتصاد و ایمنی اجتماعی از جمله این موارد است. توجه به این عناوین کلی همگی گواه پذیرش رویکرد سوم در بدنه اصلی قوه قضائیه است. به نظر می‌رسد دلیل اصلی خودداری مقامات قوه قضائیه و دادستان‌های محترم از پذیرش رسمی این رویکرد، انتقاداتی است که احتمالاً به این قوه درباره عدم پیگیری حقوق فردی وارد می‌شود و عمدتاً ناظر به مسائل سیاسی است تا حقوقی.

جدا از استدلال‌های بالا، نحوه نگارش دستورالعمل حقوق عامه نیز به تأیید نظر فوق کمک می‌کند. در این دستورالعمل، وظیفه اصلی احیا بر عهده دادستان‌ها گذاشته شده است. اندکی کاوش در یافته‌های تطبیقی پاسخ‌گوی چرایی این موضوع است، اما پیش از آن ضروری است تا نگاهی به مفهوم حیثیت عمومی جرم و دعوی عمومی داشته باشیم. بر اساس ماده ۸ قانون آیین دادرسی کیفری (مصوب سال ۱۳۹۲) جرائم دو جنبه دارند. «الف. حیثیت عمومی از جهت تجاوز به حدود و مقررات الهی یا تعدی به حقوق جامعه و اخلال در نظم عمومی، ب. حیثیت خصوصی از جهت تعدی به حقوق شخص یا اشخاص معین». در ادامه نیز ماده ۹ قانون یادشده بیان می‌کند «ارتکاب جرم می‌تواند موجب طرح دو دعوی شود. الف. دعوی عمومی برای حفظ حدود و مقررات الهی یا حقوق جامعه و نظم عمومی، ب. دعوی خصوصی برای مطالبه ضرر و زیان ناشی از جرم یا مطالبه کیفرهایی که به موجب قانون حق خصوصی بزه‌دیده است مانند حد قذف و قصاص». در ماده ۱۱ نیز «تعقیب متهم و اقامه دعوی از جهت حیثیت عمومی بر عهده دادستان و اقامه دعوی و درخواست تعقیب متهم از جهت حیثیت خصوصی با شاکی یا مدعی خصوصی است». آنچه از مجموع مواد بالا استنباط می‌شود، تمرکز دادستان بر جرائمی است که ذی‌نفع خاص ندارند و طرح

۱. این فهرست تاکنون به دلایل نامعلومی منتشر نشده است.

«دعوی عمومی» برای حفظ «حقوق جامعه» ضرورت دارد. در دیگر قوانین نیز مستنداتی از این دست قابل شناسایی است مانند ماده ۶۱۲ قانون تعزیرات سال ۱۳۷۵ که جریان جنبه عمومی جرم را منوط به «اخلال در نظم و صیانت و امنیت جامعه» دانسته است. در همین راستا، مقنن مقرر کرده که اقامه دعوی درباره حیثیت خصوصی جرم با شاکی یا مدعی خصوصی است. در تحلیل نهایی دعوی عمومی در آیین دادرسی کیفری را می‌توان ناظر به مواردی دانست که دادستان به نمایندگی از جامعه (خالقی، ۱۴۰۰، ج ۱، ص. ۳۹) و در مواردی که ذی‌نفع مشخص وجود ندارد یا در صورت وجود به هر دلیلی اقدام به شکایت نکرده است (آقابابایی و نظری، ۱۴۰۰، ص. ۱۹۷)، اقدام به تعقیب متهم می‌کند.

آنچه در سطرهای پیش گفته شد، ارتباط زیادی با حقوق قابل استناد در دعاوی منفعت عمومی و اقتضائات مرتبط با شرط سمت دارد. غلبه نفع عمومی بر نفع فردی، فرافردی بودن حقوق قابل استناد در دعاوی منفعت عمومی، عدم قابلیت انتساب به ذی‌نفع مشخص و درنهایت، ممکن نبودن محاسبه ذهنی توسط افراد به دلیل ذی‌نفع نبودن و واگذاری صلاحیت طرح دعوی به دادستان از جمله این موارد است (Capelletti, 1976, p. 643). در تحلیل نهایی می‌توان چنین بیان داشت که پیش‌بینی کارویژه احیای حقوق عامه و دعاوی منفعت عمومی از یک نظریه سرچشمه می‌گیرند «... در مواردی که نفع شخصی در دعوی وجود ندارد، قانونی بودن به‌عنوان منفعتی همگانی باید بتواند مبنایی برای طرح دعوی همه شهروندان... باشد.» (رنجبر، ۱۳۹۷، ص. ۷۴)

بنا بر مطالب پیش‌گفته، حق عامه، حقی فرافردی است و مواردی را که دارای ذی‌نفع مشخص است، نمی‌توان حق فردی دانست.

نکته‌ای که درباره تشخیص مصادیق حقوق عامه راهگشاست و در موارد زیادی نادیده گرفته می‌شود، جهتی است که به حق یا موضوع دعوی یا تخلف نگریسته می‌شود. در زمان بروز اختلاف در تشخیص اینکه یک موضوع قابلیت پیگیری بر اساس بند ۲ اصل ۱۵۶ را دارد یا خیر، دقت در جهتی است که به موضوع نگریسته می‌شود. برای مثال، درباره پرونده‌های تخلف بانکی که در سال‌های ۱۳۹۸ و ۱۳۹۹ موجب تجمعات متعدد در سطح کشور شده بود، برخی دادستان‌ها از باب احیای حقوق عامه به مسئله وارد شدند، اما آیا پیگیری حقوق طلب‌کاران و زیان‌دیدگان، هرچند هم که تعداد آن‌ها زیاد باشد، از مصادیق حقوق عامه است؟ توجه به جهت در چنین مواردی به ما کمک می‌کند؛ توضیح اینکه، ورود دادستان از باب پیگیری احتمالی نقض قوانین و

مقررات بدون توجه به نفع فردی زیان‌دیدگان می‌تواند ذیل این عنوان قرار گیرد، اما یقیناً پیگیری نفع تک‌تک زیان‌دیدگان تا حصول نتیجه از کارویژه احیای حقوقی عامه خروج موضوعی دارد. در این موارد، صلاحیت دادستان در حیطه جنبه عمومی این موارد، مشمول احیای حقوق عامه قرار می‌گیرد. این موضوع تا اندازه زیادی در گروهی شرح مفهوم احیاست که در سطور بعد بیان می‌شود.

### ۲.۳. ماهیت کارویژه احیای حقوق عامه؛ چستی دستورهای دادستانی‌ها

یکی از ابهاماتی که همواره درباره احیای حقوق عامه مطرح بوده، ماهیت و چستی موضوع «احیا» است. تاکنون در این باره نظرهای متفاوتی بیان شده است. بر اساس یکی از تعاریف، مسئولیت احیای حقوق عامه مربوط به وضعیتی است که به‌رغم پیش‌بینی وظایف و مسئولیت برای برخی سازمان‌ها، اقدام کافی در زمان مقتضی انجام نشده است. در این صورت قوه قضائیه به‌عنوان پیشتیبان حقوق فردی و اجتماعی و به لحاظ پاسداری از حقوق مردم، اعمال صلاحیت می‌کند (تنگستانی و مرادی برلیان، ۱۳۹۷، ص. ۸۲). ثانوی بودن احیا بدین معنی که دادستان‌ها تنها در صورت عدم انجام یا عدم انجام کامل وظایف نهادهای عمومی در صیانت و مراقبت از حقوق عمومی، حق ورود در قالب اعتراض، تذکر و اخطار به نهاد ذی‌ربط را دارند، یکی دیگر از تعاریف ارائه شده است (پژوهشگاه قوه قضائیه، ۱۳۹۶، ص. ۱۱۰). مهم‌ترین اثر تبیین این موضوع، پیشگیری از نقض تفکیک قوا و اختلاط وظایف دادستانی و دستگاه‌های اجرایی است؛ البته آثار دیگری نیز دارد از جمله تبیین میزان صلاحیت مورد نیاز برای انجام دادن این کارویژه و تشکیل شعبه یا مجتمع تخصصی دادگاه برای رسیدگی به پرونده‌های حقوق عامه.

برای فهم ماهیت و چستی احیا، چند مثال از دستورهای دادستان‌ها درباره احیای حقوق عامه بیان می‌شود. مثال نخست: معاون حقوق عامه دادرای عمومی و انقلاب تهران در یکی از تصمیمات خود در راستای مشکلات به‌وجودآمده درباره جمع‌آوری پسماند خطاب به فرماندهی انتظامی تهران بزرگ چنین گفت «... حسب مواد... قانون مدیریت پسماند تنظیم... و جمع‌آوری پسماند... در سطح شهر تهران از وظایف سازمان مدیریت پسماند است. متأسفانه در سنوات اخیر... عده‌ای سودجو... اقدام به تفکیک غیرمجاز پسماندها می‌نمایند. این عمل غیرقانونی موجب آلودگی زیستی در شهر می‌شود. ... با توجه به موارد معنونه ... دستور فرمایید کلانتری‌های شهر

تهران... با برقراری نظم و امنیت محل، ترتیبی اتخاذ نمایند تا مأمورین شهرداری به وظیفه قانونی خود جهت جمع‌آوری و جلوگیری از این فصل تخلفات اقدام نمایند».

مثال دوم: دادستان عمومی و انقلاب تویسرکان در راستای حل مشکلات ناشی از قیمت آرد، خطاب به ستاد تنظیم بازار استان چنین دستوری صادر کرد «با توجه به قیمت بالای آرد صنف و صنعت (اتحادیه قنادان، کیک و کلوچه)، ۱۴۰ الی ۱۶۰ هزار تومان و آرد یارانه‌ای و نیمه‌یارانه‌ای که توسط دلالان به واحدهای تولیدی کیک و کلوچه فروخته می‌شود (به قیمت ۷۰ الی ۹۰ هزار تومان) و اختلاف قیمت آرد با نرخ کیک و کلوچه همخوانی ندارد. فلذا در راستای اصلاح فرایند قیمت‌گذاری به صورت قیمت‌گذاری دقیق و کارشناسی در کارگروه تنظیم بازار اقدام گردد».

با بررسی موارد فوق می‌توان چند نتیجه گرفت. ۱. ماهیت تصمیمات دادستان‌ها اجرایی است نه قضایی. مواردی مانند دستور به کارشناسی دقیق قیمت‌ها، نظارت بر طرح تعویض تیرهای چراغ برق و دستور به همکاری قوای انتظامی با شهرداری از این موارد است که ماهیت قضایی ندارد. ۲. ماهیت دستورها جنبه نظارتی دارد؛ یعنی عدم اجرای دستور دادستان‌ها ضمانت اجرای مشخصی ندارد. یافته‌های تطبیقی نیز کاملاً گواه چنین موضوعی است. استفاده از عناوینی مانند «نظارت بر اجرای قوانین» و محدود کردن صلاحیت‌های دادستان‌ها به اخطار و تذکر کتبی و درنهایت، طرح دعوی در مراجع قضایی، همگی بیان‌کننده این هستند که دستورهای صادرشده دادستان‌ها به‌طور مستقیم برای مقامات اجرایی لازم‌الرعايه نیست. نتایج مصاحبه‌های انجام‌شده با دادستان‌های مراکز بیشتر استان‌ها<sup>۱</sup> نشان می‌دهد که تمام آن‌ها نخستین چالش خود در احیای حقوق عامه را نبود ضمانت اجرای مشخص می‌دانند. چنین موضوعی از دید ایشان چالش تلقی می‌شود، اما حقایق حقوقی بیان می‌کند که عدم پیش‌بینی ضمانت اجرای مشخص در دستورالعمل حقوق عامه مطابق با اصول و از پیش تعیین‌شده است و نمی‌توان آن را نقص یا سکوت قانون دانست؛ توضیح اینکه، حسب ماده ۲ دستورالعمل حقوق عامه، «دادستان هر حوزه قضایی مکلف است در صورت عدم اجرا یا نقض حقوق عامه یا قریب‌الوقوع بودن آن، حسب مورد اقدامات زیر را انجام دهد.

۱. تمام مصاحبه‌ها در آبان سال ۱۳۹۹ انجام شدند. برخی مصاحبه‌شوندگان عبارت‌اند از حسین درودی (دادستان مرکز استان خراسان رضوی)، حسن مددی (دادستان مرکز استان البرز)، مجتبی قهرمانی (دادستان مرکز استان هرمزگان) و شهرام کرمی (دادستان استان کرمانشاه).

۱. تعقیب کیفری متهمان ناقض حقوق عامه در چهارچوب جرم و مجازات مذکور در قانون.
  ۲. تذکر یا اخطار به دستگاه اجرایی در صورت تعلل آن دستگاه برای اقامه دعوی.
  ۳. تذکر یا اخطار به مسئول دستگاه اجرایی و سایر اشخاص حقیقی یا حقوقی ذی‌ربط در خصوص اقداماتی که منتهی به نقض حقوق عامه می‌شود.
  ۴. اتخاذ تدابیر پیشگیرانه.
  ۵. صدور دستور توقف اقدامات در چهارچوب ماده ۱۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری.
- تبصره ۱. در صورت عدم حصول نتیجه در موارد مذکور در بندهای ۲ و ۳ مذکور، دادستان مراتب را جهت هرگونه اقدام مقتضی به دادستان کل کشور و دستگاه‌های نظارتی ذی‌ربط اعلام می‌کند. دستگاه‌های نظارتی مذکور موظف‌اند در چهارچوب قوانین و مقررات اقدام کنند.» همان‌گونه که از متن ماده بالا و دیگر مواد دستورالعمل (از جمله مواد ۳، ۴ و ۵) قابل استنباط است، صلاحیت دادستان‌ها در پیگیری احیای حقوق عامه منحصر به تذکر و اخطار است و هیچ‌گونه صلاحیتی که به‌موجب آن دادستان‌ها بتوانند خطاب به دستگاه‌های مربوط دستور لازم‌الاجرا صادر کنند، پیش‌بینی نشده است. چنین برداشتی از مفهوم احیا کاملاً منطبق با تعریف حقوقی مفهوم نظارت است؛ توضیح اینکه از سویی (و بر اساس تعاریفی که پیش‌تر ارائه شد) احیا ماهیتی ثانوی دارد؛ یعنی در صورت عدم انجام وظایف از طرف دستگاه اجرایی، دادستانی‌ها موظف‌اند در قالب اخطار و تذکر ورود کنند.

### نتیجه‌گیری

ظهور و تغییر تأسیسات حقوقی همواره متأثر از نیازهای اجتماعی و اقتضائات خاص جوامع است. از عدم پذیرش حق دادخواهی در سطحی‌ترین شکل خود برای برخی طبقات جامعه در قرون وسطی گرفته تا پذیرش حق دادخواهی اساسی برای تمام افراد جامعه و در نهایت، پیش‌بینی سازوکارهایی برای طرح دعاوی منفعت عمومی که در آن‌ها هیچ‌ذی‌نفع مستقیم و مشخصی متصور نیست، همگی گواه این موضوع است. آخرین تحول از این دست در نظام حقوقی ایران را می‌توان در پیش‌بینی معاونت حقوق عامه در طرح اصلاح قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری جست؛ نهادی که اصلی‌ترین فلسفه وضع آن تبیین سازوکاری برای طرح دعاوی است که فاقد ذی‌نفع مشخص است.

در این پژوهش، به‌طور تفصیلی ضرورت‌های اجتماعی منجر به پذیرش دعاوی منفعت عمومی در کشورهای کامن‌لا بررسی شد. بروز و ظهور دعاوی محیط‌زیستی، دعاوی مربوط به حقوق مصرف‌کنندگان، حقوق رقابت، حقوق کار، توسعه شهری و کاهش هزینه‌های طرح دعوی از جمله دلایل پیش‌بینی این تأسیس حقوقی است. در ادامه بیان شد که حقوق قابل استناد در این دعاوی فاقد ذی‌نفع مشخص است و همین باعث تحول در مفهوم سمت شده است. مفهوم سمت در دعاوی منفعت عمومی توسعه زیادی داشته؛ به‌گونه‌ای که ضرورت مستقیم و واقعی بودن نفع از میان رفته است.

پژوهش حاضر نیز در یرتوی همین ضرورت‌های اجتماعی و با توجه به موارد ابهام، اجمال و سکوت نظام حقوقی ما درباره کارویژه احیای حقوق عامه تلاش کرد اندکی از ابهامات موجود را برطرف کند. ارائه هر نوع تعریف از مفهوم «حقوق عامه» و ماهیت «احیا» باید بر اساس این رویکرد ارائه شود که «حق عامه» و «احیا» به ترتیب حق و کارویژه‌ای متفاوت از دیگر تأسیسات حقوقی است. به‌عبارت‌دیگر، هنگام ارائه هر شرحی از کارویژه احیای حقوق عامه همواره باید تلاش کرد که تا حد امکان آن را از دیگر تأسیسات حقوقی (مانند رسیدگی به جرائم یا دعاوی جبران خسارت) تفکیک کرد. در پرتو چنین نگاهی می‌توان گفت که حقوق عامه «فرا فردی» و بدون ذی‌نفع مشخص و محصور است و برای همین، معمولاً شرایط اثبات سمت درباره این دعاوی از انعطاف بیشتری نسبت به دعاوی معمول (در حقوق خصوصی و عمومی) برخوردار است. مبنای شناسایی چنین حقی، «نیازهای مشترک» «عموم مطلق» است و تعداد افراد در آن تأثیر چندانی ندارد. براین اساس، حق بر پیگیری سوءمدیریت دولت در تنظیم‌گری بازار سرمایه (همان‌گونه که رویه قضایی دیگر کشورها به‌نوعی گواه آن است) می‌تواند به‌مثابه یک حق عامه در نظر گرفته شود، اما زیان‌های وارده به تک‌تک افراد حقی نیست که بر اساس کارویژه حقوق عامه بتوان درصدد احیای آن برآمد. براین اساس، شاید نقض حقوق مالکیت معنوی پدیدآورنده یک اثر هنری یا یک کتاب را که برای جامعه دارای حیثیت عمومی است و در سطح ملی به دلیل شخصیت پدیدآورنده آن مورد توجه است، در مواردی که وی بدون وارث باشد بتوان حق عامه پنداشت. درباره مفهوم احیا باید توجه داشت که ماهیت تصمیمات دادستان‌ها در راستای حمایت از حقوق عامه اجرایی است نه قضایی و این دستورات جنبه نظارتی دارند. با توجه به توضیحات بالا

می‌توان کارویژه احیای حقوق عامه توسط قوه قضائیه را چنین تعریف کرد «مسئولیت قوه قضائیه در نظارت بر اجرا و رعایت حقوقی فرافردی است که دارای ذی‌نفع محصور نیستند و اجرا شدن یا نشدن آنها در وهله نخست متصور نفع یا ضرر برای تمام افراد جامعه به‌مثابه کل تجزیه‌ناپذیر است».



## منابع

۱. آقابابایی، حسین و نظری، علی (۱۴۰۰). جنبه عمومی جنایت در حقوق کیفری ایران؛ از تحولات قانونی تا چالش‌های حقوقی - قضایی. پژوهش حقوق کیفری، دوره ۹، شماره ۳۴.
۲. افتخار جهرمی، گودرز و السان، مصطفی (۱۳۹۹). آیین دادرسی مدنی (جلد ۱). چاپ ۲، تهران: میزان.
۳. پژوهشگاه قوه قضائیه (۱۳۹۶). درآمدی بر مسئولیت قوه قضائیه در احیای حقوق عامه. تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
۴. پژوهشگاه قوه قضائیه (۱۴۰۰). رصد و فراتحلیل آثار پژوهشی در حوزه احیای حقوق عامه. تهران: پژوهشگاه قوه قضائیه.
۵. پورعزت، علی اصغر، دمرچی‌لو، مریم و پاکنوش کیانی، پاکنوش (۱۳۹۷). شاخص‌های مفهوم‌پردازی از اصطلاح «منفعت عمومی» بر اساس قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران. مطالعات مدیریت دولتی ایران، دوره ۱، شماره ۲.
۶. تنگستانی، محمدقاسم و مرادی برلیان، مهدی (۱۳۹۷). گفتارهایی در باب نهاد دادستانی و احیای حقوق عامه. انتشارات قوه قضائیه، چاپ اول، ۸۲.
۷. خالقی، علی (۱۴۰۰). آیین دادرسی کیفری (جلد ۱). چاپ ۴۳، تهران: شهردانش.
۸. رشیدی، مهناز (۱۴۰۱). نقش قوه قضائیه جمهوری اسلامی ایران در تضمین حق بر آب. مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۶، شماره ۱۱۷.
۹. رمضانی قوام‌آبادی، محمدحسین و جوادمش، جواد (۱۳۹۵). مطالعه تطبیقی گستره مفهوم ذی‌نفع در اقامه دعوی زیست‌محیطی در حقوق ایران و اتحادیه اروپا. فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۴۶، شماره ۴.
۱۰. رنجبر، احمد (۱۳۹۷). اثبات نفع در «دعوی حقوق عمومی». فصلنامه حقوق اداری. سال ۵، شماره ۱۴.
۱۱. صادقی، محمود و جوهری، مهدی (۱۳۹۱). ذی‌نفع در دعاوی ناشی از اختراع از نگاه قانون و رویه قضایی. دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۱۷، شماره ۵۹.
۱۲. عباسی، محمود، افشاری، فاطمه، پتفت، آرین و دهقانی، پرویز (۱۳۹۸). حقوق شهروندی؛ از حقوق ملت تا احیای حقوق عامه. تهران: وزارت دادگستری.
۱۳. کاشانی، جواد و ناصری، نینا (۱۳۹۵). کارایی دعوای جمعی در دسترسی به عدالت. چاپ ۱، تهران: میزان.
۱۴. گرجی ازندریانی، علی‌اکبر (۱۳۹۰). ده فرمان حقوق عمومی؛ تأملی در باره اصول و مفاهیم بنیادین

- حقوق عمومی. فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی (فصلنامه حقوق سابق)، دوره ۴۱، شماره ۴.
۱۵. منصوریان، ناصرعلی و شیبانی، عادل (۱۳۹۵). مفهوم منفعت عمومی و جایگاه آن در قانون‌گذاری ایران. دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۲۱، شماره‌های ۷۵ و ۷۶.
۱۶. مولودی، محمد، حاجی‌عزیزی، بیژن و صفری، ناهید (۱۳۹۵). مطالعه حقوق فرافردی؛ مبنایی برای دعاوی جمعی. تحقیقات حقوقی، دوره ۱۹، شماره ۷۵.
۱۷. نقره‌کار، محمدصالح (۱۳۸۸). نقش دادستان در صیانت از حقوق عامه. تهران: جنگل.
۱۸. هاشمی، محمد (۱۳۸۲). حمایت‌ها و تضمینات حقوق بشر در حقوق داخلی و نظام بین‌المللی. تحقیقات حقوقی، دوره ۶، شماره ۳۸.

19. Bozeman, Barry (2007). *Public Values and Public Interest: Counterbalancing Economic Individualism*, Georgetown University Press.
20. Cappelletti, M (1975). 'Governmental and Private Advocates for the Public Interest in Civil Litigation: A Comparative Study', *Mich. L. Rev*, 73.
21. Cappelletti, Mauro (1976). *Vindicating the Public Interest through the Courts: A Comparativist's Contribution*, *Buff. L. Rev.* 643, 25.
22. Cummings, S and Deborah L Rhode (2015). *Public Interest Litigation: Insights from Theory and Practice*, 36 *Fordham Urb. L.J.* 603.
23. European Parliament (2012). *Standing up for your right(s) in Europe*.
24. Gading, h (1996), 'Litigation by Public Interest Groups in European Law', *German Y.B. Int'l L.*
25. Jolowicz, J.A (1982). 'Civil Proceedings in the Public Interest', *CAMBRIAN L. REV*, 32.
26. Langer, Vera (1988). 'Public Interest in Civil Law, Socialist Law, and Common Law Systems: The Role of the Public Prosecutor', *The American Journal of Comparative Law*, vol 36, Issue 9.
27. Lunny, D (1978). 'Locus Standi--Public Law and the Individual--The Relator Action--Role of the Attorney-General-Injunction', *University of British Columbia Law Review*, vol 12, issue 2.
28. Parker, K.E and Stone, R. (1978). 'Standing and Public Law Remedies', *Columbia Law Review*, 78, 4.
29. Scott L. Cummings (2012). 'Privatizing Public Interest Law', *Georgetown Journal of Legal Ethics*, 25,1.
30. Skyes, E.I (1953). 'The Injunction in Public Law', *University of Queensland Law Journal*, vol 2, issue 2.
31. Spillenger.C (1995). 'Elusive Advocate: Reconsidering Brandeis as People ' s Lawyer', *Yale Law Journal*, vol 105.
32. Tumanov, Dmitry (2015). 'On Public Interest and Its Judicial Protection', *Russian Laws: Experience, Analysis, Practice*, vol 12.
33. <http://www.attorneygeneral.ie/ag/agrelator.html> (Retrieved 02/01/2021).

## References:

1. Abbasi, Mahmoud, Afshari, Fatemeh, Pettef, Arian, and Dehghani, Parviz (1398 SH). *Citizenship Law; From National Rights to the Revival of Public Law*. Tehran: Ministry of Justice.
2. Aqababaii, Hossein, and Nazari, Ali (1400 SH). *General Aspects of Crime in Iranian Criminal Law; From Legal Developments to Legal-Judicial Challenges*. *Criminal Law Research*, Volume 9, Number 34.
3. Bozeman, Barry (2007). *Public Values and Public Interest: Counterbalancing Economic Individualism*, Georgetown University Press.
4. Cappelletti, M (1975). 'Governmental and Private Advocates for the Public Interest in Civil Litigation: A Comparative Study', *Mich. L. Rev*, 73.
5. Cappelletti, Mauro (1976). *Vindicating the Public Interest through the Courts: A Comparativist's Contribution*, *Buff. L. Rev.* 643, 25.
6. Cummings, S and Deborah L Rhode (2015). *Public Interest Litigation: Insights from Theory and Practice*, 36 *Fordham Urb. L.J.* 603.
7. Eftakhar Jahromi, Goudarz, and Alsani, Mostafa (1399 SH). *Civil Procedure Law (Volume 1)*. 2nd edition, Tehran: Mizan.
8. *European Parliament* (2012). *Standing up for your right(s) in Europe*.
9. Gading, h (1996), 'Litigation by Public Interest Groups in European Law', *German Y.B. Int'l L.*
10. Gorji Azandariani, Ali-Akbar (1390 SH). *Ten Commands of Public Law; Reflections on the Fundamentals of Public Law*. *Private Law Studies Quarterly (Former Law Quarterly)*, Volume 41, Number 4.
11. Hashemi, Mohammad (1382 SH). *Supports and Guarantees of Human Rights in Domestic and International Law*. *Legal Research*, Volume 6, Number 38.
12. *Iranian Judiciary Research Institute* (1396 SH). *An Introduction to the Responsibility of the Judiciary in the Revival of Public Law*. Tehran: Judiciary Publications and Publications Center.
13. *Iranian Judiciary Research Institute* (1400 SH). *Monitoring and Comprehensive Analysis of Research Effects in the Revival of Public Law*. Tehran: Judiciary Research Institute.
14. Jolowicz, J.A (1982). 'Civil Proceedings in the Public Interest', *CAMBRIAN L. REV*, 32.
15. Kashani, Javad, and Naseri, Nina (1395 SH). *The Efficiency of Class Action in Access to Justice*. 1st edition, Tehran: Mizan.
16. Khaleghi, Ali (1400 SH). *Criminal Procedure Law (Volume 1)*. 43rd edition, Tehran: Shahrdaresh.
17. Langer, Vera (1988). 'Public Interest in Civil Law, Socialist Law, and Common Law Systems: The Role of the Public Prosecutor', *The American Journal of Comparative Law*, vol 36, Issue 9.
18. Lunny, D (1978). 'Locus Standi--Public Law and the Individual--The Relator Action--Role of the Attorney-General-Injunction', *University of British Columbia Law Review*, vol 12, issue 2.
19. Mansourian, Naser-Ali, and Shibani, Adel (1395 SH). *The Concept of Public Interest and Its Place in Iranian Legislation*. *Judicial Legal Views*, Volume 21, Numbers 75 and 76.
20. Mouloudi, Mohammad, Haji-Azizi, Bijan, and Safari, Nahid (1395 SH). *Study of*

- Individual Rights Law; Foundations for Class Actions. Legal Research, Volume 19, Number 75.
21. Noghrekar, Mohammad-Saleh (1388 SH). The Role of the Prosecutor in Safeguarding Public Rights. Tehran: Jungle.
  22. Parker, K.E and Stone, R. (1978). 'Standing and Public Law Remedies', Columbia Law Review, 78, 4.
  23. Pourezzat, Ali-Asghar, Demarchi-Lou, Maryam, and Paknoush-Kiyani, Paknoush (1397 SH). Indices of Conceptualizing the Term "Public Interest" According to the Constitution of the Islamic Republic of Iran. Iranian Government Management Studies, Volume 1, Number 2.
  24. Ramezani Ghavam-Abadi, Mohammad-Hosseini, and Javadmash, Javad (1395 SH). A Comparative Study of the Scope of the Concept of "Interested Party" in Environmental Lawsuits in Iran and the European Union. Public Law Studies Quarterly, Volume 46, Number 4.
  25. Ranjbar, Ahmad (1397 SH). Proof of Interest in "Public Law" Lawsuits. Administrative Law Quarterly, Year 5, Number 14.
  26. Rashidi, Mahnaz (1401 SH). The Role of the Judiciary of the Islamic Republic of Iran in Ensuring the Right to Water. Judiciary Legal Journal, Volume 86, Number 117.
  27. Sadeghi, Mahmoud, and Johari, Mehdi (1391 SH). Interested Party in Lawsuits Arising from Invention from a Legal and Judicial Perspective. Judicial Legal Perspectives, Volume 17, Number 59.
  28. Scott L. Cummings (2012). 'Privatizing Public Interest Law', Georgetown Journal of Legal Ethics, 25,1.
  29. Skyes, E.I (1953). 'The Injunction in Public Law', University of Queensland Law Journal, vol 2, issue 2.
  30. Spillenger.C (1995). 'Elusive Advocate: Reconsidering Brandeis as People ' s Lawyer', Yale Law Journal, vol 105.
  31. Tangestani, Mohammad-Qasem, and Moradi-Barliyan, Mehdi (1397 SH). Speeches on the Prosecutor's Office and the Revival of Public Law. Judiciary Power Publications, 1st edition, 82.
  32. Tumanov, Dmitry (2015). 'On Public Interest and Its Judicial Protection', Russian Laws: Experience, Analysis, Practice, vol 12.
  33. <http://www.attorneygeneral.ie/ag/agrelator.html> (Retrieved 02/01/2021).



## رویکرد نوردیک، رویکرد نوظهور «نظام اداره شرکت‌ها»؛ مطالعه تطبیقی حقوق کشورهای اسکاندیناوی و حقوق ایران

حسین عابدینی • استادیار، گروه حقوق، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه میبد، میبد، ایران. (نویسنده مسئول)  
abedini@meybod.ac.ir  
سیدمحمدرضا تراشویون • دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه میبد، میبد، ایران.  
www.sayed125@gmail.com

### چکیده

مواجهه متفاوت با مفهوم «نظام اداره شرکت‌ها»، رویکردهای متفاوتی را نسبت به آن ایجاد کرده است. مطالعات سابق در ایران، ما را به مشهورترین رویکردها یعنی «انگلیسی - آمریکایی» و «اروپای قاره‌ای» و در ادامه «آسیای شرقی» رهنمون ساخته بود، اما در دو دهه اخیر در کشورهای اسکاندیناوی، «رویکرد نوردیک» (شبه‌دولایه) از دل رویکرد «اروپای قاره‌ای» ظهور یافت که مهم‌ترین ارکان آن، «تکیه بر نظریه ذی‌نفع‌محوری»، «سهام‌دار کنترل‌کننده» و «حضور کارکنان در هیئت‌مدیره» است و اوصافی نظیر «مالکیت متمرکز»، «هیئت‌مدیره نیمه‌دولایه»، «بانک‌محوری در تأمین مالی» و «شفافیت مالی بالا»، شاخصه‌های کلیدی آن است. براین اساس، چپستی وجوه افتراق و اشتراک «نظام اداره شرکت‌ها» در دو رویکرد نوردیک و حقوق ایران پرسشی است که پژوهش حاضر با نگاه تطبیقی و روش توصیفی-تحلیلی به دنبال پاسخ به آن است.

با وجود تلاش‌های نظری و عملی قابل توجه در حقوق ایران در جهت تبیین و تحقق «نظام اداره شرکت‌ها» و وضع دستورالعمل‌ها و آیین‌نامه‌های الزام‌آور برای شرکت‌های سهامی فعال در بورس از سوی هیئت‌مدیره سازمان بورس اوراق بهادار، نبود مقررات منسجم، واحد و جامع در این خصوص، مشکلاتی را برای شرکت‌های سهامی و نظارت بر آن‌ها ایجاد کرده است. تبیین «رویکرد نوردیک» در این پژوهش برای نخستین بار در حقوق ایران با اوصاف فوق، ضمن تأکید بر «اختصاص بخشی مستقل به نظام اداره شرکت‌ها در قانون آتی شرکت‌های تجاری»، پیشنهاد وضع مقرراتی در راستای «تغییر ساختار هیئت‌مدیره و ایجاد نهاد نظارتی در آن، شامل سهام‌داران و کارکنان در جهت حمایت بیشتر از حقوق کارکنان»، «افزایش مشوق‌های حضور فعالانه شرکت‌های سهامی در بازار بورس» جهت تأمین بیشتر منابع مالی از طریق خود بازار و نه صرفاً نهادهایی نظیر بانک‌ها و نیز «درج الزامات مربوط به شفافیت مالی مندرج در مقررات بورسی در بخش مستقل یادشده از قانون» از جمله نتایج کاربردی این پژوهش است.

واژگان کلیدی: رویکرد نوردیک، رویکرد ذی‌نفع‌محور، ساختار هیئت‌مدیره، شفافیت مالی، مالکیت متمرکز.



## مقدمه

هر کشور با توجه به نوع فرهنگ، علایق، زمینه‌های تاریخی، فضای حقوقی و قانون‌گذاری، حاکمیت نهادهای اقتصادی و پولی و ساختار مالکیت شرکت‌ها، سیستمی خاص را درباره نظام اداره شرکت‌ها<sup>۱</sup> تدوین کرده است (سیداحمدی سجادی، ۱۳۸۸، ص. ۲۶۱). از این رو تعریف واحدی از این نهاد که مورد پذیرش و تأیید همه سیستم‌های حقوقی باشد، وجود ندارد و میان کشورهای مختلف بر سر تعریف آن، اختلاف نظر وجود دارد (Garzón Castrillón, 2021, p. 180; Kjærland et al, 2020, p. 3) و مفهوم آن از کشوری به کشور دیگر متفاوت است و بسته به شرایط، به صاحبان سهام یا ذی‌نفعان شرکت‌های سهامی اشاره دارد (Lannoo, 1995, p. 2).

با وجود این، در تعریفی فراگیر می‌توان «نظام اداره شرکت‌ها» را سیستمی دربردارنده اشخاص، فرایندها و فعالیت‌هایی دانست که از طریق آن، شرکت هدایت می‌شود و این اطمینان را در پی دارد که بر دارایی شرکت، نظارت کافی صورت گرفته است (Shah et al, 2017, p. 4). نوع نگاه متفاوت به مفهوم این اصطلاح سبب بروز مدل‌های گوناگون درباره این نظام شده است؛ زیرا هر یک از انواع این مدل‌ها، بازتاب شرایط اقتصادی و سنت‌های ملی هر سرزمین است (Lannoo, 1995, p. v). مبنای رویکردهای مختلف به «نظام اداره شرکت‌ها»، نوع نگاه متفاوت آن‌ها به اوصافی است که مهم‌ترینشان «نسبت میان مالکیت و کنترل شرکت»، «ساختار هیئت‌مدیره»، «منبع تأمین مالی» و «میزان افشای اطلاعات» است و مجموعه آن‌ها را می‌توان به‌عنوان «شاخص‌های کلیدی نظام اداره شرکت‌ها»<sup>۲</sup> شناسایی کرد.

در میان مدل‌های مختلف «نظام اداره شرکت‌ها»، به ترتیب سه رویکرد «انگلیسی-آمریکایی»، «اروپای قاره‌ای» و «شرق آسیا» مشهورترین مدل‌ها شمرده می‌شوند (عابدینی، ۱۴۰۰، ص. ۴۷۰). اما در دو دهه اخیر، رویکرد جدیدی از دل مدل دوم ظهور یافته که به «رویکرد نوردیک» یا «شبه‌دولایه» معروف شده است و حتی برخی صاحب‌نظران با ادعای کارآمدی این رویکرد، به جایگاه پیشروی کشورهای عضو این منطقه در «رقابت‌های اقتصادی اروپا» اشاره کرده‌اند (Kjærland et al, 2020, p. 2).

در سیستم حقوقی ایران، با اینکه در «لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مربوط به

## 1. Corporate Governance

۲. برای مطالعه بیشتر درباره این موضوع ر.ک. به: تقی‌پور و عابدینی، ۱۳۹۸.

شرکت‌های سهامی<sup>۱</sup> مصوب سال ۱۳۴۷، مقرراتی ناقص و مرتبط با «نظام اداره شرکت‌ها» وجود دارد و سازمان بورس اوراق بهادار درباره شرکت‌های سهامی فعال در بورس، آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌هایی را پیش‌بینی کرده است، اما نبود نگاه واحد و ساختارمند قانونی در این باره که بر همه شرکت‌های سهامی حاکم باشد، لزوم مطالعه این رویکرد را - که مکمل رویکردهای مشهور درباره «نظام اداره شرکت‌ها» است - بیش‌ازپیش روشن‌تر می‌سازد.

پژوهش حاضر با نگاه توصیفی-تحلیلی ضمن بررسی ارکان و شاخص‌های کلیدی «رویکرد نوردیک» در پی پاسخ به این پرسش است که وجوه افتراق و اشتراک «نظام اداره شرکت‌ها» در ایران و کشورهای اسکاندیناوی بر مبنای رویکرد نوردیک کدام است؟ فرضیه نگارندگان این است که با وجود اینکه جز در شاخص‌های «شفافیت مالی» و «افشای اطلاعات»، میان رویکرد یادشده و حقوق ایران تفاوت دیده می‌شود، مطالعه این رویکرد در طراحی رویکرد خاص ایران با نگاه بومی کمک شایانی می‌کند.

#### ۱. تبیین رویکرد نوردیک

کشورهای شمال اروپا یعنی «نروژ، سوئد، فنلاند، دانمارک و ایسلند»، بازارهای پیشرفته و توسعه‌یافته‌ای دارند و نقش پررنگی در بازارهای سرمایه بین‌المللی ایفا می‌کنند. این کشورها میزبان بسیاری از شرکت‌های پیش‌تاز و پیشروی جهان، اعم از دولتی یا خصوصی با سرمایه‌گذارانی اروپایی هستند که در این میان، سرمایه‌گذاران کشورهای بریتانیا، آلمان، فرانسه، هلند و روسیه جزو شاخص‌ترین‌ها به شمار می‌روند و بیشترین سهم را در این زمینه دارند (Mähönen & Johnsen, 2019, p. 223).

حضور سرمایه‌گذاران خارجی در این کشورها روزه‌روز در حال افزایش است و مثال بارز آن، رشد عمده سرمایه‌گذاری در دهه اخیر است. این رشد شایان توجه، به قدری است که در حال حاضر بیش از ۴۰ درصد ارزش کل بازار سهام این منطقه را به خود اختصاص داده و از سهم ۳۵ درصدی برای فنلاند تا ۵۰ درصدی برای دانمارک در حال نوسان است (Lekvall et al, 2014, pp. 47, 117, 170).

۱. از این پس به اختصار: «لایحه قانونی ۱۳۴۷».



از این رو بررسی ساختار «نظام اداره شرکت‌ها» و اوصاف آن در این کشورها که به کشورهای «حوزه اسکاندیناوی» معروف‌اند، دارای اهمیت است. «نظام اداره شرکت‌ها» در این منطقه دارای سابقه طولانی مدت حدود ۵۰ ساله است. در دهه‌های پس از جنگ جهانی دوم، برنامه‌های گسترده‌ای برای توسعه شرکت‌های فعال در این کشورها طراحی و اجرا شد. مقررات مربوط به این سیستم تا اواسط قرن ۱۹، از ترکیبی از قوانین شرکت‌های سهامی فرانسه و آلمان<sup>۱</sup> نشئت گرفته بود، اما مذاکرات طولانی و فشرده‌ای که در دهه ۱۹۷۰ در این باره صورت گرفت، در نهایت، منتج به تصویب قوانین جدید درباره این نهاد در کشورهای شمال اروپا شد (Lekvall et al, 2014, p. 38).

ساختار این نظام در ابتدا، شبیه به ساختار «رویگرد انگلیسی-آمریکایی» نظام اداره شرکت‌ها و مبتنی بر مهم‌ترین ویژگی این مدل یعنی «هیئت‌مدیره واحد» بود. توضیح اینکه، در «رویگرد انگلیسی-آمریکایی»، ترکیبی از «مدیران اجرایی»<sup>۲</sup> و «مدیران غیراجرایی»<sup>۳</sup> در «هیئت‌مدیره تک‌لایه» کار می‌کنند (Naciri, 2008, p. 315)؛ به گونه‌ای که «مدیران غیراجرایی» تحت سلطه «مدیران اجرایی» هستند که سبب می‌شود جایگاه «مدیرعامل» از «ریاست هیئت‌مدیره» مستقل باشد (Calkoen, 2011, p. 448). در شرکت‌های سهامی پیرو این رویکرد، هیئت‌مدیره مسئول همه آثار مربوط به فعالیت‌های شرکت است و همه اعضای آن در مجمع عمومی سالانه انتخاب می‌شوند (Mallin, 2010, p. 166).

در اوایل قرن ۲۰، رویکرد تقنینی درباره «نظام اداره شرکت‌ها» در منطقه اسکاندیناوی تغییر کرد و این نگاه تقویت شد که باید در هیئت‌مدیره میان «عملکرد تصمیم‌گیری راهبردی و نظارت بر مدیران» و «وظیفه خاص اجرایی (اعم از اینکه مدیرعامل یک شخص باشد یا گروهی از مدیران اجرایی)» تفکیک صورت گیرد. در سال ۱۹۳۰ در دانمارک، قانون‌گذار تصمیم گرفت وظیفه مدیریت اجرایی را به «مجموعه‌ای از اشخاص» (شامل تعدادی مدیر ارشد اجرایی با

۱. این دو کشور در محدوده «رویگرد اروپای قاره‌ای» «نظام اداره شرکت‌ها» قرار دارند؛ با این تفاوت که مدل «نظام اداره شرکت‌ها» در فرانسه مبتنی بر «هیئت‌مدیره تک‌لایه» (One-tier) و در آلمان، مبتنی بر «هیئت‌مدیره دو لایه» (Two-tier) (نظارتی-اجرایی) است (Davies & Hopt, 2013, p. 310; General, 2002, pp. 45-46). برای مطالعه بیشتر در خصوص این دو رویکرد ر.ک. به: عیسایی تفرشی و یحیی‌پور، ۱۳۹۴، صص. ۱۱۱-۱۳۶).

2. Executive Managers

3. Non-Executive Managers

هدایت مدیرعامل) در «درون هیئت‌مدیره شرکت» و البته «تابع آن» واگذار کند. به دنبال این تغییر، دیگر کشورهای این حوزه نیز تصمیم گرفتند تا دنباله‌روی این تفکر باشند؛ با این تفاوت که در این کشورها، برای بدنه اجرایی تنها یک «مدیرعامل» در نظر گرفته شد (Lekvall et al, 2014, p. 59). در این کشورها همواره اطلاق عنوان «هیئت مدیریت اجرایی» برای «مدیرعامل» با نوعی تسامح همراه بوده، اما «نظام اداره شرکت‌ها» در دانمارک همچنان مبتنی بر همان «مجموعه مدیریت اجرایی» است (Hansen, 2007, pp. 130-131).

بعدها این رویکرد کامل‌تر و منجر به ظهور «رویکرد نوردیک»ی «نظام اداره شرکت‌ها» شد. امروزه این مدل در همه کشورهای شمال اروپا در حال اجرا است و ساختاری این‌گونه دارد.

۱. «مجمع عمومی» با وظیفه تصمیم‌گیری درباره موضوعاتی مانند «ادغام و انحلال شرکت» یا «اصلاح اساسنامه».

۲. «هیئت‌مدیره غیرموظف با امکان تصمیم‌گیری‌های کلان و نظارت بر مدیران اجرایی».

۳. «هیئت مدیریت اجرایی در درون هیئت‌مدیره و تابع آن».

۴. «حسابرس منصوب از سوی سهام‌داران در مجمع عمومی» (Thomsen, 2016 b, p. 195).

در این مدل، تفکیکی دقیق میان بخش نظارتی «هیئت‌مدیره» و بخش اجرایی آن - که عهده‌دار تمام فعالیت‌های اجرایی است - دیده می‌شود. از این رو هیچ شخصی نمی‌تواند به‌طور هم‌زمان در هر دو بخش ایفای نقش کند (Lekvall et al, 2014, p. 60).

از جمله برتری‌های این مدل، این است که قواعد و احکام آن بر «صلاحیت گسترده هیئت‌مدیره و مدیران ارشد» تأکید دارد. همچنین، «کارمندان» شرکت‌ها هم دارای حق حضور و رأی دادن در مجمع عمومی هستند (Mähönen & Johnsen, 2019, pp. 220-221).

در حقوق ایران، «سیاق کلی مقررات» مرتبط با شرکت‌ها بیشتر بر مبنای حمایت از «سهام‌داران» و تأمین منافع آن‌ها تنظیم شده است و با مبنای نظری «رویکرد انگلیسی-آمریکایی» قرابت بیشتری دارد، اما در مقابل، بر اساس برخی مواد «لایحه قانونی ۱۳۴۷»، می‌توان ادعا کرد که قانون‌گذار در طراحی مقررات مربوط به شرکت‌های سهامی، گرایش‌هایی به

منافع «ذی‌نفعان» که مبنا و پایه طراحی «رویکرد اروپای قاره‌ای» است<sup>۱</sup> نیز داشته است. از بین الزامات بورسی در ایران، طراحی کلی دو سازوکار «درونی و بیرونی» برای «نظام اداره شرکت‌ها» در «آیین‌نامه نظام راهبری شرکتی سال ۱۳۸۶» و درج این دو نهاد با تشریفات دقیق‌تر در «دستورالعمل حاکمیت شرکتی شرکت‌های پذیرفته‌شده در بورس اوراق بهادار تهران و فرابورس ایران سال ۱۳۹۷» که از جمله شاخص‌های «رویکرد اروپای قاره‌ای» است، از سویی و پیش‌بینی «هیئت‌مدیره تک‌لایه» در این دو مقرر که از جمله ارکان «رویکرد انگلیسی-آمریکایی» است از سوی دیگر، نشان می‌دهد که رویکرد واحدی در این الزامات اتخاذ نشده است (عابدینی، ۱۴۰۰، صص. ۴۷۲-۴۷۳) و مجموعه مقررات یادشده نشان می‌دهد که نظام حقوقی ایران از منظر سیستم «نظام اداره شرکت‌ها»، رویکردی غیرمنسجم و غیریکپارچه دارد و نمی‌توان آن را در قالب رویکرد دارای ساختار واحد مورد تحلیل قرار داد.

باید دانست در تبیین ساختار «نظام اداره شرکت‌ها» برخی ویژگی‌ها به‌عنوان «شاخص‌های کلیدی» شناخته می‌شود و تفاوت نگاه و رویکرد نسبت به آن‌ها، «نظام اداره شرکت‌های کشوری را از کشور دیگر متمایز می‌کند؛ «اوصاف اساسی» ای که نگارنده پیش‌ازین، در پژوهشی پایه (تقی‌پور و عابدینی، ۱۳۹۸) به شناسایی و دسته‌بندی آن‌ها پرداخته است، اما بعضی اوصاف «غیراساسی» و درعین‌حال، «مهم» نیز وجود دارد که منحصر به فرد هر رویکرد است و برای همین لازم است مطالعه و ارزیابی شود.

در ادامه، ابتدا ارکان مهم دو رویکرد مورد مطالعه بررسی و سپس شاخصه‌های کلیدی دو مدل، مقایسه و ارزیابی می‌شود.

## ۲. ارکان مهم دو رویکرد

در «رویکرد نوردیک» نخستین رکن مهم، اتکا بر «نظریه ذی‌نفع محوری»<sup>۲</sup> است که نه تنها در پی کاهش موانع و مشکلات نمایندگی<sup>۳</sup> و همسو کردن منافع «مدیران» با «سهام‌داران» است، بلکه

۲. برای مطالعه بیشتر درخصوص دو رویکرد یادشده و شاخص‌های کلیدی آن‌ها رک. به: تقی‌پور و عابدینی، ۱۳۹۸.

2. Stakeholder Model

۳. Problem of Agency؛ در بیشتر شرکت‌های سهامی که اشخاصی خارج از شرکت، مدیریت آن‌ها را به‌عهده دارند، مدیران، آن دقتی را که معمولاً سهام‌داران نسبت به دارایی خود دارند نسبت به دارایی شرکت به خرج نمی‌دهند که سبب

تأمین منافع «تمام گروه‌های ذی‌نفع»<sup>۱</sup> در شرکت‌ها و مؤسسات تجاری را هدف خود قرار داده است.

از این رو صاحب‌نظران آن را مدلی از «خارج» به «درون» (برون‌سازمانی) دانسته‌اند؛ زیرا «منافع ذی‌نفعان غیرسهم‌دار» را در اولویت قرار می‌دهد. این وصف درست نقطه مقابل سیستم کشورهای پیرو «رویکرد انگلیسی-آمریکایی» است که از «درون» به «بیرون» (درون‌سازمانی) است و در آن، شرکت سهامی با «به حداکثر رساندن سود فروش» تنها در پی «افزایش سود و منافع سهام‌داران» است (Mähönen & Johnsen, 2019, p. 219).

رکن مهم دوم این مدل، «عامل کنترل‌کننده در شرکت‌های سهامی فعال در بورس» است؛ زیرا قریب به دوسوم شرکت‌های پذیرفته‌شده در بورس‌های این منطقه، دست‌کم یک «سهام‌دار کنترل‌کننده»<sup>۲</sup> دارند که بیش از ۲۰ درصد از کل آرا را داراست و دست‌کم یک پنجم شرکت‌ها تحت کنترل مطلق یک سهام‌دار هستند (Lekvall et al, 2014, p. 23).

یکی دیگر از ارکان شایان توجه مدل نوردیک که به‌طور استثنایی در «نظام اداره شرکت‌ها»<sup>۳</sup> برخی کشورهای پیرو «مدل اروپای قاره‌ای» مانند آلمان و اتریش هم دیده می‌شود (Thomsen, 2016 a, p. 7)، «حضور کارکنان در هیئت‌مدیره و تصمیم‌گیری‌های کلان شرکت» است؛ به‌گونه‌ای که مطابق مقررات «نظام اداره شرکت‌ها» در فنلاند، بیش از ۱۵۰ کارمند، در سوئد دست‌کم ۳۵ کارمند، در دانمارک ۳۰ کارمند و در نروژ ۲۵ کارمند امکان حضور در مجمع عمومی را دارند و دارای حق رأی هستند و می‌توانند در تصمیم‌گیری‌های مدیریتی شرکت، مشارکت فعالانه داشته

---

۱. ایجاد مشکلی سازمانی در این شرکت‌ها می‌شود که از آن، به «مشکل نمایندگی» تعبیر می‌شود (تقی‌پور و عابدینی، ۱۳۹۸، صص ۴۱۵-۴۱۶).

۲. «ذی‌نفع» را هر شخص یا گروهی دانسته‌اند که بتواند در تحقق اهداف شرکت تأثیر گذارد یا از آن تأثیر بگیرد. به بیان دیگر، «ذی‌نفع» به هر شخص یا گروهی اشاره دارد که فعالیت شرکت حسب مورد بر او یا آن‌ها تأثیرگذار است (Eelderink, 2014, p. 10; Jensen, 2001, pp. 8-9). با این وصف، گروه‌های اصلی ذی‌نفع عبارت است از «سهام‌داران، مشتریان (مصرف‌کنندگان)، تأمین‌کنندگان ملزومات، کارمندان و جوامع محلی» (Friedman & Miles, 2006, p. 13). گروه‌های فرعی ذی‌نفع مشتمل است بر «رسانه‌ها، عامه مردم، شرکای تجاری، نسل‌های آینده، نسل‌های گذشته (بنیان‌گذاران سازمان‌ها)، رقبا، دانشگاهیان، سازمان‌های غیردولتی یا فعالانی که به‌طور فردی نمایندگان گروه‌های ذی‌نفع شمرده می‌شوند، نمایندگان گروه‌های ذی‌نفع از قبیل اتحادیه‌ها یا انجمن‌های تجاری، تأمین‌کنندگان و توزیع‌کنندگان، تأمین‌کنندگان مالی به‌جز سهام‌داران ذی‌نفع، دولت، سیاست‌گذاران و ناظران» (Spisto, 2006, p. 69).

2. The Controlling Shareholder

باشند (Mähönen & Johnsen, 2019, p. 221). «نظام اداره شرکت‌ها» در کشورهای دانمارک، سوئد و نروژ تأکید می‌کند شرکت‌های سهامی باید اساسنامه‌شان را طوری طراحی کنند که کارکنان امکان حضور و تصمیم‌گیری در هیئت‌مدیره را داشته باشند. نصاب این مقرر، حضور حداکثر «یک‌سوم» نمایندگان کارکنان در هیئت‌مدیره است؛ برخلاف آنچه در مدل آلمانی نظام اداره شرکت‌ها دیده می‌شود که نصاب حداکثر «یک‌دوم» را مقرر داشته است. گفتنی است که اجرای فرض مورد نظر برای نمایندگان الزامی نیست. در واقع، کارکنان شرکت‌های فعال در استفاده از این حق مخیرند و می‌توانند آزادانه در این مورد تصمیم‌گیری کنند. باید دانست در «نظام اداره شرکت‌ها»ی فنلاند با اینکه سابقاً این مقرر پیش‌بینی شده بود، اما در حال حاضر لغو شده است و دیگر اجرا نمی‌شود (Thomsen et al, 2016, p. 3).

در نهایت، مهم‌ترین رکن «رویکرد نوردیک» که از نوآوری‌های آن هم شمرده می‌شود، ایجاد «کمیته‌های نامزدی» در ساختار سازمانی شرکت‌های سهامی است. وظیفه اصلی این مجمع که اعضای آن ترکیبی از «سهام‌داران عمده» و برخی «سهام‌داران اقلیت» است و توسط سهام‌داران در مجمع عمومی سالانه معین می‌شوند، «ارزیابی هیئت‌مدیره» و «انتخاب اعضای جدید و معرفی آن‌ها به‌عنوان نامزد حضور در هیئت‌مدیره بعدی» است. برای رعایت دقت بیشتر و انصاف در راستای نیل به برگزاری بی‌طرفانه فرایند نامزدی، ریاست هیئت‌مدیره اغلب به عهده یکی از اعضای کمیته نامزدی گذارده می‌شود (Thomsen, 2016 a: 7).

در حقوق ایران با توجه به اینکه مشخص شد رویکرد مستقل و واحدی نسبت به «نظام اداره شرکت‌ها» وجود ندارد، نمی‌توان رکن شاخصی را برای آن شناسایی کرد.

### ۳. شاخص‌های کلیدی دو رویکرد

مطالعات صورت‌گرفته درباره رویکردهای مختلف به «نظام اداره شرکت‌ها» حاکی است که تفاوت نگاه‌ها در این رویکردها مبتنی بر اختلاف آن‌ها در معیارهایی است که با عنوان «شاخص‌های کلیدی» قابل شناسایی است. «رویکرد نوردیک» نیز از این قاعده مستثنا نیست و از میان شاخص‌های متعددی که دارد، چهار شاخص «مالکیت متمرکز و غیرپراکنده»، «نیمه‌دولایه‌ای بودن هیئت‌مدیره»، «بانک؛ منبع تأمین مالی» و «شفافیت مالی بالا» را می‌توان به‌عنوان شاخص‌های کلیدی آن برشمرد.

### ۱.۳. مالکیت متمرکز و غیرپراکنده

در «رویکرد انگلیسی-آمریکایی»، مالکیت غیرمتمرکز و سهام شرکت‌ها به طور گسترده‌ای در میان سهام‌داران پراکنده است (Nestor & Thompson, 2000, p. 5)، بنابراین، شرکت‌های سهامی تحت این رویکرد عملاً فاقد سهام‌داران کنترل‌کننده هستند. این نقیصه سبب می‌شود که مدیریت شرکت، بیشتر به مدیرانی مستقل از سهام‌داران شرکت تفویض شود. در این حالت، با اینکه تفویض مدیریت شرکت به مدیران در واقع، با این اصل که «کار را باید به متخصص آن سپرد»، همسوست، اما همواره این نگرانی وجود دارد که مدیران شرکت بیش از آنکه منافع شرکت و به تعبیر دقیق‌تر، منافع سهام‌داران را در نظر بگیرند، به دنبال سود شخصی خود باشند (تقی‌پور و عابدینی، ۱۳۹۸، ص. ۴۱۶).

شرکت‌های سهامی پیرو «رویکرد نوردیک» در مقایسه با شرکت‌های فعال پیرو «مدل انگلیسی-آمریکایی»، دارای ویژگی «مالکیت متمرکز و غیرپراکنده»<sup>۱</sup> هستند. در واقع، تمرکز پایین سهام‌داران به دلیل مالکیت پراکنده در کشورهای آنگلو ساکسون باعث می‌شود که بیشتر سهام‌داران قدرت زیادی نداشته باشند و مدیریت، قدرت بیشتری بیابد (Eelderink, 2014, p. 13). همچنین، از نظر قانونی قدرت تصمیم‌گیری بیشتری برای سهام‌داران در «مدل نوردیک» نسبت به «رویکرد انگلیسی-آمریکایی» وجود دارد؛ زیرا با تکیه بر این قدرت، آن‌ها قادرند که هیئت‌مدیره را با اکثریت ساده در مجمع عمومی جایگزین کنند (Thomsen, 2014, p. 5).

در حقوق ایران به موجب ماده ۱۰۷ «لایحه قانونی ۱۳۴۷»، اعضای هیئت‌مدیره شرکت‌های سهامی باید از میان سهام‌داران انتخاب شوند. مطابق این مقرره، مدیران شرکت‌های سهامی مستقل از سهام‌داران نیستند و میان مالکیت و کنترل شرکت، افتراق و جدایی وجود ندارد (پاسبان، ۱۳۹۴، ج ۲، ص. ۱۹۶). «آیین‌نامه نظام راهبری شرکتی سال ۱۳۸۶» تأکید می‌کند اعضای هیئت‌مدیره باید «مستقل»<sup>۲</sup> و «غیرموظف» باشند (عابدینی، ۱۴۰۰، ص. ۴۷۵).

بند ۶ ماده ۱ «دستورالعمل حاکمیت شرکتی شرکت‌های پذیرفته‌شده در بورس اوراق بهادار تهران و فرابورس ایران سال ۱۳۹۷» با ذکر نه مصداق، شرایط استقلال را تبیین کرده است و ماده

---

#### 1. Centralized Ownership

۲. همین آیین‌نامه، معیار «استقلال مدیران» را «نداشتن ارتباط بااهمیت با شرکت» دانسته است.

۲ «دستورالعمل راهبری شرکتی سال ۱۳۸۹» نیز بر لزوم حضور دست‌کم ۴۰ درصد عضو مستقل در هیئت‌مدیره تأکید دارد. بنابراین، گرایش کلی حقوق ایران به سوی «مالکیت غیرمتمرکز سهام» است.

### ۲.۳. نیمه‌دولایه‌ای بودن هیئت‌مدیره

شاخص دیگر این رویکرد، «ساختار ویژه هیئت‌مدیره» و «عدم انحصار فعالیت آن به نظارت» است (Thomsen, 2016 a, p. 7). کشورهای حوزه «نوردیک» وظایف این هیئت را در دو دسته کلی «مدیریت کلان شرکت» و «تعیین، نظارت و بررسی اقدامات مدیریت اجرایی» از سویی و «مدیریت اجرایی و اطلاع‌رسانی چگونگی عملکرد شرکت به سهام‌داران» از سوی دیگر تقسیم‌بندی کرده‌اند (Lekvall et al, 2014, p. 70) که بخش نخست، در محدوده تکالیف «بخش نظارتی هیئت‌مدیره» است و بخش دوم، همان تکلیف «هیئت‌مدیریت اجرایی» زیر نظر بخش نخست هیئت‌مدیره است.

باید دانست که جملگی شرکت‌های کشورهای حوزه اسکاندیناوی ملزم هستند تا «هیئت مدیریت اجرایی» را به‌متابه ارگان اجرایی شرکت در نظرگیرند. با این توضیح که «هیئت مدیریت اجرایی» در دانمارک عموماً نهادی جمعی متشکل از ۳ تا ۵ عضو با رهبری مدیرعامل است، اما در دیگر کشورهای این منطقه، شخصی واحد «مدیرعامل» یا «هیئت مدیریت اجرایی» است که اصولاً این وضعیت با اطلاق لفظ «هیئت» در تناقض است؛ زیرا این لفظ ظهور در جمع دارد نه فرد؛ البته در مقررات «نظام اداره شرکت‌ها»ی این کشورها تأکید شده است که «هیئت مدیریت اجرایی» می‌تواند مجموعه‌ای از اشخاص (بیش از یک فرد) باشد (Lekvall et al, 2014, p. 78).

با در نظر داشتن توضیح بالا، در رویکرد نوردیک، وظایف «هیئت مدیریت اجرایی» و «مدیرعامل» گسترده است؛ وجود حق نمایندگی و امضا از قبیل شرکت، سازمان و سامان‌دهی عملیات شرکت و نصب و عزل همه مدیران اجرایی نمونه‌ای از این وظایف است، اما در این رویکرد، نقش مدیرعامل فراتر از وظیفه مدیریت متعارف است؛ زیرا وی عهده‌دار تبیین و تشریح مأموریت و رسالت شرکت، تدوین راهبری در راستای دستیابی به اهداف و ارائه آن به هیئت‌مدیره برای تصویب، اقداماتی فعال بر ساختار مالی شرکت در راستای بهینه‌سازی «هزینه‌های سرمایه»<sup>۱</sup>

و ایجاد تغییراتی در ساختار داخلی برای شرکت یا برای برقراری ارتباط با شرکت‌های خارجی است؛ البته وظیفه اصلی مدیرعامل در هیئت‌مدیره، آماده‌سازی مصوبات توأم با اجرای مؤثر و اطلاع‌رسانی به این نهاد است. از این رو بسیاری از هیئت‌های مدیره برای برآورده کردن انتظارات خویش در راستای اطلاع از اقدامات مدیرعامل، دستورالعمل گزارش‌دهی را برای وی تعریف می‌کنند. افزون بر این فرایند، هیئت‌مدیره می‌تواند اطلاعات را از منابع دیگری کسب کند. برای مثال، این هیئت می‌تواند با دعوت از «کارکنان مدیریت ارشد»<sup>۱</sup> برای حضور در جلسات هیئت‌مدیره و پاسخ به پرسش‌ها، نیاز خویش را برطرف سازد که البته این روش در کشورهای فنلاند و سوئد کمتر به چشم می‌خورد (Lekvall et al, 2014, p. 79-81). پس به‌طور کلی، هیئت‌مدیریت اجرایی، مسئولیت‌های مدیریتی را عهده‌دار است در حالی که مدیرعامل، مسئولیت‌های بلندمدت و تعیین هدف و راهبری مطلوب توأم با اجرای مؤثر برای دستیابی به آن هدف را بر دوش دارد.

مشخص کردن حدود حصر وظایف هیئت‌مدیره به معنای کم‌بودن قدرت این هیئت نیست؛ زیرا «هیئت‌مدیره» مختار است که آزادانه در هر کاری جز اداره شرکت، به‌صورت روزانه دخالت کند؛ «جایگزینی مدیران اجرایی» و «ایجاد تغییر در راهبردهای شرکت» از جمله این فعالیت‌هاست. اعطای همین اختیار سبب ایجاد تفاوت بارز در میان ساختار «هیئت‌مدیره» در رویکرد «نوردیک» با ساختار «هیئت‌مدیره نظارتی» در آلمان که یکی از دو قسمت «هیئت‌مدیره دولایه» در ساختار شرکت‌های سهامی این کشور است<sup>۲</sup>، شده است؛ زیرا برای مثال، در ساختار نخست، «هیئت‌مدیره» افزون بر اینکه باید راهبرد شرکت را طراحی و تصویب کند، این حق را دارد تا مدیران را عزل و برای آن‌ها جانشین تعیین کند (Thomsen, 2016 a, p. 7).

## 1. Senior-Management Staff

۲. مدل آلمانی «نظام اداره شرکت‌ها» دارای ارکان ویژه‌ای است که مهم‌ترین آن‌ها، «ترکیب اعضای هیئت‌مدیره» است؛ دو هیئت‌مدیره با اعضای مستقل از یکدیگر در این مدل پیش‌بینی شده است و شرکت‌های آلمانی دارای ساختار هیئت‌مدیره دویخشی (دولایه) هستند؛ لایه نخست، «هیئت‌مدیره اجرایی» است که فقط متشکل از عناصر داخلی یعنی مدیران اجرایی شرکت‌هاست و لایه دوم، «هیئت‌مدیره نظارتی» است که شامل نمایندگان کارکنان و نمایندگان سهام‌داران می‌شود. باید دانست که تعداد اعضای هیئت‌مدیره نظارتی بر اساس قانون تعیین می‌شود و توسط سهام‌داران قابل تغییر نیست (Kent, 2009, p. 10). در این ساختار، «هیئت‌مدیره اجرایی» تابع «هیئت‌مدیره نظارتی» است که مرکب از «مدیران غیراجرایی» است (Lannoo, 1995, p. 17).



با توجه به آنچه بیان شد، می‌توان «مدل نوردیک» را به‌عنوان یک «مدل نیمه‌دولایه»<sup>۱</sup> معرفی کرد و دلیل آن این است که میان فعالیت‌های نظارتی و اجرایی در هیئت‌مدیره شرکت‌های سهام این مدل هم‌پوشانی وجود دارد (Thomsen, 2014, p. 5).

در حقوق ایران، مواد ۱۰۷ تا ۱۴۳ «لایحه قانونی ۱۳۴۷»، به تشریفات هیئت‌مدیره واحد و انتخاب آن از سوی مجمع سهام‌داران اشاره دارد. همچنین، امکان پیش‌بینی مدیران غیرموظف نیز (به‌صورت غیرمستقیم) در ماده ۱۳۴ لایحه آمده است که همگی از عناصر ساختار هیئت‌مدیره تک‌لایه است. مطابق «آیین‌نامه راهبری شرکتی سال ۱۳۸۶» نیز هیئت‌مدیره می‌تواند متشکل از دو دسته مدیران موظف و غیرموظف باشد که مدیران غیرموظف نقش مهمی در کمیته‌های مختلف مرتبط با این هیئت دارند. همچنین، مطابق این آیین‌نامه، امکان حضور مدیران افتخاری نیز در هیئت‌مدیره پیش‌بینی شده است. براین اساس، ساختار مدیریتی در حقوق شرکت‌های سهامی ایران «تک‌لایه» و کنترل شرکت در یک جایگاه، متمرکز است (عابدینی، ۱۴۰۰، صص. ۴۷۸-۴۷۹).

### ۳.۳. بانک؛ منبع تأمین مالی

ساختار کلی تأمین مالی در این رویکرد بدین شکل است که سهام‌دار عمده در سوئد، «گروه‌های سهامی بانک‌محور»<sup>۲</sup>، در نروژ و فنلاند، بیشتر «بانک‌ها» و تا حدی «شرکت‌های دولتی» و در دانمارک، «مؤسسات و بنیادهای مالی» هستند (Thomsen, 2014, p. 5). بنابراین، نگاه این مدل در تأمین منابع مالی، بیشتر «رویکرد بانک‌مدار»<sup>۳</sup> است (Mähönen & Johnsen, 2019, p. 225). البته نمی‌توان این ویژگی را منحصر به این سیستم دانست و به دیگر مدل‌ها تسری نداد؛

زیرا بیشتر کشورهای دنیا (جز کشورهای پیرو رویکرد «انگلیسی-آمریکایی» مانند

بریتانیا و ایالات متحده) به‌ویژه طرف‌داران رویکرد اروپای قاره‌ای مانند آلمان، فرانسه و

ایتالیا نیز از چنین ساختاری بهره‌مند هستند و بانک‌ها و مؤسسات کلان مالی دولتی در

تأمین منابع مالی شرکت‌های سهامی‌شان نقش فعالانه دارند.

1. Half Two-Tier

2. Bank-Oriented Stock Groups

۳. Bank-Oriented System؛ در مقابل این نگاه، در «رویکرد انگلیسی-آمریکایی»، «بازارمحوری» و در

«رویکرد آسیایی»، «خانواده‌محوری» دیده می‌شود. برای مطالعه بیشتر در این باره ر.ک. به: عابدینی، ۱۳۹۷.

در نظام حقوقی ایران با اینکه بندهای ۱۹ تا ۲۱ ماده ۱ «قانون بازار اوراق بهادار سال ۱۳۸۴»، «صندوق بازنشستگی، صندوق سرمایه‌گذاری و نهادهای مالی» (به‌عنوان مهم‌ترین نهادهایی که در «رویکرد انگلیسی-آمریکایی»، عندالاقضاء تأمین مالی شرکت‌های سهامی را به‌عهده دارند) را تعریف کرده‌اند، در عمل تأمین سرمایه شرکت‌ها از طریق «منابع داخلی» خود شرکت‌ها یعنی مؤسسان شرکت (به‌عنوان تأمین‌کنندگان سرمایه اولیه) و نیز سهام‌دارانی که بعدها به شرکت وارد می‌شوند و سهام خریداری می‌کنند (مواد ۶ و ۱۲ لایحه قانونی ۱۳۴۷) صورت می‌گیرد.

#### ۴.۳. شفافیت مالی بالا

«شفافیت» در شرکت‌های تجارتي بدین معناست که شرکت‌ها پیوسته و به‌طور منظم گزارش‌هایی درباره حساب‌های مالی و پاداش‌های پرداختی خود ارائه دهند؛ زیرا زمانی می‌توان از مدل مناسبی در «نظام اداره شرکت‌ها» سخن گفت که گزارش‌دهی‌های مالی به‌صورت منظم انجام شود (Schøning, 2017, p. 169). شرکت‌های سهامی شمال اروپا از لحاظ ایجاد و توسعه «شفافیت» حداکثری نسبت به سهام‌داران و بازار سرمایه، استانداردهایی اتخاذ کرده‌اند تا به هدف غایی‌شان نزدیک شوند. اتخاذ این رویه سبب شده است تا آنان از سوی «کمیسیون اروپا» به‌عنوان کشورهای برتر از منظر «شفافیت مالی و افشای اطلاعات» شناخته شوند (Danish Corporate Governance Committee, 2009, p. 11).

در این مدل، «شفافیت» حداکثری نسبت به «سهام‌داران، بازار سرمایه و جامعه» دیده می‌شود؛ به‌گونه‌ای که برای آگاهی‌بخشی به عموم، نام و اعتبار هیئت‌مدیره، مدیرعامل و مدیران ارشد در وبگاه شرکت به نمایش عموم گذاشته می‌شود و حق‌الزحمه مدیران و هیئت‌مدیره به تفصیل و با جزئیات دقیق افشا می‌شود (Lekvall et al, 2014, pp. 92-93). برای مثال، افشای کامل حقوق و دستمزدهای اعضای هیئت‌مدیره الزامی دانسته شده و این رویه سال‌هاست بین کشورهای شمال اروپا ادامه داشته است. در سال‌های اخیر، مقررات یادشده در دانمارک، ایسلند، نروژ و سوئد با

---

۱. با وجود اینکه این قانون، سه نهاد یادشده را تعریف کرده، اما اساساً برای آن‌ها نقش تأمین‌کننده منابع مالی شرکت‌های سهامی را در نظر نداشته است.

تغییراتی جزئی همراه بوده است. برای مثال، در این کشورها «سیاست دستمزد»<sup>۱</sup> شرکت باید در مجمع عمومی عادی ارائه شود. این در حالی است که در فنلاند، سیاست پاداش به مدیریت اجرایی باید در وبگاه شرکت انتشار یابد (Danish Corporate Governance Committee, 2009, p. 11).

در این راستا، مطابق با بخش ۱۳ از «آیین‌نامه نظام اداره شرکت‌های نروژ»<sup>۲</sup> درباره شفافیت، هیئت‌مدیره ملزم است دستورالعملی را برای گزارش‌دهی شرکت از اطلاعات مالی و دیگر اطلاعات برای رعایت اصل تساوی رفتار در قبال همه طرف‌های قرارداد با شرکت تنظیم کند. این دستورالعمل باید مطابق الزاماتی که «قانون بورس اوراق بهادار» و دیگر مقررات بورسی در نظر دارند، تنظیم و در آن چهارچوب وضع شود. برای مثال، دستورالعمل تدوین‌یافته باید صحت و به‌روز بودن اطلاعات شرکت را تضمین کند؛ زیرا در سایه وجود این دو ویژگی، مجموع سهام‌داران و سرمایه‌گذاران قادرند تصمیمات بهنگام و صحیح را حسب مورد، درباره مدیریت شرکت و خرید و فروش سهام اتخاذ کنند (The Norwegian Code of Practice for Corporate, 2014, pp: 50-51).

مطابق «نظام اداره شرکت‌ها» در سوئد، تمام پرداختی‌ها به اعضای هیئت‌مدیره و مدیرعامل شرکت‌های دولتی که اصلی‌ترین اجزای آن، رویه و برنامه پرداختی حقوق و تعهدات مرتبط با دستمزدهاست، باید در سطح فردی افشا شود. افزون‌براین، این مقررات تصویب دستورالعمل‌هایی درباره حقوق و پاداش‌ها به مدیران ارشد در مجمع عمومی سالانه را الزام‌آور دانسته است و تأکید می‌کند که این پرداختی‌ها باید در گزارش سالانه افشا شود (Waring & Pierce, 2004, p. 374). همچنین، بند ۱۰ ماده ۳ مقررات یادشده درباره لزوم افشای اطلاعات، رعایت تکالیفی را الزامی دانسته که از آن جمله این است که هیئت‌مدیره باید چگونگی اجرایی ساختن قانون راهبری شرکتی را به‌طور سالانه از طریق گزارش مالی سالانه و وبگاه شرکت به سهام‌داران و بازار

۱. Compensation Policy؛ سیاست دستمزد که به آن «خط‌مشی پاداش» نیز می‌گویند، طرح پرداختی است که چگونگی دریافت حقوق کارکنان را برای کار در سازمان مشخص می‌کند.

2. Code of Practice

سرمایه<sup>۱</sup> اطلاع دهد (The Swedish Corporate Governance Code, 2020, p. 23).

در ایسلند انتشار اطلاعات درباره «نظام اداره شرکت‌ها» سبب افزایش شفافیت نسبت به سهام‌داران و در نتیجه، افزایش اعتبار شرکت شده است. از این رو شرکت‌ها باید در گزارش سالانه خود اطلاعاتی را افشا کنند که از جمله دربردارنده موارد زیر باشد.

۱. تمام مقررات «نظام اداره شرکت‌ها» که شرکت از آن‌ها پیروی کرده است.
۲. آن بخش از دستورالعمل‌هایی که شرکت رعایت نکرده است به همراه دلیل عدم رعایت و راه‌هایی برای کاهش این انحراف موقت.
۳. خط‌مشی طراحی شده درباره هیئت‌مدیره، مدیریت اجرایی و مدیریت ارشد شرکت.
۴. شرح ترکیب و فعالیت هیئت‌مدیره، مدیریت و کمیته‌ها.
۵. تبیین فرایند تعیین اعضای کمیته نامزدی و کمیته‌های فرعی.
۶. ذکر تعداد جلسات برگزار شده هیئت‌مدیره و کمیته‌های فرعی توأم با اعلام وضعیت حضور هر یک از آنان.
۷. بیان اطلاعات مربوط به هیئت‌مدیره و مدیرعامل شرکت و بیان وظایف شاخص مدیرعامل.

افزون بر اطلاعات بالا، شرکت‌های تجاری ایسلند باید اطلاعات غیرمالی مرتبط با فعالیت خود در حوزه‌های مسائل زیست‌محیطی، جامعه، منابع انسانی، فساد و رشوه را به صورت سالانه به همراه گزارش مالی هیئت‌مدیره در وبگاه شرکت منتشر کنند (Iceland Chamber of Commerce, 2021, pp. 44-46).

شرکت‌های پذیرفته شده در بورس فنلاند مطابق با مقررات نظام اداره شرکت‌ها باید سالانه گزارشی را منتشر کنند که به موجب آن، هرگاه گزارش تدوین یافته کیفیت مطلوبی داشته باشد، اثر آن بر شفافیت شرکت و اعتماد سرمایه‌گذاران هویدا می‌شود. از این رو برای سنجش کیفیت و وضعیت گزارش، کمیته حسابرسی یا هر کمیته ذی صلاح دیگری این مهم را به عهده دارد که در صورت فقدان کمیته‌های مزبور، هیئت‌مدیره عهده‌دار چنین وظیفه‌ای می‌شود. هرگاه شرکت اقدام به

---

۱. منظور از بازارهای سرمایه، بازارهای مالی برای خرید و فروش اوراق بهادار (با سررسید بیشتر از یک سال) و دارایی‌های بدون سررسید است. در رایج‌ترین تقسیم‌بندی از نظر مرحله عرضه اوراق بهادار، به دو «بازار اولیه» و «بازار ثانویه» تقسیم می‌شود (The Swedish Corporate Governance Code, 2020, p. 24).

صدور بیانیه جداگانه‌ای کند، بیانیه مزبور به همراه گزارش مدیریت باید به یکدیگر ارجاع داده شوند تا حسابرس شرکت با مذاقه و بررسی تأیید کند که ویژگی‌های سیستم کنترل داخلی و مدیریت خطر در آن رعایت شده است و در صورت مشاهده مغایرت، وی مکلف است بیانیه‌ای در این باره صادر کند. بیانیه و گزارش مدیریت پس از پیمودن مسیر پیشین، با انتشار جداگانه‌ای در بورس و وبگاه شرکت به مدت ده سال برای همگان افشا می‌شود ( Securities Market Association, 2020, pp. 49-51).

در دانمارک به موجب بند ب ماده ۱۰۷ «قانون صورت‌های مالی و آیین‌نامه بازار بورس»، شرکت‌های تجاری باید در خلال بیانیه‌ای که در وبگاه شرکت منتشر می‌کنند، اعلام کنند که از کدام‌یک از الزامات «نظام اداره شرکت‌ها» پیروی و از کدام‌یک عدول کرده‌اند. در همین راستا، اگر به جای پیروی از قاعده‌ای، به گونه‌ای دیگر عمل کرده‌اند، دلیل و راه‌حل موردنظر خود را توضیح دهند. این موضوع افزون بر آن مواردی است که گزارش باید درباره «وضعیت شرکت» بازتاب دهد. از این رو تغییرات مهمی که پس از تکمیل حساب‌های شرکت ایجاد می‌شود، باید در گزارش مزبور اعمال و منظور شود ( Danish Recommendations on Corporate Governance, 2020, p. 5).

در حقوق ایران، در «لایحه قانونی ۱۳۴۷»، تنها ماده ۲۳۲ بر تکلیف هیئت‌مدیره مبنی بر افشای اطلاعات مالی دست‌کم بیست روز قبل از تاریخ برگزاری مجمع عمومی به سهام‌داران از طریق بازرسان شرکت تأکید دارد.

«قانون بازار اوراق بهادار سال ۱۳۸۴» درباره «افشای اطلاعات و شفافیت مالی» الزامات بیشتر و مهم‌تری پیش‌بینی کرده است؛ لزوم «ارائه صورت‌های مالی سالانه حسابرسی شده، صورت‌های مالی دوره‌ای و گزارش‌های هیئت‌مدیره» طبق دستورالعمل‌های اجرایی سازمان بورس اوراق بهادار توسط شرکت‌های بورسی، تکلیف مندرج در ماده ۲۱ این قانون مبنی بر افشای «صورت‌های مالی سه‌ماهه، میان‌دوره‌ای (به‌ویژه شش‌ماهه و سالانه و گزارش هیئت‌مدیره به مجامع و اظهارنظر حسابرس»، «استانداردهای هریک از گزارش‌های مالی بالا» و «لزوم افشای فوری اطلاعات مهم شرکت» بر اساس مواد ۷ و ۱۳ «دستورالعمل اجرایی افشای اطلاعات

1. Danish Financial Statements Act 2001 (Amended 2018).

شرکت‌های ثبت‌شده در سازمان بورس اوراق بهادار سال ۱۳۸۶» و درنهایت، «محافظةت از دارایی‌های شرکت در برابر اتلاف، تقلب و سوءاستفاده» طبق ماده ۲ «دستورالعمل کنترل‌های داخلی ناشران پذیرفته‌شده در بورس اوراق بهادار تهران و فرابورس ایران سال ۱۳۹۱»، همگی نشان می‌دهد که حقوق ایران درباره شاخص «افشای اطلاعات» در شرکت‌های سهامی بورسی، گام‌های عمده‌ای برداشته و این شاخصه در مقررات ایران از اهمیت بالایی برخوردار است.

### نتیجه‌گیری

با اینکه «نظام اداره شرکت‌ها» نقش مهمی در راهبری شرکت‌های سهامی از سویی و روابط تجاری دنیا از سوی دیگر دارد، در سیستم حقوقی ایران مفهومی نوپاست و نبود قانون واحد، ساختارمند و همه‌جانبه در این باره، تأثیر جدی و منفی در حقوق ایران داشته است. آیین‌نامه‌ها، دستورالعمل‌ها و الزامات بورسی در این باره نیز به دلیل «عدم پیروی از نگاهی واحد» نتوانسته است این نقیصه را رفع کند.

مطالعه رویکردهای فعال درباره «نظام اداره شرکت‌ها» در این باره راهگشاست و در این میان، «رویکرد نوردیک» می‌تواند به‌عنوان یکی از مدل‌های رایج در دنیا در کنار رویکردهای مشهورتر مورد توجه باشد که در این پژوهش مورد بررسی قرار گرفت. مروری بر ارکان و اوصاف کلیدی این رویکرد، این رهیافت را در پی داشت که دست‌کم، اوصاف «مالکیت متمرکز» و «شفافیت مالی بالا» از جمله نقاط مثبت این رویکرد است. درباره «ساختار هیئت‌مدیره» نیز با وجود اشکالاتی که شاید بتوان در بلا تکلیفی و نیمه‌دولایه‌ای بودن آن شناسایی کرد، اصل توجه به تفکیک «نظارت» از «اجرا» نکته عمده‌ای است که می‌تواند در طراحی مدل بومی مورد توجه و تأمل باشد، اما وابستگی زیاد به «بانک‌ها» به‌عنوان اصلی‌ترین منبع تأمین مالی از جمله نقاط ضعف جدی این رویکرد است؛ زیرا هرگونه بروز خلل در فعالیت بانک‌ها به هر دلیل در فعالیت‌های شرکت‌ها تأثیر شگرف منفی دارد.

سیستم حقوقی ایران در باب شرکت‌های سهامی جز در باب «شفافیت مالی و افشای اطلاعات» (که آن هم تنها در آیین‌نامه‌ها، دستورالعمل‌ها و الزامات بورسی و تنها برای ناشران سهام در بازار بورس طراحی شده است و نمی‌توان ادعای جامعیت آن را نیز طرح کرد)، دارای ضعف جدی در سه شاخص دیگر یعنی «نسبت میان مالکیت و کنترل شرکت»، «ساختار

هیئت‌مدیره» و «منبع تأمین مالی» است که تشست رویه‌های تقنینی و اجرایی در باب اتخاذ رویکرد واحد در این باره، مسئله را با اشکال‌های جدی مواجه ساخته است. افزون‌براین، توجه نکردن به نگاه و رویه‌ای واحد در طراحی و اجرای «نظام اداره شرکت‌ها» در دستورالعمل‌ها و الزامات بورسی، این نقص را دوچندان کرده است.

مطالعات تطبیقی در باب «نظام اداره شرکت‌ها» در کشورهای نوردیک که موضوع و عنوان این پژوهش نیز در همین راستاست، افزون‌بر تأکید بر این نکته که پیروی کامل از رویکرد این کشورها با توجه به اختلاف در نگاه مبنایی نظام‌های حقوقی نمی‌تواند برای سیستم حقوقی ایران راهگشا باشد، اما با داشتن نگاهی بومی‌گرایانه و توجه به ویژگی‌های مثبت آن، مسیر طراحی و تدوین مدل مطلوب «نظام اداره شرکت‌ها» در ایران را به‌خوبی هموار می‌سازد. تقنین در این باره با تأکید بر اینکه در مالکیت، شرکت‌های سهامی در ایران، غیربراکنده فعالیت کنند و به تعبیر دقیق‌تر، هدایت و راهبری‌شان به‌دور از مشکل نمایندگی باشد یا اینکه منابع مالی شرکت از خارج از شرکت‌ها هم تأمین شود و نیز هدف‌گذاری شرکت‌ها مبتنی بر افزایش شفافیت و افشای اطلاعات باشد، می‌تواند گام‌های بلندی در نزدیک شدن به چشم‌انداز الگوی مطلوب و نمونه «نظام اداره شرکت‌ها»ی ایران شمرده شود؛ اوصافی که بخش زیادی از آن در ارکان و شاخص‌های کلیدی «رویکرد نوردیک» دیده می‌شود و گرایش سرمایه‌گذاران به حضور در بازارهای بورس حوزه اسکاندیناوی گویای آن است.

افزون‌بر تأکید بر «اختصاص بخشی مستقل به "نظام اداره شرکت‌ها" در مقررات آتی مربوط به شرکت‌های تجاری به‌ویژه شرکت‌های سهامی»، وضع مقرراتی در قالب مواد جداگانه در راستای «ایجاد نهاد نظارتی بر هیئت‌مدیره» در قالب «مجموعه‌ای متشکل از سهام‌داران و کارکنان (که حقوق ذی‌نفعانی مانند کارکنان را افزون‌بر سهام‌داران بیشتر تأمین کند)»، «کاهش الزامات حضور فعالانه شرکت‌های سهامی در بازار بورس و افزایش مشوق‌های این حضور برای ایجاد رغبت بیشتر آنان در این عرصه» با هدف تأمین بیشتر منابع مالی از طریق خود بازار و نه الزاماً سرمایه‌گذارانی از طبقات اجتماعی خاص یا بانک‌ها و نیز «درج الزامات مربوط به شفافیت مالی مندرج در آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های بورسی در بخش مستقل یادشده» بخشی از پیشنهادهای مشخص نگارندگان بر اساس نتایج حاصل از این پژوهش است.

## منابع

۱. قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۴.
۲. لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷.
۳. یاسبان، محمدرضا (۱۳۹۴). حقوق شرکت‌های تجاری (جلد ۲). تهران: سمت.
۴. تقی‌پور، بهرام و عابدینی، حسین (۱۳۹۸). رویکرد نظام حقوقی ایران به شاخصه‌های کلیدی نظام اداره شرکت‌های سهامی. فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی. دوره ۴۹، شماره ۳، ۴۰۹-۴۲۴.
۵. تقی‌پور، بهرام، عباسی سرمدی، مهدی و عابدینی، حسین (۱۳۹۷). «حقوق اقلیت در شرکت‌های سهامی بر مبنای نظام اداره شرکت‌ها؛ مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و آمریکا». فصلنامه پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، سال ۱۹، شماره ۲ (پیاپی ۴۸)، ۳۶۹-۳۹۶.
۶. سیداحمدی سجادی، سیدعلی (۱۳۸۸). نظریه نمایندگی در نظام راهبری شرکتی. فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۹، شماره ۴.
۷. عابدینی، حسین (۱۳۹۷). نظام اداره شرکت‌های سهامی عام؛ ارائه الگوی مناسب برای نظام حقوقی ایران با مطالعه تطبیقی در خصوص شرکت‌های آمریکا (رساله دکتری، دانشگاه خوارزمی).
۸. عابدینی، حسین (۱۴۰۰). مطالعه تطبیقی شاخصه‌های کلیدی نظام اداره شرکت‌ها در رویکرد شرق آسیا و حقوق ایران. فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۵۱، شماره ۳، ۴۶۹-۴۸۶.
۹. عیسایی تفرشی، محمد و یحیی‌پور، جمشید (۱۳۹۲). تئوری ذی‌نفعان با رویکرد مقررات شرکت‌های سهامی ایران. فصلنامه بورس اوراق بهادار، شماره ۲۳، ۱۳۹-۱۶۷.
10. Calkoen, Willem Jacob Lodewijk. (2011). The One-Tier Board In The Changing and Converging World of Corporate Governance.
11. Danish Corporate Governance Committee, Finnish Securities Market Association, Icelandic Committee on Corporate Governance, Norwegian Corporate Governance Board, & Swedish Corporate Governance Board. (2009). Corporate Governance In The Nordic Countries.
12. Danish Recommendations on Corporate Governance, (2020).
13. Davies, Paul L, & Hopt, Klaus J. (2013). Corporate Boards In Europe-Accountability and Convergence. The American Journal of Comparative Law, 61(2), 301-376.
14. Eelderink, GJ. (2014). Effect of ownership structure on firm performance. University of Twente.
15. Friedman, Andrew L, & Miles, Samantha. (2006). Stakeholders: Theory and practice. In Oxford University Press. OUP Oxford.
16. Garzón Castrillón, Manuel Alfonso. (2021). The Concept of Corporate Governance. Revista Científica "Visión de Futuro," 25(2), 178-194.
17. General, Internal Market Directorate. (2002). Comparative Study of Corporate Governance Codes Relevant to The European Union and Its Member States. European Commission.
18. Hansen, Jesper Lau. (2007). A Scandinavian Approach to Corporate Governance. Scandinavian Studies in Law, 50, 125-142.
19. Iceland Chamber of Commerce, Nasdaq Iceland and SA Confederation of



- Icelandic Enterprise. (2021). Guidelines on Corporate Governance, 1–49. Iceland Chamber of Commerce, SA Confederation of Icelandic Enterprise, Nasdaq Iceland.
20. Jensen, Michael C. (2001). 1. Value Maximization, Stakeholder Theory, and the Corporate Objective Function. *Journal of Applied Corporate Finance*, 14 (3), 3–25.
  21. Kent, Kevin M. (2009), Three Models of Corporate Governance from Developed Capital Markets.
  22. Kjærland, Frode, Haugdal, Ane Tolnes, Søndergaard, Anna, & Vågslid, Anne. (2020). Corporate Governance and Earnings Management In A Nordic Perspective: Evidence from The Oslo Stock Exchange. *Journal of Risk and Financial Management*, 13 (11), 256.
  23. Lannoo, Karel. (1995). Corporate Governance In Europe: Report of A CEPS Working Party. Centre pour l'Etude des Politiques Europennes.
  24. Lekvall, Per, Gilson, Ronald J, Hansen, Jesper Lau, Lønfeldt, Carsten, Airaksinen, Manne, Berglund, Tom, von Weymarn, Tom, Knudsen, Gudmund, Norvik, Harald, & Skog, Rolf. (2014). The Nordic Corporate Governance Model. In *The Nordic Corporate Governance Model*, Per Lekvall, ed., SNS Förlag, Stockholm (No. 14–12).
  25. Mähönen, Jukka, & Johnsen, Guðrún. (2019). Law, Culture and Sustainability. In *The Cambridge Handbook of Corporate Law, Corporate Governance and Sustainability* (pp. 218–231). Cambridge University Press; (Doi.org/10.1017/9781108658386.022).
  26. Malline, Christine A. (2010), *Corporate Governance*, London: Oxford University Press.
  27. Naciri, Ahmed (Editor). (2008). *Corporate Governance Around The World*. In Routledge Co. (Vol. 1). Routledge Co.
  28. Nestor, Slipton & John K. Thompson (2000), "Corporate Governance Patterns in OECD Economies: Is Convergence Under Way?", Discussion Paper, Paris: OECD.
  29. The Norwegian Code of Practice for Corporate, 1 (2014).
  30. Schønning, Lena. (2017). Good Governance Tools: Cross-Pollination from Nordic Corporate Law. *Arctic Review*, 8 (0 SE-Original Articles), 160–173; (Doi.org/10.23865/arctic.v8.722).
  31. Securities market association, (2020).
  32. Shah, Neeta, Napier, Christopher J, & Holloway, R. (2017). The Cadbury Report 1992: Shared Vision and Beyond. In United Kingdom.
  33. Spisto, Michael Michele Paolo. (2006). Legal Aspects of Corporate Governance In The Republic of South Africa: Towards A Possible Model For Improved Stakeholder Relations Within The Corporation [University of The Witwatersrand Johannesburg South Africa].
  34. The Swedish Corporate Governance Code, (2020).
  35. Thomsen, Steen. (2014). Nordic Corporate Governance and Industrial Foundations 123.
  36. Thomsen, Steen. (2016 a). Nordic Corporate Governance Revisited. *Nordic Journal of Business*, 65(1), 4–12.
  37. Thomsen, Steen. (2016 b). The Nordic Corporate Governance Model. *Management and Organization Review*, 12 (1), 189–204.
  38. Thomsen, Steen, Rose, Caspar, & Kronborg, Dorte. (2016). Employee Representation and Board Size In The Nordic Countries. *European Journal of Law and Economics*, 42 (3), 471–490.
  39. Waring, Kerrie, & Pierce, Chris. (2004). *The Handbook of International Corporate Governance: A Definitive Guide*. In Kogan Page Publishers.

## References:

1. Draft Law amending a portion of the Iranian Commercial Code, approved in 1347 SH.
2. Securities Market Law of the Islamic Republic of Iran, approved in 1384 SH.
3. Abedini, Hossein (1397 SH). Public Joint Stock Company Governance System; Providing a Suitable Model for the Iranian Legal System with a Comparative Study on American Companies (Doctoral Thesis, Kharazmi University).
4. Abedini, Hossein (1400 SH). Comparative Study of Key Indicators of Corporate Governance in the East Asia Approach and Iranian Law. *Quarterly Journal of Private Law Studies*, Volume 51, Number 3, 469-486.
5. Calkoen, Willem Jacob Lodewijk. (2011). *The One-Tier Board In The Changing and Converging World of Corporate Governance*.
6. Danish Corporate Governance Committee, Finnish Securities Market Association, Icelandic Committee on Corporate Governance, Norwegian Corporate Governance Board, & Swedish Corporate Governance Board. (2009). *Corporate Governance In The Nordic Countries*.
7. Danish Recommendations on Corporate Governance, (2020).
8. Davies, Paul L, & Hopt, Klaus J. (2013). Corporate Boards In Europe-Accountability and Convergence. *The American Journal of Comparative Law*, 61(2), 301-376.
9. Eelderink, GJ. (2014). Effect of ownership structure on firm performance. University of Twente.
10. Eisaie Tafreshi, Mohammad, and Yahyapour, Jamshid (1392 SH). Interest Theory with a Focus on the Regulations of Iranian Joint Stock Companies. *Securities and Exchange Quarterly*, Number 23, 139-167.
11. Friedman, Andrew L, & Miles, Samantha. (2006). *Stakeholders: Theory and practice*. In Oxford University Press. OUP Oxford.
12. Garzón Castrillón, Manuel Alfonso. (2021). The Concept of Corporate Governance. *Revista Científica "Visión de Futuro,"* 25(2), 178-194.
13. General, Internal Market Directorate. (2002). *Comparative Study of Corporate Governance Codes Relevant to The European Union and Its Member States*. European Commission.
14. Hansen, Jesper Lau. (2007). A Scandinavian Approach to Corporate Governance. *Scandinavian Studies in Law*, 50, 125-142.
15. Iceland Chamber of Commerce, Nasdaq Iceland and SA Confederation of Icelandic Enterprise. (2021). *Guidelines on Corporate Governance*, 1-49. Iceland Chamber of Commerce, SA Confederation of Icelandic Enterprise, Nasdaq Iceland.
16. Jensen, Michael C. (2001). 1. Value Maximization, Stakeholder Theory, and the Corporate Objective Function. *Journal of Applied Corporate Finance*, 14 (3), 3-25.
17. Kent, Kevin M. (2009), *Three Models of Corporate Governance from Developed Capital Markets*.
18. Kjærland, Frode, Haugdal, Ane Tolnes, Søndergaard, Anna, & Vågslid, Anne. (2020). Corporate Governance and Earnings Management In A Nordic Perspective: Evidence from The Oslo Stock Exchange. *Journal of Risk and Financial Management*, 13 (11), 256.
19. Lannoo, Karel. (1995). *Corporate Governance In Europe: Report of A CEPS Working Party*. Centre pour l'Etude des Politiques Publiques Européennes.
20. Lekvall, Per, Gilson, Ronald J, Hansen, Jesper Lau, Lønfeldt, Carsten,

- Airaksinen, Manne, Berglund, Tom, von Weymarn, Tom, Knudsen, Gudmund, Norvik, Harald, & Skog, Rolf. (2014). The Nordic Corporate Governance Model. In *The Nordic Corporate Governance Model*, Per Lekvall, ed., SNS Förlag, Stockholm (No. 14-12).
21. Mähönen, Jukka, & Johnsen, Guðrún. (2019). Law, Culture and Sustainability. In *The Cambridge Handbook of Corporate Law, Corporate Governance and Sustainability* (pp. 218-231). Cambridge University Press; (Doi.org/10.1017/9781108658386.022).
  22. Malline, Christine A. (2010), *Corporate Governance*, London: Oxford University Press.
  23. Naciri, Ahmed (Editor). (2008). *Corporate Governance Around The World*. In Routledge Co. (Vol. 1). Routledge Co.
  24. Nestor, Slipton & John K. Thompson (2000), "Corporate Governance Patterns in OECD Economies: Is Convergence Under Way?", Discussion Paper, Paris: OECD.
  25. Pasban, Mohammad Reza (1394 SH). *Company Law (Volume 2)*. Tehran: SAMT.
  26. Schøning, Lena. (2017). Good Governance Tools: Cross-Pollination from Nordic Corporate Law. *Arctic Review*, 8 (0 SE-Original Articles), 160-173; (Doi.org/10.23865/arctic.v8.722).
  27. Securities market association, (2020).
  28. Seyyed Ahmadi Sajjadi, Seyed Ali (1388 SH). Agency Theory in the Corporate Governance System. *Journal of Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran*, Volume 39, Number 4.
  29. Shah, Neeta, Napier, Christopher J, & Holloway, R. (2017). The Cadbury Report 1992: Shared Vision and Beyond. In United Kingdom.
  30. Spisto, Michael Michele Paolo. (2006). Legal Aspects of Corporate Governance In The Republic of South Africa: Towards A Possible Model For Improved Stakeholder Relations Within The Corporation [University of The Witwatersrand Johannesburg South Africa].
  31. Taqipour, Bahram, Abbasi-Sarmadi, Mehdi, and Abedini, Hossein (1397 SH). Minority Rights in Joint Stock Companies based on the Corporate Governance System; A Comparative Study in Iranian and American Law. *Journal of Islamic Law Research*, Year 19, Number 2 (No. 48), 369-396.
  32. Taqipour, Bahram, and Abedini, Hossein (1398 SH). Legal System Approach to Key Indicators of Corporate Governance. *Quarterly Journal of Private Law Studies*, Volume 49, Number 3, 409-424.
  33. The Norwegian Code of Practice for Corporate, 1 (2014).
  34. The Swedish Corporate Governance Code, (2020).
  35. Thomsen, Steen, Rose, Caspar, & Kronborg, Dorte. (2016). Employee Representation and Board Size In The Nordic Countries. *European Journal of Law and Economics*, 42 (3), 471-490.
  36. Thomsen, Steen. (2014). Nordic Corporate Governance and Industrial Foundations 123.
  37. Thomsen, Steen. (2016 a). Nordic Corporate Governance Revisited. *Nordic Journal of Business*, 65(1), 4-12.
  38. Thomsen, Steen. (2016 b). The Nordic Corporate Governance Model. *Management and Organization Review*, 12 (1), 189-204.
  39. Waring, Kerrie, & Pierce, Chris. (2004). *The Handbook of International Corporate Governance: A Definitive Guide*. In Kogan Page Publishers.

## کشف استحقاق غیر نسبت به مهرالمسمی بعد از فوت زوج؛ نحوه مطالبه مهریه و غرامات وارده

عاطفه ذبیحی \* دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق علیه‌السلام،  
تهران، ایران.  
a.zabih@isu.ac.ir

### چکیده

در مواردی که در عقد دائم، مهریه زوجه به صورت عین معین غیرمنقول تعیین شده باشد و بعد از فوت زوج کشف شود که مهرالمسمی ملک غیر است، بدل مهریه بر عهده ورثه زوج قرار می‌گیرد، اما در خصوص تعیین قیمت ملک و دامنه خسارات قابل مطالبه، ابهاماتی از قبیل زمان تعیین قیمت و امکان مطالبه خسارات ناشی از کاهش ارزش پول پدید می‌آید که پژوهش حاضر به تبع سکوت قانون‌گذار ایرانی، با تتبع در متون فقهی و با روش تحلیلی توصیفی به بررسی موضوعات یادشده پرداخته است. در پی مقایسه زوایا و آثار موضوع با احکام و مبانی مباحث مشابهی چون ضمان درک و معاملات فضولی و سایر مستندات فقهی و حقوقی، این نتیجه حاصل شد که روز اشتغال ذمه زوج به بدل را باید مقارن با عدم تنفیذ تعلق مهرالمسمی به زوجه توسط مالک واقعی آن برشمرد. در زمینه امکان مطالبه غرامات از سوی زوجه نیز در مواردی که تاریخ تأدیه متفاوت از زمان اشتغال ذمه زوج بوده و کاهش ارزش پول را به همراه داشته باشد؛ خساراتی که بر زوجه وارد شده است تنها به استناد مادتين ۵۱۵ و ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و محدود به خسارات وارده در طول حیات زوج، قابل مطالبه خواهد بود.

واژگان کلیدی: مهرالمسمی، بدل مهریه، عقد دائم، تاریخ تأدیه مهریه، کاهش ارزش پول.



## مقدمه

در پی تراضی زوجین و تعیین مهریه به موجب عقد نکاح، زوجه نسبت به مطالبه آن با عنوان مهرالمسمی، استحقاق می‌یابد. به فرض که مال معینی از سوی زوج به عنوان مهریه ضمن عقد نکاح تعیین شده باشد، اما پس از فوت زوج بر زوجه روشن شود که مهرالمسمای مزبور متعلق به غیر بوده است، به تعبیر دیگر، استحقاق غیر نسبت به مهرالمسمی پس از فوت زوج کشف شود، تعیین حدود و گستره حق زوجه نسبت به مطالبه مهر خود از اموال متوفی و امکان مطالبه غرامات و خسارات ناشی از مستحق للغير در آمدن آن محل پرسش است.

به عبارت دقیق‌تر، تعیین حدود استحقاق زوجه نسبت به مهرالمسمی مستلزم بررسی سه موضوع مختلف به شرح زیر است.

نخست اینکه، در پی کشف باطل بودن مهریه تعیین شده ضمن عقد نکاح به دلیل «در ملکیت غیر بودن» آن، این پرسش مطرح می‌شود که با بطلان مهرالمسمی باید قائل به وجوب پرداخت بدل آن به زوجه شد یا اساساً به دلیل بطلان مهرالمسمی، مهرالمثل به زوجه تعلق می‌گیرد؟ دوم اینکه، در صورت قائل شدن به لزوم پرداخت قیمت مهرالمسمای باطل به تبع حکم به وجوب دادن بدل، زمان اشتغال ذمه زوج به دادن بدل و موعد تقویم مهرالمسمی برای پرداخت آن به زوجه چه زمانی خواهد بود؟

سوم اینکه، ضمن حکم به پرداخت قیمت، این پرسش نزد قاضی مطرح می‌شود که آیا مطالبه خسارات وارد بر زوجه از سوی وی جایز است؟ به عبارت دیگر، غرامات ناشی از کشف استحقاق غیر و بطلان مهرالمسمی، در چه گستره‌ای و مبتنی بر کدام مستند فقهی و قانونی قابل مطالبه است؟

پژوهش حاضر در راستای یافتن پاسخ پرسش‌های مزبور، مترصد بررسی شرایط و آثار مطالبه مهریه مستحق للغير و غرامات آن است و در این راستا، نظر به اینکه در متون قانونی مختلف، پاسخ صریحی درباره مسائل مزبور وجود ندارد، مبتنی بر اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، رجوع به منابع فقهی ملاک عمل است.

برای تبیین و بررسی دیدگاه‌های مختلف فقهی و آرای حقوق دانان در این باره، پاسخ مسائل مزبور در قالب سه عنوان و بحث اصلی شامل مبنای تعیین مهر در فرض احراز استحقاق غیر نسبت به مهرالمسمی (۱) زمان تقویم مهرالمسمای مستحق للغير (۲) و امکان مطالبه خسارات

ناشی از کشف استحقاق غیر (۳) مورد بحث قرار می‌گیرد.

### ۱. مبنای تعیین مهر در فرض احراز استحقاق غیر نسبت به مهر المسمی

در منابع فقهی نسبت به آثار مترتب بر مستحق للغير در آمدن مهر المسمی اتفاق نظر میان آرای فقها مشاهده نمی‌شود و به فرض احراز استحقاق غیر نسبت به مهریه تعیین شده حین عقد و بطلان آن، درباره تعهد زوج به پرداخت مهریه در قبال زوجه، دیدگاه‌های فقهی مختلفی درباره وجود مهر المثل یا وجوب بدل مهر المسمی وجود دارد.

در این زمینه، قانون مدنی حکم مصرح دارد و ماده ۱۱۰۰ آن مقرر کرده است «در صورتی مهر المسمی مجهول باشد یا مالیت نداشته باشد یا ملک غیر باشد، در صورت اول و دوم، زن مستحق مهر المثل خواهد بود و در صورت سوم، مستحق مثل یا قیمت آن خواهد بود مگر اینکه صاحب مال اجازه نماید». در عین حال، به دلیل سکوت قانون‌گذار نسبت به آثار حکم ماده ۱۱۰۰ درباره ملک غیر بودن مهر، طرح اختلاف اقوال فقها و بررسی ادله هریک از آنها ضرورت می‌یابد.

در میان اقوال فقهایی که در فرض بطلان مهر المسمای مستحق للغير قائل به صحت عقد نکاح شده‌اند، درباره استحقاق زن به مهر دو دیدگاه عمده وجود مهر المثل و وجوب بدل مهر المسمی به این شرح طرح شده است «البته در مقابل برخی فقها به تبع اینکه مهر را رکن در عقد نکاح دانسته‌اند، بطلان مهر را سبب بطلان عقد بر شمرده‌اند. مهریه رکن عقد نکاح است (بحرانی، ۱۳۶۳، ج ۲۴، ص. ۴۳۸)؛ باطل شمردن انعقاد نکاح با مهر غیر قابل تملک چون شراب (طوسی، ۱۴۰۰، ص. ۴۶۹)؛ ترتب برخی آثار معاملات بر نکاح از قبیل حق حبس (طوسی، ۱۴۰۰، ص. ۴۷۵)؛ تعبیر مهریه با «اجورهن» در کلام الهی (نساء، ۲۵؛ احزاب، ۵۰؛ مائده، ۵؛ ممتحنه، ۱۰) و همچنین برخی تعابیر به‌کاررفته در روایات که شائبه معوض بودن نکاح را تأیید می‌کند (مانند روایت محمد بن مسلم از امام باقر (علیه السلام) "قَالَ نَعَمْ إِنَّمَا يَشْتَرِيهَا بِأَعْلَى الثَّمَنِ" (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص. ۳۶۵) در ردیف دلایل و مؤیدات این دیدگاه ذکر شده‌اند».

### ۱.۱. وجوب مهر المثل

در این زمینه دو حکم متفاوت وجود دارد.

برخی بطلان مهر مورد تراضی طرفین را به منزله عدم تعیین مهر در عقد دانسته و قائل به تعلق

مهرالمثل تنها در صورت تحقق نزدیکی شده‌اند. مرحوم محقق کرکی دلیل و پشتوانه قائلین قول به تفصیل را چنین تقریر کرده‌اند «به جهت عدم صلاحیت مهرالمسمی، تسمیه باطل است و چون رد معوض یعنی بضع به دلیل صحیح بودن نکاح، ممتنع است، رجوع به قیمت آن که همان مهرالمثل است، واجب می‌شود و چون صحت نکاح ملازمه با وجوب مهر ندارد، وجوب به تبع دخول باشد» (عاملی کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص. ۳۷۶).

گروه دیگر نظر به اینکه تراضی طرفین عقد نسبت به عقد نکاح در برابر تراضی به مهرالمسمی بوده است، به نحو اطلاق، زوجه را مستحق مهرالمثل دانسته‌اند (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص. ۷۶؛ نجفی، بی تا، ج ۳۱، ص. ۳۵). در این راستا، مبنای تعیین قاعده جاری در مسئله، تبیین جایگاه مهر در عقد نکاح و پاسخ به این پرسش دانسته شده است (حلی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص. ۲۰۳) که آیا مهر عوض حقیقی در عقد نکاح به شمار می‌رود یا خیر؟ در پاسخ به این پرسش چنین اظهار شده است که ثبوت مهرالمثل، ناظر به این مبناست که مهر، رکن عقد و عوض بضع فرض شود؛ زیرا اگر در عقد نکاح، مهر عوض حقیقی در مقابل معوض دانسته شود و به دلیل مستحق للغير درآمدن این عوض، روشن شود که عوض فاسد است، این فساد موجب می‌شود که رجوع به عین عوض دیگر متعذر شود. در عین حال، با توجه به صحیح بودن نکاح و لزوم دادن عوض به طرف عقد، زوج مکلف به پرداخت قیمت آن که همان مهرالمثل است، خواهد بود. این در حالی است که فرض رکن بودن مهر در عقد نکاح از سوی بسیاری از فقها مردود دانسته شده است (نجفی، بی تا، ج ۳۱، ص. ۳۳).

## ۲.۱. وجوب بدل مهرالمسمی

مطابق این دیدگاه، برخلاف موارد مجهول بودن مهر یا مالیت نداشتن آن، در فرضی که مهر مالیت دارد یا امکان تعیین قیمت آن وجود دارد، باید مثل یا قیمت مهرالمسمی پرداخته شود (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص. ۲۹۰؛ عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص. ۱۸۵؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص. ۳۷۹؛ اصفهانی، ۱۴۱۶ق، ج ۷، ص. ۴۱۸؛ حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص. ۲۷۰).<sup>۱</sup>

۱. برخی عبارت صاحب شرایع را مبهم شمرده و سه تفسیر احتمالی متفاوت از آن قابل برداشت دانسته‌اند (شبییری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۲۲، ص. ۶۹۸۶).

### ۳.۱. دیدگاه مختار مقنی

قانون‌گذار صرف‌نظر از دیدگاه‌های فقهی موجود در موضوع بحث، در حکم کلی مطابق دیدگاه اخیر که بیشتر مورد اقبال فقهاست، با توجه به تصریح ماده ۱۱۰۰ قانون مدنی، قائل به صحت عقد نکاح و لزوم پرداخت مثل یا قیمت مهریه موضوع تراضی زوجین شده است. درعین حال، درباره زمان و چگونگی تعیین قیمت مهریه و امکان مطالبه غرامات آن و اثر کاهش ارزش پول در این مطالبه، ابهاماتی شایان طرح است که در ذیل به آن‌ها پرداخته می‌شود.

### ۲. زمان تقویم مهرالمسمای مستحق للغير

چنان که ماده ۱۱۰۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد، با مشخص شدن استحقاق غیر نسبت به مهرالمسمی، زوجه مستحق مثل یا قیمت آن خواهد بود؛ به این ترتیب که در اموال مثلی، زوج مکلف به دادن مثل مهرالمسمی به زوجه است و در اموال قیمی، ذمه زوج به دادن قیمت آن اشتغال می‌یابد که این تعیین قیمت مهر تعیینی به نرخ روز باید از طریق ارجاع به کارشناسی صورت پذیرد.

درباره تعیین قیمت و قواعد حاکم بر تعیین زمان تخمین قیمت مال موضوع خواسته، دیدگاه‌های مختلف درباره زمان تقویم، امکان ترتب احکام معاملات فضولی بر موضوع محل بحث و درنهایت، تعیین زمان اشتغال ذمه زوج به بدل از میان اقوال مختلف ضرورت می‌یابد که در ادامه بررسی می‌شود.

### ۱.۲. فروض محتمل در تعیین زمان تقویم مهرالمسمی

در زمینه تعیین قیمت کارشناسی این پرسش شایان طرح است که کارشناس باید قیمت مال را در چه موعدی را محاسبه کند؟ درباره ملاک زمانی برای تعیین قیمت کارشناسی، نظر به اینکه در شرایط تورم و نوسان قیمت‌ها در بازار، موعد تخمین قیمت در اندازه آن اثر زیادی دارد، به قیاس اقوال مختلف موجود در موضوعات مشابه، فروض مختلفی شامل موارد زیر محتمل و متصور است.

الف. قیمت عین در روز عقد.

ب. قیمت زمان کشف استحقاق غیر.



ج. قیمت روز تأدیه<sup>۱</sup>.

ضمن بررسی متون فقهی و حقوقی مشاهده شد که درباره ارائه ملاک زمانی برای تعیین قیمت در زمینه موضوع بحث یعنی مهریه مستحق للغير، به‌طور اختصاصی در منابع فقهی و حقوقی تصریحی به چشم نمی‌خورد.<sup>۲</sup>

با توجه به سکوت منابع یادشده، برای تعیین معیار از میان حالات سه‌گانه بالا با توجه به اینکه لزوم دادن بدل خلاف قواعد ناظر به ضمان درک است، ناگزیر از مراجعه به احکام موضوعات مشابهی که دادن بدل در آن‌ها مورد حکم قرار گرفته است از قبیل ضمان غاصب و تالف در رد مثل یا قیمت و بررسی مبانی اقوال موجود در آن هستیم.

آنچه در بحث غصب عامل اختلاف فقها در قیمت در مواعد مختلف از قبیل یوم الغصب، یوم التلف، یوم الادا و... شده است، تفاوت مینا در اموال قیمی و اموال مثلی از لحاظ تعیین زمان اشتغال ذمه غاصب به دادن هر یک از مثل یا قیمت است که موضوع ماده ۳۱۲ قانون مدنی نیز قرار گرفته است. در واقع، تفاوت در زمان اشتغال ذمه به مثل و بدل موجب تفاوت حکم در شقوق مختلف بحث شده است (عاملی کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۶، ص. ۲۴۵؛ نجفی، بی‌تا، ج ۳۷، ص. ۱۰۱؛ شهیدی، ۱۳۸۳، ص. ۱۴۲).

درعین حال، با توجه به اینکه حکم مسئله را باید از مناط بحث ضمان تالف به دست آورد، با توجه به قیمی بودن مال در مسئله مورد بحث، در اینجا بررسی اقوال درباره تعیین زمان تقویم مال قیمی ضرورت می‌یابد.

۱. البته قول به اعلی‌القیم نیز در ضمان غاصب در میان آرای فقها وجود دارد، اما نظر به اینکه مبنای قائلان در حکم به بالاترین قیمت، استناد به «الغاصب یؤخذ بأشق الحوال» است (نجفی، ۱۴۲۲ق، ص. ۳۱) و در فرض مسئله عنوان غصب جایگاهی ندارد، از این رو در ردیف احتمالات، فرض مزبور ذکر نشده است.

۲. البته درباره ضمان زوج نسبت به مهر تا زمان تسلیم، در منابع به تبع مرحوم صاحب شرایع به اختصار به معیار یوم التلف در فرض تلف مهرالمسمی قبل از تسلیم پرداخته شده (حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص. ۲۶۹) و این معیار به مشهور فقها نسبت داده شده است (صیمری، ۱۴۲۰ق، ج ۳، ص. ۱۳۸). همچنین، در تعیین معیار، «مطالبه زوجه» نیز محل اعتبار واقع شده است؛ به این ترتیب که نظر به اینکه پیش از مطالبه عین، تکلیف تسلیم به عهده زوج قرار نمی‌گیرد، چنانچه مطالبه پس از تلف باشد، یوم التلف باید ملاک قرار گیرد، اما در فرض مطالبه زوجه پیش از تلف و امتناع بدون عذر زوج، دادن بالاترین قیمت از زمان مطالبه تا تلف به عهده زوج است (صیمری، ۱۴۲۰ق، ج ۳، ص. ۱۳۸)؛ البته نظر به اینکه معیار تلف به اعتبار ضمان ید دانسته شده است (عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص. ۱۸۹)، این فرض نیز بیگانه از فرض مسئله خواهد بود.

درباره ضمان تلف مال قیمی، دیدگاه مشهور فقها<sup>۱</sup> ناظر به لزوم پرداخت قیمت مال تلف شده در یوم التلف دانسته شده است؛ زیرا با تلف شدن عین، عین از ذمه ساقط می‌شود و ضمان آن اثر ندارد. افزون بر اینکه قدرت بر رد آن نیز وجود ندارد. با توجه به اینکه در محل بحث نیز امکان اقباض عین به دلیل مستحق للغير درآمدن آن وجود ندارد و قیمت مال باید پرداخت شود، می‌توان مبنای تعیین قیمت را به قرینه حکم مزبور درباره مال تلف شده، قیمت روز عدم تنفیذ مالک (که در آن زمان، عدم امکان رد عین یقینی می‌شود) دانست و آن را ملاک تقویم مهر المسمی برشمرد.

البته این دیدگاه به دلیل امکان تضرر ذی حق به تبع تغییر فاحش قیمت از روز تلف تا زمان ادا<sup>۲</sup> یا زمان صدور حکم<sup>۳</sup>، محل اشکال دانسته شده است که به نظر می‌رسد این ضرر به استناد قاعده تسبیب و مبانی حقوقی دیگر جبران پذیر است و می‌تواند مورد حکم قرار گیرد.

همچنین، نظر به قسمت اخیر ماده ۱۱۰۰ قانون مدنی که دادن مثل یا قیمت از سوی زوج را منوط به عدم اجازه مالک اصلی مهر المسمی کرده است، می‌توان اذعان داشت که باید زمان اشتغال

---

۱. مرحوم شیخ انصاری دزفولی قول مزبور را به مشهور فقها نسبت داده و دلیل آن را چنین ذکر کرده که در روز تلف است که بدل به عهده تالف قرار می‌گیرد «فالمحکی فی غایة المراد عن الشیخین و أتباعهما، تعین قيمة یوم التلف و عن الدروس والروضة نسبتة الی الاکثر والوجه فیه علی ما نبه علیه جماعة منهم العلامة فی التحریر ان الانتقال الی البدل انما هو یوم التلف؛ اذ الواجب قبله هو رد العین ... و مما ذکرنا ظهر ان الاصل فی ضمان التالف ضمانه بقیمته یوم التلف، فان خرج المغصوب من ذلك مثلاً فبدلیل من خارج» (انصاری دزفولی، ۱۴۱۵ق، ج ۶، ص. ۲۴۶). مرحوم محقق کرکی نیز به دلیل اینکه نخستین وقت وجوب قیمت، روز تلف است، قول مشهور را اصح برشمرده است «و الاصح ان الواجب قیمته حین التلف و هو مختار ابن البراج والمصنف فی المختل و فی الدروس انه قول الاکثر و ان الانسب بعقوبة الغاصب وجوب اعلی القیم و ما صحناه اصح، لان العین ما دامت موجودة لا حق لمالكها فی القيمة، انما ينتقل حقه الی القيمة عند تلفها و حینئذ يعتبر قدرها، لانه اول وقت وجوبها و عقوبة الغاصب بغير وجه لا یجوز» (عاملی کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۶، ص. ۲۴۶).

۲. «یوم الدفع و هو محتمل الشرائع علی ما سیأتی من عبارته و هو الاوفق بالقاعدة حسب ما عرفت من عدم الانقلاب» (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص. ۱۰۴).

۳. برخی روز صدور حکم را ملاک ارزیابی قرار داده و چنین اظهار کرده‌اند که به علت اینکه پیش از صدور حکم، ضامن ملزم به پرداخت خسارت است، حکم دادگاه به این الزام صورت خارجی می‌بخشد و آن را تبدیل به دین مبلغی پول می‌کند. پس منطقی است که در زمان صدور حکم هزینه انجام دادن تکلیف متعهد معین شود (کاتوزیان، ۱۳۷۰، ص. ۴۱۹). تنها در این صورت ضرر کامل جبران می‌شود؛ زیرا گاه دادرسی سال‌ها طول می‌کشد، ارزش پول تغییر می‌کند و قدرت خرید متفاوت می‌شود. این نظر با هدف مسئولیت مدنی و جبران کامل ضرر و اعاده وضع سابق زیان دیده و مفاد ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی شایان تأیید دانسته شده است. برای مطالعه اجمالی اقوال مختلف در ضمان تالف بنگرید به: رجایی، ۱۳۹۵، صص. ۶۵-۶۸).

ذمه زوج به دادن بدل را مقارن با عدم تنفیذ مالک در پی کشف استحقاق غیر نسبت به آن دانست. براین اساس، به محض عدم تنفیذ مالک، تکلیف دادن بدل بر عهده زوج قرار می‌گیرد که در مال مثلی، دادن مثل و در مال قیمی، تأدیه قیمت مهرالمسمی در روز عدم تنفیذ، ملاک عمل خواهد بود. در این باره نیز فرض تضرر ذی‌حق به تبع تغییر فاحش قیمت تا روز وصول آن باقی خواهد بود. با عنایت به اینکه مبنای اتخاذ حکم در مسئله تعیین موعد تحقق تکلیف بر عهده زوج برای دادن بدل است، امکان ایجاد ضرر را نمی‌توان مانع از اجرای قاعده جاری مستنبط دانست. در عین حال، ضرورت جبران ضرر باقی است که در این باره نیز باید قائل شد که این ضرر به استناد قاعده تسبیب و مبانی حقوقی دیگر جبران‌پذیر است و مورد حکم قرار می‌گیرد که شرایط و مستندات آن در ادامه بررسی می‌شود.

#### ۲.۲. عدم امکان تعمیم احکام معاملات فضولی در فرض کشف استحقاق غیر نسبت به مهر

درباره مبنای تعلق حق زوج به بدل مهرالمسمی این نکته شایان توجه است که نظر به شرطیت تنفیذ مالک در تعیین حکم مسئله، این مطلب به ذهن قرابت پیدا می‌یابد که به‌ظاهر باید قرارداد تملیکی درباره مهر را در فرض مورد بحث، معامله فضولی پنداشت که اگر چنین باشد، دیگر مقررات و احکام ناظر به معاملات فضولی در این فرض تعمیم‌پذیر خواهد بود، اما باید توجه داشت که به لحاظ حکمی، تکلیف معامله فضولی طبق قواعد عمومی متفاوت از فرض مورد بحث است و تعمیم همه احکام آن جایز نیست. در این راستا، علت تفاوت مبنای اتخاذی مقنن در احکام مبیع فضولی و مهر مستحق للغير و بررسی ادله اشتغال ذمه زوج به بدل مقارن با کشف بطلان مهرالمسمای مستحق للغير نیازمند بررسی دقیق‌تر است.

#### ۱.۲.۲. تفاوت مبنای مقنن در احکام مبیع فضولی و مهر مستحق للغير

در بیع فضولی چنان که ماده ۲۶۳ قانون مدنی مقرر می‌دارد، با بیع فضولی در پی عدم تنفیذ معامله توسط مالک، نسبت به بازگرداندن عوض دریافتی در مقابل عین متعلق به غیر و غرامات آن ضامن است و قانون‌گذار وی را مکلف به دادن بدل مبیع مستحق للغير نکرده است. این حکم در بحث ضمان درک درباره مسئولیت با بیع در فرض مستحق للغير بودن مبیع به قرینه ماده ۳۹۱ قانون مدنی نیز مورد اشاره قانون‌گذار است و مبتنی بر ماده یادشده، مقنن، ضمان درک

را از توابع بیع فضولی برشمرده است که در صورت بطلان بیع، این آثار جریان می‌یابد. این در حالی است که به موجب ماده ۱۱۰۰ قانون مدنی، باید اذعان داشت قانون‌گذار درباره مهریه مستحق للغیر حکمی متفاوت از مبیع مستحق للغیر را انشا کرده است؛ زیرا اگر قانون‌گذار مهرالمسمای مستحق للغیر را تابعی از معاملات فضولی فرض کرده بود، حکم قانون‌گذار باید نسبت به «عوض» در قرارداد درباره مهریه (و نه «بدل مهرالمسمی») جاری می‌شد. به دلیل همین تفاوت مبناست که برخی حقوق‌دانان درباره بطلان مهرالمسمی تصریح کرده‌اند که در پی بطلان مهر با رد آن از سوی مالک، تعلق مهرالمثل با تحقق نزدیکی، سازگارتر با قواعد عمومی معاملات است (صفایی، ۱۳۹۴، ص. ۱۷۱) که این قول در میان آرای فقها نیز چنان که پیش‌تر بیان شد، قائلانی دارد.

#### ۲.۲.۲. بررسی ادله اشتغال ذمه زوج به بدل مقارن با کشف بطلان مهرالمسمای مستحق للغیر

چنان‌که بیان شد، در صورت کشف استحقاق غیر نسبت به مهر دو دیدگاه وجوب مهرالمثل و وجوب بدل مهرالمسمی در منابع فقهی وجود دارد. علت حقیقی اختلاف اقوال در مسئله، پاسخ به این پرسش دانسته شده است (حلی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص. ۲۰۳) که آیا مهر در عقد نکاح عوض حقیقی است یا خیر؟

توضیح اینکه اگر مهر عوض حقیقی تلقی شود، با بطلان مهر با عنایت به صحت نکاح و عدم امکان رد عوض دیگر (بضع)، ناگزیر قیمت آن یعنی مهرالمثل باید پرداخت شود و چنانچه مهر، عوض حقیقی و رکن در نکاح نباشد، مثل یا قیمت آن ثابت است و فایده ذکر مهرالمسمی نیز ایجاد امکان ارزیابی مقدار آن خواهد بود (حلی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص. ۲۰۴).

دلایلی که برای توجیه اشتغال ذمه زوج به بدل با بطلان مهرالمسمای متعلق به غیر در منابع فقهی مشاهده می‌شود، شامل موارد زیر است.

الف. تراضی طرفین عقد بر مهر معین واقع شده است. از این‌رو در فرض تعذر متعهد در تحویل عین معین، نزدیک‌ترین چیز به آن یعنی مثل در مال مثلی و قیمت در مال قیمی باید به زوجه پرداخت شود (اصفهانی، ۱۴۱۶ق، ج ۷، ص. ۴۱۸؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص. ۳۷۹). در این راستا، درباره وجوب دادن مثل چنین استدلال شده است که تحقق عقد مبتنی بر تراضی بر عین معین، مقتضی سه چیز شامل «الف. عین معین بالمطابقه، ب. عین کلی بالالتزام و ج.

و جوب مهر به نفس عقد» است. در صورت انتفای مهرالمسمی به دلایلی از قبیل استحقاق غیر، دیگر موارد به حسب امکان به استناد قواعدی از قبیل «لایسقط المیسور بالمعسور» مجری خواهد بود (یعنی دادن مثل مهرالمسمی که اقرب به مفاد تراضی است) (عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص. ۱۸۴).

ب. برخی دیگر علت وجوب بدل را عدم فساد تسمیه به تبع فساد مهرالمسمی و عدم امکان نادیده گرفتن توافق طرفین عقد بر ارزشی معین برشمرده‌اند (عاملی کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص. ۳۷۹).

ج. احتمال دیگر درباره علت ثبوت مثل یا قیمت، جریان قاعده تلف قبل از قبض دانسته شده که به تبع اینکه قاعده یادشده ناظر به تلف مبیع متعلق به خود بایع است، این تعلیل محل ایراد دانسته شده است (حلی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص. ۲۰۳).

در نهایت، باید اذعان داشت صرف نظر از مبانی فقهی که پذیرش هریک از آن‌ها در تعیین حکم نهایی مؤثر است، نظر به تصریح قانون‌گذار در زمینه نقش اعلام رضای مالک اصلی در تنفیذ یا بطلان معامله، تردیدی درباره زمان اشتغال ذمه زوج به بدل وجود ندارد. درعین حال، در صورت تغییر عمده قیمت مال از زمان عدم تنفیذ مالک تا زمان صدور حکم پرداخت و تأدیه آن، باید پرداخت خسارت به استناد تسبیب را برای جلوگیری از تضرر زوجه جایز شمرد. در ادامه، امکان مطالبه خسارات و مبانی فقهی و قانونی آن به تفصیل بررسی می‌شود.

### ۳. امکان مطالبه خسارات ناشی از کشف استحقاق غیر

موضوع دیگر محل بررسی، امکان مطالبه خسارات ناشی از مستحق للغير در آمدن مهرالمسمی است که مطالبه آن نیازمند مبنای قانونی شایان استناد برای صدور حکم از سوی قاضی است. درباره مستندات قانونی که مستمسک قاضی برای الزام به پرداخت خسارت باشد، نظر به مواد قانونی کنونی، فروضی شایان طرح است:

۱. البته این تعلیل با این اشکال مواجه دانسته شده است که با از بین رفتن قرارداد تبعی درباره مهر، چگونه می‌توان قائل به بقای توافق بر ارزش معین داشتن و مثل یا قیمت موضوع تراضی بود. درعین حال، وجوب بدل به گونه‌ای دیگر قابل استدلال دانسته شده است؛ به این ترتیب که دادن قیمت یا مثل مال، برخاسته از توافقی است که با بطلان قرارداد تبعی درباره مهرالمسمی جریان می‌یابد (شیخ‌موحد و شیخ‌موحد، ۱۳۹۳، ص. ۱۹۵).

الف. امکان مطالبه به استناد قواعد ناظر به ضمان درک (ماده ۳۹۱ قانون مدنی با عنوان غرامات مصرح در ماده و به تبع آن، رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ هیئت عمومی دیوان عالی کشور).  
ب. امکان مطالبه به استناد ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی.  
ج. امکان مطالبه به استناد مواد ۵۱۵ و ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب سال ۱۳۷۹.  
در ادامه، به بررسی یک‌یک آن‌ها پرداخته می‌شود.

### ۱.۳. مطالبه به استناد قواعد ناظر به ضمان درک

به دلیل عنصر مشترک «مستحق للغير درآمدن موضوع تعهد» درباره مهریه و مبیع در بحث ضمان درک، نظر به تصریح ماده ۳۹۱ قانون مدنی بر امکان مطالبه غرامات از بایعی که عدم ملکیت او بر مبیع احراز شده، یکی از مستندات احتمالی برای مطالبه غرامات ناظر به مهریه و خسارات ناشی از کاهش ارزش پول که ممکن است متوجه زوجه شده باشد، ماده یادشده و تسری احکام ضمان درک به موضوع بحث است که در ادامه به تفصیل بررسی می‌شود.  
رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ هیئت عمومی دیوان عالی کشور نیز به تبع تفاسیر مختلف قضات از ماده یادشده صادر شده که امکان استناد به آن درباره مهریه نیازمند بررسی است.

### ۱.۱.۳. بررسی امکان استناد به ماده ۳۹۱ قانون مدنی

چنان‌که بیان شد، از ماده ۳۹۱ قانون مدنی چنین برداشت می‌شود که ضمان درک به معنای مسئولیت بایع در فرض مستحق للغير بودن مبیع است. در واقع، این ضمان از توابع بیع فضولی است که در صورت بطلان بیع، این آثار جریان می‌یابد.<sup>۱</sup>  
در مقام تحلیل این ضمان برخی حقوق‌دانان واژه ضمان در ترکیب «ضمان درک» را همان

---

۱. در این راستا چنین استدلال شده است که قانون مدنی در مواد ۳۶۲ و ۳۹۰ تا ۳۹۳، اقدام به جعل اصطلاح کرده و ضمان درک را به حقیقت قانونی به معنای «مسئولیت بایع فضولی به رد ثمن در فرض مستحق للغير درآمدن مبیع» تبدیل کرده است درحالی‌که در متون فقهی، ضمان درک غالباً به معنای ضمان عهده و مقصود از این اصطلاح فقهی این است که شخصی به موجب عقد ضمان از بایع در برابر مشتری ضمانت می‌کند که در صورت مستحق للغير درآمدن مبیع، ثمن را به خریدار بپردازد (شعبانی کندسری، ۱۳۹۸، ص. ۳۱۷).

ضمان معاوضی دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۱، ص. ۲۲۱؛ طاهری، ۱۴۱۸، ج ۴، ص. ۱۱۴).<sup>۱</sup> در تعبیر دیگر، برخی حکم قانون مدنی درباره ضمان درک را با توجه به ارتکاز عرفی از معاملات و مفاد قصد مشترک واجد ریشه قراردادی دانسته‌اند. به عبارت دیگر، به توافق ضمنی طرفین عقد منسوب دانسته‌اند (طالب احمدی، ۱۳۸۹، ص. ۱۸۵). ارجاع ماده ۳۹۳ قانون مدنی به ماده ۳۱۴ درباره احکام مربوط به غصب و ضمان قهری، مؤید غیرقراردادی بودن این قسم از ضمان توصیف شده است (عریشاهی، ۱۳۹۷، ص. ۱۱۸).

این در حالی است که دیدگاه دیگر، ضمان درک را فاقد ریشه قراردادی برشمرده (ره‌پیک، ۱۳۸۷، ص. ۴۲) و مترصد دفاع از ضرورت قهری بودن ضمان درک است (محمدی، ۱۳۹۱، ص. ۲۰۷) و منشأ آن هم اکل مال به باطل و دارا شدن ناعادلانه تصریح شده است (شهیدی، ۱۳۸۵، ص. ۴۶).

اثر این تفاوت مبنا در «زمان شروع ضمان» دانسته شده است؛ با این تفصیل که اگر ضمان درک ریشه قراردادی داشته باشد، ضمان و تعهدی که از این قرارداد ضمنی ناشی می‌شود، از زمان انعقاد عقد آغاز می‌شود نه از تاریخ رد معامله توسط مالک (شعبانی کندسری، ۱۳۹۸، ص. ۳۱۴). ماهیت این شرط ضمنی، شرط مستقل توصیف شده است (شعبانی کندسری، ۱۳۹۸، ص. ۳۱۶). براین اساس، در فرض بطلان عقد نیز این شرط ضمن عقد معتبر خواهد بود؛ چنان‌که برخی فقها نیز شرط ضمان در ضمن بیع فاسد به علت مستحق للغیر در آمدن مبیع را صحیح شمرده‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۵، ص. ۱۷۳). با این وصف، رد ثمن و جبران خسارات وارد بر مشتری جزئی از تعهدات قراردادی است و چنانچه این رابطه درباره مهریه نیز صادق باشد، احکام ناظر به ضمان درک درباره مطالبه غرامات مهریه مستحق للغیر نیز باید جاری دانسته شود، اما چنان‌که پیش‌تر بیان شد، حکم ماده ۱۱۰۰ قانون مدنی درباره مهریه مستقل از قواعد عمومی ناظر به معاملات فضولی و به تبع آن ضمان درک باید در نظر گرفته شود.

توضیح دقیق‌تر اینکه، آنچه موجب می‌شود قاضی میان استحقاق غیر نسبت به مهر و استحقاق غیر در مبیع تفاوت گذارد، مبنای ضمانی است که متوجه زوج و بائع است. تفاوت اساسی در

۱. برای همین، حکم مندرج در ماده ۳۶۲ قانون مدنی که ضمان درک را در زمره آثار بیع صحیح برشمرده، مورد انتقاد غالب حقوق‌دانان واقع شده است (شهیدی، ۱۳۸۸، ص. ۴۷؛ امامی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص. ۴۵۶؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص. ۲۲۳)؛ به‌ویژه که در ماده ۳۹۱ قانون مدنی نیز تصریح به فساد معامله در بیان حکم جهل مشتری شده است.

حکم میان مواد ۳۹۱ و ۱۱۰۰ قانون مدنی در اشتغال ذمه به بدل است؛ گرچه حکم هر دو متأثر از بطلان مهر و فساد تراضی است.

در ضمان درک با کشف استحقاق غیر نسبت به مبیع، به تبع فساد معامله، با بیع تکلیفی بر فراهم کردن بدل مبیع مورد معامله در قبال ثمنی که دریافت کرده است، ندارد و تنها مسئول رد ثمن و در صورت تلف آن، مثل یا قیمت ثمن به همراه غرامات آن است در حالی که مثل یا قیمتی که در ماده ۱۱۰۰ در بحث مهریه به عهده زوج قرار می‌گیرد، بدل خود مهریه‌ای است که مستحق للغير بودن آن کشف شده است و مانند ماده ۳۹۱ ضمان نسبت به عوض دریافتی ایجاد نمی‌شود.

براین اساس، نمی‌توان احکام ناظر به ضمان درک را نسبت به مهریه مستحق للغير تسری بخشید که رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ هیئت عمومی دیوان عالی کشور نیز از این قبیل است. با همین استدلال، امکان مطالبه کاهش ارزش به استناد عنوان «غرامات» مندرج در ماده ۲۶۳ قانون مدنی در بحث معامله فضولی نیز باید منتفی دانسته شود.

بنا بر دیدگاهی نیز که ضمان با بیع نسبت به ثمن و غرامات آن را از قبیل ضمان قهری و ناشی از ضمان می‌شمارد، برخلاف ثمن معامله که تحت تصرف و در ید با بیع غیرمستحق نسبت به مبیع قرار گرفته، به دلیل فقدان عنصر ید درباره زوج نسبت به مهری که ملک غیر است، ضمان زوج در مقابل زوجه از این زاویه نیز بیگانه از موضوع خواهد بود.

### ۲.۱.۳. امکان مطالبه به استناد رأی وحدت رویه<sup>۱</sup>

استناد به رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ دیوان عالی کشور در موضوع محل بحث از جهاتی

---

۱. «به موجب ماده ۳۶۵ قانون مدنی، بیع فاسد اثری در تملک ندارد؛ یعنی مبیع و ثمن کماکان در مالکیت با بیع و مشتری باقی می‌ماند و حسب مواد ۳۹۰ و ۳۹۱ قانون مرقوم، اگر بعد از قبض ثمن، مبیع کلاً یا جزئاً مستحق للغير درآید، با بیع ضامن است و باید ثمن را مسترد دارد و در صورت جهل مشتری به وجود فساد، از عهده غرامات وارد شده بر مشتری نیز برآید و چون ثمن در اختیار با بیع بوده است، در صورت کاهش ارزش ثمن و اثبات آن، با توجه به اطلاق عنوان غرامات در ماده ۳۹۱ قانون مدنی، با بیع قانوناً ملزم به جبران آن است. بنابراین، دادنامه شماره ۳۶۰ مورخ ۱۳۸۹/۳/۳۱ شعبه یازدهم دادگاه تجدیدنظر استان آذربایجان غربی در حدی که با این نظر انطباق دارد، به اکثریت آرا صحیح و قانونی تشخیص می‌گردد. این رأی طبق ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها لازم‌الاتباع است»، روزنامه رسمی، سال ۱۳۷۰، شماره ۲۰۳۲۷، ویژه‌نامه شماره ۷۳۹، چهارشنبه ۲۶ آذر ۱۳۹۳.



تأمل برانگیز است. از سویی مبنای این رأی در حکم به جواز مطالبه خسارات ناشی از کاهش ارزش ثمن ماده ۳۶۵ قانون مدنی<sup>۱</sup> (ناظر به عقد فاسد) و مواد ۳۹۰ و ۳۹۱ قانون مدنی (در بحث ضمان درک) است که به دلایل یادشده در بالا استناد به آن درباره مهریه منتفی است. از سوی دیگر، رأی مزبور به لحاظ دایره موضوعی ناظر به استرداد ثمن معامله‌ای است که از لحاظ استحقاق غیر نسبت به مبیع و عدم تنفیذ مالک، بایع ملزم به رد ثمن و جبران کاهش ارزش آن دانسته شده است.

ثمن به لحاظ مصداق اعم از پول و غیر آن است، اما رأی هیئت عمومی دیوان تنها ناظر به ثمن وجه نقد تقریر یافته است که بر این اساس هم، استناد به آن برای مطالبه بدل توجیه‌پذیر نخواهد بود. اختصاص رأی به «ثمن وجه نقد» از نظریه مشورتی شماره ۷/۹۵/۲۱۲۳ مورخ ۱۳۹۵/۴/۲۸ اداره کل حقوقی قوه قضائیه<sup>۲</sup> نیز قابل اصطیاد است.

همچنین، آنچه موجب صدور رأی وحدت رویه شد، اختلاف دادگاه‌ها درباره دو معیار موجود در پرداخت ثمن به نرخ روز بر اساس شاخص اعلامی بانک مرکزی یا محاسبه ثمن معامله بر اساس قیمت کارشناسی ملک (ثمن‌المثل) در روز استرداد بود.

توضیح اینکه، قیمت تعیینی طبق دو معیار یادشده تفاوت فاحش دارد و با توجه به افزایش شدید قیمت ملک، برای خریدار امکان خرید چنین ملکی با ثمن دریافتی بر اساس معیار نخست فراهم نمی‌شود در حالی که درباره مهریه با توجه به تبدیل آن به بدل، قیمت مال در زمان اشتغال ذمه به بدل، بر اساس قیمت کارشناسی ملک تعیین می‌شود. از این رو موضوع تعهد وجه نقد نیست که بحث ارزش اقتصادی پول مطرح باشد. البته در موضوع بحث هم فرض دیگری یعنی احتمال تفاوت فاحش قیمت مال میان زمان تعیین مهرالمسمی و زمان عدم تنفیذ مالک وجود دارد که این

۱. «بیع فاسد اثری در تملک ندارد».

۲. «استعلام: آیا منظور رأی وحدت رویه شماره ۶/۳۵ مورخ ۱۳۹۳/۷/۱۵ از پرداخت غرامات در مبیعی که مستحق للغیر درآمد است، پرداخت ثمن بر اساس شاخص بهای کالا و خدمات است یا قیمت روز زمین؛ به این دادگاه اعلام فرمایید. نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه: با توجه به اینکه رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ مورخ ۱۳۹۳/۷/۱۵ دیوان عالی کشور، ناظر به ثمن معامله است که حسب سوابق مربوط، ثمن وجه نقد بوده است، بنابراین، محاسبه کاهش ارزش پول رایج باید با توجه به ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹، بر مبنای شاخص بانک مرکزی محاسبه گردد» و همچنین، نظریه مشورتی شماره ۷/۹۴/۴۰۶ مورخ ۱۳۹۴/۲/۱۹ اداره کل حقوقی قوه قضائیه.

تفاوت را باید به استناد قواعد لاضرر و تسبیب از سوی زوجه قابل مطالبه دانست. در نهایت، باید اذعان داشت نسبت به مبنا و حکم مندرج در رأی وحدت رویه، تفاسیر و ایرادات مختلفی شده است<sup>۱</sup> که نظر به ابهامات موجود درباره رأی وحدت رویه و امکان تسری آن به دیگر موارد، به لحاظ عدم امکان تطبیق مبانی در فروض طرح شده، اکتفا به قدر متیقن و اختصاص حکم رأی وحدت رویه به ثمن معامله مناسب‌تر ارزیابی می‌شود.

### ۲.۳. امکان مطالبه به استناد ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی

تبصره ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی ناظر به مهریه وجه نقد است. از این رو استناد به این ماده برای جبران کاهش ارزش پول موضوع مورد بحث وجهی ندارد. نظریه مشورتی شماره ۱۵۰۶/۹۳/۷ مورخ ۱۳۹۳/۶/۲۶ اداره حقوقی قوه قضائیه نیز تصریح دارد که «تبصره الحاقی به ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی مصوب ۱۳۷۶/۴/۲۹، ناظر به موردی است که مهریه از ابتدا وجه رایج بوده باشد».

---

۱. از جمله بر رأی وحدت رویه از لحاظ عدم وحدت مبنا ایراد شده است که پذیرش این ایراد برابر با مبهم شمردن رأی است که این ابهام موجب لزوم اقتضای به موضوع رأی و عدم امکان تسری آن به موارد مشابه است. ایراد یادشده بر این اساس بیان شده است که ماده ۳۹۱ قانون مدنی به دو بخش قابل تقسیم است. الف. صدر ماده که ناظر به مسئولیت بایع فضولی در استرداد ثمن است، بر ضمان درک دلالت دارد و ب. بخش دوم ماده مزبور که درباره مسئولیت بایع فضولی در جبران غرامات وارده بر مشتری است، دال بر ضمان قهری است، اما مبنای رأی موصوف با حکمی که در نهایت صادر شده، در تعارض دانسته شده است؛ زیرا رأی یادشده از سویی بایع فضولی را به دلیل آنکه ثمن در اختیار وی بوده، ملزم به جبران کاهش ارزش ثمن و در نتیجه، ملزم به استرداد ثمن با محاسبه نرخ تورم دانسته و از سوی دیگر، مبنای الزامی را از باب غرامات موضوع ماده ۳۹۱ قانون مدنی به شمار آورده است. این ابهام (که آیا مربوط به لزوم جبران کاهش ارزش ثمن از باب ضمان درک است یا غرامات)، موضوعی است که از لحاظ عملی و کاربردی اهمیت بسزایی دارد و اگر بایع فضولی را از باب صدر ماده ۳۹۱ قانون مدنی (ضمان درک)، ملزم به جبران کاهش ارزش پول بدانیم، علم و جهل مشتری به مستحق للغیر بودن مبیع، بی‌تأثیر و نیز مسئولیت بایع فضولی قراردادی است و اگر تنها به پرداخت ثمن قراردادی بپردازد، وفای به عهد نکرده است. طبق این دیدگاه، قضات با مطالبه ثمن از سوی مشتری، ملزم به اعمال نرخ شاخص تورم هستند و بایع فضولی را از باب ضمان قهری، ملزم به جبران سایر خسارات وارده بر مشتری می‌دانند. حال آنکه اگر بایع فضولی را از باب شق دوم ماده صدراالشعار، ملزم به پرداخت کاهش ارزش ثمن بدانیم، مسئولیت بایع فضولی در جبران کاهش ارزش ثمن قهری است و در صورت علم مشتری به مال غیر بودن مبیع، بایع ملزم به جبران کاهش ارزش ثمن نیست. بنابراین، به‌رغم اهمیت تفکیک میان دو قسمت یادشده، رأی وحدت رویه مورد نظر به‌وضوح تکلیف آن را مشخص نکرده است (صادقی، ۱۳۹۵، ص. ۵۰). ایرادات دیگری نیز در مقام توجیه مبانی رأی وارد شده است که لزوم اقتضای آن به موضوع را تقویت می‌کند (رک به: قنوتی و همکاران، ۱۳۹۸، صص. ۱۴۵-۱۶۲).

### ۳.۳. امکان مطالبه به استناد مواد ۵۱۵ و ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب سال ۱۳۷۹

نظر به اینکه با اشتغال ذمه زوج به قیمت مهرالمسمی، زوج نسبت به این مبلغ در برابر زوجه تعهد به پرداخت می‌یابد، از این پس به پشتوانه قواعدی از قبیل لاضرر و تسبیب، قواعد عام ناظر به مطالبات وجه نقد از قبیل ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و ماده ۵۱۵ این قانون، نسبت به زوج به‌مثابه یک مدیون مجری خواهد بود.

براین اساس، در فرض تحقق شرایط ماده ۵۲۲ این قانون یعنی امتناع زوج از پرداخت قیمت کارشناسی مهرالمسمی در حالی که تمکن پرداخت دارد، پس از مطالبه زوجه، زوج در صورت تغییر فاحش شاخص قیمت سالانه از زمان سررسید تا هنگام پرداخت، متعهد به جبران کاهش ارزش پول نیز خواهد بود.

به بیان دقیق‌تر، احتمال تحقق سه نوع خسارت درباره مهریه موضوع بحث شامل «خسارت ناشی از تغییر فاحش قیمت ملک، خسارت ناشی از کاهش ارزش پول و خسارت تأخیر تأدیه» متصور است.

مورد نخست با توجه به اشتغال ذمه زوج به بدل، با عدم تنفیذ مالک بر اساس قیمت کارشناسی تا اندازه‌ای جبران می‌شود و در صورت افت قیمت شدید ملک از زمان عقد تا عدم تنفیذ باید ضرر وارده به زوجه را به استناد تسبیب شایان مطالبه دانست.

خسارت‌های نوع دوم و سوم نیز با استناد به مواد ۵۱۵ و ۵۲۲ یادشده و در صورت تحقق شرایط مندرج در این مواد، جبران‌شدنی خواهد بود.

این خسارات چنان‌که نظریه شماره ۹۴/۹۹/۷ مورخ ۱۳۹۹/۲/۲۸ اداره کل حقوقی قوه قضائیه<sup>۱</sup> مقرر می‌دارد، تنها تا زمان اجرای حکم مطالبه‌شدنی است و از تاریخ فوت زوج خساراتی

---

۱. «استعلام: آیا پس از فوت شخص به دیون وی خسارت تأخیر تأدیه تعلق می‌گیرد. به عبارت دیگر، آیا دادگاه درباره محکومیت ورثه به پرداخت اصل دین از محل ترکه متوفی می‌تواند آنان را به پرداخت خسارت تأخیر تأدیه موضوع ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۷۹ از محل ترکه محکوم کند؟ نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه: ۱. خسارت تأخیر تأدیه نسبت به محکوم به مالی تا زمان اجرای حکم قابل محاسبه است مگر اینکه در این فاصله محکوم به در اجرای دادنامه تعلل کرده باشد که در این فاصله، محاسبه خسارت تأخیر تأدیه مجوز قانونی ندارد. ۲. مطابق ماده ۳۱ قانون اجرای احکام مدنی مصوب سال ۱۳۵۶، با فوت محکوم علیه، عملیات اجرایی تا زمان معرفی ورثه متوقف می‌شود و چون محکوم به باید وفق این ماده به وظیفه قانونی خود عمل کند، در صورت معرفی ورثه محکوم علیه توسط محکوم به، خسارت

مانند کاهش ارزش پول یا تأخیر در پرداخت محاسبه نمی‌شود.

این نکته نیز حائز اهمیت است که نگاه مدقانه به ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی این حقیقت را روشن می‌سازد که انطباق خسارت مندرج در ماده یادشده با مفهوم خسارت تأخیر تأدیه با توجه به شرایط تحقق خسارت مقرر در ماده، قدری مشکل است<sup>۱</sup> و باید مبنای این ماده را تعدیل قراردادی برشمرد که در این صورت در فرض اثبات مشروعیت خسارت، تأخیر تأدیه از منظر قانون‌گذار بر اساس مبانی حقوقی<sup>۲</sup> (و نه به پشتوانه ماده ۵۲۲)، امکان مطالبه این خسارت افزون بر خسارت ناشی از کاهش ارزش پول است.

تأخیر تأدیه تا زمان اجرای حکم قابل محاسبه است، اما چنانچه محکوم‌له به وظیفه قانونی خود عمل نکرده باشد، خسارت تأخیر تأدیه از تاریخ فوت قابل محاسبه نیست.

۱. در این ماده، چهار شرط برای امکان مطالبه خسارت پیش‌بینی شده است. الف. موضوع تعهد، وجه نقد رایج باشد. براین‌اساس کالا یا ارز کشورهای دیگر را باید از دایره شمول ماده خارج دانست. ب. مطالبه صورت گرفته باشد (درباره شرط مطالبه دائن اظهار شده است که در صورتی این شرط قابل استناد خواهد بود که بدهی مدیون از جانب دائن عندالمطالبه اعلام شده باشد والا چنانچه به‌موجب قرارداد شخص متعهد شده باشد که در موعد معین دین خود را به دائن بپردازد، در این صورت نیازی به مطالبه دائن در سررسید نخواهد بود (مهاجری، ۱۳۸۰، ج ۳، ص. ۳۹۳)؛ البته ظاهر ماده را گویای آن دانسته‌اند که برخلاف ماده ۷۲۱ قانون آیین دادرسی سابق، مطالبه به‌صورت رسمی لازم نیست. ج. مدیون متمکن از پرداخت و به‌رغم توان مالی از ادای دین امتناع ورزیده باشد. د. ارزش پول در فاصله سررسید تا زمان پرداخت، تغییر فاحش کرده باشد (زراعت، ۱۳۸۳، ص. ۱۲۵۷)؛ البته مقید شدن اخذ خسارت هم به دو قید اخیر محل تأمل است؛ زیرا ازسویی جبران ضرر ناشی از کاهش ارزش پول که در ماده یادشده شرط تعلق خسارت دانسته شده است، باید در زمره حقوق هر طلب‌کاری شمرده شود. ازاین‌رو باید میان ضرر ناشی از این تغییر شاخص و جریمه دیرکرد که شبهه ربا در آن مطرح است، تفاوت قائل شد. از سوی دیگر، پرداخت خسارت یادشده نیز در ماده ۵۲۲ متوقف بر احراز امتناع دائنی است که متمکن از پرداخت است درحالی‌که دلیل روشنی در پاسخ به این پرسش که «چرا دارا بودن یا دارا نبودن افراد در ایجاد مسئولیت آن‌ها مؤثر است»، قابل استناد دانسته نشده است (سلطانی زنانی، ۱۳۸۵، ص. ۱۳۹). همچنین، اگر خسارت تأخیر تأدیه در واقع، تضمین ارزش واقعی دین است که بر اثر تورم کاهش یافته است، چرا فقط مدیون متمکن بدان ملزم می‌شود؟

در راستای تحلیل ماهیت خسارت تأخیر به نسبت خسارت مقرر در ماده ۵۲۲، کمیسیون تخصصی معاونت آموزش قوه قضائیه نیز درباره پرسش مطرح در خصوص تفاوت ربا و خسارت ماده ۵۲۲ با اینکه «مبلغ مورد مطالبه به استناد این ماده از لحاظ ارزش ربالی تفاوتی با اصل دین ندارد و با مقایسه قدرت خرید کالا در هر دو زمان، وجه اضافی نصیب طلب‌کار نمی‌شود که ربا تلقی شود»، مبنای تعدیل قراردادی را برای ماده یادشده می‌پذیرد (زراعت، ۱۳۸۳، ص. ۱۲۵۹).

۲. به دلیل خروج موضوعی حکم کلی مشروعیت و امکان جواز حکم به پرداخت خسارت تأخیر تأدیه در توافقات قراردادی از پژوهش حاضر، این موضوع مورد بحث قرار نگرفته است.

### نتیجه‌گیری

در مواردی که در عقد دائم، مهریه زوجه به صورت عین معین تعیین شده باشد و بعد از فوت زوج، این مهریه مستحق للغير درآید، درباره زمان تقویم مهرالمسمی و امکان مطالبه غرامات ناشی از آن تصریحی در متون قانونی مشاهده نمی‌شود. براین اساس، به استناد اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی، قاضی مکلف به صدور حکم مبتنی بر حکم فقهی مسئله می‌شود.

در این راستا، ضمن بررسی دیدگاه‌های مختلف در میان آرای فقهی این نتیجه حاصل شد که با توجه به اینکه مبنای محاسبه قیمت مهرالمسمی در فرضی که مهریه مورد تراضی مستحق للغير درآید، روز اشتغال ذمه زوج به بدل است. این موعد را باید به قرینه ماده ۱۱۰۰ قانون مدنی مقارن با عدم تنفیذ مهرالمسمی توسط مالک برشمرد که تخمین قیمت نیز باید از طریق ارجاع موضوع به کارشناسی صورت پذیرد.

درباره امکان مطالبه غرامات از سوی زوجه نیز باید اذعان داشت با توجه به خروج موضوعی فساد مهریه مستحق للغير از قواعد ناظر به معاملات فضولی و ضمان درک، نظر به اینکه رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ دیوان عالی کشور (که صرفاً هم ناظر به ثمن وجه نقد صادر شده است) ناظر به ضمان درک است، استناد به رأی مزبور جایگاهی ندارد و مطالبه کاهش ارزش پول با عنوان غرامات مندرج در مواد ۲۶۳ و ۳۹۱ قانون مدنی امکان‌پذیر نیست.

درنهایت، در مواردی که تاریخ تأدیه متفاوت از زمان اشتغال ذمه زوج بوده و این تأخیر تحت تأثیر نوسان بازار، کاهش ارزش پول را به همراه داشته باشد، صرفاً امکان مطالبه خسارات متوجه زوجه به استناد مواد ۵۱۵ و ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و محدود به خسارات وارده در طول حیات زوج است. این خسارات پس از فوت نیز قابل مطالبه از وراثت و ماترک متوفی خواهد بود.

## منابع

۱. قرآن کریم.
۲. اصفهانی (فاضل هندی)، محمدبن حسن (۱۴۱۶ق). کشف اللثام والابهام عن قواعد الاحکام (جلد ۷). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳. امامی، حسن (۱۳۸۵). حقوق مدنی. تهران: اسلامیه.
۴. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۵ق). کتاب المکاسب (جلد ۶). قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۵. بحرانی، یوسف (۱۳۶۳). الحدائق الناضره فی احکام العترة الطاهره (جلد ۲۴). قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۶. حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام (جلد ۲). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۷. حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۳ق). قواعد الاحکام فی معرفة الحلال والحرام (جلد ۳). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۸. حلی، محمد بن حسن (۱۳۸۷). ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد (جلد ۳). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۹. رجایی، فاطمه (۱۳۹۵). مطالعه تطبیقی زمان و مکان ارزیابی خسارت در مسئولیت خارج از قرارداد در حقوق ایران و مصر. پژوهش‌های حقوق تطبیقی، شماره ۱.
۱۰. ره‌بیک، حسن (۱۳۸۷). حقوق مدنی ۶. تهران: خرسندی.
۱۱. زراعت، عباس (۱۳۸۳). قانون آیین دادرسی مدنی در نظم حقوقی ایران. تهران: خط سوم.
۱۲. سلطانی رنانی، مهدی (۱۳۸۵). نگاهی تطبیقی به جبران خسارت تأخیر تأدیه در فقه و حقوق. کاوشی نو در فقه، شماره ۵۰.
۱۳. شبیری زنجانی، سید موسی (۱۴۱۹ق). کتاب نکاح (جلد ۲۲). قم: مؤسسه پژوهشی رای پرداز.
۱۴. شعبانی کندسری، هادی (۱۳۹۸). نگاهی نو به مفهوم، مبنا و آثار ضمان درک در فقه امامیه و قانون مدنی. دانشنامه‌های حقوقی، شماره ۴.
۱۵. شهیدی، مهدی (۱۳۸۳). اصول قراردادها و تعهدات. تهران: مجد.
۱۶. شهیدی، مهدی (۱۳۸۵). حقوق مدنی ۶. تهران: مجد.
۱۷. شهیدی، مهدی (۱۳۸۸). حقوق مدنی ۶؛ عقود معین. تهران: مجد.
۱۸. شیخ موحد، علی و شیخ موحد، مهدی (۱۳۹۳). نگاهی به صحت عقد در صورت بطلان مهرالمسمی یا عدم صحت از نظر فقهی. فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۶۸.
۱۹. صادقی، محمد و خان محمدزاده، راحله (۱۳۹۵). خسارت قابل جبران در صورت مستحق للغير

- درآمدن مبیع». فصلنامه رأی، شماره ۱۵.
۲۰. صفایی، حسین و امامی، اسدالله (۱۳۹۴). مختصر حقوق خانواده. تهران: میزان.
۲۱. صیمری، مفلح بن حسن (۱۴۲۰ق). غایة المرام فی شرح شرایع الاسلام (جلد ۳). بیروت: دارالهادی.
۲۲. طالب احمدی، حبیب (۱۳۸۹). قهری یا قراردادی بودن مسئولیت مدنی ناشی از ضمان درک. مطالعات حقوقی، شماره ۱.
۲۳. طاهری، حبیب الله (۱۴۱۸ق). حقوق مدنی (جلد ۴). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۴. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۱۰ق). حاشیة المکاسب (جلد ۱). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۵. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۱۵ق). سؤال و جواب. تهران: مرکز نشر العلوم اسلامی.
۲۶. طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷). المبسوط فی فقه الامامیه (جلد ۴). تهران: المکتبة المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة.
۲۷. طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۰ق). النهایة فی مجرد الفقه والفتاوی. بیروت: دارالکتب العربی.
۲۸. عاملی کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد (جلدهای ۶ و ۱۳). قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
۲۹. عاملی، زین الدین بن محمد (۱۴۱۳ق). مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام (جلد ۸). قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۳۰. عربشاهی، محمود (۱۳۹۷). وضعیت حقوقی شرط تشدید یا تخفیف ضمان ناشی از مستحق للغير درآمدن مبیع». حقوق: وکیل مدافع، شماره ۱۷.
۳۱. قنواتی، جلیل، رمضان، جعفر و برهان مجرد، محسن (۱۳۹۸). تحلیل مبانی نظری رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ در خصوص ضمان درک». فقه و مبانی حقوق اسلامی، شماره ۱.
۳۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۰). حقوق مدنی؛ ضمان قهری. تهران: دانشگاه تهران.
۳۳. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷). عقود مدنی؛ عقود معین معاملات معوض (جلد ۱). تهران: سهامی انتشار.
۳۴. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق). الکافی (جلد ۵). تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۳۵. محمدی، پژمان (۱۳۹۱). ضرورت قهری دانستن ضمان درک. دانش و پژوهش حقوقی، شماره ۲.
۳۶. مهاجری، علی (۱۳۸۰). شرح قانون آیین دادرسی مدنی (جلد ۳). تهران: گنج دانش.
۳۷. نجفی (کاشف الغطا)، حسن بن جعفر (۱۴۲۲ق). انوار الفقاهه - کتاب البیع. نجف: مؤسسه کاشف الغطا.
۳۸. نجفی، محمد حسن (بی تا). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام (جلدهای ۳۱ و ۳۷). بیروت: دار احیاء التراث العربی.

## References:

1. The Holy Quran.
2. Ameli Karki, Ali ibn Hussein (1414 AH). Jami' al-Maqasid fi Sharh al-Qawaid (Volumes 6 and 13). Qom: Al al-Bayt Institute.
3. Ameli, Zain al-Din ibn Muhammad (1413 AH). Masalik al-Afham ila Tanqih Shara'i al-Islam (Volume 8). Qom: Al-Ma'arif al-Islamiyyah Institute.
4. Ansari Dezfuli, Morteza ibn Muhammad Amin (1415 AH). Kitab al-Mikasib (Volume 6). Qom: World Congress in Commemoration of Grand Ayatollah Ansari.
5. Arabshahi, Mahmoud (1397 SH). "Legal Status of the Condition of Intensification or Reduction of Guarantee Arising from Default in Non-Monetary Obligations." Law: Defense Counsel, No. 17.
6. Bahrani, Yousef (1363 SH). Al-Hada'iq al-Nadhira fi Ahkam al-Atirah al-Tahira (Volume 24). Qom: Islamic Publishing Institute.
7. Ghanavati, Jalil, Ramezani, Jafar, and Borhan Mojarrad, Mohsen (1398 SH). "Analysis of Theoretical Foundations of Decision Number 733 Regarding Guarantee of Understanding." Fiqh and Foundations of Islamic Law, No. 1.
8. Helli, Hasan ibn Yusuf ibn Muthahar Asadi (1413 AH). Qawaid al-Ahkam fi Ma'rifat al-Halal wal-Haram (Volume 3). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Seminary Teachers of Qom.
9. Helli, Jafar ibn Hasan (1408 AH). Shara'i al-Islam fi Masa'il al-Halal wal-Haram (Volume 2). Qom: Ismaili Institute.
10. Helli, Muhammad ibn Hasan (1387 SH). Izah al-Fawaid fi Sharh Masha'kil al-Qawaid (Volume 3). Qom: Ismaili Institute.
11. Imami, Hassan (1385 SH). Civil Law. Tehran: Islamiyyeh.
12. Isfahani (Fazil Hindi), Muhammad ibn Hasan (1416 AH). Kashf al-Litham wal-Ibham an Qawaid al-Ahkam (Volume 7). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Seminary Teachers of Qom.
13. Katouzian, Naser (1370 SH). Civil Law; Coercive Guarantee. Tehran: University of Tehran.
14. Katouzian, Naser (1387 SH). Civil Law; Specific Contracts and Barter Transactions (Volume 1). Tehran: Joint Stock Publishing.
15. Kuleini, Muhammad ibn Ya'qub (1407 AH). Al-Kafi (Volume 5). Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyyah.
16. Mohajeri, Ali (1380 SH). Explanation of the Civil Procedure Code (Volume 3). Tehran: Ganj Danesh.
17. Mohammadi, Pezhman (1391 SH). "The Necessity of Deeming Guarantee of Understanding as Coercive." Knowledge and Legal Research, No. 2.
18. Najafi (Kashif al-Ghita), Hasan ibn Jafar (1422 AH). Anwar al-Fiqhah - Kitab al-Buyu'. Najaf: Kashf al-Ghita Institute.
19. Najafi, Mohammad Hassan (N/A). Jawahir al-Kalam fi Sharh Shara'i al-Islam (Volumes 31 and 37). Beirut: Dar Ihya al-Turath al-Arabi.
20. Rahpayk, Hassan (1387 SH). Civil Law 6. Tehran: Khorsandi.
21. Rajaei, Fatemeh (1395 SH). A Comparative Study of Time and Place Assessment of Non-Contractual Liability in Iranian and Egyptian Law. Comparative Legal Studies, No. 1.
22. Sadeqi, Mohammad, and Khanmohammazadeh, Rahleh (1395 SH). "Compensable Damage in the Event of Default in Non-Monetary Obligations." Ra'ay Quarterly, No. 15.



23. Safaie, Hossein, and Emami, Asadollah (1394 SH). A Brief Overview of Family Law. Tehran: Mizan.
24. Saimiri, Maflah ibn Hasan (1420 AH). Ghayat al-Muram fi Sharh Shara'i al-Islam (Volume 3). Beirut: Dar al-Hadi.
25. Shahbani Kandsari, Hadi (1398 SH). A New Look at the Concept, Basis, and Effects of Conditional Guarantee in Imami Jurisprudence and Civil Law. Legal Encyclopedias, No. 4.
26. Shahidi, Mehdi (1383 SH). Principles of Contracts and Obligations. Tehran: Mojdeh.
27. Shahidi, Mehdi (1385 SH). Civil Law 6. Tehran: Mojdeh.
28. Shahidi, Mehdi (1388 SH). Civil Law 6; Specific Contracts. Tehran: Mojdeh.
29. Sheikh Mohaddes, Ali, and Sheikh Mohaddes, Mehdi (1393 SH). A Look at the Validity of the Contract in Case of the Nullity of the Specified Dowry or the Invalidity from a Jurisprudential Perspective. Legal Research Quarterly, No. 68.
30. Shobeiri Zanjani, Seyyed Musa (1419 AH). Kitab al-Nikah (Volume 22). Qom: Raypardaz Research Institute.
31. Soltani Ranani, Mehdi (1385 SH). A Comparative Look at the Concept, Basis, and Effects of Conditional Guarantee in Imami Jurisprudence and Civil Law. Legal Encyclopedias, No. 4.
32. Tabatabai Yazdi, Seyyed Mohammad Kazem (1410 AH). Hashiyat al-Mikasib (Volume 1). Qom: Ismaili Institute.
33. Tabatabai Yazdi, Seyyed Mohammad Kazem (1415 AH). So'al va Jawab. Tehran: Center for the Publication of Islamic Sciences.
34. Taheri, Habibollah (1418 AH). Civil Law (Volume 4). Qom: Islamic Publications Office.
35. Taleb Ahmadi, Habib (1389 SH). "Whether Civil Liability Arising from Guarantee of Understanding is Coercive or Contractual." Legal Studies, No. 1.
36. Tusi, Muhammad ibn Hasan (1387 SH). Al-Mabsut fi Fiqh al-Imamiyyah (Volume 4). Tehran: Al-Maktabah al-Murtadhawiyah.
37. Tusi, Muhammad ibn Hasan (1400 AH). Al-Nihayah fi Majrad al-Fiqh wal-Fatawa. Beirut: Dar al-Kitab al-Arabi.
38. Zara'at, Abbas (1383 SH). The Law of Civil Procedure in the Legal System of Iran. Tehran: Khat-e Sevvom.

## مطالعه تطبیقی حقوق ایران، انگلستان و مصر در خصوص روش‌های تعیین مبیع در بیع کلی فی‌الذمه و چگونگی حل اختلاف طرفین

رسول احمدی فر \* استادیار، گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه ملایر، ملایر، ایران.  
rahmadifar@malayeru.ac.ir

### چکیده

در بیع کلی فی‌الذمه مبیع مشخصی در رابطه قراردادی اصحاب عقد وجود ندارد و به همین خاطر روش تعیین مبیع باید متناسب با این وضعیت معین گردد. سیستم‌های حقوقی از روش‌های گوناگونی برای تعیین مبیع کلی فی‌الذمه استفاده می‌کنند، لذا مطالعه این روش‌ها می‌تواند نیازهای جامعه به قواعد حقوقی را به درستی شناسایی نماید. دور از نظر نیست که در مواردی ممکن است طرفین در تطبیق کالای تحویلی با مشخصات قراردادی دچار اختلاف شوند. وانگهی، هدف پژوهش حاضر بررسی روش‌های تعیین مبیع کلی در سیستم‌های حقوقی مورد مطالعه و همچنین مطالعه تطبیقی روش‌های حل اختلاف طرفین در این نظام‌ها با روش توصیفی تحلیلی خواهد بود. نتایج حاصل‌شده از این نوشتار حاکی از آن است که در نظام‌های حقوقی ایران و مصر برای تعیین مبیع کلی از توصیف و یا تعیین از طریق نمونه اقدام می‌شود و نظام حقوقی انگلستان علاوه بر بهره‌برداری از موارد مذکور، از شرط مناسب بودن مبیع برای هدف خاص نیز بهره‌جسته است. در دیگر سو، اختلاف طرفین در تعیین مبیع کلی، در حقوق ایران و مصر موکول به بررسی نسبی مقدار، جنس، وصف و مطابقت کالای تسلیمی با نمونه خواهد بود و در حقوق انگلستان اختلاف فوق‌الاشعار علاوه بر موارد مرقوم، ممکن است موکول به بررسی مناسب بودن مبیع برای هدف خاص قراردادی طرفین باشد. گذشته از سکوت دکنترین نظام حقوقی ایران، بر اساس قواعد عمومی، فروشنده باید در صورت حدوث اختلاف در زمان تسلیم، مطابقت کالای تحویلی را با مبیع معین در قرارداد ثابت کند و اگر مشتری بعد از تسلیم مدعی عدم مطابقت باشد باید از عهده اثبات این امر برآید. در نظام‌های حقوقی انگلستان و مصر مشتری در هنگام تسلیم مبیع حق معاینه دارد و چنانچه مبیع فاقد ویژگی‌های قراردادی باشد بایستی از دادگاه بخواهد تا آن را معاینه نماید. نهایتاً، بار اثبات عدم مطابقت مبیع در نظام انگلیسی بر عهده مشتری و در نظام مصری اثبات اصل تعهد در خصوص چگونگی مبیع بر عهده مشتری است و پس از آن، بایع باید از عهده اثبات اجرای تعهد مطابق با قرارداد برآید.

واژگان کلیدی: بیع کلی، مبیع کلی، تعیین مبیع کلی، اختلاف در تعیین مبیع، حق معاینه مبیع.



### مقدمه

انتقال مالکیت مبیع یکی از آثار اقسام مختلف بیع است (بیع عین معین، کلی در معین و کلی فی الذمه) (حکیمیان، ۱۳۹۶، ص. ۹۳). در مواردی هم که بیع را عهده دانسته‌اند، انتقال مالکیت در آن را پذیرفته‌اند (اسکینی و آقاموسی تهرانی، ۱۳۹۱، ص. ۱۳۶). در بیع کلی فی الذمه با توجه به اینکه مبیع در زمان انشای قرارداد به عنوان یکی از ارکان تعهد (بیگدلی، ۱۳۸۶، ص. ۴۶) در رابطه طرفین موجود نیست، یکی از مسائل این نوع بیع در سیستم‌های حقوقی چگونگی تعیین مبیع است. از سوی دیگر، چگونگی رفع اختلاف طرفین در مواردی که در تعیین مبیع اختلاف وجود دارد، مسئله دیگری است که در این سیستم به آن پرداخته شده است.

در این پژوهش، مسئله مورد بحث، بررسی و مطالعه چگونگی تعیین مبیع در سیستم‌های حقوقی مورد مطالعه و روش‌های حل اختلاف با بیع و خریدار در مواردی است که درباره مبیع اختلاف دارند. در این پژوهش با روش تحلیلی-توصیفی به مطالعه موضوع پرداختیم. به این ترتیب که قوانین و منابع مربوط تحلیل و سپس با توصیف آن‌ها به موضوع پرداخته می‌شود. برای مطالعه بهتر و بهره‌گیری از روش‌های یادشده در سیستم‌های حقوقی دیگر، سیستم حقوقی انگلستان و مصر مورد مطالعه قرار گرفت و با توجه به قرابت این دو سیستم در این موضوع با حقوق ایران، روش‌های یادشده در این دو سیستم برای استفاده در حقوق ایران معرفی می‌شود.

در حقوق ایران و مصر مبیع کلی فی الذمه با توصیف یا انتخاب نمونه تعیین می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۵، ص. ۱۸۰ و قاسم، ۲۰۰۸م، ص. ۹۱). در حقوق انگلستان افزون‌بر این دو مورد، ممکن است مبیع از طریق مناسب بودن برای هدف خاص تعیین شود (Atiyah's, 2010, p. 152). قانون مدنی ایران بدون اینکه درباره حل اختلاف با بیع و مشتری در زمان تسلیم مبیع یا بعد از آن حکمی داشته باشد، با بیع را ملزم به تسلیم مبیع قراردادی کرده است (مواد ۲۱۹، ۲۲۰، ۲۲۲، بند ۳ ماده ۳۶۲ و ماده ۳۶۷ قانون مدنی) و حل اختلاف با بیع و مشتری تابع قواعد عام آیین دادرسی مدنی (ادله اثبات دعوی) است و مقررات ویژه و اختصاصی ندارد. ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی به صورت کلی مدعی را ملزم به اثبات ادعای خود کرده است.<sup>۱</sup> در حقوق مصر و انگلستان

۱. ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی «اصل برائت است. بنابراین، اگر کسی مدعی حق یا دینی بر دیگری باشد، باید آن را اثبات کند. در غیر این صورت با سوگند خوانده حکم برائت صادر خواهد شد».

به موضوع اختلاف بایع و مشتری به صورت اختصاصی پرداخته شده است. در حقوق مصر، مشتری پیش از تسلیم مکلف به آزمایش مبیع است «اگر مبیع ویژگی‌های لازم را نداشته باشد، مشتری باید در زمان تسلیم از دادگاه بخواهد که به شکل فوری قاضی آن را معاینه کند یا اینکه دستور معاینه آن را توسط کارشناس بدهد. بایع هم در صورتی که مدعی مطابقت کالای تحویلی با مبیع قراردادی است، می‌تواند این موضوع را درخواست کند» (السنهوری، ۲۰۰۹، ج ۴، ص. ۵۶۱). مشتری بعد از اثبات تعهد بایع تکلیف دیگری ندارد و بایع در صورتی که مدعی تسلیم مبیع مطابق با شرایط و ویژگی‌های خاص قراردادی است، باید آن را ثابت کند (السنهوری، ۲۰۰۹، ج ۴، ص. ۵۶۱). در حقوق انگلستان به موجب ماده ۳۴ قانون فروش کالا مصوب سال ۱۹۷۹، مشتری هنگام تسلیم حق معاینه و امتحان کالا را دارد و بایع باید فرصت مناسبی در این باره به او بدهد و در مسئله اختلاف بایع و مشتری بار اثبات اینکه مبیع مطابق با قرارداد نیست، بر عهده مشتری است.

برای مطالعه موضوع در پژوهش حاضر، ابتدا مسائل و روش‌های تعیین مبیع کلی فی الذمه شامل مقدار، جنس، اوصاف، مطابقت با نمونه، نوع استفاده مبیع و سلامت مبیع مطالعه می‌شود. در مرحله بعد، اختلافاتی که ممکن است بین بایع و مشتری در این موارد واقع شود و در نهایت، نتیجه‌گیری مناسبی ارائه می‌شود.

## ۱. مقدار مبیع

### ۱.۱. تعیین مقدار مبیع

یکی از شرایط اساسی صحت بیع کلی فی الذمه، معین بودن مبیع است (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ج ۱، ص. ۱۱۱). مقدار یکی از عوامل ضروری در معین کردن مبیع است (الحلی، ۱۳۷۲، ص. ۲۹۴). ماده ۳۵۱ قانون مدنی در این خصوص مقرر داشته است «در صورتی که مبیع کلی یعنی صادق بر افراد عدیده باشد، بیع وقتی صحیح است که مقدار و... مبیع ذکر شود». مقدار معرف میزانی از کالای موضوع عقد است که «متناسب با واحد اندازه‌گیری مبیع و ضوابطی که در عرف معمول است، تعیین می‌شود» (خمینی، ۱۳۶۸، ج ۲، ص. ۴۳۵؛ شهیدی، ۱۳۸۶، ج ۱، ص. ۳۰؛ الطباطبایی یزدی، ۱۴۲۴، ج ۶، ص. ۵۶). تعیین مقدار باید «به گونه‌ای صورت گیرد که مبیع از زیادت و نقصان مصون باشد» (العاملی، ۱۳۸۰، ج ۱، ص. ۲۴۱). اهمیت تعیین مقدار تا حدی است که درست تعیین

نشدن آن باعث مجهول شدن مبیع می‌شود و بیع را غرری و باطل می‌کند (الحلی، ۱۴۰۹ق، ص. ۳۱۹؛ النجفی، ۱۳۷۶، ص. ۲۹۶)؛ چنان‌که با استناد به حدیث ابی‌عبدالله (علیه‌السلام) در ارتباط با مردی که غذایی را بدون استفاده از کیل معلوم خریداری کرده بود، گفته شد چنین بیعی درست نیست<sup>۱</sup> (النجفی، ۱۳۶۷، ج ۲۲، ص. ۴۰۹؛ الطوسی، ۱۳۹۰، ج ۳، ص. ۱۰۲؛ مسجدسرایبی، ۱۳۹۱، ص. ۱۰). ضوابط عرفی تعیین مقدار در گذشته کیل یا وزن بود (الخضیر، بی‌تا، ج ۳، ص. ۵۶). امروزه افزون‌بر این واحدها، از واحدهای متعارف دیگری برای اندازه‌گیری استفاده می‌شود مانند مترمربع، ژول، تخته، توپ، جام، جلد، رشته و ... .

با توجه به اهمیت مقدار مبیع، در فقه مواردی هست که با وجود معین نبودن مقدار مبیع، بیع درست است. بیع جزاف یکی از اقسام بیع است که در فقه اسلامی بر اساس عرف شناسایی شده است و آن «بیعی است که در آن کالا بدون مقیاس و میزان است مانند بیع خرمن و لزومی به علم به مقدار کیل و وزن در آن نیست. مبنای جواز چنین بیعی این دانسته شده است که در ابتدای تمدن برای تعیین مقادیر کم از کف دست و جز آن، از مشاهده استفاده می‌شد. سپس با کیل قبل از عصر فلز مانند ظروف گلی یا الیاف درختان و مانند آن‌ها، سپس با وزن کردن» (خمینی، ۱۳۸۴، ج ۳، ص. ۳۶۳). مبنای شناسایی چنین بیعی عرف است و امروزه نیز در خیلی موارد بیع از طریق جزاف صورت می‌گیرد مانند بیع محصول روی درخت یا بیع خرمن بدون توزین یا شمارش و تنها با مشاهده و تخمین. در این موارد به‌واسطه تجربه و تخصص اندازه مبیع مشخص می‌شود و مکیال، نظر و دیدگاه تخمین‌زننده است که معمولاً با مقیاس‌های دیگر همخوانی دارد. در صورتی که ثمن کلی فی‌الذمه باشد، همین قواعد حاکم است و مقدار آن باید معلوم باشد و مجهول بودن ثمن به دلیل ذکر نشدن مقدار یا مجهول بودن مقدار باعث بطلان بیع است (شعاریان، ۱۳۹۱، ص. ۸۹).

در حقوق مصر، «ذکر مقدار تا جایی در بیع سلم مؤثر است که کالاهایی که مقدارشان قابل تعیین نباشد و قابل توزین و پیمانه شدن نباشند، قابلیت سلم را ندارند» (اطفیش، ۱۴۲۸ق، ج ۸، ص. ۲۸۱). در حقوق این کشور در بیع کلی فی‌الذمه، «مقدار مبیع به‌واسطه پیمانه، وزن، عدد یا متر از معلوم می‌شود» (السنهوری، ۲۰۰۹، ج ۴، ص. ۲۲۰). در صورتی که مقدار در عقد ذکر نشود،

۱. «عن ابی‌عبدالله (علیه‌السلام) فی رجل اشتری من رجل طعاما عدلا بکیل معلوم ثم ان صاحبه قال للمشتري ابتع منی هذاالعدل الآخر بغیر کیل فان فیه مثل ما فی الآخرالذی ابتعته قال لا یصلح الا ان یکیل. و قال ماکان من طعام سمیت فیه کیلا فانه لا یصلح مجازفه، هذا ما یکره من بیع الطعام».

عقد باید متضمن چیزی باشد که از آن طریق بتوان مقدار را تعیین کرد. در حقوق ایران، این قاعده پذیرفته شده و در مواردی با وجود مشخص نبودن مقدار مبیع، در صورتی که بر اساس شرایط بتوان مقدار را مشخص کرد، بیع درست است (داراب‌پور، ۱۳۹۲، ص. ۱۷۸). در حقوق مصر، در صورتی که «مبیع مثلی باشد، باید وزن، کیل، مقیاس یا عدد آن مشخص باشد و هر بیعی که احتیاج به ذکر وزن، کیل، مقیاس یا عدد داشته باشد، بیع تقدیر است، اما اگر مبیع کالایی باشد که به واسطه وزن، کیل، مقیاس یا عدد معین می‌شود، اما مبیع برای تعیین احتیاج به تقدیر نداشته باشد، بیع جزاف (گزاف) است» (السنهوری، ۲۰۰۹م، ج ۴، صص. ۲۲۶ و ۲۲۷).

در حقوق انگلستان، مبیع ممکن است کالای موجود یا آینده باشد. این کالا ممکن است متعلق به فروشنده یا در اختیار او باشد یا کالای آینده باشد. ممکن است تحصیل مبیع برای فروشنده محتمل باشد (ماده ۷ قانون فروش کالا سال ۱۳۷۹). در مواردی که موضوع قرارداد فروش کالای آینده است، قرارداد، توافق برای فروش شمرده می‌شود (بند ۳ ماده ۷ قانون فروش سال ۱۳۷۹). در حقوق انگلستان، در مرحله انعقاد قرارداد، ذکر مقدار یکی از شرایط ایجاب است (Stone & Devenney, 2015, p. ۱). قانون فروش کالا درباره لزوم ذکر مقدار در مرحله تشکیل عقد ساکت است. این قانون تنها در مرحله اجرای عقد و بیان تعهدات بایع، یکی از این تعهدات را در بند ۱ ماده ۳۰ قانون فروش کالا مصوب سال ۱۹۷۹، تسلیم مبیع با مقدار صحیح دانسته است. در صورت تسلیم کالا کمتر یا زیاده‌تر از مقدار تعیینی، مشتری مکلف به تسلیم آن نیست و می‌تواند آن را رد کند. در حقوق این کشور، فرض بر این است که طرفین هنگام قرارداد مقدار را مشخص کرده‌اند و فروشنده موظف به تحویل مبیع به میزان مذکور در قرارداد است (Atiyah's, 2010, p. 133; Kadner Graziano, 2009, p. 288).

## ۲.۱. اختلاف در مقدار

به‌رغم تکلیف تعیین صحیح و بدون مناقشه مبیع، ممکن است بایع و مشتری درباره مقدار مبیع با هم اختلاف پیدا کنند. در قوانین شکلی ایران به‌صورت خاص برای حل این اختلاف راه‌حل مشخصی پیش‌بینی نشده است و باید به قواعد عمومی آیین دادرسی مدنی در باب ادله اثبات دعوی مراجعه کرد. با توجه به عمومات ادله اثبات دعوی، مدعی «هریک از اصحاب دعواست که اظهار او خلاف اصل یا خلاف امری باشد که قانون‌گذار وجود آن را فرض کرده است» (شمس،

۱۳۸۴، ج ۳، ص. ۱۰۲)، پس باید ادعای خود را ثابت کند. در اختلاف درباره مقدار مبیع، مدعی کسی است که مقدار بیشتر را ادعا می‌کند. در نتیجه، مشتری‌ای که معمولاً مقدار بیشتر را مطالبه می‌کند، باید ادعای خود را ثابت کند و بایع تکلیفی ندارد (الطرابلسی، ۱۴۱۱ق، ص. ۶۲؛ الحلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، صص. ۳۱۸ و ۳۱۹؛ الحلی، ۱۳۷۲، ص. ۵۴. نجفی، ۱۳۶۷، ج ۲۳، صص. ۱۷۵ و ۱۸۹ و الطباطبایی یزدی، ۱۴۲۴ق، ج ۵، صص. ۱۱۸ و ۱۲۱). در صورتی که اختلاف در مرحله تسلیم باشد، بایع باید اجرا مطابق قرارداد را ثابت کند. در صورتی که دعوی بعد از تسلیم باشد، دو فرض ممکن است مطرح باشد. ۱. مشتری مدعی تسلیم مقدار کمتر باشد؛ زیرا نسبت به مقدار بیشتر که ادعا می‌کند، مدعی شمرده می‌شود و باید ادعای خود را ثابت کند. ۲. بایع مدعی تسلیم مطابق با قرارداد باشد و چون مدعی است، باید ادعای خود را ثابت کند. ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی در ادله اثبات دعوی و در بیان قاعده کلی، «اثبات حق» را بر عهده مدعی گذاشته است (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص. ۷۶۹؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص. ۳۳۷؛ امامی، ۱۳۶۴، ج ۲، ص. ۱۶؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص. ۶۲؛ کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۴، صص. ۱۶۰ و ۱۶۱). «هرکس مدعی حقی باشد، باید آن را اثبات کند و مدعی‌علیه، هرگاه در مقام دفاع مدعی امری شود که محتاج به دلیل باشد، اثبات امر به عهده اوست». ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی با شناسایی اصل برائت در حکمی مشابه، این قاعده را بازگو کرده است «اصل، برائت است. بنابراین، اگر کسی مدعی حق یا دینی بر دیگری باشد، باید آن را اثبات کند...». با توجه به قواعد حقوقی بالا به نظر می‌رسد در داوری بین این دو فرض، اثبات اصل ادعا و مقدار قراردادی مبیع با مشتری است و مشتری بعد از اینکه اصل ادعا را ثابت کرد، وظیفه دیگری ندارد. در این مرحله بایع باید تحویل مبیع مطابق با قرارداد را ثابت کند. مطابق مواد ۱۲۵۷ قانون مدنی و ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی، در مسئله اختلاف بایع و مشتری، مدعی که «چیزی را ادعا می‌کند، خواه چیزی را که در تصرف دیگری است ادعا کند یا در ذمه او است» (طوسی، ۱۳۵۱، ج ۸، ص. ۲۵۶) باید ادعای خود را ثابت کند (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۴، ص. ۴۰). اگر بایع به‌عنوان مدعی اجرای تعهد قرارداد، «تواند ادعای خود را ثابت کند، تکلیف رد ادعا منوط به سوگند می‌شود» (شمس، ۱۳۸۴، ج ۳، ص. ۲۶۷). ماده ۱۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی ایران در همین باره مقرر می‌دارد «در صورتی که حق یا دینی بر عهده کسی ثابت شود، اصل بر بقای آن است مگر اینکه خلاف آن ثابت شود». در تمام موارد بالا در صورتی که بتوان با مراجعه به عرف اختلاف را حل کرد، نوبت به اثبات ادعا نمی‌رسد و با قواعد عرفی

اختلاف حل می‌شود (داراب‌پور، ۱۳۹۲، ص. ۷۸).

در حقوق مصر بعد از اثبات دین، اثبات اجرا وظیفه مدیون است. داین تنها باید محل ادعا یا مبنای ادعای خود را اثبات کند. «اصل بر این است که داین مکلف به اثبات دین است و مدیون مکلف به اثبات رهایی از آن» (ماده ۳۸۹ قانون مدنی مصر). محل تطبیق این قاعده جایی است که داین از مدیون تقاضای اجرای عین تعهد را می‌کند. داین در این صورت ابتدا باید محل ایجاد تعهد را ثابت کند (مثلاً عقد). «پس اگر مدیون ادعای اجرای آن را کند، باید ثابت کند و گرنه حکم اجرای عین تعهد علیه او داده می‌شود» (السنهوری، ۲۰۰۹م، ج ۱، ص. ۷۴۰).

در حقوق انگلستان ذکر مقدار یکی از شروط قرارداد است و مطابق بند ۱ ماده ۳۰ قانون فروش کالا مصوب ۱۹۷۹ انگلستان، بایع موظف به تسلیم مبیع به میزان مقرر در قرارداد است (Atiyah's, 2010, p. 133; Cheshire, Fifoot & furmstons, 2007, p. 680). در صورتی که بایع مقداری کمتر یا بیشتر از قرارداد تسلیم کند، خریدار می‌تواند کالا را رد کند (Stone, 1995, p. 290).

## ۲. جنس مبیع

### ۱.۲. تعیین جنس

تعیین جنس در بیع کلی فی‌الذمه از شروط صحت است و باید به گونه‌ای در قرارداد ذکر شود که از مبیع رفع جهالت شود. «ذکر نشدن جنس در زمان قرارداد باعث بطلان است» (خمینی، ۱۳۸۴، ج ۳، ص. ۴۳۵؛ کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۵، ص. ۱۷۸؛ الحلی، ۱۳۷۲، ص. ۲۹۴، الحلی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص. ۳۱۸؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ص. ۹۴). در ذکر جنس «هرآنچه به سبب آن اختلاف ایجاد می‌شود، ذکر آن لازم است» (النجفی، ۱۳۶۷، ج ۲۳، ص. ۳۳۸؛ الطباطبایی یزدی، ۱۴۲۴ق، ج ۵، ص. ۳۴) و «اگر دو شیء در منفعتی که از آن‌ها قصد شده است، اختلاف داشته باشند، اختلاف دارند هرچند به یک اسم باشند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۲، ص. ۲۵۸). ذکر جنس در بیع کلی فی‌الذمه از شروط لازم برای تعیین مبیع است (ماده ۳۵۱ قانون مدنی). در حقوق مصر، جنس و نوع مبیع باید به گونه‌ای درست در عقد ذکر شوند (قاسم، ۲۰۰۸م، ص. ۹۱). در حقوق انگلستان، ذکر جنس در ایجاب صورت می‌گیرد و قانون فروش کالا مصوب ۱۹۷۸ در این باره مقرراتی ندارد. با توجه به اینکه ایجاب باید کامل باشد، یکی از موضوعاتی که در ایجاب باید



مشخص باشد، جنس مبیع یا کالا است (Mckendrick, 2009, p. 32). به این ترتیب که ایجاب در زمان انشا باید شرایط مشخصی داشته باشد. از جمله این شرایط ذکر جنس است (Stone & Devenney, 2015, p. 37). در نتیجه ذکر نشدن جنس در ایجاب سبب می‌شود ایجابی که ارائه شده است، کامل و پذیرفتنی نباشد.

## ۲.۲. اختلاف در جنس مبیع کلی فی‌الذمه

اختلاف در جنس مبیع شامل اختلاف در ماهیت مبیع (یکی مدعی است مبیع فرش دست‌باف بوده و دیگری مدعی است فرش ماشینی بوده است)، اختلاف در نوع مبیع (یکی مدعی است فرش محل خاص است و دیگری مدعی است فرش محل دیگر است) و اختلاف در کیفیت مبیع (یکی مدعی است مبیع باید دارای استاندارد خاصی باشد و دیگری مدعی استاندارد دیگر یا عدم استاندارد) است. اگر بتوان بین موضوعات اختلافی تفاوت قائل شد و یکی را بر دیگری ترجیح داد، هر کدام از طرفین که وصف بهتر را ادعا می‌کند، باید ادعای خود را ثابت کند. در غیر این صورت با سوگند طرف مقابل ادعای او پذیرفته خواهد شد (السبزواری، ۱۳۷۶، ص. ۲۷۴). در این باره باید از معیار عرفی استفاده و اختلاف را تا اندازه ممکن حل کرد (الماسی و طباطبایی، ۱۳۸۹، ص. ۹۶). در صورتی که نتوان بین موضوعات اختلافی تفاوت قائل شد، «مثلاً یکی بگوید گندم بوده است و دیگری بگوید جو بوده است، هر دو سوگند یاد می‌کنند و عقد منفسخ می‌شود» (الحلی، ۱۳۷۲، ص. ۵۴). «در این صورت هر دو مدعی هستند و قدر مشترکی بین آن‌ها نیست. هر دو سوگند می‌خورند مبنی بر نفی قول دیگری و در این صورت دعوی هر دو باطل می‌شود» (النجفی، ۱۳۶۷، ج ۲۳، صص. ۱۷۵ و ۱۸۹). در حقوق انگلستان، «بار اثبات اینکه محصولات خوانده با منظور قراردادی مطابق نیست با خواهان است» (Virgo, 1999, p. 156) و در صورت اختلاف بین بایع و مشتری درباره جنس مبیع، این بایع است که باید ثابت کند کالای تحویلی مطابق با شروط قراردادی است. در حقوق مصر، در صورتی که عقد در این باره ساکت باشد، بایع ملزم به تسلیم کالایی از نوع متوسط است، البته این در حالی است که با مراجعه به عرف نتوان بر این موضوع علم یافت (قاسم، ۲۰۰۸م، ص. ۹۱). در این صورت بایع باید کالایی با شرایط متوسط (نه از نوع اعلا و نه پایین) تحویل بدهد.

### ۳. اوصاف مبیع

#### ۱.۳. تعیین اوصاف مبیع کلی فی‌الذمه

توصیف مبیع یکی از طرق تعیین مبیع در بیع کلی فی‌الذمه است. قانون‌گذار به‌رغم اینکه در ماده ۳۴۲ قانون مدنی ذکر وصف را ضروری دانسته، در ماده ۳۵۱ دوباره بر ذکر اوصاف مبیع کلی فی‌الذمه تأکید کرده است. در بیع کلی فی‌الذمه مبیع غایب است و باید به‌گونه‌ای توصیف شود که از آن رفع جهالت شود (الطباطبایی یزدی، ۱۴۲۴ق، ج ۵، صص. ۱۱۸ و ۱۲۱؛ انصاری، ۱۳۸۵، ج ۲، ص. ۳۰۰. طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص. ۵۸. کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۵، ص. ۱۸۰. کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص. ۲۹۵. کاتوزیان، ۱۳۸۵ ب، ص. ۱۳۲؛ الحلّی، ۱۳۷۲، ص. ۲۹۴؛ خمینی، ۱۳۸۴، ج ۳، ص. ۴۳۵) «و گرنه بیع باطل است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ص. ۹۴)؛ البته در صورتی که مبیع به طریقی تعیین شود که بین طرفین مشخص شود و از بیع رفع غرر شود، بیع صحیح است. «ضابطه در بیان اوصاف مبیع هر چیزی است که به‌واسطه آن ثمن تفاوت پیدا می‌کند» (النجفی، ۱۳۶۷، ج ۲۴، صص. ۲۷۴ و ۲۷۵). با وجود لزوم توصیف، «احتیاج به توصیف نهایی (زیاد) نیست، بلکه باید به آنچه بنا بر اسم آن کالا برای آن استفاده می‌شود، اکتفا کرد؛ البته شرط بهترین یا پست‌ترین به‌خاطر تعذر انجام صحیح نیست» (الحلّی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص. ۳۱۸؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵ الف، ص. ۱۸۰). توصیف باید به‌گونه‌ای باشد که «در زمان اختلاف، با مراجعه به عرف از آن رفع اختلاف شود» (الحلّی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص. ۳۱۸). «اگر وصفی ذکر شود که شناسایی آن ممکن نباشد، سلم باطل است» (النجفی، ۱۳۶۷، ج ۲۴، ص. ۲۷۹).

در حقوق مصر، «یکی از طرق علم به مبیع توصیف است» (قاسم، ۲۰۰۸م، ص. ۹۱). توصیف باید اساسی و در زمان عقد انجام شده و به‌گونه‌ای باشد که به‌واسطه آن امکان شناسایی مبیع باشد. ماده ۴۱۹ قانون مدنی مصر مقرر می‌دارد «...علم در صورتی کافی است که عقد بیان‌کننده مبیع و اوصاف اساسی آن به‌گونه‌ای باشد که بتوان آن را شناسایی کرد». قانون‌گذار مصر به علم از طریق مشاهده یا معاینه اکتفا نکرده و مقرر کرده است اگر عقد بیع مشتمل بر مبیع و اوصاف اساسی آن باشد، این قائم‌مقام رؤیت می‌شود و بایع باید مبیع را مطابق نمونه تسلیم کند.

در حقوق انگلستان، در مواردی که مبیع در زمان عقد حاضر نیست و غیرمعین یا کلی است، طرفین می‌توانند از طریق توصیف مبیع را تعیین کنند. ماده ۱۵ قانون بیع سال ۱۹۷۹ انگلستان

درباره شناسایی بیع با توصیف مقرر می‌دارد «اگر در قرارداد فروش کالا، فروش با توصیف باشد، یک شرط ضمنی مبنی بر اینکه کالا باید مطابق با توصیف باشد، وجود دارد و اگر فروش از روی نمونه و توصیف باشد، اگر کالا مطابق با وصف نباشد، اما مطابق نمونه باشد، کافی نیست.» «فروش با توصیف در مواردی است که کالای موضوع قرارداد دیده نشده است. در نتیجه، فروش کالاهای آینده یا غیرمعین با توصیف است» (Atiyah's, 2010, p.152). «اگر کالا با وصف فروخته شود، باید مطابق اوصاف مقرر بین طرفین در زمان انعقاد قرارداد بیع یا هر زمان دیگری پیش از تحویل کالا باشد.» «این قاعده با ماده ۱۳ قانون بیع سال ۱۳۷۹ کنترل شده است. جایی که یک فروش با توصیف است، یک شرط ضمنی مبنی بر اینکه کالا با توصیف مطابقت خواهد داشت، وجود دارد. این شرط ضمنی هر جا که خریدار به توصیف اطمینان کرده باشد، اعمال می‌شود. برای مثال، درباره خرید کالای غیرمعینی که او به آن اطمینان کرده باشد. این موضوع همچنین، درباره کالاهای خاص اعمال می‌شود مگر اینکه ثابت شود مشتری چیزی را به‌خاطر منحصر بودن کیفیتش خریده باشد یا اینکه به توصیف اعتماد نداشته است.» همچنین، در این باره گفته شده است «مطابق ماده ۱۳ قانون فروش کالای سال ۱۹۷۹، جایی که کالایی با توصیف فروخته می‌شود، شرط ضمنی مبنی بر اینکه کالا باید مطابق نمونه باشد، وجود دارد.» (Mackendrick, 2009, p. 202).

### ۲.۳. اختلاف در اوصاف

در صورت اختلاف بایع و مشتری در اوصاف مبیع، ممکن است این اختلاف درباره اوصاف تعیینی در زمان عقد یا اوصاف مربوط به کالای تسلیمی در مقام تسلیم مبیع از طرف بایع باشد. قانون مدنی حکم موردی را که اختلاف بایع و خریدار در نوع مرغوب یا با کیفیت پایین‌تر باشد، بیان نکرده است. ماده ۲۷۹ قانون مدنی به‌عنوان قاعده کلی مقرر داشته است «اگر موضوع تعهد عین شخصی نبوده و کلی باشد، متعهد مجبور نیست که از فرد اعلای آن ایفا کند، اما از فردی هم که عرفاً معیوب شمرده می‌شود، نمی‌تواند بدهد.» این ماده بیان‌کننده یک اصل در روابط طرفین این بیع است. به‌این ترتیب که در روابط طرفین تعهدی که کلی است، اصل بر این است که موضوع تعهد، فرد اعلای یا معیوب نیست. در نتیجه، هرکدام از طرفین که مدعی اعلای بودن موضوع تعهد یا معیوب بودن آن هستند، ادعای خلاف اصل دارد و باید ادعای خود را ثابت کند. در حقوق مصر، در انواع

دیگر بیع (معین، کلی در معین و بیع از روی نمونه) درباره احتمالی که اوصاف مبیع ذکر نشده باشد بحث شده، اما در باره بیع کلی فی‌الذمه بحثی نشده است (Mackendrick, 2009, pp. 91, 92 & 270). به نظر می‌رسد این موضوع به این خاطر است که در حقوق این کشور در بیع کلی فی‌الذمه همه اوصاف مبیع باید گفته شود.

در حقوق انگلستان گفته شده توصیف ممکن است به وسیله فروشنده یا خریدار انجام شود. مانند کالاهای خاص درباره «کالای کلی»<sup>۱</sup> نیز ممکن است فروش با توصیف اتفاق افتد. در پرونده «Barley v Whipp [1990]LQB 513» که در آن کالایی به شکل خاصی شناسایی شده بود (برای مثال میز Chippendale من)، مبیع یک کالای خاص است (SGA 1979, s61)، اگر مبیع بدون تعیین چیز خاص از نوعی خاص باشد (مثلاً ده تن گندم)، این بیعی کلی است<sup>۲</sup>. قسمت ۳ ماده ۱۳ این را روشن می‌کند که انتخاب توسط خریدار، فروش با توصیف نیست مانند انتخاب کالا در یک فروشگاه توسط خریدار. عملاً همه فروش‌ها با توصیف هستند مگر اینکه خریدار به نوع خاصی از مبیع اشاره کرده باشد که می‌خواهد بخرد بدون اینکه آن را به هر شکلی توصیف کند و خود کالا هم برچسب یا بسته توصیفی نداشته باشد. به‌رحال برای اعمال ماده ۱۳ باید مبیع به‌گونه‌ای اطمینان‌آور مبیع مشتری توصیف شده باشد. پرونده «Leinster Enterprises V Harlingdon And Christopher Hull Fine Art Ltd» مربوط بود به فروش تابلوی نقاشی که مشخص شد متعلق به کسی که در کاتالوگ نوشته شده بود، نیست. در واقع مشخص شد که خریدار به این نسبت اعتماد نکرده است و در نتیجه فروش با توصیف نیست. نکته دیگر اینکه، تشخیص اظهارات مبین کیفیت و توصیف مهم است. مثلاً توصیف خودرو به عنوان جدید<sup>۳</sup>، اما اگر گفته شود «شتاب خوبی دارد»، این عبارتی درباره کیفیت است و مشمول ماده ۱۳ نمی‌شود. به‌رحال، عبارات آگهی تبلیغات ممکن است به‌عنوان قسمتی از توصیف تلقی شود حتی اگر کالاها بعد بازرسی شوند. در پرونده «Beale v Taylor»، خودرویی به‌عنوان مدل ۱۹۶۱ تبلیغ شد. خودرو از دو نیمه ساخته شده بود که به هم جوش داده شده بودند. فقط یکی از دو قسمت در سال ۱۹۶۱ ساخته شده بود. رأی داده شد که «این موضوع ماده ۱۳ را نقض کرده است» Stone,

---

1. Generic Goods  
2. Sale Of Generic Goods  
3. New

ماده ۳ قانون فروش کالا مصوب سال ۱۹۸۲ هم درباره شروط ضمنی انتقال با توصیف مقرر می‌دارد «این ماده جایی اعمال می‌شود که به موجب قرارداد انتقال کالا، انتقال‌دهنده انتقال می‌دهد یا موافقت می‌کند که مالکیت کالا را به دیگری انتقال دهد...».

#### ۴. بیع کلی فی‌الذمه از روی نمونه

##### ۱.۴. تعیین مبیع با نمونه

یکی از طرق تعیین مبیع، تعیین با نمونه است. به این ترتیب که طرفین با تعیین نمونه کالای موضوع قرارداد، مبیع را تعیین می‌کنند. در این صورت باید تمام مبیع مطابق نمونه باشد (ماده ۳۵۴ قانون مدنی). نمونه، مبیع کوچکی است که طرفین برای تعیین آسان‌تر مبیع و برای اینکه احتیاج به ذکر اوصاف نباشد، مقرر می‌کنند مبیع مطابق با آن باشد و «به دلالت آنچه از مبیع که دیده شد، بر آنچه دیده نشد مبنی بر اینکه آنچه دیده نشده است، مطابق آنچه باشد که دیده شده است» (انصاری، ۱۳۸۵، ج ۲، ص. ۲۹۹)، مبیع را تعیین می‌کنند. «قانون‌گذار با شناسایی بیع از روی نمونه، طرفین را از ذکر همه اوصاف مبیع بی‌نیاز کرده است» (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ج ۱، ص. ۱۱۷؛ کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص. ۳۰۰). با تعیین نمونه، ذکر اوصاف کیفی لازم نیست. با وجود این، «در موردی که مبیع از اموالی است که اطلاع بر اوصاف کیفی نتواند مقدار ارزش را تعیین کند، تعیین نمونه کافی نیست و طرفین باید در این موارد مقدار و جنس و وصف مبیع را ذکر کنند» (امامی، ۱۳۶۴، ج ۲، ص. ۴۳۶).

در حقوق مصر، بیع از روی نمونه، یکی از اقسام بیع است و با بیع باید مبیع را مطابق با اوصاف عقد تسلیم کند. معین کردن مبیع در صورتی که کل مبیع مطابق با گزیده باشد، تمام می‌شود و این نوع تعیین مبیع، مرسوم بیع تجاری است. بند یک ماده ۴۲۰ قانون مدنی مصر مقرر می‌دارد «اگر بیع از روی گزیده باشد، باید مبیع مطابق با آن باشد». «نمونه، طرفین را از تعیین اوصاف مبیع راحت می‌کند. نمونه، مبیع کوچک است. نمونه راهی برای تعیین مبیع است. اگر طرفین توافق کنند بیع از روی نمونه باشد، مبیع باید مطابق با آن باشد» (السنهوری، ۲۰۰۹م، ج ۱، صص. ۲۳۵ و ۲۳۶). بیع از روی نمونه از وقتی که طرفین بر نمونه توافق می‌کنند، بر آن اساس تمام می‌شود و نمونه چیزی جز تعیین مبیع نیست «و اینکه گفته شود بیع از روی نمونه، بیع معلق است مشروط بر اینکه مطابق با نمونه باشد یا معلق به شرط فاسخی است، صحیح نیست» (ابوسعود، ۲۰۱۰م،

ص. ۱۰۹). در حقوق مصر بیع از روی نمونه را متفاوت از بیع با توصیف دانسته‌اند. «در بیع از روی نمونه کل مبیع باید مطابق با نمونه باشد، اما در بیع دوم کافی است که مبیع (کالای تحویلی) عناصر اساسی را دارا باشد و در صورتی که مبیع مشتری را به هدفش برساند، کفایت می‌کند» (ابوسعود، ۲۰۱۰م، ص. ۱۰۷).

در حقوق انگلستان، بند ۱ ماده ۱۷ قانون فروش کالای مصوب ۱۹۷۹، بیع از روی نمونه را شناسایی کرده است: «قرارداد فروش از روی نمونه، قراردادی است که در آن شرط صریح یا ضمنی بر آن معنی وجود داشته باشد». قرارداد فروش از طریق نمونه سه شرط دارد. ۱. شرط ضمنی دایر بر اینکه کالا باید از نظر کیفیت مطابق با نمونه باشد. ۲. شرط ضمنی دایر بر اینکه خریدار باید حق مطابقت کالا با نمونه را داشته باشد. ۳. شرط ضمنی دایر بر اینکه کالا از هر عیبی که آن را غیرقابل مبادله کند، بری است؛ عیبی که با بررسی عادی نمونه قابل کشف نباشد. در حقوق انگلستان، «فروش در صورتی از روی نمونه است که طرفین چنین قصدی داشته باشند» (Atiyah's, 2010, p. 205).

#### ۲.۴. اختلاف در مطابقت مبیع با نمونه

در مواردی که طرفین در مطابقت کالای تسلیمی با نمونه اختلاف دارند، یکی از طرق حل اختلاف تطبیق کالای تسلیمی با نمونه تعیینی است. با وجود اینکه در حقوق ایران قانون برای نگهداری نمونه تا موقع اختلاف تکلیف زمان تعیین نکرده است، باید تا زمان تسلیم مبیع و اعلام مطابقت کالای تسلیمی از طرف مشتری یا در صورت عدم اعلام، ظرف مهلت معقولی نگهداری شود. در مواردی که بین طرفین در مطابقت کالای تسلیمی با نمونه تعیینی اختلاف باشد، با مراجعه به نمونه می‌توان رفع اختلاف کرد. در مواردی که نمونه تلف شده است یا در دسترس نیست، حل اختلاف وضعیت دیگری خواهد داشت. در حقوق مصر، «اگر بیع از روی نمونه باشد و مشتری ادعا کند که مبیع مطابق نمونه نیست، در صورت وجود نمونه (در تصرف بایع باشد یا مشتری)، بار اثبات مطابقت با نمونه بر عهده بایع است و در این صورت می‌توان به کارشناس مراجعه کرد. بایع نیز می‌تواند درخواست تأیید مطابقت مبیع با نمونه را از دادگاه داشته باشد. در این صورت بعد از اذن قاضی، هزینه مطابقت با بایع است» (قاسم، ۲۰۰۸م، صص. ۱۷۱ و ۲۷۲). در صورت تلف نمونه‌ای که در تصرف یکی از طرفین بوده است اعم از اینکه تلف به علت خطای یکی از آنها باشد یا به

علت دیگری، اگر در این صورت دعوایی درباره مطابقت مبیع بین طرفین مطرح شود، بار اثبات بر عهده کسی است که نمونه در تصرف او تلف شده است. پس اگر نمونه در تصرف بایع تلف شده باشد، بایع باید ثابت کند که مبیع مطابق با نمونه بوده است و اگر نمونه در تصرف مشتری تلف شده باشد، او باید ثابت کند مبیع مطابق نمونه تسلیم نشده است. اگر اختلاف درباره این باشد که نمونه ارائه شده همان نمونه‌ای است که بیع بر اساس آن تمام شده یا نه، قانون‌گذار مصری تصریحی در این باره ندارد و بر اساس فقه اسلامی هر کس نمونه را نگه دارد، او درباره این موضوع که این نمونه مورد نظر نیست، مدعی علیه است و طرف دیگر مدعی این است که اثبات کند نمونه مورد توافق نمونه‌ای نیست که در تصرف طرف دیگر است. این موضوع به لحاظ اینکه موضوعی مادی است، با همه ادله اثبات دعوی اثبات‌شدنی است. درنهایت، اگر مشتری مدعی است که کالای تسلیمی مطابق با اوصاف قراردادی نیست، باید آن را ثابت کند و اگر بایع مدعی مطابقت آن کالا با اوصاف قراردادی است، او نیز می‌تواند آن را ثابت کند.

در حقوق انگلستان، در بیع از روی نمونه شرط ضمنی دایر بر اینکه قسمت عمده کالا مطابق نمونه خواهد بود، وجود دارد (قسمت a از بند ۲ ماده ۱۷ قانون فروش کالا ۱۹۷۸). همچنین، مطابق قسمت b این بند، مشتری فرصت مناسب برای مطابقت قسمت عمده کالا با نمونه را دارد. از این رو در مواردی که فروش از روی نمونه است، یک شرط ضمنی به موجب ماده ۱۵ مبنی بر اینکه الف. مبیع مطابق با نمونه خواهد بود و ب. کالا بدون عیب خواهد بود، وجود دارد. درباره این ماده گفته شده است «به نظر می‌رسد این ماده مشکل تفسیری نخواهد داشت» (Stone, 2009, p. 289; Mckendrick, 2009, p. 202; Stone, 1995, p. 289). برای مثال، در موردی که طرفین در نمونه و وصف اختلاف داشتند، یک فروشنده قرارداد فروشی را منعقد کرد تا بفروشد «روغن کلزای تصفیه‌شده خارجی با ضمانت فقط معادل نمونه» را به یک خریدار. روغن تحویلی با نمونه مطابقت داشت، اما مشخص شد که اصلاً «روغن کلزای تصفیه‌شده خارجی» نیست. فروشنده معتقد بود قرارداد با شروط ضمن آن حمایت نمی‌شود. قاضی Pollock CB متذکر شد «اگر فردی برای چیزی قرارداد می‌بندد نباید چیز دیگری به او تحویل داده شود» (Furmston, 2013, p. 115).

## ۵. تعیین مبیع بر اساس استفاده

### ۱.۵. مناسب بودن مبیع برای هدف خاص

در حقوق انگلستان یکی از راه‌های تعیین مبیع «مناسب بودن مبیع برای هدف خاص» است. در این روش مشتری با توجه به نیازی که به مبیع و اعتمادی که به بائع دارد، بدون اعلام اوصاف، مقدار و جنس مبیع به بائع اعلام می‌کند برای هدف خاصی که دارد، کالایی را می‌خواهد. در این صورت تحت شرایطی، کالایی که بائع به مشتری تسلیم می‌کند، باید به‌گونه معقولی برای این هدف مناسب باشد. این روش از ماده ۱۶ قانون فروش کالا استخراج می‌شود. ماده ۱۶ قانون فروش کالا مصوب ۱۹۷۹، در قسمت مربوط به شرایط ضمنی درباره کیفیت و سازگاری مبیع مقرر می‌دارد «بر اساس مقررات این قانون و قوانین قبلی، هیچ شرط ضمنی مبنی بر وجود تعهد یا شرطی درباره اینکه کالایی که به‌موجب قرارداد تهیه شده است، باید برای هدف خاص مشتری، سازگاری لازم و کیفیت مناسب داشته باشد، وجود ندارد مگر در موارد استثنایی ۱. در صورتی که خریدار به‌صراحت یا ضمناً بائع را از هدفی که از خرید کالا دارد، آگاه کند و بتواند ثابت کند به مهارت یا قضاوت بائع اطمینان کرده است و کالا هم از کالاهای موضوع تجارت بائع باشد؛ خواه بائع تولیدکننده باشد یا نباشد، شرط ضمنی وجود دارد مبنی بر اینکه کالا باید به شکل معقولی برای آن هدف خاص مناسب باشد. ۲. جایی که کالا با توصیف و از بائعی که تاجر همان نوع کالا است، خریده می‌شود؛ خواه خود بائع تولیدکننده باشد یا نباشد، شرط ضمنی وجود دارد مبنی بر اینکه کالا باید کیفیت تجاری داشته باشد، اما اگر خریدار کالا را امتحان کرده باشد، درباره عیوبی که با آن امتحان باید کشف شوند، شرط ضمنی وجود ندارد».

### ۲.۵. اختلاف در مناسب بودن مبیع برای هدف خاص

در موردی که مبیع از طریق مناسب بودن برای هدف خاص تعیین شده و کالای تسلیمی فاقد شرط یادشده است، تعهد قراردادی بائع انجام نمی‌شود و مشتری می‌تواند الزام او را به تسلیم مبیع قراردادی بخواهد. «طرفی که مقصر نیست، فقط باید نقض را ثابت کند. دادگاه‌ها هم تمایلی نداشته‌اند تا نقض را در نتیجه حسن نیت بدانند (Wood ar Investment Development Ltd V. Wimpey Construction UK Ltd [1980]1 WLR 277 and v aswani V. Italian Motors (sales) Ltd [1996] 1 WLR 270)) و ایفایی که رضایت‌بخش نیست ولو با حسن نیت نقض است



و حسن نیت دفاع شمرده نمی‌شود Federal Comaerce & Navigation Co Ltd V. Molena (Alpha Inc [1979] AC 757) (Mckendrick, 2009, pp. 310, 311). گفته شده «در خیلی موارد، برای بایع اثبات این موضوع که کالا در زمان انتقال دارای شرایط قراردادی بوده، مشکل است. در فروش‌های عادی معمولاً هیچ دلیلی به نفع بایع نیست در فروش‌های صادراتی FOB دلیلی برای وضعیت کالا در زمان انتقال ریسک وجود دارد و زمانی که ریسک به مشتری منتقل می‌شود، او باید آن را بیمه کند» (Atiyah's, 2010, p. 141).

مطابق حقوق مصر، اگر مشتری مبیع را بدون بررسی تحویل بگیرد، به این معناست که مبیع مطابق با قرارداد تحویل شده، مشتری به مبیع رضایت داشته و اقرار به مطابقت شیء تسلیمی با مبیع و اوصافی که بر آن توافق شده است، دارد. این رضایت ممکن است صریح یا ضمنی باشد. در این صورت استنباط از اوضاع و احوال بر عهده قاضی است مانند سکوت مشتری یا استفاده مشتری از کالا، اما اگر مشتری نسبت به موضوع اعتراض کرد، بایع باید مطابقت مبیع را ثابت کند (قاسم، ۲۰۰۸م، صص. ۱۷۱ و ۲۷۲).

در حقوق ایران، اثبات عدم مطابقت با مدعی است. در غیر این صورت «اگر بایع و مشتری در قبض اختلاف داشته باشند، قول مدعی صحت مقدم است» (الحلی، ۱۴۰۹ق، ص. ۳۲۲).

#### ۶. اختلاف در سلامت مبیع

«اگر مشتری مبیع را قبض و سپس ادعا کند که مبیع ناقص بوده و در زمان پیمانانه و وزن کردن غایب بوده است، در صورتی که بایع بینه نداشته باشد، قول او با سوگندش نسبت به چیزی که قبض کرده، مقدم است؛ البته گفته شده که ممکن است قول بایع با یمین مقدم باشد؛ زیرا مشتری مدعی نقصان مبیع است در حالی که نقصان در زمان تحویل مخفی نمی‌ماند. البته اگر نقصان زیاد باشد» (العاملی، ۱۳۸۰، ج ۱، ص. ۲۶۳). در مواردی که اصل حق ثابت می‌شود، ذی‌نفع احتیاجی به عدم وصول حق ندارد و این مدعی‌علیه است که باید اجرای تعهد خود را ثابت کند (شمس، ۱۳۸۴، ج ۳، ص. ۷۴۰)؛ البته باید افزود مدعی‌علیه جدا از اثبات اجرای تعهد باید ثابت کند تعهد را مطابق با قرارداد اجرا کرده است. هر چند در حقوق مصر تصریح نشده است، به نظر می‌رسد در صورتی که مشتری مدعی نقص در اجرا باشد، قول او مقدم است و بایع جدای از اثبات اجرای تعهد، باید اثبات کند تعهد را مطابق با قرارداد اجرا کرده است.

### نتیجه‌گیری

بیع کلی فی الذمه نوعی از بیع است که مبیع در زمان عقد در رابطه قراردادی طرفین موجود نیست. سیستم‌های حقوقی برای تعیین صحیح مبیع، معیارهای مشخصی ارائه کرده‌اند که بایع و مشتری برای صحیح بودن بیع در مرحله تشکیل عقد باید آن‌ها را رعایت کنند. این پژوهش با هدف بررسی و مطالعه روش‌های تعیین مبیع در بیع کلی فی الذمه و حل اختلاف بایع و مشتری در سیستم‌های حقوقی ایران، مصر و انگلستان صورت گرفت. بر اساس یافته‌های این پژوهش، برای تعیین مبیع در بیع کلی فی الذمه باید مقدار، جنس و وصف مبیع مشخص باشد. سیستم‌های حقوقی از روش‌های دیگری بدون لزوم ذکر مقدار، جنس و وصف برای مبیع استفاده می‌کنند. در حقوق ایران، مصر و انگلستان، بیع از روی نمونه و در حقوق انگلستان شرط مناسب بودن مبیع برای هدف مشخص از این راه است «مناسب بودن مبیع برای هدف معین» که حقوق انگلستان شناسایی کرده، روشی از تعیین مبیع است که طرفین با انتخاب این روش خود را از دیگر شرایط بی‌نیاز می‌کنند. در حقوق ایران نیز با توجه به اینکه مانعی برای استفاده آن نیست، می‌تواند مورد استفاده قرار گیرد.

در مواردی که درباره مقدار، جنس و وصف، مطابقت با نمونه و مناسب بودن برای هدف قراردادی کالای تسلیمی در بیع کلی فی الذمه بین طرفین اختلاف وجود داشته باشد، مرجع حل اختلاف باید ابتدا با مراجعه به قرارداد، حل اختلاف کند. در حقوق ایران قوانین شکلی حل اختلاف درباره موضوع به صراحت تعیین تکلیف نکرده‌اند، اما همین قوانین در بیان قواعد کلی حل اختلاف اصولی ارائه کرده‌اند که با تمسک به آن‌ها می‌توان رفع اختلاف کرد. به‌عنوان قاعده کلی در حقوق ایران هرکس مدعی موضوعی باشد، باید ادعای خود را ثابت کند. در نتیجه، هرکدام از طرفین که مدعی باشد باید ادعای خود را ثابت کند. اگر اختلاف در مرحله تسلیم و قبل از قبض مشتری باشد، چون بایع مدعی مطابقت مبیع با قرارداد است، باید ادعای خود را ثابت کند و در صورتی که بعد از تسلیم، مشتری مدعی عدم مطابقت باشد و بایع مدعی مطابقت، باز هم بایع است که مدعی است و باید ادعای خود را ثابت کند و مشتری تنها باید اصل ادعا را ثابت کند.

در حقوق مصر، دو موضوع تفکیک شده است. ۱. اختلاف در زمان تسلیم. ۲. اختلاف بعد از تسلیم. در مورد نخست، مشتری باید در زمان تسلیم اگر مدعی مغایرت است، با مراجعه به دادگاه از قاضی بخواهد کالا را معاینه کند یا دستور معاینه آن را به کارشناس بدهد. در این مرحله، بایع

هم اگر مدعی مطابقت است، می‌تواند درخواست مشابهی داشته باشد. عدم اعتراض و قبول کالا به معنی مطابقت است (حقوق مصر در این باره از اصل برائت تبعیت کرده است). اگر بیع از روی نمونه باشد و نمونه موجود است، اثبات مطابقت با بایع است و اگر تلف شده باشد، اثبات با کسی است که نمونه در تصرف او تلف شده است. در صورتی که اختلاف بعد از تسلیم باشد، بعد از اثبات محل دین (عقد بیع)، اثبات اجرای موافق با قرارداد بر عهده بایع است (در این باره حقوق مصر از اصل استصحاب دین تبعیت کرده است). از روشی که در حقوق مصر برای حل اختلاف مورد توجه قرار گرفته است، می‌توان در حقوق ایران استفاده و با توجه به کارایی آن، اختلافات را حل کرد. در حقوق انگلستان همواره بار اثبات با خواهان است. در نتیجه، هرکدام از طرفین که مدعی مطابقت یا عدم مطابقت باشند، باید ادعای خود را اثبات کنند. حقوق ایران و انگلستان در موضوع مورد بحث تا حدودی با هم نزدیک‌اند. حقوق انگلستان بار اثبات را بر عهده خواهان گذاشته، اما در حقوق ایران بر عهده مدعی که ممکن است خواهان نباشد.

## منابع

۱. ابوسعود، رمضان محمد (۲۰۱۰م). شرح احکام القانون المدني، العقود المسماة - البيع والمقايضة والايجار والتأمين. چاپ اول، قاهره: منشورات الحلبي الحقوقية.
۲. اسکینی، ربیعا و آقاموسی طهرانی، رضا (۱۳۹۱). ماهیت و آثار معاملت افست در نظام حقوقی ایران و فقه امامیه. پژوهشنامه حقوق اسلامی، سال ۱۳، شماره ۲.
۳. اطفیش، علامه محمدیوسف (۱۴۲۸ق). شرح کتاب النیل و شفاء العلیل (جلد ۸). چاپ ۲، مسقط: المطبعة الشرقية.
۴. الماسی، نجادعلی و طباطبایی، سیداحمد (۱۳۸۹). شرط ضمنی عرفی؛ مطالعه موردی: ذیل ماده ۳۵۶ ق.م.قاعده یا استثنا؟ پژوهشنامه حقوق اسلامی، سال ۱۱، شماره ۲.
۵. امامی، حسن (۱۳۶۴). حقوق مدنی (جلد دوم). چاپ ۴، تهران: ابوریحان.
۶. انصاری، مرتضی. (۱۳۸۵). مکاسب (جلد دوم). چاپ ۴، قم: مؤسسه مطبوعات دینی.
۷. بیگدلی، عطاالله (۱۳۸۶). مالکیت ما فی‌الذمه در حقوق ایران، فرانسه، مصر و فقه امامیه. معارف اسلامی و حقوق، سال ۸، شماره ۲.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۲). صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق. چاپ ۱، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶). الفارق (جلد ۲). چاپ ۱، تهران: گنج دانش.
۱۰. حکیمیان، علی محمد (۱۳۹۶). ماهیت تملیکی بیع کلی بر ذمه و دین. حقوق اسلامی، سال ۱۴، شماره ۵۳.
۱۱. الحلی، ابی جعفر محمدبن منصوربن احمدبن ادریس (۱۴۱۰ق). السرائر (جلد ۲)، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۱۲. الحلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۹ق). شرایع الاسلام فی المسائل حلال والحرام (جلد ۲). چاپ ۲، تهران: استقلال.
۱۳. الحلی، یوسف بن علی بن مطهر (۱۳۷۲). تبصره المتعلمین فی احکام دین. چاپ سوم، تهران: کتاب فروشی اسلامیة.
۱۴. الخضیر، عبدالکریم (بی‌تا). شرح الموطا - کتاب البيع، باب ما یکره من بیع الطعام الی اجل (جلد ۳).
۱۵. خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۶۸). تحریر الوسیله (علی اسلامی، مترجم). (جلد دوم). چاپ ۱، قم: چاپ دفتر انتشارات اسلامی.
۱۶. خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۸۴). البيع (جلد ۲). چاپ ۲، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی

(رحمه الله تعالی).

۱۷. داراب پور، مهرباب (۱۳۹۲). حقوق بیع داخلی. چاپ ۱، تهران: جنگل.
۱۸. السبزواری، شیخ علی بن محمد بن محمد (۱۳۷۶). جامع الخلاف والوفاق بین الامامیه و بین ائمه الحجاز والعراق. چاپ ۱، قم: انتشارات زمینه سازان ظهور امام عصر (عج الله تعالی).
۱۹. السنهوری، عبدالرزاق احمد (۲۰۰۹م). الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید (جلد ۱). چاپ دوم، بیروت.
۲۰. السنهوری، عبدالرزاق احمد. (۲۰۰۹م). الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید (جلد ۴؛ العقود التي تقع علی الملكية، البیع والمقايضة). چاپ دوم، بیروت.
۲۱. شعاریان، ابراهیم (۱۳۹۱). ثمن نامعین در قراردادهای پیش فروش؛ موانع حقوقی و فقهی - راهکارها. نشریه علمی پژوهشی فقه و حقوق اسلامی، سال ۳، شماره ۵.
۲۲. شمس، عبدالله (۱۳۸۴). آیین دادرسی مدنی (جلد ۳). چاپ، تهران: دراک.
۲۳. شهیدی، مهدی (۱۳۸۶). حقوق مدنی ۶ عقود معین (جلد ۱؛ بیع، معاوضه، اجاره، جعاله، قرض و صلح)، چاپ ۸، تهران: انتشارات مجد.
۲۴. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۳۷۸). حاشیه مکاسب (جلد ۲). قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
۲۵. الطباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۲۴ق). عروه الوثقی مع التعليقات (جلدهای ۵ و ۶). چاپ ۲، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۲۶. الطرابلسی، القاضی عبدالعزیز بن البراج (۱۴۱۱ق). جواهر الفقه. چاپ ۱، مؤسسه النشر الاسلامی.
۲۷. الطوسی، ابی جعفر (۱۳۹۰). الاستبصار فیما اختلف من الاخبار (جلد ۳). چاپ ۴، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۲۸. طوسی، محمد بن حسن (۱۳۵۱). مبسوط فی فقه امامیه (جلد ۸). چاپ ۳، قم: مکتبه المرتضویه.
۲۹. العاملی، ابی عبدالله شمس الدین محمد بن جمال الدین مکی (۱۳۸۰). لمعه دمشقیه (جلد ۱). چاپ ۱۶، قم: انتشارات دارالفکر.
۳۰. قاسم، محمد حسن (۲۰۰۸م). القانون المدنی - العقود المسماه، البیع، التأمین (الضمان)، الایجار، دراسه مقارنه. بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه.
۳۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰). حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها (جلدهای ۴ و ۵). چاپ ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۳۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی. چاپ ۷، تهران: میزان.

۳۳. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳). مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران. چاپ ۴۰، تهران: شرکت سهامی انتشار.

۳۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴)، عقود معین ۱، چاپ نهم، تهران: شرکت سهامی انتشار.

۳۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵. الف). اثبات و دلیل اثبات، قواعد عمومی اثبات، اقرا و سند (جلد اول). تهران: میزان.

۳۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵. ب). دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، قرارداد-ایقاع. چاپ ۱۱، تهران: شرکت سهامی انتشار.

۳۷. مسجدسرایبی، حمید (۱۳۹۱). ترمینولوژی فقه اصطلاح‌شناسی فقه امامیه. چاپ اول، تهران: پیک کوثر.

۳۸. النجفی، الشیخ محمدحسن (۱۳۶۷). الجواهر الکلام فی الشرح الشرایع الاسلام (جلد ۲۲، ۲۳ و ۲۴). چاپ ۲، تهران: کتاب‌فروشی اسلامیة.

39. Atiyah's. (2010). Sale of Goods, 12th, England, London, Publish by Longman.

40. Cheshire, Fifoot & furmstons. (2007). Law of contract, 15th edition, UK, London, Oxford university press.

41. Devenney, James (2015) ,The Modern Law of contract, 11th, Routledge, UK.

42. Furmston, Michael(2013), Law Of Contract, 16Ed, Oxford University Press, London. UK.

43. Kadner Graziano, Tomas, (2009), Comparative Contract Law, 1th, UK, by Macmillan.

44. Marsh, P. V. D. (1994). Comparative contract law, England, France, Germany, England, Published by Gower Publishing.

45. Mckendrick, Ewan. (2009). CONTRACT LAW, 8th Edition, UK, London, Published by Palgrave Macmillan.

46. Stone, Richard. (1995). Contract Law, 2th Edition, London, Cavendish Publishing.

47. Stone, Richard. (2009). The Modern law of Contract, 8th Edition, London, Cavendish publishing.

48. Virgo, Graham. (1999). The Principles of the law of restitution, 1th publish, UK, oxford university press.

## References:

1. Abou Saud, Ramadan Mohammad (2010). Explanation of the Provisions of Civil Law, Named Contracts - Sale, Exchange, Lease, and Guarantee. First Edition, Cairo: Publications of Al-Halabi Legal.
2. Al-Ameli, Abi Abdullah Shams al-Din Mohammad ibn Jamal al-Din Maki (1380 SH). "Lum'ah Damasciyyah" (Volume 1). 16th Edition, Qom: Dar al-Fikr Publications.
3. Al-Hilli, Abi Ja'far Mohammad ibn Mansur ibn Ahmad ibn Idris (1410 AH). Al-Sirar (Volume 2). Qom: Institute of Islamic Publications.
4. Al-Hilli, Jafar ibn Hasan (1409 AH). Sharayi' al-Islam fi al-Masael Halal wa Haram (Volume 2). 2nd Edition, Tehran: Esteqlal.
5. Al-Hilli, Yousef ibn Ali ibn Mohtahar (1372 SH). Tafsir al-Motalamin fi Ahkam al-Din. 3rd Edition, Tehran: Islamic Bookstore.
6. Al-Khudair, Abdul Karim (N/A). Explanation of Al-Muwatta - Book of Sale, Chapter of Disliked Aspects of Selling Food on Credit (Volume 3).
7. Almassi, Najad Ali, and Tabatabaei, Seyyed Ahmad (1389 SH). "Implicit Conditional; Case Study: Clause 356 of the Civil Code - Rule or Exception?" Islamic Law Research Journal, Vol. 11, No. 2.
8. Al-Najafi, Al-Sheikh Mohammad Hasan (1367 SH). "Al-Jawahir al-Kalam fi Sharh al-Shara'ih al-Islam" (Volumes 22, 23, and 24). 2nd Edition, Tehran: Ketab Foroushi-e Eslamiyye.
9. Al-Sabzevari, Sheikh Ali ibn Mohammad ibn Mohammad (1376 SH). Jame al-Khilaf wa al-Wafaq Bayn al-Imamiyah wa Bayn A'immah al-Hijaz wa al-Iraq. 1st Edition, Qom: Zamineh Sazan Zahoore Imam Mahdi (AS) Publications.
10. Al-Sanhouri, Abdelrazaq Ahmed (2009). Al-Wasit fi Sharh al-Qanun al-Madani al-Jadid (Volume 1). 2nd Edition, Beirut.
11. Al-Sanhouri, Abdelrazaq Ahmed (2009). Al-Wasit fi Sharh al-Qanun al-Madani al-Jadid (Volume 4; Contracts Relating to Ownership, Sale, and Exchange). 2nd Edition, Beirut.
12. Al-Tarabulsi, Al-Qadi Abdul-Aziz ibn Al-Baraj (1411 AH). "Jawahir al-Fiqh" (Volume 1). Qom: Institute of Islamic Publications.
13. Al-Tusi, Abi Ja'far (1390 SH). "Al-Istibsar fi ma Ikhtalafa min al-Akhbar" (Volume 3). 4th Edition, Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyyah.
14. Ansari, Morteza (1385 SH). Makaseb (Volume 2). 4th Edition, Qom: Institute of Religious Publications.
15. Atfeish, Allameh Mohammadyousef (1428 AH). Explanation of the Book al-Nihal wa Shifa al-Aleel (Volume 8). 2nd Edition, Muscat: Eastern Printing.
16. Atiyah's. (2010). Sale of Goods, 12th, England, London, Publish by Longman.
17. Bigdeli, Ataollah (1386 SH). Ownership in Trust in Iranian Law, France, Egypt, and Imami Jurisprudence. Islamic Teachings and Law, Vol. 8, No. 2.
18. Cheshire, Fifoot & furmstons. (2007). Law of contract, 15th edition, UK, London, Oxford university press.
19. Darabpour, Mehrab (1392 SH). Domestic Sales Law. 1st Edition, Tehran: Jungle.
20. Devenney, James (2015) The Modern Law of contract, , 11th, Routledge, UK.
21. Emami, Hassan (1364 SH). Civil Law (Volume 2). 4th Edition, Tehran: Abooreihan.
22. Eskini, Rabia, and Aghamoussitaherani, Reza (1391 SH). "Nature and Effects of Offset Transaction in the Legal System of Iran and Imami Jurisprudence." Islamic Law Research Journal, Vol. 13, No. 2.

23. Furmston, Michael(2013), Law Of Contract, 16Ed, Oxford University Press, London. UK.
24. Hakimian, Ali Mohammad (1396 SH). The Nature of Ownership in General Sales on Trust and Debt. Islamic Law, Vol. 14, No. 53.
25. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar (1382 SH). One Hundred Articles on the Research Method of Legal Science. 1st Edition, Tehran: Ganj Danesh Library.
26. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar (1386 SH). Al-Farq (Volume 2). 1st Edition, Tehran: Ganj Danesh.
27. Kadner Graziano, Tomas, (2009), Comparative Contract Law, 1th, UK, by Macmillan.
28. Katouzian, Naser (1380 SH). "Hoquq-e Madani, Qavayed-e Omoomi-ye Qararatha" (Volumes 4 and 5). 3rd Edition, Tehran: Sherkat-e Sahami-ye Enteshar.
29. Katouzian, Naser (1381 SH). "Qanon-e Madani dar Nazm-e Hoquq-e Konuni" (7th Edition). Tehran: Mizan.
30. Katouzian, Naser (1383 SH). "Mukaddameh-e Elm-e Hoquq va Motale'e dar Nazm-e Hoquq-e Iran" (40th Edition). Tehran: Sherkat-e Sahami-ye Enteshar.
31. Katouzian, Naser (1384 SH). "Aqod-e Mo'ayyan 1" (9th Edition). Tehran: Sherkat-e Sahami-ye Enteshar.
32. Katouzian, Naser (1385 SH A). "Esbat va Dalil-e Esbat, Qavayed-e Omoomi-ye Esbat, Eqra va Sanad" (Volume 1). Tehran: Mizan.
33. Katouzian, Naser (1385 SH B). "Doreh-ye Moqaddemat-e Hoquq-e Madani, E'mal-e Hoquqi, Qarardad-Iqa" (11th Edition). Tehran: Sherkat-e Sahami-ye Enteshar.
34. Khomeini, Sayyid Ruhollah (1368 SH). Tahrir al-Wasilah (Translated by Ali Eslami, Volume 2). 1st Edition, Qom: Islamic Publications Office.
35. Khomeini, Sayyid Ruhollah (1384 SH). Al-Bay' (Volume 2). 2nd Edition, Qom: Institute for the Compilation and Publication of the Works of Imam Khomeini.
36. Marsh, P. V. D. (1994). Comparative contract law, England, France, Germany, England, Published by Gower Publishing.
37. Masjedsarayi, Hamid (1391 SH). "Terminology of Jurisprudential Terminology in Imami Jurisprudence." First Edition, Tehran: Peyk Kooser.
38. Mckendrick, Ewan. (2009). CONTRACT LAW, 8th Edition, UK, London, Published by Palgrave Macmillan.
39. Qasim, Mohammad Hasan (2008). "Al-Qanon al-Madani - Al-Uqud al-Masmaha, Al-Bay', Al-Tamin (Al-Daman), Al-Ijarah, Dirasah Muqaranah." Beirut: Publications of Al-Halabi Legal.
40. Shahidi, Mehdi (1386 SH). Civil Law 6 Specific Contracts (Volume 1; Sale, Exchange, Lease, Bailment, Loan, and Compromise), 8th Edition, Tehran: Mojad Publications.
41. Shams, Abdullah (1384 SH). Civil Procedure (Volume 3). Tehran: Drak.
42. Shoarayan, Ebrahim (1391 SH). "Undefined Price in Pre-sale Contracts; Legal and Jurisprudential Barriers and Solutions." Journal of Islamic Jurisprudence and Law, Vol. 3, No. 5.
43. Stone, Richard. (1995). Contract Law, 2th Edition, London, Cavendish Publishing.
44. Stone, Richard. (2009). The Modern law of Contract, 8th Edition, London, Cavendish publishing.
45. Tabatabaei Yazdi, Seyyed Mohammad Kazem (1378 SH). Hashiyat Makaseb



- (Volume 2). Qom: Ismailian Publications Institute.
46. Tabatabaei Yazdi, Seyyed Mohammad Kazem (1424 AH). Uruh al-Wuthqa ma al-Talaliqat (Volumes 5 and 6). 2nd Edition, Qom: Institute for the Publication of Islamic Sciences.
47. Tousi, Mohammad ibn Hasan (1351 SH). "Mabsut fi Fiqh Imamiyyah" (Volume 8). 3rd Edition, Qom: Maktabat Al-Mortazawiyah.
48. Virgo, Graham. (1999). The Principles of the law of restitution, 1th publish, UK, oxford university press.

## مرححات اتخاذ فتوای ولی فقیه به عنوان فتوای معیار در تقنین، با تأکید بر نظرات شورای نگهبان

وحید حیدری • دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق علیه‌السلام، تهران، ایران.  
v.heydari@isu.ac.ir  
محمدرضا اصغری شورشستانی • استادیار، گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)  
m.asghari@ujssas.ac.ir

### چکیده

در حکومت اسلامی، تقنین از جمله مهم‌ترین مصادیق اعمال ولایت و تصرف در نفوس، اعراض و اموال آحاد جامعه است. از این رو شناخت فتوای معیار در این حوزه از اهمیت زائدالوصفی برخوردار است؛ چراکه مشروعیت سنج اقدامات قوه مقننه خواهد بود. با عنایت به اینکه در عصر غیبت حق اعمال ولایت بر عهده فقیه جامع‌الشرایط نهاده شده است و نیز با التفات به اینکه در فرض تشکیل حکومت، تعیین تکلیف در امور اجتماعی و حکومتی (احکام سلطانی) بر عهده فقیه حاکم می‌باشد، مفروض نوشتار حاضر این است که «فتوای معیار در تقنین» که عرصه دخالت در امور اجتماعی و حکومتی است، فتوای فقیه حاکم است. با این فرض، این تحقیق به دنبال واکاوی این مبنا در نظرات دادرسی اساسی، با روش توصیفی تحلیلی و با بررسی نظرهای تفسیری، مشورتی و تطبیقی شورای نگهبان به این نتیجه رسیده است که نظرات متعددی از سوی دادرسی اساسی مؤید و تقویت‌کننده مفروض پیش‌گفته است و از دیگر سو، نظرهایی که مبنای سنجش شرعی بودن یا نبودن مصوبات مجلس شورای اسلامی را فتوای فقهای شورای نگهبان دانسته است، می‌توان حمل بر تنفیذ قانون اساسی توسط فقیه حاکم و تفویض نظارت از سوی وی دانست. پذیرش این دیدگاه (مبنا بودن فتوای فقیه حاکم در سنجش مشروعیت قوانین) نه تنها شورای نگهبان را از کارویژه مهم نظارت بر امر تقنین تهی نخواهد کرد، بلکه تأکید دوجندانی است بر لزوم تحقق اوصافی نظیر «عدالت»، «آگاهی به مقتضیات زمان»، «مسلمان بودن» و درنهایت، «تخصص در رشته‌های مختلف حقوقی» که در اصل نود و یکم قانون اساسی برای انتخاب فقها و حقوق‌دانان شورای نگهبان ذکر شده است.

واژگان کلیدی: اصل عدم ولایت، احکام سلطانی، فتوای معیار، قانون‌گذاری، شورای نگهبان، دادرسی اساسی.



## مقدمه

لزوم ابتدای نظام حقوقی بر موازین شرعی، موضوعی است که اصل ۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران<sup>۱</sup> به آن تصریح کرده است. تا جایی که برخی معتقدند «نظارت شرعی ایدئال، نظارتی است که حاکمیت، تفوق و تحقق اصل ۴ قانون اساسی را به نحو احسن تضمین کند» (ابراهیمی و همکاران، ۱۴۰۰، ص. ۵۸۳). درحقیقت، مطابقت با شرع یا عدم مخالفت با آن را می‌توان تضمین‌کننده وجه اسلامی نظام حقوقی جمهوری اسلامی دانست. ازاین‌رو و با توجه به مبانی ضرورت حکومت بر اساس ما انزل الله<sup>۲</sup>، ضروری است تا نظام حقوقی موجودیت خود را از رهگذر تقنین، همواره موافق با شریعت بیابد. بنا بر اینکه قانون‌گذاری در هر جامعه‌ای، نموداری از مبانی فکری و فلسفی آن و نشان‌دهنده جهان‌بینی مختص آن جامعه است، در جامعه اسلامی نیز باید دستورات شرعی ملاک قانون‌گذاری قرار گیرند تا آن قوانین برای افراد جامعه حجیت داشته باشد. (حاج‌زاده، ۱۳۹۴، ص. ۵۹). با پذیرش این مطلب، لازم است درباره تعیین تراز احکام شرعی و موازین اسلامی به حد متقن و معلومی برسیم تا بتوان به تقنین متناسب با آن حکم کرد. به‌عبارت‌دیگر باید معین شود که قانون‌گذاری قرار است مطابق با کدام فتوا و کدام حکم فقهی سامان یابد؟ اثر و اهمیت پاسخ به این پرسش زمانی آشکار می‌شود که در عرصه اجتماعی، نیاز به تمشیت اموری باشد که در تعیین تکلیف فقهی آن‌ها میان فتاوی فقها اختلاف وجود دارد و تمسک به یک حکم، منتج به نتیجه‌ای مغایر و بلکه متعارض با اتخاذ حکم دیگر می‌شود. تحقیق حاضر با مفروض انگاشتن این مبنا که ادله فتوای «فقیه حاکم» دارای اثقان بیشتری نسبت به دیگر دیدگاه‌هاست، مسئله اصلی خود را واکاوی این مبنا یعنی اتخاذ فتوای ولی فقیه به‌منابه فتوای معیار در نظرهای شورای نگهبان قرار داده است تا بتوان از قبل آن از ترجیح یا عدم ترجیح چنین مبنایی

۱. «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است.»

۲. در آیات متعددی از قرآن کریم بر ضرورت حکم بما انزل الله اشاره شده است.

«... و من لم یحکم بما انزل الله فاولئک هم الکافرون» (مائده، ۴۴).

«... و من لم یحکم بما انزل الله فاولئک هم الفاسقون» (مائده، ۴۵).

«... و من لم یحکم بما انزل الله فاولئک هم الظالمون» (مائده، ۴۷).

سخن گفت.

در بررسی آثار موجود می‌توان به دو دسته از تحقیقات اشاره کرد. نخست، تحقیقاتی که وجهه همت آن‌ها تبیین فتوای معیار است و دوم، تحقیقاتی که به دنبال تحلیل نظرهای شورای نگهبان در پرتوی فتوای معیار هستند. مقاله‌های «فتوای معیار در قانون‌گذاری»، «بررسی کارآمدی فتوا در قانون‌گذاری» و «فقه جامعه‌محور، بستر بازشناسی فتوای معیار در قانون‌گذاری» هر کدام به‌نوعی در پی تعیین «فتوای کارآمد» به‌عنوان فتوای مبنا برای قانون‌گذاری هستند (ارسطا، ۱۳۹۸، ص. ۷۸؛ ارسطا، ۱۳۹۷، ص. ۱۶۳؛ رجایی و ارسطا، ۱۴۰۰، ص. ۲۳). مقاله «فتوای معیار در قانون‌گذاری» اصالت را از آن حکم فقیه قلمداد می‌کند و قانون‌گذاری در هر منصبی را که به فقیه سپرده شده باشد، دائر مدار حکم فقیه می‌داند (اکبری‌ان، ۱۳۹۲، ص. ۳۳)؛ چه ولی فقیه باشد که حکم وی به‌عنوان فتوای معیار خواهد بود و چه اینکه مجمعی از فقها مانند شورای نگهبان باشند که در آن صورت، فتوای خود ایشان معیار خواهد بود؛ زیرا عنصر فقاہت تعیین‌کننده صلاحیت تعیین مصداق فتوای معیار خواهد بود. در مقاله «امکان‌سنجی فقهی قانون‌گذاری بر مبنای فتوای مشهور» مبانی تعیین «فتوای مشهور» به‌عنوان معیار و ضابطه برای تقنین مورد بررسی قرار گرفته است. (جهاندوست دالنجان، ۱۳۹۴، ص. ۵). در کتاب الولايه‌الهييه الاسلاميه نیز به دلیل اینکه کیفیت اداره حکومت بر اساس تدبیر فقیه جامع‌الشرایط است، می‌توان این‌گونه استنباط کرد که نویسنده، فتوای «ولی فقیه» را به‌مثابه فتوای معیار در قانون‌گذاری قلمداد می‌کند (مؤمن قمی، ۱۴۲۵ق، ج ۳، ص. ۵۱۵).<sup>۱</sup> از سوی دیگر، دو مقاله «تحلیل فرایند نظارت شرعی شورای نگهبان بر مصوبات مجلس؛ مطالعه موردی: قانون مجازات اسلامی» و «تحلیل کارکرد احکام نظامیه ولی فقیه در آرا و نظرهای شورای نگهبان» به رشته تحریر درآمده است که هر دو به‌صورت موردی فرایند نظارت شورای نگهبان بر قانون مجازات اسلامی (اکرمی، ۱۳۹۳، ص. ۱) و سیاست جنایی تقنینی (زمانی، ۱۳۹۵، ص. ۳) را مطمح نظر قرار داده‌اند. نوآوری تحقیق حاضر نسبت به تحقیقات دسته نخست

۱. افزون بر منبع یادشده، برای مطالعه بیشتر در این باره رک. به:

سماواتی، عباس و موسوی بجنوردی، سیدمصطفی (۱۳۹۹). چالش‌های تعیین فتوای معیار در قانون‌گذاری با توجه به آرای امام‌خمينی (ره). پژوهش‌نامه متین، سال ۲۲، شماره ۸۸.  
جهانگیری، محسن و بنایی خیرآبادی، محمدعلی (۱۴۰۰). فتوای معیار در قانون‌گذاری؛ انطباق با مصالح الزامی. آموزه‌های فقه مدنی، سال ۱۳، شماره ۲۳.

در بررسی نظریات شورای نگهبان به مثابه نهادی است که در میدان حکمرانی، فتوای معیار را به محک تجربه سپرده و نسبت به تحقیقات دسته دوم این است که موضوع مطالعه در تحقیقات یادشده همان‌طور که گفته شد، به صورت موردی بوده است، ولی تحقیق حاضر منحصر به موضوع یا مصوبه خاصی نیست.

پژوهش پیش رو با روش توصیفی-تحلیلی نسبت به اطلاعات و داده‌های جمع‌آوری شده به روش کتابخانه‌ای در راستای تحلیل نظریات شورای نگهبان در مواجهه با مقوله فتوای معیار در زمینه تقنین، ابتدا کوشیده است ضمن اشاره به نظریه‌های رقیب، مبانی و دلایل معیار بودن فتوای ولی فقیه را در زمینه تقنین اثبات کند (۱) و سپس این مبنا را در نظریات شورای نگهبان واکاوی و تحلیل کند (۲) تا بتواند از رهگذر آن، وجوه ترجیح اتخاذ فتوای ولی فقیه را به مثابه فتوای معیار استخراج کند.

#### ۱. نظریه فتوای فقیه حاکم به مثابه فتوای معیار در تقنین

اصل ۱۰۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران با بیان اینکه ولایت امر از آن فقیه جامع‌الشرایط است، «همه مسئولیت‌های ناشی از آن» را از آن وی می‌داند. از سوی دیگر، بنا بر تصریح یادشده در اصل ۴ قانون اساسی، تشخیص مطابقت قوانین و مقررات با موازین شرع، به فقهای شورای نگهبان اختصاص یافته است. اکنون با در نظر داشتن مسئولیت‌های ناشی از امر ولایت، آیا می‌توان درباره فتوای معیار، اخذ به فتوای حاکم را مقدم بر دیگر رویکردهای موجود در این باره از جمله «فتوای مشهور» دانست؟ در نظر برخی اندیشمندان به دلیل عدم تعیین مصداق در اصل بالا، نمی‌توان پاسخ مثبتی به این پرسش داد و با تصریح موجود در اصولی مانند اصل‌های ۴ و ۹۶<sup>۱</sup> قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، فتوای فقهای شورای نگهبان در این باره به‌عنوان فتوای معیار در قانون‌گذاری شایان استناد خواهد بود. گذشته از این، ادله دیگری نیز می‌توان بر عدم ضرورت تعیین فتوای حاکم جامع‌الشرایط اقامه کرد که عبارت‌اند از اولاً، صعوبت زیاد قبول فتوای ولی فقیه به‌عنوان فتوای معیار با این توضیح که استنباط و استخراج فتوا در تمام موضوعات مورد ابتلای جامعه که قانون‌گذاری درباره آن‌ها ضرورت دارد، کار ساده‌ای نیست و به صرف وقت و

۱. «تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلام با اکثریت فقهای شورای نگهبان و تشخیص عدم تعارض آنها با قانون اساسی بر عهده اکثریت همه اعضای شورای نگهبان است.»

دقت بسیار احتیاج دارد (ارسطا، ۱۳۹۸، ص. ۶۱). این موجب می‌شود که در برخی موضوعات، ولی فقیه دارای فتوا نباشد و زمینه برای رجوع به فتوای فقهای شورای نگهبان به‌عنوان مقام ذیصلاح در تطبیق قوانین و مقررات با شرع مقدس فراهم شود. ثانیاً، مقتضای حکمت و اگذاری اداره امور حکومتی به فقیه جامع‌الشرایط این است که اداره مزبور بر اساس بهترین شیوه عقلایی ممکن انجام شود؛ اعم از اینکه با فتوا و صلاحدید ولی فقیه موافق باشد یا خیر. به تعبیر دیگر، اداره امور کلان جامعه اسلامی با ولی فقیه بدین صورت که الزاماً فتاوی او معیار تقنین باشد، خلاف حکمت است؛ زیرا ولی فقیه نیز مانند هر انسان غیرمعصوم دیگر در معرض خطا و اشتباه قرار دارد و صرف قرار گرفتن او در مقام رهبری حکومت اسلامی، او را از خطا مصون نمی‌دارد یا احتمال خطای او را کاهش نمی‌دهد. ازاین‌رو اعطای مقام اداره جامعه اسلامی به فقیه جامع‌الشرایط نیز منصرف است از اینکه تطبیق تقنین با شریعت تنها مبتنی بر رأی و نظر اجتهادی او باشد (ارسطا، ۱۳۹۸، ص. ۷۲). این رویکرد برای جبران اشکال حجیت در این نوع مواجهه با صدور احکام، نظریه حجیت در اجتهاد نظام‌ساز را به‌عنوان راهکار معرفی می‌کند و در پاسخ به این پرسش که چنانچه رأی و فتوای ولی فقیه برای اداره جامعه اسلامی مناسب نباشد و اخذ فتوای دیگری (مشهور، کارآمد یا فتوای فقهای شورای نگهبان) لازم آید، در این صورت حجیت امور مبتنی بر آن فتوا چگونه خواهد بود؟ به‌عبارت‌دیگر، آیا تمشیت امور با فتوای یادشده واجد اوصاف معذرت و منجزیت خواهد بود یا خیر؟ با اشاره به لزوم نگاه جامعه‌محور به این‌گونه موضوعات و پرهیز از نگاه‌های فردمحور، اعتقاد بر این است که همین که آرای اتخاذشده نتیجه اجتهاد شرعی باشد، کفایت می‌کند (صدر، ۱۴۱۷ق، ص. ۳۹۵) و استناد اجتهادی به شریعت از اینکه فتوایی غیر از فتوای ولی فقیه را بتوان به‌عنوان فتوای معیار برگزید، کفایت می‌کند. ثالثاً، چنانچه فتوای ولی فقیه به‌عنوان فتوای معیار مورد پذیرش قرار گیرد، به بی‌اثر بودن نهاد فقهای شورای نگهبان منجر می‌شود؛ زیرا در این صورت دیگر نیاز نیست که جمعی از افرادی که دارای قوه استنباط احکام از ادله شرعی و به‌عبارت‌دیگر مجتهد هستند، در این نهاد گرد هم آیند و به کنترل قوانین و مقررات از جنبه شرعی بپردازند، بلکه می‌توان افراد آشنا با فتاوی ولی فقیه را مأمور به این کار کرد.

به نظر نمی‌رسد هیچ‌کدام از ادله فوق، دلالت تام و تمامی در انتزاع اطلاق فتوای معیار به فتوای

ولی فقیه داشته باشند؛ زیرا اولاً، نیازی به تعیین تمام مسئولیت‌های ناشی از امر ولایت در اصل ۱۰۷ قانون اساسی نیست و با تأمل در مسئولیت ولی فقیه در اداره جامعه می‌توان به تمشیت امور مبتنی بر فتاوی وی پی برد. به عبارت دیگر، ولی فقیه مسئول چیزی است که خود بدان حکم کرده است و در عداد فتاوی خود او باشد و تصویری غیر از این منجر به ولایت فقیه جامع‌الشرایط نمی‌شود و به نوعی ولایت فقه خواهد بود. ثانیاً، لزومی ندارد که ولی فقیه در تمام ابواب فقهی دارای فتوا باشد تا به معیار بودن فتاوی وی حکم شود، بلکه معیار بودن فتاوی ولی فقیه به لحاظ رتبی است که موجب می‌شود در صورت نبود فتاوی ایشان، با تأیید وی، فتاوی دیگر مورد استفاده قرار گیرد. ثالثاً، اقتضای حکمت در اعطای ولایت به فقیه جامع‌الشرایط، پذیرش فتوا و حکم او در مقام اداره جامعه اسلامی است و استناد به احتمال خطای وی، موضوع علی‌حده‌ای است که دخیل در بحث حاضر نیست؛ زیرا تمام فقهای شیعه و بلکه تمام انسان‌ها غیر از معصومان (علیهم‌السلام) بری از خطا و اشتباه نیستند و این ارتباطی به معیار قرار دادن فتاوی ولی فقیه در قانون‌گذاری ندارد و در همین راستا، حجیت نیز تأمین می‌شود.<sup>۱</sup> رابعاً، این موضوع موجب تعطیلی شورای نگهبان نمی‌شود؛ زیرا به تعبیر نایب‌رئیس فقید مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، آیت‌الله شهید بهشتی، فقهای شورای نگهبان نقش فقه‌های ولی فقیه را در تأیید انطباق با اسلام ایفا می‌کنند (حسینی بهشتی، ۱۳۸۳، ص. ۲۸۲). این موضوع لزوم خبرگی و اجتهاد ایشان را آشکار می‌سازد. به تعبیر دیگر، اقتضای ولایت فقیه در مجاری تقنینی چیزی جز این نیست که نظرهای وی از رهگذر عمل تطبیق اجتهادی و نه کارشناسانه صرف، توسط فقهای شورای نگهبان به منصف ظهور گذارده شود و سپس از مجاری اجرای قوانین، ولایت و تسلط وی در تمشیت امور و کیفیت اداره جامعه تأمین شود تا قوانین و مقررات مصوب و تضمین‌شده از نظر انطباق با اسلام، در مقام عمل هم اجرا شود و این همان ولایت فقیه است. به عبارت دیگر، فقهای جامع‌الشرایط هم هرچند تا پیش از تشکیل حکومت اسلامی و تصدی ولایت جامعه توسط فقیه حاکم، از سوی امام معصوم به صورت عام منصوب هستند، اما پس از تشکیل حکومت، حق اعمال ولایت را با اجازه ولی حاکم می‌یابند نه به استناد حق اولیه‌ای که به استناد نصب عام امام معصوم داشته‌اند. توجه به این موضوع

۱. البته امر حجیت در فقه نظام‌ساز شقوق دیگری دارد که پرداختن به آن‌ها موجب خروج از بحث می‌شود. یکی از آن‌ها، زمانی است که ولی فقیه حکم به اجرای فتوایی غیر از فتاوی خود می‌دهد که در این صورت عمل به فتاوی دیگر به دلیل حکم حاکم از معذرت و منجزیت برخوردار است.

از این باب اهمیت دارد که ممکن است تصور شود از آنجاکه حق اعمال ولایت برای فقها به صورت اولیه وجود دارد، بنابراین، برای مثال در نظام حقوقی جمهوری اسلامی، رئیس قوه قضائیه که از میان مجتهدان و فقهای جامع‌الشرایط انتخاب می‌شود، به استناد حق اولیه خویش، ولایت قضا را اعمال می‌کند و ولی فقیه حق عزل وی را نخواهد داشت درحالی‌که بر مبنای آنچه بیان شد، نادرستی این دیدگاه واضح است. بنابراین، تجلی ولایت فقیه جامع‌الشرایط در صحنه قانون‌گذاری، تبعیت از «احکام نظامیه»<sup>۱</sup> او در تقنین است که البته وظیفه شورای نگهبان را در بررسی مصوبات مجلس شورای اسلامی و مقررات بر مبنای همان احکام مشخص می‌کند (زمانی، ۱۳۹۵، ص. ۱). در نتیجه، در اتخاذ فتوای معیار در فرایند قانون‌گذاری، مبتنی بر دلایلی که عنوان شد، تقدم رتبی از آن فتاوی ولی فقیه است.

دلیل دیگر درباره مبنای بودن نظر فقیه حاکم در عرصه تقنین، این است که با التفات به اصل عدم ولایت، از آنجاکه در عصر غیبت، به استناد روایات متعدد، حق ولایت به معنی تصرف در جان، مال و عرض مسلمین بر عهده فقهای جامع‌الشرایط قرار داده شده است (بحرالعلوم، ۱۴۰۳، ج ۳، ص. ۲۱۴) و نیز از آنجاکه همگان، حتی کسانی که در مسائل فردی از فقیه حاکم تقلید نمی‌کنند، مکلف‌اند در امور حکومتی از فقیه حاکم تبعیت کنند (حسینی خامنه‌ای، ۱۴۲۴ق، صص. ۱۰-۱۱)<sup>۲</sup>، فارغ از استدلال‌های نقلی بالا، مبنای بودن نظر فقیه حاکم در امور اجتماعی موضوعی است که تصور آن موجب تصدیق آن است؛ زیرا برای مثال، اگر فرض کنیم رهبر جامعه اقدام به «اعلان

---

۱. قدر متیقن تعریف احکام نظامیه، احکامی است که ارتباط زیادتری با نظم عمومی دارد و ماهیت محض یا ماهیت تبعی آن‌ها فراتر از روابط شخصی میان افراد است؛ به‌گونه‌ای که نقض آن‌ها افزون‌بر ضمانت اجرای ترمیمی موجب اعمال ضمانت اجرای تنبیهی از ناحیه دولت و حاکمیت است (زمانی، ۱۳۹۵، ص. ۹).

۲. در پرسش و پاسخی از رهبر معظم انقلاب، مسئله فوق به این صورت مورد پرسش قرار گرفت «س ۵۲: در صورت تعارض فتوای ولی امر مسلمین با فتوای مرجعی در مسائل سیاسی، اجتماعی و فرهنگی، وظیفه شرعی مسلمانان چیست؟ آیا معیاری برای تفکیک احکام صادره از طرف مراجع تقلید و ولی فقیه وجود دارد؟ برای مثال، اگر نظر مرجع تقلید با نظر ولی فقیه در مسئله موسیقی اختلاف داشته باشد، متابعت از کدام یک از آنان واجب و مجزی است؟ به‌طورکلی، احکام حکومتی که در آن نظر ولی فقیه بر فتوای مراجع تقلید برتری دارد، کدام است؟»

ج: در مسائل مربوط به اداره کشور اسلامی و اموری که به عموم مسلمانان ارتباط دارد، نظر ولی امر مسلمین باید اطاعت شود، ولی در مسائل فردی محض، هر مکلفی باید از فتوای مرجع تقلیدش پیروی نماید» (حسینی خامنه‌ای، ۱۴۲۴ق، صص. ۱۰-۱۱).



جنگ و صلح و بسیج نیروها»ی موضوع بند ۵ اصل ۱۱۰ قانون اساسی بکنند، اما دیگر فقها شرکت در جنگ را حرام اعلام کنند، نظام جامعه از هم گسیخته خواهد شد. با این وصف، چنانچه فقیه حاکم در مسئله‌ای حکومتی، فاقد فتوا و نظر منجز و صریح باشد یا آنکه مبنا قرار دادن فتوای فقیه حاکم، نظم حاکم بر نظام حقوقی را دچار اختلال کند، در چنین مواردی استناد به فتوای فقیه دیگر با اجازه فقیه حاکم، جایز است و حجیت خواهد داشت (سعدی، ۱۳۹۵، ص. ۵۹).

## ۲. نظرهای شورای نگهبان در مواجهه با نظریه فتوای معیار

احاله تعیین تکلیف درباره «احکام سلطانی» به نظر فقیه حاکم یا وکیل وی، به سال‌های نخستین شکل‌گیری شورای نگهبان برمی‌گردد<sup>۱</sup>، اما رویکرد شورای نگهبان در سنجش شرعی مصوبات و قوانین بر اساس نظر فقیه حاکم یا وکیل وی همواره یکسان نبوده است. بررسی نظرهای مختلف شورای نگهبان اعم از تفسیری، مشورتی و تطبیقی<sup>۲</sup>، نشان از رویه‌ای غالب در این زمینه دارد که در ادامه تبیین می‌شود.

از نخستین و صریح‌ترین نظرهای شورای نگهبان درباره ارجاع به نظر فقیه حاکم، نظر شماره ۶۷۸۲ مورخ ۱۳۶۱/۹/۲۹ است که به موجب آن مقرر شده است «به نظر اکثریت فقهای شورای نگهبان در مواردی که قانون به موجب صریح فتاوی رهبر معظم انقلاب، حضرت امام خمینی (مدظله) طبق تحریرالوسیله و توضیح المسائل مغایر با شرع است، عمل به آن قانون جایز نیست». مثال دیگر، نظر شماره ۷۹۱۱ مورخ ۱۳۶۱/۱۲/۱۰ شورای نگهبان است که به موجب آن، مقرر شده است «برحسب مسئله شماره ۲۲۸۴ توضیح المسائل چاپ جدید<sup>۳</sup> که با فتوای حضرت امام خمینی (مدظله‌العالی) تطبیق شده است... طبق فتوای جدید معظم‌له تصرف در اصل ربوی جایز است؛ هرچند شرط سود باطل و دریافت آن حرام می‌باشد.»؛ البته در سال ۱۳۶۳ پیرو استعلام یکی از نمایندگان مجلس درباره اینکه مبنای سنجش مصوبات مجلس با موازین شرع

۱. گفتنی است که حضرت آیت‌الله مؤمن در سال ۱۳۸۸ استفساریه‌ای از مقام معظم رهبری داشتند که ایشان به لزوم تبعیت از نظر حاکم در احکام سلطانی اشاره داشته‌اند؛ البته از لحاظ وجود نمونه نظرات پیشینی و پسینی درباره تبعیت فقهای شورای نگهبان از احکام سلطانی و نظامیه به لحاظ تاریخی و نیز رعایت اختصار، از ورود به آن صرف‌نظر می‌شود.

۲. نظرهایی که شورای نگهبان در مقام بررسی و تطبیق مصوبات مجلس با قانون اساسی یا شرع ابراز می‌کند.

۳. مسئله شماره ۲۲۸۴ رساله حضرت امام خمینی (رحمت‌الله علیه) «ربا دادن مثل ربا گرفتن حرام است و کسی که قرض ربایی گرفته، اگرچه کار حرامی کرده، ولی اصل قرض صحیح است و می‌تواند در آن تصرف نماید».

چیست<sup>۱</sup>، شورای نگهبان به موجب نظر تفسیری شماره ۲۴۳۷ مورخ ۱۳۶۳/۱۰/۱۱ شورای نگهبان بیان کرد «تشخیص مغایرت یا انطباق قوانین با موازین اسلامی به طور نظر فتوایی با فقهای شورای نگهبان است».

در تحلیل نظر اخیر و نسبت سنجی آن با نظرهای پیش گفته شورای نگهبان، به نظر می‌رسد با التفات به نظر صریح حضرت امام خمینی (رحمت‌الله علیه) در پاسخ به استعلام رئیس وقت دیوان عالی کشور<sup>۲</sup> که به موجب آن مقرر شده بود «در احکام سلطانی که خارج است از تعزیرات شرعی،

---

۱. متن استعلام نماینده وقت مجلس که در تاریخ ۱۳۶۳/۱۰/۴ برای استفسار از شورای نگهبان تقدیم رئیس مجلس شده، به این شرح است: «طبق اصل ۹۶ قانون اساسی، تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلام با اکثریت فقهای شورای نگهبان است، سؤال این است که این تشخیص کدام یک از صور زیر می‌باشد.

مغایرت با احکام شرع یعنی مغایرت

۱. با اجماع مسلمین.
  ۲. با اجماع فقهای مسلمین.
  ۳. با فتوای مشهور.
  ۴. با نظر و اجتهاد خود اعضای شورای نگهبان.
- که در سه صورت اول، نقش فقهای محترم شورای نگهبان، نقش تشخیص‌دهنده و در صورت اخیر، نقش فتوادهنده خواهد بود.

و مطابقت با احکام شرع یعنی مطابقت با

۱. نظر و اجتهاد اعضای محترم شورای نگهبان.
۲. اجماع مسلمین.
۳. اجماع فقها.
۴. فتوای مشهور.

۵. فتوای غیر مشهور و غیر نادر

و به عبارت دیگر، آیا موافقت فی الجمله کافی نیست (مانند صورت پنجم)؟».

۱. «باسمه تعالی

محضر انور حضرت آیت‌الله العظمی امام خمینی (ادام‌الله‌ ظلّه)

پس از عرض سلام، مستدعی است مسائل زیر را جواب فرمایید. در هیئت بررسی تعزیرات مورد نیاز است.

... ۱

۲. برای اداره امور کشور، قوانینی در مجلس تصویب می‌شود مانند قانون قاچاق، گمرکات و تخلفات رانندگی، قوانین شهرداری و به طور کلی احکام سلطانی و برای اینکه مردم به این قوانین عمل کنند، برای متخلفین مجازات‌هایی در قانون تعیین می‌کنند. آیا این مجازات‌ها از باب تعزیر شرعی است و احکام شرعی تعزیرات از نظر کم و کیف بر این‌ها بار است یا قسم دیگر است و از تعزیرات جدا هستند و اگر موجب خلاف شرع نباشد، باید به آن‌ها عمل کرد؟

در حکم اولی است [و] متخلفین را به مجازات‌های بازدارنده به امر حاکم یا وکیل او می‌توانند مجازات کنند.» (موسوی خمینی، ۱۳۷۸، ج ۳، ص. ۵۰۶) و نیز با عنایت به متن استفساریه مزبور نماینده مجلس شورای اسلامی که در آن سخن از مبنا قرار گرفتن «فتوای فقیه حاکم»<sup>۱</sup> نشده بود و نیز با توجه به نظرهای شورای نگهبان از لحاظ مبنا قرار دادن فتوای فقیه حاکم که نمونه‌های متعددی از آن مربوط به پیش از صدور این نظر (سال ۱۳۶۳) است و نمونه‌های متعدد دیگر مربوط به بعد از سال ۱۳۶۳، به نظر می‌رسد مبنای این نظر آن است که فقهای شورای نگهبان را در حقیقت، به‌مثابه وکلای فقیه حاکم در تشخیص انطباق مصوبات با موازین اسلام و نیز تشخیص عدم مغایرت آن‌ها با احکام شرع قلمداد کرده است.<sup>۲</sup>

درباره اینکه چرا با وجود تلقی ماهیت وکالت برای فقهای شورای نگهبان، در قانون اساسی شروطی مانند «اجتهاد»، «عدالت» و «آگاهی به مقتضیات زمان» برای آن‌ها ضروری اعلام شده است<sup>۳</sup>، باید گفت اجتهاد به‌مثابه فهم صحیح و روشمند احکام الهی تعریف شده است (طباطبایی، ۱۲۹۶، ص. ۵۶۹)، اما این کار می‌تواند به سه حالت اجتهاد تنظیمی، اجتهاد تبیینی و اجتهاد تطبیقی صورت پذیرد که هرکدام موضع و کارکرد خاص خود را در فرایند استخراج احکام اسلامی دارد (کعبی و فتاحی زفرقندی، ۱۳۹۵، صص. ۱۱۰-۱۱۱). با این‌وصف انطباق مصوبات مجلس با موازین شرع نیازمند اجتهاد است. از این‌رو مقنن اساسی به‌درستی فقاقت و آگاهی به مقتضیات زمان و مکان را برای فقهای شورای نگهبان شرط دانسته است. تا جایی که بر مبنای تفسیر

۳. «...».

۱. در صورت ذکر این قید ممکن بود گفته شود پاسخ شورای نگهبان که گفته بود نظر فتوایی فقهای شورای نگهبان ملاک است، به معنای نفی مبنا بودن فتوای فقیه حاکم است درحالی‌که همان‌طور که گفته شد، قید «فتوای فقیه حاکم» در متن استفساریه ذکر نشده بود.

۲. از این‌رو اگر در موضوع خاصی حضرت امام خمینی (رحمت‌الله علیه) حکمی می‌داشت، فقهای شورای نگهبان خود را مکلف به رعایت این حکم می‌دانستند و حکم ولی فقیه را به‌مثابه معیار اصلی موازین اسلامی مطمح نظر قرار می‌دادند (کعبی، ۱۳۹۸، صص. ۲۴۲-۲۴۳).

۳. اصل ۹۱ قانون اساسی «به‌منظور پاسداری از احکام اسلام و قانون اساسی از نظر عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با آن‌ها، شورایی به نام شورای نگهبان با ترکیب زیر تشکیل می‌شود.

۱. شش نفر از فقهای عادل و آگاه به مقتضیات زمان و مسائل روز. انتخاب این عده با مقام رهبری است.

۲. «...».

قصدگرا نسبت به قلمرو صلاحیت نظارتی شورای نگهبان با استناد به دیدگاه حضرت امام (رحمت‌الله علیه)، شورای نگهبان همچنین صلاحیت بررسی مصوبات مجلس با احکام ثانویه شرع یا به تعبیر مرسوم، تشخیص مصلحت نظام را نیز دارد. مستند این ادعا این است که حضرت امام (رحمت‌الله علیه) با وجود دستوری که درباره تشکیل مجمع تشخیص مصلحت نظام در تاریخ ۱۷ بهمن ۱۳۶۶ صادر فرمودند، صلاحیت تشخیص مصالح نظام را برای شورای نگهبان برقرار دانستند و در پیام مورخ ۸ دی ۱۳۶۷، در قالب تذکری پدرا نه از اعضای شورای نگهبان خواستند که «خودشان قبل از این گیرها، مصلحت نظام را در نظر بگیرند؛ چراکه یکی از مسائل بسیار مهم در دنیای پر آشوب کنونی نقش زمان و مکان در اجتهاد و نوع تصمیم‌گیری‌هاست» (موسوی خمینی، ۱۳۷۸، ج ۲۱، ص. ۲۱۸)

در ادامه ذکر نظرهای شورای نگهبان در راستای ارجاع مسائل مختلف به فتوای فقیه حاکم، مواردی وجود دارد که شورا برای جبران خلأ ناشی از ابطال قوانین مغایر با شرع از این ظرفیت استفاده کرده است. برای مثال، در نظر شماره ۵۱۸۸۷ مورخ ۱۳۹۲/۷/۱۰، پس از اعلام مغایرت شرعی مواردی از قوانین و مقررات مصوب پیش از انقلاب، برای جبران خلأ ناشی از ابطال قوانین، مقرر شده است «بدیهی است در این موارد با توجه به فتوای مقام معظم رهبری (مد ظله‌العالی)، اگر ملک مشاع قابل تفکیک و تقسیم نباشد، هریک از شرکا می‌توانند به حاکم شرع مراجعه کنند تا شریک دیگر را به فروش سهم خود یا خرید سهم او ملزم نماید».

شورای نگهبان گاه با استناد به فتوای فقیه حاکم، بخش‌نامه‌های دستگاه‌های اجرایی را پیرو استعلام دیوان عدالت اداری<sup>۱</sup> خلاف شرع اعلام کرده است. برای مثال، می‌توان به نظر شماره ۳۸۳۵۴ مورخ ۱۳۸۹/۲/۲۹ اشاره کرد که به موجب آن، پیرو استعلام رئیس دیوان عدالت اداری در خصوص ادعای مغایرت تبصره ۱ ماده ۱۵ آیین‌نامه اجرایی تخلیه و فروش خانه‌های سازمانی با موازین شرع مقدس اسلام و فتوای مقام معظم رهبری از این حیث که مقرر کرده بود از متقاضیان وام، ۵ درصد سود به‌عنوان کارمزد گرفته شود، اعلام شده است: «با عنایت به فتوای مقام معظم

۱. گفتنی است به موجب تبصره ۲ ماده ۸۴ و نیز ماده ۸۷ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲/۳/۲۵ که در قوانین سال‌های ۱۳۶۰ و ۱۳۸۵ دیوان عدالت اداری نیز وجود داشت، در مواردی که از مصوبه دستگاه‌های اجرایی به لحاظ مغایرت با شرع، به دیوان عدالت اداری شکایت شود، دیوان عدالت اداری پس از استعلام و جلب نظر فقهای شورای نگهبان، نسبت به ورود یا رد شکایت اظهار نظر خواهد کرد.

رهبری (مدظله‌العالی)... در صورتی که مبلغ دریافتی به‌عنوان کارمزد، بیش از مقدار مورد نیاز در اداره صندوق وام‌دهنده باشد، اخذ مبلغ زائد خلاف موازین شرع است و اگر این صندوق هیچ خرجی نداشته باشد، اخذ تمام کارمزد خلاف موازین شرع می‌باشد».

از جمله نظرهای مهم شورای نگهبان، ایرادی است که نسبت به ماده ۲ طرح قانونی الحاق دادگاه‌های انقلاب به دادگستری جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۶۰/۳/۲۶ مجلس شورای اسلامی عنوان شده است. در ماده یادشده آمده بود: «چون بر طبق اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی، قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد، دادگاه‌های انقلاب اسلامی موظف‌اند در مواردی که قانون مصوب شورای انقلاب اسلامی یا مجلس شورای اسلامی وجود دارد، طبق این قوانین عمل کنند وگرنه طبق فتاوی مدون امام (دام‌ظله) یا منابع دیگر معتبر اسلامی عمل نموده و رأی لازم را صادر نمایند». شورای نگهبان در نظر شماره ۲۷۳۷ مورخ ۱۳۶۰/۳/۳۰ اعلام کرد «ماده ۲ طرح قانونی مزبور که قضات دادگاه‌های انقلاب را مکلف می‌نماید در صورت نبودن قانون مصوب شورای انقلاب یا مجلس شورای اسلامی، طبق فتاوی امام (مدظله) یا منابع معتبر دیگر اسلامی که از جانب شورای عالی قضایی ابلاغ می‌گردد عمل نمایند، مغایر اصل ۱۶۷ قانون اساسی شناخته شد». همین سبب شد تا مجلس در اصلاحیه خود، تنها فتاوی امام در کتاب *تحریرالوسیله* را ملاک عمل قضات در صورت فقدان قانون قرار دهد. شورای نگهبان نیز در نظر شماره ۲۹۴۴ مورخ ۱۳۶۰/۴/۲۰ از این رو که ارجاع به فتاوی امام به‌مثابه فتاوی معیار، معتبر شده است، نسبت به مصوبه ایرادی نگرفت و تنها از آن رو که متن *تحریرالوسیله* عربی است و مطابق اصل ۱۵ قانون اساسی، متون رسمی باید به زبان فارسی باشد، اصلاحیه یادشده را مغایر اصل ۱۵ قانون اساسی اعلام کرد.

مشابه همین نظر، نظر دیگری از سوی شورای نگهبان در جریان رسیدگی به لایحه مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۰/۵/۲ کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی نسبت به ماده ۲۲۱ ارائه شد. ماده یادشده در ابتدا به این صورت تنظیم شده بود «هرگاه رجوع به اصل یکصد و شصت و هفتم (۱۶۷) قانون اساسی لازم شود، مقام قضایی از رهبری استفتا می‌کند. مقام رهبری می‌تواند این امر را به فرد یا افرادی تفویض نماید». شورای نگهبان با آنکه در موارد متعددی

نسبت به مصوبات مجلس از حیث تخصیص عموم یا تقييد اطلاق اصول قانون اساسی با قانون عادی ایراد وارد کرده بود<sup>۱</sup>، این بار اطلاق عبارت «فتاوی معتبر» در اصل ۱۶۷ قانون اساسی را که قانون‌گذار عادی مقید به «فتوای فقیه حاکم» کرده بود، مورد ایراد قرار نداد و تنها از این رو که چرا مصوبه مجلس این موضوع را اختصاص به بحث حدود کرده است، نسبت به آن ایراد گرفت<sup>۲</sup>. پیرو این تذکر، کمیسیون مربوط در مصوبه مورخ ۱۳۹۱/۹/۱۴، مفاد یادشده را در قالب ماده ۱۲ مکرر به صورت زیر بیان کرد «هرگاه رجوع به اصل یکصد و شصت و هفتم (۱۶۷) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران لازم شود، مقام قضایی از رهبری استفتا می‌کند. مقام رهبری می‌تواند این امر را به فرد یا افرادی تفویض نماید». در این نوبت نیز شورای نگهبان به موجب بند ۱ نظر شماره ۹۱/۳۰/۴۹۲۹۹ مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۹ اعلام کرد «در ماده ۱۲ مکرر، در مواردی که مقام معظم رهبری مدظله‌العالی فتوایی ندارند، قاضی می‌تواند از منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را استنباط نماید. الزام قاضی به استفتا از محضر مقام معظم رهبری (مدظله‌العالی)، مغایر اصل ۱۶۷ قانون اساسی شناخته شد». در فرایند اصلاح این عبارت، کمیسیون به جای تعیین تکلیف حالتی که مقام رهبری فاقد فتواست و عنداللزوم صدور فتوا را به وکیل خود نیز تفویض نداده است، در جلسه مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۲۴، ماده یادشده را به کلی حذف کرد. با توجه به اینکه ماده مزبور می‌توانست بهره‌گیری از ظرفیت موجود در اصل ۱۶۷ قانون اساسی را در نظام حقوقی به گونه مطلوبی ضابطه‌مند کند و نیز با توجه به اینکه در ذیل ماده مزبور تصریح به امکان تفویض اختیار از سوی رهبری شده بود، در صورت نبود فتوای رهبری، امکان رجوع به فتوای رئیس قوه قضائیه به عنوان وکیل فقیه حاکم وجود داشت، اقدام مجلس در حذف کلی ماده، محل نقد است. می‌توان گفت از آنجاکه رجوع به فتوایی غیر از فتوای فقیه حاکم در اداره حکومت، نیازمند اذن

۱. برای مشاهده ایراداتی از این نوع در نظرهای شورای نگهبان رک. به: نظر شماره ۲۹۰۷ مورخ ۱۳۶۰/۴/۱۵ درباره لایحه انتخاب رئیس‌جمهوری کشور جمهوری اسلامی ایران که وجود شرط ۳۰ برای داوطلبان ریاست‌جمهوری را توسعه شروط یادشده در اصل ۱۱۵ دانسته و آن را مغایر با اصل یادشده تلقی کرده است. مشابه این ایراد در نظر شماره ۳۶۸۱ مورخ ۱۳۶۴/۳/۲۵ درباره لایحه انتخابات ریاست‌جمهوری اسلامی ایران تکرار شده است.

۲. بند ۲ نظر شماره ۹۱/۳۰/۴۸۰۶۳ مورخ ۱۳۹۱/۶/۲۶ شورای نگهبان درباره مصوبه یادشده بیان کرده بود «نظر به اینکه ماده ۲۲۱ اختصاص به حدود ندارد، لذا مناسب است به قسمت کلیات در کتاب اول، بعد از ماده ۱۲ منتقل شود».

فقیه حاکم است<sup>۱</sup> و نمی‌توان نصب رئیس قوه قضائیه توسط رهبری را متضمن تفویض اختیار صدور فتوا در مقامی که فقیه حاکم فاقد فتوا باشد، دانست، از این رو ایراد شورای نگهبان طبق رویه یادشده بود و در صورتی که مجلس شورای اسلامی برای وضعیتی که فقیه حاکم در موضوعی فاقد فتواست و صدور فتوا را نیز به شخص دیگری تفویض نکرده است، تعیین تکلیف می‌کند، به احتمال قوی شورا نسبت به اصل ماده یادشده، چنان‌که توضیح داده شد، ایرادی نمی‌گرفت.

مورد دیگر ایراد شورای نگهبان، در جریان بررسی لایحه احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور نسبت به ماده الحاقی ۵۲ است که عدم امکان معارضه سند عادی را با سند رسمی پیش‌بینی کرده بود. نگاهی به مشروح مذاکرات جلسه ۱۳۹۵/۹/۱۷ شورای نگهبان<sup>۲</sup> نشان می‌دهد، مبنای این ایراد نیز استناد به فتوای فقیه حاکم بوده است. توضیح اینکه، مجلس شورای اسلامی به موجب ماده الحاقی ۵۲ لایحه یادشده مصوب ۱۳۹۵/۴/۳۰ مقرر کرده بود «کلیه معاملات راجع به اموال غیرمنقول ثبت‌شده مانند بیع، صلح، اجاره، رهن و نیز وعده یا تعهد به انجام این‌گونه معاملات، باید به‌طور رسمی در دفاتر اسناد رسمی تنظیم شود. اسناد عادی که در خصوص معاملات راجع به اموال غیرمنقول تنظیم شوند، در برابر اشخاص ثالث غیرقابل استناد بوده و قابلیت معارضه با اسناد رسمی را ندارند». شورای نگهبان به موجب بند ۳۶ نظر شماره ۹۵/۱۰۲/۲۱۹۵ مورخ ۱۳۹۵/۶/۱۶ اعلام کرد: «اطلاق ماده الحاقی ۵۲ نسبت به اسنادی که دارای اعتبار شرعی هستند، خلاف موازین شرع شناخته شد». همین ایراد باعث شد تا مجلس شورای اسلامی برای رفع ایراد شورای نگهبان، قید «مگر اسنادی که بر اساس تشخیص دادگاه دارای اعتبار شرعی است» را به ماده الحاقی ۵۲ بیفزاید تا در نهایت، به صورت متن کنونی و در قالب ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور، به صورت زیر درآید «کلیه معاملات راجع به اموال غیرمنقول ثبت‌شده مانند بیع، صلح، اجاره، رهن و نیز وعده یا تعهد به انجام این‌گونه معاملات، باید به‌طور رسمی در دفاتر اسناد رسمی تنظیم شود. اسناد عادی که در خصوص معاملات راجع به اموال غیرمنقول تنظیم شوند مگر اسنادی که بر اساس تشخیص دادگاه دارای اعتبار شرعی است، در برابر اشخاص

۱. چنان‌که درباره اعدام شخص مفسد، فتوای امام خمینی (رحمت‌الله) بر احتیاط بود، اما از آنجاکه به نظر آیت‌الله منتظری این کار جایز بود، رئیس دیوان عالی کشور، طی استعلامی از حضرت امام درخواست رجوع به فتوای جواز را کرده و امام نیز این اجازه را صادر کردند (موسوی خمینی، ۱۳۷۸، ج ۲۰، ص ۳۹۷).  
 ۲. متن یادشده تا زمان نگارش این مقاله انتشار عمومی نیافته است.

ثالث غیر قابل استناد بوده و قابلیت معارضه با اسناد رسمی را ندارند».

همان‌طور که اشاره شد، در جلسه بررسی این ماده در شورای نگهبان، استنادات متعددی به فتاوی امام خمینی (رحمت‌الله علیه) و مقام معظم رهبری صورت گرفته است. برای مثال این استفتا که از محضر امام خمینی (رحمت‌الله علیه) پرسیده شده بود: «آیا اسناد رسمی مملکتی یا نوشته‌های عادی که با امضای علمای بزرگ و با مهر آن‌ها مههور باشد، در فصل خصومت می‌تواند مثل شاهد، حجت باشد یا فصل خصومت منحصر به علم و اقرار و بیّنه و یمین است و به غیر این‌ها نمی‌شود فصل خصومت کرد؟» ایشان در جواب مرقوم فرمودند: «اسناد کتبی حجیت شرعی ندارند مگر آنکه برای قاضی موجب علم باشد» (موسوی خمینی، ۱۴۲۲ق، ج ۳، صص. ۷۴-۷۵) یا در استفتای دیگری از محضر مقام معظم رهبری پرسیده شد: «آیا مجرد خرید ملک که دارای سند رسمی است با سند عادی و بدون ثبت سند رسمی آن به نام مشتری، شرعاً جایز است؟» ایشان در پاسخ مرقوم فرمودند: «در تحقق اصل خرید و فروش، تنظیم سند رسمی و ثبت آن شرط نیست، بلکه معیار، وقوع نقل و انتقال از طرف مالک یا وکیل یا ولی او است به نحوی که شرعاً صحیح باشد؛ هر چند در آن مورد اصلاً سندی تنظیم نشود» (حسینی خامنه‌ای، ۱۴۲۴ق، ص. ۳۲۹).

از آنجاکه فهم صحیح نسبت به رویکرد شورای نگهبان در مواجهه با موضوع اصلی مقاله حاضر، افزون بر نظرهای مغایرتی که در آن‌ها شورای نگهبان، قانون یا مصوبه‌ای را به استناد مغایرت با فتوای فقیه حاکم رد کرده است، نیازمند توجه به نظرهای تأییدی یعنی مصوباتی که شورای نگهبان نسبت به آن‌ها ایرادی وارد نکرده نیز است، لازم است اشاره مختصری به مصوباتی که مورد تأیید شورای نگهبان قرار گرفته است نیز بشود. نگاهی به نظرهایی از این دست نشان می‌دهد گاه شورای نگهبان در تأیید و عدم ایراد نسبت به برخی از مصوبات، برخلاف مبنای مورد قبول مقاله حاضر و حتی نظرهای دیگر خود عمل کرده است. برای مثال، می‌توان به تأیید موادی از لایحه مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ اشاره کرد که در آن‌ها به‌رغم نظر مقام رهبری مبنی بر اینکه در احکام نظامیه، فتوای ایشان مبناست و در صورتی که ایشان فتوا نداشته باشند، فتوای امام خمینی (رحمت‌الله) مبنای سنجش قوانین با شرع خواهد بود<sup>۱</sup>، خلاف نظر فقیه حاکم

۱. فتوای معظم‌له با مضمون یادشده به‌صورت عمومی انتشار نیافته است، اما در مشروح مذاکرات جلسه ۱۳۹۸/۶/۲۷ پیرو بحث درباره «طرح سامان‌دهی صنعت خودرو» مصوب ۱۳۹۸/۴/۱۲ مجلس شورای اسلامی، یکی از فقهای شورای نگهبان



عمل شده است. مواردی مانند حکم به پرداخت دیه از بیت‌المال برای قاتل عمدی که فرار کرده است<sup>۱</sup>، دیه جنین<sup>۲</sup> و عدم اعدام لائط در صورتی است که به عنف یا اکراه یا بدون شرایط احسان مرتکب لواط شده باشد<sup>۳</sup>، از این دست است. ناگفته نماند که تنها در یک مورد یعنی عدم اعدام لائط با آنکه فتوای صریح و مشهور فقهای امامیه و از جمله امام خمینی (رحمت‌الله علیه) بر اعدام لائط در همه حالات است، به این دلیل که آیت‌الله خویی (رحمت‌الله علیه) قائل به اعدام لائط در صورت دارا بودن شرایط احسان بودند (موسوی خویی، ۱۴۰۱ق، ص. ۳۸) با اذن مقام معظم رهبری، تأیید ماده قانونی مربوط انجام شده است، اما در تأیید دو موضوع دیگر یعنی دیه جنین و نیز فرار قاتل عمدی، برخلاف فتوای امام خمینی (رحمت‌الله علیه) و مقام معظم رهبری، مصوبه مجلس از سوی شورای نگهبان تأیید شده و در حال حاضر به صورت قانون درآمده است<sup>۴</sup>.

### نتیجه‌گیری

با التفات به قول مختار مقاله حاضر که مبنا بودن فتوای ولی فقیه را در عرصه تقنین برگزیده است و با عنایت به نظرهای یادشده از شورای نگهبان در سنجش شرعی قوانین و مقررات، در پاسخ به

بیان می‌کنند «این مسئله چند بار خدمت حضرت آقا طرح شده است. ایشان فرمودند در جایی که امام (ره) نظر دارند یا خود شخص ایشان نظر دارند، نمی‌شود اعضای شورای نگهبان نظر شخصی خودشان را بیان کنند. بنابراین، در جایی که نظر صریح امام (ره) هست، به نظر دیگر وجهی ندارد که خود ما به روایات مراجعه کنیم و بحث فقهی کنیم. ما باید همان نظر تحریرالوسیله را اعلام کنیم» (قابل دسترسی در وبگاه <https://b2n.ir/k39828>).

۱. ماده ۴۳۵ «هرگاه در جنایت عمدی به علت مرگ یا فرار، دسترسی به مرتکب ممکن نباشد، با درخواست صاحب حق، دیه جنایت از اموال مرتکب پرداخت می‌شود و در صورتی که مرتکب مالی نداشته باشد، در خصوص قتل عمد، ولی دم می‌تواند دیه را از عاقله بگیرد و در صورت نبود عاقله یا عدم دسترسی به آن‌ها یا عدم تمکن آنها، دیه از بیت‌المال پرداخت می‌شود و در غیرقتل، دیه بر بیت‌المال خواهد بود. چنانچه پس از اخذ دیه، دسترسی به مرتکب جنایت اعم از قتل و غیرقتل ممکن شود، در صورتی که اخذ دیه به جهت گذشت از قصاص نباشد، حق قصاص حسب مورد برای ولی دم یا مجنی‌علیه محفوظ است، لکن باید قبل از قصاص، دیه گرفته‌شده را برگرداند».

۲. ماده ۳۰۶ «جنایت عمدی بر جنین هر چند پس از حلول روح باشد، موجب قصاص نیست. در این صورت مرتکب علاوه بر پرداخت دیه، به مجازات تعزیری مقرر در کتاب پنجم «تعزیرات» محکوم می‌شود».

۳. ماده ۲۳۴ «حد لواط برای فاعل در صورت عنف، اکراه یا دارا بودن شرایط احسان، اعدام و در غیر این صورت صد ضربه شلاق است. حد لواط برای مفعول در هر صورت (وجود یا عدم احسان) اعدام است».

۴. برای مشاهده مباحث تفصیلی درباره رویه شورای نگهبان در بررسی لایحه مجازات اسلامی ر.ک. به: اکرمی، ۱۳۹۳؛ زمانی، ۱۳۹۵.

پرسش اصلی مقاله به چند نکته می‌توان دست یافت.

۱. اقتضای ولایت فقیه در مجاری تقنینی چیزی جز این نیست که نظرهای وی از رهگذر عمل تطبیق اجتهادی و نه کارشناسانه صرف، توسط فقهای شورای نگهبان به منصفه ظهور گذارده شود و سپس از مجاری اجرای قوانین، ولایت و تسلط وی در تمشیت امور و کیفیت اداره جامعه تأمین شود تا قوانین و مقررات مصوب و تضمین شده از نظر انطباق با اسلام، در مقام عمل هم اجرا شود. این موضوع به اقتضای تبعیت از ولایت حاکم جامع‌الشرایط در عرصه تقنین است.

۲. با اصالت دادن به نظر مختار مقاله حاضر در بحث فتوای معیار و نیز با تمسک به نظرهای متعدد شورای نگهبان که به نوعی به مثابه دادرسی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران ایفای نقش می‌کند، می‌توان مرجحاتی را برای اتخاذ فتوای فقیه حاکم در عرصه تقنین یافت و با همین مرجحات می‌توان مفهوم عبارت «فتاوی معتبر» را در اصل ۱۶۷ قانون اساسی به صورتی که در ماده ۱۲ مکرر لایحه مجازات اسلامی پیش‌بینی شده بود، تفسیر علمی<sup>۱</sup> کرد و مقام قضایی را مکلف کرد تا در صورت نیاز به استفاده از ظرفیت اصل ۱۶۷ قانون اساسی، از فتوای فقیه حاکم یا وکیل وی بهره بگیرد.

۳. بنا بر پذیرش ابتدای تقنین بر فتوای حاکم جامع‌الشرایط و نیز با استناد به نظرهای متعدد شورای نگهبان در این باره، می‌توان از این دیدگاه برای جبران خلأ ناشی از ابطال قوانین و مقررات مغایر با شرع نیز بهره گرفت.

---

۱. تفسیر به اعتبار مرجع و نهاد مفسر به چهار نوع تفسیر علمی یعنی تفسیری که از سوی علمای علم حقوق ارائه می‌شود، تفسیر اجرایی یعنی که تفسیری که از سوی مجریان قانون صورت می‌پذیرد، تفسیر قضایی که دادرسان در مقام تمیز حق انجام می‌دهند و در نهایت، تفسیر رسمی یا قانونی که از سوی مرجع رسمی تفسیر صورت می‌پذیرد، تقسیم شده است (برای تفصیل بیشتر رک. به: جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸، ص. ۱۱۷۱). گفتنی است که از میان چهار نوع تفسیر یادشده، تنها نوع چهارم برای همگان لازم‌الاتباع و از وجه الزامی برخوردار است.

## منابع

۱. قرآن کریم.
۲. امیرالمومنین، علی بن ابی طالب (علیه السلام). نهج البلاغه.
۳. ابراهیمی، مهدی، رضایی زاده، محمدجواد و بهادری جهرمی، محمد (۱۴۰۰). بایسته‌های نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان در نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران. پژوهشنامه حقوق اسلامی، شماره ۵۴، ۶۰۴-۵۸۳.
۴. ارسطو، محمدجواد (۱۳۹۷). بررسی کارآمدی فتوا در قانون‌گذاری. مطالعات فقه معاصر، ۱۶۳-۱۹۰.
۵. ارسطو، محمدجواد (۱۳۹۸). فتوای معیار در قانون‌گذاری. فقه حکومتی، دوره ۴، ۵۵-۸۱.
۶. اکرمی، روح‌الله (۱۳۹۳). تحلیل فرایند نظارت شرعی شورای نگهبان بر مصوبات مجلس؛ مطالعه موردی: قانون مجازات اسلامی. دانش حقوق عمومی، شماره ۱، ۶۲-۱.
۷. بحر العلوم، محمد بن محمد تقی (۱۴۰۳ق). بلغة الفقیه (جلد ۳). چاپ ۴، تهران: منشورات مکتبه الصادق.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۶۸). مبسوط در ترمینولوژی حقوق. چاپ ۴، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۹. جهان دوست دالنجان، مسعود (۱۳۹۴). امکان‌سنجی فقهی قانون‌گذاری بر مبنای فتوای مشهور. پژوهش‌نامه میان‌رشته‌ای فقهی، شماره ۷، ۲۶-۵.
۱۰. جهانگیری، محسن و بنایی خیرآبادی، محمدعلی (۱۴۰۰). فتوای معیار در قانون‌گذاری؛ انطباق با مصالح الزامی، آموزه‌های فقه مدنی، سال ۱۳، شماره ۲۳.
۱۱. حاج زاده، هادی (۱۳۹۴). فتوای معیار در قانون‌گذاری در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران (نگاهی دوباره به مفهوم اعلیت در منظومه فقه حکومتی شیعه). مطالعات اسلامی فقه و اصول، شماره ۱۰۲، ۸۷-۵۹.
۱۲. حسینی خامنه‌ای، سیدعلی (۱۴۲۴ق). أجوبة الاستفتاءات. قم: دفتر معظم‌له.
۱۳. رجایی، مهدی و ارسطو، محمدجواد (۱۴۰۰). فقه جامعه‌محور، بستر بازشناسی فتوای معیار در قانون‌گذاری. حکومت اسلامی، شماره ۲، ۲۳-۴۶.
۱۴. زمانی، امین‌الله (۱۳۹۵). تحلیل کارکرد احکام نظامیه ولی فقیه در آرا و نظرهای شورای نگهبان (بررسی موردی: سیاست جنایی تقنینی). دانش حقوق عمومی، شماره ۱۱، ۲۵-۱.
۱۵. سعدی، حسینعلی (۱۳۹۵). حجیت در اجتهاد نظام‌ساز با تأکید بر آرای آیت‌الله سیدمحمدباقر صدر. راهبرد فرهنگ، شماره ۳۲، صص ۴۳-۶۰.
۱۶. سماواتی، عباس و موسوی بجنوردی، سیدمصطفی (۱۳۹۹). چالش‌های تعیین فتوای معیار در

- قانون‌گذاری با توجه به آرای امام خمینی (ره). پژوهش‌نامه متین، سال ۲۲، شماره ۸۸.
۱۷. صدر، سیدمحمدباقر (۱۳۹۳). اسلام راهبر زندگی (سیدمهدی زندیه، مترجم). قم: دارالصدر.
۱۸. صدر، سیدمحمدباقر (۱۴۱۷ق)، اقتصادنا، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۱۹. طباطبایی، سیدمحمد (۱۲۹۶)، القواعد والفوائد والاجتهاد والتقليد (مفاتیح‌الاصول). قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام).
۲۰. علی‌اکبریان، حسنعلی (۱۳۹۲). فتوای معیار در قانون‌گذاری. دین و قانون، شماره ۲، ۹۷-۱۱۶.
۲۱. کعبی، عباس (۱۳۹۸). تحلیل مبانی نظام جمهوری اسلامی ایران. تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
۲۲. کعبی، عباس و فتاحی زفرقندی، علی (۱۳۹۵). سیاست‌های کلی نظام، راهکار ارتقای نظام قانون‌گذاری در نظام جمهوری اسلامی ایران. دانش حقوق عمومی، شماره ۱۱، ۹۹-۱۲۲.
۲۳. موسوی خمینی، روح‌الله (۱۳۷۸) صحیفه امام. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت‌الله علیه).
۲۴. موسوی خمینی، روح‌الله (۱۴۲۲ق) استفتائات جلد (جلد ۳). چاپ ۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۵. موسوی خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۰۱ق). تکملة‌المنهاج. چاپ ۲۸، قم: مدینه‌العلم.
۲۶. مؤمن قمی، محمد (۱۴۲۵ق). الولاية‌الهيبة‌الاسلاميه (جلد ۳). قم: مؤسسه النشرالاسلامی.

## References:

1. The Holy Quran.
2. Amir al-Mu'minin, Ali ibn Abi Talib (PBUH). Nahj al-Balagha.
3. Akrami, Rouhollah (1393 SH). "Analysis of the Sharia Supervision Process of the Guardian Council on the Parliament's Legislation; A Case Study: Islamic Penal Code." Public Law Journal, No. 1, 1-62.
4. Aliakbarian, Hassanali (1392 SH). "Criterion Fatwa in Legislation." Religion and Law, No. 2, 97-116.
5. Arasta, Mohammad Javad (1397 SH). "Examining the Effectiveness of Fatwa in Legislation." Contemporary Jurisprudential Studies, 163-190.
6. Arasta, Mohammad Javad (1398 SH). "Criterion Fatwa in Legislation." Governmental Jurisprudence, Volume 4, 55-81.
7. Behr al-'Ulum, Mohammad ibn Mohammad Taqi (1403 AH). "Balaghah al-Fuqaha" (Volume 3). 4th Edition, Tehran: Mashar Publications.
8. Ebrahimi, Mehdi, Rezaeezadeh, Mohammad Javad, and Bahadori Jahromi, Mohammad (1400 SH). "The Necessities of Sharia Supervision by the Jurists of the Guardian Council in the Constitutional System of the Islamic Republic of Iran." Islamic Law Research Journal, No. 54, 583-604.
9. Hajizadeh, Hadi (1394 SH). "Criterion Fatwa in Legislation in the Legal System of the Islamic Republic of Iran (A Re-examination of the Concept of Expertise in the System of Shiite Governmental Jurisprudence)." Islamic Legal Studies, No. 102, 59-87.
10. Hosseini Khamenei, Seyyed Ali (1424 AH). "Ajwibat al-Istifta'at." Qom: Office of His Eminence.
11. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar (1368 SH). "Mobsut in Legal Terminology." 4th Edition, Tehran: Ganj-e Danesh Library.
12. Jahandoost Dalanjani, Masoud (1394 SH). "Feasibility of Legal Legislation Based on Famous Fatwas." Interdisciplinary Jurisprudential Research Journal, No. 7, 5-26.
13. Jahangiri, Mohsen and Banaei Khairabadi, Mohammad Ali (1400 SH). "Criterion Fatwa in Legislation: Alignment with Mandatory Interests." Principles of Civil Jurisprudence, Volume 13, No. 23.
14. Ka'bi, Abbas (1398 SH). "Analysis of the Foundations of the Islamic Republic of Iran System." Tehran: Council of Guardians Research Institute.
15. Ka'bi, Abbas, and Fattahi Zafarghandi, Ali (1395 SH). "Systemic Policies, Solutions for Enhancing the Legislative System in the Islamic Republic of Iran." Public Law Journal, No. 11, 99-122.
16. Momen Qomi, Mohammad (1425 AH). "Al-Wilayah al-Ilahiyyah al-Islamiyyah" (Volume 3). Qom: Institute of Islamic Publications.
17. Mousavi Khoei, Seyed Abolqasem (1401 AH). "Takmilat al-Minhaj." 28th Edition, Qom: Madinat al-Ilm Institute.
18. Mousavi Khomeini, Ruhollah (1378 SH). "Sahifeh-ye Imam." Tehran: Institute for the Publication and Dissemination of the Works of Imam Khomeini.
19. Mousavi Khomeini, Ruhollah (1422 AH). "Estifta'at" (Volume 3). 5th Edition, Qom: Office of Islamic Publications.
20. Rajaei, Mehdi, and Arasta, Mohammad Javad (1400 SH). "Society-Centered Jurisprudence: The Ground for Recognizing the Criterion Fatwa in Legislation." Islamic Government, No. 2, 23-46.
21. Sa'di, Hossein Ali (1395 SH). "Validity in Ijtihad of the System Builder with

- Emphasis on the Opinions of Ayatollah Seyed Mohammad Baqir Sadr." Strategic Culture, No. 32, 43-60.
22. Sadr, Seyed Mohammad Baqir (1393 SH). "Islam: The Way of Life" (Translated by Seyyed Mehdi Zandieh). Qom: Dar al-Sadr.
23. Sadr, Seyed Mohammad Baqir (1417 AH). "Eghtesaduna." Qom: Office of Propagation.
24. Samavati, Abbas and Moosavi Bojnourdi, Seyyed Mostafa (1399 SH). "Challenges of Determining the Criterion Fatwa in Legislation Based on Imam Khomeini's Opinions." *Matin Research Journal*, Volume 22, No. 88.
25. Tabatabai, Seyyed Mohammad (1296 AH). "Al-Qawaid wal-Fawa'id wal-Ijtihad wal-Taqlid (Mafatih al-Usul)." Qom: Al al-Bayt Institute.
26. Zamani, Aminullah (1395 SH). "Analysis of the Function of Legal Provisions in the Opinions and Views of the Guardian Council (Case Study: Legislative Policy)." *Public Law Journal*, No. 11, 1-25.
27. [emam.com](http://emam.com)
28. [khamenei.ir](http://khamenei.ir)
29. [nazarat.shora-rc.ir](http://nazarat.shora-rc.ir)



## The preferences of adopting the Fatwa of the Leader as a standard Fatwa in legislation, with emphasis on the opinions of the Iranian Guardian Council

Vahid Heydari · PhD Student in Public Law, Faculty of Islamic Studies and Law, Imam Sadiq University, Tehran, Iran. [v.heydari@isu.ac.ir](mailto:v.heydari@isu.ac.ir)

Mohammad Reza Asghari Shooestani · Assistant Professor, Department of Public Law, Faculty of Judicial Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran. (Corresponding Author) [m.asghari@ujsas.ac.ir](mailto:m.asghari@ujsas.ac.ir)

### Abstract

In Islamic government, legislation is one of the most important examples of application of guardianship [Velayat] to people, their honors and properties. Therefore, recognizing the standard Fatwa in this area is extremely important, since it will be the legitimacy test of the legislative's actions. Considering that in the Age of Absence [of the Twelfth Imam] the right to apply guardianship has been assigned to a completely qualified jurist and assuming that a government has been formed, the making decision in social and governmental affairs (rulings of the Sultaniyeh [governance]) is the responsibility of the ruling jurist, the present article assumes that the standard Fatwa in legislation, which is the area of interference in social and governmental affairs, is the ruling jurist's Fatwa. With this assumption, this research, by re-investigating this basis in the opinions of constitutional judge, with a descriptive-analytical method and by examining the interpretive, consultative and comparative opinions of the Guardian Council, has come to this conclusion that several opinions from the constitutional judge support and strengthen the said assumption. On the other hand, this view that the Fatwa of Guardian Council's jurist is the test for measuring the legitimacy of the Parliament's enactments, can be interpreted as the confirmation of Constitutional Act by the ruling jurist and the assignment of supervision by him. Accepting this view will not only deprive the Guardian Council of the important task of supervising legislation, but also it will be a doubled emphasis on the necessity of satisfying some characteristics such as "justice", "awareness of the requirements of the time", "being a Muslim" and finally "expertise in various legal fields" which are mentioned in Principle 91 of the Constitutional Act in selecting jurists and lawyers of the Guardian Council.

**Keywords:** The Principle of Lack of Guardianship [Velayat], Rulings of the Sultaniyeh [Governance], Standard Fatwa, Legislation, Guardian Council, Constitutional Judge.





## Ways of Ascertaining Object of Sale Contract in Sale of Generic Goods and Solving Disputes: A Comparative Study of Iranian, English and Egyptian Laws

Rasoul Ahmadi Far • Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Literature and Humanities, Malayer University, Malayer, Iran. [rahmadifar@malayeru.ac.ir](mailto:rahmadifar@malayeru.ac.ir)

### Abstract

In the sale of generic goods, there are no ascertained goods agreed between the contracting parties. Legal systems use various ways to ascertain goods in the sale of generic goods. In some cases, there may be a dispute between the parties arising from the conformity of delivered goods with the characteristics mentioned in the contract. Therefore, the aim of the current research is to examine the ways of ascertaining object of sale contract in the sale of generic goods under the selected legal systems and the comparative study of dispute resolution ways in those systems with the descriptive-analytic method. The outcome of this research shows that in Iranian law and Egyptian law the generic goods are ascertained by description or sample, and in English law, in addition to the said ways, the test of suitability of object of sale for a specific purpose is also applied. In case of any dispute between the parties in ascertaining the generic goods, under Iranian and Egyptian laws, it is solved by examining the quantity, material, description and conformity of goods delivered with the sample, and in English law, as well as this method, it may be solved by considering the appropriateness of the object of sale contract for a specific contractual purpose of the parties. In Iranian law, under general rules of law, the seller, in case of any dispute, must prove that there is a conformity between the goods delivered with those characteristics stipulated in the contract. If the buyer, after delivery, claims any lack of conformity, he must establish it. In English and Egyptian laws, the buyer has the right of examination of the object of sale contract at the time of delivery of goods. If the goods lack contractual characteristics, he must ask the court to examine the goods. Finally, the burden of proof in English law in case of any non-conformity is on the buyer, and the establishment of the features of object sold in Egyptian law is on the buyer.

**Keywords:** Sale of Generic Goods, Generic Object of Sale Contract, Dispute on Ascertaining of Object Sale Contract, Right of Examination.



## Discovery of Third-Party Entitlement as to Dowry After Death of Husband: Ways of Demanding Dowry and Damages Sustained

Atefeh Zabihi · PhD in Private Law, Faculty of Islamic Studies and Law, Imam Sadiq University, Tehran, Iran. a.zabihi@isu.ac.ir

### Abstract

In permanent marriage, wherein the dowry of wife is defined as a specific and non-transferrable immovable property, and after the death of husband, it is discovered that the dowry belongs to another person, making a substitute for the dowry is put on the deceased's heirs. However, uncertainties regarding the valuation of the property and the extent of recoverable damages, such as issues pertaining to the time of property valuation and the possibility of claiming damages resulting from devaluation emerge. The current research, following the silence of Iranian lawmaker, by virtue of jurisprudential texts and using an analytical-descriptive method scrutinizes the aforementioned matters. A comparative study of the aspects and consequences of the subject based on the foundations and rulings of similar matters such as responsibility against non-belonging of subject matter or price of contract and unauthorized contracts, and taking into account other jurisprudential and legal instruments, it is concluded that the day on which the husband becomes debtor for the dowry substitute coincidences with the day on which the real owner of the property does not affirm the allocation of the property to the wife. Concerning the possibility of seeking compensation by wife, in cases where the due date is different from the date on which the husband became debtor accompanied by devaluation, only damages incurred by the wife will be recoverable in accordance with Articles 515 and 522 of the Code of Civil Procedure and are limited to those losses sustained during the husband's lifetime.

**Keywords:** Dowry, Dowry Replacement, Permanent Marriage, Date of Dowry Payment, Currency Depreciation.



## The Nordic Approach, Emerging Corporate Governance Regime; A Comparative Study of Scandinavian Countries and Iranian Law

Hossein Abedini • Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Meybod University, Meybod, Iran. (Corresponding Author) [abedini@meybod.ac.ir](mailto:abedini@meybod.ac.ir)

Seyyed Mohammad Reza Tarashioun • LLM Student in Private Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Meybod University, Meybod, Iran. [www.sayed125@gmail.com](http://www.sayed125@gmail.com)

### Abstract

Distinct encounters with the concept of "Corporate Governance Regime" have given rise to diverse perspectives. Prior studies in Iran guided us towards the prevalent approaches, namely "Anglo-American" and "Continental European," followed by "East Asian." However, in the last two decades in Scandinavian countries, the "Nordic Approach" (semi-dualistic) has emerged from within the "Continental European" framework. Its primary tenets include reliance on the "Stakeholder Theory," "Controlling Shareholder," and "Employee Participation in the Board of Directors," with distinctive features such as "Concentrated Ownership," "Semi-Dual Board," "Bank-Centric Financial Provision," and "High Financial Transparency" serving as its key indicators. Consequently, this research seeks to explore the distinctions and commonalities of the "Corporate Governance Regime" in the Nordic approach and Iranian law through a comparative study and an analytical-descriptive methodology.

Despite noteworthy theoretical and practical efforts in Iranian law to elucidate and actualize the "Corporate Governance Regime" by issuing directives and mandatory regulations for joint-stock companies active in the stock exchange market by the Securities and Exchange Organization's board of directors, the absence of coherent, unitary regulations in this regard has posed challenges for joint-stock companies and their supervision. The elucidation of the "Nordic Approach" in this research, with the aforementioned features, suggests, for the first time in Iranian law, the proposal of regulations aligned with "The Future Law of Commercial Companies" that allocate independent sections to the corporate governance regime. This includes recommendations such as "structural alterations to the board of directors and the establishment of a supervisory body, incorporating shareholders and employees to enhance employee rights," "increasing incentives for the active presence of joint-stock companies in the stock market," aiming to secure more financial resources through the market itself rather than relying solely on entities such as banks, and "incorporating transparency requirements into the regulations of the stock exchange's independent section from the law."

**Keywords:** Nordic Approach, Stakeholder-Centric Approach, Board Structure, Financial Transparency, Concentrated Ownership.



## Conceptual Exploration of 'Revival of Public Rights' through a Comparative Study of Public Interest Lawsuits

Mohammad Hasan Kabgani · PhD Student in Public law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran. (Corresponding Author) [hasankabgani@gmail.com](mailto:hasankabgani@gmail.com)

Mostafa Mansourian · Assistant Professor, Department of Public Law, Faculty of Judicial Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran. [mansourian@ujsas.ac.ir](mailto:mansourian@ujsas.ac.ir)

Fatemeh Afshari · Assistant Professor, Judiciary Research Institute, Tehran, Iran. [afshari399@jri.ac.ir](mailto:afshari399@jri.ac.ir)

### Abstract

The notion of the "Revival of Public Rights" has always been a controversial topic in legal doctrines and judicial practice. Public rights and their instances on one side, and the concept of revival on the other, constitute the core of this divergence. This ambiguity has intensified with the emergence of new social developments, necessitating the anticipation of innovative methods to ensure public interest more prominently. The necessity to sue environmental violations, capital market misconduct, problems related to the quality of automobiles, and over the recent years calamities arising from the COVID-19 pandemic are among the factors that have posed discussions related to the revival of public rights and judicial methods to guarantee public benefit. While discussions on judicial guarantees of public interest in our legal system are of less enrichment, in legal systems of other countries, it has been extensively elaborated. Public interest law and the associated topics, such as public interest lawsuits, position, and rights admissible in these lawsuits, are closely linked to the concept of revival of public rights. This article, by employing a descriptive-analytical method and utilizing library data, along with interviews with most of provincial prosecutors and their practices, aims to remove ambiguities associated with the concept of public rights and its revival through comparative data analysis, with a focus on common law systems. Based on the findings of this research, public rights should be interpreted as rights without any limited beneficiaries, and retrieval, in terms of nature, signifies the concept of supervision and is equivalent to the non-criminal authorities of prosecutors.

**Keywords:** Public Interest, Public Rights, Transpersonal Rights, Prosecutor, Class Action.



## Non-Establishment of Misrepresentation by Silence and Abstention from Disclosing Defects at the time of Making Contract: A Study in Imamiya Jurisprudence and Iranian Civil Law

Eghbal Ali Mirzaei · Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Humanities and Social Sciences, University of Kurdistan, Sanandaj, Iran. e.alimirzaei@uok.ac.ir

### Abstract

Iranian Civil Code does not explicitly address the occurrence of misrepresentation by silence. According to Article 438 of this Act, those 'Operations' that lead to deception are generally considered as misrepresentation. Some legal scholars believe that deceptive operations are occurred by a commission of an act, or an omission. Others include intentional silence as a part of these Operations. A similar divergence exists among Imamiya jurists. Some argue that 'concealing a defect' is established through actions that demonstrate the non-deficiency in the the subject matter of the contract. Others contend that, if there is an awareness as to the defect, then silence and abstention from disclosing the defect will amount to the concealment of the defect, and consequently 'misrepresentation'. Most jurists base the religious ruling of silence and non-disclosure of defects on the principles of deception and misrepresentation. However, some others find it challenging to apply the customary concept of deception to silence, as deceit and fraud typically occurs by deceptive actions. Moreover, the existence of an intent to deceive and the bad faith of the silent party are not customarily proved. Particularly, what has been prohibited in narratives related to deception involves doing deceptive activities such as mixing the subject matter of the transaction with other things. This article critically examines and evaluates the above perspectives, concluding that the proponents of establishing misrepresentation by silence lack convincing reasons. Additionally, a careful examination of the theoretical foundations of their position reveals that relying on misrepresentation in the cases of silence lacks substantial support, but a jurisprudential reputation. Especially, the religious prohibition of silence and non-disclosure of defects have not been established before many Imamiya jurists. Ultimately, it became evident that the existence of the 'option of defect' as a 'postural ruling' for silence and abstention from disclosing defects is acceptable in Imamiya jurisprudence.

**Keywords:** Misrepresentation, Deceptive Operations, Silence, Abstention from Disclosing Defects, Option of Defect.



## Parliamentary Political Supervision of Ministers in the Mashrooteh (Constitutional) Era and the Islamic Republic Regime

Ali Mohammad Fallahzadeh · Associate Professor, Department of Public and International Law, Faculty of Law and Political Sciences, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran. fallahzadeh@atu.ac.ir

Mazyar Khademi · PhD Student in Public law, Faculty of Law and Political Sciences, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran. (Corresponding Author) mazyarkhademii@gmail.com

### Abstract

In parliamentary regimes, principally parliament has the authority to remove political officials from office due to violation of laws or failure in execution of governmental duties. Mechanisms of political supervision of ministers include notification, questioning, and impeachment. This article employs a descriptive-analytical method, by using library sources, to examine the subject of formality for the political supervision of ministers under the legal system of Islamic Republic of Iran and the Mashrooteh (Constitutional) era. Comparative analysis and historical evolution of this topic pose the question of which system, either the Mashrooteh (Constitutional) or Islamic Republic, has had a more dignified approach to the formality of political supervision of ministers by taking into account the legal, cultural, and historical background of Iran?

The outcome of this research demonstrates that in the mechanisms of notification and questioning, the current political system, contrary to the Mashrooteh (Constitutional) one, has systematically and rationally provided rules governing the application of these parliamentary competencies. On the other hand, in impeachment mechanism, limiting the Members of Parliament to propose it in specific cases, and the effective and accurate examination by Commission had turned the impeachment process into a reasonable and efficient formality during the Mashrooteh (Constitutional) Era, while, in the Islamic Republic system, the quorum for proposing impeachment, the ease of the application of impeachment process, and the broad scope of impeachable subjects have posed notable challenges.

**Keywords:** Parliamentary Regime, Parliamentary Supervision of Ministers, notification, Question, Impeachment.



## Analysis of Ijtihad Requirement in Adjudication with an Emphasis on the Element of Law

Ehsan Babaei · Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of  
Judicial Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran.  
ehsanbabaei@ujsas.ac.ir

### Abstract

According to the famous (in the meaning of prevailing) view of jurists, 'Ijtihad' is a prerequisite for making judicial decisions. Some others permit the adjudication by non-Mujtahid judges. Although both sides of arguments are based on reasoning with references to the Qur'an and the Sunnah, there is an objection to the way of reasoning of both sides, since they have been made in the absence of the analysis of practical process of adjudication and in the ignorance of the element of 'codified law'. The establishment of the regime of Islamic Republic of Iran and legislative process based on Sharia standards indicates a transformation in the subject of adjudication, requiring reconsideration and reexamination of Ijtihad requirement in the light of such a transformation. The current article reviews the common jurisprudential arguments on Ijtihad requirement for adjudication and analyses its process and stages. Then, with an emphasis on the extent of the influence that religious rulings have on law and human measures, with taking into account the nature of Ijtihad and comparing it with the nature of dispute resolution, accompanied by the consideration of certain requirements of judicial system, such as the uniformity of judicial practices, it will ultimately reinforce the perspective that is in favor of non-necessity of Ijtihad in making judicial decisions.

**Keywords:** Ijtihad, Adjudication, Dispute Resolution, Codified Law, Judicial Order.



## Article Directory

- **Analysis of Ijtihad Requirement in Adjudication with an Emphasis on the Element of Law** ..... 195
  - Ehsan Babaei
- **Parliamentary Political Supervision of Ministers in the Mashrooteh (Constitutional) Era and the Islamic Republic Regime** ..... 225
  - Ali Mohammad Fallahzadeh & Maziyar Khademi
- **Non-Establishment of Misrepresentation by Silence and Abstention from Disclosing Defects at the time of Making Contract: A Study in Imamiya Jurisprudence and Iranian Civil Law** ..... 255
  - Eghbal Ali Mirzaei
- **Conceptual Exploration of 'Revival of Public Rights' through a Comparative Study of Public Interest Lawsuits** ..... 285
  - Mohammad Hasan Kabgani, Mostafa Mansourian & Fatemeh Afshari
- **The Nordic Approach, Emerging Corporate Governance Regime; A Comparative Study of Scandinavian Countries and Iranian Law** ..... 317
  - Hossein Abedini & Seyyed Mohammad Reza Tarashioun
- **Discovery of Third-Party Entitlement as to Dowry After Death of Husband: Ways of Demanding Dowry and Damages Sustained** ..... 339
  - Atefeh Zabihi
- **Ways of Ascertaining Object of Sale Contract in Sale of Generic Goods and Solving Disputes: A Comparative Study of Iranian, English and Egyptian Laws** ..... 361
  - Rasoul Ahmadi Far
- **The preferences of adopting the Fatwa of the Leader as a standard Fatwa in legislation, with emphasis on the opinions of the Iranian Guardian Council** ..... 385
  - Vahid Heydari & Mohammad Reza Asghari Shoorestani



In the Name of Allah, The Compassionate, The Merciful

# Islamic Law <sup>60</sup> Research Journal

The Quarterly Journal of Islamic Law Research  
24<sup>th</sup> Year | Second Issue | Serial No. 60 | Summer 2023

- **Publisher:** Imam Sadiq University
- **Director-in-Charge:** Salman Emrani | Assistant Professor | Criminal Law & Criminology | Imam Sadiq University
- **Editor-in-Chief:** Nejad Ali Almasi | Professor | Private Law | University of Tehran
- **English Text Editor:** Taher Habibzadeh | Assistant Professor | Private Law | Imam Sadiq University
- **Director-in-Chief:** Mojtaba Ashoori
- **Editorial Board (in Academic Rank & Persian Alphabetical Order)**

Nejad Ali Almasi ..... Professor | Private Law | University of Tehran  
Vali Rostami ..... Professor | Public Law | University of Tehran  
Seyyed Hosein Safaei ..... Professor | Private Law | University of Tehran  
Ali Gholami ..... Professor | Criminal Law & Criminology | Imam Sadiq University  
Abbas Karimi ..... Professor | Private Law | University of Tehran  
Farid Mohseni ..... Professor | Criminal Law & Criminology | University of Judicial Sciences & Administrative Services  
Seyyed Fazlollah Moosavi ..... Professor | International Law | University of Tehran  
Tavakkol Habibzadeh ..... Associate Professor | International Law | Imam Sadiq University  
Mohammad Roshan ..... Associate Professor | Private Law | Shahid Beheshti University  
Seyyed Mostafa Sa'adat Mostafavi ..... Associate Professor | Private Law | Imam Sadiq University

• Validated: as a "Scientific Journal"  
License No. 3/196191 dated 2012/12/12 issued by  
The Ministry of Science, Research, & Technology.

• First Released: Winter 2000  
License No. 17260 dated 2000/11/27 issued by  
The Ministry of Culture & Islamic Guidance.

• This journal was released under the title of "Andishe-ye-Sadeq" from the first issue to the twenty-fourth issue, from the twenty-fifth to the thirty-first issue under the title of "Islamic Studies and Law", & from the thirty-second issue to the present under the title of "Islamic Law Research".

• The release frequency of the journal has been "periodical" from the first to the twenty-fourth issue, then "bi-annual" from the twenty-fifth to the fifty-fourth issue, and in accordance with the license obtained from The Ministry of Culture & Islamic Guidance, it has been released as "quarterly" since the fifty-fifth issue so far.

The articles of The Journal of Islamic Law Research are indexed in the following databases:

<a href="http://www.isc.ac">www.isc.ac</a>	<a href="http://www.ensani.ir">www.ensani.ir</a>
<a href="http://www.sid.ir">www.sid.ir</a>	<a href="http://www.noormags.ir">www.noormags.ir</a>
<a href="http://www.doaj.org">www.doaj.org</a>	<a href="http://www.magiran.com">www.magiran.com</a>
<a href="http://www.academia.edu">www.academia.edu</a>	<a href="http://www.iranjournals.nlai.ir">www.iranjournals.nlai.ir</a>
<a href="https://scholar.google.com">scholar.google.com</a>	<a href="http://www.linkedin.com">www.linkedin.com</a>
<a href="http://www.civilica.com">www.civilica.com</a>	<a href="http://www.search.ricest.ac.ir">www.search.ricest.ac.ir</a>

Website Address: <https://ilr.isu.ac.ir> | E-mail Address: [ilrisu@yahoo.com](mailto:ilrisu@yahoo.com)

Postal Address: Imam Sadiq University, Shahid Chamran Expressway, Tehran, Iran. P.O.Box: 14655-159

Scientific Management: Faculty of Islamic Studies and Law. Phone No: +98 (21) 88385118

Technical Management: Research and Technology Deputy. Phone No: +98 (21) 88094915

Access and reissue of the articles is Open in accordance with the (CC BY-NC 4.0).

The articles do not necessarily express the views of the publisher university.

Printing House: Imam Sadiq University Press | 212 Pages

Price: 1,750,000 Rials





Imam Sadiq University  
Faculty of Islamic Studies & Law

The Quarterly

# Journal of Islamic Law Research

# 60

24<sup>th</sup> Year | Second Issue | Serial No. 60  
Summer 2023

- **Analysis of Ijtihad Requirement in Adjudication with an Emphasis on the Element of Law**  
Ehsan Babaei
- **Parliamentary Political Supervision of Ministers in the Mashrooteh (Constitutional) Era and the Islamic Republic Regime**  
Ali Mohammad Fallahzadeh | Maziyar Khademi
- **Non-Establishment of Misrepresentation by Silence and Abstention from Disclosing Defects at the time of Making Contract: A Study in Imamiya Jurisprudence and Iranian Civil Law**  
Eghbal Ali Mirzaei
- **Conceptual Exploration of 'Revival of Public Rights' through a Comparative Study of Public Interest Lawsuits**  
Mohammad Hasan Kabgani | Mostafa Mansourian | Fatemeh Afshari
- **The Nordic Approach, Emerging Corporate Governance Regime; A Comparative Study of Scandinavian Countries and Iranian Law**  
Hossein Abedini | Seyyed Mohammad Reza Tarashioun
- **Discovery of Third-Party Entitlement as to Dowry After Death of Husband: Ways of Demanding Dowry and Damages Sustained**  
Atefeh Zabihi
- **Ways of Ascertaining Object of Sale Contract in Sale of Generic Goods and Solving Disputes: A Comparative Study of Iranian, English and Egyptian Laws**  
Rasoul Ahmadi Far
- **The preferences of adopting the Fatwa of the Leader as a standard Fatwa in legislation, with emphasis on the opinions of the Iranian Guardian Council**  
Vahid Heydari | Mohammad Reza Asghari Shoorestani

