



دانشگاه امام صادق  
دانشکده معارف اسلامی و حقوق

فصلنامه علمی

# پژوهش‌ها در حقوق اسلامی

سال بیست و پنجم | شماره اول | پیاپی ۶۳ | بهار ۱۴۰۳

۶۳

## مالکیت مُرّاعی؛ مفهوم و مصادیق

سیدمصطفی محقق داماد | علی ساعتچی | محمدهادی جواهر کلام

## تبیین نسبت «قاعده طلایی» با مسئولیت مدنی

عباس میرشکاری | فاطمه رضانی

## بررسی انتقادی «اشتباه» در حقوق مدنی ایران، بر اساس نظریه مشترک لفظی بودن «اشتباه» بین نظام حقوقی فرانسه و فقه امامیه

عطاءالله بیگدلی

## ارزیابی تطبیقی مجازات «حبس» در حقوق کیفری مدرن و فقه امامیه

محسن سعیدی ابواسحق | عبدالله بهمن پوری | سیدمهدی جوکار

## ولایت فقیه و حدود اختیارات آن در اندیشه شهید دکتر بهشتی با نگاهی به قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

هادی طحان نظیف | محمدصادق داربوند

## تحلیلی بر ماهیت اساسنامه‌های مصوب دولت و کیفیت نظارت بر آن

علی صابری | غلامرضا مولایی | حسین محمدی احمدآبادی

## خاستگاه قانون در اسلام؛ با نگاهی به شواهد قرآنی نظریه قانون طبیعی

علی انصاری بایگی | علی جلائیان اکبرنیا | محسن انصاری بایگی

## جستاری فقهی در خلاء قانونی مسئولیت کیفری قتل در ادای شهادت دروغ؛ از انحصار مسئولیت تا تشریک

طه زرگریان



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

IN THE NAME OF GOD,  
THE MOST GRACIOUS, THE MOST MERCIFUL

# پژوهش‌نامه حقوق اسلامی ۶۳

سال بیست و پنجم • شماره اول • پیاپی ۶۳

بهار ۱۴۰۳

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 بین‌الملل خصوصی | دانشگاه تهران

ویراستار انگلیسی • طاهر حبیب‌زاده | استادیار | حقوق مالکیت فکری | دانشگاه امام صادق علیه السلام

مدیر نشریه • مجتبی عشوری

اعضای هیأت تحریریه

• اعضای داخلی •

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 عمومی | دانشگاه تهران

توکل حبیب‌زاده | دانشیار | حقوق بین‌الملل عمومی | دانشگاه امام صادق علیه السلام

محمد روشن | دانشیار | حقوق خصوصی | دانشگاه شهید بهشتی

سیدمصطفی سعادت مصطفوی | دانشیار | حقوق خصوصی | دانشگاه امام صادق علیه السلام

• اعضای بین‌المللی •

احمد ابوالوفاء محمد حسن | استاد | حقوق بین‌الملل عمومی | دانشگاه قاهره | مصر

احمد عاطف احمد | استاد | حقوق اسلامی | دانشگاه کالیفرنیا، سانتا باربارا | ایالات متحده آمریکا

علی عبدالعالی خشان الأسدی | استاد | حقوق خصوصی | دانشگاه بصره | عراق

سیدحسام‌الدین سیداصفهان‌ی | استاد | حقوق جزا و جرم‌شناسی | دانشگاه مونکتون | کانادا

محمد علوم محمد العقابی | استاد | حقوق عمومی | دانشگاه بغداد | عراق

عمار کریم کاظم الفتلاوی | استاد | حقوق خصوصی | دانشگاه کوفه | عراق

اصغر علی بن علی محمد | استاد | حقوق خصوصی | دانشگاه بین‌المللی اسلامی مالزی | مالزی

ولید علی ماهر مرسی | استاد | حقوق تجارت | دانشگاه حلوان | مصر

احمد سامی مرهون المعموری | استاد | حقوق تجارت | دانشگاه کوفه | عراق

علی وردک | استاد | حقوق جزا و جرم‌شناسی | دانشگاه ولز جنوبی | بریتانیا

طارق جمعه السید راشد | دانشیار | حقوق مالکیت فکری | دانشگاه قطر | قطر

حمیدرضا یونسی | استادیار | حقوق تجارت بین‌الملل | دانشگاه یورک | بریتانیا

اعتبار نشریه • واجد اعتبار «نشریه علمی»

مجوز شماره ۳/۱۹۶۱۹۱ مورخ ۱۳۹۱/۰۹/۲۲

وزارت علوم، تحقیقات و فناوری

آغاز انتشار • زمستان ۱۳۷۹

مجوز شماره ۱۷۲۶۰ مورخ ۱۳۷۹/۰۹/۰۷

وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی

• بانک‌ها و نمایه‌نامه‌ها •


• اطلاعات کتابشناختی •

شاپا الکترونیکی: ۶۶۷۳-۲۵۸۸	شاپا چاپی: ۹۸۵۸-۲۲۵۱
نوع داوری: داوری همتا   دو سو ناشناس	حوزه موضوعی: دانش حقوق با رویکرد اسلامی
نحوه دریافت مقالات: صرفاً از طریق وبگاه	دوره انتشار: فصلنامه
نشانی پست الکترونیک نشریه: <a href="mailto:ilrisu@yahoo.com">ilrisu@yahoo.com</a>	نشانی وبگاه اختصاصی نشریه: <a href="https://ilr.isu.ac.ir">https://ilr.isu.ac.ir</a>
این نشریه از شماره یکم تا بیست و چهارم به صورت «گاه‌نامه»، از شماره بیست و پنجم تا پنجاه و چهارم با تناوب «دوفصلنامه»، و از شماره پنجاه و پنجم مطابق با مجوز اخذ شده از وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، با تناوب «فصلنامه» منتشر شده است.	این نشریه از شماره یکم تا بیست و چهارم با عنوان «اندیشه‌ی صادق»، 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.
نشانی پستی: ایران، تهران، بزرگراه شهید چمران، دانشگاه امام صادق علیه‌السلام. صندوق پستی: ۱۴۶۵۵-۱۵۹	
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 باز نشر با رعایت ضوابط (CC BY-NC 4.0) آزاد است.	
مقالات این فصلنامه لزوماً بیان‌کننده دیدگاه دانشگاه صاحب امتیاز نخواهد بود.	
چاپخانه: انتشارات دانشگاه امام صادق علیه‌السلام   ۲۳۴ صفحه	

بها: ۱,۷۵۰,۰۰۰ ریال



## فهرست مقالات

- ۱ ..... مالکیت مراعی؛ مفهوم و مصادیق | مقاله پژوهشی  
• سیدمصطفی محقق داماد، علی ساعتچی و محمدهادی جواهرکلام
- ۳۳ ..... تبیین نسبت «قاعده طلایی» با مسئولیت مدنی | مقاله پژوهشی  
• عباس میرشکاری و فاطمه رضانی
- ۶۳ ..... بررسی انتقادی «اشتباه» در حقوق مدنی ایران، بر اساس نظریه مشترک لفظی بودن «اشتباه» بین  
نظام حقوقی فرانسه و فقه امامیه | مقاله پژوهشی  
• عطاءالله بیگدلی
- ۹۵ ..... ارزیابی تطبیقی مجازات «حبس» در حقوق کیفری مدرن و فقه امامیه | مقاله پژوهشی  
• محسن سعیدی ابواسحق، عبدالله بهمن پوری و سیدمهدی جوکار
- ۱۲۷ ..... ولایت فقیه و حدود اختیارات آن در اندیشه شهید دکتر بهشتی با نگاهی به قانون اساسی جمهوری  
اسلامی ایران | مقاله پژوهشی  
• هادی طحان نظیف و محمدصادق داریوند
- ۱۶۳ ..... تحلیلی بر ماهیت اساسنامه‌های مصوب دولت و کیفیت نظارت بر آن | مقاله پژوهشی  
• علی صابری، غلامرضا مولاییگی و حسین محمدی احمدآبادی
- ۱۹۳ ..... خاستگاه قانون در اسلام؛ با نگاهی به شواهد قرآنی نظریه قانون طبیعی | مقاله ترویجی  
• علی انصاری بایگی، علی جلائیان اکبرنیا و محسن انصاری بایگی
- ۲۱۵ ..... جستاری فقهی در خلاء قانونی مسئولیت کیفری قتل در ادای شهادت دروغ؛ از انحصار مسئولیت تا  
تشریح | مقاله ترویجی  
• طه زرگریان

## Mora'a Ownership; Definition and Instances

Seyyed Mostafa Mohaghegh Damad · Professor, Department of Islamic Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran. [m\\_mohaghegh@sbu.ac.ir](mailto:m_mohaghegh@sbu.ac.ir)

Ali Saatchi · Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran. (Corresponding Author) [alisaatchi@um.ac.ir](mailto:alisaatchi@um.ac.ir)

Mohammad Hadi Javaherkalam · Assistant Professor, Department of Private and Economic Law, Faculty of Law and Political Science, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran. [javaherkalam@atu.ac.ir](mailto:javaherkalam@atu.ac.ir)

### Abstract

#### 1. Introduction

Ownership, a cornerstone of legal systems worldwide, delineates the relationship between individuals and their property under the purview of the law. In Islamic jurisprudence, this relationship is imbued with specific principles and interpretations, reflecting a nuanced understanding of property rights. Among the varied conceptions of ownership, the notion of Mora'a ownership emerges as a distinctive yet underexplored facet. While conventional forms of ownership, such as established and precarious ownership, have been extensively studied, Mora'a ownership remains relatively obscure, necessitating a focused inquiry into its nature, instances, and legal implications.

#### 2. Research Question

The fundamental inquiry guiding this study pertains to the scope and characteristics of Mora'a ownership within the framework of Islamic jurisprudence and Iranian civil law. Specifically, the research seeks to elucidate whether ownership, traditionally categorized as stable or precarious, encompasses additional modalities, including Mora'a ownership. By examining the conceptual underpinnings and practical manifestations of Mora'a ownership, the study aims to discern its unique features and distinguish it from other forms of ownership.



### **3. Research Hypothesis**

Building upon existing scholarship and jurisprudential insights, the research posits that alongside conventional paradigms of ownership, such as established and precarious ownership, Mora'a ownership constitutes a distinct category with its own defining characteristics. Contrary to prevalent assumptions, Mora'a ownership transcends the binary framework of stability and precarity, offering a nuanced understanding of property rights within Islamic legal traditions. Through a systematic analysis of legal texts, judicial decisions, and scholarly discourse, the hypothesis contends that Mora'a ownership manifests in diverse contexts, necessitating a comprehensive examination to grasp its implications fully.

### **4. Methodology & Framework, if Applicable**

This research adopts a primarily doctrinal approach, drawing upon Islamic jurisprudence, Iranian civil law, and legal scholarship to explicate the concept of Mora'a ownership. Utilizing a comparative methodology, the study juxtaposes Mora'a ownership with established legal doctrines and precedents, elucidating its distinguishing features and implications. Furthermore, the research incorporates a contextual analysis of relevant judicial decisions and legislative provisions, providing insights into the practical application of Mora'a ownership within the contemporary legal landscape. By synthesizing doctrinal analysis with contextual inquiry, the study endeavors to offer a comprehensive understanding of Mora'a ownership and its significance within legal theory and practice.

### **5. Results & Discussion**

The examination of Mora'a ownership reveals distinct characteristics that differentiate it from other forms of ownership, such as precarious, temporary, and contingent ownership. While precarious ownership entails the possibility of termination under specific conditions, Mora'a ownership denotes a unique scenario where ownership, although established, may cease retroactively due to impediments that invalidate its inception. This distinction is crucial, as it elucidates the nature of ownership rights and obligations, particularly concerning the vesting of benefits.

In Islamic Sharia and Iranian legislation, various instances of Mora'a ownership are explicitly identified, underscoring its relevance within legal frameworks. For instance, inheritance rights and the wife's share of

her husband's immovable property are deemed as Mora'a ownership, as per specific provisions in the Iranian Civil Code. Additionally, fetal ownership concerning inheritance and the wife's entitlement to alimony exemplify scenarios where ownership status is contingent upon specific circumstances, thereby aligning with the principles of Mora'a ownership.

Furthermore, recent legal precedents, such as the Iran Supreme Court Decision No. 810 - 1400 SH, reinforce the applicability of Mora'a ownership in contemporary jurisprudence. This ruling, which recognizes subsequent buyers' ownership despite contractual contingencies, underscores the retroactive effect of Mora'a ownership in contractual relationships, thereby expanding its scope beyond traditional interpretations.

However, certain misconceptions persist among legal scholars regarding the classification of ownership instances, leading to erroneous categorizations of Mora'a ownership as precarious ownership. To rectify such misunderstandings, it is imperative for legal practitioners and scholars to adhere to the delineated criteria and accurately apply the concept of Mora'a ownership to analogous scenarios. Moreover, voluntary and contractual instances, such as conditional contracts and suspended sales, underscore the potential for Mora'a ownership to arise in diverse legal contexts, further substantiating its significance within legal theory and practice.

## **6. Conclusion**

In conclusion, the study of Mora'a ownership illuminates a nuanced dimension of property rights within Islamic jurisprudence and Iranian law. Defined as ownership established but subsequently invalidated due to inherent obstacles, Mora'a ownership necessitates careful consideration to distinguish it from similar concepts such as precarious ownership, temporary ownership, and contingent ownership. The delineation of Mora'a ownership instances, including inheritance rights, spousal entitlements, and contractual contingencies, underscores its practical relevance within legal frameworks.

To prevent confusion and foster a coherent understanding of property rights, it is imperative for legal scholars and practitioners to accurately apply the principles and implications of Mora'a ownership to relevant legal scenarios. By enriching and consolidating this indigenous theory within the legal system, stakeholders can ensure the equitable



administration of justice and uphold the integrity of property rights in Islamic and Iranian legal contexts.

**Keywords:** Mora'a Ownership, Uncertain Ownership, Temporary Ownership, Mora'a Situation, Instances of Ownership.

## مالکیت مراعی؛ مفهوم و مصادیق

سیدمصطفی محقق داماد • استاد، گروه حقوق اسلامی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.  
m\_mohaghegh@sbu.ac.ir

علی ساعتچی • استادیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران.  
alisaatchi@um.ac.ir (نویسنده مسئول)

محمدهادی جواهرکلام • استادیار، گروه حقوق خصوصی و اقتصادی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران.  
javaherkalam@atu.ac.ir

### چکیده

در پژوهش حاضر، مفهوم و مصادیق «مالکیت مراعی» و مهم‌ترین احکام و آثار آن، با روش توصیفی تحلیلی، از منظر فقه امامیه و حقوق ایران مورد مطالعه قرار گرفته است. در تحقیق پیش‌رو با این پرسش‌ها مواجه بودیم که مفهوم مالکیت مراعی چیست و با مفاهیم مشابه، نظیر مالکیت متزلزل، مالکیت موقت و مالکیت معلق چه وجوه افتراقی دارد؟ به علاوه، مهم‌ترین مصادیق مالکیت مراعی در نظام فقهی و حقوقی کدام است؟ وانگهی، چه احکام و آثاری بر مالکیت مراعی بار می‌شود و سبب تمایز آن از مفاهیم مشابه می‌گردد؟ پس از مطالعه گسترده در فقه امامیه و حقوق مدنی ایران، این نتیجه حاصل شد که مالکیت مراعی بدان معناست که قطعی شدن مالکیت منتقل‌الیه، منوط به تعیین تکلیف یک وضعیت احتمالی دیگر است؛ بدین نحو که با منتفی شدن مانع احتمالی کشف می‌شود که انتقال‌گیرنده از آغاز مالک مال بوده است و با اثرگذاری مانع، معلوم می‌گردد که هیچ‌گاه منتقل‌الیه ظاهری، مالک مال مورد انتقال نشده است؛ چنانکه ماده ۸۷۸ قانون مدنی ایران مالکیت مراعی را در همین معنا به‌کار برده است. بدین ترتیب، تفاوت مالکیت مراعی با مفاهیم مشابه، به‌ویژه مالکیت متزلزل آشکار می‌شود. مهم‌ترین مصادیق قانونی یا شرعی مالکیت مراعی عبارت است از: مالکیت ورثه نسبت به ترکه پیش از ادای دیون مورث، مالکیت ورثه نسبت به ترکه غیرمنقول معادل سهم زوجه متوفی، مالکیت حمل نسبت به ترکه یا موصی‌به، مالکیت زن نسبت به نفقه، مالکیت خریداران بعدی در بیع متضمن احدی از خیارهای قراردادی، مالکیت خریداران بعدی حصه مشاع پیش از اخذ به شفعه توسط شفیع، مالکیت عامل و مالک در عقد مضاربه و النهایه مالکیت مغضوب‌عنه در بدل حیلولة. همچنین نمونه‌های بارز مالکیت مراعی با منشأ ارادی و قراردادی، شامل بیع معلق، خیار شرط و شرط فاسخ است، اگر طبق توافق اثر قهقرایی برای آنها مقرر شده باشد. لذا پیشنهاد می‌شود ضمن پرهیز از اختلاط مفاهیم، دکتترین حقوقی و رویه قضایی، بر اساس ضابطه پیش‌گفته، مالکیت مراعی را بر مصادیق مشابه دیگر، با احکام و آثار یادشده، تطبیق داده و اعمال نمایند.

واژگان کلیدی: مالکیت مراعی، مالکیت متزلزل، مالکیت موقت، وضعیت مراعی، مصادیق مالکیت.



#### مقدمه

مالکیت رابطه‌ای است میان شخص و شیء (مال) که قانون آن را معتبر می‌شناسد و به موجب آن، مالک این حق را دارد که نفع لازم را از مال ببرد و کسی از عمل او جلوگیری نکند. اندیشمندان فقهی تعریف‌های گوناگون و متعددی از مفهوم مالکیت ارائه داده‌اند (جزایری، بی‌تا، ص. ۱۱۴)، اما دیدگاه مشهور این است که مراد از مالکیت، رابطه اعتباری میان مال و شخص است. به عبارت دیگر، حقیقت مالکیت، اعتباری عقلایی است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص. ۵۴). در این مفهوم، عقلا و خردمندان میان شخص و مالی که در اختیار او قرار دارد و متعلق به اوست، رابطه‌ای را اعتبار می‌کنند که منشأ تسلط و احاطه وی بر آن است (خویی، بی‌تا، ج ۲، ص. ۴۴). باین حال، رابطه اعتباری یادشده با توجه به منشأ حقوقی آن ممکن است اقسام مختلفی داشته باشد؛ در بیشتر مواقع، مراد از مالکیت، گونه «مستقر» و تثبیت شده آن است. به این معنا که ملکیت به صورت دائمی و مستقرشده برای شخص مالک وجود دارد، اما در پاره‌ای موارد مالکیت ممکن است مستقر نباشد، بلکه به صورت «متزلزل» برای مالک ایجاد شود و هر زمان امکان گسیختن آن وجود داشته باشد.

پرسش بنیادینی که در این زمینه طرح می‌شود، این است که آیا مالکیت تنها به دو صورت مستقر و متزلزل ایجاد می‌شود یا اینکه گونه دیگری از مالکیت در کنار صورت‌های یادشده متصور است؟ پژوهش حاضر درصدد تبیین و اثبات این مهم است که مالکیت محدود به تقسیم‌بندی بالا نیست، بلکه در کنار اقسام یادشده باید از مالکیت «مراعی» نیز یاد کرد؛ موضوعی که با وجود بررسی تفصیلی آن در متون فقهی به صورت پراکنده و ذیل ابواب گوناگون، به طور شایسته و نظام‌مند در حقوق ایران مورد مطالعه قرار نگرفته و تاکنون نیز پژوهش مستقلی با این عنوان ارائه نشده است؛ زیرا درباره «مالکیت مراعی» به‌ویژه ارائه مفهومی جامع و مانع از آن و ترسیم مرزهای دقیق آن با مفاهیم مشابه (مانند مالکیت متزلزل، مالکیت معلق و مالکیت موقت) و نیز ارائه مهم‌ترین مصادیق مالکیت مراعی و احکام و آثار عمده آن (به‌خصوص وضعیت مالکیت منفعت) تحقیق و مطالعه منسجمی صورت نگرفته است. این در حالی است که برای جلوگیری از اختلاط مفاهیم و بار کردن احکام و آثار درست هر نهاد حقوقی بر آن، شناخت دقیق مفهوم مالکیت مراعی و تبیین مصادیق و احکام مهم آن ضروری می‌نماید؛ به‌ویژه که قانون مدنی نیز در پاره‌ای مواد (مانند ماده ۸۷۸) اصطلاح مالکیت مراعی را به کار برده است بدون اینکه مفهوم دقیق

و نیز احکام و آثار آن روشن باشد.

پیشینه تحقیق: موضوع مقاله حاضر با پژوهش‌هایی که پیش از این در قالب «وضعیت حقوقی مراعی» صورت گرفته است، تفاوت آشکاری دارد؛ زیرا موضوع نوشتار کنونی مرتبط با حوزه حقوق اموال و تلاش شده است تا تقسیم‌بندی جدیدی از «مالکیت» در حقوق ایران ارائه شود؛ تقسیمی که در فقه امامیه سابقه طولانی و درخشانی دارد. این در حالی است که در مقاله‌های سابق عمدتاً تمرکز بر تحلیل حقوق قراردادی وضعیت مراعی بوده است. با این توضیح که گروهی از حقوق‌دانان وضعیت حقوقی مراعی را از منظر حقوق قراردادهای و به‌عنوان یکی از وضعیت‌های حقوقی عقود (در کنار صحت و بطلان) تحلیل کرده‌اند (کریمی و جواهرکلام، ۱۳۹۱، صص. ۱۵۸-۱۸۰؛ کریمی و جواهرکلام، ۱۳۹۶، ص. ۶۸۳). برخی از دکترین حقوقی نیز وضعیت حقوقی مراعی را در معاملات شفیع نسبت به شفعه بررسی کرده‌اند (محقق داماد و همکاران، ۱۳۹۴، ص. ۳). پاره‌ای دیگر نیز تنها این وضعیت را در عقد رهن بررسی کرده‌اند (کریمی و ابراهیمی، ۱۴۰۱، ص. ۲۱۳). بنابراین، زمینه اصلی بحث و حوزه مطالعاتی تحقیقات انجام‌شده کاملاً متفاوت از پژوهش حاضر است؛ زیرا در این تحقیق برای نخستین بار درباره تبیین مفهوم مالکیت مراعی، مالکیت متزلزل، مالکیت معلق و مالکیت موقت بحث و ضابطه‌ای برای تشخیص و تمییز هریک از اقسام مالکیت ارائه شده و برای شناسایی مرزهای هریک، میان آن‌ها مقایسه و تطبیق صورت گرفته است. همچنین، وضعیت مراعی مفهوم عامی است که نه تنها در حوزه عقود و قراردادهای به کار می‌رود، بلکه در ایقاعات و حتی در وقایع حقوقی نیز جریان دارد. مهم‌تر از همه اینکه، در نوشتار حاضر مصادیقی از مراعی بررسی شده که در نوشته‌های پیشین هیچ نامی از آن‌ها به میان نیامده است مانند مالکیت عامل و مالک در عقد مضاربه، مالکیت مغصوب‌عنه نسبت به بدل حیلولة، مالکیت حمل نسبت به ترکه یا موصی‌به، مالکیت زن نسبت به نفقه، مالکیت خریداران بعدی در بیع متضمن یکی از خیارهای قراردادی و مالکیت خریداران بعدی حصه مشاع پیش از اخذ به شفعه شفیع. وانگهی مقاله حاضر از این‌رو که از منظری نو به تحلیل رأی وحدت رویه شماره ۸۱۰ مورخ ۱۴۰۰/۳/۴ که خود رأی تازه‌ای شمرده می‌شود، می‌پردازد نیز جدید و نوآورانه است. افزون بر همه این‌ها، در نوشتار حاضر تقسیم‌بندی جدیدی از مصادیق مالکیت مراعی (با عنوان مصادیق قانونی و شرعی و مصادیق ارادی و قراردادی) صورت گرفته که در

نوشته‌های فقهی و حقوقی تاکنون سابقه نداشته است.

در این پژوهش برای پاسخ به پرسش‌های پیش‌گفته، نخست به مفهوم مالکیت مراعی و مقایسه آن با مفاهیم مشابه پرداخته می‌شود و ضمن تبیین تفاوت‌های مالکیت مراعی با دیگر اقسام مالکیت، مهم‌ترین احکام و آثار ملکیت مراعی به‌ویژه تکلیف منافع روشن می‌شود. سپس مصادیق مهم مالکیت مراعی با تأکید بر فقه امامیه مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

#### ۱. مفهوم مالکیت مراعی و مقایسه آن با مفاهیم مشابه

برای مطالعه مفهوم دقیق ملکیت مراعی و ترسیم مرز دقیق آن با دیگر اقسام مالکیت، ابتدا به تبیین مفهوم مالکیت مراعی می‌پردازیم. سپس مفهوم یادشده با مفاهیم مشابه مقایسه می‌شود.

##### ۱.۱. تبیین مفهوم مالکیت مراعی

مطالعه ادبیات فقهی نشان می‌دهد که ملکیت مراعی به‌صورت منسجم و منقح از سوی فقها مورد بحث قرار نگرفته و تعریفی از آن در متون فقهی ارائه نشده است؛ اگرچه می‌توان مفهوم مالکیت مراعی را از نوشته‌های آنان استنباط کرد. به نظر می‌رسد برای تبیین مفهوم دقیق مالکیت مراعی بهترین راه توجه به وضعیت به‌وجودآورنده این ملکیت است. «مراعی» وضعیت عقدی است که تمام شرایط صحت را داراست، اما مانعی احتمالی بر سر آن قرار دارد و اعتبار قرارداد منوط به این است که مانع مزبور اثر نکند، اما در صورت تأثیر مانع، کشف می‌شود که قرارداد از ابتدا درست نبوده است. بنابراین، در وضعیت مراعی، مشخص شدن وضعیت قرارداد منوط به روشن شدن وضعیت موضوع دیگری (مانند ادا یا سقوط دین یا استیفای دین از محل مورد معامله) است (کریمی و جواهرکلام، ۱۳۹۱، صص. ۱۵۹-۱۶۱؛ ساعتچی، ۱۳۹۲، صص. ۲ به بعد؛ کریمی و جواهرکلام، ۱۳۹۶، صص. ۶۸۵-۶۸۷؛ صفایی و جواهرکلام، ۱۳۹۷، صص. ۱۶۸-۱۷۰؛ دادنامه شماره ۱۳۹۵/۶/۳۱-۹۵۰۷۶۰ صادره از شعبه ۳۵ دادگاه حقوقی مشهد؛ دادنامه شماره ۱۳۹۷/۶/۲۶-۹۷۰۵۹۴ صادره از شعبه ۵ دادگاه حقوقی شهر ری). برای مثال، هرگاه بدهکار (راهن)، مال مرهون را پیش از ادای دین بفروشد و بعداً دین خود را به طلبکار (مرتهن) بپردازد یا دین او به هر دلیلی ساقط شود، کشف می‌شود که بیع عین مرهونه از آغاز صحیح بوده است، اما هرگاه طلب بستانکار وصول نشود و او از محل فروش مال مورد رهن (مبیع) طلب خود را برداشت کند، کشف می‌شود که معامله راهن نسبت به مال مرهون از ابتدا درست نبوده است.

به این ترتیب، می‌توان گفت مالکیت مراعی ناظر به حالتی است که پیدایش و ثبوت مالکیت و به دیگر سخن، قطعی شدن مالکیت منوط به تعیین تکلیف وضعیت احتمالی دیگری است و تا هنگامی که این وضعیت مشخص نشود، نمی‌توان از مالکیت قطعی سخن گفت. به عبارت بهتر، هر لحظه ممکن است با اثرگذاری مانع احتمالی، مالکیت ایجاد شده از میان برود؛ گویی که چنین مالکیتی هیچ‌گاه در عالم اعتبار ایجاد نشده است و این امکان نیز وجود دارد که با منتفی شدن مانع، مالکیت منتقل‌الیه قطعیت یابد. بنابراین، در مالکیت مراعی با مالکیت معمول مواجه هستیم منتها هر لحظه امکان فروپاشی چنین مالکیتی وجود دارد؛ آن‌گونه که کارکرد شرط فاسخ در قراردادهای عمل می‌کند؛ با این تفاوت که ملکیت ایجاد شده از روز نخست از میان می‌رود؛ به طوری که گویی چنین مالکیتی برای شخص مالک اصلاً به وجود نیامده است.

ماده ۸۷۸ قانون مدنی نیز از این مالکیت مراعی یاد می‌کند و مقرر می‌دارد «هرگاه در حین موت مورث، حملی باشد که اگر قابل وراثت متولد شود مانع از ارث تمام یا بعضی از وراثت دیگر می‌گردد تقسیم ارث به عمل نمی‌آید تا حال او معلوم شود و اگر حمل مانع از ارث هیچ‌یک از سایر وراثت نباشد و آن‌ها بخواهند ترکه را تقسیم کنند باید برای حمل حصه‌ای که مساوی حصه دو پسر از همان طبقه باشد، کنار گذارند و حصه هر یک از وراثت مراعات تا حال حمل معلوم شود». به این ترتیب، اهلیت تمتع و تملک حمل منوط بر این است که زنده متولد شود و پیش از آن نمی‌تواند مالک مالی شود (ماده ۹۵۷ قانون مدنی). از سوی دیگر، ممکن است حمل زنده متولد شود و باید حقوق او تأمین شود. قانون‌گذار به تبع فقیهان امامیه و بر مبنای غلبه، مقرر داشته است که وارثان دیگر تنها در صورتی می‌توانند به تقسیم ترکه مبادرت ورزند که اولاً، برای حمل، حصه‌ای معادل سهم دو پسر کنار گذارند و ثانیاً، حمل مانع ارث دیگران نباشد (برای تفصیل بحث و انتقادهای وارد بر ماده یاد شده به صفایی و جواهرکلام، ۱۳۹۷، صص. ۱۸۰-۱۸۲). منتها در مواردی که وجود حمل مانع از ارث‌بری وارثان دیگر نیست و تقسیم ترکه بین آنان مجاز است، مالکیت ورثه بر حصه خود مراعی است؛ زیرا امکان دارد تعداد و جنسیت حمل به گونه‌ای باشد که بیش از سهم دو پسر به آن تعلق گیرد و وارثان دیگر ناچار شوند بخشی از آنچه را که به ملکیت آنان درآمده است، به حمل (پس از زنده متولد شدن) بدهند؛ گویی که از ابتدا سهم مزبور به وارثان انتقال نیافته و متعلق به حمل بوده است. همچنین، درباره سهم دو پسر که برای حمل کنار گذاشته

شده، مالکیت حمل بر آن قسمت، مراعی است؛ زیرا اولاً، ممکن است حمل اصلاً زنده متولد نشود که در این صورت کشف می‌شود که حمل اصلاً مالک نشده و حصه کنار گذاشته شده نیز ملک وارثان دیگر است. ثانیاً، ممکن است جنسیت و تعداد حمل به گونه‌ای باشد که کمتر از سهم دو پسر به او تعلق گیرد. در این فرض معلوم می‌شود که بخشی از سهم کنار گذاشته شده هیچ‌گاه به ملکیت حمل در نیامده، از آغاز متعلق به دیگر وارثان بوده است.

#### ۲.۱. مقایسه مالکیت مراعی با مفاهیم مشابه

پس از معرفی مفهوم مالکیت مراعی شایسته است برای درک هرچه بیشتر مفهوم این نوع مالکیت و ترسیم مرزهای آن با اقسام دیگر مالکیت، به مقایسه مالکیت مراعی با مفاهیم مشابه پرداخته شود. برای این منظور، ابتدا مالکیت متزلزل و سپس مالکیت معلق و مالکیت موقت مطالعه و با مالکیت مراعی مقایسه می‌شود.

#### ۱.۲.۱. مالکیت متزلزل

دکترین حقوقی اغلب مالکیت را حقی مستقر تعریف کرده؛<sup>۱</sup> به طوری که این استمرار و استقرار دارای سه ویژگی اطلاق، انحصار و دوام است (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص. ۱۰۵؛ امامی، ۱۳۸۷، ج ۱، ص. ۴۲؛ صفایی و حسینی، ۱۳۹۹، صص. ۲۴۶-۲۴۹)، اما در برخی موارد، خصیصه استقرار مالکیت تبدیل به تزلزل می‌شود. در این حالت، با مالکیت متزلزل مواجه هستیم. به صورت کلی، هرگاه مالکیت با یک یا چند حق عینی در هم آمیزد یا اینکه با حق خیار در عین و زمان واحد همراه باشد، مالکیت متزلزل به وجود می‌آید (ره‌انجام، ۱۳۸۹، ص. ۱۲). بنابراین، مالکیت متزلزل را می‌توان مالکیتی دانست که با توجه به وجود حق غیر در آن یا احتمال انحلال قرارداد منشأ مالکیت، امکان از بین رفتن مالکیت وجود داشته باشد (احدی و همکاران، ۱۳۹۶، ص. ۱۶). برای مثال، در فرض وجود خیار شرط در عقد بیع یا پیدایش یکی از خیارهای قانونی در قرارداد، اگرچه مبیع به مشتری منتقل شده است، با توجه به امکان انحلال عقد از سوی صاحب خیار، مالکیت مورد نظر وصف تزلزل دارد و هر زمان ممکن است از میان برود.

۱. درباره رابطه «حق» و «مالکیت» در فقه امامیه و انتقاد از تقسیم یادشده رک به: کریمی و همکاران، ۱۳۹۵، صص. ۲۴۷-۲۷۴.

گفتنی است برخی نویسندگان با تعاریفی که از مالکیت متزلزل ارائه داده‌اند، بیشتر مفهوم عام متزلزل را متذکر شده‌اند که شامل مالکیت مراعی نیز می‌شود. به عبارت بهتر، تعاریف بیان شده مانع اغیار نیست. برای مثال، گفته می‌شود ملک متزلزل، ملکی است که در حین حدوث آن، یکی از اسباب متزلزل عقد یا ملک به همراه آن باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۵، ص. ۶۸۶) یا چنین عنوان می‌شود که مقصود از مالکیت متزلزل همان مالکیت برگشت پذیر است (کاتوزیان، ۱۳۸۸ الف، ۲۶۷). گروهی دیگر نیز با صحه گذاردن بر این تعریف، بر آن تأکید کرده‌اند.<sup>۱</sup> همچنین، برخی معتقدند در مهر، پیش از نزدیکی، مالکیت زوجه نسبت به نصف آن متزلزل است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۵، ص. ۳۱۵۸).<sup>۲</sup>

در مقام داوری می‌توان گفت مالکیت مراعی و مالکیت متزلزل، هر دو ناپایدار و برگشت پذیر هستند، اما تفاوت عمده‌ای میان آن‌ها وجود دارد و آن اینکه، در مالکیت متزلزل از بین رفتن مالکیت ناظر به آینده است و مالکیت انتقال گیرنده تا زمان زوال مالکیت را نفی نمی‌کند در حالی که در مالکیت مراعی، تحقق و اثرگذاری مانع اثر قهرایی دارد و باعث می‌شود که مالکیت انتقال گیرنده از آغاز منتفی شود.

#### ۲.۲.۱. مالکیت معلق

استعمال اصطلاح مالکیت معلق در میان دکترین فقهی موضوعی رایج است (انصاری، ۱۴۱۵ ق. ب، ج ۳، ص. ۱۷۱؛ خویی، بی تا، ج ۳، ص. ۶۸) و آن را موضوعی معقول و ممکن معرفی می‌کنند (حائری، ۱۴۲۳ ق، ج ۲، ص. ۶۹) مانند وصیت که در آن مالکیت موصی له، معلق به فوت موصی است (کاشف الغطا، ۱۳۵۹، ج ۱، ص. ۴۰). این در حالی است که برخی از دکترین فقهی و حقوقی معتقدند مالکیت معلق با عدم مالکیت یکی و تصور آن دشوار است (محقق داماد و همکاران،

۱. مالکیت متزلزل در برابر مالکیت مستقر یا تام استعمال می‌شود و به دلیل وجود عامل خاص در آن، احتمال زوال رابطه مالکیت میان مالک و مال وجود دارد. بنابراین، مالکیت متزلزل با مالکیت مستقر تفاوت ذاتی و حقیقی ندارد (شعاریان و عبادزاده، ۱۳۹۵، ص. ۳).

۲. گفتنی است برخی حقوق دانان مالکیت مشتری نسبت به مبیع فضولی پیش از تنفیذ را متزلزل معرفی کرده‌اند (عمید، بی تا، ص. ۷۵)، اما این دیدگاه مورد انتقاد است؛ زیرا در بیع فضولی، مالکیتی برای خریدار به وجود نیامده است که دارای ویژگی متزلزل باشد.



۱۳۸۸، ص. ۱۵۴). برخی فقها نیز با مقایسه مالکیت معلق با این بحث که در واجب مشروط و معلق، میان «وجوب» و «امر واجب» تفاوت وجود دارد، مالکیت معلق را متصور می‌دانند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص. ۹۱).

با پذیرش مالکیت معلق می‌توان مالکیت مراعی را با مالکیت معلق مقایسه کرد؛ در مالکیت معلق، انتقال‌گیرنده به موجب عقد معلق مالک مال به صورت معلق می‌شود، اما حصول معلق‌علیه اصولاً اثر قهقرایی ندارد و منتقل‌الیه از زمان وقوع معلق‌علیه مالک منافع خواهد شد (کاتوزیان، ۱۳۸۸ ب، ج ۱، ص. ۱۳۸؛ صفایی، ۱۳۸۵، ص. ۳۰) درحالی‌که در مالکیت مراعی، منافع مال از روز نخست متعلق به مالک و قابل استیفا خواهد بود (ساعتچی، ۱۳۹۲، ص. ۱۴۵). به عبارت دیگر، مالکیت مراعی اثر قهقرایی دارد؛ با منتفی شدن مانع احتمالی کشف می‌شود که انتقال‌گیرنده از آغاز پیدایش سبب مالکیت، مالک عین و منافع است؛ همچنان‌که تحقق یا وقوع مانع احتمالی و اثرگذاری آن حکایت از عدم تحقق مالکیت از ابتدا دارد.

### ۳.۲.۱. مالکیت موقت

مالکیت موقت به این معناست که ملکیت در زمان خاص و به سبب معین برای مالک ایجاد می‌شود و در مدت محدود استقرار می‌یابد. سپس در زمان دیگر و بدون حدوث هیچ اختیاری یا قهری عمر آن به پایان می‌رسد. در نتیجه، زوال ملکیت در مالکیت موقت به سبب اختیاری یا قهری نیست، بلکه به پایان یافتن زمان ملکیت است (امامی، ۱۳۸۹، ص. ۶۵). در رابطه با اعتبار این مالکیت میان دکترین فقهی اختلاف دیدگاه مشاهده می‌شود؛ عده‌ای درباره اعتبار یا عدم اعتبار چنین مالکیتی اذعان داشته‌اند که اگر دلیل شرعی یا عقلی بر وجود مالکیت موقت وجود داشته باشد، می‌توان این نوع از مالکیت را پذیرفت (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص. ۲۵۲).<sup>۱</sup> براین اساس گفته‌اند صحت وقف مالی بر موقوف‌علیهم در مدت معین حاکی از پذیرش مالکیت موقت در شرع است (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص. ۲۵۲).<sup>۲</sup> در مقابل، برخی دیگر از فقها با بیع زمانی که یکی از

۱. «و أما الملك الموقت فلا مانع منه اذا دلّ الدليل عليه، لأنه أمر اعتباري قابل للتوقيت وللتأيد، فتابع للدليل و اعتبار الشارع أو لاعتبار العقلاء».

۲. «لو وقف على زيد عشر سنين ثم على الفقراء فملكية زيد عشرة سنين تكون موقتا» (برای ملاحظه مباحث تفصیلی درباره مشروعیت مالکیت موقت رک به: باقری، ۱۳۸۷، ص. ۳۹).

مصادیق روشن تملیک موقت است، مخالفت کرده‌اند (طباطبایی قمی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص. ۳۶۱). در دکترین حقوقی نیز یکی از اوصاف مالکیت، دوام آن است و توقیت با مفهوم و مقتضای مالکیت ناسازگار اعلام شده است (امامی، ۱۳۸۷، ج ۱، ص. ۴۲؛ کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص. ۱۰۸؛ صفایی و حسینی، ۱۳۹۹، صص. ۲۴۶-۲۴۹).

به هر حال، از آنچه گفته شد تفاوت مالکیت موقت با مالکیت مراعی آشکار می‌شود؛ زیرا در مالکیت مراعی حدود و استمرار ملکیت موقوف به موضوع دیگری است. بدین معنا که ممکن است ملکیت پدیدآمده به حیات خود ادامه دهد یا آنکه از لحاظ وجود و تأثیر مانع از روز نخست زایل شود درحالی‌که در مالکیت موقت، با پایان زمان، مالکیت خاتمه می‌یابد بدون اینکه آثار ملکیت پیشین زایل شود. بنابراین، مهم‌ترین تفاوت این دو نوع مالکیت در عنصر زمان است؛ زیرا مالکیت موقت به زمان وابسته است حال آنکه مالکیت مراعی از لحاظ وجود یک مانع خارجی ایجاد شده است.

## ۲. مصادیق مالکیت مراعی

برای تبیین درست مفهوم و احکام و آثار مالکیت مراعی ضروری است که مهم‌ترین مصادیق این نوع مالکیت در نظام فقهی و حقوقی مطالعه شود. به این منظور، در تقسیم‌بندی جدید، مصادیق شرعی و قانونی و مصادیق ارادی و قراردادی مالکیت مراعی مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

### ۱.۲. مصادیق شرعی و قانونی

در ادامه، مالکیت ورثه نسبت به ترکه پیش از ادای دیون مورث، مالکیت ورثه نسبت به ترکه غیرمنقول معادل سهم زوجه، مالکیت حمل نسبت به ترکه یا موصی‌به، مالکیت زن نسبت به نفقه، مالکیت خریداران بعدی در بیع متضمن یکی از خیارهای قراردادی، مالکیت خریداران بعدی حصه مشاع پیش از اخذ به شفعه شفیع، مالکیت عامل و مالک در عقد مضاربه و مالکیت مغضوب‌عنه نسبت به بدل حیلولة به‌عنوان مهم‌ترین مصادیق قانونی و شرعی مالکیت مراعی مطالعه می‌شوند.

#### ۱.۱.۲. مالکیت ورثه نسبت به ترکه پیش از ادای دیون مورث

ماده ۸۶۸ قانون مدنی درباره مالکیت ورثه نسبت به ترکه پیش از تأدیه دیون متوفی مقرر می‌دارد «مالکیت ورثه نسبت به ترکه متوفی مستقر نمی‌شود مگر پس از ادای حقوق و دیونی که به ترکه

میت تعلق گرفته است». اکنون این پرسش به میان می‌آید که مقصود از عدم استقرار مالکیت در این ماده چیست؟ در این باره دو دیدگاه کاملاً متقابل در میان فقها وجود دارد؛ گروهی که عمدتاً فقهای متقدم آن را تشکیل می‌دهند، قائل به انتقال ترکه پس از پرداخت دیون هستند (قمی، ۱۴۱۷ق، ص. ۱۱۰) در حالی که گروه دیگر معتقدند مالکیت به محض فوت مورث انتقال می‌یابد و دیون ترکه از آن پرداخت می‌شود (انصاری، ۱۴۱۵ق. الف، ص. ۲۰۷؛ مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۶، ص. ۱۸۵). اثر عمده این اختلاف نظر در منافع ترکه در فاصله فوت مورث تا هنگام پرداخت دیون ظاهر می‌شود که مطابق دیدگاه نخست، منافع مزبور متعلق حق طلبکاران قرار می‌گیرد، اما بر اساس دیدگاه دوم، منافع ترکه به ورثه تعلق دارد. از مفاد ماده ۸۶۷ قانون مدنی که اعلام می‌دارد «ارث به موت حقیقی یا به موت فرضی مورث تحقق پیدا می‌کند»، چنین برمی‌آید که قانون‌گذار دیدگاه دوم را پذیرفته است. براین اساس، مالکیت ترکه به محض فوت مورث به ورثه منتقل می‌شود. پرسش اصلی این است که مالکیت یادشده در ماده مرقوم مالکیت متزلزل است یا مراعی؟ برخی از حقوق‌دانان در این باره از مالکیت متزلزل دفاع کرده‌اند (شهیدی، ۱۳۸۷ الف، ص. ۶۱؛ قبولی درافشان و قبولی درافشان، ۱۳۹۲، ص. ۱۶۸). در مقابل، گروه دیگر مالکیت مراعی را به تبعیت از ظاهر عبارات ماده ۸۶۷ مناسب دیده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۸ الف، ص. ۲۶۷؛ مصلحی عراقی، ۱۳۹۲، ص. ۴۵).

در این اختلاف نظر باید دیدگاه دوم را تأیید کرد و مالکیت ورثه بر ترکه پیش از ادای دیون مورث را از نوع مالکیت مراعی شمرد؛ زیرا مقتضی انتقال مالکیت در این فرض به صورت کامل وجود دارد و مال به ورثه منتقل شده است، اما وجود یک مانع احتمالی سبب می‌شود که انتقال ترکه به ورثه مراعی باشد؛ یعنی قطعیت مالکیت ورثه بر ترکه، منوط به مشخص شدن وضعیت دیگری (ادای دیون) است. بنابراین، تا هنگامی که آن وضعیت روشن نشده باشد، مالکیت ورثه به صورت مراعی است. پس در فرض ادای دیون مورث یا سقوط بدهی متوفی به هر سببی که باشد، معلوم می‌شود که ترکه از هنگام فوت متوفی به ورثه انتقال می‌یابد و منافع ترکه نیز متعلق به وراثت است (ماده ۲۲۹ قانون امور حسبی)، اما در صورت عدم پرداخت دیون کشف می‌شود که ترکه متعلق حق طلبکاران و منافع منفصل نیز به تبع آن، برای استیفای طلب طلبکاران شایان استفاده است. در نتیجه، آن‌ها می‌توانند برای وصول مطالبات خود به این منافع منفصل نیز رجوع کنند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۵، ص. ۳۳۵؛ انصاری، ۱۴۱۵ق. الف، ص. ۲۱۴؛ عاملی،

۱۴۱۳ق، ج ۱۳، ص ۶۲؛ رشتی، ۱۴۰۱ق، ج ۱، ص ۳۴۲؛ زیرا مالکیت ورثه نسبت به ترکه، مالکیت متزلزل به معنای اخص کلمه نیست (رشتی، ۱۴۰۱ق، ص ۳۴۴) تا در راستای آن، منافع ترکه تا هنگام وصول طلب متعلق به ورثه باشد، بلکه مالکیت ورثه از نوع مراعی و روشنگر است؛ یعنی با پرداخت دیون و حقوق متعلق به ترکه، وضعیت ترکه معلوم می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۸ الف، ص ۲۶۷؛ ساعتچی، ۱۳۹۲، صص ۶۵ به بعد؛ صفایی و جواهرکلام، ۱۳۹۷، ص ۲۰۷؛ دادنامه شماره ۱۲۶۵/۲۲۰۸۰۹۹۷۰۹۱۰۱۷/۱۳۹۱ صادره از شعبه شعبه ۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران قابل دسترس در: <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/549>).

باید خاطر نشان ساخت که نظر پذیرفته شده به این معنا نیست که مالکیت ورثه نسبت به ترکه پس از فوت متوفی از نوع مجهول و به عبارتی، مفهومی خیالی است (جعفری لنگرودی، بی تا، ج ۱، ص ۵۴)؛ زیرا طبق نظر پذیرفته شده، وضعیت وجود یا نبود مالکیت منوط به تعیین وضعیت دیگر (تصفیه ترکه) است و با مشخص شدن وضعیت اخیر، مالکیت ورثه نیز واضح و آشکار می‌شود.

#### ۲.۱.۲. مالکیت ورثه نسبت به ترکه غیرمنقول معادل سهم زوجه

بر اساس نظر بسیاری از فقها و قانون مدنی (ماده ۹۴۶ اصلاحی سال ۱۳۸۷)، زوجه متوفی از قیمت عرصه و اعیان ارث نمی‌برد، بلکه دیگر وراث مکلف‌اند که قیمت ترکه غیرمنقول را به وی بپردازند؛ اگرچه درباره ماهیت و چگونگی تعلق حق زوجه بر ترکه غیرمنقول دیدگاه‌های مختلفی در فقه امامیه و حقوق مدنی ایران ارائه شده است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۹، ص ۲۱۷؛ حائری طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۴، صص ۳۸۷-۳۸۸؛ عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۳، ص ۱۹۴؛ سبزواری، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص ۸۶۱؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۸، ص ۱۹۷؛ هاشمی شاهرودی و همکاران، ۱۴۲۳ق، ج ۹، صص ۲۸۴-۲۸۹)، طبق دیدگاه درست‌تر و مطابق ماده ۹۴۸ قانون مدنی، در صورت امتناع دیگر وارثان از پرداخت قیمت عرصه و اعیان به زوجه، وی می‌تواند حق خود را نسبت به عین

۱. «... و لاالملکة المتزلزلة کالملکة فی زمان الخیار... فما فی بعض الکلمات من تعبیرالملکة علی مذهب المتأخرین بالملکة المتزلزلة مسامحة أو قصور فی العبارة» و ایشان پیش از بیان این مطلب، پرسش مسئله را این گونه مطرح کرده‌اند «لو مات شخص و علیه دین محیط بالترکة ففی انتقالها الی الوارث انتقالا متزلزلا مراعی بأداء الدین أو عدم الانتقال و بقاؤها علی حکم مال المیت. قولان مشهوران بین الأصحاب، فذهب أكثر القدماء الی الثانی و أكثر المتأخرین الی الأول».

ترکه اعمال و معادل سهم خود از ترکه غیرمنقول را تملک کند (کاتوزیان، ۱۳۸۸ الف، صص. ۲۱۱-۲۱۲؛ شهیدی، ۱۳۸۷ الف، ص. ۲۰۴؛ مصلحی عراقی، ۱۳۹۲، صص. ۲۱۴-۲۱۵؛ صفایی و جواهرکلام، ۱۳۹۷، صص. ۳۰۵-۳۰۶).

به این ترتیب، مالکیت ورثه بر معادل سهم زوجه از ترکه غیرمنقول مراعی است و در صورتی که آنان قیمت عرصه و اعیانی را که متعلق سهم زوجه است، به وی بپردازند، مالکیتشان بر اموال مزبور قطعی و کشف می‌شود که آن‌ها از زمان فوت مورث مالک عرصه و اعیان بوده‌اند، اما در صورت امتناع دیگر وراث از پرداخت قیمت ترکه غیرمنقول و تملک آن‌ها از سوی زوجه، کشف می‌شود که از زمان فوت متوفی، این ترکه در ملکیت زوجه بوده است (بحرالعلوم، ۱۴۰۳ ق، ج ۳، ص. ۱۰۸؛ نجفی بروجردی، بی تا، ص. ۳۲). در نتیجه، مالکیت دیگر ورثه یا زوجه متوفی بر ترکه غیرمنقول پس از فوت مورث مراعی و منوط به تأدیه یا عدم تأدیه قیمت عرصه و اعیان به زوجه است.

### ۳.۱.۲. مالکیت حمل نسبت به ترکه یا موصی به

الف. حمل از حقوق مدنی متمتع می‌شود مشروط بر اینکه زنده متولد شود (ماده ۹۵۷ قانون مدنی؛ صفایی و قاسم‌زاده، ۱۳۸۵، ص. ۴۱). بنابراین، چنانچه حمل زنده متولد شود، مشروط بر اینکه نطفه او حین فوت مورث منعقد شده باشد، از متوفی ارث می‌برد (ماده ۸۷۵ قانون مدنی؛ حلی، ۱۴۰۸ ق، ج ۴، صص. ۱۰ و ۴۲؛ نجفی، ۱۴۰۴ ق، ج ۳۹، صص. ۷۰-۷۱). بنابراین، مالکیت حمل و ارث‌بری او از متوفی منوط به مشخص شدن وضعیت دیگری است. به عبارت دقیق‌تر، مراعی منوط به زنده متولد شدن حمل خواهد بود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۵، ص. ۳۱۵۵). درحقیقت، هرگاه جنین زنده متولد شود، کشف می‌شود که تملک از ابتدا درست بوده و او از زمان فوت مورث مالک ترکه به‌اندازه سهم خود شده است، اما در صورتی که حمل زنده متولد نشود، مالکیت حمل منتفی خواهد بود و کشف می‌شود که ترکه به‌اندازه حصه دیگر وارثان، به ملکیت آنان درآمده است. بنابراین، مشخص است که در این باره نیز مالکیت متزلزل نیست (بحرانی، ۱۴۲۹ ق، ج ۱، ص. ۴۴۷؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲ ق، ج ۲۰، ص. ۲۱۵)؛ زیرا همان‌گونه که مواد ۸۷۵ و ۹۵۷ قانون مدنی نیز تصریح می‌دارد، مالکیت حمل

۱. «...نعم قد یقال إن اشتراط ملکیتہ بالولادة حیاً یفید أن ملکیتہ متزلزلة و فیه إن غاية الأمر صحة تملکة، لکن بنحو مراعی...».

مشروط به زنده متولد شدن اوست و ممکن است هیچ‌گاه حمل زنده متولد نشود.  
ب. اگر وصیتی به نفع حمل شده باشد، در صورت زنده متولد شدن او، وصیت درست است و حمل مالک موصی به می‌شود (مواد ۸۵۰ و ۸۵۱ قانون مدنی). در واقع، زنده متولد شدن حمل کاشف از وجود او در زمان فوت موصی است. برای همین، در صورت زنده متولد شدن حمل کشف می‌شود که حمل از زمان فوت موصی مالک عین موصی به و منافع آن بوده است. در مقابل، اگر حمل مرده متولد شود، کشف می‌شود که وصیت از اساس باطل بوده و موصی به متعلق به وارثان موصی است و چنانچه موصی به منافی نیز داشته باشد، این منافع نیز به تبع عین به وراثت بازمی‌گردد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۸، ص. ۳۸۶؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۰، ص. ۴۲؛ کاتوزیان، ۱۳۸۸ الف، ص. ۶۳؛ امامی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص. ۸۴). به این ترتیب، مالکیت حمل (موصی له) یا ورثه موصی نسبت به موصی به، مراعی و منوط زنده متولد شدن حمل یا مرده متولد شدن اوست.

#### ۴.۱.۲. مالکیت زن نسبت به نفقه

مثال دیگر از مالکیت مراعی، مالکیت زن نسبت به نفقه است. زن نسبت به هر روز خود مستحق نفقه است، اما استحقاق مزبور مشروط بر عدم نشوز است و در صورتی که زن در اواسط روز ناشزه شناخته شود، کشف می‌شود نسبت به مالی که ابتدای روز به تملیک او داده شده است، مستحق نیست و در صورت تلف باید مثل آن مال را بازگرداند (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۳، ص. ۳۳۴). بنابراین، مقتضای مالکیت زن نسبت به نفقه خود کامل است و از این حیث دچار نقصان نیست، اما از آنجاکه نشوز زن می‌تواند مانع استحقاق او به دریافت نفقه باشد، برای روشن شدن وضعیت مالکیت زن بر نفقه ضروری است تا مشخص شدن وضعیت دیگر (تمکین یا عدم تمکین) به انتظار نشست؛ البته برخی تصریح کرده‌اند که در صورت نشوز کشف می‌شود که زن مستحق باقی نفقه نیست نه اینکه با وجود نشوز در اثنای روز مشخص شود که زن به‌طور کامل مستحق نفقه نیست (اصفهانی، ۱۴۲۲ق، ص. ۷۶۶؛ جزیری، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص. ۶۵۹).<sup>۱</sup> آن‌گونه که ملاحظه می‌شود، زن نسبت به نفقه روزانه خود به‌صورت مراعی مالک می‌شود. این مالکیت مشروط به وجود تمکین است؛ همچنان‌که در عقد اجاره نیز مؤجر به‌صورت مراعی مالک

۱. «تملک ملکاً منزلاً مراعی بحصول تمام التمکین منها و الا فبمقداره و تسترداً لبقیة کما یأتی و کذا یشرط فی الاستقرار مع انقضاء الیوم و الأيام ذلک فیستقر بمقدار التمکین. الزوجة علی الزوج نفقة کلّ یوم...».

مال الاجاره می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص. ۳۵۰؛ اصفهانی، ۱۴۱۶ق، ج ۷، ص. ۵۷۴)؛ یعنی هرگاه در اثنای اجاره عین مستأجره تلف شود یا منافع مورد انتظار به دست نیاید، معلوم می‌شود که اجاره نسبت به باقی مدت صحیح نیست و در نتیجه، مؤجر استحقاقی به دریافت اجاره‌بهای باقی‌مانده ندارد و مالک این بخش از مال الاجاره دریافتی نمی‌شود و باید آن را بازگرداند.

#### ۵.۱.۲. مالکیت خریداران بعدی در بیع متضمن یکی از خیارهای قراردادی

در بیع شرط و بیع متضمن خیار شرط چون هدف طرفین، آماده نگه داشتن زمینه اعمال خیار بایع و امکان استرداد مبیع در صورت فسخ بیع است و به شکل صریح یا ضمنی منع تصرفات ناقله بر خریدار شرط شده است، خریدار نمی‌تواند در مدت خیار فروشنده، مبیع را به دیگری انتقال دهد. درباره امکان و وضعیت تصرفات خریدار در زمان خیار فروشنده، غالب فقیهان امامیه میان خیارهای اصلی مانند غبن و خیارهای قراردادی (مجموع) مانند شرط خیار و بیع شرط، تفاوت گذاشته و در قسم نخست، تصرفات انتقال‌گیرنده در مبیع را صحیح شمرده‌اند، اما در قسم اخیر، تصرف منافی را به علت مغایرت با شرط ضمنی بقای عین منع کرده‌اند (انصاری، ۱۴۱۵ق. ب، ج ۶، صص. ۱۴۴-۱۵۰؛ خوانساری، بی‌تا، صص. ۵۲۹-۵۳۰؛ مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۳، صص. ۲۳۴-۲۳۵؛ ایروانی، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص. ۷۵؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، صص. ۴۳۱-۴۳۹). باوجوداین، برخی از فقیهان متأخر و معاصر، ممنوعیت تصرف خریدار بر مبیع را تنها از حیث تکلیفی پذیرفته‌اند، اما از حیث وضعی تصرفات ناقله خریدار را باطل ندانسته‌اند (خویی، بی‌تا، ج ۷، صص. ۴۷۳-۴۷۴). در مقابل، بیشتر فقها در مواردی که به صورت صریح یا ضمنی شرط منع تصرف خریدار در مبیع وجود دارد، معامله خریدار را از حیث وضعی نیز درست نمی‌دانند (انصاری، ۱۴۱۵ق. ب، ج ۶، ص. ۱۵۰؛ قمی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص. ۴۳۳؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۱۹، صص. ۲۱۳-۲۱۴؛ اشتهااردی، ۱۴۱۷ق، ج ۲۷، ص. ۳۰۴).

در قانون مدنی نیز در بیع شرط، به موجب مواد ۴۶۰ و ۵۰۰، معاملات خریدار بر مبیع در صورتی که منافی خیار بایع باشد، مجاز و درست نیست. وحدت ملاک این مواد درباره بیع متضمن خیار شرط نیز شایان اجراست (در تأیید این حکم ر.ک به: کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۵، صص. ۸۹، ۹۱ و ۱۴۹). همچنین، در دادنامه شماره ۱۰۶۲-۱۳۹۲/۹/۲۵ صادره از شعبه ۱۲۴ دادگاه حقوقی تهران که مشتمل بر تأیید دادنامه‌های غیابی به شماره‌های ۱۳۷۰، ۱۳۷۱ و ۱۳۷۲ مورخ

۱۳۹۰/۱۲/۲۸ است و از سوی شعبه ۲۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به موجب دادنامه شماره ۱۳۹۳/۱۲/۶-۹۳۰۱۶۹۲ تأیید شده است هم این‌گونه انشای رأی شده است «در خصوص تصرفات ناقله در زمان خیار باید بین خيارات اصلی و خیار مجعول به شرط تفکیک نمود. به این نحو که در صورت اول، تصرفات من علیه‌الخیار بلامانع و در صورت دوم ممنوع می‌باشد. با این توجیه که در قسم اول، متعلق حق فسخ، نفس عقد و در قسم دوم عین است» (<https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/11166>). همچنین، در رأی وحدت رویه شماره ۸۱۰ مورخ ۱۴۰۰/۳/۴ هیئت عمومی دیوان عالی کشور، در خیار تخلف از شرط، فسخ عقد نخست به دلیل تخلف از شروط مورد توافق (عدم پرداخت چک در موعد معین) سبب بی‌اعتباری عقود بعدی اعلام شده است (<https://rrk.ir/Laws/ShowLaw.aspx?Code=23452>).

به نظر می‌رسد که در خيارهای قراردادی چون ابقای عین یا عدم تصرفات ناقله به صورت ضمنی مورد توافق طرفین قرار گرفته است، باید مالکیت خریداران بعدی نسبت به مبیع را مراعی به اعمال یا سقوط خیار دانست؛ در صورت اعمال خیار بایع و فسخ عقد بیع نخست، معاملات بعدی از اعتبار می‌افتد و مبیع به فروشنده اول بازمی‌گردد، اما در صورت عدم اعمال یا سقوط خیار فروشنده کشف می‌شود که معاملات بعدی از ابتدا درست بوده‌اند (نایینی، ۱۳۷۳، ج ۱، صص. ۷۷ و ۲۵۵؛ حسینی روحانی، ۱۴۲۹، ج ۶، ص. ۴۰۳). در واقع، قطعیت مالکیت خریداران بعدی بر مبیع یا زوال آن منوط به روشن شدن موضوع دیگری (سقوط یا اعمال خیار بایع نخست) است.

#### ۶.۱.۲. مالکیت خریداران بعدی حصه مشاع پیش از اخذ به شفعه شفیع

هرگاه شریک ملک مشاع، حصه خود را به شخصی بفروشد و خریدار پیش از اخذ به شفعه توسط شریک دیگر یا سقوط آن، سهم مشاع را به ثالثی انتقال دهد، در اینکه معاملات بعدی چه وضعی دارند و اخذ به شفعه چه اثری بر معاملات بعدی می‌گذارد، دیدگاه‌ها، متشتت و اختلاف‌نظرها بسیار است (برای تفصیل بحث ر.ک به: محقق داماد و همکاران، ۱۳۹۴، صص. ۵-۱۸؛ صفایی و جواهرکلام، ۱۳۹۷، صص. ۳۹۲-۳۹۵؛ کاتوزیان، ۱۳۸۸ الف، ص. ۱۸۱). به نظر می‌رسد که مالکیت خریداران بعدی بر مبیع را باید از نوع مالکیت مراعی شمرد (اصفهانی، ۱۴۲۲، ص.

۱. درباره تحلیل حقوقی رأی وحدت رویه یادشده ر.ک به: جواهرکلام، ۱۴۰۱، صص. ۱۶۸-۲۱۳.



۳۸۶؛ گلیایگانی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۸۰؛ بهجت، ۱۴۲۳ق، ص ۵۰۷؛ زیرا مالکیت آنان با مانع حق شخص ثالث (حق شفعه شفیع) برخورد می‌کند. بنابراین، در صورت سقوط حق شفعه کشف می‌شود که آنان از آغاز مالک حصه مشاع بوده‌اند، اما اعمال حق شفعه به تعبیر ماده ۸۱۶ قانون مدنی باعث بطلان معاملات بعدی می‌شود.

#### ۷.۱.۲. مالکیت عامل و مالک در عقد مضاربه

مورد دیگری که در آن مالکیت شخص نسبت به مال موجود مراعی است، مالکیت عامل در عقد مضاربه است. بر اساس این قرارداد، مالک سرمایه خود را که لزوماً وجه نقد است (ماده ۵۴۷ قانون مدنی)، به عامل می‌دهد تا به تجارت بپردازد و حصه هریک در سود به‌دست‌آمده به‌صورت جزء مشاعی مشخص می‌شود، اما درباره چگونگی مالکیت هریک از طرفین نسبت به سود به‌دست‌آمده، قانون ترتیب خاصی را مشخص نمی‌کند. اکنون پرسش مطرح این است که هرگاه پیش از آنکه مال در اختیار عامل تقسیم شود، در اثر کار عامل سودی عاید شود، مالکیت طرفین نسبت به سود حاصله چه وضعیتی دارد؟ به نظر می‌رسد در این باره مالکیت عامل و مالک نسبت به سود به‌دست‌آمده مراعی است. به این معنا که ممکن است در اثر ادامه تجارت از سوی عامل، سود به‌دست‌آمده از میان برود. در این وضعیت کشف می‌شود که سود حاصل شده از آن مالک نبوده است. به این ترتیب، مالکیت عامل و مالک نسبت به سود حاصل منوط به مشخص شدن وضعیت دیگر است که آن، تقسیم مال است (بحرانی آل‌عصفور، ۱۴۰۵ق، ج ۲۱، ص ۲۳۹).<sup>۱</sup>

#### ۸.۱.۲. مالکیت مغضوب‌عنه نسبت به بدل حیلوله

نخستین پرسشی که درباره ماهیت بدل حیلوله در بحث غصب مطرح می‌شود، این است که آیا بدل حیلوله به مالکیت مغضوب‌عنه درمی‌آید یا اینکه تنها موجب اباحه تصرف می‌شود؟ مطابق دیدگاه مشهور، اصولاً بدل حیلوله به ملکیت مغضوب‌عنه منتقل می‌شود (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۹۵؛ ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۴۸۶). برخی از فقها نیز هر دو وجه را صحیح دانسته‌اند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۲۶۱؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق، ص ۱۹۷). با این حال، عدم

۱. «ثم انه ينبغي ان يعلم انه وان كان العامل يملك حصته بمجرد ظهورالريح الا انه يكون ملكا متزلزلا مراعی بانضاض جميع المال أو قدر رأس المال».

پذیرش مالکیت مغضوب‌عنه موجب این تالی فاسد می‌شود که جمع عوض و معوض در مالکیت مال به وجود می‌آید و چنین موضوعی از حیث قواعد حقوقی منتفی است (خوبی، بی‌تا، ج ۳، ص. ۲۱۶).<sup>۱</sup> از این رو برخی فقها گفته‌اند متفاهم عرفی این است که نوعی مبادله صورت گرفته و غاصب نیز مالک مال غصب‌شده می‌شود (حسینی روحانی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۳۷۱)<sup>۲</sup>، اما اینکه مالکیت مغضوب‌عنه نسبت به مال چگونه است، میان دکتربین فقهای اختلاف دیدگاه مشاهده می‌شود. به این صورت که برخی از مالکیت متزلزل یاد کرده‌اند (عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۲، ص. ۲۰۱) و پاره‌ای مالکیت موقت را برای آن مناسب می‌دانند (نابینی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص. ۳۷۷؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص. ۲۵۹). در مقابل، برخی فقها بیان داشته‌اند که مالکیت مزبور از نوع مالکیت مراعی است. به این صورت که با بازگشت مال به مالک کشف می‌شود که معاوضه صورت گرفته باطل و منافع مال نیز متعلق به مالک بوده است (کاشف‌الغطا، ۱۳۵۹، ص. ۱۳۶). دیدگاه اخیر به قواعد حقوقی نزدیک‌تر و از این رو مورد تأیید است که اولاً، پذیرش مالکیت متزلزل موجب به وجود آمدن اشکال عمده هم‌زمانی دو مالک در یک مال می‌شود و ثانیاً، پذیرش مالکیت موقت گذشته از ایراد پیش‌گفته، با این اشکال روبه‌روست که در ملکیت موقت، عنصر زمان به‌عنوان عامل از بین رفتن مالکیت مورد شناسایی قرار گرفته درحالی‌که تعیین مالکیت بدل حیلوله منوط به مشخص شدن وضعیت مال غصب‌شده است.

## ۲.۲. مصادیق ارادی (قراردادی)

افزون بر حکم قانون‌گذار یا شارع مقدس، اراده طرفین یا قرارداد نیز باعث پیدایش مالکیت مراعی می‌شود. بیع معلق با اثر قهقرایی، خیار شرط با تأثیر نسبت به گذشته و شرط فاسخ با اثر قهقرایی از این مواردند.

---

۱. محقق خوبی در این باره بیان می‌دارند «و لکن التحقيق أن كون العين المتعذرة ملكاً للضامن متفرع على كون البديل ملكاً للمالك بناء على صيرورة البديل ملكاً للمضمون له - كما تقتضيه قاعدتا من ألتلف و ضمان الید - صار المبدل ملكاً للضامن بالمعاوضة التهرية الشرعية إذ لو لا ذلك لزم اجتماع العوض والمعوض في ملك مالک العين» (خوبی، بی‌تا، ج ۳، ص. ۲۱۶).

۲. در توجیه اینکه چگونه غاصب مالک مال می‌شود، بیان می‌کنند که نوعی معاوضه قهری در این زمینه صورت می‌گیرد: «ان اهل العرف يفهمون من الأمر بدفع البديل حصول المعاوضة والمبادلة بين العينين و صيرورة كل منهما ملكاً للآخر و ان مقتضى عنوان التدارك والغرامة ذلك...».

### ۱.۲.۲. بیع معلق با اثر قهقرایی

به‌رغم اختلاف نظرهای گسترده‌ای که در فقه اسلامی درباره صحت یا بطلان عقد معلق وجود دارد، در نظام حقوقی ایران عقد معلق اصولاً درست شناخته شده است. منتها دیدگاه مشهور حقوق‌دانان بر این است که با حصول معلق‌علیه، عقد از زمان حادث شدن شرط تعلیق اثر می‌گذارد و به گذشته سرایت نمی‌کند. بنابراین، خریدار از زمان حدوث معلق‌علیه مالک مبیع می‌شود نه از زمان انعقاد عقد بیع (کاتوزیان، ۱۳۸۸ ب، ج ۱، ص. ۷۰؛ صفایی، ۱۳۸۵، ص. ۳۰). با این حال، طرفین می‌توانند برخلاف آن توافق کنند و حصول معلق‌علیه را کاشف از تأثیر عقد از زمان انعقاد قرار دهند (صفایی، ۱۳۸۵، ص. ۳۰؛ بهرامی احمدی، ۱۳۸۶، ص. ۳۳)؛ زیرا تأثیر شرط نسبت به گذشته مستلزم ایجاد دو حق مالکیت متضاد در یک مال نیست، بلکه برحسب اراده مشترک طرفین، مالکیت موضوع عقد، مراعی به وقوع شرط است؛ در صورتی که حادثه مورد نظر واقع شود، معلوم می‌شود که مال از ابتدا ملک خریدار بوده است و برعکس در موردی که شرط محقق نشود، مال هیچ‌گاه از ملکیت فروشنده خارج نمی‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۸ ب، ج ۱، ص. ۷۲). به این ترتیب، عقد معلق با اثر قهقرایی از مصادیق بارز پیدایش مالکیت مراعی در اثر ترازی و اراده طرفین شمرده می‌شود.

### ۲.۲.۲. شرط فاسخ با اثر قهقرایی

در شرط فاسخ یا شرط انفساخ با توافق طرفین، انحلال عقد منوط به واقعه احتمالی در آینده می‌شود؛ به طوری که با حصول معلق‌علیه، عقد خودبه‌خود منحل می‌شود. فقیهان امامیه نیز یکی از صور انحلال «بیع شرط» در صورت رد ثمن را انفساخ عقد شمرده‌اند (شیخ انصاری، ۱۴۱۵ ق ب، ج ۵، صص. ۱۲۹-۱۳۰؛ خوبی، بی‌تا، ج ۶، صص. ۲۲۷-۲۲۸) که درحقیقت، از مصادیق شرط فاسخ است؛ یعنی رد ثمن (معلق‌علیه) خودبه‌خود سبب انفساخ عقد بیع می‌شود. منتها در اینکه با حصول معلق‌علیه عقد از تاریخ انعقاد زایل یا اینکه از تاریخ تحقق معلق‌علیه منفسخ می‌شود، در نظام‌های حقوقی مختلف دیدگاه‌ها یکسان نیست؛ در حقوق فرانسه، تحقق شرط فاسخ اثر قهقرایی دارد و قرارداد را از روز نخست منتفی می‌کند. بر این اساس، مالکیتی که برای خریدار به موجب قرارداد ایجاد می‌شود، از نوع مالکیت مراعی است، اما در حقوق ایران مطابق دیدگاه مشهور، اثر انفساخ از زمان حصول معلق‌علیه است و انفساخ به گذشته تسری نمی‌یابد. در این صورت مالکیت

خریدار از مصادیق مالکیت متزلزل است نه مراعی (کاتوزیان، ۱۳۸۸ ب، ج ۱، ص. ۵۳؛ یزدانیان، ۱۳۸۹، ص. ۳۲۹؛ شهیدی، ۱۳۸۷ ب، ص. ۸۳؛ قاسم‌زاده، ۱۳۸۸، ص. ۲۸۴؛ ساعتچی، ۱۳۹۷، ص. ۱۲۶). با این حال، در حقوق ایران نیز هیچ مانعی وجود ندارد که طرفین با توافق یکدیگر اثر انفساخ را نسبت به گذشته و از زمان عقد سرایت دهند. در این صورت، مالکیت ایجاد شده طبق اراده طرفین از نوع مراعی خواهد بود.

### ۳.۲.۲. خیار شرط با اثر قهقرایی

یکی از مثال‌های مهمی که از منظر فقهی و حقوقی به عنوان مصداق مالکیت مراعی مطرح می‌شود، توافق طرفین در خیار شرط بر تأثیر اعمال خیار از تاریخ انعقاد عقد یا ابطال تصرفات خریدار از روز عقد است. مطابق دیدگاه مشهور، طرفین قرارداد می‌توانند با توافق یکدیگر برای انحلال قرارداد، خیار شرط پیش‌بینی کنند (انصاری، ۱۴۱۵ ق. ب، ج ۵، ص. ۱۱۱) و اصولاً اثر شرط یاد شده از زمان اعمال آن است (حلی، ۱۴۰۸ ق. ج ۲، ص. ۱۷؛ عاملی، ۱۴۱۳ ق. ج ۳، ص. ۲۱۵؛ نجفی، ۱۴۰۴ ق. ج ۲۳، ص. ۸۲).<sup>۱</sup> با این حال، برخی از فقهای عامه قائل به قهقرایی بودن اثر فسخ هستند (نووی، ۱۴۱۲ ق. ج ۳، ص. ۱۵۰؛ رافعی، ۱۴۱۷ ق. ج ۴، ص. ۲۷۶). با وجود این، پرسش مطرح این است که آیا طرفین قرارداد می‌توانند توافق کنند که اثر خیار شرط از زمان عقد باشد؟ مطالعه متون فقهی نشان می‌دهد که عموماً فقها متعرض این مسئله نشده‌اند؛ اما از آنجاکه مبنای توجیهی خیار شرط اصولاً اراده طرفین قرارداد است، از نظر فقهی و حقوقی ایرادی بر توافق یاد شده وجود ندارد. به این ترتیب، اعمال خیار شرط می‌تواند از روز انعقاد عقد اثر بگذارد. در نتیجه، مالکیت خریدار از زمان عقد تا زمان فسخ، مراعی است و با اعمال خیار و اثر قهقرایی آن کشف می‌شود که خریدار از آغاز نیز مالک نبوده است.<sup>۲</sup> همچنین، هرگاه ضمن عقد بیع شرط شود که «خریدار تا زمان انقضای خیار حق تصرف ناقله در مبیع را ندارد و گرنه با اعمال خیار از سوی مبیع، معاملات خریدار از روز عقد باطل است» و خریدار به‌رغم شرط یاد شده در مدت خیار، مبیع را به دیگری (خریدار دوم) انتقال دهد و فروشنده نخست عقد را فسخ کند،

۱. «لو فسخ العقد رجع علی البائع بالتمن و لم یرجع البائع بالنماء».

۲. این وضعیت از حیث تحلیلی مشابه بطلان نسبی است؛ آن‌گونه که در حقوق فرانسه و برخی ضمانت‌اجراهای موجود در قوانین تجاری و مدنی مشاهده می‌شود.

مالکیت خریدار دوم از زمان انعقاد قرارداد تا فسخ، مراعی خواهد بود.

### نتیجه‌گیری

مطالعه مفهوم و مصادیق مالکیت مراعی در فقه امامیه و حقوق ایران نشان می‌دهد که مالکیت مراعی بدین معناست که مالکیت با تمام ویژگی‌های خود حاصل می‌شود، اما به واسطه برخی موانع ممکن است از روز نخست از میان برود و گویی هیچ‌گاه چنین مالکیتی ایجاد نشده است. بنابراین، مفهوم یادشده را باید از موارد مشابه مانند مالکیت متزلزل، موقت و معلق تفکیک کرد. به این صورت که در مالکیت متزلزل مالکیت ایجاد می‌شود، اما به دلایل مشخص ممکن است زائل شود و تفاوت اصلی آن با مالکیت مراعی در این است که در مالکیت متزلزل، تا زمان وجود مالکیت، منافع مال متعلق به مالک است در حالی که در مالکیت مراعی با کشف واقع ممکن است منافع از روز نخست متعلق به مالک نباشد و لازم است منافع استفاده‌شده بازگردانده شود. همچنین، در مالکیت معلق اصولاً با حصول معلق‌علیه منافع مال متعلق به مالک است و اثر قهقرایی ندارد، اما در ملکیت مراعی، حصول منافع واجد اثر قهقرایی است. وانگهی تفاوت آشکار مالکیت موقت و مراعی در عنصر زمان است؛ در مورد نخست با گذشت زمان مالکیت زایل می‌شود حال آنکه در مالکیت مراعی گذشت زمان مشخص‌کننده وضعیت وجود یا نبود مالکیت می‌شود.

شارع مقدس و قانون‌گذار به صراحت مصادیق متعددی از مالکیت مراعی را شناسایی کرده‌اند که با توجه به مفهوم ارائه‌شده می‌توان بر قلمرو و مصادیق آن افزود. برای مثال، به موجب ماده ۸۶۸ قانون مدنی، مالکیت ورثه نسبت به ترکه متوفی را باید مراعی دانست. همچنین، طبق ماده ۹۴۶ قانون مدنی اصلاحی سال ۱۳۸۷، همین وضعیت نسبت به معادل سهم زوجه از ترکه غیرمنقول زوج قابل اعمال است. افزون‌براین، مالکیت حمل نسبت به ترکه مراعی است و با مشخص شدن وضعیت حمل، تعلق یا عدم تعلق ترکه به حمل تعیین می‌شود. مثال مهم دیگر که درباره مالکیت مراعی بررسی شد، نفقه زوجه است. بدین معنا که زوجه مالک نفقه روزانه است، اما در صورتی که نشوزی از جانب زوجه واقع شود، کشف می‌شود که از ابتدا مالکیتی نسبت به نفقه یادشده نداشته است. از دیگر مصادیق مهم مالکیت مراعی که اخیراً از سوی هیئت عمومی دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۸۱۰-۱۴۰۰/۳/۴ درباره اثر فسخ قرارداد نخست بر عقود بعدی مورد شناسایی قرار گرفته، مالکیت خریداران بعدی با وجود یکی از خیارهای

قراردادی در معامله نخست است. برای مثال، چنانچه در عقد بیع برای فروشنده خیار شرط پیش‌بینی شده باشد و مشتری بدون توجه به شرط مزبور اقدام به انتقال مبیع کند، مالکیت خریدارهای متعاقب، مراعی است. مورد مشابه دیگر درباره مالکیت مراعی، مالکیت خریداران در حصه مشاع قبل از اخذ به شفعه است. وانگهی مالکیت عامل و مالک در عقد مضاربه یا مالکیت مغضوب‌عنه در بدل حیلولة از نوع مالکیت مراعی است و اینکه برخی از دکترین حقوقی برخی مصادیق مورد بررسی را متزلزل معرفی کرده‌اند، با توجه به توضیحات ارائه‌شده شایان انتقاد است. افزون‌براین، مصادیق شرعی و قانونی، اراده و قرارداد نیز توانایی پیدایش وضعیت حقوقی مراعی را دارد؛ چنان‌که در خیار شرط، شرط فاسخ و بیع معلق، هرگاه طرفین برای هریک از آن‌ها اثر قهقرایی بشناسند، از تاریخ انعقاد عقد تا انحلال آن (در مورد اول و دوم) یا از تاریخ قرارداد تا حصول معلق‌علیه (مورد سوم) با مالکیت مراعی روبه‌رو هستیم.

در انتها خاطر نشان می‌سازد که با توجه به احکام و آثار متفاوتی که بر نهادهای حقوقی بار می‌شود، لازم است از اختلاط مفاهیم به‌ویژه مفهوم مالکیت مراعی و متزلزل پرهیز شود. همچنین، پیشنهاد می‌شود دکترین حقوقی و رویه قضایی، مفهوم، احکام و آثار مالکیت مراعی را بر مصادیق مشابه دیگر بر اساس ضابطه پیش‌گفته اعمال کنند تا این نظریه غنی و بومی، جایگاه شایسته‌ای در نظام حقوقی بیابد.

## منابع

- ۱) احدی، سیف اله، فخلعی، محمدتقی و حائری، محمدحسن (۱۳۹۶). بررسی حکم زکات در ملک منزل-زل. فقه و مبانی حقوق اسلامی، ۵ (۱)، صص. ۷-۳۱. doi:10.22059/jzfil.2017.129521.668049
- ۲) اشتهاوردی، علی پناه (۱۴۱۷ق). مدارک العروة (جلد ۲۷)، تهران: دارالاسوة للطباعة و النشر.
- ۳) اصفهانی (فاضل هندی)، محمد (۱۴۱۶ق). کشف اللتام (جلد ۷). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ۴) اصفهانی، سیدابوالحسن (۱۴۲۲ق). وسیله النجاة. قم: مؤسسه نشر و تنظیم آثار امام خمینی (رحمت الله علیه).
- ۵) امامی، سیدحسن (۱۳۸۷). حقوق مدنی (جلدهای ۱ و ۳). تهران: اسلامیه.
- ۶) امامی، مسعود (۱۳۸۹). ملکیت موقت در حقوق و فقه. فقه و اصول، ۶۵ (۳)، صص. ۶۴-۱۲۰.
- ۷) انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق. الف). رساله فی الموارث. قم: کنگره بزرگداشت شیخ انصاری (رحمت الله علیه).
- ۸) انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق. ب). کتاب المکاسب (جلد ۳، ۵، ۶). قم: کنگره بزرگداشت شیخ انصاری (رحمت الله علیه).
- ۹) ایروانی، علی (۱۴۰۶ق). حاشیه المکاسب (جلد ۱ و ۶). تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- ۱۰) باقری، احمد (۱۳۸۷). مشروعیت ملکیت موقت (با محوریت نظر امام خمینی (ره)). پژوهش‌نامه متین، ۴۰ (۳)، صص. ۲۷-۴۸.
- ۱۱) بجنوردی، سیدحسن (۱۴۱۹ق). القواعد الفقهية (جلد ۴). قم: الهادی.
- ۱۲) بحر العلوم، محمد (۱۴۰۳ق). بلغة الفقیه (جلد ۳). تهران: منشورات مکتبه الصادق.
- ۱۳) بحرانی آل عصفور، یوسف (۱۴۰۵ق). الحدائق الناضرة (جلد ۲۱). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ۱۴) بحرانی، محمدسند (۱۴۲۹ق). سند العروة الوثقی؛ کتاب النکاح (جلد ۱). قم: مکتبه فدک.
- ۱۵) بهجت، محمدتقی (۱۴۲۳ق). وسیله النجاة. قم: شفق.
- ۱۶) بهرامی احمدی، حمید (۱۳۸۶). کلیات عقود و قراردادها. چاپ ۲، تهران: میزان.
- ۱۷) جزایری، سیدمحمدجعفر (بی تا). نظرة فی الحقوق، احکامها و اقسامها. قم: بی تا.
- ۱۸) جزیری، سیدمحمد عبدالرحمان (۱۴۱۹ق). الفقه علی المذاهب الاربعة و مذهب اهل البيت علیهم السلام (جلد ۴). بیروت: دارالثقلین.
- ۱۹) جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸). مبسوط در ترمینولوژی حقوق (جلد ۵). تهران: گنج دانش.
- ۲۰) جعفری لنگرودی، محمدجعفر (بی تا). ارث (جلد ۱). تهران: امیرکبیر.

- (۲۱) جواهرکلام، محمدهادی (۱۴۰۱). اثر فسخ قرارداد نخست بر معاملات بعدی؛ تحلیل و تفسیر رأی وحدت رویه شماره ۸۱۰-۱۴۰۰/۳/۴ هیئت عمومی دیوان عالی کشور؛ نقد و تحلیل آرای قضایی. ویژه‌نامه هشتمین سالگرد یادبود استاد دکتر ناصر کاتوزیان، ۱ (۲)، صص. ۱۶۸-۲۱۳. doi:10.22034/analysis.2023.701507
- (۲۲) حائری، سیدعلی (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل (جلد ۱۴). چاپ ۱، قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام).
- (۲۳) حائری، سیدکاظم (۱۴۲۳ق). فقه العقود (جلد ۲). قم: مجمع اندیشه اسلامی.
- (۲۴) حسینی روحانی، سیدصادق (۱۴۱۲ق). فقه الصادق علیه‌السلام (جلد ۲۰). قم: دارالکتاب و مدرسه امام صادق (علیه‌السلام).
- (۲۵) حسینی روحانی، سیدصادق (۱۴۲۹ق). منهاج‌الفقاهة (جلد ۳ و ۶). قم: انوارالهدی.
- (۲۶) حسینی عاملی، سیدجواد (۱۴۱۹ق). مفتاح‌الکرامة (جلدهای ۸ و ۱۵). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- (۲۷) حلی (ابن‌ادریس)، محمدبن منصور (۱۴۱۰ق). السرایر (جلد ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- (۲۸) حلی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). شرایع الاسلام (جلد ۴). قم: اسماعیلیان.
- (۲۹) خوانساری، محمد (بی‌تا). الحاشیة الثانية علی‌المکاسب. بی‌جا: بی‌نا.
- (۳۰) خوبی، سیدابوالقاسم (بی‌تا). مصباح‌الفقاهة (جلدهای ۲، ۳ و ۶ و ۷). بی‌جا: بی‌نا.
- (۳۱) رافعی، عبدالکریم (۱۴۱۷ق)، شرح الوجیز (جلد ۴)، بیروت: دارالکتب‌العلمیه.
- (۳۲) رشتی، میرزا حبیب‌الله (۱۴۰۱ق). کتاب القضا (جلد ۱). قم: دارالقرآن کریم.
- (۳۳) ره‌انجام، حمیده (۱۳۸۹). حدود اختیارات مالک در مالکیت متزلزل (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، تهران.
- (۳۴) ساعتچی، علی (۱۳۹۲). نظریه عمومی وضعیت مراعی در اعمال حقوقی (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، تهران.
- (۳۵) ساعتچی، علی (۱۳۹۷). مفاهیم بنیادین و کاربردی در تدوین قراردادها، تهران: معاونت حقوقی ناجا.
- (۳۶) سیزواری، سیدعبدالاعلی (۱۴۱۳). مذهب‌الاحکام (جلد ۱۹)، قم: المنار.
- (۳۷) سیزواری، محمدباقر (۱۴۲۳). کفایة‌الاحکام (جلدهای ۱ و ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- (۳۸) شعاریان، ابراهیم و عبادزاده، حجت (۱۳۹۵). وضعیت تصرفات حقوقی مالک در دوران تزلزل مالکیت در حقوق ایران و فقه اسلام. قضاوت، ۸۸ (۴)، صص. ۲۶-۱.
- (۳۹) شهیدی، مهدی (۱۳۸۷ الف). ارث. تهران: مجد.
- (۴۰) شهیدی، مهدی (۱۳۸۷ ب). شروط ضمن عقد، چ ۲، تهران: مجد.
- (۴۱) صفایی، سیدحسین و حسینی، سیداحسان (۱۳۹۹). حقوق مدنی؛ اشخاص و اموال (جلد ۱). تهران:



میزان.

- (۴۲) صفایی، سیدحسین (۱۳۸۵). قواعد عمومی قراردادها. تهران: میزان.
- (۴۳) صفایی، سیدحسین و جواهرکلام، محمدهادی (۱۳۹۷). حقوق مدنی؛ وصیت، ارث، شفعه. تهران: سهامی انتشار.
- (۴۴) صفایی، سیدحسین و جواهرکلام، محمدهادی (۱۳۹۹). حقوق مدنی پیشرفته؛ تضمین‌های دین (جلد ۱). تهران: سهامی انتشار.
- (۴۵) صفایی، سیدحسین و قاسم‌زاده، سیدمرتضی (۱۳۸۵). حقوق مدنی؛ اشخاص و محجورین. تهران: سمت.
- (۴۶) طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۲۱ق). حاشیه‌المکاسب (جلد ۱). قم: اسماعیلیان.
- (۴۷) طباطبایی حکیم، سیدمحسن (۱۴۱۶ق). مستمسک العروة الوثقی (جلد ۱۳). قم: دارالتفسیر.
- (۴۸) طباطبایی قمی، سیدتقی (۱۴۱۳ق). عمدةالمطالب فی التعلیق علی‌المکاسب (جلد ۳). قم: محلاتی.
- (۴۹) طوسی، محمد (۱۳۸۷). المبسوط (جلد ۳). تهران: المكتبة‌المرتضویة لاحیاء‌الآثار‌الجعفریة.
- (۵۰) عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین (۱۴۱۳ق). مسالک‌الافهام (جلدهای ۳، ۱۲ و ۱۳). قم: مؤسسه المعارف‌الاسلامیة.
- (۵۱) عاملی کرکی (محقق ثانی)، علی‌بن‌حسین (۱۴۱۴ق). جامع‌المقاصد (جلد ۱۰). قم: آل‌البیت (علیهم‌السلام).
- (۵۲) عبدی‌پور، ابراهیم و جعفری خسروآبادی، نصرالله (۱۳۹۳). خلط نظری ناشی از خطا در واژه‌شناسی (بازشناسی و تطبیق نسبت میان سه مفهوم دین، تعهد و حق شخصی). حقوق خصوصی، ۱۱ (۱)، صص. ۸۱-۱۰۸.
- (۵۳) عمید، موسی (بی‌تا). ارث در حقوق مدنی ایران (تقریرات). (عباس فرید، اهتمام)، تهران: پیروز.
- (۵۴) قاسم‌زاده، سیدمرتضی (۱۳۸۸). اصول قراردادها و تعهدات. چاپ ۱۲، تهران: دادگستر.
- (۵۵) قبولی درافشان، سیدمحمد مهدی و قبولی درافشان، سیدمحمد هادی (۱۳۹۲). بررسی فقهی-حقوقی ترکه پس از فوت متوفی. فقه و حقوق اسلامی، ۴ (۷)، صص. ۱۴۹-۱۷۶.
- (۵۶) قمی، میرزا ابوالقاسم (۱۴۱۳ق). غنائم‌الایام (جلد ۴). قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- (۵۷) قمی، میرزا ابوالقاسم (۱۴۱۷ق). جامع‌الشتات (جلدهای ۲ و ۳). تهران: کیهان.
- (۵۸) کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶). اموال و مالکیت. تهران: میزان.
- (۵۹) کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷). قواعد عمومی قراردادها (جلد ۵). چاپ ۵، تهران: شرکت انتشار.
- (۶۰) کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸ الف). شفعه، وصیت، ارث. تهران: میزان.

- (۶۱) کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸ ب)، قواعد عمومی قراردادها (جلد ۱). چاپ ۸، تهران: شرکت انتشار.
- (۶۲) کریمی، عباس و ابراهیمی، داوود (۱۴۰۱). اعمال وضعیت حقوقی مراعی بر معامله نسبت به مال مرهون. دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۹۷، صص. ۲۱۳-۲۳۱.  
doi:10.22034/jlvi.2023.703712
- (۶۳) کریمی، عباس و جواهرکلام، محمدهادی (۱۳۹۱). تلاشی برای سامان‌دهی نظریه عدم نفوذ مراعی. دیدگاه‌های حقوق قضایی، ۵۸ (۲)، صص. ۱۵۷-۱۸۸.
- (۶۴) کریمی، عباس و جواهرکلام، محمدهادی (۱۳۹۶). وضعیت حقوقی مراعی به‌عنوان وضعیتی در عرض صحت، بطلان و عدم نفوذ. مطالعات حقوق خصوصی، ۴۷ (۴)، صص. ۶۸۳-۷۰۲.  
doi:10.22059/jlq.2017.202021.1006717
- (۶۵) کریمی، عباس و زمانی، محمود (۱۳۹۹). احکام و آثار صحت تأهلی در اعمال حقوقی. پژوهشنامه حقوق اسلامی، ۲۱ (۲)، صص. ۲۹۱-۳۱۸.  
doi:10.30497/law.2020.10523.2151
- (۶۶) کریمی، عباس، جواهرکلام، محمدهادی و اسکندری، حسن (۱۳۹۵). تأملی بر تفکیک ملک، حق و حکم در فقه امامیه. مطالعات فقه و حقوق اسلامی، شماره ۱۵، صص. ۲۴۷-۲۷۴.  
doi:10.22075/feqh.2017.1966
- (۶۷) کاشف‌الغطا، محمدحسین (۱۳۵۹). تحریرالمجلة (جلد ۱). نجف اشرف: المكتبة المرتضوية.
- (۶۸) گلپایگانی، سیدمحمد رضا (۱۴۱۳ق). هدایة العباد (جلد ۲). قم: دارالقرآن‌الکریم.
- (۶۹) محقق داماد، سیدمصطفی، قبولی درافشان، سیدمحمد مهدی و ساعتچی، علی (۱۳۹۴). تحلیل و بررسی وضعیت حقوقی معاملات مشتری نسبت به مورد شفعه. آموزه‌های فقه مدنی، ۵ (۱۱)، صص. ۳-۲۱.
- (۷۰) محقق داماد، سیدمصطفی، قنواتی، جلیل، وحدتی شبیری، سیدحسن و عبدی‌پور، ابراهیم (۱۳۸۸). حقوق قراردادها در فقه امامیه. تهران: سمت.
- (۷۱) مصلحی عراقی، علی حسین (۱۳۹۲). حقوق ارث. تهران: سمت.
- (۷۲) مغنیه، محمدجواد (۱۴۲۱ق). فقه‌الامام جعفرالصادق (علیه‌السلام) (جلد ۶). قم: انصاریان.
- (۷۳) مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۵ق). انوارالفقاهة؛ کتاب‌البیع. قم: انتشارات مدرسه‌الامام علی‌بن‌ابی‌طالب (علیه‌السلام).
- (۷۴) موسوی خمینی، سیدروح‌الله (۱۴۲۱ق). کتاب‌البیع (جلد ۵)، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت‌الله علیه).
- (۷۵) نایینی، محمدحسین (۱۳۷۳). منیة‌الطالب (جلد ۱). تهران: المكتبة‌المحمدية.
- (۷۶) نایینی، محمدحسین (۱۴۱۳ق)، المکاسب و‌البیع (جلد ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- (۷۷) نجفی بروجردی، محمدتقی (بی‌تا). نخبة‌الافکار فی حرمان‌الزوجة من الاراضی و‌العقار. قم: دفتر

انتشارات اسلامی.

۷۸) نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق). جواهرالکلام (جلدهای ۲۳، ۲۸، ۳۱ و ۳۹). بیروت: دار احیاء التراث العربی.

۷۹) نووی، یحیی بن شرف (۱۴۱۲ق). روضة الطالبین (جلد ۳). ج ۲، بیروت: المکتب الاسلامی.

۸۰) هاشمی شاهرودی، سید محمود با همکاری جمعی از پژوهشگران (۱۴۲۳ق). موسوعة الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل البیت علیهم السلام (جلد ۹). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام).

۸۱) یزدانیان، علیرضا (۱۳۸۹). بررسی تطبیقی آثار تعلیق در تشکیل و انحلال تعهدات در حقوق ایران و فرانسه. فصلنامه حقوق دانشگاه تهران، دوره ۴۰، صص. ۳۱۳-۳۳۷.

## References

- 1) Abdī-Pūr, Ebrāhīm and Ja'farī Khosrow-Ābādī, Naṣr Allāh (1393 SH). Kholṭ-e Nazārī Nāšī az Khāṭā dar Vāže-Šenāsī (Bāz-Šenāsī va Tatbīq-e Nesbat Meyān Se Mafhūm-e Dīn, Ta'ahod va Ḥaqq-e Šakhsī) [Theoretical Confusion Caused by Error in Terminology (Re-Identification and Comparison of the Relationship between Three Concepts of Religion, Obligation and Personal Right)]. Ḥoqūq-e Khūšūšī, 11 (1), pp. 81-108 [in Persian].
- 2) Aḥādī, Seyf-Allāh, Faḳl-'Alī, Moḥammad-Taḳī and Ḥāyerī, Moḥammad-Ḥasan (1396 SH). "Barresi-ye Ḥokm-e Zakāt dar Molḳ-e Motazalzel" [The Rule of Zakat in Uncertain Property]. Foqahā va Mobānī-ye Ḥoqūq-e Eslāmī [Jurisprudence and Foundations of Islamic Law], 5 (1), pp. 7-31. doi:10.22059/jjfil.2017.129521.668049 [in Persian].
- 3) Āmelī (Šahīd Ṭānī), Zayn al-Dīn (1413 AH). Masālek al-Afhām (Volumes 3, 12 and 13). Qom: Mo'asseṣe-ye al-Ma'āref al-Eslāmīya [in Arabic].
- 4) Āmelī Karkī (Moḥaqeq Ṭānī), 'Alī ben Ḥosayn (1414 AH). Jāme' al-Maqāṣed (Volume 10). Qom: Āl al-Bayt ('Alayhem al-Salām) [in Arabic].
- 5) Amīd, Mūsā (n.d.). Ers dar Ḥoqūq-e Madanī-ye Īrān (Taqrīrāt) [Inheritance in Iranian Civil Law (Lectures)]. ('Abbās Farīd, Ehtemām), Tehrān: Pīrūz [in Persian].
- 6) Anṣārī, Mortazā (1415 AH. A). Resāle fi-al-Mowārīt. Qom: Kongere-ye Bozorgdāšt-e Šeyḳ Anṣārī (Raḥmat-Allāh 'Alayh) [in Arabic].
- 7) Anṣārī, Mortazā (1415 AH. B). Ketāb al-Makāseb (Volume 3, 5, 6). Qom: Kongere-ye Bozorgdāšt-e Šeyḳ Anṣārī (Raḥmat-Allāh 'Alayh) [in Arabic].
- 8) Baḥr al-'Ulūm, Moḥammad (1403 AH). Bolūghat al-Faqīh (Volume 3). Tehrān: Monšūrāt Maktabat al-Šādeq [in Arabic].
- 9) Bahrāmī Aḥmadī, Hamīd (1386 SH). Koliyāt 'Oqūd va Qarārdādhā [Generalities of Contracts and Agreements]. 2nd ed., Tehrān: Mīzān [in Persian].
- 10) Baḥrānī Āl 'Oṣfūr, Yūsof (1405 AH). Al-Ḥadā'eq al-Nāḍera (Volume 21). Qom: Daftar-e Entesārāt-e Eslāmī [in Arabic].
- 11) Baḥrānī, Moḥammad Sand (1429 AH). Sand al-'Orwat al-Woṭqā; Ketāb al-Nekāḥ (Volume 1). Qom: Maktabat Fadak [in Arabic].
- 12) Bajnūrdī, Sayyed Ḥasan (1419 AH). Al-Qawā'ed al-Fiqhīya (Volume 4). Qom: Al-Hādī [in Arabic].
- 13) Bāqerī, Aḥmad (1387 SH). "Mašrū'iyat-e Molkiyat-e Movāqat (bā Māhorīyat-e Nazar-e Emām-Ḳomeynī (raḥ))" [Legitimacy of Temporary Ownership (with Emphasis on the Opinion of Imam Khomeini)]. Pažūheš-nāme-ye Matīn [Matin Research Journal], 40 (3), pp. 27-48 [in Persian].
- 14) Behjat, Moḥammad Taḳī (1423 AH). Vasilat al-Najāt. Qom: Šafāq [in Arabic].
- 15) Emāmī, Mas'ūd (1389 SH). "Molkiyat-e Movāqat dar Ḥoqūq va Foqahā" [Temporary Ownership in Law and Jurisprudence]. Foqahā va Oṣūl

- [Jurisprudence and Principles], 65 (3), pp. 64-120 [in Persian].
- 16) Emāmī, Sayyed-Ḥasan (1387 SH). Ḥoqūq-e Madanī [Civil Law] (Volumes 1 and 3). Tehrān: Eslāmīya [in Persian].
  - 17) Eṣfahānī (Fāzel Hendī), Moḥammad (1416 AH). Kaṣf-al-Letām (Volume 7). Qom: Daftar-e Enteshārāt-e Eslāmī [in Arabic].
  - 18) Eṣfahānī, Sayyed-Abū-al-Ḥasan (1422 AH). Wasīlat-al-Najā'. Qom: Mo'asseseye Naṣr va Tandzīm Āṭār-e Emām-Ḳomeynī (Raḥmat-Allāh 'Alayh) [in Arabic].
  - 19) Eṣtehārdī, 'Alī-Panāh (1417 AH). Madārek-al-'Orwa (Volume 27). Tehrān: Dār-al-Aswā lel-Ṭabā'a wa al-Naṣr [in Arabic].
  - 20) Eyrwānī, 'Alī (1406 AH). Ḥāṣīye al-Makāseb (Volume 1 and 6). Tehrān: Vezārat-e Farhang va Erṣād-e Eslāmī [in Arabic].
  - 21) Golpāyegānī, Sayyed Moḥammad Rezā (1413 AH). Hedāyat al-'Ebād (Volume 2). Qom: Dār al-Qor'ān al-Karīm [in Arabic].
  - 22) Hashemi Shahroodi, Sayed Mahmoud with collaboration of a group of researchers (1423 AH). Mawsū'at al-Fiqh al-Islāmī ṭab'an li-Madhhab Ahl al-Bayt (as) (Volume 9). Qom: Mo'assese Dā'irat al-Ma'ārif Fiqh Islāmī bar Madhhab Ahl al-Bayt (as) [in Arabic].
  - 23) Hāyerī, Sayyed 'Alī (1418 AH). Reyāz al-Masā'el (Volume 14). 1st ed., Qom: Mo'asseseye Āl al-Bayt ('Alayhem al-Salām) [in Arabic].
  - 24) Hāyerī, Sayyed Kāzem (1423 AH). Fiqh al-'Oqūd (Volume 2). Qom: Majma'-e Andīše-ye Eslāmī [in Arabic].
  - 25) Ḥellī (Ebn-e Edrīs), Moḥammad ben Manṣūr (1410 AH). Al-Sarāyer (Volume 2). Qom: Daftar-e Enteshārāt-e Eslāmī [in Arabic].
  - 26) Ḥellī (Moḥaqqueq), Ja'far ben Ḥasan (1408 AH). Šarāye' al-Eslām (Volume 4). Qom: Esmā'iliān [in Arabic].
  - 27) Ḥosaynī 'Āmelī, Sayyed Javād (1419 AH). Mefteḥ al-Karāma (Volumes 8 and 15). Qom: Daftar-e Enteshārāt-e Eslāmī [in Arabic].
  - 28) Ḥosaynī Rūḥānī, Sayyed Šādeq (1412 AH). Fiqh al-Šādeq 'Alayh al-Salām (Volume 20). Qom: Dār al-Ketāb va Madrese-ye Emām Šādeq ('Alayh al-Salām) [in Arabic].
  - 29) Ḥosaynī Rūḥānī, Sayyed Šādeq (1429 AH). Manhaj al-Faqāha (Volume 3 and 6). Qom: Anvār al-Hedā [in Arabic].
  - 30) Ja'farī Langarūdī, Moḥammad Ja'far (1378 SH). Mabsūt dar Terminoloži-ye Ḥoqūq (Volume 5) [Comprehensive in Legal Terminology]. Tehrān: Ganj-e Dāneš [in Persian].
  - 31) Ja'farī Langarūdī, Moḥammad Ja'far (n.d.). Ers (Volume 1) [Inheritance]. Tehrān: Amīr Kabīr [in Persian].
  - 32) Javāher Kalām, Moḥammad Hādī (1401 SH). Asar-e Faskh-e Qarārdād-e Nokhost bar Mo'āmelāt-e Bādī; Taḥlīl va Tafsīr-e Rāy-e Vaḥdat-e Roya-ye Šomāre 810-4/3/1400 Hey'at-e 'Omūmī-ye Dīvān-e 'Āli-ye Kešvar [The Effect

- of the Termination of the First Contract on Subsequent Transactions; Analysis and Interpretation of the Verdict of the General Assembly of the Supreme Court No. 810-4/3/1400], Naqd va Taḥlil-e Ārā-ye Qazā'ī [Critique and Analysis of Judicial Opinions]. *Vīzeh-Nāme-ye Haštomin Sāl-Gerd-e Yād-Būd-e Ostād Doktor Nāṣer Katūziān* [Special Issue of the Eighth Anniversary of the Memory of Dr. Nasser Katouzian], 1 (2), pp. 168-213. doi:10.22034/analysis.2023.701507 [in Persian].
- 33) Jazāyerī, Sayyed Moḥammad Ja'far (n.d.). *Nazarat fi al-Ḥoqūq, Aḥkāmḥā wa Aqṣāmḥā*. Qom: n.p. [in Arabic].
- 34) Jazirī, Sayyed Moḥammad 'Abd al-Raḥmān (1419 AH). *Al-Fiqh 'alā al-Maḍāheb al-Arba'a wa Maḍhab Ahl al-Bayt 'Alayhem al-Salām* (Volume 4). Bayrūt: Dār al-Ṭoqalayn [in Arabic].
- 35) Karīmī, 'Abbās and Ebrāhīmī, Dāvūd (1401 SH). *A'māl-e Vaz'iyat-e Ḥoqūqī-ye Morā'ī bar Mo'āmele Nesbat be Māl-e Marhūn* [The Application of the Legal Status of Consideration on the Transaction Regarding the Pledged Property]. *Dīd-Gāh-hā-ye Ḥoqūq-e Qazā'ī*, No. 97, pp. 213-231. doi:10.22034/jlvi.2023.703712 [in Persian].
- 36) Karīmī, 'Abbās and Javāher Kalām, Moḥammad Hādī (1391 SH). *Talāšī barāye Sāmān-Dehī-ye Nazariye-ye 'Adam-e Nafūz-e Morā'ī* [An Attempt to Systematize the Theory of Non-Enforceability of Consideration]. *Dīd-Gāh-hā-ye Ḥoqūq-e Qazā'ī*, 58 (2), pp. 157-188 [in Persian].
- 37) Karīmī, 'Abbās and Javāher Kalām, Moḥammad Hādī (1396 SH). *Vaz'iyat-e Ḥoqūqī-ye Morā'ī be-'Onvān-e Vaz'iyatī dar 'Arz-e Ṣeḥḥat, Boṭlān va 'Adam-e Nafūz* [The Legal Status of Consideration as a Condition in the Scope of Validity, Nullity and Non-Enforceability]. *Moṭāle'āt-e Ḥoqūq-e Khūṣūṣī*, 47 (4), pp. 683-702. doi:10.22059/jlq.2017.202021.1006717 [in Persian].
- 38) Karīmī, 'Abbās and Javāher Kalām, Moḥammad Hādī and Eskandarī, Ḥasan (1395 SH). *Tāmoli bar Tafkik-e Molk, Ḥaqq va Ḥokm dar Fegh-e Emāmiye* [A Reflection on the Distinction of Property, Right and Rule in Imami Jurisprudence]. *Moṭāle'āt-e Fegh va Ḥoqūq-e Eslāmī*, No. 15, pp. 247-274. doi:10.22075/feqh.2017.1966 [in Persian].
- 39) Karīmī, 'Abbās and Zamānī, Maḥmūd (1399 SH). *Aḥkām va Āṭār-e Ṣeḥḥat-e Ta'aholi dar A'māl-e Ḥoqūqī* [Rules and Effects of Competency in Legal Actions]. *Pažūheš'nāme-ye Hoqūq-e Islāmī* [Journal of Islamic Law Research], 21 (2), pp. 291-318. doi:10.30497/law.2020.10523.2151 [in Persian].
- 40) Kāṣef al-Ġeṭā, Moḥammad Ḥosayn (1359 AH). *Taḥrīr al-Majalla* (Volume 1). Najaf Aṣraf: Al-Maktabat al-Mortazaviya [in Arabic].
- 41) Katūziān, Nāṣer (1386 SH). *Amvāl va Mālekiyat* [Property and Ownership]. Tehrān: Mizān [in Persian].
- 42) Katūziān, Nāṣer (1387 SH). *Qavā'ed-e 'Omūmī-ye Qarārdādhā* (Volume 5) [General Rules of Contracts]. 5th ed., Tehrān: Šerkat-e Entešār [in Persian].

- 43) Katūziān, Nāṣer (1388 SH, A). Šaf'a, Vasīyat, Ers [Pre-emption, Will, Inheritance]. Tehrān: Mizān [in Persian].
- 44) Katūziān, Nāṣer (1388 SH, B). Qavā'ed-e 'Omūmī-ye Qarārdādāhā (Volume 1) [General Rules of Contracts]. 8th ed., Tehrān: Šerkat-e Enteshār [in Persian].
- 45) Khū'ī, Sayyed Abū al-Qāsem (n.d.). Mešbāḥ al-Faqāha (Volumes 2, 3, 6 and 7). n.p.: n.p. [in Arabic].
- 46) Khvānsārī, Moḥammad (n.d.). Al-Ḥāšīya al-Ṭāniya 'alā al-Makāseb. n.p.: n.p. [in Arabic].
- 47) Makarem Shirazi, Naser (1425 AH). Anwār al-Fiḡāh; Kitāb al-Bay'. Qom: Intishārāt Madreseh al-Imam Ali ibn Abi Talib (as) [in Arabic].
- 48) Moghniyah, Mohammad Javad (1421 AH). Fiḡh al-Imam Ja'far al-Sadiq (as) (Volume 6). Qom: Ansarian [in Arabic].
- 49) Moḥaqqueq Dāmād, Sayyed Mostafā, Qabūli Darāfšān, Sayyed Moḥammad Mehdi and Sā'ātci, 'Alī (1394 SH). Taḥlil va Barrasī-ye Vaz'iyat-e Ḥoḡūqi-ye Mo'amelāt-e Moštāri Nesbat be Mavred-e Šaf'a [Analysis and Study of the Legal Status of the Customer's Transactions Regarding the Subject of Pre-emption]. Āmūze-hā-ye Fegh-e Madani, 5 (11), pp. 3-21 [in Persian].
- 50) Moḥaqqueq Dāmād, Sayyed Mostafā, Qanavāti, Jalil, Vaḥdati Šabiri, Sayyed Ḥasan and 'Abdi-Pūr, Ebrāhīm (1388 SH). Ḥoḡūq-e Qarārdādāhā dar Fegh-e Emāmiye [The Law of Contracts in Imami Jurisprudence]. Tehrān: Samt [in Persian].
- 51) Moslehi Iraqi, Ali Hussein (1392 SH). Ḥoḡūq-e Erth [Inheritance Law]. Tehran: Samt [in Persian].
- 52) Musavi Khomeini, Seyyed Ruhollah (1421 AH). Kitāb al-Bay' (Volume 5). Tehran: Mo'assese-ye Tanzim va Nashr-e Āthār-e Emām Khomeini (RA) [in Arabic].
- 53) Najafi Borujerdi, Mohammad Taghi (n.d.). Nukhbat al-Afkār fī Ḥurmat al-Zawjah min al-Arāzi wa al-'Uqār. Qom: Daftar Intishārāt Islami [in Arabic].
- 54) Najafi, Mohammad Hasan (1404 AH). Jawāhir al-Kalām (Volumes 23, 28, 31, and 39). Beirut: Dār Ihya al-Turath al-Arabi [in Arabic].
- 55) Nawawi, Yahya ibn Sharaf (1412 AH). Rawḡat al-Ṭālibin (Volume 3). 2nd ed., Beirut: Al-Maktab al-Islami [in Arabic].
- 56) Nayini, Mohammad Hossein (1373 SH). Monyat al-Ṭālib (Volume 1). Tehran: Al-Maktabah al-Mohammadiyah [in Arabic].
- 57) Nayini, Mohammad Hossein (1413 AH). Al-Makāsib wa al-Bay' (Volume 2). Qom: Daftar Intishārāt Islami [in Arabic].
- 58) Qabūli Dorrāfšān, Sayyed Moḥammad Mehdi and Qabūli Darāfšān, Sayyed Moḥammad Hādī (1392 SH). Barrasī-ye Feghi-Ḥoḡūqi-ye Tork-e Pas az Fot-e Motovafā [Jurisprudential-Legal Study of the Estate after the Deceased's Death]. Fegh va Ḥoḡūq-e Eslāmi, 4 (7), pp. 149-176 [in Persian].

- 59) Qāsem-Zāde, Sayyed Mortazā (1388 SH). Oṣūl-e Qarārdādāhā va Ta'ahodāt [Principles of Contracts and Obligations]. 12th ed., Tehrān: Dād-Gostar [in Persian].
- 60) Qomī, Mīrzā Abū al-Qāsem (1413 AH). Ġonā'em al-Ayyām (Volume 4). Qom: Daftar-e Tabliġāt-e Eslāmī [in Arabic].
- 61) Qomī, Mīrzā Abū al-Qāsem (1417 AH). Jāme' al-Šetāt (Volumes 2 and 3). Tehrān: Kihān [in Arabic].
- 62) Rāfe'i, 'Abd al-Karīm (1417 AH). Šarḥ al-Wojīz (Volume 4). Bayrūt: Dār al-Kotob al-'Elmiya [in Arabic].
- 63) Rah-Anjām, Hamīde (1389 SH). Ḥodūd-e Ekhtiyārāt-e Mālek dar Mālekiyat-e Motazalzal (Pāyān-Nāme-ye Kāršenāsī Aršad) [Limits of Owner's Dispositions in Shaky Ownership (Master's Thesis)]. Dāneškade-ye Ḥoqūq-e Dānešgāh-e Šahīd Beheshti, Tehrān [in Persian].
- 64) Reštī, Mīrzā Ḥabīb Allāh (1401 AH). Ketāb al-Qazā (Volume 1). Qom: Dār al-Qor'ān Karīm [in Arabic].
- 65) Sā'ātci, 'Alī (1392 SH). Nazariye-ye 'Omūmī-ye Vaz'iyat-e Morā'i dar A'māl-e Ḥoqūqī (Pāyān-Nāme-ye Kāršenāsī Aršad) [General Theory of Consideration in Legal Acts (Master's Thesis)]. Dāneškade-ye Ḥoqūq-e Dānešgāh-e Šahīd Beheshti, Tehrān [in Persian].
- 66) Sā'ātci, 'Alī (1397 SH). Mafāhim-e Boniyādīn va Kārborī dar Tadvīn-e Qarārdādāhā [Basic and Applied Concepts in Drafting Contracts]. Tehrān: Mo'avenat-e Ḥoqūqī-ye Nājā [in Persian].
- 67) Sabzevāri, Moḥammad Bāqer (1423 AH). Kefāyat al-Aḥkām (Volumes 1 and 2). Qom: Daftar-e Entesārāt-e Eslāmī [in Arabic].
- 68) Sabzevāri, Sayyed 'Abd al-A'lā (1413 AH). Mahżab al-Aḥkām (Volume 19). Qom: Al-Monār [in Arabic].
- 69) Safā'i, Sayyed Ḥosayn (1385 SH). Qavā'ed-e 'Omūmī-ye Qarārdādāhā [General Rules of Contracts]. Tehrān: Mizān [in Persian].
- 70) Safā'i, Sayyed Ḥosayn and Ḥosaynī, Sayyed Eḥsān (1399 SH). Ḥoqūq-e Madanī; Aškhāš va Amvāl (Volume 1) [Civil Law; Persons and Property]. Tehrān: Mizān [in Persian].
- 71) Safā'i, Sayyed Ḥosayn and Javāher Kalām, Moḥammad Hādī (1397 SH). Ḥoqūq-e Madanī; Vasīyat, Ers, Šaf'a [Civil Law; Will, Inheritance, Pre-emption]. Tehrān: Sahāmī Entesār [in Persian].
- 72) Safā'i, Sayyed Ḥosayn and Javāher Kalām, Moḥammad Hādī (1399 SH). Ḥoqūq-e Madanī Pešrafta; Tazmīn-hā-ye Dayn (Volume 1) [Advanced Civil Law; Securities of Debt]. Tehrān: Sahāmī Entesār [in Persian].
- 73) Safā'i, Sayyed Ḥosayn and Qāsem-Zāde, Sayyed Mortazā (1385 SH). Ḥoqūq-e Madanī; Aškhāš va Mahjūrīn [Civil Law; Persons and Incapacitated]. Tehrān: Samt [in Persian].



- 74) Šahīdī, Mahdī (1387 SH, A). Ers [Inheritance]. Tehrān: Majd [in Persian].
- 75) Šahīdī, Mahdī (1387 SH, B). Šorūt-e Zemn-e ‘Aqd [Implied Terms of Contract]. 2nd ed., Tehrān: Majd [in Persian].
- 76) Šo‘ariān, Ebrāhīm and ‘Abbādzāde, Hojjat (1395 SH). Vaz‘iyat-e Tašarrofāt-e Hoqūqī-ye Mālek dar Dorān-e Tazalzol-e Mālekīyat dar Hoqūq-e Īrān va Fegh-e Eslām [The Status of Owner’s Legal Dispositions in the Period of Shaky Ownership in Iranian Law and Islamic Jurisprudence]. Qazāvāt, 88 (4), pp. 1-26 [in Persian].
- 77) Ṭabāṭabā‘ī Ḥakīm, Sayyed Moḥsen (1416 AH). Mostamsak al-‘Orwat al-Woṭqā (Volume 13). Qom: Dār al-Tafsīr [in Arabic].
- 78) Ṭabāṭabā‘ī Qomī, Sayyed Taqī (1413 AH). ‘Omdat al-Maṭāleb fi al-Ta‘liq ‘alā al-Makāseb (Volume 3). Qom: Maḥallātī [in Arabic].
- 79) Ṭabāṭabā‘ī Yazdī, Sayyed Moḥammad Kāzem (1421 AH). Ḥāšīye al-Makāseb (Volume 1). Qom: Esmā‘ilīān [in Arabic].
- 80) Ṭūsī, Moḥammad (1387 AH). Al-Mabsūṭ (Volume 3). Tehrān: Al-Maktabat al-Mortazaviya le-Eḥyā’ al-Āṭār al-Ja‘fariya [in Arabic].
- 81) Yazdaniyan, Alireza (1389 SH). Barresi-e Tatbighi-e Athār-e Ta‘liq dar Tashkil va Inḥilāl-e Ta‘ahhudāt dar Hoqūq-e Īrān va Farānseh [Comparative Study of the Effects of Suspension in Formation and Dissolution of Contracts in Iranian and French Law]. Faslnāme-ye Hoqūq-e Dāneshgāh-e Tehrān, Vol. 40, pp. 313-337 [in Persian].

## Elucidating the Relationship between the "Golden Rule" and Civil Liability

Abbas Mirshekari · Assistant Professor, Department of Private and Islamic Law, Faculty of Law and Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran. [mirshekariabbas1@ut.ac.ir](mailto:mirshekariabbas1@ut.ac.ir)

Fateme Ramezany · PhD Student in Private Law, Faculty of Law and Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran. (Corresponding Author) [ramezany.fateme@ut.ac.ir](mailto:ramezany.fateme@ut.ac.ir)

### Abstract

#### 1. Introduction

The exploration of ethical principles within the legal framework has always been a fascinating domain for scholars and practitioners alike. The "Golden Rule," a principle deeply rooted in various religious and ethical systems, provides a profound basis for examining moral conduct across cultures. This paper delves into the intriguing relationship between the golden rule—often encapsulated by the ethos of treating others as one wishes to be treated oneself—and its applicability within the domain of tort liability. Historically, the golden rule has transcended mere philosophical discourse, influencing moral and ethical guidelines across civilizations. Its simplicity and universal appeal have made it a cornerstone for evaluating interpersonal behaviors and, by extension, its potential relevance to legal norms and practices, particularly within the framework of civil liability. By examining the intricate relationship between this ethical principle and civil liability, this paper seeks to uncover whether the foundational values of the golden rule can be harmoniously integrated into the legal adjudication of torts, thereby offering a novel lens through which tort liability can be understood and assessed.

#### 2. Research Question

The central inquiry of this paper revolves around the feasibility and



implications of applying the golden rule within the civil liability system. Civil liability, a pivotal aspect of private law, often grapples with the ethical dimensions of actions and their consequences on others. The research question thus formulated is: "can the golden rule be effectively applied to the civil liability system, and if so, how does its application influence the determination of liability?" This question aims to bridge the gap between ethical imperatives and legal obligations, investigating whether a principle rooted in moral and ethical considerations can provide a viable framework for adjudicating tort claims.

### **3. Research Hypothesis**

The hypothesis posited in this paper is that the golden rule, with its universal ethical appeal and simplicity, can serve as an effective moral guide within the civil liability system. It is theorized that this ethical principle can be operationalized in legal adjudication, providing a nuanced criterion for evaluating the actions of the tortfeasor in light of potential harm to others. Specifically, the application of the golden rule could influence the determination of liability by fostering a non-reciprocal behavior theory, which assesses actions based on the approval or disapproval of the conduct if roles were reversed. This hypothesis suggests that integrating the golden rule into civil code could promote fair conditions of interaction and social cooperation, ultimately guiding the adjudication process towards more equitable outcomes.

### **4. Methodology & Framework, if Applicable**

To comprehensively explore the application of the golden rule within the civil liability framework, this paper employs a doctrinal research methodology, using a wide array of sources including legal texts, jurisprudential analysis, and philosophical discourse. This methodological approach allows for an in-depth examination of the conceptual underpinnings of the golden rule and its historical significance across various ethical and religious traditions. Furthermore, the paper adopts a non-reciprocal behavior theory as its analytical framework, examining how the golden rule's ethical mandate of mutual respect and empathy can be translated into legal principles governing civil liability. This framework critically evaluates the potential of the golden rule to serve as a guiding principle in determining the liability of tortfeasors, considering the complexities and nuances of civil code. Through this methodology and framework, the paper aims to elucidate

the theoretical and practical implications of applying the golden rule in civil liability, contributing to the broader discourse on the intersection of ethics and law.

## **5. Results & Discussion**

The comprehensive analysis undertaken in this paper elucidates the profound impact of the golden rule on civil liability, manifested through the innovative "non-reciprocal behavior theory." This theory posits that the essence of civil liability hinges on a fundamental disregard for the victim's welfare, prioritizing self-interest over mutual respect and empathy. The application of the golden rule within this framework emphasizes a decision-making process that seeks to harmonize the interests of all parties involved, thereby fostering a legal and societal environment characterized by fairness, efficiency, and stability. By integrating ethical principles such as Kant's categorical imperative and Rawls's veil of ignorance, the non-reciprocal behavior theory aligns closely with the ethos of the Golden Rule, advocating for impartiality and the elimination of selfish motives in determining tort liability.

This theory's application significantly influences the adjudication of strict liability/liability without fault cases within civil code. In strict liability, the determination revolves around establishing a duty of care and the extent of this duty, with the tortfeasor's choice of activity and the concept of moral agency playing pivotal roles. The golden rule, thus, serves as a criterion for assessing the tortious responsibility in considering the welfare of others, delineating a clear boundary between voluntary acceptance of risk and contingent duties based on knowledge of potential harm.

The implications of the golden rule extend more prominently to strict liability, particularly in the context of activities deemed extraordinarily dangerous. Under this theory, the adherence to reasonable care in such activities absolves the tortfeasor from liability for damages arising from inherent risks, aligning with the principle of moral agency and the inability to alter outcomes through different decisions. This perspective challenges traditional views on strict liability, advocating for a reevaluation of liability in cases where the tortfeasor, despite taking all reasonable precautions, cannot mitigate the intrinsic dangers of certain activities.

## **6. Conclusion**

The golden rule, with its ethical profundity and universal acceptance, emerges as a pivotal influence on the legal doctrine of civil liability. Through the lens of the non-reciprocal behavior theory, this article has demonstrated how ethical considerations, deeply embedded in the golden rule, can be intricately woven into the fabric of tort law, guiding principles of strict liability towards more equitable and just outcomes. The theory underscores the importance of considering the welfare of others as a foundational aspect of legal responsibility, advocating for a legal system that mirrors the ethical ideals of fairness, empathy, and mutual respect.

The integration of the golden rule into civil liability challenges conventional legal paradigms, proposing a shift towards a more ethically informed adjudication process that values decision-making over behavior, and collective welfare over individual gain. This approach not only aligns with the moral imperatives of the golden rule but also addresses the complexities of tort law, offering a nuanced framework for assessing liability that transcends the limitations of traditional fault and strict liability doctrines.

In conclusion, the application of the golden rule within civil law, as explored through the non-reciprocal behavior theory, reveals the potential for a more harmonious and morally cohesive legal system. By embracing the ethical principles encapsulated by the golden rule, civil liability can evolve towards a more empathetic and just adjudication process, reflecting the inherent value of treating others as one would wish to be treated. This paper, therefore, lays the groundwork for further exploration and integration of ethical principles into legal practice, fostering a dialogue between morality and law that enriches our understanding of justice and responsibility in an interconnected world.

**Keywords:** Golden Rule, Non-reciprocal Behavior Theory, Civil Liability, Strict Liability, Fault.

## تبیین نسبت «قاعده طلایی» با مسئولیت مدنی

عباس میرشکاری • استادیار، گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

mirshekariabbas1@ut.ac.ir

فاطمه رمضانی • دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

ramezany.fateme@ut.ac.ir

(نویسنده مسئول)

### چکیده

قاعده طلایی، به عنوان یکی از قواعد بنیادین اخلاق، مقرر می‌دارد «با دیگران همانطور رفتار کنید که رضایت دارید در وضعیت مشابه با شما رفتار شود». به کارگیری این قاعده در مسئولیت مدنی در قالب «نظریه رفتار غیرنگر»، باعث می‌شود تا از طریق شناسایی شرایط، عوامل و ارزش‌ها، تحمیل مسئولیت مدنی توجیه شود و مسئولیت مبتنی بر تقصیر، از حالت عینی و بدون سرزنش خود که ناشی از توجه به رفتار عامل زیان می‌باشد خارج شود، و به یک حالت ذهنی و فرآیند فکری که انتظار می‌رود انسان معقول هنگام تصمیم‌گیری در مورد نحوه رفتارش با دیگران داشته باشد، تمرکز کند و از طریق فراهم آوردن منبعی از ارزش‌های مناسب برای عامل معقول، باعث ادغام طرح‌ها و اولویت‌های مختلف دیگران در طرح‌ها و اولویت‌های عامل زیان شده و انسجام اجتماعی را بهبود بخشد. اگر چه قاعده طلایی، با اعمال نظام مسئولیت محض در فعالیت‌های فوق‌العاده خطرناکی، که عامل به طور معقول رفاه خود و دیگران را در نظر گرفته، و با این وجود خطر اتفاق افتاده است سازگار نیست، و در خصوص تصمیمات نامعقول در مورد سطح فعالیت نیز با ارجاع کارکرد مسئولیت محض به نظام تقصیر، اعمال مسئولیت محض را در این موضوعات غیرضروری و غیرقابل توجیه می‌داند.

واژگان کلیدی: قاعده طلایی، نظریه رفتار غیرنگر، مسئولیت مدنی، مسئولیت محض، تقصیر.



مقدمه

یکی از قواعد بنیادین اخلاق، قاعده مشهوری است که از آن با عنوان «قاعده طلایی» یا «قانون جاویدان» یاد می‌شود (بلانچارد، ۱۳۸۴، ص. ۵۱). یکی از حقوق دانان ارجمند نیز از آن با عنوان «نصح» یاد کرده است (جعفری تبار، ۱۳۹۶، ص. ۱۳۲) و در اسلام آن را «اصل نصح»<sup>۱</sup> (خیرخواهی) دانسته‌اند (نیشابوری، ۱۳۳۴، ج ۲، ص. ۷۴). صورت ساده و مشهور این قاعده چنین است «آنچه را برای خود می‌پسندی، برای دیگران بیسند و آنچه را برای خود نمی‌پسندی، برای دیگران نیز می‌پسند» (امام علی (علیه‌السلام)، نامه ۳۱) یا «شخص باید با دیگران به گونه‌ای رفتار کند که دوست دارد دیگران با او رفتار کنند» (Hare, 1965, p. 34) یا «با دیگران رفتار کنید همان‌طور که شما رضایت دارید در وضعیت مشابه با شما رفتار شود» (Gensler, 2013, p. 46). گاه از شکل سلبی قاعده یعنی «آنچه را برای خود نمی‌پسندی، برای دیگران نیز می‌پسند» با عنوان «قاعده نقره‌ای» یاد می‌کنند. واژه «قاعده» نیز معیار، الگو یا سنجه بودن آن را برای اخلاق نمایان می‌کند (Wattles, 1996, p. 78). این قاعده دست‌کم ملاک بسیار ساده‌ای برای مدیریت رفتارهای بین‌شخصی انسان‌ها تلقی می‌شود. به نظر برخی فیلسوفان، قاعده طلایی خود نمی‌گوید چه فعلی درست و چه فعلی نادرست است (Gensler, 2009, p. 14)، اما می‌تواند راهنمای اخلاقی باشد (Kung, 1998, p. 26). قدیم‌ترین مضمون نزدیک به این قاعده، مربوط به ۱۸۰۰ سال پیش از میلاد در کتاب دهقان سخنور آمده است (Gensler, 2013, p. 76). پس از آن در کتاب مقدس یهود<sup>۲</sup>، در تعالیم بودا<sup>۳</sup>، آیین کنفوسیوس<sup>۱</sup>، زرتشت<sup>۲</sup>، مسیحیت<sup>۳</sup> و اسلام<sup>۴</sup> به مضمون این قاعده

۱. الدینُ النَّصِيحَةُ.

۲. «به شخص غریبه نباید ستم کنید؛ به این خاطر که شما خودتان در مصر غریب بودید و از حال غریبگان باخبرید» (Exodus 23: 9).

۳. در هر سه مجموعه تعالیم بودا (دمه‌پادا، اودانه و سوته-نیپاتا) به مضمون قاعده طلایی اشاره شده است مانند ۱. «کسی که دنبال خوشبختی است، مادامی‌که خوشبختی را با ستم و خشونت نسبت به دیگران پیش بگیرد، بعد از این (یا در آخرت) به خوشبختی نخواهد رسید» (Dhammapada 131). ۲. «هیچ چیزی برای انسان عزیزتر از خودش نیست. بنابراین، از آنجاکه این دقیقاً همان چیزی است که (هم) برای شما و (هم) برای دیگران عزیز است، به دیگران آسیب نرسانید با همان چیزی که موجب آسیب شماست» (Udanavega 5: 18). ۳. «با آن‌ها (دیگران) خودت را بشناس؛ همان‌طور که من از قبل آن‌ها و آن‌ها از قبل مرا شناختند. بنابراین، نه کسی را بکش نه کسی کشته شود» (Sutta-nipata 7.5).

اشاره شده است. حتی برخی از فیلسوفان اخلاق، وجه تسمیه طلایی بودن قاعده را به دلیل ارزش بی‌حد و حصر آن دانسته و احتمال داده‌اند که هیچ اصلی به این گستردگی مورد قبول واقع نشده و مورد بحث قرار نگرفته است. (Singer, 2006, p. 145). حال مسئله این است که با وجود ارزش بالای قاعده طلایی در میان ادیان و اخلاق، آیا می‌شود از این قاعده در نظام حقوقی نیز استفاده کرد یا اینکه از این قاعده در حقوق استفاده شده است، اما نیاز به بحث، بررسی و کشف دارد. برای پاسخ دقیق‌تر به این پرسش، ترجیح داده شد چگونگی اعمال این قاعده در یکی از رشته‌های حقوق خصوصی یعنی حقوق مسئولیت مدنی بررسی و این پرسش مطرح شود که آیا می‌توان از قاعده طلایی، در نظام مسئولیت مدنی استفاده کرد؛ زیرا اصولاً مسئولیت مدنی عامل زیان‌های هنگامی مطرح می‌شود که توجه به مطالبات او، مانع از احترام و توجه به مطالبات اشخاص دیگر می‌شود و عامل زیان‌ها را بر دیگری ترجیح دهد. در این مواقع، به نظر معیاری که از لحاظ اخلاقی برای احراز مسئولیت یا عدم مسئولیت عامل زیان به ما کمک می‌کند، استفاده از قاعده طلایی در قالب این پرسش است که اگر عامل زیان جای قربانی بود، آیا می‌پسندید که این رفتار با او انجام شود یا خیر؛ به طوری که اگر عامل در مقام پاسخ بگوید اگر او در وضعیت مشابه قربانی بود، می‌پسندید با او رفتار مورد نظر انجام شود، مسئولیت نداشته باشد و برعکس، زمانی که در

- 
- مانند جایی که زیگنونگ پرسید آیا یک جمله وجود دارد که به‌عنوان راهنما، تمام شئون زندگی شخص را کفایت کند و کنفوسیوس پاسخ داد آیا قابل فهم نیست! بر دیگران چیزی را که خود دوست نمی‌داری، تحمیل نکن (Analects 15: 24).
  - در تعالیم زرتشت یعنی گات‌ها و مهابهاراتا به مضمون قاعده طلایی اشاره شده مانند ۱. «مزداهورا که فرمانده مطلق است، چنین مقرر فرموده است که خوشبختی از آن کسی است که دیگران را خوشبخت سازد (Gathas: 43.1). ۲. «هرگز نباید کسی با دیگری کاری کند که نسبت به خودش، آن (کار) را آسیب می‌داند» (Mahabharata: 142).
  - در آیین مسیحیت در انجیل متی و لوقا می‌خوانیم «هر آنچه تمایل دارید افراد برای شما انجام دهند، شما هم برای آن‌ها انجام دهید...؛ زیرا این یک قانون و دستور انبیاست (Luke 6: 31; Matthew 7: 12).
  - در آیات مختلف قرآن و در روایات معصومان (علیهم‌السلام) به مضمون قاعده طلایی اشاره شده است که ما برای مثال به برخی از آن‌ها اشاره می‌کنیم. آیه ۲۶۷ سوره بقره می‌فرماید «انسان نباید از چیزهای ناپسند و ناپاک انفاق کند؛ زیرا اگر خود او به‌جای شخص نیازمند باشد، حاضر نمی‌شود چنان چیزی را بپذیرد» یا روایت مربوط به عرب صحرائشینی که از پیامبر (صلی‌الله علیه و آله) می‌خواهد به او عملی بیاموزد تا با آن وارد بهشت شود و پیامبر (صلی‌الله علیه و آله) در پاسخ می‌فرماید «آن‌گونه که دوست داری مردم با تو رفتار کنند، با آنان رفتار کن و آن‌گونه که نمی‌پسندی با تو رفتار کنند، با آنان رفتار مکن».



مقام پاسخ، نپسندد که با او رفتار مورد نظرش انجام شود، مسئولیت داشته باشد. آرتور ریپستین<sup>۱</sup> نیز هنگامی که می‌گوید نظام مسئولیت مدنی باید «شرایط منصفانه تعامل» و «همکاری اجتماعی» را تحت شرایط برابر فراهم کند؛ به گونه‌ای که منافع هر فرد از افراد جامعه را در نظر بگیرد (Ripstein, 1999, p. 48)، دقیقاً به مفهوم قاعده طلایی در نظام مسئولیت مدنی نظر دارد؛ زیرا رفتاری که رضایت داریم دیگران با ما در وضعیت مشابه انجام دهند، شرایط منصفانه تعامل و همکاری اجتماعی را بین ما و دیگران فراهم خواهد کرد، اما مسئله این است که چگونه می‌شود قاعده طلایی را در حقوق مسئولیت مدنی اعمال کرد و اعمال آن در دو شاخه اصلی مسئولیت مدنی یعنی نظام تقصیر و مسئولیت محض چه تأثیری خواهد داشت؟ در این مقاله با استفاده از روش کتابخانه‌ای ابتدا مؤلفه‌های مفهومی و ویژگی‌های قاعده طلایی را برای تبیین بیشتر موضوع مطرح می‌کنیم. سپس به اعمال قاعده طلایی در نظام مسئولیت مدنی در قالب «نظریه رفتار غیرنگر» می‌پردازیم و در آخر، تأثیر اعمال قاعده طلایی در قالب «نظریه رفتار غیرنگر» را بر نظام تقصیر و مسئولیت محض بررسی خواهیم کرد.

#### ۱. مؤلفه‌های مفهومی و ویژگی‌های قاعده طلایی

برای شناخت قاعده طلایی و اعمال درست آن در نظام مسئولیت مدنی، لازم است به تبیین مؤلفه‌های مفهومی و ویژگی‌های قاعده طلایی بپردازیم.

##### ۱.۱. مؤلفه‌های مفهومی

مفاهیم «خود»، «دیگری» و «مجموعه پسندها و ناپسندها» مؤلفه‌هایی هستند که درک ما را از محتوای قاعده طلایی رقم می‌زنند. منظور از «خود»، من یا خود عرفی است؛ یعنی تمام آنچه روان آدمی نسبت به آن درک و آگاهی دارد و متعلق شناخت قرار می‌گیرد (دهقانی، ۱۳۸۶، ص. ۵۸۵) و منظور از «دیگری»، هویتی آن سوی مرزهای وجودی و هویتی «من» است که از سوی «من» کنش و واکنشی متوجه او می‌شود و این «دیگری» هم باید متعلق شناخت قرار بگیرد. مشارالیه «دیگری» می‌تواند شامل انسان، حیوان و گیاه باشد، اما قاعده طلایی، دست‌کم در مورد انسان تحقق‌پذیر است و در مورد حیوانات نیز شایان بررسی است (کریمی لاسکی و فرامرز

1. Arthur Ripstein

قراملکی، ۱۳۹۴، صص. ۵-۱۱). به تعبیر برخی فیلسوفان، خود را به جای دیگری گذاشتن قلب قاعده طلایی است و تصور پدیداری خود و دیگری نیز در محدوده آگاهی انسان اتفاق می‌افتد (p. 168 Gensler, 2013). منظور از «مجموعه پسندها و ناپسندها» در قاعده طلایی، تمایل به جذب یک فعل یا دفع یک فعل از خود است. مدلول پسندها و ناپسندها می‌تواند لذت و الم و امور مفید و غیرمفید باشد، اما از آنجاکه سلايق اشخاص متفاوت است، این مؤلفه ممکن است باعث ابهام در قاعده شود. یکی از محققان در مواجهه با چنین مشکلی، پیشنهاد تفکیک میان خواست‌های عام از تمایلات خاص انسان را داده و معتقد است در اعمال قاعده طلایی باید خواست عام انسان ملاک عمل باشد و آن، این است که انسان دوست دارد دیگران به علایق، نیازها و تمایلات او که ممکن است کاملاً متفاوت با علایق، نیازها و تمایلات آن‌ها باشد، توجه کنند و نسبت به آن‌ها همان احترام و عنایتی را داشته باشند که دوست دارند او نسبت به خواست‌های آن‌ها داشته باشد (Singer, 2006, p. 85). با این حال، به نظر می‌رسد تنوع و نسبی بودن این مؤلفه در افراد برای اعمال قاعده مهم نباشد؛ زیرا قاعده طلایی در امور نسبی و سلیقه‌ای، نطرش این است که آن‌ها را به دیگران تحمیل نکنیم (کریمی لاسکی و فرامرز قراملکی، ۱۳۹۴، صص. ۱۳-۱۵).

## ۲.۱ ویژگی‌های قاعده طلایی

قاعده طلایی دارای ویژگی‌های زیر است که امکان استفاده از آن را در حقوق مسئولیت مدنی به منظور کاهش اختلافات و حل آسان آن‌ها از طریق توجه به فرایند ذهنی عامل به‌جای توجه به شرایط عینی خسارت فراهم می‌کند.

۱. قاعده طلایی مستلزم معکوس کردن نقش است؛ یعنی عامل زیان، خود را جای زیان‌دیده قرار و رفتاری را با او انجام دهد که می‌خواهد در وضعیت مشابه با خودش انجام شود. این ویژگی، ظرفیتی برای تفکر فراهم می‌کند که اگر نقش‌ها جابه‌جا نمی‌شد، این ظرفیت نیز کشف نمی‌شد؛ زیرا باعث می‌شود تا عامل زیان، رفتاری را که نمی‌خواست با خودش انجام شود با دیگران انجام دهد یا اگر تخیل و همدلی را که معکوس کردن نقش به آن نیاز دارد، کنار می‌گذاشت، نگاه مطلوبی به دیگران نداشت و می‌گفت اگر من جای دیگران بودم، هرگز چنین رفتاری را نمی‌کردم. (Duxbury, 2009, p. 84)

۲. قاعده طلایی، استفاده از دیدگاه و نظر دیگران را به منظور شناخت نیازهای واقعی انسان تسهیل می‌کند؛ البته این دیگری باید شریک بافضیلت<sup>۱</sup> باشد و درگیر شدن با شریک بد<sup>۲</sup> با ماهیت قاعده طلایی در تضاد است. این ویژگی موجب دخالت کمتر منافع شخصی افراد هنگام تصمیم‌گیری می‌شود و به ارائه دیدگاه بی‌طرفانه کمک می‌کند (Simoncelli, 2018, p. 48). در واقع، قاعده طلایی مانند معیار «انسان معقول و متعارف» که در مسئولیت مدنی برای تشخیص تقصیر عامل زیان به کار می‌رود، از دیدگاه «دیگری بافضیلت» استفاده می‌کند.

۳. ابزار کنترلی قاعده طلایی مانند آداب و رسوم، قانون و افکار عمومی نیست که از بیرون تحمیل می‌شوند، بلکه کنترل آگاهانه خود شخص بر رفتارش است. این قاعده از انسان می‌خواهد تا در درون خویش به قضاوت بنشیند و چگونگی رفتار خود را با دیگران بررسی کند. بنابراین، کنترل قاعده طلایی درونی، خودآغازگر<sup>۳</sup> و خودالزامی<sup>۴</sup> است (Hertzler, 1934, p. 429). این ویژگی قاعده طلایی می‌تواند در کاهش اختلافات موضوع حقوق مسئولیت مدنی و توجه به حالت ذهنی عامل به جای شرایط عینی خسارت، نقش اساسی داشته باشد.

۴. ملاک ما در اعمال قاعده طلایی، تصوراتمان درباره آنچه ممکن است خواسته گیرنده رفتار باشد، نیست، بلکه خواسته خودمان را در تخیل به دیگری تعمیم می‌دهیم. به تعبیر دیگر، همان خواسته را با دیگری انجام می‌دهیم که اگر جای او بودیم، به طور منطقی می‌خواستیم او با ما انجام دهد. بنابراین، در قاعده طلایی، شخص بر اساس تجربه شخصی و عقل عملی خود، خواسته و حالات گیرنده رفتار را تجسم و طبق آن، با او رفتار می‌کند (Hertzler, 1934, p. 428).

۵. قاعده طلایی با داشتن عناصری مانند ۱. آگاهی (دانستن اینکه رفتار چه تأثیری بر دیگران خواهد داشت؟)، ۲. تخیل (تصور اینکه چنین رفتاری با خود شخص در وضعیت مشابه چگونه خواهد بود؟)، ۳. سازگاری (یعنی آیا در حال حاضر شخص تمایل دارد که اگر در وضعیت

۱. در دیدگاه تومیسیتیک، فضیلت مورد بحث، دوستی و مهربانی است که بخشی از فضیلت عدالت است (Aquinas, 1994, p. 58).

۲. طبق گفته آکویناس، ردایل عبارت‌اند از چاپلوسی، تملق، نزاع (Campodonico, 2013, p. 648).

3. Self-Initiator

4. Self-Coerciv

مشابه دیگری بود، این رفتار با او انجام شود؟) و ۴. رفتار کردن (یعنی با دیگران طوری رفتار کند که می‌خواهد دیگران با او در وضعیت مشابه رفتار کنند)، هنجار و قاعده رفتاری است که مشخص می‌کند افراد در شرایط معین چه رفتاری باید داشته باشند (Gensler, 2013, p. 168). در واقع، قاعده طلایی با عناصر فوق، طبق دیدگاه کانت، حلقه اتصال عقل نظری به عقل عملی شمرده می‌شود؛ با این توضیح که از دیدگاه کانت، قوه فاهمه (ادراک)، انگیزه و تمایلات طبیعی برخاسته از جسم را علت طبیعی بسیاری از عملکردها و رفتار انسان می‌داند، اما قوه حکم تأملی<sup>۱</sup> (یعنی خیال ناشی از اعمال قاعده طلایی همراه با عناصر بالا)، عرصه محسوس و طبیعی رفتار را به عرصه فوق محسوس نظام اخلاقی و حقوقی مرتبط می‌کند (1956, p. 125, Kant). در مبحث تأثیر قاعده طلایی به تأثیر این ویژگی در نظام تقصیر و مسئولیت محض خواهیم پرداخت.

## ۲. اعمال قاعده طلایی در نظام مسئولیت مدنی در قالب «نظریه رفتار غیرنگر»<sup>۲</sup>

اگر بخواهیم قاعده طلایی را در حقوق مسئولیت مدنی پیاده کنیم، فقط می‌توانیم آن را در قالب «نظریه رفتار غیرنگر» نمایش دهیم؛ زیرا این نظریه مانند قاعده طلایی، اساس و مبنای خود را برای احراز مسئولیت عامل زیان، عدم توجه مناسب او به رفاه دیگران، منفعت‌طلبی و در نظر نگرفتن طرح‌ها و اولویت قربانی در طرح‌ها و اولویت‌های عامل می‌داند؛ با این توضیح که هر فرد در جامعه طرح‌ها و اولویت‌های خود را دارد؛ یعنی آزادانه اهدافی را برای خود انتخاب می‌کند و ابزاری را برای دستیابی به آن مورد استفاده قرار می‌دهد، اما از آنجاکه طرح و اولویت آن‌ها ممکن است با یکدیگر تعارض داشته باشد و باعث اختلاف شود، مسئله این است که در چنین مواقعی باید جانب کدام طرف اختلاف را گرفت. طبق «نظریه رفتار غیرنگر» که برای نخستین بار در سال ۲۰۱۰ توسط پیتر ام جرهارت<sup>۳</sup> در حقوق مسئولیت مدنی مطرح شد، تصمیم معقول، به

---

۱. کانت معتقد است عقل نظری در مورد جهان محسوسات و آنچه هست، بحث می‌کند و تابع قوانین فاهمه است، ولی عقل عملی در مورد جهان آن‌گونه که باید باشد، بحث می‌کند و تابع قوانین عقل و آزادی است. حلقه اتصال این دو جهان متفاوت، قوه حکم تأملی (خیال) است که امکان گذر از طبیعت به آزادی را فراهم می‌کند. (روشنگر، ۱۳۹۸، ص. ۹۷)

2. The Theory Of Other-Regarding Behavior

3. Peter M Gerhart

تصمیمی گفته می‌شود که عامل هنگام تصمیم‌گیری، رفاه دیگران را در رفاه خود بگنجانند؛ یعنی هنگام تصمیم‌گیری، منافع شخصی خود را در نظر بگیرد، اما به منافع دیگران نیز توجه داشته باشد. محتوای این نظریه در ارتباط با رفاه شخصی است (Gerhart, 2010, p. 23)؛ زیرا همان‌طور که می‌دانیم، افراد ممکن است در زندگی با خطرهای طبیعی خودخواسته و دیگرخواسته مواجه شوند؛ به طوری که در راستای منافع شخصی خود، خطرهایی را به دیگران تحمیل کنند یا به خاطر منافع شخصی دیگران، با خطرهایی مواجه شوند و انتظار داشته باشند دیگران به دنبال رفاه آن‌ها باشند همان‌طور که آن‌ها به دنبال رفاه دیگران هستند<sup>۱</sup> (Hardin, 1985, p. 12)؛ البته اغلب انتظاراتی هم که افراد از یکدیگر دارند، بدون مذاکره و توافق صریح و تنها با عضویت در جامعه و از قرارداد اجتماعی ضمنی ناشی می‌شود. در واقع، تعهد به غیرنگر بودن و توجه مناسب به رفاه دیگران مانند قاعده طلایی، تعهدی مستمر است و در قلب قرارداد اجتماعی جای دارد. این نظریه در نظام مسئولیت مدنی مانند قاعده طلایی در اخلاق، به جای تمرکز بر رفتار عامل، به فرایند تصمیم‌گیری او توجه می‌کند و موجب نظم بخشیدن به خواسته مختلف افراد می‌شود؛ به گونه‌ای که تداخل میان آن‌ها را به حداقل می‌رساند و احتمال دستیابی حداکثری افراد به خواسته‌هایشان را فراهم می‌کند (Gerhart, 2010, p. 90). در واقع، قاعده طلایی در قالب «نظریه رفتار غیرنگر» به مفهوم‌سازی مجدد نظام مسئولیت مدنی کمک می‌کند. طبق این مفهوم‌سازی، حقوق مسئولیت مدنی دیگر نباید با خروجی‌هایش (یعنی قواعد حقوقی) سنجیده شود، بلکه با ورودی آن یعنی شیوه تفکر و درک تجربی که به قانون‌گذار اجازه می‌دهد تصمیماتی بگیرد که موجب افزایش انسجام اجتماعی شود، سنجیده می‌شود. آنچه به حقوق مسئولیت مدنی به‌عنوان نیروی محرک، انسجام اجتماعی قدرت می‌دهد، قواعد و دستورات حقوقی‌اش نیست، بلکه دلایلی است که منجر به آن قواعد و دستورات شده و موجبات عادلانه دانستن و اطاعت از آن را فراهم کرده است. کارکرد حقوق مسئولیت مدنی، تشویق افراد به در نظر گرفتن رفاه دیگران در روش مناسب اجتماعی، هنگام تصمیم‌گیری است. دادگاهی که متهم را محکوم به جبران خسارت می‌کند، در واقع، متهم را مسئول رفاه شاکی می‌داند و جبران خسارت نشان‌دهنده ارزش رفاه شاکی است که از متهم خواسته می‌شود، آن را بپردازد. برعکس، زمانی که دادگاه متهم را تبرئه می‌کند یا به این دلیل است که متهم هیچ ارتباطی

۱. گرت هاردین معتقد است انسان محیطی برای انسان‌های دیگر است.

با رفاه شاکی ندارد یا به این دلیل است که متهم مسئولیت خود را در قبال توجه مناسب به رفاه شاکی انجام داده است. بنابراین، اعمال قاعده طلایی در قالب «نظریه رفتار غیرنگر» در حقوق مسئولیت مدنی باعث ارتقای انسجام اجتماعی می‌شود که از سه مفهوم کارایی، انصاف و ثبات تشکیل شده است. کارایی به این معنا که توانایی هر فرد را برای دستیابی به طرح و اولویت‌هایش به حداکثر می‌رساند. انصاف به این معنا که در توزیع حقوق و تعهدات بین افراد، وضعیت خاص اجتماعی آن‌ها را دخیل نمی‌کند، بلکه طرح و اولویت افراد را به‌طور برابر در نظر می‌گیرد و ثبات به این معنا که در تنظیم حقوق و تعهدات بین افراد به‌جای منافع زودگذر و موقتی به منافع بلندمدت و اساسی آن‌ها توجه می‌کند (Kaplow & Shavell, 2002, p. 65). برای روشن شدن چگونگی اعمال قاعده طلایی در قالب «نظریه رفتار غیرنگر» لازم است در زیر به مفهوم وظیفه کانت و ابزار حجاب جهل راولز اشاره کنیم.

#### ۱.۲. مفهوم وظیفه کانت

مفهوم اصلی اخلاق کانت، این است که انسان‌ها می‌توانند و باید بتوانند به ارزش‌هایی فکر کنند که تصمیم‌گیری آن‌ها را مستقل از اهدافی که به دنبال آن هستند یا ابزاری که برای دستیابی به آن اهداف استفاده می‌کنند، هدایت کند. او این مفهوم را امر مطلق می‌نامد و آن را الزام به تصمیم‌گیری از طریق استدلال با اصلی که می‌تواند جهان‌شمول شود، یعنی همه افراد در وضعیت مشابه آن تصمیم را اتخاذ کنند، معرفی می‌کند؛ زیرا این اصل، مستقل از منافع شخصی اشخاص تصمیم‌گیرنده است (Kant, 1785, p. 174). کانت این مسئله را که «افراد چگونه تصمیم می‌گیرند» از اینکه «چه تصمیمی می‌گیرند»، تفکیک می‌کند و تمرکز امر مطلق را بر چگونگی تصمیم‌گیری افراد قرار می‌دهد. او معتقد است فرایند تصمیم‌گیری اخلاقی باید از نوع خاصی باشد؛ به‌طوری‌که شخص را به یک اصل جهان‌شمول برساند. در واقع، این چگونگی تصمیم‌گیری است که مشخص می‌کند آیا عامل، رفاه دیگران را در تصمیماتش در نظر گرفته است یا خیر (Wood, 2001, p. 174)؟ تفکیکی که کانت میان روش رفتار و خود رفتار انجام می‌دهد، به این معنی است که ممکن است رفتاری که اخلاقی به نظر می‌رسد، از روش غیراخلاقی برای تصمیم‌گیری استفاده کرده باشد. او به‌درستی دریافت که اگر روش استدلال را از موضوع آن جدا نکنیم، استدلال تحت تأثیر منافع شخصی فرد تصمیم‌گیرنده قرار خواهد گرفت (Weinrib, 1995, p. 84). بنابراین، استدلال زمانی اخلاقی و

درست است که جدا از تأثیرات آن بر شخص استدلال‌کننده تصور شود و چنین استدلالی، استدلال بی‌طرف خواهد بود. در واقع، مفهوم وظیفه (امر مطلق) از نظر کانت به معنای تصمیم‌گیری بر مبنای اصل جهان‌شمول و بی‌طرفانه است که نشان‌دهنده اعمال قاعده‌طلایی و «نظریه رفتار غیرنگر» و توجه مناسب به رفاه دیگران باشد.

## ۲.۲. ابزار حجاب جهل راولز

راولز، فیلسوف سیاسی قرن ۲۰، مشکل عدالت در جامعه را «تضاد منافع» میان افراد دانسته است و راه‌حل آن را قرارداد اجتماعی می‌داند. او شرایط خاصی را برای این قرارداد ذکر می‌کند تا توافق افراد بر اساس روند «بی‌طرفانه» و «منصفانه» انجام شود. یکی از این شرایط، در نظر گرفتن وضعیت فرضی و ایدئال است که در آن اصول عدالت‌گزینش می‌شود و او آن را «وضع نخستین» می‌نامد. راولز معتقد است از ویژگی انسان در وضع نخستین این است که افراد طرف قرارداد از هر خصوصیتی که آن‌ها را از دیگران متمایز می‌کند، بی‌خبر هستند. در واقع، او حجاب جهل را عامل بازدارنده می‌داند که میان افراد در وضع نخستین و شرایط واقعی آن‌ها حائل است و مانع توجه طرف قرارداد اجتماعی به امتیازات و فرصت‌های شخصی می‌شود. تنها چیزی که افراد در این وضعیت اطلاع دارند، این است که در جامعه‌ای که آن‌ها می‌خواهند زندگی کنند، «تضاد منافع» وجود دارد و با ابزار حجاب جهل، آن‌ها ترغیب می‌شوند تا به دنبال اصول و قواعدی باشند که بر اساس منافع شخصی آن‌ها نباشد و بتواند آزادی آن‌ها را تأمین کند و به نابربری در جامعه نیفزاید؛ زیرا اگر افراد موقعیت واقعی خود را در جامعه بدانند، اصولی را گزینش خواهند کرد که بیشترین نفع را برای آن‌ها داشته باشد (بشیریه، ۱۳۸۲، ص. ۳۳). برای مثال، اگر تولیدکننده از موقعیت خود در جامعه اطلاع داشته باشد، قطعاً به گزینش قواعدی خواهد پرداخت که مسئولیت او را در برابر مصرف‌کننده محدود کند، اما در پس حجاب جهل، چون افراد نمی‌دانند که تولیدکننده هستند یا مصرف‌کننده، مجبور خواهند شد تا قواعدی را برگزینند که از هر دو موقعیت اجتماعی به‌طور بی‌طرفانه و منصفانه حمایت کنند. ابزار حجاب جهل با حذف هرگونه اطلاعاتی که نباید هنگام تصمیم‌گیری در نظر گرفته شوند مانند اطلاعات مربوط به موقعیت اجتماعی و منافع شخصی، در تعیین اینکه کدام پیامد مهم است و باید هنگام تصمیم‌گیری در نظر گرفته شود، راهنمایی لازم را به عامل در رفتار کردن مطابق با معیار بی‌طرفانه و جهان‌شمول خواهد کرد (Rawls, 1971, p. 140).

بنابراین، ابزار حجاب جهل به این دلیل در قاعده طلایی و تعریف «نظریه رفتار غیرنگر» اهمیت دارد که تصمیم‌گیرنده را مجبور می‌کند تا دلایل و استدلال‌هایی که تصمیم را به نفع او می‌کند و به رفاه دیگران توجه ندارد، حذف کند و در نتیجه، او را به سمت تصمیمی هدایت می‌کند که عاری از هرگونه ملاحظاتی باشد که ممکن است تصمیم را از بی‌طرفی و عام‌شمول بودن خارج کند. تصمیم ناشی از حجاب جهل، تصمیمی مطابق با معیارهای شفافیت (می‌دانیم تصمیم بر چه مبنایی گرفته شده است و می‌توانیم با زیر سؤال بردن مبنای آن، تصمیم را به چالش بکشیم)، مشروعیت (تصمیمی که مقبول و متناسب است) و عمل متقابل (تصمیمی که اگر عامل جای قربانی بود، می‌گرفت یا انتظار داشت اگر قربانی جای او بود، بگیرد) است؛ زیرا از روش یکسان و بی‌طرفانه‌ای پیروی می‌کند و توسط اشخاصی گرفته می‌شود که موقعیت و شرایط شخصی خود را نمی‌دانند و مجبورند تصمیم را به گونه‌ای بگیرند که مورد قبول همه باشد. ابزار حجاب جهل در نظام مسئولیت مدنی باعث حذف اطلاعاتی مانند ۱. عامل، هیچ اطلاعاتی از اینکه آیا زیان‌دیده است یا زیان‌رسان ندارد و ارتباط میان تصمیم عامل و تأثیر آن بر قربانی به شانس و اقبال بستگی دارد. ۲. عامل، جایگاه و موقعیت طبقاتی خود را در جامعه یا در مورد توزیع ثروت و توانایی‌های طبیعی نمی‌داند؛ زیرا این عوامل بر توزیع حقوق و مسئولیت‌ها در نظام مسئولیت مدنی تأثیرگذار است. ۳. عامل، هیچ قضاوتی درباره اهدافی که دیگران به دنبال دستیابی به آن هستند (طرح‌ها) یا ابزاری که برای دستیابی به آن استفاده می‌کنند، (اولویت‌ها) ندارد؛ زیرا عاملی که درباره طرح و اولویت دیگران قضاوت می‌کند، آن قضاوت را بر مبنای طرح و اولویت خود انجام می‌دهد. ۴. عامل نمی‌داند که چه تعدادی از افراد، متعلق به دسته و گروه خاصی هستند و تصمیم‌گیرنده در پس حجاب جهل، شانس یکسانی برای حضور در هر یک از دسته‌ها دارد. ( Gerhart, 2010, p. 129). در واقع، ابزار حجاب جهل رابطه میان رفتار افراد و نوع تصمیماتی را که می‌گیرند، نشان می‌دهد.

### ۳. تأثیر قاعده طلایی در قالب «نظریه رفتار غیرنگر» بر نظام مسئولیت مدنی

در این قسمت، تأثیر اعمال قاعده طلایی را بر دو شاخه اصلی نظام مسئولیت مدنی یعنی نظام تقصیر و مسئولیت محض بررسی می‌کنیم.



### ۱.۳. تأثیر قاعده طلایی در قالب «نظریه رفتار غیر نگر» بر نظام تقصیر

برای بررسی تأثیر قاعده طلایی در قالب «نظریه رفتار غیر نگر» بر نظام تقصیر به تعریف تقصیر از دیدگاه این قاعده و همچنین، معیار تشخیص وجود یا عدم وجود وظیفه در نظر گرفتن رفاه دیگران، انواع تقصیر و وظیفه و دامنه وظیفه در نظر گرفتن رفاه دیگران از دیدگاه این قاعده خواهیم پرداخت.

#### ۱.۱.۳. تعریف تقصیر

بر اساس معیار انسان معقول و متعارف، تقصیر عبارت است از انجام دادن کاری که انسان فرضی در شرایطی که ضرر در آن روی داده است، انجام نمی‌داد یا ترک کاری که او در آن شرایط انجام می‌داد (بادینی، ۱۳۸۹، ص. ۱). طبق قاعده طلایی، به تبع «نظریه رفتار غیر نگر» برای اینکه عامل زیان مطابق معیار انسان معقول و متعارف رفتار کند تا مسئولیتی نداشته باشد، وظیفه دارد تا در تمام اعمالش منافع خود و دیگران را یکسان در نظر بگیرد و سپس تصمیم‌گیری و اقدام کند. بنابراین، طبق قاعده طلایی، قاضی برای احراز تقصیر باید دو موضوع را بررسی کند. ۱. آیا عامل زیان موظف بوده است تا رفاه دیگران را در نظر بگیرد یا خیر و ۲. دامنه وظیفه عامل برای در نظر گرفتن رفاه دیگران هنگام تعارض با رفاه خودش، تا چه اندازه بوده است؛ زیرا زمانی که عامل وظیفه دارد تا رفاه دیگران را در طرح‌های خود در نظر بگیرد، دیگران نسبت به طرح و اولویت‌های او مطالبات مشروعی خواهند داشت و عامل باید منابع معقولی را برای اطمینان از رعایت و توجه به منافع قربانی سرمایه‌گذاری کند. از این رو تعیین محدوده این مطالبات ضروری است (Goldberg & Zipursky, 2001, p. 51)؛ البته عامل وظیفه ندارد تا به هر نحوی منافع قربانی را تضمین کند، بلکه صرف توجه معقول به منافع قربانی کفایت می‌کند. به تعبیر دیگر، اگر تصمیم عامل با صرف هزینه اجتماعی پذیرفتنی نتواند تغییراتی را در رفاه قربانی ایجاد کند، عامل مسئول زیان به‌بارآمده نیست و این خطر شهروندی در جامعه است که قربانی باید آن را تحمل کند. بنابراین، قاعده تقصیر، هم بیان‌کننده حق قربانی برای در نظر گرفتن طرح و اولویت‌هایش توسط عامل زیان است و هم بیان‌کننده پذیرش طرح و اولویت‌های عامل زیان از سوی قربانی است و این شکلی از اعمال قاعده طلایی در نظام تقصیر است (Gerhart, 2010, p. 109).

### ۲.۱.۳. معیار تشخیص وجود یا عدم وجود وظیفه در نظر گرفتن رفاه دیگران

همان‌طور که اشاره شد، برای احراز تقصیر طبق قاعده طلایی، بررسی وجود یا عدم وجود وظیفه در نظر گرفتن رفاه دیگران در طرح‌های عامل الزامی است. شرط اولیه وجود وظیفه، این است که عامل، آزادی و اراده لازم را برای انتخاب طرح و اولویت‌های خود داشته باشد. از سویی می‌دانیم نظام مسئولیت مدنی با محدود کردن میزان مطالبات دیگران نسبت به طرح و اولویت‌های عامل، انسجام اجتماعی را در راستای تسهیل مشارکت در جامعه ارتقا می‌دهد و با به حداقل رساندن دخالت دیگران، به عامل مستقل اجازه می‌دهد تا نتیجه انتخاب‌های خود را ببیند (Levmore, 1994, p. 225). به تعبیر دیگر، در نظام مسئولیت مدنی، اشخاص در پس حجاب جهل به دلیل اینکه نمی‌دانند عامل زیان هستند یا قربانی، مجبورند قاعده معقولی را انتخاب کنند که مطالبات قربانی علیه عامل را به موقعیتی محدود کند که عامل، فعالیتی انتخاب کرده که نشان‌دهنده قبول مسئولیت در قبال رفاه قربانی است. بنابراین، معیار تشخیص وجود یا عدم وجود وظیفه در نظر گرفتن رفاه دیگران توسط عامل، انتخاب او برای درگیر شدن در فعالیتی است که بر رفاه دیگران تأثیر می‌گذارد. این انتخاب نشان می‌دهد که عامل به‌طور داوطلبانه خود را در وضعیتی قرار داده است که استقرار تعهد به در نظر گرفتن رفاه دیگران را بر او ایجاب می‌کند (Cardi & Green, 2008, p. 81).

### ۳.۱.۳. انواع تقصیر و وظیفه از دیدگاه قاعده طلایی

برای تفکیک تقصیر طبق قاعده طلایی باید میان فعالیت‌هایی که عامل انتخاب می‌کند تا برای دیگران ایجاد خطر کند، با انتخاب فعالیت‌هایی که برای دیگران خطری ندارد، تفاوت قائل شد. وقتی عامل به فعالیتی می‌پردازد که منشأ خطر است و خطر بدون انتخاب او ایجاد نمی‌شود، تعهد عامل برای در نظر گرفتن رفاه دیگران ناشی از ایجاد خطر است؛ زیرا عامل وضعیت دیگران را با انتخاب آن فعالیت، تغییر داده است. عمل ایجاد خطر نشان می‌دهد که عامل این وظیفه را برای خود ایجاد کرده است که به‌طور داوطلبانه به منافع دیگران فکر کند، اما اگر عامل منشأ خطر نباشد و خطر از منشأ دیگری حادث شود، وظیفه عامل برای در نظر گرفتن رفاه دیگران، مشروط به درگیر شدن در فعالیتی است که عامل می‌داند که قربانی برای رفع خطر به او وابسته است و با این علم در فعالیت شرکت می‌کند. در این نوع تقصیر، دادگاه باید دو موضوع را احراز کند. ۱. آیا

فعالیتی که عامل انتخاب کرده متضمن تعهد در نظر گرفتن رفاه قربانی است یا خیر و ۲. آیا خطری که قربانی با آن مواجه است، در محدوده خطری است که عامل غیرنگر باید آن را در نظر بگیرد یا خیر؟ برای مثال، مسئول دانستن یا ندانستن اشخاص مشهوری که با در اختیار قرار دادن تصویر، اعتبار و شهرت تجاری خود در فعالیت تبلیغاتی شرکت می‌کنند و موجب تأیید، تضمین کالا یا خدمات و ترغیب مخاطبان به خرید و استفاده از آن می‌شوند و از این طریق به مصرف‌کنندگان خسارتی وارد می‌شود، منوط به درگیر شدن در فعالیت تبلیغاتی است که به دلیل شهرت تأییدشده و تخصص آن‌ها در آن زمینه خاص، مستلزم در نظر گرفتن رفاه و امنیت مصرف‌کنندگان کالا و خدمات تبلیغاتی است؛ به طوری که در صورت عدم توجه به رفاه مصرف‌کننده، به دلیل ایجاد ظاهر قابل اعتماد از فعالیت تبلیغاتی برای مصرف‌کننده، در ورود خسارت به آن‌ها مسئول تلقی خواهند شد (میرشکاری و ملکی، ۱۴۰۰، صص. ۱۷-۱۸).

#### ۴.۱.۳. محدوده وظیفه در نظر گرفتن رفاه دیگران

برخی برای مشخص شدن محدوده وظیفه عامل برای در نظر گرفتن رفاه دیگران، بر رابطه میان رفتار عامل و خسارت قربانی تأکید می‌کنند (Coleman, 1992, p. 32)، اما برای اینکه بدانیم طبق قاعده طلایی، چه رابطه‌ای به طور هنجاری مبنای مسئولیت است، باید به دنبال درک رابطه میان رفتار عامل با تصمیمی باشیم که هر عامل معقولی در شرایط وقوع خسارت می‌گیرد؛ زیرا درک رابطه میان رفتار عامل و آسیب قربانی تنها با ارزیابی طیف ملاحظاتی که انسان معقول و متعارف هنگام تصمیم‌گیری درباره چگونگی رفتار در ذهن دارد و اینکه آیا عامل آن ملاحظات را در نظر گرفته است تا از آسیب به قربانی اجتناب کند، امکان‌پذیر است (Goldberg, 2003, p. 39). پس مسئله اصلی در تعیین محدوده وظیفه این است که آیا شرایطی که رفتار عامل را به آسیب قربانی ارتباط می‌دهد، جزو شرایطی است که انسان معقول آن را در نظر می‌گیرد یا خیر؛ به طوری که اگر آن شرایط به تصمیمات عامل ارتباطی نداشت یا فراتر از توانایی او برای درک و ارزیابی بود، عامل دیگر مسئول نباشد؛ زیرا جزو شرایطی هستند که انسان معقول تعهد به غیرنگر بودن را در آن شرایط نادیده می‌گیرد. بنابراین، عامل باید بیشتر شرایطی را در نظر بگیرد که تصمیمات او را به خسارت قربانی مرتبط می‌کند و شرایطی را نادیده بگیرد که انسان معقول از آن چشم‌پوشی می‌کند.

در واقع، عامل اخلاقی<sup>۱</sup> به کسی گفته می‌شود که با تصمیم‌گیری‌های متفاوت، توانایی ایجاد تغییر در زندگی دیگران را دارد. مفهوم عامل اخلاقی عنصر تعیین‌کننده برای مسئولیت در قبال رفاه دیگران است. اینکه طبق قاعده طلایی خسارت قربانی باید در محدوده عاملیت اخلاقی باشد تا موجب مسئولیت شود، بیان‌کننده محدود کردن مسئولیت فردی برای حفظ انسجام اجتماعی است؛ زیرا حتی زمانی که عامل موظف است تا رفاه دیگران را در نظر بگیرد، ممکن است به دلیل محدودیت‌هایی مانند عدم قطعیت امور، عقلانیت و توانایی محدود در کسب، تلفیق و ارزیابی اطلاعات نتواند به‌طور واقعی تأثیر تصمیم خود را بر رفاه دیگران بداند؛ به‌طوری‌که قانون هم درک می‌کند که ممکن است انتخاب‌های اشتباه نیز معقول باشند (Wright, 1987, p. 55). بنابراین، همان‌طور که «نظریه رفتار غیرنگر» ضرورت هنجاری در نظر گرفتن خیر و رفاه دیگران را شناسایی می‌کند، ضرورت هنجاری عدم تحمیل انتظارات بیش از ظرفیت و توان انسان معقول را نیز شناسایی می‌کند؛ زیرا در این موارد، عامل فرصت کافی برای جبران و مقابله با زیان را بدون محدودیت غیرموجه در آزادی عملش ندارد (Simon, 1957, p. 99). از سویی عامل می‌تواند هنگام تصمیم‌گیری، فرضیات معقولی درباره اقدامات احتیاطی دیگران برای جلوگیری از آسیب و محافظت از خود داشته باشد؛ به‌طوری‌که عدم موفقیت او در محافظت از دیگران، منشأ مسئولیتش نباشد؛ البته عامل غیرنگر باید درک و شناخت معقولی از طبیعت انسان داشته باشد تا بداند چه زمانی احتمالاً زیان‌دیده از خود محافظت نمی‌کند و او مجبور است اقدامات احتیاطی خود را برای محافظت از او پیش‌بینی کند (Grady, 1984, p. 363).

### ۲.۳. تأثیر قاعده طلایی در قالب «نظریه رفتار غیرنگر» بر نظام مسئولیت محض

در این قسمت، ابتدا به دلایل توجیهی که نظریه پردازان برای وجود نظام مسئولیت محض به‌عنوان تکمیل‌کننده نظام تقصیر مطرح کرده‌اند، خواهیم پرداخت و سپس نتایج اعمال قاعده طلایی در قالب «نظریه رفتار غیرنگر» را بر موضوعاتی که مسئولیت محض قابل اعمال است، بررسی

#### 1. Moral Agency

۲. دعوی Sinram v. Pennsylvania Ry. Co (1932)؛ در این پرونده متهم حق داشت فرض کند که صاحب اسکله از وجود نفت سوخت‌گیری در کشتی و احتمال خطر آتش‌سوزی آگاه است و اقدامات احتیاطی لازم را در مواجهه نشت نفت در اسکله انجام خواهد داد.

خواهیم کرد.

### ۱.۲.۳. دلایل توجیهی وجود نظام مسئولیت محض

مسئولیت محض به دلیل اینکه مسئولیت مبتنی بر ایجاد خسارت است تا ارتکاب تقصیر، به عنوان نظام جایگزین و تکمیل‌کننده نظام تقصیر شمرده می‌شود و نظریه پردازان توجیهاتی را برای آن و لزوم وجود نظام مختلط در مسئولیت مدنی بیان کرده‌اند؛ از جمله ریپستین که مسئولیت محض را در فعالیت‌های «فوق العاده خطرناک» قابل اعمال می‌داند؛ زیرا معتقد است در این نوع فعالیت‌ها، منافع ایمنی افراد بر منافع آزادی آن‌ها اولویت دارد (Ripstein, 1999, p. 200). نظریه پردازان اقتصادی نیز بر این باورند که نظام مسئولیت محض پاسخ‌گوی تصمیمات نامعقول در سطح فعالیت است و نظام تقصیر در این موارد قابل اعمال نیست (Weinrib, 1995, p. 90). طرف‌داران نظریه خطر متقابل معتقدند که نظام تقصیر در خطرهای متقابلی که افراد به یکدیگر تحمیل می‌کنند، قابل اعمال است، اما مسئولیت محض برای زمانی است که خطر متقابل نباشد؛ زیرا منصفانه نیست که به فردی اجازه دهیم رفاه دیگری را تحت کنترل خود درآورد درحالی‌که دیگری هیچ کنترلی بر رفاه او که خطر را تحمیل می‌کند، ندارد (Fletcher, 1972, p. 85). طرف‌داران نظریه دلیل اثباتی معتقدند که مسئولیت محض، این احتمال را که شاکی به دلیل هزینه اثبات تقصیر خوانده، از پیگیری دعوی منصرف شود، کاهش می‌دهد (Geistfeld, 2008, p. 62). طرف‌داران نظریه انتشار ضرر یا نظریه مسئولیت سازمانی معتقدند مسئولیت محض بر اساس انصاف بین کسانی برقرار می‌شود که به دلیل زیان اشخاص دیگر، از فعالیت سازمانی منتفع شده‌اند (Keating, 2004, p. 12). بنابراین، از میان نظریات ارائه‌شده برای توجیه مسئولیت محض، مشخص می‌شود که این مسئولیت در فعالیت «فوق العاده خطرناک» یا تصمیمات نامعقول در مورد سطح فعالیت قابل اعمال است.

### ۲.۲.۳. نتایج اعمال قاعده طلایی در قالب «نظریه رفتار غیر نگر» بر موضوعات مسئولیت محض

همان‌طور که می‌دانیم، مسئولیت محض تنها بر مبنای وجود رابطه سببیت بین فعل زیان‌بار عامل و خسارت وارده بر زیان‌دیده قابل اعمال است. در سنت ارسطویی، هنگامی بین فعل زیان‌بار و ضرر رابطه سببیت وجود دارد که انسان (علت فاعلی) در انجام دادن آن کار مختار باشد. بر

اساس «نظریه عمل ارادی ارسطو»<sup>۱</sup>، هنگامی انسان در کاری مختار شمرده می‌شود که آن را به طور ارادی انجام داده باشد؛ یعنی انسان از طریق عقل، گزینه‌هایی را که می‌تواند طبق آن عمل کند، بشناسد و از طریق اراده بین آن‌ها دست به انتخاب بزند (ارسطو، ۱۳۸۱، ص. ۱۱۰)؛ البته میان مفهوم رابطه سببیت در سنت ارسطویی با مفهوم آن در دیدگاه بعضی نظریه‌پردازان معاصر<sup>۲</sup> مسئولیت مدنی، تفاوت وجود دارد؛ به طوری که طبق دیدگاه نظریه‌پردازان معاصر، رابطه سببیت چیزی غیر از اختیار است و هنگامی که ضرر ناشی از فعل زیان‌بار باشد، میان فعل و ضرر رابطه سببیت وجود دارد؛ خواه عامل زیان اراده داشته باشد خواه نداشته باشد (گاردی، ۱۳۷۳، ص. ۵۶). آن‌ها برای مشخص شدن اینکه چه شرطی، شرط لازم برای انتساب رابطه سببیت و احراز مسئولیت محض است، از معیار «اگر... نبود»<sup>۳</sup> استفاده می‌کنند و می‌پرسند «اگر رفتار زیان‌بار عامل نبود، آیا باز هم به زیان‌دیده خسارت وارد می‌شد؟»، اما به دلیل اینکه این معیار، هنجاری و به جای پرسش از «چه چیزی روی می‌داد» از «چه چیزی روی داده است» می‌پرسد و در مواردی که دو یا چند سبب، علت ورود خسارت هستند، کارایی لازم را ندارد، برخی نظریه‌پردازان به جای آن، اعمال معیار واقعی عرف را پیشنهاد می‌دهند و هرگونه انحراف از جریان عادی و طبیعی امور را برای احراز رابطه سببیت و مسئولیت محض کافی می‌دانند (بادینی، ۱۳۹۴، صص. ۹۷-۲۲۰). در واقع، چه آنجا که ارسطو برای احراز رابطه سببیت به مختار بودن انسان استناد می‌کند و چه آنجا که نظریه‌پردازان معاصر از عرف برای احراز رابطه سببیت استفاده می‌کنند، می‌توان از تأثیر قاعده طلایی در احراز یا عدم احراز رابطه سببیت متعاقب آن از لزوم اعمال یا عدم اعمال مسئولیت محض بحث کرد؛ زیرا معیار ارسطو به مفهوم عاملیت اخلاقی (یعنی توانایی ایجاد تغییر در زندگی دیگران با تصمیم‌گیری متفاوت) اشاره دارد که عنصر تعیین‌کننده برای احراز مسئولیت طبق قاعده طلایی و «نظریه رفتار غیرنگر» است و معیار عرفی رابطه سببیت نظریه‌پردازان معاصر هم به فهم عرفی ناشی از اعمال قاعده طلایی اشاره دارد؛ زیرا فهم عرفی تنها دریافت حسی از امور واقع نیست، بلکه درجه‌ای از ارزیابی و تحلیل اطلاعات با استفاده از عناصر قاعده طلایی (یعنی

---

1. Aristotle's Theory Of Voluntary Action

۲. مانند مولینا، پوفندرف و توماسیوس که معتقدند رابطه سببیت باید مبنای الزام واردکننده زیان به جبران خسارت باشد و همه باید در مقابل خسارت ناشی از فعل دیگران حمایت شوند (بادینی، ۱۳۹۴، ص. ۲۱۵).

3. But For Test

آگاهی، تخیل، سازگاری و رفتار کردن) است (Reid, 2002, p. 424). حال برای روشن شدن مطلب از تأثیر قاعده طلایی در قالب «نظریه رفتار غیرنگر» بر موضوعات مسئولیت محض بحث می‌کنیم. همان‌طور که در مبحث پیش اشاره شد، مسئولیت محض در فعالیت «فوق‌العاده خطرناک» و در تصمیمات نامعقول در مورد سطح فعالیت، قابل اعمال است. فعالیت «فوق‌العاده خطرناک» فعالیتی است که خطر آن با وجود دقت و مراقبت معقول از طرف عامل، از بین نمی‌رود و همچنان وجود دارد مانند خطر انفجار که عامل هر چقدر در اجرای آن دقت کند، باز خطر آسیب وجود دارد. تصمیمات نامعقول در مورد سطح فعالیت نیز به تصمیماتی گفته می‌شود که فعالیت در دفعات نامعقول، در مکان و زمان یا روش نامعقول باعث خطر نامشروع می‌شود مانند حمل مواد خطرناک با کامیون از مناطق شهری و هنگام شلوغی در صورتی که بتوان آن را بدون خطر از طریق راه‌آهن حمل کرد (Gerhart, 2010, p. 189). اعمال قاعده طلایی در قالب «نظریه رفتار غیرنگر» بر فعالیت‌های «فوق‌العاده خطرناک»، باعث می‌شود تا تحمیل مسئولیت بر عاملی که دقت و مراقبت معقول را انجام داده، اما با وجود این، خطر به وقوع پیوسته است، ناروا باشد؛ زیرا احراز رابطه سببیت بین فعل عامل و خسارت به‌بارآمده با توجه به اینکه عامل بر خطر هیچ کنترلی نداشته است و خطر را نمی‌توان به انتخاب او نسبت داد، دشوار است و تحمیل مسئولیت با استقلال و عاملیت اخلاقی او مغایرت دارد. این در حالی است که در «نظریه رفتار غیرنگر»، مفهوم عامل اخلاقی که بتواند با تصمیم‌گیری‌های متفاوت، در زندگی دیگران تغییر ایجاد کند، عنصر تعیین‌کننده برای احراز مسئولیت در قبال رفاه دیگران است. در واقع، مسئول شناختن چنین عاملی تنها به این دلیل که عملی انجام داده، به‌منزله محکوم کردن وی به سکون و انفعال است. منفعت و انسجام اجتماعی تنها در حمایت از زیان‌دیده نیست. تأمین آزادی عمل عامل نیز خود دارای فایده اجتماعی ارزشمندی است. چرا ما باید در این وضعیت که خسارت، موضوعی اتفاقی و رفتار هر دو طرف سرزنش‌ناپذیر است، عامل را مسئول بدانیم. درست است که اعمال مسئولیت محض در برابر انتفاع عامل از عمل به مبنای انصاف و اخلاق نزدیک‌تر است و چنین حکم می‌کند که کسی که از منافع فعالیتی بهره‌مند می‌شود، خطرات ناشی از آن را نیز بر عهده بگیرد، اما درعین حال، این اقتضا را نیز دارد که کسی که در حد توان به رفاه خود و دیگران توجه کرده و رفتارش معقول و سرزنش‌ناپذیر است، ملزم به جبران خسارت نشود و ما به‌جای یک بدبخت، دو بدبخت نداشته باشیم (بادینی، ۱۳۹۴، صص. ۲۷۵-۲۷۶). در خصوص تصمیمات غیرمعقول در مورد سطح

فعالیت نیز اعمال قاعده طلایی در قالب «نظریه رفتار غیرنگر» باعث می‌شود تا متوجه شویم عاملی که نتوانسته است درباره زمان، مکان، شیوه یا تعداد دفعات فعالیت تصمیم معقول بگیرد، در واقع نتوانسته است درباره رفاه و منافع دیگران به شیوه مناسب فکر کند و باید مسئولیت ناشی از این تصمیم اشتباه را بر عهده بگیرد. این عامل درست مانند عاملی است که در نظام تقصیر، نتوانسته است طیف مناسبی از ملاحظات و مراقبت‌هایی را که انسان معقول و متعارف در انتخاب فعالیت و تأثیر آن بر دیگران در نظر می‌گیرد، مدنظر قرار دهد. با این تفاسیر، اعمال قاعده طلایی در قالب «نظریه رفتار غیرنگر»، وجود نظام مسئولیت محض را در تصمیمات نامعقول در مورد سطح فعالیت، توجیه‌ناپذیر و غیرضروری می‌کند؛ زیرا طبق این قاعده، نظام تقصیر کاملاً قادر به مسئول دانستن عامل برای خسارات ناشی از این نوع فعالیت‌هاست و حذف تقصیر و اعمال مسئولیت محض در این موارد، باعث رواج بی‌احتیاطی در بین مردم می‌شود؛ زیرا درست است که تقصیر در خصوص تصمیمات نامعقول عامل درباره اندازه مراقبت و دقت در نظر گرفتن تأثیر عمل بر رفاه دیگران است، اما تصمیمات عامل در مورد سطح فعالیت نیز می‌تواند بر رفاه دیگران تأثیر بگذارد؛ به طوری که عامل ممکن است مراقبت معقول را اعمال کند، اما با فعالیت در دفعات نامعقول، روش یا زمان و مکان نامناسب، خطر نامشروعی را به دیگران تحمیل کند (Hylton, 2001, p. 54). تحلیلگران اقتصادی که قاعده تقصیر را برای تحمیل مسئولیت در خصوص تصمیمات نامعقول در مورد سطح فعالیت کافی نمی‌دانند، در واقع، قدرت مفهوم «نامعقول بودن» را در نظام تقصیر درک نکرده‌اند. تصمیمات در مورد سطح فعالیت در معرض همان تحلیلی است که دادگاه هنگام ارزیابی تصمیمات مراقبتی عامل در نظام تقصیر از آن استفاده می‌کند؛ زیرا در این مواقع نیز عامل دست‌کم با دو انتخاب برای فعالیت مواجه است که طبق تحلیل مقایسه‌ای هزینه-فایده، یکی معقول‌تر از دیگری است و با کمترین خطر اجتماعی به اهداف عامل منجر می‌شود. میزان مناسب دقت و مراقبت عامل، به تصمیم او در مورد سطح فعالیت بستگی دارد و این دو از نظر مفهومی یکسان هستند (Donohue, 1989, p. 102). کسانی که معیار تقصیر را در این نوع فعالیت‌ها کافی نمی‌دانند، در واقع فکر می‌کنند یکی از مزایای ایجاد مسئولیت محض، وادار کردن عامل برای سرمایه‌گذاری در اطلاعاتی است که برای کاهش زیان اهمیت دارد (Abraham, 2002, p. 165) درحالی‌که اثبات شده است که معیار تقصیر برای تحمیل مسئولیت به عاملی که نتوانسته



است اطلاعاتی را که به طور معقول در دسترس است، کسب کند، انعطاف‌پذیری کافی دارد؛ زیرا ماهیت معیار معقول بودن این است که عامل افزون‌بر خود، مراقب رفاه و منافع دیگران، در زمانی که خطری را ایجاد کرده است یا به واسطه درگیر شدن در فعالیتی که بر رفاه دیگران تأثیر می‌گذارد، باشد (Shavell, 1992, p. 265). برای مثال، در مسئولیت مدنی کالا، تحمیل مسئولیت به عاملی که نتوانسته است برای کاهش هزینه‌های حوادث، اطلاعاتی را کسب و منتشر کند، در قالب مسئولیت محض اتفاق می‌افتد. توجیه ارائه‌شده این است که تولیدکنندگان کالا به دلیل کسب سود و دسترسی به اطلاعات، در موقعیتی قرار دارند که ارزان‌ترین پیشگیری‌کننده هزینه حوادث شمرده می‌شوند. بنابراین، در برابر مصرف‌کنندگان دارای مسئولیت محض هستند. این در حالی است که مسئولیت تولیدکنندگان در بررسی، هشدار و نقص در طراحی کالا به این مسئله برمی‌گردد که آیا تصمیمات آنان معقول بوده است و هنگام تصمیم‌گیری به طور مناسب به رفاه مصرف‌کنندگان توجه داشته‌اند یا خیر که این با مفهوم تقصیر سازگار است تا مسئولیت محض (Calabresi & Hirschhoff, 1972, p. 81). بنابراین، قاعده طلایی در قالب «نظریه رفتار غیرنگر» از دو گزاره کلی حمایت می‌کند. ۱. تصمیمات نامعقول در مورد سطح فعالیت که عامل را در معرض مسئولیت قرار می‌دهد، از طریق نظام تقصیر توجیه‌پذیر است نه نظام مسئولیت محض و ۲. عامل به دلیل مراقبت و تصمیم‌گیری معقول در مورد سطح فعالیت با وجود «فوق‌العاده بودن خطر»، نباید مسئول باشد و این با قاعده طلایی ناسازگار است؛ زیرا

اولاً، بیشتر تصمیماتی که در خصوص سطح فعالیت گرفته می‌شود، نباید منشأ مسئولیت باشد. برای مثال، شخصی که در دفعات متعدد رانندگی می‌کند، مسئول تصادف اتفاقی در یکی از این دفعات نیست. آنچه برای احراز مسئولیت در این مواقع مهم است، چگونگی تصمیم‌گیری راننده است که باید منطبق با ارزش‌های اجتماعی مورد تأیید جامعه باشد و آن تصمیمی است که منطبق با قاعده طلایی و «نظریه رفتار غیرنگر» است.

ثانیاً، نظام مسئولیت مدنی برای جبران همه خسارت‌ها طراحی نشده است تا اعمال مسئولیت محض در کنار تقصیر توجیه‌پذیر باشد، بلکه برای جبران خسارات غیرمعقول یعنی خساراتی که بتوان با تلاش معقول انسان کنترل کرد، طراحی شده است (Gerhart, 2010, p. 198). بنابراین، تحمیل مسئولیت محض در فعالیت‌های «فوق‌العاده خطرناک» هنگامی که عامل تصمیم معقولی گرفته و رفاه دیگران را در طرح و اولویت خود گنجانده است، با قاعده طلایی

مغایرت دارد، زیرا دلیلی وجود ندارد که از عامل بخواهیم رفاه دیگران را بیشتر در نظر بگیرد. تحمیل مسئولیت هیچ تأثیر مثبتی بر رفتار او ندارد و تنها باعث می‌شود از فعالیت‌هایی که به نفع جامعه است، خودداری کند و مسئول شرایطی باشد که نمی‌تواند در آن عاملیت اخلاقی مؤثری داشته باشد. اعمال مسئولیت محض در این مواقع، هزینه خسارت را درون‌سازی و مالیات بر فعالیت وضع می‌کند، اما باعث نمی‌شود شخص به دقت بیشتر از آنچه در شرایط معقول دارد، ترغیب شود (Epstein, 1974, p.16). هدف نظام مسئولیت مدنی اصلاح رفتار انسان است که این اصلاح با اعمال قاعده طلایی صورت می‌گیرد، اما هنگامی که نتوان خسارت را به رفتار انسان منتسب کرد، تحمیل مسئولیت، عامل را مسئول خطرهایی می‌کند که اتفاقی بوده و به نیروی طبیعت مربوط است.

ثالثاً، معیار معقولیت این قابلیت را دارد تا هزینه اطلاعات غیرضروری برای اثبات تقصیر را کاهش دهد و ایراد وارده بر حذف نظام مسئولیت محض و ضرورت اثبات تقصیر را از طرف قربانی که عمدتاً از نظر دسترسی به اطلاعات و موقعیت اجتماعی ضعیف‌تر از عامل زیان است، برطرف کند؛ زیرا همان‌طور که گفتیم، خسارات موضوع نظام مسئولیت محض، در اصل خساراتی هستند که اگر عامل زیان تصمیمات معقول در مورد سطح فعالیت می‌گرفت، اتفاق نمی‌افتاد. از این‌رو دادگاه می‌تواند با استناد به اصل «وقوع حادثه، دلالت بر تقصیر دارد»، زیان‌دیده را از اثبات تقصیر معاف کند و مسئولیت اثبات معقول بودن تصمیم و فعالیت را بر عهده عامل زیان که از موقعیت اجتماعی و اقتصادی قوی‌تری نسبت به قربانی برخوردار است، بگذارد. از سوی دیگر، دادگاه می‌تواند عدم رعایت معیار و ضوابطی را که توسط صاحب حرف و مشاغل تعیین می‌شود، دلیلی بر اثبات تقصیر تولیدکننده بدانند و مصرف‌کنندگان را از ارائه دلایل اثباتی معاف کند.

رابعاً، در مسئولیت مدنی، خسارتی که به زیان‌دیده وارد می‌شود، هیچ خطری برای جامعه ایجاد نمی‌کند تا با این استدلال اعمال مسئولیت محض را باعث انسجام اجتماعی بدانیم و از حذف تقصیر حمایت کنیم. منفعت و انسجام اجتماعی تنها در حمایت از زیان‌دیده نیست؛ تأمین آزادی عمل عامل نیز دارای فایده اجتماعی ارزشمند است؛ به طوری که خود زیان‌دیده در پس پرده جهل، آنجا که نمی‌داند در عالم واقع زیان‌دیده است یا عامل زیان، از آزادی عمل خود

برای فعالیت در جامعه حمایت می‌کند و مخالفت خود را با اعمال مسئولیت محض در فعالیت‌هایی که او به‌طور معقول رفاه خود و دیگری را در نظر گرفته، اما خسارت به‌طور اتفاقی رخ داده است، اعلام می‌کند.

### نتیجه‌گیری

قاعده طلایی یکی از قواعد بنیادین اخلاق است که به دلیل ارزش بالا و پذیرش گسترده آن در طول ادوار و ادیان مختلف، طلایی نامیده شده است و اعمال آن در زندگی بشر به‌عنوان عادت شمرده می‌شود. از این‌رو قاعدتاً بر نظام حقوقی حاکم بر زندگی جوامع بشری نیز تأثیر گذاشته که نیازمند بررسی و کشف است. یکی از رشته‌های حقوق که قاعده طلایی در آن تأثیر بسزایی دارد، حقوق مسئولیت مدنی است؛ زیرا عامل زیان هنگام تصمیم‌گیری و اقدام علیه زیان‌دیده، می‌تواند با استفاده از قاعده طلایی، خود را جای قربانی قرار دهد و از خود بپرسد که آیا اگر او جای قربانی بود، می‌پسندید که با او رفتاری که مورد نظرش است، انجام شود و بدین واسطه از رفتار مضر نسبت به قربانی اجتناب کند، اما مسئله این است که قاعده طلایی چگونه در حقوق مسئولیت مدنی اعمال می‌شود و چه تأثیری بر آن می‌گذارد؟ قاعده طلایی اخلاقی در حقوق مسئولیت مدنی در قالب «نظریه رفتار غیرنگر» اعمال می‌شود؛ زیرا اساس و مبنای مسئولیت عامل زیان طبق این نظریه، عدم توجه مناسب او نسبت به رفاه قربانی و توجهش به منافع شخصی خود است. همچنین، این نظریه مانند قاعده طلایی به‌جای رفتار، به فرایند تصمیم‌گیری عامل توجه می‌کند و از طریق تأثیرگذاری بر این فرایند، تعارضات و عدم هماهنگی بین طرح و اولویت‌های عامل و قربانی را به حداقل می‌رساند و کارایی، انصاف و ثبات را برای جامعه به ارمغان می‌آورد. «نظریه رفتار غیرنگر» در حقوق مسئولیت مدنی مانند قاعده طلایی در اخلاق از مفهوم امر مطلق کانت و حجاب جهل راولز استفاده می‌کند تا با حذف منافع شخصی و خودخواهی افراد، به رفتار منصفانه و بی‌طرفانه برسد. در واقع، به رفتاری که هرکس می‌پسندد در وضعیت مشابه با او انجام شود. قاعده طلایی در قالب «نظریه رفتار غیرنگر» در دو شاخه اصلی مسئولیت مدنی، یعنی نظام تقصیر و مسئولیت محض تأثیر می‌گذارد؛ به‌طوری‌که طبق «نظریه رفتار غیرنگر» قاضی برای احراز تقصیر عامل زیان باید دو موضوع را مشخص کند. ۱. وجود وظیفه در نظر گرفتن رفاه دیگران توسط عامل و ۲. تعیین دامنه این وظیفه. معیار قاضی برای احراز موضوع اول، انتخاب فعالیتی

توسط عامل است که نشان‌دهنده قبول مسئولیت او در قبال رفاه قربانی باشد؛ البته به فراخور نوع فعالیت انتخابی عامل، تقصیر نیز طبق «نظریه رفتار غیرنگر» به دو نوع تقسیم می‌شود. در نوع اول، تقصیر به واسطه اینکه عامل خود منشأ خطر است، به‌طور داوطلبانه می‌پذیرد که وظیفه داشته باشد تا به رفاه دیگران توجه کند، اما در نوع دوم تقصیر، منشأ خطر، عامل نیست. از این‌رو وظیفه او برای در نظر گرفتن رفاه دیگران، مشروط به علم او به این موضوع است که قربانی برای رفع خطر به فعالیت او نیاز دارد و با این علم، در فعالیت شرکت می‌کند. معیار قاضی برای تعیین دامنه وظیفه در نظر گرفتن رفاه دیگران نیز مفهوم عاملیت اخلاقی است. طبق این مفهوم، عامل باید بتواند با تصمیم‌گیری متفاوت، تغییرات مثبتی در زندگی دیگران ایجاد کند؛ به طوری که عدم توانایی عامل در ایجاد تغییر، او را از مسئولیت می‌رهاند، اما تأثیر قاعده طلایی در قالب «نظریه رفتار غیرنگر» در نظام مسئولیت محض بیشتر است؛ زیرا اعمال آن در فعالیت‌های فوق‌العاده خطرناکی که عامل، دقت و مراقبت معقول و توجه مناسب را به رفاه خود و دیگران داشته است، باعث می‌شود تا او مسئول خسارات به‌بارآمده نباشد؛ زیرا می‌توان این‌گونه خسارات را به طبیعت امور نسبت داد و انتساب رابطه سببیت در این موارد، مغایر مفهوم عاملیت اخلاقی قاعده طلایی است؛ زیرا عامل قادر به تصمیم‌گیری متفاوت در راستای ایجاد تغییر مثبت به نفع دیگران نیست. بنابراین، طبق قاعده طلایی «فعالیت فوق‌العاده خطرناک» نه طبق نظام تقصیر و نه طبق مسئولیت محض، موجب مسئولیت برای افراد نمی‌شود؛ زیرا هر شخصی در موقعیت عامل زیان، نمی‌پسندد در جایی که خطر به فعالیت او ارتباطی ندارد، مسئول باشد. همچنین، انتفاع معقول اشخاص از فعالیت‌های خود، جزو حقوق طبیعی آن‌ها شمرده می‌شود، اما اعمال قاعده طلایی در تصمیمات نامعقول در مورد سطح فعالیت موجب می‌شود تا نظام تقصیر جایگزین نظام مسئولیت محض شود؛ زیرا اولاً، عامل زیان مانند نظام تقصیر دست‌کم با دو انتخاب مواجه است که با استفاده از تحلیل مقایسه‌ای هزینه-فایده می‌تواند یکی را معقول‌تر از دیگری تشخیص دهد. ثانیاً، بیشتر تصمیمات نامعقول در مورد سطح فعالیت، از نظر ارزش‌های اجتماعی منشأ مسئولیت نیستند و آنچه برای تحمیل مسئولیت اهمیت دارد، چگونگی تصمیم‌گیری عامل است تا شیوه اجرای او. ثالثاً، نظام مسئولیت مدنی برای جبران همه خسارت‌ها طراحی نشده است تا وجود مسئولیت محض در کنار تقصیر توجیه شود، بلکه برای جبران خسارت‌های نامعقولی طراحی شده است که بتوان با تلاش

معقول انسان آن را کنترل کرد. رابعاً، اعمال معیار معقولیت، هزینه اثبات تقصیر را با حذف نظام مسئولیت محض کاهش می‌دهد؛ زیرا خسارت‌های موضوع نظام مسئولیت محض، در اصل خسارت‌هایی هستند که اگر عامل زیان تصمیم معقول می‌گرفت و رفاه دیگران را در رفاه خود می‌گنجاند، اتفاق نمی‌افتادند. بنابراین، وقوع خسارت، خود دلیلی بر تقصیر است و نیازی نیست تا زیان دیده ثابت کند که عامل زیان به رفاه او توجه نکرده و مرتکب تقصیر شده است. افزون‌براین، دادگاه‌ها می‌توانند عدم رعایت معیارهای پیش‌بینی شده از طرف صاحبان حرف و مشاغل را فرض بر تقصیر تولیدکنندگان و عرضه‌کنندگان کالا و خدمات بدانند.

## منابع

- ۱) قرآن کریم.
- ۲) امام علی (علیه‌السلام). نهج‌البلاغه (محمد دشتی، مترجم). مشهد: آستان قدس رضوی.
- ۳) ارسطو (۱۳۸۱). اخلاق نیکوماخس (دکتر سیدابوالقاسم پورحسینی، مترجم) (جلد اول). تهران: دانشگاه تهران.
- ۴) بادینی، حسن (۱۳۸۹). نگرشی انتقادی به معیار انسان معقول و متعارف برای تشخیص تقصیر در مسئولیت مدنی. فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۱، صص ۷۳-۹۳.
- ۵) بادینی، حسن (۱۳۹۴). فلسفه مسئولیت مدنی. تهران: سهامی انتشار.
- ۶) بشیریه، حسین (۱۳۸۲). دیباچه‌ای بر فلسفه عدالت. ماهنامه ناقد، شماره ۸۲، ص ۳۳.
- ۷) بلانچارد، کنت (۱۳۸۴). قدرت مدیریت اخلاقی (بهزاد رضانی، مترجم). تهران: گندمان.
- ۸) جعفری تبار، حسن (۱۳۹۶). مسئولیت مدنی کالا. تهران: نگاه معاصر.
- ۹) دهقانی، محمد (۱۳۸۶). روان‌شناسی دین. تهران: رشد.
- ۱۰) روشنگر، محمدضیا (۱۳۹۸). نسبت مفهوم طبیعت با ایده جهان نزد ایمانوئل کانت. تهران: دانشگاه تهران.
- ۱۱) کریمی لاسکی، محمد و فرامرز قراملکی، احد (۱۳۹۴). تحلیل مفهومی و گزاره‌ای قاعده زرین اخلاق. پژوهش‌نامه اخلاق، شماره ۲۸، صص ۷۵-۹۸.
- ۱۲) گاردی، ژل (۱۳۷۳). حقوق، منطق و معرفت‌شناسی (دکتر حسن حبیبی، مترجم). تهران: اطلاعات.
- ۱۳) میرشکاری، عباس و ملکی، نفیسه (۱۴۰۱). مسئولیت مدنی اشخاص مشهور در تأیید کالاها و خدمات. پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، سال ۲۳، شماره ۲، صص ۱۷-۱۸.  
doi:10.30497/law.2022.242216.3150
- ۱۴) نیشابوری، مسلم‌بن حجاج (۱۳۳۴). صحیح مسلم (جلد ۲). استانبول: دارالطباعه العامره.
- 15) Abraham, K. (2002). *The Forms and Functions of Tort Law*, New York: Foundation Press.
- 16) Aquinas, T. (1994). *Truth (Quaestiones disputatae de veritate English)*, Vol. II Questions X-XX, Translated by James V. McGlynn, Indianapolis, Indiana.
- 17) Calabresi, G & Hirschoff, J (1972). "Toward a Test for Strict Liability in Torts", *The Yale law Journal*, Vol 50, pp 1055-1085.
- 18) Campodonico, A. (2013). 'How to Read Today Natural Law in Aquinas New Blackfriars 4:PP 716-32.
- 19) Cardi, W & Green, M. (2008). "Duty Wars", *Southern California Law Review*, Vol 81, pp 671-734.
- 20) Coleman, J. (1992). *Risk and Wrongs*, New York: Cambridge University Press.

- 21) Donohue, J. (1989). The Law and Economics of Tort Law: The Profound Revolution, Harvard law Review, Vol 102, pp 1047-1073.
- 22) Duxbury, N. (2009). Golden rule reasoning, moral judgment, and law. Notre Dame Law Review, 84, 1529-1605.
- 23) Epstein, R. (1974). "Defenses and Subsequent Pleas in a System of Strict Liability", The Journal of Legal Studies, Vol 3, pp 165-185.
- 24) Esper, D & Keating, G (2008). "Putting "Duty" In Its Place", University of Southern California Gould School of law, Vol 4, pp90-110.
- 25) Fletcher, G. (1972). "Fairness & Utility in Tort Theory", Harvard law Review, Vol 85, pp 537-573.
- 26) Geistfeld, M. (2008). Tort Law Essentials , New York: Wolters Kluwer.
- 27) Gensler, H. (2009). Formal Ethics, London: Routledge.
- 28) Gensler, H. (2013). Ethics And The Golden Rule, London: Routledge.
- 29) Gerhart , P. (2010). Tort law and social morality, New york: Cambridge University Press.
- 30) Goldberg, J & Zipursky, B. (2001). "The Restatement (Third) and the Place of Duty in Negligence Law, Vanderbilt law Review, Vol 54, pp 658-678.
- 31) Goldberg, J. (2003). "Rethinking Injury and Proximate Cause", Sandiego law Review, Vol 40, pp1315-1343.
- 32) Gould, A. (1968). "Clarifying Singer's Golden Rule, Instituto de Investigaciones Filosoficas, Universidad Nacional Autonoma de Mexico, Vol 6, pp95-101.
- 33) Grady, M. (1984). "Proximate Cause and the Law of Negligence", UCLA Law Review, Vol 50, pp 293-335. Hall, P. M. (1994). Narrative and the Natural Law. An Interpretation of Thomistic Ethics. Notre Dame, Notre Dame University Press.
- 34) Hardin, G. (1985). Filters Against Folly, New york: Penguin Books.
- 35) Hare R.M. (1965). Freedom And Reason, New York: Oxford University Press.
- 36) Hertzler, J. O. (1934). "On Golden Rules" International Journal of Ethics, Vol 44: PP 418-436.
- 37) Hylton, K. (2001). "The Theory of Tort Doctrine and the Restatement (Third) of Torts", Boston University School law, Vol 54 ,pp1-23.
- 38) Kant, I. (1785). Fundamental Principles of the Metaphysics of Morals, New York: Cambridge University Press.
- 39) Kant, I. (1956). Critique of Practical reason, New York: Lewis White. Beck, Bobbs-Merrill.
- 40) Kaplow, L & Shavell, S. (2002). Fairness Versus Welfare, Cambridge: Harvard University Press.
- 41) Keating, G. (2004). "Rawlsian Fairness and Regime Choice in the Tort Law of Accidents", Fordham Law Review, Vol 72, pp 1857 -1921.
- 42) Kung, H. (1998). A Golden Ethic For Global Politics And Economics, New York: Oxford University Press.
- 43) Levmore, S. (1994). Foundations of Tort Law, New York: Foundation Press.
- 44) Neil, D. (2009). "Golden rule reasoning, moral judgment, and law, Notre Dame Law Review, Vol 84, pp 1529-1605.

- 45) Rawls, J. (1971). A Theory of Justice, Cambridge: Harvard University Press.
- 46) Reid, T. (2002). Essays on the Intellectual Powers of Man. Edinburgh: Edinburgh University.
- 47) Ripstein, A. (1999). Equality, Responsibility, and the Law, New York: Cambridge University Press.
- 48) Ripstein, R. (2004). "The Division of Responsibility and the Law of Tort", Fordham Law Review, Vol 72, pp1811-1844.
- 49) Shavell, S. (1992). "Liability and the Incentive to Obtain Information about Risk", The University of Chicago press, Vol 21, pp 259-270.
- 50) Simon, H. (1957). Models of Man: Social and Rational, New York: John Wiley and Sons inc.
- 51) Simoncelli, D. (2018). "From Natural Law To The Golden Rule: Aquinas Revisited", Ethics, Politics & Society Journal, Vol 30, pp261-275.
- 52) Singer, M. (2006). The Golden Rule, London: Routledge.
- 53) Wattles, J. (1996). The Golden Rule. New York: Oxford University Press.
- 54) Weinrib, E. (1995). The Idea of Private Law, New York: Harvard University Press.
- 55) Weiss, P. (1941). "The Golden Rule", The Journal of Philosophy, Vol 16, pp 421-430.
- 56) Wood, A. (2001). Basic Writings of Kant, New York: Modern Library.
- 57) Wright, R. (1987). "The Efficiency Theory of Causation and Responsibility: Unscientific Formalism and False Semantics", Chicago- Kant Law Review, Vol 63, pp 553-578.



## References

- 1) The Holy Quran [in Arabic].
- 2) Imām Ali (PBUH). Nahj al-Balāgha (Muḥammad Dashtī, translator). Mashhad: Āstān Qods Rażavī [in Persian].
- 3) Abraham, K. (2002). The Forms and Functions of Tort Law, New York: Foundation Press.
- 4) Aquinas, T. (1994). Truth (Quaestiones disputatae de veritate English), Vol. II Questions X-XX, Translated by James V. McGlynn, Indianapolis, Indiana.
- 5) Arastū (1381 SH). Aqlāq-e Nikūmākūs [Nicomachean Ethics] (Dr. Seyyed Abūlqāsem Pūrhosseinī, translator) (Volume 1). Tehrān: Dānešgāh-e Tehrān [in Persian].
- 6) Bādīnī, Ḥasan (1389 SH). Negarishī Enteqādī be Meyār-e Ensān Ma'qūl va Mot'āref barāye Taškḥīṣ-e Taqṣīr dar Mas'ūliyat-e Madanī [A Critical Look at the Standard of the Reasonable and Ordinary Person in Determining Fault in Civil Liability]. Faṣṣnāmeḥ-ye Hoqūq [Law Quarterly], Majalle-ye Dānešgāh-e Hoqūq va 'Olūm-e Siāsī, 1, pp. 73-93 [in Persian].
- 7) Bādīnī, Ḥasan (1394 SH). Falsafe-ye Mas'ūliyat-e Madanī [The Philosophy of Civil Liability]. Tehrān: Sahāmī Enteshār [in Persian].
- 8) Bāshiriye, Ḥoseyn (1382 SH). Dibāche'ī bar Falsafe-ye 'Adālat [An Introduction to the Philosophy of Justice]. Māhname-ye Nāqd, 82, p. 33 [in Persian].
- 9) Blanchard, Kent (1384 SH). Qodrat-e Modiriyat-e Aqlāqī [The Power of Ethical Management] (Behzād Ramezānī, translator). Tehrān: Gandomān [in Persian].
- 10) Calabresi, G & Hirschhoff, J (1972). "Toward a Test for Strict Liability in Torts", The Yale law Journal, Vol 50, pp 1055-1085.
- 11) Campodonico, A. (2013). 'How to Read Today Natural Law in Aquinas New Blackfriars 4:PP 716-32.
- 12) Cardi, W & Green, M. (2008). "Duty Wars", Southern California Law Review, Vol 81, pp 671-734.
- 13) Coleman, J. (1992). Risk and Wrongs, New York: Cambridge University Press.
- 14) Dehqānī, Moḥammad (1386 SH). Ravānšenāsī-ye Dīn [Psychology of Religion]. Tehrān: Roshd [in Persian].
- 15) Donohue, J. (1989). The Law and Economics of Tort Law: The Profound Revolution, Harvard law Review, Vol 102, pp 1047-1073.
- 16) Duxbury, N. (2009). Golden rule reasoning, moral judgment, and law. Notre Dame Law Review, 84, 1529-1605.
- 17) Epstein, R. (1974). "Defenses and Subsequent Pleas in a System of Strict Liability", The Journal of Legal Studies, Vol 3, pp 165-185.
- 18) Esper, D & Keating, G (2008). "Putting "Duty" In Its Place", University of Southern Clifornia Gould School of law, Vol 4, pp 90-110.
- 19) Fletcher, G. (1972). "Fairness & Utility in Tort Theory", Harvard law Review, Vol 85, pp 537-573.
- 20) Gārdī, Ž.L. (1373 SH). Hoqūq, Mantegh va Ma' refat-šenāsī [Law, Logic, and Epistemology] (Dr. Ḥasan Ḥabībī, translator). Tehrān: Etelā'āt [in Persian].
- 21) Geistfeld, M. (2008). Tort Law Essentials, New York: Wolters Kluwer.

- 22) Gensler, H. (2009). *Formal Ethics*, London: Routledge.
- 23) Gensler, H. (2013). *Ethics And The Golden Rule*, London: Routledge.
- 24) Gerhart , P. (2010). *Tort law and social morality*, New york: Cambridge University Press.
- 25) Goldberg, J & Zipursky, B. (2001). "The Restatement (Third) and the Place of Duty in Negligence Law, *Vanderbilt law Review*, Vol54, pp 658-678.
- 26) Goldberg, J. (2003). "Rethinking Injury and Proximate Cause", *Sandiego law Review*, Vol 40, pp1315-1343.
- 27) Gould, A. (1968). "Clarifying Singer's Golden Rule, *Instituto de Investigaciones Filosoficas, Universidad Nacional Autonoma de Mexico*, Vol 6, pp95-101.
- 28) Grady, M. (1984). "Proximate Cause and the Law of Negligence", *UCLA Law Review*, Vol 50, pp 293-335. Hall, P. M. (1994). *Narrative and the Natural Law. An Interpretation of Thomistic Ethics*. Notre Dame, Notre Dame University Press.
- 29) Hardin, G. (1985). *Filters Against Folly*, New york: Penguin Books.
- 30) Hare R.M. (1965). *Freedom And Reason*, New York: Oxford University Press.
- 31) Hertzler, J. O. (1934). "On Golden Rules" *International Journal of Ethics*, Vol 44: PP 418-436.
- 32) Hylton, K. (2001). "The Theory of Tort Doctrine and the Restatement (Third) of Torts", *Boston University School law*, Vol 54 ,pp1-23.
- 33) Jāfari Tabār, Ḥasan (1396 SH). *Mas'ūliyat-e Madanī-e Kalā [Civil Liability of Goods]*. Tehrān: Negāh Mo'āṣer [in Persian].
- 34) Kant, I. (1785). *Fundamental Principles of the Metaphysics of Morals*, New York: Cambridge University Press.
- 35) Kant, I. (1956). *Critique of Practical reason*, New York: Lewis White. Beck, Bobbs-Merrill.
- 36) Kaplow, L & Shavell, S. (2002). *Fairness Versus Welfare*, Cambridge: Harvard University Press.
- 37) Karīmī Lāsgī, Moḥammad and Faramarz Gharamalekī, Aḥad (1394 SH). *Taḥlīl-e Mafhūmī va Gozārešī-e Qā'ede-ye Zarrīn-e Aḳlāq [Conceptual and Propositional Analysis of the Golden Rule of Ethics]*. *Pajūheš-nāme-ye Aḳlāq [Ethics Research Journal]*, 28, pp. 75-98 [in Persian].
- 38) Keating, G. (2004). "Rawlsian Fairness and Regime Choice in the Tort Law of Accidents", *Fordham Law Review*, Vol 72, pp 1857 -1921.
- 39) Kung, H. (1998). *A Golden Ethic For Global Politics And Economics*, New York: Oxford University Press.
- 40) Levmore, S. (1994). *Foundations of Tort Law*, New York: Foundation Press.
- 41) Mīršakārī, 'Abbās and Malekī, Nafīseh (1401 SH). *Mas'ūliyat-e Madanī-e Ašḳāš-e Mašhūr dar Ta'yīd-e Kalāhā va Ḳadamāt [Celebrities' Liability for Service & Product Endorsement]*. *Pažūheš'nāme-ye Hoḳūq-e Islāmī [Journal of Islamic Law Research]*, 23 (2), pp. 17-18. doi:10.30497/law.2022.242216.3150 [in Persian].
- 42) Neil, D. (2009). "Golden rule reasoning, moral judgment, and law, *Notre Dame Law Review*, Vol 84, pp 1529-1605.

- 43) Neīshābūrī, Moslem bin Ḥajjāj (1334 SH). Ṣaḥīḥ Muslim [Sahih Muslim] (Volume 2). Istanbul: Dār al-Ṭabā'a al-Āmerah [in Persian].
- 44) Rawls, J. (1971). A Theory of Justice, Cambridge: Harvard University Press.
- 45) Reid, T. (2002). Essays on the Intellectual Powers of Man. Edinburgh: Edinburgh University.
- 46) Ripstein, A. (1999). Equality, Responsibility, and the Law, New York: Cambridge University Press.
- 47) Ripstein, R. (2004). "The Division of Responsibility and the Law of Tort", *Fordham Law Review*, Vol 72, pp1811-1844.
- 48) Roshangar, Mohammadzīā (1398 SH). Nesbat-e Mafhūm-e Ṭabī'at bā Īde-ye Jahān nazd-e Īmānū'el Kānt [The Relationship of the Concept of Nature with the Idea of the World according to Immanuel Kant]. Tehrān: Dānešgāh-e Tehrān [in Persian].
- 49) Shavell, S. (1992). "Liability and the Incentive to Obtain Information about Risk", *The University of Chicago press*, Vol 21, pp 259-270.
- 50) Simon, H. (1957). Models of Man: Social and Rational, New York: John Wiley and Sons inc.
- 51) Simoncelli, D. (2018). "From Natural Law To The Golden Rule: Aquinas Revisited", *Ethics, Politics & Society Journal*, Vol 30, pp261-275.
- 52) Singer, M. (2006). The Golden Rule, London: Routledge.
- 53) Wattles, J. (1996). The Golden Rule. New York: Oxford University Press.
- 54) Weinrib, E. (1995). The Idea of Private Law, New York: Harvard University Press.
- 55) Weiss, P. (1941). "The Golden Rule", *The Journal of Philosophy*, Vol 16, pp 421-430.
- 56) Wood, A. (2001). Basic Writings of Kant, New York: Modern Library.
- 57) Wright, R. (1987). "The Efficiency Theory of Causation and Responsibility: Unscientific Formalism and False Semantics", *Chicago- Kant law Review*, Vol 63, pp 553-578.

## A Critical Examination of "Mistake" in Iranian Civil Law, Based on the Common Lexical Nature of "Mistake" Between the French Legal System and Islamic Law

Ataollah Bigdeli · Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Social and Cultural  
Sciences, Imam Hussein University, Tehran, Iran. [ataollah.bigdeli@gmail.com](mailto:ataollah.bigdeli@gmail.com)

### Abstract

#### 1. Introduction

The concept of "mistake" in contractual agreements is a critical point of consideration within various legal systems, each offering distinct approaches to its resolution. This paper focuses on the nature of "mistake" as addressed in Iranian civil law, highlighting the complexities arising from the amalgamation of concepts derived from both the French legal system and Imamiya jurisprudence. The primary aim is to unravel the ambiguities and interpretive challenges presented by the current legal provisions in Iran concerning mistakes in contracts. These challenges are attributed to the convergence of two distinct legal philosophies, each with its unique terminological and conceptual understandings of "mistake." Through a comparative analysis, this study seeks to elucidate the semantic and judicial confusions, proposing pathways towards a more coherent legal interpretation or possible legislative reformations to mitigate these ambiguities.

#### 2. Research Question

The central inquiry of this research revolves around the following question: how does the conflation of the lexical and conceptual frameworks of "mistake" from both the French legal system and Islamic law contribute to the ambiguities and interpretive challenges within Iranian civil law, and what reforms or interpretations could enhance the coherence of legal provisions regarding mistakes in contracts?



### 3. Research Hypothesis

This study proposes two hypotheses: Firstly, the provisions regarding "mistake" in Iranian civil code are inherently ambiguous, leading to significant interpretive challenges. This ambiguity is largely due to the dualistic incorporation of "mistake" as understood in both French legal terminology and Imamiya jurisprudence, without a clear distinction or integration strategy. Secondly, the root of these controversies and ambiguities lies in the failure to acknowledge and address the "common lexical" nature of "mistake" between these two systems, resulting in semantic and judicial inconsistencies that fundamentally hinder the adjudication process regarding contract mistakes in Iranian law.

### 4. Methodology & Framework, if Applicable

The research methodology employed in this study is primarily library-documentary, involving an extensive review of existing literature, legal documents, and previous research findings. The comparative analysis framework is pivotal to understanding the juxtaposition of the French legal system's and Imamiya jurisprudence's interpretations of "mistake." This approach facilitates the identification of similarities, differences, and theoretical advantages, providing a comprehensive understanding of how these divergent perspectives contribute to the current legal ambiguities in Iran. The analysis extends to recent amendments in the 2016 French civil code, offering updated insights that previous studies have overlooked. Through this methodological lens, the paper delves into the conceptual-terminological conflict that underpins the ambiguities in Iranian civil law, presenting novel arguments and explanations to address these challenges.

### 5. Results & Discussion

The analysis conducted in this study reveals the ambiguities present within the Iranian civil law concerning the concept of "mistake" in transactions. This issue primarily stems from the amalgamation of the French legal doctrine's interpretation of mistake and the Imamiya jurisprudence's approach, both of which have historically influenced Iranian legal systems but offer differing perspectives on the nature and implications of mistakes in contractual agreements.

From the French legal doctrine, the categorization of mistakes into errors that lead to a defect in will, defect in consent, and ineffective mistakes, with their corresponding legal consequences (absolute nullity,

relative nullity, and validity, respectively), has been a cornerstone in understanding and adjudicating contracts. The 2016 reforms in the French civil code, which sought to align more closely with the Roman tradition, underscored a significant shift by placing all mistakes under the umbrella of relative nullity, thereby prioritizing the preservation of contracts unless a significant defect in consent is proven.

Contrastingly, Islamic law distinguishes mistakes that lead to a defect in will, resulting in the nullity of the contract, from those constituting a defect in consent, which merely give rise to the right of annulment. This distinction is crucial as it underscores a more nuanced approach to handling mistakes, recognizing the varying degrees of impact a mistake can have on the contractual agreement's validity.

The integration of these diverse perspectives into Iranian civil code, particularly through the borrowing of terms and concepts, has led to a situation where the provisions related to "mistake" are fraught with ambiguity and inconsistency. This is evident in the legislative texts, where French-influenced (articles 199 to 201) coexist with those drawing from Imamiya jurisprudence (articles 353, 762, 1070, etc.), without a clear distinction or harmonization of the underlying principles.

This study's findings underscore the critical need for a comprehensive review and revision of the Iranian civil law's provisions on mistake. The semantic and judicial conflicts that arise from the current framework do not merely represent an academic concern but have real-world implications for the interpretation and enforcement of contracts. The lack of clarity and consistency undermines the predictability and security that are fundamental to contractual relations, posing significant challenges for both domestic and international legal transactions involving Iranian law.

## **6. Conclusion**

The investigation into the provisions related to "mistake" within the Iranian civil law highlights a critical area of ambiguity and contention, stemming from the confluence of French legal doctrine and Imamiya jurisprudence. This study proposes that the root cause of these disputes lies in the failure to clearly distinguish and harmonize the concepts of mistake as understood in these two influential legal traditions.

To address this issue, this paper recommends a theoretical and practical overhaul of the relevant provisions. Theoretically, adopting a jurisprudential approach to categorize mistakes into three distinct types—defect in will, defect in consent, and ineffective mistakes—with

corresponding legal consequences, offers a pathway to clarity. This approach would align the legal framework with the nuanced understanding of mistake in Imamiya jurisprudence while providing a clear, structured basis for adjudication.

Practically, for an interim solution, a more precise interpretation of "the subject matter itself of the transaction" in Iranian civil code articles 199 and 200 is advocated. This interpretation aims to reconcile the current provisions with the practical realities of contract law, ensuring that defects in consent related to the characteristics of the subject matter lead to voidability rather than nullity, thus preserving the integrity of contractual agreements where possible.

Ultimately, the resolution of the ambiguities surrounding the concept of "mistake" in Iranian civil code requires a balanced integration of jurisprudential tradition and contemporary legal principles. By embracing a more defined and harmonized approach, Iranian law can enhance the predictability, fairness, and effectiveness of its contract law provisions, thereby fostering a more stable and trustworthy legal environment for both domestic and international parties.

**Keywords:** Mistake in Islamic Law, Mistake in French Law, Defect in Will, Defect in Consent, Ineffective Defect.

## بررسی انتقادی «اشتباه» در حقوق مدنی ایران، بر اساس نظریه مشترک لفظی بودن «اشتباه» بین نظام حقوقی فرانسه و فقه امامیه

عطاءالله بیگدلی • استادیار، گروه حقوق، دانشکده علوم اجتماعی و فرهنگی، دانشگاه جامع امام حسین علیه السلام، تهران،  
ataollah.bigdeli@gmail.com ایران.

### چکیده

مواد ناظر به «اشتباه» در موضوع و اطراف معامله، در قانون مدنی ایران بسیار مبهم و مناقشه‌برانگیز است. ریشه و دلیل این مناقشات چیست؟ دکترین حقوق فرانسه، با تفسیر مواد ناظر به اشتباه در قانون مدنی قدیم، اشتباه را به اشتباه منجر به عیب در اراده، عیب در رضا و اشتباهات غیر مؤثر تقسیم نموده بودند و به ترتیب، حکم معاملات مشتمل بر این عیوب را باطل مطلق، باطل نسبی و صحیح می‌دانستند. اصلاحات سال ۲۰۱۶ قانون مدنی فرانسه در راستای حفظ صحت قراردادها، هم‌چون سنت رومی، ضمانت اجرای تمامی انواع اشتباه - حتی منجر به عیب در اراده - را بطلان نسبی قرار داده است. در قانون و دکترین فرانسه، اشتباه اصطلاحی، اشتباه به مثابه عیب در رضا است و سایر انواع اشتباه با تسامح اشتباه نامیده می‌شود. در فقه امامیه، اشتباه منجر به عیب در اراده، منجر به بطلان عقد و اشتباه به عنوان عیب رضا منجر به ایجاد حق فسخ و اشتباهات جزئی نیز فاقد اثر بر صحت عقد هستند. در فقه امامیه، برخلاف حقوق فرانسه، اشتباه اصولاً برای اشتباه به مثابه عیب در اراده اصطلاح شده است. لذا اشتباه در فقه امامیه و حقوق فرانسه، مشترک لفظی است. قانون مدنی ایران به علت عدم تمایز دقیق بین اصطلاح اشتباه در فقه امامیه و حقوق فرانسه، در مواد ۱۹۹ تا ۲۰۱ از اصطلاح فرانسوی و در مواد ۳۵۳، ۷۶۲، ۱۰۷۰ و سایر مواد ناظر به اختیارات، از اصطلاح فقهی اقتباس کرده است. نتیجه پژوهش حاضر چنین بود که برای اصلاح دوگانگی مذکور، می‌بایست اشتباه را به سه درجه عیب اراده، عیب رضا و عیب غیر معیب تقسیم کرد و حکم هر یک را بر اساس فقه امامیه روشن ساخت.

واژگان کلیدی: اشتباه در فقه امامیه، اشتباه در حقوق فرانسه، عیب در اراده، عیب در رضا، عیب غیر معیب.





#### مقدمه

در هر عقدی ممکن است متعاملان «اشتباه» کنند. مبتنی بر فروض منطقی، این اشتباه در موضوعات و درجات مختلفی رخ می‌دهد؛ از اشتباه در شخص طرف معامله تا اشتباه در موضوع معامله (مانند اشتباه در کالا یا خدمات تبادل‌شده) یا اشتباه در تقویم ثمن، اشتباه در جهت معامله، اشتباه در الفاظ انتقال قصد و... . نظام‌های حقوقی گوناگون برای حل این مسئله راهکارهای مختلفی را پیموده‌اند. این پژوهش به صورت مشخص در پی اثبات دو مدعا (فرضیه) است. نخست اینکه، مواد ناظر به اشتباه در قانون مدنی ایران مبهم و تفسیر منسجم آن‌ها دشوار و مناقشه‌برانگیز است. دوم، با پرسش از علت ریشه‌ای این مناقشات، اثبات کند که این ابهام و دشواری در تفسیر به این علت است که «اشتباه» در نظام فرانسوی و فقهی «مشترک لفظی» است. قانون ایران با عدم توجه به این مسئله، اصطلاحات و احکام «اشتباه» را از دو نظام حقوقی فرانسوی و فقهی وام گرفته و با هم ترکیب کرده است. مزج دو واژه مشترک لفظی منجر به ابهام معنایی و حکمی شده و برای همین به دست دادن حکم اشتباه در حقوق ایران اصولاً ناممکن است. سرانجام، مقاله می‌کوشد با نزدیک شدن به یک نظام حقوقی، تفسیر یا اصلاحات تقنینی را پیشنهاد دهد که انسجام مواد بیشتر شود.

پیشینه، یافته‌ها و روش‌شناسی پژوهش: در تمام کتاب‌های شرح قانون مدنی، بخشی درباره تفسیر مواد اشتباه موجود است (امامی، ۱۳۵۵، ج ۴، ص. ۴۰؛ قائم‌مقامی، ۱۳۵۶، ج ۲، ص. ۲۲۸؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۱، ج ۱، ص. ۱۷۰؛ امیری قائم‌مقامی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص. ۲۶۰؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۱، ص. ۲۴۵؛ صفایی، ۱۳۸۳، ص. ۹۴؛ قاسم‌زاده، ۱۳۸۳، ص. ۷۷؛ شهیدی، ۱۳۹۰، ج ۱، ش ۲۲۲، ص. ۱۸۴؛ بهرامی احمدی، ۱۳۹۰، ص. ۲۴۸).

در این موضوع تک‌نگاری‌هایی نیز انجام شده است. آخوندی در کتاب اشتباه در موضوع قرارداد با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه و انگلستان (۱۳۹۰)، پس از بررسی تاریخچه اشتباه، به تدقیق این مفهوم مبادرت کرده و با تقسیم دقیق انواع اشتباه در نظام‌های حقوق مختلف، به آثار و شرایط اشتباه در موضوع معامله پرداخته است. کتاب، اراده را مبنای فلسفی تأثیر اشتباه می‌داند و این مبنا را بر لزوم تطابق ایجاب و قبول منطبق می‌کند. کتاب، دیگر نظریات بنیادین توجیه چرایی اثر اشتباه مانند حسن نیت و قواعد اخلاقی، لاضرر و... را مطرح و سرانجام شرایط تأثیر اشتباه مانند اساسی بودن، وقوع در قلمرو تراضی و شرایط اثباتی را بحث کرده است.

محسنی در کتاب اشتباه در شخص طرف قرارداد (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه) (۱۳۹۰)، ساختاری شبیه ساختار کتاب آخوندی را پی گرفته است (تاریخچه، مفهوم، اقسام، مبانی تأثیر، آثار اشتباه در شخص طرف قرارداد، انواع تأثیر، آثار اشتباه با توجه به نوع آن و شرایط تأثیر اثبات اشتباه). محسنی نیز اراده را مبنای فلسفی تأثیر اشتباه می‌داند. این نویسنده معتقد است اثر اشتباه بسته به درجه آن یا بطلان مطلق قرارداد است یا ایجاد حق فسخ و برخی اشتباهات هیچ تأثیری بر قرارداد ندارد. اشتباه در حقوق ایران باعث عدم نفوذ قرارداد نمی‌شود. این کتاب مرور خوبی بر ادبیات فقهی این حوزه دارد.

مددی حمزه‌خانلو در کتاب اشتباه در خود موضوع معامله در حقوق ایران و فرانسه (۱۳۹۳)، به مطالعه‌ای مروری و کم‌ویش جامع در این باره دست زده است. کتاب، مطالعه تطبیق فقهی نیز دارد و مباحث مفهوم‌شناسی و حکم‌شناسی را به‌خوبی دسته‌بندی کرده است. امتیاز این کتاب توجه به عدم امکان دادن حکمی قطعی درباره اشتباه در خود موضوع معامله در حقوق ایران است (مددی حمزه‌خانلو، ۱۳۹۳، ص. ۱۲۷).

قابل در کتاب بررسی اشتباه در اوصاف مهم مورد معامله (۱۳۹۳)، به‌رغم اختصار اثر، به بنیادهای فقهی بحث اشتباه پرداخته و آثار و احکام اشتباه در قانون مدنی را در پرتوی موازین فقهی نقد و بررسی کرده است. کتاب دارای دو فصل مقدماتی شایان توجه درباره اراده و عیب است. در بخشی نیز آثار اشتباه بر خيارات مندرج در فقه را بحث کرده است که در آثار دیگر مشابهی ندارد.

خادمی آراسته در کتاب آثار اشتباه در اعمال حقوقی (۱۳۹۶)، مرور بسیار مختصر و آموزشی بر احکام و آثار اشتباه داشته است؛ به‌ویژه آثار اشتباه را بر ایقاعات و عقود چون بیع، وصیت و نکاح بررسی کرده است.

خلیجیان در کتاب اشتباه مؤثر در قراردادها (۱۳۹۶)، مرور مختصر و مفیدی بر اصلی‌ترین مسائل حوزه اشتباه (مفهوم‌شناسی، انواع و به‌ویژه اشتباه به‌عنوان عیب اراده، قلمرو اشتباه (خود موضوع، شخص، علت تعهد، جهت تعهد و...)، نظریات تشخیص علت عمده و اوصاف جوهری (شخصی و نوعی) و نظریات اساتید درباره حکم انواع اشتباه در حقوق ایران داشته است. اثر با اینکه مختصر است، مطالعه فقهی تطبیقی خوبی دارد، اما انتقادی نبوده و فاقد نظر جدید است.

گنجی در کتاب مطالعه تطبیقی عیوب اراده در حقوق ایران و مصر (۱۳۹۶)، چند صفحه مختصر را به بحث اشتباه اختصاص داده و انواع و آثار اشتباه را در حقوق ایران و مصر در چند بند بررسی کرده است.

یادگار صالحی در کتاب اشتباه در موضوع معاملات و قراردادها با بررسی در حقوق ایران، فقه و رویه دیوان عالی کشور (۱۳۹۶)، مروری اجمالی بر نظریات تفسیری اساتید حقوق در حوزه اشتباه داشته است. این اثر آموزشی و فاقد مباحث انتقادی و بنیادین است.

در حوزه مقالات علمی، آثار تولیدشده بسیار اندک است. محسنی در مقاله «اشتباه در اوصاف شخص طرف قرارداد در فقه، حقوق فرانسه و حقوق ایران» (۱۳۸۶)، تحلیلی از نسبت اراده و اشتباه ارائه داده که بعدها در کتابش به تفصیل بررسی شده است. ایشان در مقاله دیگری همین موضوع را در حقوق ایران و فرانسه بررسی کرده است (محسنی و شفیع‌زاده خولنجانی، ۱۳۹۳).

یافته‌ها و نوآوری‌های پژوهش: پژوهش حاضر ثمره مرور تمام موارد بالا و دارای مواردی جدید به این شرح است. ۱. در حوزه مرور و مطالعه تطبیقی مفهوم و احکام متضمن اصلاحات بسیار مهم سال ۲۰۱۶ قانون مدنی فرانسه است؛ تحقیقات گذشته هیچ‌یک به‌روزرسانی نشده‌اند. ۲. در حوزه فرضیه هیچ‌یک از آثار گذشته ابهامات قانون مدنی ایران را بر اساس تعارض مفهومی اصطلاحی «اشتباه» مبتنی بر فرضیه مشترک لفظی بودن «اشتباه» میان فقه و حقوق فرانسه تبیین نکرده‌اند. ۳. استدلال‌ها و تبیین‌هایی جدید در مبهم بودن مفهوم و حکم اشتباه در حقوق ایران ارائه شده است. ۴. استدلال‌های جدید در جرایب این ابهام مبتنی بر مزج نادرست دو نظام حقوقی. در این مقاله نشان داده‌ایم قانون مدنی ایران دو اصطلاح را با هم آمیخته است. اشتباه در نظام فرانسوی اصطلاحاً ناظر بر اشتباهات منجر به عیب در رضاست و ضمانت اجرای اصولی آن بطلان نسبی است، اما در فقه امامیه اشتباه اصطلاحاً برای اشتباهات منجر به عیب در اراده به کار برده شده و ضمانت اجرای آن بطلان مطلق عقد است. مقنن ایرانی تلاش داشته است این دو اصطلاح را در مجموع قوانین هم‌زمان استفاده کند که منجر به عدم هماهنگی میان مواد شده است.

پیش‌فرض مقاله این است که خواننده مقالات و آثار پیشین را مرور کرده است. از این‌رو وارد مباحثی مانند تعریف اشتباه در نظام‌های مختلف و احکام و... نمی‌شود.

روش‌شناسی پژوهش: جمع‌آوری داده‌ها بر اساس روش کتابخانه‌ای اسنادی است. روش تحلیل داده‌ها بر اساس مطالعه تطبیقی نظام‌های حقوقی با یکدیگر و فهم تفاوت‌ها، تشابه‌ها و

امتیازات نظریات است.

### ۱. ابهام و دشواری تفسیر مواد ناظر به اشتباه

ادعای نخست مقاله حاضر این است که «مواد ناظر به اشتباه در قانون مدنی ایران مبهم و تفسیر منسجم مواد دشوار است». استدلال بر این ادعا به صورت منطقی زیر است.

الف. هر متنی که دارای واژگان غیرتعریف‌شده و احکام متعارض باشد، مبهم و تفسیرش دشوار است.

ب. مواد ناظر به اشتباه در قانون مدنی ایران دارای واژگان غیرتعریف‌شده و احکام متعارض است.

در نتیجه، مواد ناظر به اشتباه در قانون مدنی ایران مبهم و تفسیرش دشوار است.

#### ۱.۱. اثبات مقدمات

مقدمه اول به صورت شهودی و عرفی درست است و نیاز به اثبات مستقل ندارد.

مقدمه دوم دارای دلایل زیر است.

۱. به‌کارگیری الفاظ ناآشنا و تعریف‌نشده در فقه و نظام حقوقی ایران: قانون مدنی ایران در ماده ۲۰۰ از عبارت «خود موضوع معامله» و در ماده ۲۰۱ از عبارات و واژگان صحت معامله، خلل، شخصیت و علت عمده عقد استفاده کرده است. این عبارات و واژگان در سنت حقوقی ایران سابقه نداشته و در قانون نیز تعریف نشده‌اند. به‌کارگیری عبارات و واژگان غیراصطلاحی و نامأنوس موجب ابهام است. برای مثال، ۱. منظور از واژه «خلل» چیست؟ آیا منظور عدم نفوذ است یا بطلان یا بطلان نسبی در حقوق فرانسه یا قابلیت فسخ و خیار کردن عقد یا معلق شدن عقد؟ ۲. منظور از شخص و شخصیت چیست و این تفکیک چه ثمره‌ای دارد؟ اگر منظور از شخص، هویت فیزیکی و منظور از شخصیت هویت معنوی و اوصاف شخصیتی فرد باشد، آیا میان حکم اشتباه در شخص و اشتباه در شخصیت فرق است؟ فرض کنید فردی می‌خواهد با خانم «الف» ازدواج کند. خانم «الف» دارای شخص است که محور آن خانم «الف» بودن است و شخصیتی دارد که شامل اوصاف و ویژگی‌های اوست. اگر طرف به اشتباه با خانم «ب» ازدواج کند، این اشتباه در شخص است و اگر با خود خانم «الف» ازدواج کند که به اشتباه گمان می‌کرده دارای مدرک لیسانس است و معلوم شود که بی‌سواد است، این اشتباه

در شخصیت است. آیا اشتباه در «شخص» موجب خلل در معامله نیست؟ به نظر می‌رسد منظور ماده از «شخصیت» در انتهای ماده، عقود بوده است که خود طرفین عقد در آن اصالت و اهمیت دارند و رکن عقد هستند مانند نکاح و این معنا را به اشتباه با واژه شخصیت بیان کرده است. همین ابهامات در عبارات «خود موضوع معامله» و «علت عمده» نیز وجود دارد.

۲. وجود تعارض صریح در مواد: دلیل دیگر دشواری تفسیر این مواد، وجود تعارض صریح حکمی در مجموعه مواد قانون مدنی درباره اشتباه است؛ به این شرح که ماده ۱۹۹ قانون مدنی ضمانت اجرای اشتباه را اصولاً «عدم نفوذ» می‌داند. ماده ۲۰۰ قانون مدنی دامنه عدم نفوذ را در حوزه اشتباه، در خود موضوع معامله می‌داند و به مفهوم مخالفش دلالت دارد که اگر اشتباه در خود موضوع معامله نباشد، معامله «صحیح» است. ماده ۲۰۱ قانون مدنی نیز اشعار می‌دارد اشتباه در شخص طرف معامله اگر علت عمده نباشد، عقد «صحیح» و اگر علت عمده باشد، به قرینه ماده ۱۹۹ قانون مدنی، معامله «غیرنافذ» است. این احکام از ظاهر و مفهوم مخالف این سه ماده استنتاج می‌شود، اما قانون مدنی در بخش عقود معین احکام دیگری صادر کرده است و در ماد ۳۵۳ می‌گوید «هرگاه چیز معینی به عنوان جنس خاص فروخته شود و در واقع، از آن جنس نباشد، بیع باطل است و اگر بعضی از آن از غیر جنس باشد، نسبت به آن بعض باطل است و نسبت به بقیه مشتری حق فسخ دارد». ماده ۷۶۲ این قانون مقرر می‌دارد «اگر در طرف مصالحه یا در مورد صلح اشتباهی واقع شده باشد، صلح باطل است». ماده ۱۰۶۷ قانون مدنی مقرر می‌دارد «تعیین زن و شوهر به نحوی که برای هیچ‌یک از طرفین در شخص طرف دیگر شبهه نباشد، شرط صحت نکاح است». به قرینه ماده ۱۰۷۰ این قانون، منظور از شرط صحت در مقابل بطلان است نه عدم نفوذ؛ یعنی طبق ماده ۳۵۳ قانون مدنی اشتباه در خود موضوع معامله موجب «بطلان عقد»، طبق ماده ۷۶۲ اشتباه در خود موضوع و شخص طرف معامله موجب «بطلان عقد» و طبق ماده ۱۰۶۷ اشتباه در شخص طرف عقد موجب «بطلان عقد» است. قانون مدنی در مواد ناظر به اختیارات نیز انواع دیگری از اشتباه را مورد توجه قرار داده است؛ اختیار غبن، اشتباه در ثمن معامله است که منجر به حق فسخ می‌شود (ماده ۴۱۶) نه عدم نفوذ یا بطلان. اختیار عیب که اشتباه در موضوع معامله است، موجب حق اخذ ارض یا اختیار است (ماده ۴۲۲). تدلیس که ممکن است موجب اشتباه در تمام موضوعاتی مانند طرف

معامله و... بشود، منجر به حق خیار است (ماده ۴۳۹). همان‌گونه که روشن است، سه حکم عدم نفوذ، بطلان و فسخ با یکدیگر دست‌کم تعارض اولیه دارند.

۳. نظر خبرگان: یکی از دلایل اثبات ادعا، نظر خبرگان آن حوزه در تأیید یا رد ادعاست. تقریباً تمام حقوق‌دانان و شارحان قانون مدنی به ابهام و تعارض در مواد ناظر به اشتباه اذعان دارند (امامی، ۱۳۵۵، ج ۴، ص ۴۰؛ قائم‌مقامی، ۱۳۵۶، ج ۲، ص ۲۲۸؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۱۷۰؛ امیری قائم‌مقامی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۲۶۰؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۱، ش ۲۴۵؛ صفایی، ۱۳۸۳، ص ۹۴؛ قاسم‌زاده، ۱۳۸۳، ص ۷۷؛ شهیدی، ۱۳۹۰، ج ۱، ش ۲۲۲، ص ۱۸۴؛ بهرامی احمدی، ۱۳۹۰، ص ۲۴۸)؛ چنان‌که محققانی که کتاب خاصی در این باره نگاشته‌اند، این نظر را تأیید می‌کنند (آخوندی، ۱۳۹۰؛ محسنی، ۱۳۹۰؛ مددی حمزه‌خانلو، ۱۳۹۳؛ قابل، ۱۳۹۳).

#### ۲.۱. نظریات حل ابهام

برای حل این دشواری‌ها و ابهامات تاکنون نظریاتی طرح شده است؛ برخی اساتید، خود موضوع معامله (مندرج در ماده ۲۰۰ قانون مدنی) را به موردی تفسیر کرده‌اند که هریک از افراد چیزی غیر آنچه دیگری مقصودش بوده، مدنظر داشته و اشتباه در هویت و ذات موضوع معامله بوده است (مثل ایجاب گندم و قبول جو). از این‌رو کلمه عدم نفوذ نیز به معنای بطلان است. با این تفسیر از ماده ۲۰۰، این ماده در واقع همان ماده ۳۵۳ قانون مدنی است که به زبان دیگر و عام گفته شده است (امامی، ۱۳۵۵، ج ۱، ش ۱۸۷؛ عدل، ۱۳۷۳، ش ۲۳۰؛ حائری شاه‌باغ، ۱۳۲۸، ج ۲، ص ۱۷۵؛ نوین، ۱۳۸۴، ص ۱۰۷؛ علی‌آبادی، ۱۳۸۱، ص ۶۷).

برخی دیگر از اساتید با پذیرش ملاک شخصی در تشخیص خود موضوع معامله مندرج در ماده ۲۰۰ قانون مدنی (مانند پوتیه و قانون فرانسه) (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۱، ش ۲۴۵)، معتقدند ماده ۲۰۰ ناظر به جایی است که طرفین وصف کالایی را اساسی قلمداد می‌کنند و با اشتباه در آن، عقد باطل می‌شود. طبق این نظر نیز منظور از کلمه عدم نفوذ در ماده، بطلان است (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۱، ش ۲۴۵ به بعد؛ شهیدی، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۱۶۴، ش ۱۳۴ و ۱۶۴)؛ هرچند از لحاظ اجتماعی و مزایای عملی قول عدم نفوذ بهتر است (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۴۷۸، ش ۴۷۸).

برخی اساتید، خود موضوع معامله را به معنای صورت عرفیه موضوع گرفته‌اند؛ یعنی اشتباه در

وصفی که برحسب عرف اساسی تلقی می‌شود. از این رو اشتباه در آن موجب بطلان است و به تبع، عدم نفوذ موجود در ماده نیز به معنای بطلان است. اشتباه در اوصاف غیراساسی موجب حق فسخ و عیب رضا هستند (صفایی، ۱۳۸۳، ص. ۹۴؛ صفایی، ۱۳۷۵، ص. ۳۱۶؛ قاسم‌زاده، ۱۳۸۳، ص. ۷۷).

برخی اساتید به استناد ظاهر ماده ۱۹۹ قانون مدنی و موازین حقوق فرانسه، در تمام صور حکم به عدم نفوذ داده‌اند (امامی، ۱۳۵۵، ج ۴، ص. ۴۰؛ قائم‌مقامی، ۱۳۵۶، ج ۲، ص. ۲۲۸). برخی دیگر نیز معتقدند اگر اشتباه در خود موضوع معامله واقع شود (برای مثال، گلدان ایجاب و جاروبرقی قبول شود)، از مصادیق عیب رضا نیست، بلکه اصولاً توافق در قصد و رضا نیست و عقد به موجب مواد ۱۹۴، ۳۵۳، ۷۶۲ و... قانون مدنی باطل است. ماده ۲۰۰ قانون مدنی ناظر به اشتباه در صورت عرفیه یا وصف اساسی مورد معامله و از مصادیق عیوب رضا و ضمانت اجرای آن عدم نفوذ است. در این ماده عدم نفوذ به معنای خود به کار رفته و منظور از خود موضوع معامله، صفات فرعی آن است و اگر اشتباه در مصادیق جزئی‌تر باشد، خيارات اعمال می‌شود که مبتنی بر نفی ضرر است. به عبارتی، ما سه دسته عیب داریم؛ عیب اراده که ضمانت اجرای آن بطلان است، عیب رضا که ماده ۲۰۰ قانون مدنی ناظر به آن است و ضمانت اجرای عدم نفوذ است و عیوب جزئی‌تر که خيارات را ایجاد می‌کند و ضمانت اجرای آن امکان فسخ است<sup>۱</sup> (بهرامی احمدی، ۱۳۹۰، ص. ۲۴۸). استاد جعفری لنگرودی نیز نظری شبیه همین نظر دارند. ایشان اشتباه را به دو دسته مبطل و متزلزل‌کننده و خود اشتباهات متزلزل‌کننده را به منجر به عدم نفوذ و منجر به خیار تقسیم می‌کنند و مواد ۱۹۹ و ۲۰۰ و ۲۰۱ را به متزلزل‌کنندگان موجب عدم نفوذ تأویل می‌کنند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۱، ج ۱، ص. ۱۷۰).

به تمام نظریاتی که عدم نفوذ را به معنای بطلان گرفته‌اند، اشکالاتی وارد است از جمله ۱. خروج از ظاهر الفاظ و ۲. ماده ۲۰۰ در پی تبیین و توضیح ماده ۱۹۹ است و شرط عدم نفوذ ماده

۱. این نظر بسیار خوب بود اگر ماده ۲۰۰ قانون مدنی بر خود موضوع معامله تأکید نمی‌کرد و اگر ماده ۲۰۱ از واژه خلل بهره نمی‌برد. اگر خلل را در ماده ۲۰۱ به معنای عدم نفوذ ماده ۲۰۰ بگیریم، آنگاه این ماده با ماده ۱۰۷۰ قانون مدنی که اشتباه در شخص را مبطل عقد می‌داند، سازگار نیست؛ ضمن اینکه صورت عرفیه اساسی و اشتباه در آن واقعاً از منظر فقهی موجب بطلان است نه عدم نفوذ. در فقه هیچ صورتی از اشتباه موجب عدم نفوذ نیست.

۱۹۹ را بسط می‌دهد. آیا این اساتید عدم نفوذ ماده ۱۹۹ را نیز بطلان می‌دانند و حکم به بطلان عقد اکراهی می‌دهند در حالی که همگی قائل هستند که عقد مکره غیر نافذ است و البته به کار بردن لفظ غیر نافذ برای اکراه و اشتباه نشان می‌دهد که مقنن در این ماده واقعاً عدم نفوذ را مدنظر داشته است.

بر دیگر نظریاتی که می‌کوشند حکم عدم نفوذ را به ظاهر خود حمل کنند نیز این اشکال وارد است که اشتباه در خود موضوع معامله در فقه منجر به بطلان است نه عدم نفوذ. از این رو باید تفسیرهای بسیار بعید از ماده ۳۵۳ قانون مدنی و کل مواد خیارات ارائه داد که تفسیری نامقبول هستند؛ یعنی این دسته از اساتید از ظاهر عبارت «خود موضوع معامله» دست کشیده‌اند. از این رو به نظر می‌رسد هیچ‌یک از راه‌حل‌ها پذیرفتنی و حل‌کننده مشکل نیستند.

### ۳.۱. نظریات چرایی وجود ابهام

غالب اساتید حقوق متعرض چرایی وجود این ابهام تفسیری در قانون مدنی ایران نشده و پوشیده‌اند راه‌حل‌های تفسیری برای حل مشکل ارائه کنند. اساتیدی که به چرایی این ابهامات پرداخته‌اند، متفق‌اند که این تعارضات ناشی از ترکیب نادرست فقه با حقوق فرانسه است. از جمله بهرامی احمدی معتقد است بخش کلیات قانون مدنی از حقوق فرانسه ترجمه شده و طبق این بخش، حق فسخ راهی برای اصلاح عیب «رضا» است و قواعد خاص مربوط به بیع و صلح از فقه آمده که مبتنی بر «لاضرر» و مفید جعل خیار برای متضرر است. قانون مدنی این دو را به درستی در کنار هم نهاده است (بهرامی احمدی، ۱۳۹۰، ص. ۲۴۸).

استاد شهیدی نیز به این اختلاط توجه کرده‌اند و از اینکه غالباً اشتباه مبطل را که عیب اراده است با اشتباه عیب رضا که موجب حق فسخ است، در هم می‌آمیزند، انتقاد می‌کنند. ایشان معتقدند جمع حکم مواد ۱۹۹ و ۲۰۰ قانون مدنی درباره معامله اکراهی و اشتباه غیرممکن است و فرموده‌اند این مواد از قانون فرانسه بد ترجمه شده‌اند (شهیدی، ۱۳۹۰، ص. ۱۶۵، ش ۱۳۴، ص. ۲۲۲، ش ۱۸۴)؛ هرچند تلاش می‌کنند با راه‌حلهایی این تعارضات را کاهش دهند (شهیدی، ۱۳۹۰، ص. ۲۲۲، ش ۱۸۴).

امیری قائم‌مقامی نیز معتقد است در قانون مدنی، اشتباه که موضوعی واحد است از آن رو سه ضمانت اجرای متفاوت (بطلان، حق فسخ و عدم نفوذ) گرفته است که تدوین‌کنندگان در تدوین



عجله داشته‌اند و چون دو گروه فقها و فرنگ‌رفته‌ها قصد آن داشته‌اند که اطلاعات خود را در مواد قانونی بگنجانند، هرکس حکم مدنظر خود را به اشتباه نسبت داده است و این سبب غیرمنطقی و غیرعادلانه شدن قانون ایران شده است (امیری قائم‌مقامی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص. ۲۶۰). استاد کاتوزیان نیز به همین علت اشاره‌ای دارند (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۳، ش ۲۴۵ به بعد). آخوندی نیز در تحلیل مسئله به همین علت رهنمون شده است (آخوندی، ۱۳۹۰، ص. ۲۳۳).

## ۲. ارائه و اثبات نظریه برگزیده

تمام اساتیدی که در پی علت‌یابی این تقیصه در قانون مدنی ایران بوده‌اند، به نکته درستی دست یافته‌اند که این تعارض از سنخ تعارض نظام حقوق فرانسه و فقه است، اما نتوانسته‌اند این را ذیل «اشتراک لفظی بودن» اشتباه توضیح دهند و مستدل کنند. ادعای این مقاله این است که علت اصلی ابهام و دشواری در تفسیر مواد اشتباه این است که «اشتباه» در نظام فرانسوی و فقهی «مشترک لفظی» است و مقنن با مزج مفهومی و حکمی دو واژه مشترک لفظی منجر به ابهام معنایی و حکمی شده و به همین علت به دست دادن حکم اشتباه در حقوق ایران «اصولاً» ناممکن است. برای اثبات این ادعا ابتدا ثابت می‌کنیم که اشتباه در نظام رومی-فرانسوی اصولاً عیب رضاست. سپس ثابت می‌کنیم که اشتباه در فقه امامیه اصطلاحاً ناظر به عین اراده است و سپس قانون مدنی ایران را در پرتوی این دو رویکرد تحلیل می‌کنیم.

### ۱.۲. اشتباه به مثابه عیب رضا (حقوق فرانسه)

در نظام رومی-ژرمنی، اصل بر عدم پذیرش اشتباه و در نتیجه، حکم به صحت معامله است مگر در موارد استثنایی. همچنین، ضمانت اجرای اشتباه به معنی خاص و اصطلاحی آن، بطلان نسبی و امکان فسخ است نه بطلان مطلق. این حکم در ظاهر با آزادی اراده سازگار نیست، اما با توجه به تاریخ و مفهوم خاصی که فرانسویان از اشتباه فهم می‌کنند، کاملاً موجه است. در حقوق روم عقود به شدت شکلی و غیررضایی بود. غلبه شکل باعث می‌شد که اشتباه طرف معامله در ایجاد و الحاق به فرم (عقد) شنیده نشود حتی اگر این اشتباه ناشی از تدلیس طرف مقابل باشد (Molitor, 1851, p. 32, n: 33 ; Colin & Capitan, 1932, T: 2, p. 137, n: 88). این گرایش در آخر جمهوری روم

تلطیف و با توجه بیشتر به حاکمیت اراده، اشتباه در مجموعه قوانینی مانند دیجست پذیرفته شد.<sup>۱</sup> دعاوی اشتباه به سختی شنیده می‌شد، اما اگر پذیرفته می‌شد، ضمانت آن بطلان مطلق بود (Mazeaud (s), 1955, T: II, p. 150, n: 162).<sup>۲</sup> در حقوق قدیم فرانسه نیز همین قاعده پی گرفته شد. پوتیه در کتاب تعهدات خود (شماره ۱۷) و دیگر نویسندگان پیش از تدوین قانون مدنی مانند Bugnet، با توجه به تعدیل‌های رویه قضایی دو استثنای مهم را بر اصل عدم پذیرش اشتباه پذیرفتند. ۱. اشتباه در خود موضوع معامله؛ پوتیه معتقد بود آنچه طرفین اراده کرده‌اند تا موضوع اصلی تعهد باشد، باید از اشتباه مصون باشد و در صورت اشتباه، طرف مقابل حق دارد قرارداد را منحل کند. ۲. اشتباه در شخص طرف معامله آنگاه که «علت»<sup>۳</sup> عمده عقد باشد (Pothie:V: Colin & Capitan, 1932, T: 2, p. 33, n: 34). پوتیه بعدها اشتباه در جهت<sup>۴</sup> را نیز پذیرفت. این اشتباه‌ها به تناسب درجه خود می‌توانست منجر به بطلان مطلق یا بطلان نسبی شود (پوتیه، شماره ۷۳۷ به نقل از: Larombière, 1862, p. 24; Colin & Capitan, 1932, T:2, p. 33, n: 34). پوتیه در جمله‌ای معروف می‌گوید «مانند آنکه من به پی‌یر هبه کنم درحالی‌که فکر می‌کردم به ژاکوز هبه کرده‌ام. اینجا رضا (اراده) نیست، پس عقدی نیست، پس هبه‌ای نیست، اما اشتباه درباره کیفیت چیزها (وصف) یا اشتباه درباره خود موضوع معامله و اشتباه در جهت، تنها ایجاد وسیله‌ای است برای فسخ آنچه انجام داده‌ام» (Mazeaud (s), 1955, T: II, p. 151). این موضوع توسط قانون مدنی قدیم فرانسه نیز متابعت شد. طبق ماده ۱۱۱۰ قانون مدنی قدیم فرانسه «اشتباه موجب بطلان (انحلال) قرارداد نیست مگر هنگامی که درباره ماهیت (ذات) خود چیزی باشد که موضوع (معامله) است. اشتباه موجب بطلان (انحلال) نیست آنگاه که مربوط به شخصی باشد که طرف معامل قصد بستن قرارداد با او را داشته باشد مگر آنکه توجه به این شخص، علت اصلی قرارداد بوده باشد».

قانون مدنی قدیم فرانسه در ماده ۱۱۱۷ تأکید می‌کرد: «قرارداد منعقد بر اساس اشتباه، اگره یا تدلیس، کلاً باطل و بی‌اثر نیست. این قراردادها تنها در معرض بطلان یا فسخ هستند (به طرف

1. Non videntur qui errant consentire (116, 20D, L: 17) Errantis nulla voluntas (20D).

۲. برای توضیحات مفصل ر.ک به: Molitor, 1851, p. 137, n: 88; Colin & Capitan, 1932, T: 2, p. 32, n: 34.

3. Cause

4. Motif

اشتباه‌کننده حق درخواست بطلان یا فسخ می‌دهند؛ با شرایط مندرج در بخش هفتم از مبحث پنجم فصل حاضر».

دکترین فرانسه با توجه به مقتضیات زمانه و در تفسیر و جمع مواد ۱۱۱۷ و ۱۱۱۰ قانون مدنی فرانسه (قدیم) اشتباه را به سه نوع تقسیم می‌کرد.

الف. اشتباهاتی که منجر به خلل اساسی و فقدان اراده و در نتیجه، بطلان مطلق قرارداد می‌شوند که بسیار نادر هستند مانند اشتباه در ماهیت و طبیعت قرارداد<sup>۱</sup>، اشتباه در هویت موضوع معامله و اشتباه در جهت معامله<sup>۲</sup>.

ب. اشتباهاتی که منجر به خلل در رضا و بطلان نسبی و امکان انحلال عقد می‌شوند مانند اشتباه در شخص هنگامی که شخص علت اصلی تعهد است (مانند غالب موارد تعهدات مجانی مثل هبه، شرکت، قرارداد کار، قرارداد با کارشناسان، پزشکان و مهندسان، نکاح و...) و اشتباه در ذات و ماهیت خود موضوع معامله<sup>۳</sup>.

ج. دسته سوم نیز اشتباهات غیر مؤثر و کم‌اهمیت است.

در دکترین فرانسه، اشتباه اصطلاحی از عیوب رضا و موجب امکان فسخ (بطلان نسبی) بود نه

۱. مانند اینکه کالای بیمه‌شده را دوباره بیمه کند به گمان آنکه بیمه نیست.

۲. مانند اینکه گمان می‌کرده شخصی دلال است و به او برای معامله حق دلالتی داده و بعد معلوم شده که او دلال نبوده است. در فرانسه به این سنخ اشتباهات، مانع (Obstacle) نیز می‌گویند (Molitor, 1851, p. 88; Cabrol & Ribeyrol, 2018, p. 140, n: 99; وایت‌تیکر، ۱۳۸۵، ص. ۵۱).

۳. در اینکه آیا تنها همین دو سنخ اشتباه از مصادیق اشتباه اصطلاحی هستند یا خیر بحث است (آخوندی، ۱۳۹۰، ص. ۲۵۱).  
 ۴. در فرانسه درباره تشخیص خود موضوع معامله دو نظر معروف شخصی و نوعی وجود دارد (Mazeaud (s), 1955, T: II, p. 151, n: 163; Colin & Capitan, 1932, T: 2, p. 36, n: 36; Weill & Terré, 1980, p. 199, n: 166; Ghestin, 1993, n: 497; Ripert & Boulanger, 1965, T: II, p. 65, n: 154). حقوق‌دانان طرف‌دار نظریه نوعی، امنیت حقوقی را بر عدالت اقتصادی و واقعی ترجیح می‌دهند و معتقدند خود فرد باید هنگام انعقاد قرارداد متوجه این موضوع می‌بود که اشتباه نکند (اوبر و دوتیول، ۱۳۹۰، ص. ۷۳). این نگاه با اعطای حق بررسی در قوانین جدید به خصوص قانون حمایت از مصرف‌کننده در فرانسه تعدیل شده است و طرف ضعیف‌تر قرارداد را با قواعدی حمایت می‌کند (اوبر و دوتیول، ۱۳۹۰، ص. ۷۷). درباره خود موضوع معامله در حقوق روم رک به: Molitor, 1851, p. 142, n: 100.

در حقوق ایران، دکتر کاتوزیان از نظریه شخصی (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۱، ص. ۴۳۴، ش: ۲۲۵) و دکتر صفایی از نظریه نوعی دفاع می‌کنند (صفایی، ۱۳۸۳، ص. ۹۳).

از عیوب قصد و اراده و موجب بطلان مطلق<sup>۱</sup> ( Mazeaud (s), 1955, T: II, p. 151, n: 163; Weill & Terré, 1980, p. 199, n: 172; Ripert & Boulanger, 1965, T: II, p. 64, n: 153; Bénabent, 1991, n: 84). رویه قضایی فرانسه نیز از رأی اول ژانویه سال ۱۹۸۸ به بعد بر این موضوع تأکید کرده است (Ghestin, 1993, n: 491)، اما همچنان موضوعاتی اختلافی باقی مانده بود از جمله معنای علت تعهد، معنای انگیزه و حکم آن و به خصوص معنای Ia Substance یا ذات معامله ( Mazeaud (s), 1955, T: II, p. 151, n: 163- 166; Ripert & Boulanger, 1965, T: II, p. 65, n: 150; Carbonnier, 1956, T: 4, pp. 63-90, n: 11; Larombière, 1862, p. 24; Weill & Terré, 1980, p. 192, n: 170- 174 ; Colin & Capitan, 1932, T: 2, p. 37, n: 40; Ghestin, 1993, n: 501; Bénabent, 1991, n: 79; Terré et al, 2005, pp. 108- 213، اوبر و دوتیول، ۱۳۹۰، ص. ۷۱)۲.

سرانجام قانون مدنی جدید فرانسه در سال ۲۰۱۶، اصلاحات مهمی را در قانون اعمال کرد<sup>۳</sup>. قانون مدنی جدید، همچنان اشتباه، تقلب و اکراه را ذیل عیوب رضا ( Les Vices du Consentement) دسته‌بندی کرد، اما برخلاف دکتین قدیم تنها دو نوع اشتباه را مورد شناسایی قرار داد؛ اشتباهات غیرمؤثر و اشتباهات محل رضا (نوع اول را نپذیرفت)؛ یعنی بر اصطلاح «اشتباه» به مثابه «عیب رضا» تأکید و مضمون رأی وحدت رویه سال ۱۹۸۸ را تأیید کرد. مقنن در ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی فرانسه اشتباه را تعریف کرد و مقرر داشت اشتباه آنگاه از عیوب رضا شمرده می‌شود که اگر نسبت به آن آگاهی وجود داشت، یا قرارداد بسته نمی‌شد یا به گونه‌ای کاملاً و ذاتاً متفاوت بسته می‌شد و ذیل این ماده، ملاک شخصی را ملاک تشخیص اشتباه مؤثر قرار داده

۱. گفتنی است در حقوق کامن‌لا با اشتباهات با مسامحه بیشتری برخورد و بیشتر از اصل استحکام قراردادی دفاع می‌شود. از این رو اشتباهی که در حقوق فرانسه موجب بطلان است غالباً در حقوق کامن‌لا خللی به عقد وارد نمی‌آورد (وایت تیکر، ۱۳۸۵، ص. ۵۵).

۲. درباره اشتباه در حقوق مدنی قدیم فرانسه منابع خوبی به فارسی موجود است که برای تفصیل مطلب باید به آن‌ها مراجعه کرد (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۱، ص. ۴۱۸، ش: ۲۱۸؛ آخوندی، ۱۳۹۰، ص. ۲۴۳).

۳. برای دیدن جدول مقایسه‌ای مواد قدیم و جدید رک به:

[https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap2/sect2/ssect1/para2-vices-consentement/#\\_ftnref9](https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap2/sect2/ssect1/para2-vices-consentement/#_ftnref9).

برای شرحی مختصر بر مواد جدید، رک: Pimbert, 2017, p. 131; Bamdè, 2017 و برای تطبیق مفاهیم قدیم و آراء وحدت رویه و دکتین رک: Véronique, 2017, p. 122 – 135 و:

<https://www.doctrine.fr/1/texts/codes/LEGITEXT000006070721/articles/LEGIARTI000006436271>.

است. شاید اصلی‌ترین مواد این بخش که تأکید بر سنت رومی حقوق فرانسه است، مواد ۱۱۳۱ و ۱۱۳۲ باشند. ماده ۱۱۳۱ عیوب رضا را تنها عامل «بطالان نسبی» عقود می‌داند نه بطلان مطلق<sup>۱</sup>؛ یعنی اصل بر این است که اشتباه خللی به استحکام قراردادها وارد نمی‌کند و با حفظ قرارداد، خسارات یا نواقص جبران می‌شود (Cabrol & Ribeyrol, 2018, p. 86; Rabu, 2019, p. 157). حتی درباره اشتباهات ناظر به عیب اراده که پیش‌تر رویه قضایی ضمانت اجرای بطلان مطلق قائل بود (مانند اشتباهات Obstacle)، رویه جدید با تأکید بر ماده بالا قائل به بطلان نسبی شده است (Dadoun, 2021, cha: 3, N: 1-2; Lachièze, 2020, N: 286).

طبق ماده ۱۱۳۲ تنها اگر اشتباه در موضوعات و خصوصیات باشد که درباره ذات تعهد یا طرف متعاقد است، معامله باطل است<sup>۲</sup> (خواهیم دید که منظور از این بطلان، بطلان نسبی است). ماده ۱۱۳۳ خصوصیات ذاتی تعهد را تعریف کرده است؛ خصوصیات که اصولاً طرفین (چه به صورت صریح و چه به صورت ضمنی) برای رسیدن به آن‌ها عقد را منعقد کرده‌اند. ماده ۱۱۳۴ تأکید کرده است اشتباه حتی در اوصاف اساسی طرف قرارداد منجر به بطلان نیست مگر و تنها مگر هنگامی که شخصیت طرف قرارداد به صورت خاص برای انعقاد قرارداد مدنظر بوده است (Cabrol & Ribeyrol, 2018, p. 78). در این مواد، مقنن از واژه La Substance بهره نبرده است و در عوض از اصطلاح qualités essentielles استفاده کرده است که معنای روشن‌تری دارد<sup>۳</sup>. در ماده ۱۱۳۳ نیز این خصوصیات را تعریف کرده و آن‌ها را غایت و هدف عقد دانسته است؛ یعنی موضوعی که اصولاً طرفین قصد دارند آن را به دست بیاورند. در قانون جدید فرانسه اولاً، تنها و تنها اشتباهاتی که درباره ویژگی‌های ذاتی تعهد است منجر به بطلان قرارداد می‌شود و دیگر اشتباهات یا نادیده گرفته می‌شود یا باید به طرق دیگری جبران شوند (Rabu, 2019, p. 157). ثانیاً، این بطلان نسبی است نه مطلق (هیچ نوع اشتباهی منجر به بطلان مطلق نیست. از این رو

1. Art. 1131- Les vices du consentement sont une cause de nullité relative du contrat.

2. Art. 1132- L'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant.

۳. برای مقایسه این دو مفهوم و امتیازات اصلاحات سال ۲۰۱۶ ر.ک به Cabrol & Ribeyrol, 2018, p. 75؛ به خصوص تأکید شده است که این مفهوم با تصریح ذیل ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی فرانسه، ناظر به اوصافی است که طرفین آن را اساسی می‌دانند. از این رو به جای تأکید بر ملاک ایترکتیو، بر ملاک سوپزکتیو تأکید شده است (Dadoun, 2021, cha: 3, N: 1; Lachièze, 2020, N: 276).

هرگاه در عیوب رضا از اصطلاح بطلان استفاده شود، منظور بطلان نسبی است) (Lachière, 2020, p. 86; Cabrol & Ribeyrol, 2018, N: 276).

اصلاح مهم دیگر قانون جدید، جایگزینی اصطلاح جهت به جای علت است. طبق ماده ۱۱۳۵، اشتباه در «انگیزه» انعقاد عقود که ناظر به ویژگی‌های ذاتی تعهد یا طرفین نیست، موجب بطلان نمی‌شود مگر در مواردی که طرفین تصریح کنند که انگیزه آنان برای انعقاد چه بوده است. در هبه اگر انگیزه واهب اشتباه بود و اگر به اشتباه خود واقف بود قطعاً هبه را منعقد نمی‌کرد، عقد باطل است. به این ترتیب، ابهام بحث علت و انگیزه از میان رفت (Dadoun, 2021, cha: 3, N: 3-a). انگیزه اصلی‌ترین نیت درونی طرف معامله است که برای رسیدن به آن هدف درونی معامله را انجام می‌دهد، اما علت اصلی‌ترین اثر حقوقی خود آن عقد است. برای مثال، فردی خانه‌اش را می‌فروشد تا خانه بهتری بخرد. انتقال مالکیت خانه علت عقد و صاحب خانه بهتر شدن، انگیزه عقد است<sup>۱</sup>. از این رو در عقد هبه به صورت استثنایی، از آن رو که انگیزه هبه کمک به فقیر است، اگر روشن شود که فقیر، پول را برای مثال، در قماربازی استفاده کرده یا اصولاً فقیر نبوده است، هبه باطل می‌شود (Dadoun, 2021, cha: 3, N: 3-a).

قانون مدنی فرانسه در ماده ۱۱۳۶، اشتباه در برآورد اقتصادی قیمت موضوع تعهد مانند کالا را نیز موجب بطلان نمی‌داند (تأکید بر اصل بی‌اثر بودن اشتباه) مگر قیمت ناظر به اوصاف ذاتی باشد. برای مثال، اگر گلدانی با این وصف که طلاست، خریداری شود و معلوم شود که طلا نبوده است، معامله باطل است (بر فرض اساسی بودن ویژگی طلا بودن)، اما اگر واقعاً طلا باشد، ولی در برآورد قیمت اشتباه شده باشد و گلدان ۵۰۰ فرانکی، ۱۰۰۰ فرانک خریداری شده باشد، معامله صحیح است (Dadoun, 2021, cha: 3, N: 3-b; Gorlier, 2021, N: b- 8, p. 163). نکته نهایی اینکه، طبق ماد ۱۱۳۹ قانون مدنی فرانسه اگر اشتباهات غیرمبطل ناشی از تقلب باشد، همواره حق ابطال قرارداد برای فریب‌خورده محفوظ خواهد بود.

به این ترتیب، اولاً، مقنن فرانسوی رویکرد اصیل رومی-ژرمنی خود را حفظ کرده و اصولاً

۱. برای دیدن مثال جالب و رأی دیوان عالی فرانسه در سال ۲۰۰۳ ر.ک به: Delavaquerie, 2019, tem: 6, p. 150.

«اشتباه» را منجر به بطلان ندانسته و از نوعی شکل‌گرایی دفاع کرده است.<sup>۱</sup> ثانیاً، با تقویت جانب ملاک شخصی (Cabrol & Ribeyrol, 2018, p. 76) کوشیده است میان شکل‌گرایی و اصالت اراده جمع کند. ثالثاً، با تعریف اصطلاحات و تغییر چند واژه مبهم (مانند خود موضوع معامله یا علت) با واژگانی روشن‌تر، قانون روشنی ارائه کرده و البته چندین ماده را به روش اثبات و مباحث دادرسی اختصاص داده که فرایند دادرسی را آسان کرده است (مواد ۱۱۳۱-۱۱۳۲).

آنچه برای ما مهم است، این است که در نظام حقوقی کنونی فرانسه اصل بر عدم تأثیر اشتباه است. تا جایی که می‌توان مدعی شد، واژه اشتباه هرگاه بدون قرینه و اضافه استفاده شود، اصطلاحی برای اشتباه غیرمؤثر است و برای اشتباه منجر به بطلان نسبی باید صفت و قرینه‌ای یاد شود، اما درباره اشتباه مخل به اراده، قانون مدنی فرانسه فاقد حکم صریح است. دکترین، فقدان حکم را این‌گونه توضیح می‌دهد که مقنن بطلان عقد را در اشتباه مخل اراده فرض گرفته است. رویه قدیم نیز بطلان عقود ناشی از اشتباه مخل به اراده را پذیرفته بود؛ زیرا در اشتباه مخل اراده اصولاً ایجاب و قبولی رخ نمی‌دهد تا بحث به اشتباه برسد (Larombière, 1862, p. 25؛ آخوندی، ۱۳۹۰، ص. ۲۴۲)؛ مانند اینکه فردی مالی را به بیع ایجاب کند و دیگری به اجاره قبول کند (Bénabent, 1991, n: 76)، اما در دکترین و رویه جدید حتی این نوع اشتباه نیز دارای ضمانت اجرای بطلان نسبی است نه بطلان مطلق. علت این تغییر در دکترین و رویه، حفاظت بیشتر از اصل حفظ قراردادها و توجه به وجوه اجتماعی حقوق در برابر اصالت اراده است (Dadoun, 2021, cha: 3, N: 1-2). در اشتباه ناظر به خود مورد معامله و شخص طرف معامله آنگاه که موضوع اصلی باشد، چون عقد واقع شده و قرارداد شکل گرفته است، ضمانت اجرای اشتباه، امکان فسخ است؛ یعنی بطلان نسبی عقود را منجر خواهد شد.<sup>۲</sup> در دکترین فرانسه تنها این سنخ از اشتباه اصطلاحاً «اشتباه» (L'Erreur) گفته می‌شود.

۱. گفتنی است در حقوق قراردادهای روم، ملاک صحت عقود ملاک عینی بود نه شخصی. از این رو اگر عقد به صورت عینی و شکلی درستی منعقد شده بود، طرف مدعی حتی با اثبات وجود خلل در اراده یا رضای خود نمی‌توانست عقد را ابطال کند. علت چنین رویکردی، حفظ عقود و برتری نظم اجتماعی بر اراده‌های فردی بود. برای مطالعه بیشتر رک به: Cabrol & Ribeyrol, 2018, p. 75 و Dadoun, 2021, cha: 3, N: 1.

۲. بنا بر نظر حقوق‌دانان ایران، تمام مصادیقی که در فرانسه موجب بطلان نسبی است در ایران موجب بطلان مطلق است (آخوندی، ۱۳۹۰، ص. ۲۴۷).

این حکم با تئوری عمومی تعهدات (Obligation) که اساسی‌ترین تئوری موجه‌کننده احکام مدنی نظام حقوق فرانسه است، هماهنگ و متلائم است. دلیل این انسجام آن است که عدم پذیرش اشتباه به عنوان مبطل تعهدات، ریشه‌ای تاریخی در شکل‌گرایی دارد، اما این تئوری با حاکمیت اراده و اصالت فرد نیز سازگار است و البته گرایش‌ات سوسیالیستی نیز از وجهی دیگر از آن حمایت می‌کند. دفاع شکل‌گرایان و سوسیالیست‌ها، دفاع از استحکام قراردادی و اصالت صحت در عقود و نظم اجتماعی مقتضی آن است. عقود نباید در معرض نابودی قرار گیرد و دعوی اشتباه نباید به آسانی شنیده و منجر به بطلان تعهدات شود. تئوری «Obligation» حتی با مبنای فردگرایانه و سوبژکتیویستی نیز می‌تواند از این حکم دفاع کند؛ زیرا تعهد قائم به دو اراده آزاد و برآمده از دو سوژه عاقل و مختار است و این دو در رقابتی آزاد و با فرض تساوی و آگاهی اقدام به تعهد کرده‌اند. از این رو فرض رکین و قطعی حقوق مدرن این است که طرفین که در رقابتی آزاد وارد شده‌اند، باید تمام تلاش و حواس خود را به کار گیرند تا اشتباه نکنند و در صورت وقوع اشتباه، قانون‌گذار از طرف زیان‌دیده «حمایت» نخواهد کرد؛ زیرا تعهد عمل مبتنی بر آزادی طرفین و مقتضی عدم دخالت دولت در روابط خصوصی است. به این ترتیب، دادن حق فسخ و بطلان نسبی نیز اثر تعدیل‌های اجتماعی و سوسیالیستی است و الاً قاعده اومانیستی و فردگرایانه، اقتضای عدم دخالت قانون در مطلق روابط فردی را دارد. به این ترتیب، ایجاد دین ولو با اشتباه، موجد دین است. تئوری «Obligation»، تئوری‌ای با محوریت حوزه شخصی است. شخص در حوزه حقوق شخصی باید آثار اشتباه خود را بپذیرد؛ زیرا شخص اوست که تعهدی را پذیرفته و دینی به وجود آمده است. ملک، عین و رابطه‌ای واقعی و شرعی وجود ندارد تا اشتباه در آن موجب براءت ذمه و بطلان مالکیت شود آن‌گونه که در فقه خواهیم دید.

## ۲.۲. اشتباه به مثابه عیب اراده (فقه امامیه)

در فقه امامیه برخلاف اصطلاح فرانسوی، اصولاً اشتباه را درباره خطاهای «مخل قصد و اراده» به کار می‌برند و واضح است که حکم آن بطلان عقد است، اما برای اشتباهات با درجه خفیف‌تر که مخل رضا یا موجد ضرر است، «خيارات» وضع شده است. مانند خيار غبن، تدلیس و عیب و به خصوص خيار تخلف از وصف. موضوع اشتباه اصطلاحی در فقه ناظر به مواردی مانند عدم مطابقت ایجاب و قبول است؛ به طوری که می‌توان گفت اشتباه، بیان دیگری از قاعده «ما وقع لم



يقصد و ما قصد لم يقع» است (حسینی روحانی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۲۴۲). از این رو «در فقه امامیه، اشتباه اصولاً موجب بطلان معامله است مگر مواردی که مشمول خیار است که آن هم خروج اصطلاحی از اشتباه دارد»<sup>۱</sup>.

در فقه، بحث از اشتباه یا در بحث شروط عوضین مطرح می‌شود یا در تطابق ایجاب و قبول و غالب مثال‌های فقها در این دو حوزه است. مانند اینکه کسی ملکی را به اجاره ایجاب کند و دیگری به بیع قبول کند یا دو من گندم ایجاب می‌کند و او دو من جو قبول می‌کند. این‌ها همه از مصادیق قاعده «ما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد» است (حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص. ۴۵۲؛ عاملی، بی تا، ج ۲، ص. ۱۶؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص. ۵۴؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص. ۱۷۵؛ غروی نایینی، ۱۳۷۳ق، ج ۱، ص. ۲۵۶؛ موسوی خویی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص. ۷۱؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص. ۲۳۶). در این موارد که مصداق بارز اشتباه است، عقدی محقق نشده و به کار بردن لفظ عقد مسامحه است (موسوی خویی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص. ۷۲؛ حسینی روحانی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۲۴۲). برخی اساتید انواع اشتباه‌های متصور را به شرح زیر دسته‌بندی کرده‌اند.

۱. اشتباه در نوع و عنوان عقد (ایجاب بیع و قبول هبه).
  ۲. اشتباه درباره مورد معامله یا عوضین که خود فروشی دارد.
    ۱. ۲. دو عوض کاملاً متفاوت (ایجاب گندم و قبول جو).
    ۲. ۲. جنس (ایجاب طلا و قبول مطلا).
    ۳. ۲. وصف (مهم یا غیر مهم).
    ۴. ۲. کمیت و مقدار.
    ۵. ۲. اشتباه در ارزش.
  ۳. اشتباه در طرف (در شخص یا در شخصیت) (محقق داماد و همکاران، ۱۳۸۹، ص. ۱۳۸).
- حکم صورت اول که مصداق اصلی اشتباه در فقه است، بطلان است. درباره تفاوت کلی عوضین (مورد ۱. ۲) نیز به علت عدم تطابق ایجاب و قبول، همگی حکم به بطلان داده‌اند. در مورد جنس (مورد ۲. ۲)، فقها چه در مورد عین معین و چه کلی در ذمه، فتوا به بطلان داده‌اند (یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص. ۱۹۷؛ موسوی خویی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص. ۳۰۲). در چرایی بطلان

۱. فقهای اهل سنت نیز همین نظر را دارند (سعد، ۱۹۹۸م، ج ۱، ص. ۱۶۵).

گفته‌اند درباره عین معین اصولاً مورد معامله موجود نبوده؛ زیرا مورد معامله برای مثال، گلدان طلا بوده است نه مطلا (موسوی خویی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص. ۳۰۲). اگر مورد کلی باشد نیز بیع باطل است؛ زیرا توافق اراده‌ها ایجاد نشده است و وحدت قصد انشا وجود ندارد و اصلاً عقدی منعقد نشده است (تبریزی، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص. ۴۰۳؛ محقق داماد و همکاران، ۱۳۸۹، ص. ۱۴۱).

درباره وصف، فقها وصف مورد معامله را به دو دسته اوصاف تقسیم کرده‌اند؛ اوصاف ذاتی که ماهیت عرفی و صورت نوعیه مورد معامله است و اوصاف عَرَضی و فرعی؛ البته روشن است که بحث درباره عین معین است در اشتباه در کلی. اشتباه در تسلیم مصداق است و باید مصداق صحیح تسلیم شود (موسوی خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۴، ص. ۴۳۰). حال اگر در عین معین از وصف جوهری و صورت نوعیه<sup>۱</sup> تخلف شد، ضمانت اجرا بطلان و دلیل نیز قاعده «ما وقع علیه العقد لیس بموجود و ما هو موجود لم يقع علیه العقد» است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ص. ۲۵۱؛ موسوی خویی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص. ۳۰۲؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۴، صص. ۴۳۱ و ۶۴۵؛ بهجت، ۱۴۲۶ق، ج ۲، ص. ۵۶۱). اصولاً به نظر می‌رسد این مورد ملحق به مورد ۲. ۱ است؛ زیرا وصف اساسی اصولاً مقوم ماهیت کالا و مثل این است که دو کالای مختلف ایجاب و قبول شده‌اند (اصفهان‌ئی (کمپانی)، ۱۴۰۹ق، ص. ۵۴).

درباره اوصاف غیراساسی و غیرمهم، از آن رو که این موارد از مصداق اشتباه خارج است، موجب خیار است و ذیل قواعد خیار بحث می‌شود (برای مثال، خیار تخلف از شرط یا وصف)، اما جالب است که (با توجه به مبنای فقهی که توضیح داده خواهد شد) حتی در این مورد برخی فقها قائل به بطلان عقد هستند. این قول به مفید در المقنعة و شیخ طوسی در النهایة نسبت داده شده است (مفید، ۱۴۱۳ق، صص. ۵۹۴ و ۶۰۹؛ طوسی، ۱۴۰۰ق، ص. ۳۹۱). این قول به برخی دیگر نیز نسبت داده شده است (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۳، ص. ۲۲۴). برخی مانند شیخ انصاری این جمله را حمل بر امکان فسخ کرده‌اند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص. ۲۵۳؛ محقق داماد و همکاران، ۱۳۸۹، ص. ۱۴۵). دلیل هم این است که این وصف در نظر عرف مهم نیست، اما در منظر متعاقدان و قصد آنان مهم بوده و چون وصف مقصود مقفود است، بیع باطل است. مشهور این

---

۱. یعنی اوصافی که فقدان آن موجب مغایرت عرفی موصوف با موجود می‌شود (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ص. ۲۵۱؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۲، ص. ۹۴).

قول را نپذیرفته و این مورد را ذیل احکام خيارات برده و حکم به امکان فسخ داده‌اند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص. ۲۵۵؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۲، ص. ۹۳؛ یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص. ۵۹؛ سبحانی، ۱۴۱۴ق، ص. ۳۰۱). مشهور مطابقت عرفی را کافی می‌دانند. برخی نیز قائل به تفصیل شده‌اند و معتقدند اگر وصفی که از منظر عرف مهم نباشد، اما طرفین مورد معامله را با وحدت مطلوب و قیدیت آن وصف معامله کرده‌اند، تخلف از آن موجب بطلان است (یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص. ۵۹؛ بهجت، ۱۴۲۶ق، ج ۲، ص. ۵۶۱). فقهای معاصر غالباً از مشهور تبعیت کرده‌اند و اوصافی را که عرفاً مهم نیست، در شمار عوامل خیار قرار داده‌اند نه بطلان (محقق داماد و همکاران، ۱۳۸۹، ص. ۱۵۰).

اشتباه در ارزش نیز از مصادیق خیار غبن است. همچنین، اشتباه در وصف صحت و سلامت مورد معامله نیز ذیل خيارات و از مصادیق خیار عیب است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۲، ص. ۳۷۲؛ موسوی خویی، بی‌تا، کتاب‌الاجاره، ص. ۴۷).

درباره اشتباه در شخص معامله، فقها قائل شده‌اند در بیع این اشتباه مؤثر نیست؛ زیرا شخصیت طرفین جزو ارکان آن یا عوضین نیست (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص. ۳۰۳؛ غروی نایینی، ۱۳۷۳ق، ج ۱، ص. ۱۸۲؛ یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص. ۱۹۱؛ اصفهانی (کمپانی)، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص. ۳۶؛ جزایری، ۱۴۱۶ق، ج ۴، ص. ۱۳۱؛ موسوی خویی، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص. ۴۳؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص. ۷۰). نکته بسیار درخور توجه اینکه چون در بیع کلی، ذمه طرف مقابل به ملکیت مشتری درمی‌آید، از این رو ذمه یعنی شخصیت طرف، خود، رکن و موضوع معامله است. از این رو اشتباه در شخص طبق قاعده اصلی در اشتباه که ناظر به اشتباه در عوضین و ارکان است، موجب بطلان عقد بیع کلی در ذمه می‌شود (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص. ۳۰۰؛ اصفهانی (کمپانی)، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص. ۳۶؛ موسوی خویی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص. ۲۷۶؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، صص. ۳۸ و ۷۰). این سخن دو دلالت دارد. نخست اینکه، اشتباه اصطلاحی در فقه ناظر به ارکان است و هر جا رکن مفقود باشد، عقد مفقود است و دوم اینکه، تلقی ملکیتی فقها به خوبی نشان می‌دهد که عقد را اصولاً بر اساس ملکیت تحلیل می‌کنند نه تعهد. از این روست که در حقوق فرانسه این اشتباه که ناشی از اشتباه در طرف تعهد است، به طرف مقابل حق فسخ می‌دهد؛ زیرا از عیوب رضاست، اما در فقه چون عوضین را مجهول یا مفقود می‌کند، موجب بطلان مطلق است.

درباره اشتباه در شخص طرف نکاح نیز فقها قائل به بطلان شده‌اند؛ زیرا فقها عقد نکاح را نیز

ملکیتی تحلیل می‌کنند (یزدی، ۱۴۲۰ق، ج ۱، ص. ۱۴۲؛ نجفی (کاشف‌الغطا)، ۱۳۵۹ق، ج ۱، ص. ۱۶؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص. ۷۰). زوجین، رکن عقد و مانند عوضین هستند؛ ضمن اینکه تطابق میان ایجاب و قبول در ماهیت نکاح مقتضی معلوم بودن و معین بودن طرفین است و معلوم و معین بودن «خود شخص» مورد نکاح لازم است. از این رو اشتباه در «شخص» موجب بطلان است، اما اشتباه در صفات شخص، ذیل خیار قرار می‌گیرد مگر صفت ذاتی باشد مثل اینکه زوجه، مرد یا خنثی باشد<sup>۱</sup>.

این احکام با نگاه ملک و شرعی به عقود سازگار است؛ زیرا عقد را اصالتاً سبب تملیک می‌دانند و عوضین را مورد عقد و به‌ضرورت اشتباه در عوضین را چون به اسباب ملکیت خدشه وارد می‌کند، موجب بطلان عقد می‌دانند. از سویی حکم فسخ و خیار را چون خلاف قاعده است، شرعی تلقی می‌کنند. از این رو اختلاف میان فقها که البته ناچیز است، بیشتر در مصادیق است تا قاعده کلی. نتیجه اینکه «در فقه امامیه اشتباه اصولاً موجب بطلان است و مواردی که موجب خیار است، اصطلاحاً اشتباه گفته نمی‌شود».

### ۳. تحلیل قانون مدنی ایران

تاکنون اثبات شد که اشتباه در حقوق فرانسه از عیوب رضاست<sup>۲</sup>، اما در فقه اشتباه را برای عیوب اراده اصطلاح کرده و چون نهاد خیار را داشته‌اند، بحث را روی اشتباه موجب بطلان متمرکز کرده‌اند. اکنون نوبت به تحلیل حقوق ایران می‌رسد. به نظر می‌رسد قانون مدنی ایران در قسمت قواعد عمومی، مفاد قانون مدنی قدیم فرانسه را در قالب سه ماده ۱۹۹، ۲۰۰ و ۲۰۱ وارد حقوق ایران کرده است. تدوین‌کنندگان، مفاد ماده ۱۱۱۷ قانون مدنی فرانسه (قدیم) را ضمن مفاد مواد ادغام و حکم بطلان نسبی این ماده را با توجه به فقدان چنین نهادی در حقوق ایران و فقه امامیه، تبدیل به «عدم نفوذ» کردند. در ماده ۱۱۱۷ قانون مدنی فرانسه (قدیم) بحث تدلیس آمده بود، اما تدوین‌کنندگان توجه داشتند که در بخش خیار دربارۀ تدلیس، خیار خاص موجود است و از این رو تدلیس را از ماده فرانسوی حذف کردند.

۱. برای دیدن مفصل دلایل فقها رک به: محقق داماد و همکاران، ۱۳۸۹، صص. ۱۵۹ به بعد.

۲. برای دیدن حقوق عربی و لبنان و شباهت بحث حقوق کشورهای عربی با حقوق فرانسه و عیب رضا بودن اشتباه رک به: السنهوری، ۱۹۵۸م، ج ۱، صص. ۱۷۰-۲۷۹؛ سعد، ۱۹۹۸م، ج ۱، ص. ۱۵۴.

تدوین‌کنندگان در بخش عقود معین، اشتباه را از فقه گرفتند و در موادی مانند ماده‌های ۳۵۳ و ۶۷۴ قانون مدنی، مقررات فقهی را گنجانده و سرانجام بخش‌های را به قانون مدنی افزودند. به نظر نگارنده، تنها تحلیلی که می‌توان از این نوع مزج و ترکیب ارائه داد، این است که تدوین‌کنندگان توجه نداشتند که اشتباه در قانون مدنی فرانسه و فقه تنها «اشتراک لفظی» است. اشتباه موضوعی تشکیکی است که این دو نظام حقوقی بنا به تاریخ و مبانی خود، درجه‌ای از آن را «اشتباه» نامیده‌اند؛ فرانسویان، اشتباه مغلطه و فقه، اشتباه مغلطه قصد و اراده را با واژه «اشتباه» اصطلاح کرده و به تبع، احکام مختلفی بر آن بار کرده‌اند. تدوین‌کنندگان توجهی به این دوگانگی معنایی نداشته و گمان کرده‌اند منظور هر دو نظام حقوقی از «اشتباه» یک معناست.<sup>۱</sup>

### نتیجه‌گیری

کشاکش معنایی و حکمی میان مواد ناظر به اشتباه با مواد ناظر به اشتباه در عقود خاص (بیع، نکاح، مصالحه و...) و اختیارات، حاصل عدم توجه به اشتراک لفظی بودن واژه «اشتباه» میان نظام حقوقی فرانسوی و فقه است. برخلاف فقه و نظام فرانسوی که معنا و حکم اشتباه روشن است، باید اذعان کرد که اصولاً معنا و حکم اشتباه در حقوق ایران مشخص نیست و راهکارهای جمع میان این مواد نیز راهکارهای موفق نبوده است. تنها راهکار علمی و نظری، اصلاح و بازنویسی مواد است. سنت فقهی ما ظرفیت ساخت مفاهیم دقیق را بر اساس مفاهیم بنیادین خود مانند ملکیت و عقد دارد. انواع اشتباه نیز قابل طبقه‌بندی و توضیح است. پیشنهاد می‌شود در تبعیت از سنت فقهی، اشتباهات به سه دسته عیب اراده (قصد)، عیب رضا و اشتباهات غیرمعیب تقسیم شود. حکم مورد اول بطلان عقد، حکم مورد دوم اعطای حق فسخ و حکم مورد سوم فقدان اثر برای اشتباه و صحت عقد است. از نهاد عقد غیرنافذ نیز در هیچ‌یک از فروض «اشتباه» استفاده نشود و تنها عقود اکراهی و فضولی غیرنافذ دانسته شود.

برای حل عملی و موقتی مسئله به نظر می‌رسد تفسیر عبارت خود موضوع معامله (ماده ۲۰۰ قانون مدنی) ممکن‌تر و منطقی‌تر باشد (بهرامی احمدی، ۱۳۹۰، ص. ۲۴۸)؛ توضیح اینکه، ماده

۱. از میان اساتید، مرحوم دکتر شهیدی به این موضوع توجه خوبی کرده‌اند، اما ایشان ریشه مشکل را ترجمه نادرست دانسته‌اند (ر.ک به: شهیدی، ۱۳۹۰، ج ۱، ص. ۱۶۵)، اما به نظر می‌رسد از مواد فرانسوی ترجمه خوب و تصرفات خوبی نیز شده است، اما مشکل عدم ترکیب دو کل با هم است؛ یعنی ترکیب حقوق فرانسه و فقه.

۱۹۹ قانون مدنی تصریح می‌کند که منظور از واژه اشتباه، اشتباه منجر به عیب در رضاست (به تبع عدم نفوذ معامله) و ماده ۲۰۰ قانون مدنی نیز گویی در مقام تفسیر ماده پیش است و منظورش این است که اشتباهی موجب عیب در رضا می‌شود که مربوط به خود موضوع معامله باشد. تفسیر این متن در حقوق ایران با توجه به فقه امامیه و امکان تفسیر و دامنه نوسانی عبارت خود موضوع معامله، باید به این صورت انجام شود که آن دسته از عیوب ناظر به اوصاف خود موضوع معامله که منجر به عیب در اراده (و بطلان عقد) نمی‌شود، منجر به عیب در رضا و عدم نفوذ معامله است. این تفسیر با فقه سازگاری ندارد (زیرا در فقه این دسته از عیوب منجر به حق فسخ است نه عدم نفوذ)، اما به هر حال عیوب ناظر به اراده را متعرض نمی‌شود و تعارضش با مواد فقهی عقود معین کمتر است و تعارض صریح و شدید را حل می‌کند؛ هر چند منجر به تعارض محدودتری شود.

## منابع

- ۱) آخوندی، روح‌الله (۱۳۹۰). اشتباه در موضوع قرارداد با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه و انگلستان. تهران: دانشگاه امام‌صادق (علیه‌السلام).
- ۲) اصفهانی (کمپانی)، محمدحسین (۱۴۰۹ق). الاجاره. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۳) اصفهانی (کمپانی)، محمدحسین (۱۴۱۸ق). حاشیه کتاب مکاسب (جلد ۲). قم: انوارالهدی.
- ۴) امامی، حسن (۱۳۵۵). حقوق مدنی (جلدهای ۱ و ۴). تهران: کتاب‌فروشی اسلامیه.
- ۵) امیری قائم‌مقامی، عبدالمجید (۱۳۷۸). حقوق تعهدات؛ اعمال حقوقی - تشکیل عقد (جلد ۲). تهران: میزان.
- ۶) انصاری، مرتضی‌بن‌محمد امین (۱۴۱۵ق). کتاب مکاسب (جلدهای ۲، ۳ و ۵). قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- ۷) اوبر، زان لوک و دوتیول، فرانسوا کولار (۱۳۹۰). حقوق تعهدات؛ قراردادها (مجید ادیب، مترجم و محقق). تهران: میزان.
- ۸) بهجت، محمدتقی (۱۴۲۶ق). جامع‌المسائل (جلد ۲). قم: دفتر آیت‌الله بهجت (ره).
- ۹) بهرامی احمدی، حمید (۱۳۹۰). حقوق تعهدات و قراردادها. تهران: دانشگاه امام‌صادق (علیه‌السلام).
- ۱۰) تبریزی، جوادبن‌علی (۱۴۱۶ق). ارشاد الطالب الی‌التعلیق علی‌المکاسب (جلد ۲). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- ۱۱) جزایری، سیدمحمدجعفر (۱۴۱۶ق). هدی‌الطالب فی شرح‌المکاسب (جلد ۴). قم: مؤسسه دارالکتاب.
- ۱۲) جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۱). دائرة‌المعارف حقوق مدنی و تجارت (جلد ۱). تهران: بنیاد راستاد.
- ۱۳) جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۰). فلسفه حقوق مدنی؛ عناصر عمومی عقود (جلد ۱). تهران: گنج دانش.
- ۱۴) حائری شاه‌باغ، علی (۱۳۲۸). شرح قانون مدنی. تهران: وزارت دادگستری.
- ۱۵) حسینی عاملی، سید جواد بن محمد (۱۴۱۹ق). مفتاح‌الکرامه فی شرح قواعد‌اللامه. قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۱۶) حسینی روحانی، سیدصادق (۱۴۲۹ق). منهاج‌الفقهاة (جلد ۶). قم: انوارالهدی.
- ۱۷) حلی، حسن‌بن‌یوسف (۱۴۲۰ق). تحریر الاحکام‌الشرعیة علی‌مذهب‌الامامیة (جلد ۲). قم: مؤسسه امام‌صادق (علیه‌السلام).

- ۱۸) خادمی آراسته، محمدحسین (۱۳۹۶). آثار اشتباه در اعمال حقوقی. تهران: خرسندی.
- ۱۹) خلیجیان، فریبا (۱۳۹۶). اشتباه مؤثر در قراردادها. تهران: اتا.
- ۲۰) سیحانی، جعفر (۱۴۱۴ق). المختار فی احکام الخیار. قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
- ۲۱) سعد، محمود نبیل ابراهیم (۱۹۹۸م). النظرية العامة للالتزام (جلد ۱). بیروت: دار النهضة العربية.
- ۲۲) السنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۹۵۸م). الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ۲۳) شهیدی، مهدی (۱۳۹۰). حقوق مدنی؛ تشکیل قراردادها و تعهدات (جلد ۱). تهران: مجد.
- ۲۴) صفایی، سیدحسین (۱۳۷۵). مقالات حقوق مدنی و حقوق تطبیقی. تهران: میزان.
- ۲۵) صفایی، سیدحسین (۱۳۸۳). قواعد عمومی قراردادها. تهران: میزان.
- ۲۶) طوسی، محمدبن حسن (۱۴۰۰ق). النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، بیروت: دار الکتب العربی.
- ۲۷) عاملی کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد (جلد ۴). قم: مؤسسه آل البیت (علیهم السلام).
- ۲۸) عاملی، محمدبن مکی (بی تا). القواعد والفوائد (جلد ۲). قم: کتاب فروشی مفید.
- ۲۹) عدل، مصطفی (۱۳۷۳). حقوق مدنی. تهران: بحر العلوم.
- ۳۰) علی آبادی، علی (۱۳۸۱). ایجاد و سقوط تعهدات ناشی از عقد در حقوق اسلامی. تهران: دانشگاه تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ.
- ۳۱) غروی نایینی، میرزاحمدحسین (۱۳۷۳ق). منیة الطالب فی حاشیة المکاسب (جلد ۱). تهران: المكتبة المحمدیه.
- ۳۲) قابل، ابوالفضل (۱۳۹۳). بررسی اشتباه در اوصاف مهم مورد معامله. تهران: پیام موفقیّت.
- ۳۳) قاسم زاده، مرتضی (۱۳۸۳). حقوق مدنی؛ اصول قراردادها و تعهدات نظری و کاربردی. تهران: دادگستر.
- ۳۴) قائم مقامی، عبدالمجید (۱۳۵۶). حقوق تعهدات؛ نظریه کلی تعهدات قانون مدنی (ضمن مقایسه حقوق تعهدات آلمان و سوئیس و فرانسه) (جلد ۲). تهران: دانشگاه تهران.
- ۳۵) کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳). حقوق مدنی؛ قواعد عمومی قراردادها، انعقاد و اعتبار قراردادها، ضمانت اجرای شرایط اساسی معامله، نظریه بطلان و عدم نفوذ (جلد ۱). تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
- ۳۶) گنجی، لطف الله (۱۳۹۶). مطالعه تطبیقی عیوب اراده در حقوق ایران و مصر. تهران: برتراندیشان.
- ۳۷) محسنی، سعید (۱۳۸۶). اشتباه در اوصاف شخص طرف قرارداد در فقه امامیه، حقوق ایران و حقوق



- فرانسه. پژوهشنامه حقوق اسلامی، شماره ۲۵. doi:10.30497/law.2012.1286
- ۳۸) محسنی، سعید (۱۳۹۰). اشتباه در شخص طرف قرارداد (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه). تهران: دانشگاه امام صادق (علیه السلام).
- ۳۹) محسنی، سعید و شفیق‌زاده خولنجانی، مصطفی (۱۳۹۳). مفهوم اشتباه در شخص طرف قرارداد و تأثیر آن بر قرارداد (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه). پژوهش‌نامه اندیشه‌های حقوقی، شماره ۴.
- ۴۰) محقق داماد، سید مصطفی و همکاران (۱۳۸۹). حقوق قراردادهای در فقه امامیه (جلد ۲). تهران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و سمت.
- ۴۱) مددی حمزه‌خانلو، رؤیا (۱۳۹۳). اشتباه در خود موضوع معامله در حقوق ایران و فرانسه. تهران: آریان قلم.
- ۴۲) مفید، محمدبن محمد (۱۴۱۳ق). المقنعة. قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
- ۴۳) موسوی خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۹ق). مصباح‌الفقاهة فی المعاملات (جلدهای ۱، ۲ و ۳). قم: النشر الاسلامی.
- ۴۴) موسوی خویی، سیدابوالقاسم (بی تا). المستند فی شرح العروة الوثقی. بی جا.
- ۴۵) موسوی خمینی، سیدروح‌الله (۱۴۲۱ق). کتاب البیع (جلدهای ۱، ۲ و ۴). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (قدس سره).
- ۴۶) نجفی (کاشف‌الغطا)، محمدحسین (۱۳۵۹ق). تحریرالمجلة (جلد ۱). نجف: المكتبة المرتضوية.
- ۴۷) نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام (جلد ۳۲). ۴۳ج، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ۴۸) نوین، پرویز (۱۳۸۴). حقوق مدنی سه؛ در عقود و تعهدات؛ به‌طور کلی انعقاد و انحلال قراردادهای. تهران: تدریس.
- ۴۹) وایت‌تیکر، سایمون (۱۳۸۵). اصول قراردادهای در حقوق فرانسه (حسن ره‌پیک، مترجم). تهران: خرسندی.
- ۵۰) یادگار صالحی، سلمان (۱۳۹۶). اشتباه در موضوع معاملات و قراردادهای با بررسی در حقوق ایران، فقه و رویه دیوان عالی کشور. تهران: جنگل و جاودانه.
- ۵۱) یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۲۰ق). تکملة العروة الوثقی. قم: کتاب‌فروشی داورى.
- ۵۲) یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۲۱ق). حاشیه‌المکاسب (جلدهای ۱ و ۲). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- 53) Bamdé, Aurélien (2017). L'erreur, vice du consentement et réforme des obligations, In: Droit des contrats, Droit des obligations, Posted Fév 12.
- 54) Bénabent, Alain (1991). Droit civil: les obligations, Paris: Montchrestien.

- 55) Cabrol, Pierre; Ribeyrol, Monique (2018). Leçons de Droit des obligations, Paris: Ellipses.
- 56) Carbonnier, Jean (1956). Droit civil, T. 4, Les Obligations, Paris: PUF
- 57) Colin, Ambroise, Capitant, H (1932). Cours elementaire de Droit Civil Francais, T: 2, 7em edition, Paris: Dalloz.
- 58) Dadoun, Armand (2021). Le droit des obligations en cartes mentales, Paris: Ellipses.
- 59) Delavaquerie, Géraldine (2019). Droit des obligations, Paris: Ellipses.
- 60) Ghestin, Jacques (1993). Traité de droit civil: La formation du contrat, Volumes 1-2: Les obligations, paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- 61) Gorlier, Vincent (2021). Droit des contrats spéciaux, Paris: Ellipses.
- 62) Lachièze, Christophe (2020). Droit des contrats, Paris: Ellipses.
- 63) Larombière, Léobon (1862). Théorie et pratique des obligations, ou commentaire des titres III & IV, livre III du Code Napoléon, Art. 1101 à 1386, T: 1, Bruxelles: Durand.
- 64) Lemalle, Jean-Claude (S.D). Vice du consentement: erreur, In: <https://jcl06.fr/vice-du-consentement-erreur/>.
- 65) Mazeaud (s), (Henri, Jean, Léon), Chabas, François (1995). Leçons de droit civil, tome 2, premier volume: Obligations: theorie generale. Edition 7, par Chabas, François, Paris: Publisher Montchrestien.
- 66) Molitor, Philippe (1851). Les Obligations en droit Romain: avec l'indication des rapports entre la Législation Romaine et le droit Français, Volume 1 n, Paris: Librairie générale de H. Hoste.
- 67) Pimbert, Agnès (2017). Introduction au droit en fiches, Paris: Ellipses.
- 68) Rabu, Gaylor (2019). Droit des obligations, Paris: Ellipses.
- 69) Ripert, Georges, Boulanger, Jaen (1965). Traite de droit civil: d'apres le traite de planiol, Paris: Librairie Generale de droit et de jurisprudence.
- 70) Terré, Francois; Simler, philippe ; Lequette, Yves (2005). Droit civil - Les obligations, 10e édition, Paris: Dalloz.
- 71) Véronique, Nicolas, Droit des obligations. Le contrat, Paris: Ellipses, 2017.
- 72) Weill, Alex. Terré, François (1980). Droit civil: les obligations, Dalloz.
- 73) <https://www.doctrine.fr/1/texts/codes/LEGITEXT000006070721/articles/LEGIARTI000006436271>.
- 74) [https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap2/sect2/sssect1/para2-vices-consentement/#\\_ftnref9](https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap2/sect2/sssect1/para2-vices-consentement/#_ftnref9)

## References

- 1) Adl, Moṣṭafā (1373 SH). Hoqūq madanī [Civil Law]. Tehrān: Baḥr al-'Ulūm [in Persian].
- 2) Ākhūndī, Rūhallāh (1390 SH). Eshtebāh dar mozu'e qarārdād bā motāle'e tatbighi dar hoqūq Farānse va Engelstān [Mistake in the subject of the contract with a comparative study in French and English law]. Tehrān: Dāneshgāh Emām Sādeq (AS) [in Persian].
- 3) Alī Ābādī, 'Alī (1381 SH). Ījād va soqūṭ ta'ahhodāt nāshī az 'aqd dar hoqūq Eslāmī [Creation and Termination of Obligations Arising from Contract in Islamic Law]. Tehrān: Dāneshgāh Tehrān, Mo'assesah Enteshārāt va Chāp [in Persian].
- 4) Al-Sanhūrī, 'Abd al-Razzāq Aḥmad (1958). Al-Wasīṭ fi Sharḥ al-Qānūn al-Madanī al-Jadīd. Beirut: Dār Iḥyā' al-Turāth al-'Arabī [The Mediator in Explaining the New Civil Law] [in Arabic].
- 5) Āmelī Karakī, 'Alī bin Ḥossein (1414 AH). Jāmi' al-Maqāṣid fi Sharḥ al-Qawā'id (Volume 4). Qom: Mo'asseseh Āl al-Bayt (AS) [in Arabic].
- 6) Āmelī, Moḥammad bin Makī (n.d.). Al-Qawā'id wa al-Fawā'id (Volume 2). Qom: Ketābfroshī Mofid [in Arabic].
- 7) Amīrī Ghāem Maqāmi, Abdulmajīd (1378 SH). Hoqūq ta'ahhodāt; a'māl hoqūqī-tashkīl 'aqd (Volume 2) [Law of Obligations; Legal Acts- Contract Formation (Volume 2)]. Tehrān: Mizān [in Persian].
- 8) Anṣārī, Morteżā bin Moḥammad Amīn (1415 AH). Ketāb al-Makāseb (Volumes 2, 3 & 5). Qom: Kongereh Jahānī Bozorgdāsht Sheikh A'zam Anṣārī [in Arabic].
- 9) Bahrāmī Ahmādī, Hamīd (1390 SH). Hoqūq ta'ahhodāt va qarārdādḥā [Law of Obligations and Contracts]. Tehrān: Dāneshgāh Emām Sādeq (AS) [in Persian].
- 10) Bamdé, Aurélien (2017). L'erreur, vice du consentement et réforme des obligations, In: Droit des contrats, Droit des obligations, Posted Fév 12.
- 11) Behjat, MoḥammadTaqī (1426 AH). Jāme' al-Masā'il (Volume 2). Qom: Daftar Āyatollah Behjat (RH) [in Arabic].
- 12) Bénabent, Alain (1991). Droit civil: les obligations, Paris: Montchrestien.
- 13) Cabrol, Pierre; Ribeyrol, Monique (2018). Leçons de Droit des obligations, Paris: Ellipses.
- 14) Carbonnier, Jean (1956). Droit civil, T. 4, Les Obligations, Paris: PUF
- 15) Colin, Ambroise, Capitant, H (1932). Cours elementaire de Droit Civil Francais, T: 2, 7em edition, Paris: Dalloz.
- 16) Dadoun, Armand (2021). Le droit des obligations en cartes mentales, Paris: Ellipses.
- 17) Delavaquerie, Géraldine (2019). Droit des obligations, Paris: Ellipses.
- 18) Emāmī, Hasan (1355 SH). Hoqūq madanī (Volumehāye 1 va 4) [Civil Rights (Volumes 1 and 4)]. Tehrān: Ketābfroshī Eslāmiyeh [in Persian].
- 19) Ganjī, Lotfollāh (1396 SH). Moṭāle'eh tatbīqī 'oyūb erādeh dar hoqūq Īrān va Miṣr [Comparative Study of Will Defects in Iranian and Egyptian Law]. Tehrān: Bartarandishan [in Persian].
- 20) Ghā'emmaqāmi, Abdulmajīd (1356 SH). Hoqūq ta'ahhodāt; nazariye kolli

- ta'ahhodāt qānūn madanī (zamn moqāyese hoqūq ta'ahhodāt Ālmān va Sū'is va Farānse) (Volume 2) [Law of Obligations; General Theory of Civil Law Obligations (Comparing the Law of Obligations in Germany, Switzerland, and France) (Volume 2)]. Tehrān: Dāneshgāh Tehrān [in Persian].
- 21) Gharawī Nā'inī, Mīrzā Moḥammad Ḥossein (1373 AH). Manīyat al-Ṭāleb fi Ḥāshiyat al-Makāseb (Volume 1). Tehrān: Al-Maktabah al-Moḥammadiyah [in Arabic].
  - 22) Ghestin, Jacques (1993). *Traité de droit civil: La formation du contrat*, Volumes 1-2: Les obligations, paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence.
  - 23) Gorlier, Vincent (2021). *Droit des contrats spéciaux*, Paris: Ellipses.
  - 24) Ḥā'irī Shāh Bāgh, 'Alī (1328 SH). Sharḥ qānūn madanī [Commentary on the Civil Code]. Tehrān: Vezārat Dādgostari [in Persian].
  - 25) Ḥillī, Ḥasan bin Yūsef (1420 AH). *Taḥrīr al-Aḥkām al-Shar'iyah 'alā Madhhab al-Imāmīyah* (Volume 2). Qom: Mo'asseseh Emām Ṣādeq (AS) [in Arabic].
  - 26) Ḥosseini 'Āmeli, Seyyed Javād bin Moḥammad (1419 AH). *Miftāḥ al-Karāmah fi Sharḥ Qawā'id al-'Allāmah*. Qom: Daftar Enteshārāt Eslāmī Vābesteh be Jām'e Modarresin Ḥawzeh 'Elmiyeh Qom [in Arabic].
  - 27) Ḥosseini Rūḥānī, Seyyed Ṣādeq (1429 AH). *Minhāj al-Faqāhah* (Volume 6). Qom: Anvār al-Hudā [in Arabic].
  - 28) Iṣfahānī (Compānī), MoḥammadḤossein (1409 AH). *Al-Ijārah*. Qom: Daftar Enteshārāt Eslāmī Vābesteh be Jām'e Modarresin Ḥawzeh 'Elmiyeh Qom [in Arabic].
  - 29) Iṣfahānī (Compānī), MoḥammadḤossein (1418 AH). *Hāshiyeh ketāb al-Makāseb* (Volume 2). Qom: Anvār al-Hudā [in Arabic].
  - 30) Ja'farī Langarūdī, MoḥammadJa'far (1371 SH). *Dā'ereh al-ma'āref hoqūq madanī va tejarat* (Volume 1) [Encyclopedia of Civil and Commercial Law (Volume 1)]. Tehrān: Bonyād Rāstād [in Persian].
  - 31) Ja'farī Langarūdī, MoḥammadJa'far (1390 SH). *Falsafeh hoqūq madanī; anāser 'omūmī 'uqūd* (Volume 1) [Philosophy of Civil Law; General Elements of Contracts (Volume 1)]. Tehrān: Ganj Dānesh [in Persian].
  - 32) Jazāyerī, Seyyed Moḥammad Ja'far (1416 AH). *Hadi al-Ṭāleb fi Sharḥ al-Makāseb* (Volume 4). Qom: Mo'asseseh Dār al-Ketāb [in Arabic].
  - 33) Kātoziān, Nāser (1383 SH). *Hoqūq madanī; qavā'id 'omūmī qarārdādhā, en'eqād va e'tebār qarārdādhā, zamānat ejrā'i shorūṭ asāsī mo'āmeleh, nazariye batālan va 'adam nofoz* (Volume 1) [Civil Law; General Rules of Contracts, Conclusion and Validity of Contracts, Guarantee of the Execution of Essential Conditions of the Transaction, Theory of Nullity and Non-enforceability (Volume 1)]. Tehrān: Sherkat Sahāmī Enteshār ba hamkāri Bahman Borna [in Persian].
  - 34) Khādemī Ārāsteh, MoḥammadḤossein (1396 SH). *Āsār eshtebāh dar a'māl hoqūqī* [Effects of Mistake in Legal Acts]. Tehrān: Khorsandī [in Persian].
  - 35) Khalījīān, Farībā (1396 SH). *Eshtebāh mo'asser dar qarārdādhā* [Effective Mistake in Contracts]. Tehrān: Etā [in Persian].
  - 36) Lachièze, Christophe (2020). *Droit des contrats*, Paris: Ellipses.

- 37) Larombière, Léobon (1862). *Théorie et pratique des obligations, ou commentaire des titres III & IV, livre III du Code Napoléon, Art. 1101 à 1386*, T: 1, Bruxelles: Durand.
- 38) Lemalle, Jean-Claude (S.D). Vice du consentement: erreur, In: <https://jcl06.fr/vice-du-consentement-erreur/>.
- 39) Madadī Hamzekhanlou, Rūyā (1393 SH). *Eshtebāh dar khod mozu'e mo'āmeleh dar hoqūq Īrān va Farānse* [Mistake in the Subject Matter of the Transaction in Iranian and French Law]. Tehrān: Āriān Qalam [in Persian].
- 40) Mazeaud (s), (Henri, Jean, Léon), Chabas, François (1995). *Leçons de droit civil, tome 2, premier volume: Obligations: theorie generale. Edition 7, par Chabas, François*, Paris: Publisher Montchrestien.
- 41) Mofid, Moḥammad bin Moḥammad (1413 AH). *Al-Muqni'ah*. Qom: Kongereh Jahānī Hazāra Sheikh Mofid [in Arabic].
- 42) Moḥaqqueq Dāmād, Seyyed Moḥṣafā et al. (1389 SH). *Hoqūq qarārdādā dar feqh Emāmīeh (Volume 2)* [Contract Law in Imami Jurisprudence (Volume 2)]. Tehrān: Pejūheshgāh Ḥawzeh va Dāneshgāh va Samt [in Persian].
- 43) Moḥsenī, Sa'īd & Shafī'zādeh Kholanjānī, Moḥṣafā (1393 SH). *Mafhūm eshtebāh dar shakḥ ṭaraf qarārdād va ta'sīr ān bar qarārdād (moṭāle'eh tatbīqī dar hoqūq Īrān va Farānse)* [The Concept of Mistake in the Person of the Contracting Party and Its Effect on the Contract (Comparative Study in Iranian and French Law)]. *Pejūheshnāmeḥ Andīshehā-ye Hoqūqī, Shomāreh 4* [in Persian].
- 44) Moḥsenī, Sa'īd (1386 SH). *Eshtebāh dar oṣāf shakḥ ṭaraf qarārdād dar feqh Emāmīeh, hoqūq Īrān va hoqūq Farānse* [Mistake as to the Qualities of the Party to the Contract]. *Pažūheš'nāme-ye Hoqūq-e Islāmī* [Journal of Islamic Law Research], Issue 25 [in Persian]. doi:10.30497/law.2012.1286
- 45) Moḥsenī, Sa'īd (1390 SH). *Eshtebāh dar shakḥ ṭaraf qarārdād (moṭāle'eh tatbīqī dar hoqūq Īrān va Farānse)* [Mistake in the Person of the Contracting Party (Comparative Study in Iranian and French Law)]. Tehrān: Dāneshgāh Emām Ṣādeq (AS) [in Persian].
- 46) Molitor, Philippe (1851). *Les Obligations en droit Romain: avec l'indication des rapports entre la Législation Romaine et le droit Français, Volume 1 n*, Paris: Librairie générale de H. Hoste.
- 47) Mūsawī Khoeī, Seyyed Abolqāsem (1419 AH). *Miṣbāḥ al-Fiqāhah fī al-Mu'āmalāt (Volumes 1, 2, and 3)*. Qom: Al-Nashr al-Islāmī [in Arabic].
- 48) Mūsawī Khoeī, Seyyed Abolqāsem (n.d.). *Al-Mustanad fī Sharḥ al-'Urwah al-Wuthqā*. [Place Unknown] [in Arabic].
- 49) Mūsawī Khomeinī, Seyyed Rūḥollah (1421 AH). *Kitāb al-Bay'* (Volumes 1, 2, and 4). Tehrān: Mo'asseseh Tanzīm va Nashr Āthār Imām Khomeinī (QDS) [in Arabic].
- 50) Najafī (Kāshef al-Gheṭā), Moḥammad Ḥosseīn (1359 AH). *Taḥrīr al-Majalleh (Volume 1)*. Najaf: Al-Maktabah al-Mortazawīyah [in Arabic].
- 51) Najafī, Moḥammad Ḥasan (1404 AH). *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharā'i' al-Islām (Volume 32)*. Beirut: Dār lhyā' al-Turāth al-'Arabī [in Arabic].

- 52) Novin, Parvīz (1384 SH). Hoqūq madanī seh; dar 'oqūd va ta'ahhodāt; beh tor kolī en'eqād va enhelāl qarārdādhā [Civil Law Three; On Contracts and Obligations; Generally on the Conclusion and Dissolution of Contracts]. Tehrān: Tadrīs [in Persian].
- 53) Pimbert, Agnès (2017). Introduction au droit en fiches, Paris: Ellipses.
- 54) Qābel, Abolfazl (1393 SH). Barrasī eshtebāh dar oṣāf mohem morad mo'āmeleh [Study on Mistake in the Important Characteristics of the Transaction Subject]. Tehrān: Payām Movafaghiyat [in Persian].
- 55) Qāsemzādeh, Morteżā (1383 SH). Hoqūq madanī; oṣūl qarārdādhā va ta'ahhodāt nazari va korbordī [Civil Law; Principles of Contracts and Obligations Theoretical and Practical]. Tehrān: Dādgostar [in Persian].
- 56) Rabu, Gaylor (2019). Droit des obligations, Paris: Ellipses.
- 57) Ripert, Georges, Boulanger, Jaen (1965). Traite de droit civil: d'apres le traite de planiol, Paris: Librairie Generale de droit et de jurisprudence.
- 58) Sa'd, Maḥmūd Nabīl Ibrāhīm (1998). Al-Nazariyyah al-'Āmmah lil-Alzām (Volume 1). Beirut: Dār al-Nahḍah al-'Arabīyah [The General Theory of Obligation (Volume 1)] [in Arabic].
- 59) Ṣafā'ī, Seyyed Ḥossein (1375 SH). Maqālāt hoqūq madanī va hoqūq tatbīqī [Articles on Civil Law and Comparative Law]. Tehrān: Mizān [in Persian].
- 60) Ṣafā'ī, Seyyed Ḥossein (1383 SH). Qavā'id 'omūmī qarārdādhā [General Rules of Contracts]. Tehrān: Mizān [in Persian].
- 61) Shahidī, Maḥdī (1390 SH). Hoqūq madanī; tashkīl qarārdādhā va ta'ahhodāt (Volume 1) [Civil Law; Formation of Contracts and Obligations (Volume 1)]. Tehrān: Majd [in Persian].
- 62) Subḥānī, Ja'far (1414 AH). Al-Mukhtār fī Aḥkām al-Khyār. Qom: Mo'asseseh Emām Ṣādeq (AS) [in Arabic].
- 63) Tabrīzī, Javād bin 'Alī (1416 AH). Irshād al-Tālib ilā al-Ta'liq 'alā al-Makāseb (Volume 2). Qom: Mo'assesah Esmā'iliān [in Arabic].
- 64) Terré, Francois; Simler, philippe ; Lequette, Yves (2005). Droit civil - Les obligations, 10e édition, Paris: Dalloz.
- 65) Tūsī, Moḥammad bin Ḥasan (1400 AH). Al-Nihāyah fī Mujarrad al-Fiqh wa al-Fatāwā. Beirut: Dār al-Ketāb al-'Arabī [in Arabic].
- 66) Ūber, Jean Luc va Dutiul, François Collart (1390 SH). Hoqūq ta'ahhodāt; qarārdādhā (Majīd Adīb, motarjem va moqeq) [Law of Obligations; Contracts (Majid Adib, Translator and Researcher)]. Tehrān: Mizān [in Persian].
- 67) Véronique, Nicolas, Droit des obligations. Le contrat, Paris: Ellipses, 2017.
- 68) Weill, Alex. Terré, François (1980). Droit civil: les obligations, Dalloz.
- 69) White-Tikker, Simon (1385 SH). Oṣūl qarārdādhā dar hoqūq Farānse (Hasan Rah-peyck, motarjem) [Principles of Contracts in French Law (Translated by Hasan Rah-peyck)]. Tehrān: Khorsandī [in Persian].
- 70) Yādgārṣālāhī, Salmān (1396 SH). Eshtebāh dar mozu'e mo'āmelāt va qarārdādhā bā barrasī dar hoqūq Īrān, feqh va royehe divān 'ālī keshvar [Mistake in the Subject Matter of Transactions and Contracts with Study in Iranian Law, Jurisprudence and the Practice of the Supreme Court]. Tehrān:

- Jangal va Jāvedāneh [in Persian].
- 71) Yazdī, Seyyed Moḥammad Kāẓem (1420 AH). Takmilat al-'Urwah al-Wuthqā. Qom: Ketābfroshī Dāvarī [in Arabic].
- 72) Yazdī, Seyyed Moḥammad Kāẓem (1421 AH). Ḥāshiyeh al-Makāseb (Volumes 1 and 2). Qom: Mo'asseseh Esmā'iliān [in Arabic].
- 73) <https://www.doctrine.fr/1/texts/codes/LEGITEXT000006070721/articles/LEGIARTI000006436271>.
- 74) [https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap2/sect2/ssect1/para2-vices-consentement/#\\_ftnref9](https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap2/sect2/ssect1/para2-vices-consentement/#_ftnref9)

## Comparative Study of the Punishment of "Imprisonment" in Modern Criminal Law and Islamic Law

Mohsen Saeedi Abooes'haghi · PhD Student in Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Literature and Humanities, Yasouj University, Yasouj, Iran.  
(Corresponding Author) saeedi1993@gmail.com

Abdollah Bahmanpouri · Associate Professor, Department of Theology, Faculty of Literature and Humanities, Yasouj University, Yasouj, Iran. bahmanpouri10@gmail.com

Seyyed Mahdi Jokar · Assistant Professor, Department of Theology, Faculty of Literature and Humanities, Yasouj University, Yasouj, Iran. m.jokar@yu.ac.ir

### Abstract

#### 1. Introduction

In this article, the criteria for identifying 'waste in law' or 'as waste' in Islamic law, by studying the rule of 'transfer to a third party of good faith' in judicial practice and the proposal to amend the Articles 323 and 325 of the Iranian Civil Code, with the aim of resolving disputes between courts and creating a uniform practice in courts have been analyzed. The question is what the rule and criterion for the realization of 'waste in law' is, which has been used and cited in Iranian laws and judicial practice in recent years, and whether it is possible to analyze and present the various criteria that have proposed in Imamiya jurisprudence to a single criterion format or more general criteria?

The fundamental question is what the rule and criterion for the realization of 'waste in law' is, which has been used and cited in Iranian laws and judicial practice in recent years, and whether it is possible to analyze and present the various criteria that have been proposed in Imamiya jurisprudence to a single criterion format or more general criteria? The fundamental question is what the rule and criterion for the realization of 'waste in law' is.

#### 2. Research Question

In this article, the criteria for identifying 'waste in law' or 'as waste' in





Islamic law, by studying the rule of 'transfer to a third party of good faith' in judicial practice and the proposal to amend the Articles 323 and 325 of the Iranian Civil Code, with the aim. In this article, the criteria for identifying 'waste in law' or 'as waste' in Islamic law, by studying the rule of 'transfer to a third party of good faith' in judicial practice and the proposal to amend the Articles 323 and 325 of the Iranian Civil Code, with the aim.

### **3. Research Hypothesis**

In this article, the criteria for identifying 'waste in law' or 'as waste' in Islamic law, by studying the rule of 'transfer to a third party of good faith' in judicial practice and the proposal to amend the Articles 323 and 325 of the Iranian Civil Code, with the aim. In this article, the criteria for identifying 'waste in law' or 'as waste' in Islamic law, by studying the rule of 'transfer to a third party of good faith' in judicial practice and the proposal to amend the Articles 323 and 325 of the Iranian Civil Code, with the aim.

### **4. Methodology & Framework, if Applicable**

In this article, the criteria for identifying 'waste in law' or 'as waste' in Islamic law, by studying the rule of 'transfer to a third party of good faith' in judicial practice and the proposal to amend the Articles 323 and 325 of the Iranian Civil Code, with the aim. In this article, the criteria for identifying 'waste in law' or 'as waste' in Islamic law, by studying the rule of 'transfer to a third party of good faith' in judicial practice and the proposal to amend the Articles 323 and 325 of the Iranian Civil Code, with the aim.

### **5. Results & Discussion**

In this article, the criteria for identifying 'waste in law' or 'as waste' in Islamic law, by studying the rule of 'transfer to a third party of good faith' in judicial practice and the proposal to amend the Articles 323 and 325 of the Iranian Civil Code, with the aim of resolving disputes between courts and creating a uniform practice in courts have been analyzed.

The question is what the rule and criterion for the realization of 'waste in law' is, which has been used and cited in Iranian laws and judicial practice in recent years, and whether it is possible to analyze and present the various criteria that have proposed in Imamiya jurisprudence to a single criterion format or more general criteria? The fundamental question is what the rule and criterion for the realization of 'waste in law'

is, which has been used and cited in Iranian laws and judicial practice in recent years, and whether it is possible to analyze and present the various criteria that have been proposed in Imamiya jurisprudence to a single criterion format or more general criteria? The fundamental question is what the rule and criterion for the realization of 'waste in law' is.

In this article, the criteria for identifying 'waste in law' or 'as waste' in Islamic law, by studying the rule of 'transfer to a third party of good faith' in judicial practice and the proposal to amend the Articles 323 and 325 of the Iranian Civil Code, with the aim of resolving disputes between courts and creating a uniform practice in courts have been analyzed.

## **6. Conclusion**

In this article, the criteria for identifying 'waste in law' or 'as waste' in Islamic law, by studying the rule of 'transfer to a third party of good faith' in judicial practice and the proposal to amend the Articles 323 and 325 of the Iranian Civil Code, with the aim of resolving disputes between courts and creating a uniform practice in courts have been analyzed. The question is what the rule and criterion for the realization of 'waste in law' is, which has been used and cited in Iranian laws and judicial practice in recent years, and whether it is possible to analyze and present the various criteria that have been proposed in Imamiya jurisprudence to a single criterion format or more general criteria?

The fundamental question is what the rule and criterion for the realization of 'waste in law' is, which has been used and cited in Iranian laws and judicial practice in recent years, and whether it is possible to analyze and present the various criteria that have been proposed in Imamiya jurisprudence to a single criterion format or more general criteria? The fundamental question is what the rule and criterion for the realization of 'waste in law' is.

**Keywords:** Waste in Law, Dominance, Transfer of Property to Another, Impossibility of Transfer, Transferee of Good Faith, Volenti non fit injuria, Legal Presumption.

## ارزیابی تطبیقی مجازات «حبس» در حقوق کیفری مدرن و فقه امامیه

محسن سعیدی ابواسحقى • دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه یاسوج، یاسوج، ایران. (نویسنده مسئول)  
saeedi1993@gmail.com

عبدالله بهمن پوری • دانشیار، گروه الهیات، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه یاسوج، یاسوج، ایران.  
bahmanpouri10@gmail.com

سیدمهدی جوکار • استادیار، گروه الهیات، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه یاسوج، یاسوج، ایران.  
m.jokar@yu.ac.ir

### چکیده

غفلت از عقلانیت کیفری حاکم بر مجازات‌ها، باعث پذیرش صورت مدرن و امروزی زندان در نظام حقوقی ایران شده است. زندان مدرن با تغییر در سازوکار قدرت بوجود آمده است؛ در دوران مدرن، قدرت شکل انضباطی به خود گرفته است و هدف آن تصرف در روح و اراده فرد و بهنجار کردن وی برای زندگی اجتماعی است. در همین راستا آنچه در عقلانیت کیفری مدرن اصالت دارد، پیوند شخصیت و ساختار روانشناختی فرد بزهکار و جرم ارتكابی اوست، و زندان مجازات غالب و اصلی می‌شود تا به عنوان تکنولوژی انضباطی، محلی برای تصرف در شخصیت بزهکار و اصلاح روانشناختی و بهنجارسازی وی باشد؛ زندان مدرن بستری برای تولید انسان است. اما در دیگر سوی، در عقلانیت کیفری اسلام، قدرت شکل انضباطی ندارد، بلکه قدرت معطوف به سعادت اخروی و هدف شریعت و قوانین کیفری، استکمال نفس انسانی است. اگرچه در عقلانیت کیفری اسلام نیز اصلاح‌گری مجرم اصالت دارد، اما این امر تفاوت بنیادینی با بهنجارسازی در گفتمان مدرن دارد. در بهنجارسازی مدرن، بزهکار ابزار تکنولوژی انضباطی می‌شود اما در رویکرد استکمال نفس، آزادی و اختیار بزهکار در اصلاح خویش اصالت جدی دارد و اصول کیفرزادای قابل توجهی برای این مهم فراهم می‌شود؛ اصل با عناصر کیفرزاد است و تنبیه و کیفر جنبه استثنایی خواهد داشت. همین رویکرد در فقه امامیه در خصوص مجازات «حبس» نیز وجود دارد و حبس صرفاً سلب حق آزادی است، بر خلاف «زندان مدرن» که آزادی سلب می‌شود تا در بستر زندان فرد بهنجار تولید شود. لذا حبس فقهی، زندان مدرن نیست. بر این اساس، حقوق کیفری ایران نیازمند «بازخوانی مجدد عقلانیت کیفری حاکم بر مجازات‌ها» است تا رویکرد متناسب با سنت فقهی اسلام را در مجازات حبس اعمال کند.

واژگان کلیدی: حبس، زندان، عقلانیت کیفری، قدرت انضباطی، تکنولوژی انضباطی.



#### مقدمه

نخستین مواجهه ایرانیان با مفاهیم جدید حقوقی، به صدر مشروطه برمی‌گردد. انقلاب مشروطه را در بعد نظری می‌توان انقلاب حقوقی دانست (طباطبایی، ۱۳۹۳)؛ زیرا در پی حل بحران استبداد، دو گروه روشن‌فکران و فقها به دنبال ترسیم طرحی جدید از نظم سیاسی حقوقی بودند. آشنایی اولیه ما با نظم حقوقی مدرن از دریچه آشنایی با مفاهیمی مانند «قانون»، «پارلمان»، «قانون اساسی» و... صورت گرفته است. نتیجه حقوقی انقلاب مشروطه، ایده‌ای بود که در ذیل آن، طرح جدیدی از نظام حقوقی در ایران شکل گرفت و اکنون نیز در ذیل همین طرح قرار داریم. این ایده، «تبدیل احکام شرعی به ماده قانونی» بود (مستشارالدوله، بی‌تا). این طرح با تلفیقی از محتوای احکام شرعی با ساختارها و مفاهیم نظام حقوقی مدرن شکل گرفت. نکته اساسی که در این میان وجود دارد و اهمیت پژوهش حاضر نیز بدان وابسته است، این است که به علت فقدان دانش نظری، فلسفی و تاریخی لازم نسبت به مفاهیم جدید حقوقی، این نظام حقوقی تلفیقی جدید بدون پرسش‌های فلسفی در خصوص ماهیت و زمینه‌های فرهنگی-تاریخی مفاهیم حقوقی شکل گرفته و همین بحران نظری موجب آشوب مفهومی در عرصه نظر و ناکارآمدی‌هایی در عرصه عمل شده است. بعد از ۱۵۰ سال گذر از این طرح، بازخوانی نظری در مفاهیم اساسی دانش حقوق در رشته‌های مختلف آن، لازم و ضروری است؛ زیرا بدون این بازخوانی امکان ترمیم و اصلاح نظام حقوقی با بنیاد نظری استوار فراهم نمی‌شود. کاری که این پژوهش در پی آن است، بازخوانی یکی از مفاهیم اساسی حقوق کیفری و مصداق بارز آن یعنی «مجازات حبس» است. برای تحلیل مجازات حبس در وضعیت تلفیقی حقوق کیفری ایران، نیازمند بازگشت به سرچشمه‌ها هستیم؛ یعنی بازگشت به نظام فقهی امامیه و حقوق کیفری مدرن و بررسی تطبیقی میان این دو سنت. از آنجاکه شکل کنونی «مجازات حبس» در ایران تا حد زیادی از حقوق کیفری مدرن اخذ شده است، ابتدا نیازمند بررسی آن در بستر حقوق کیفری مدرن و در پیوند با عقلانیت کیفری آن هستیم. همچنین، «مجازات حبس» را در نظام فقه امامیه در پیوند با عقلانیت کیفری حاکم بر آن بررسی می‌کنیم تا به درک درستی از آن در نظام فقه کیفری اسلام برسیم. در ادامه، با نسبت‌سنجی میان این شکل مجازات در فقه اسلامی و حقوق کیفری مدرن، تمایزات این دو شکل مجازات روشن می‌شود؛ تمایزاتی که در حقوق کیفری ایران به آن‌ها توجه نشده است و خودآگاهی لازم در این زمینه وجود ندارد. این خودآگاهی است که به ما کمک می‌کند امکانات و شرایط لازم برای

رفتن به سمت حقوق کیفری اسلامی در نظام حقوق کیفری ایران فراهم شود. پیشینه پژوهش: در خصوص مجازات حبس تحقیقات گسترده‌ای صورت گرفته است. در این پژوهش‌ها یا به تاریخچه زندان پرداخته شده یا به بررسی جامعه‌شناختی این موضوع بسنده شده است. همچنین، در برخی موارد به مصداق‌شناسی موارد حبس و بیان حقوق زندانیان در فقه اسلامی اشاره شده است، اما پژوهش جامعی که به ملاک‌شناسی (نه تنها مصداق‌شناسی) موضوع حبس در نسبت با عقلانیت کیفری نظام فقهی و همچنین، ریشه‌یابی مفاهیم مرتبط با مجازات زندان در حقوق کیفری جدید و نسبت‌سنجی میان این دو پرداخته باشد، وجود ندارد؛ کاری که این پژوهش در پی آن است.

برخی از این پژوهش‌ها موارد زیر است.

- کتاب‌ها

۱. مواردالسجن فی النصوص والفتاوی اثر نجم‌الدین طیبی.
۲. احکام زندان در اسلام اثر احمد وائلی.
۳. حقوق زندانی در اسلام اثر سیدمحمد حسینی شیرازی.
۴. بررسی مجازات زندان با تکیه بر فقه و حقوق اسلامی اثر لیلا حقیقی.
۵. تحلیل جامعه‌شناسانه زندان اثر محمدصالح اسفندیاری.

- مقالات

۱. «موارد زندان در اسلام» اثر علی سعیدی، چاپ‌شده در نشریه مطالعات حقوق خصوصی (حقوق)، پاییز ۱۳۹۰، دوره ۴۱، شماره ۳، صص. ۱۸۵-۱۹۰.
  ۲. «بررسی قاعده "التعزیر بما یراه‌الحاکم" همراه با بررسی موردی مجازات زندان تعزیری» اثر مهدی شایق و محمدرضا شایق، چاپ‌شده در فصلنامه فقه و اصول، پاییز ۱۳۹۷، سال ۵۰، شماره ۱۱۴.
  ۳. «جایگزین‌های مجازات زندان و نهاد تعزیر» اثر علیرضا محولاتی، چاپ‌شده در دو ماهنامه نامه مفید، مرداد و شهریور ۱۳۸۲، دوره ۹، شماره ۳۷، صص. ۲۵-۶۰.
- روش پژوهش: این پژوهش با روش استنباطی، تفسیری و استدلالی به صورت اسنادی و رجوع گسترده به متن و اقوال فیلسوفان، فقها و حقوق‌دانان و تقریر و نقد این نظریه‌ها صورت گرفته

است.

### ۱. زندان مدرن در حقوق کیفری ایران

زندان پذیرفته شده در نظام حقوقی ایران الگوبرداری از حقوق کیفری مدرن است. همان‌طور که در ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی آمده است، محکوم «برای تحمل محکومیت حبس با هدف اصلاح و تربیت و بازسازی اجتماعی در آنجا نگهداری می‌شود...» (باختر، ۱۴۰۰). این ماده ماهیت زندان را در حقوق کیفری مدرن نشان می‌دهد؛ یعنی زندان تنها سلب حق آزادی نیست، بلکه آزادی سلب می‌شود تا شخصیت بزهکار اصلاح شود؛ یعنی هدف از حبس، بهنجارسازی مجرم است. این رویکرد همان چیزی است که در حقوق کیفری مدرن وجود دارد و در نظام‌های حقوقی دیگر از جمله نظام فقهی سابقه نداشته است. این کارکرد تکنیکی اصلاحگری از ابتدای شکل‌گیری زندان در قرن ۱۹ وجود داشته است. براین اساس، زندان دستگاهی برای اصلاح افراد است که محرومیت از آزادی، امکان کارکرد آن را در نظام قانونی فراهم می‌آورد (فوکو، ۱۳۸۷). در ادامه، این ماده از تقسیم زندان به زندان بسته، نیمه‌باز، بازداشتگاه، اردوگاه کاردرمانی، کانون، قاضی اجرا، پرونده رفتاری، نمره اعتباری و... سخن می‌گوید که تمام این مفاهیم و این شیوه تقسیم‌بندی الگوبرداری از حقوق کیفری مدرن است.

قانون‌گذار در قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ سعی کرد رویکرد تازه‌ای را در خصوص حبس اتخاذ کند و مجازات جایگزین حبس را در مواد ۶۴ تا ۸۷ قانون وارد کرد. این مسئله با توجه به مشکلاتی که زندان برای فرد یا خانواده وی ایجاد می‌کند، تحسین‌برانگیز است، اما همچنان در خود قانون اصل را بر حبس می‌داند و مجازات جایگزین استثنا هستند و تنها در برخی از جرائم مانند جرائم قابل گذشت جاری می‌شوند و آن هم با شرایط خاص. همچنین، در رویه عملی دادگاه‌های کیفری نیز حکم به مجازات جایگزین حبس به‌سختی صورت می‌گیرد. از این رو چرخش اساسی و بنیادینی در خصوص حبس در نظام حقوق کیفری ایران ایجاد نشده است و نیازمند پژوهشی بنیادین در مبانی عقلانیت کیفری حبس هستیم تا از این رهگذر مبتنی بر اصول و مبانی فقهی، تجدیدنظر جدی در خصوص مجازات حبس صورت گیرد.

با بیانی که گذشت، وقتی این شکل از زندان با الگوبرداری از حقوق کیفری مدرن پذیرفته شده است، برای فهم این مفهوم و الزامات ناشی از آن، نیازمند فهم مجازات زندان در بستر حقوق

مدرن هستیم.

در این پژوهش، در تحلیل مجازات زندان در حقوق کیفری مدرن از رویکرد میشل فوکو استفاده شده است. استفاده از این نگاه به معنای قبول تام و تمام آن نیست، بلکه ما در راستای هدف نهایی پژوهش، از این رویکرد استفاده خودمان را می‌کنیم؛ زیرا وجه خاصی از نگاه وی - یعنی پیوند میان مجازات زندان و عقلانیت کیفری مدرن - به فهم زندان مدرن کمک می‌کند. از این رو که به تصریح خودش، هدفش از بررسی تولد زندان، بررسی پیدایی عقل کیفری مدرن است. از آنجاکه هدف این پژوهش بازگشت به ریشه‌ها و مبنای کیفر یعنی عقلانیت کیفری است، فوکو در این زمینه کمک شایانی به ما می‌کند؛ یعنی استفاده از تفسیر فوکو از لحاظ فهم شرایط پیدایی عقل کیفری در دنیای مدرن است. فوکو به تصریح چنین می‌گوید «در تولد زندان، موضوع بحث چیست؟ جامعه فرانسوی در دورانی خاص؟ خیر. بزهکاری در قرن‌های ۱۸ و ۱۹؟ خیر. زندان‌های فرانسه در فاصله سال‌های ۱۷۶۰ و ۱۸۴۰؟ حتی این هم نیست، بلکه چیزی ظریف‌تر؛ نیات آشکارکننده، نوع محاسبه‌گری و عقلانیتی که در زمان برقراری عمل حبس به معنای قدیمی آن در شکلی تازه در اصلاح امور زندان‌ها پیدا شد. به‌طور خلاصه می‌خواهم فصلی از تاریخ "عقل کیفری" را بنویسم» (فوکو، ۱۳۸۷).

## ۲. تولد زندان مدرن؛ پیامد تغییر در الگوی قدرت

شکل کنونی کیفر با محوریت زندان برآمده از تحولات دنیای مدرن است. با شکل جدید اعمال قدرت در دنیای غرب یعنی «قدرت انضباطی» و پیدایی «جامعه انضباطی»، تعریف از «جرم» و «مجازات» متفاوت از دنیای سنتی شده است. به عبارتی، تغییر در الگوی قدرت، تغییر در مجازات را در پی داشته و مجازات زندان به‌عنوان نوعی «فناوری انضباطی» در نسبت با اعمال قدرت انضباطی قابل درک است؛ چیزی که از اساس در دنیای سنتی و فقه اسلامی سابقه نداشته است.

### ۱.۲. قدرت مشرف بر حیات

قدرت در جامعه انضباطی به‌صورت «قدرت مشرف بر حیات» ظاهر می‌شود. قدرت «مشرف بر حیات» در مقابل قدرت «حقوقی» قرار دارد. قدرت حقوقی مبتنی بر فرضیه «سرکوب» است که قدرت را تنها محدودیت، نفی و اجبار می‌داند. قدرت، همان سرکوب است و سرکوب نیز در نهایت، تحمیل قانون است و قانون هم در نهایت، خواستار فرمان‌برداری و تسلیم است (دریفوس و رابینو،

۱۳۷۹). ضعف اساسی فرضیه سرکوب این است که با فروکاستن سازوکارها و آثار و عواقب قدرت به سرکوب، ویژگی‌های مثبت و مولد روابط قدرت نادیده می‌ماند؛ یعنی ویژگی‌هایی که می‌توان از عناصر سازنده جوامع مدرن به شمار آورد (اسمارت، ۱۳۸۵). این ویژگی‌های مثبت با پیدایی «قدرت مشرف بر حیات» در قرن ۱۷ به وجود می‌آیند.

«قدرت مشرف بر حیات»، با نظریه «مصلحت دولت» گره خورده است. نظریه پردازان اولیه در این زمینه از هم‌عصران ماکیاولی بودند، اما اندیشه متفاوتی از او عرضه کردند. این اندیشمندان برای حفظ مصلحت دولت تدابیری عرضه می‌داشتند و دولت را هدفی در خود می‌دانستند و برخلاف نگاه ارسطویی، سرنوشت آن را از هرگونه نظم اخلاقی گسترده‌تر که معطوف به دستیابی به زندگی سعادت‌مندان باشد و برخلاف نگاه ماکیاولی از سرنوشت شهروندان و حفظ شهریار در قدرت جدا می‌دانستند. هدف آن‌ها گسترش قدرت دولت به خاطر خود قدرت بود که این کار از طریق اعمال انضباط سخت بر بدن‌های شهروندان صورت می‌گرفت (دریفوس، ۱۳۷۹). نظریه مصلحت دولت است که امکان پیدایی قدرت مشرف بر حیات را فراهم می‌کند. قدرت مشرف بر حیات در وجوه مختلف علوم انسانی و اجتماعی خود را نشان می‌دهد و در حقوق کیفری با پیدایی عقلانیت کیفری مدرن و فناوری انضباطی زندان خود را نشان می‌دهد.

## ۲.۲. فناوری انضباطی زندان

در جوامع غیرانضباطی دنیای غرب پیش از مدرن، قدرت آشکار و متجلی در یک فرد به‌عنوان پادشاه بود. قانون در دوران پیشامدرن تجلی قدرت حاکم بود و نادیده گرفتن قانون، نادیده گرفتن قدرت حاکم بود. پس جرم، تخطی از قدرت پادشاه یا حاکم بود و مجازات باید به‌گونه‌ای می‌بود که این قدرت دوباره جان بگیرد. به عبارتی، میان مجازات و جرم پیوند عمیقی وجود داشت و مجازات باید متناسب با ماهیت جرم که همان تخطی از قدرت آشکار حاکم بود، اعمال می‌شد. بدین معنا که قدرت حاکم مجدد خود را به این طریق احیا می‌کرد که در یک نمایش عمومی و در دید همگان با خشونت بر بدن مجرم اعمال می‌شد. از همین رو بود که مجازات دوران پیشامدرن عموماً مجازات خشن بر بدن بود. این وجه خشن مجازات به‌نوعی نمایش اقتدار قدرت حاکم روی فرد و ایجاد ترس همگانی برای بازدارندگی افراد از جرم است. بدن فرد محل پیوند میان جرم و مجازات است. این شکل از اعمال مجازات، در ذیل شکلی از قدرت معنادار است که در آن



قانون و اعمال مجازات مبتنی بر فرضیه سرکوب است.

شکل جدید مجازات در غرب، در صورت غالب زندان با پیدایی قدرت مشرف بر حیات ممکن شده است. قدرت مشرف بر حیات، به بدن به عنوان موضوع دخل و تصرف نگاه کرده است. این مسئله باعث شکل‌گیری قدرت انضباطی می‌شود. هدف اصلی قدرت انضباطی تولید انسانی بود که به عنوان بدنی «سربه‌راه و رام» تلقی شود. فناوری انضباط در کارگاه‌ها، پادگان‌ها، زندان‌ها و بیمارستان‌ها توسعه و تکامل یافت. در هریک از این نهادها، هدف کلی «افزایش در سودمندی و سربه‌راهی» افراد و جمعیت به طور هم‌زمان بود. در جامعه انضباطی، نظم از طریق فناوری‌های کنترلی مانند تفکیک فضا، مدیریت زمان، محبوس کردن، مراقبت و سیستم امتحان که انسان‌ها را به منظور بهنجار ساختن رفتار اجتماعی دسته‌بندی و رتبه‌بندی می‌کنند، حفظ می‌شود. اگر نهاد نمونه در جوامع مبتنی بر قدرت مطلق، پادشاه یا حاکم باشد، در جامعه انضباطی، ارتش، کارخانه، مدرسه، بیمارستان و زندان است. حفظ نظم بیش از آنکه توسط سلسله‌مراتبی از فرمانروا و فرمان‌بردار در شکل گفتمان حقوقی باشد، به وسیله فناوری‌های انضباطی و قدرت مشرف بر حیات صورت می‌گیرد. قدرت بیش از آنکه به شکل نمایش اقتدار تجلی کند، با فناوری‌های انضباطی در کنترل‌گری و بهنجارسازی ظهور می‌یابد (اسمارت، ۱۳۸۵). در این میان، مصداق بارزتر فناوری انضباطی معطوف بر افراد و جمعیت‌ها، زندان است.

پیدایی زندان مدرن، پیدایش عقلانیتی جدید در امور کیفری است. هدف عقل کیفری مدرن، تنبیه بدن از طریق تعذیب نیست، بلکه بدن به وسیله دستگاه مراقبت (مانند محافظان، مانیتورهای تلویزیونی، جداول زمانی زندان و فعالیت‌های محدودشده) تحت نظارت و مدیریت قرار می‌گیرد و هدف اصلی، کنترل روان مجرمان است (سیدمن، ۱۳۹۰). انضباط نهاد نیست، بلکه تکنیک است. وقتی گفته می‌شود تکنیک است به این معناست که ماهیت تصرف‌گرایانه دارد نه سرکوب‌گرایانه. این تکنیک در نهادی مثل زندان به طور کامل و سراسری به کار گرفته می‌شود. اکنون با پیدایی قدرت انضباطی بر سر دیگر اشکال قدرت یعنی قدرت حقوقی گفتمانی چه می‌آید؟ انضباط تنها جانشین اشکال دیگر قدرت موجود در جامعه نمی‌شود، بلکه آن‌ها را محاصره و استعمار می‌کند، آن‌ها را به هم پیوند می‌زند، سیطره آن‌ها را بسط می‌دهد، کارایی آن‌ها را تشدید می‌کند و بالاتر از هر چیز دیگری، تسری تأثیرات قدرت را بر ریزترین و دورترین عناصر ممکن می‌سازد (فوکو، ۱۳۸۷).

با توجه به تحلیلی که از فرضیه سرکوب و قدرت مشرف بر حیات ارائه کردیم، حبس و زندان را نباید تنها به‌عنوان ابزار و نهاد سرکوب یا امر قضایی در نظر بگیریم، بلکه باید به‌عنوان فناوری انضباطی در نظر گرفت. شکل جدید زندان، ناشی از ابژه‌شدگی انسان است. در واقع، در دوران مدرن، انسان افزون‌براینکه در مقام سوژه ظاهر می‌شود، با فناوری انضباطی ابژه نیز واقع می‌شود؛ یعنی متعلق تصرف قدرت انضباطی و قدرت مشرف بر حیات قرار می‌گیرد. این میزان از تصرف در روان و اراده افراد برای بهنجارسازی، مسئله‌ای است که در هیچ دوران تاریخی سابقه نداشته است.

نکته مهم اینجاست که غالباً این گمان حاکم است که تغییرات به‌وجود آمده در شکل اعمال مجازات، مترقی‌تر، انسانی‌تر و ملایم‌تر است، اما هدف این اصلاحات ربط چندانی به انسانیت یا ملایمت ندارد، بلکه به اقتصاد نوین مجازات و بهره‌وری بالاتر در به‌کارگیری مجازات مربوط می‌شود (اسمارت، ۱۳۸۵).

### ۳.۲. عملکرد فناوری انضباطی زندان

عملکرد زندان به‌مثابه فناوری انضباطی از چند وجه صورت می‌گیرد.

#### ۱.۳.۲. اعمال انضباط بر بدن

انضباط در مراحل اولیه انتشارش، عمدتاً روی بدن عمل می‌کند. هدف از فناوری انضباطی ایجاد بدنی مطیع و سربراه است که مورد انقیاد، بهره‌برداری، تغییر و اصلاح قرار گیرد (فوکو، ۱۳۸۷). بزرگ‌ترین، دقیق‌ترین، کارسازترین و جامع‌ترین نظام کنترل انسان‌ها روی خردترین و ریزترین اجزا تأسیس می‌شود. از این رو باید بدن جزء‌جزء شود تا قدرت به شکل مؤثرتر بر تاروپود این اجزا اعمال شود. ایجاد قدرت خرد که کار خود را از بدن به‌عنوان موضوع دخل و تصرف آغاز می‌کند، کلید اجرای قدرت انضباطی است (دریفوس، ۱۳۷۹).

#### ۲.۳.۲. ابژه‌شدگی انسان

فناوری‌های انضباطی انسان‌ها را به ابژه بدل می‌کند. به این معنا که به‌صورت موضوعاتی مانند تبه‌کار، بز‌ه‌کار، شهروند خوب و... به ابژه‌های معرفت برای علوم انسانی درمی‌آورد (اسمارت، ۱۳۸۵). انسان به‌مثابه ابژه‌ای تلقی می‌شود که می‌توان او را شکل داد و کنترل کرد. تصرف، کنترل

و کارآمدی در راستای بهنجارسازی انسان در جامعه انضباطی جز از طریق ابژه‌شدگی او ممکن نیست.

#### ۳.۳.۲. اعمال کنترل بر زمان

قدرت انضباطی برای آنکه بتواند به‌گونه کارا و مؤثر عمل کند، باید روی بدن‌هایی که قرار است مطیع و سربراه شوند، تا حد امکان به‌طور پیوسته و مستمر عمل کند. کنترل و نظارت نباید به‌طور متفرقه یا حتی متناوب اعمال شود. برای رسیدن به اطاعت و فرمان‌برداری کامل و سراسری، کل زمان و حرکت باید به قاعده درآیند و مورد بهره‌برداری واقع شوند. بنابراین، تکنیک‌های انضباطی هرچه صرفه‌جویانه‌تر، تجزیه‌کننده‌تر، فنی‌تر، مشخص‌تر و فایده‌جویانه‌تر می‌شوند (فوکو، ۱۳۸۷). اینکه زندان مجازاتی مدت‌دار است، از این‌روست که در بستر زمان است که اعمال کنترل مستمر و تصرف در روان فرد و بهنجارسازی او ممکن می‌شود.

#### ۴.۳.۲. اعمال کنترل بر فضا

انضباط از طریق سازمان‌دهی افراد در درون فضا پیش می‌رود و بنابراین، نیازمند محصورسازی فضا به شیوه خاص است. در نهادهای انضباطی خاصه زندان، شبکه کنترل منظمی وجود دارد. این شبکه باعث می‌شود توزیع مطمئن افرادی که باید تحت انضباط و سرپرستی قرار گیرند، ممکن شود. این روش، تبدیل مجرمان خطرناک به افرادی مطیع را ممکن می‌سازد. وقتی شبکه کنترل برقرار می‌شود، هر فرد مکانی می‌یابد و هر مکانی دارای فرد خاص خود است. با اعمال مدیریتی دقیق، افراد مکانی می‌یابند، تغییر داده می‌شوند و تحت نظارت قرار می‌گیرند. کل فضای موجود باید درون حوزه‌ای محصور نظم و انتظام یابد و هیچ‌گونه اتلاف، جای خالی و حاشیه سفیدی نباید در کار باشد (فوکو، ۱۳۸۷).

#### ۵.۳.۲. معاینه

نظارت یکی از عناصر اصلی معاینه است. عمل نظارت کردن و مورد نظارت قرار گرفتن یکی از وسایل اصلی پیوند افراد با یکدیگر در فضای انضباطی است. نخستین الگوی چنین کنترلی با اعمال نظارت و مراقبت و تأمین کارایی از طریق نگاه کردن و ایجاد نظم با برقراری ساختار فضایی را می‌توان در اردوگاه نظامی یافت. در اردوگاه نظامی سازمان‌دهی و نظارت کامل و

سراسری ممکن بود. بعدها از همین الگو در ساخت طرح‌های عظیم شهری، مسکن‌سازی برای طبقه کارگر، ایجاد زندان‌ها، مدارس و... اقتباس شد. این الگو در مقیاس وسیع، اعمال کنترل از طریق نظارت را ممکن می‌ساخت (دریفوس، ۱۳۷۹). دومین تکنیک و ابزار قدرت انضباطی، قضاوت بهنجارساز است. در بطن نظام انضباطی قدرت، مجازات فراقضایی نهفته است که بر انبوهی از رفتارها اعمال می‌شود. در اصل چیزی که مجازات می‌شود، ناهمنوایی است که اعمال قدرت انضباطی درصدد اصلاح آن است. انضباط نه تنها از طریق تنبیه و مجازات به خاطر سوءرفتار، بلکه افزون‌براین، از طریق تشویق یا پاداش‌ها و امتیازات به خاطر رفتار و کردار مناسب عمل می‌کند. یکی از نتایج این نظام تشویق و تنبیه در فرایند تعلیم و اصلاح، این است که اتباع خود را توزیع، رتبه‌بندی و درجه‌بندی می‌کند. هدف مجازات در نظام قدرت انضباطی نه جریمه و نه سرکوب کردن، بلکه بهنجار ساختن است (اسمارت، ۱۳۷۹). اهمیت معاینه ناشی از فرایند معکوس‌سازی ظریف اما مهمی است. قدرت در اشکال سنتی خود مانند قدرت پادشاهی قابل رؤیت است، در ملأعام ظاهر می‌شود و پیوسته به نمایش گذاشته می‌شود. توده‌ها در اینجا دور از نظر قرار می‌گیرند و تنها در حواشی نور درخشان قدرت پادشاه ظاهر می‌شوند. قدرت انضباطی این روابط را معکوس می‌سازد. در اینجا قدرت، خود جویای ناپیدایی است و برعکس، موضوعات قدرت که قدرت روی آن‌ها عمل می‌کند، بسیار قابل رؤیت می‌شوند. همین واقعیت مراقبت و رؤیت‌پذیری مستمر و دائمی است که راز فناوری انضباطی را تشکیل می‌دهد. از طریق این‌گونه معکوس‌سازی در رؤیت‌پذیری است که اینک قدرت عمل می‌کند (دریفوس، ۱۳۷۹).

دوم اینکه، معاینه از طریق گردآوری پرونده‌ها هر فرد را به موردی برای مطالعه تبدیل می‌کند. سابق بر این، جریان زندگی روزمره و شرح حال افراد، وارد شبکه نظام حقوقی یا هیچ نوع پرونده دیگری نمی‌شد، اما اینک چنین جزئیاتی مورد توجه بسیار قرار می‌گیرند. بیش‌پاافتاده‌ترین فعالیت‌ها و افکار اینک به دقت ثبت و ضبط می‌شوند (فوکو، ۱۳۸۷). سازوکار معاینه از طریق ایجاد میدان دید و جمع‌آوری مدارک مستند، هر فرد را به یک پرونده تبدیل می‌کند (اسمارت، ۱۳۸۵).

### ۳. عقلانیت کیفری فقه امامیه

پس از بررسی مجازات حبس در حقوق کیفری مدرن، اکنون به بررسی آن در بستر نظام فقهی

می‌پردازیم تا از این منظر تفاوت‌های ریشه‌ای و مبنایی آن دو مشخص شود. فقه امامیه متناسب با بافت معرفتی خود، عقلانیت کیفری مختص به خود را دارد که در ذیل آن، تمام مفاهیم کیفری از جمله مجازات و مصادیق آن معنادار می‌شود. همان‌طور که در عقلانیت کیفری مدرن تشریح شد، کیفر حبس مبتنی بر رویکردی بهنجارساز متناسب با جامعه انضباطی است. بهنجارسازی در این رویکرد کاملاً سکولار و متناسب با معیارهای جامعه انضباطی مدرن است؛ یعنی فراتر از زندگی این جهانی، غایت و هدفی برای انسان در نظر گرفته نمی‌شود. اگر صحبت از بهنجارسازی با مختصات یادشده می‌شود، معیار بهنجاری عقلانیت خودبنیاد و منقطع از وحی مدرن است نه عقلانیت دینی که هم به ابعاد دنیوی و هم اخروی انسان توجه داشته باشد. در این فضا، فرد بزهکار، ابژه فناوری انضباطی می‌شود و بهنجاری با نگاهی تصرف‌گرایانه صورت می‌گیرد، اما در عقلانیت کیفری فقه امامیه، قدرت معطوف به سعادت است. از این رو رویکرد عقلانیت کیفری فقه امامیه ناظر به «استکمال نفس» است نه بهنجارسازی سکولار و تنها دنیوی. در عقلانیت کیفری فقه امامیه هدف اصلاح نفس است و رویکرد اصلاحی فقه کیفری تفاوت بنیادینی با رویکرد اصلاحی کیفر در فضای مدرن دارد. در فقه کیفری اصلاح نفس نه با ابژه شدن انسان و تصرف در روان او به وسیله فناوری‌های انضباطی، بلکه با ترکیبی از عناصر غیرکیفری و کیفری و اصالت دادن به آزادی فرد در اصلاح نفس صورت می‌گیرد؛ یعنی در عقلانیت کیفری فقه امامیه، هیچ‌گاه انسان ابژه دستگاه کیفری نمی‌شود. از این رو باید به بافت معرفتی حاکم بر مجازات حبس در فقه امامیه توجه شود تا تفاوت آن با زندان مدرن روشن شود.

### ۱.۳. مفهوم جرم در فقه اسلامی

مفهوم جرم در فقه اسلامی با این مفهوم در دوران پیشامدرن غرب که تخطی از قدرت پادشاه باشد یا مفهوم مدرن آن که زیر پا گذاشتن مصلحت اجتماعی یا هنجارهای جامعه انضباطی باشد، متفاوت است. در فقه اسلامی جرم عین مفهوم گناه است که عبارت از انجام دادن فعلی است که شریعت آن را حرام شمرده و بر فعل آن کیفری مقرر داشته یا ترک فعلی است که شریعت آن را واجب شمرده و بر آن ترک، کیفری مقرر داشته است. پس جرم به معنای گناه و تخطی از اراده شارع است (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲ق). مجازات نیز اموری توقیفی است که مجازات حد، قصاص و دیه موارد مشخصی را شامل می‌شوند و شرع میان آن‌ها را مشخص کرده، اما کیفر دیگر

گناهان تعزیر است (فاضل مقداد، ۱۳۶۱). هرکس یکی از واجبات را ترک کند یا حرامی را مرتکب شود، بر امام یا نایب امام است که او را به کیفر تعزیر برساند به شرط آنکه از گناهان کبیره باشد (موسوی خمینی، ۱۳۸۳).

### ۲.۳.۲. ابتدای احکام جزایی بر مصالح و مفاسد

برخی از متفکران اسلامی، مجموعه مصلحت‌های انسان را در پنج چیز می‌دانند که هدف اسلام در قانون‌گذاری‌هایش حفظ و حراست از این مصالح است و شامل موارد زیر می‌شود.

۱. مصلحت حفظ نفس

۲. مصلحت حفظ دین

۳. مصلحت حفظ عقل

۴. مصلحت حفظ ناموس

۵. مصلحت حفظ مال

همه احکام و قوانین اسلام در یکایک ابواب فقهی، برای پاسداری از این مصالح و تقویت و پشتیبانی آن‌هاست. از این رو اسلام تجاوز و ستم به هریک از این مصلحت‌ها را جرم می‌شناسد و برای هر جرم، کیفری متناسب مقرر داشته است. بر این اساس، قوانین کیفری اسلام که به اعدام کافر گمراه‌کننده و کیفر دادن بدعت‌گذار که مردم را به سوی بدعت خود می‌خواند، حکم می‌کند، برای این است که این مجرمان دین و عقیده مردم را مورد تعرض و دستبرد قرار داده‌اند و اینکه وجوب قصاص را قانون‌گذاری کرده، برای حفظ جان مردم است و اینکه برای شراب‌خوار کیفر حد معین کرده، برای این است که عقول جامعه را که ملاک هر تکلیفی است، از تباهی حفظ کند و قانونی شدن کیفر زنا برای نگهداری نسل‌ها و نسب‌ها و حفظ نوامیس مردم است. همچنین، عقوبت سارق و غاصب برای حفظ و حراست از اموالی است که مردم برای ادامه حیات ناگزیرند از آن بهره‌مند شوند (عاملی، ۱۴۳۰ق).

با بیانی که گذشت، مشخص می‌شود که جرم و مجازات در فقه اسلامی مبتنی بر عقلانیت و وحی‌مدار است که اراده شارع محور آن و منشأ قانون و احکام شرع است که مصالحی نهفته در خود دارد که تخطی از آن، گناه (جرم) است و موجب مفسده‌هایی می‌شود که مسیر کمال نفس انسانی را با مشکل روبه‌رو می‌کند و سعادت او را به خطر می‌اندازد. این نظام معرفتی، تفاوت

بنیادینی با نظام حقوق کیفری غرب (مدرن و پیشامدرن) دارد. قانون، اراده شارع مبتنی بر مصالح حقیقی است و هدف، کمال نفس انسانی و جرم، تخطی از اراده شارع و مصالح نهفته در احکام شرع است که مسیر کمال انسانی را مسدود می‌کند.

بعد دیگری از عقلانیت کیفری فقه که باید به آن پردازیم، شکل قدرت است تا تمایز آن با قدرت انضباطی نهفته در عقل کیفری مدرن مشخص شود. مسئله این است که احکام کیفری اسلام در نسبت با چه شکلی از قدرت شکل می‌گیرند و معنادار می‌شوند؟

### ۳.۳. قدرت معطوف به سعادت

قدرت در شکل سنتی و دینی دل‌نگران زندگی عادلانه و سعادت‌مندانه است. این شکل از قدرت از اساس با اشکال قدرت در دوران مدرن یعنی قدرت معطوف به حفظ شهریار و قدرت مشرف بر حیات متفاوت است. در این شکل از قدرت، بعد فردی و اجتماعی انسان بر اساس نظم الهیاتی جهان سامان می‌یابد. هدف قدرت معطوف به سعادت، رسیدن به مدینه فاضله‌ای است که مطابق با نظم الهی جهان هستی باشد و هدف از افعال سیاسی، هدایت انسان‌ها به سمت زندگی سعادت‌مندانه است (فارابی، ۱۳۶۴). در این سنت فکری، آن چیزی که عهده‌دار تأمین سعادت است، علم مدنی است. علم مدنی نیز عبارت از علم به چیزهایی است که اهل مدن و تمدن‌ها با اجتماع مدنی خود، به‌وسیله آن به سعادت می‌رسند (فارابی، ۱۳۸۴). حکمای اسلامی، علم فقه را گونه‌ای علم مدنی می‌دانند (فارابی، ۱۹۹۶م). از این رو علم فقه، علمی است که انسان و اجتماع انسانی را به سعادت می‌رساند. سعادت حقیقی با پاک‌سازی نفس به دست می‌آید و پاک‌سازی حقیقی نیز آن است که او را از هیئت و حالات مادی و جسمی که ضد اسباب سعادت او هستند، دور کنیم (ابن سینا، ۱۳۸۵). این کاری است که به‌وسیله تبعیت از شریعت انجام می‌شود و فقه نیز متکفل بحث و بیان قوانین شریعت است. حاکم مدینه دینی با اجرای قانون شرع است که سعادت افراد مدینه را مهیا می‌کند. برای رسیدن به سعادت مدنی، اجرای قانون شرع ضرورت دارد. ضرورت وجود قانون شرع در این است که عقل انسانی به‌خودی‌خود درگیر امیال نفسانی و خودخواهی است. همچنین، عقل انسانی محدود است و نمی‌تواند نیازهای گسترده خود را به‌خودی‌خود حل کند و در رهبری خود دچار اشتباه و خطا می‌شود. از این رو جامعه نیازمند قانونی است که خطایی در آن راه نداشته باشد و بتواند انسان را به سعادت رهنمون کند. این قانون، قانون وحی است (طباطبایی، ۱۳۸۸).

شریعت عقل کلی است که عقول جزئی انسان‌ها تنها از طریق تبعیت از آن می‌تواند مسیر سعادت را طی کند (موسوی خمینی، ۱۳۸۱).

### ۱.۳.۳. شریعت معطوف به «استکمال نفس»

تفاوت بنیادینی که مجازات در حقوق کیفری مدرن با فقه اسلامی دارد، در این است که مجازات مدرن، مجازات «بهنجارساز» متناسب با جامعه انضباطی در فضای سکولار است درحالی‌که فقه اسلامی از این فراتر می‌رود و «استکمال نفس» را ناظر به تمام ابعاد دنیوی و اخروی در نظر می‌گیرد. واضع قوانین شرع دو هدف دارد. یکی، اصلاح بخش شریف انسان و تهذیب جوهر باقی او و دیگر اصلاح بخش پست‌تر انسان و جوهر فانی او. به‌طورکلی، بیشترین فایده شریعت مربوط به معاد و آخرت است و احکام معاملات یا کیفری جنبه وسیله‌ای برای این مهم دارند. ازاین‌رو شریعت ناظر به تنزیه و تهذیب نفس وارد شده است (ابن سینا، ۱۳۷۶).

### ۲.۳.۳. مجازات؛ پاسدار نظام مدینه

استکمال نفس جز از طریق نظم مدنی مطلوب و در مدینه فاضله ممکن نیست. ازاین‌رو ممنوعیت‌هایی که شریعت به‌عنوان قانون مدینه ایجاد می‌کند و مجازاتی که به‌خاطر تخطی از قوانین در نظر گرفته می‌شود، در راستای پاسداشت نظام مدینه و جلوگیری از تشتت و هرج‌ومرج است. ازاین‌رو کیفرها، حدود و بازدارنده‌هایی وضع می‌کند که مانع سرپیچی از شریعت شود؛ زیرا این‌چنین نیست که همه انسان‌ها از آنچه در آخرت از آن ترس دارند، دست بکشند. ازاین‌رو کیفرها باید در کارهایی اعمال شود که مخالف با قانون شرع است و به فساد نظام مدینه منجر می‌شود مانند زنا، سرقت و... (ابن سینا، ۱۳۷۶).

پاسداری نظم مدینه از طریق مجازات، با رویکرد «استکمال نفس» در مقابل رویکرد «بهنجارساز» مدرن همراه است. این رویکرد است که به «حبس» فقهی معنا می‌دهد. در ادامه، به مختصات این رویکرد می‌پردازیم.

### ۳.۳.۳. رویکرد «استکمال نفس» در مجازات فقهی

برخلاف قضاوت‌های روشن‌فکرانه‌ای که ناظر به عقلانیت کیفری اسلام می‌شود و رویکرد مجازات اسلامی را تعدییبی صرف می‌داند، وقتی دقیق‌تر به نصوص شرعی و اصول فقهی موجود در متون



فقه رجوع کنیم، درمی‌یابیم که در نظام کیفری اسلام، کیفردهی و تعذیب اصالتی ندارد و جنبه فرعی دارد؛ به گونه‌ای که کیفر تنها در ضرورت‌های خاص به اجرا درمی‌آید.

در این راستا، بیش از اینکه مکلفان را با روشی سرکوبگراییانه و مبتنی بر ترس و کیفردهی به مسیر کمال رهنمون کند، اصل را بر پذیرش آزادانه شریعت می‌گذارد؛ به گونه‌ای که بنیاد التزام به شریعت بیش از اینکه گفتن سرکوبگر باشد که از بیرون بر انسان تحمیل شود و یا نگاهی تصرف‌گراییانه در بهنجارسازی انسان داشته باشد، بنیادی درونی و از سنخ معنویت است که انسان آزادانه و با شوق و اختیاری درونی مسیر عمل به شریعت و کمال انسانی را طی می‌کند. از این رو کیفر و تعذیب جنبه ثانوی و استثنایی می‌یابد.

از این رو عناصری غیر سرکوبگراییانه در عقلانیت کیفری اسلام وجود دارد که این مهم را تضمین می‌کند. وجود عناصر کیفرزدا در کنار کیفر است که رویکرد استکمال نفس را در مجازات اسلامی شکل می‌دهد.

#### الف. توبه

از آنجاکه اصل بر پذیرش آزادانه و همراه با شوق شریعت است، یکی از امکانات عقلانیت کیفری فقه امامیه، اصلاح داوطلبانه مجرم است. این کار از طریق نهاد «توبه» میسر می‌شود. شارع مقدس اثر توبه را در سقوط بسیاری از مجازات‌ها پذیرفته است، مگر گناهایی که حق دیگری را پایمال کرده باشد. پیش‌بینی «توبه» که فرصتی برای رجوع اختیاری شخص گناهکار است، دادرسی‌های کیفری را از روند معمول خارج و دستگاه عدالت جزایی را از استفاده معمول از ابزارهای کیفری بی‌نیاز می‌کند (صادقی، ۱۳۷۳). در روایات دینی نیز تصریح شده است که توبه شخص گناهکار بین خود و خدای خویش ترجیح بر اقامه حد بر وی دارد (عاملی، ۱۴۰۹ق).

طبق نظر مشهور فقهای امامیه، در همه حدود غیر از حد قذف که جنبه حق‌الناسی آن پررنگ است و حفظ حقوق مقدوف اصالت دارد، با توبه قبل از قیام بینه حد برداشته می‌شود و شخص گناهکار مجازات نمی‌شود. در محاربه نیز بنا بر نظر مشهور فقها اگر محارب قبل از دستگیری توبه کند، حد ساقط می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴ق). وقتی توبه قبل قیام بینه، حدود موجب اعدام را ساقط می‌کند، در تعزیرات شرعی نیز به طریق اولی توبه موجب سقوط مجازات می‌شود. از آنجاکه گناه مخالفت با اوامر و نواهی الهی است، پس توبه آنجا که مربوط به حقوق‌الله باشد موجب سقوط

مجازات می‌شود؛ اما در دیات و قصاص چون جنبه حق‌الناسی دارند، توبه تأثیری در سقوط مجازات ندارد. تأثیر توبه در ساقط شدن مجازات نشان می‌دهد هدف از کیفر، اصلاح نفس گناهکار است و اگر این هدف با توبه به دست آید، موجب سقوط مجازات می‌شود. پس هدف عقلانیت کیفری اسلام تعذیب مجرم نیست، بلکه اصلاح نفس او از طریق آزادمنشانه و بدون سرکوب یا ایزه شدن فرد مجرم است.

### ب. اصول بنیادین کیفرزدایی

همان‌طور که بیان شد، در نظام فقه کیفری اسلام توسل به کیفر برای اصلاح فرد گناهکار جنبه فرعی دارد. برای همین، در اثبات و اجرای مجازات سخت‌گیری و دقت عمل زیادی وجود دارد. از این رو قواعد فقهی در این زمینه وجود دارد که به‌مثابه اصولی بنیادین، کارکردی کیفرزدا دارند.

#### اول. قاعده درأ

مبتنی بر این قاعده، در مواردی که وقوع جرم یا انتساب آن به متهم یا مسئولیت و استحقاق مجازات وی، محل تردید باشد، جرم و مجازات منتفی می‌شود (محقق داماد، ۱۳۹۱). بنا بر نظر برخی از فقها، واژه «الحدود» جمع محلی به «ال» است و افاده عموم می‌کند. منظور از حدود در این قاعده، مطلق عقوبت و مجازات است، بنابراین، این قاعده در باب حدود، تعزیرات و قصاص جاری می‌شود (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱ق)؛ هرچند برخی دیگر از فقها آن را تنها در حدود جاری می‌دانند (نجفی، ۱۴۰۴ق).

بنابراین، وقتی به محتوای این قاعده فقهی می‌نگریم، درمی‌یابیم که رویکرد فقه امامیه به مجازات، مبتنی بر کیفرزدایی و تسامح تا جای ممکن است؛ به‌گونه‌ای که هرگونه عروض شبهه برای قاضی، متهم را موجب درأ و ساقط شدن مجازات می‌داند (موسوی بجنوردی، ۱۳۹۴). همچنین، چون در عقلانیت کیفری فقه امامیه اصل بر حفظ آزادی و کرامت انسانی افراد است، یکی دیگر از فلسفه‌های این قاعده را می‌توان حفظ آزادی و کرامت انسانی افراد دانست که به‌محض عروض شبهه مجازات جاری نمی‌شود و اجازه خدشه‌دار شدن حیثیت یا آزادی افراد را نمی‌دهد. بنابراین، در عقلانیت کیفری فقه امامیه، گفتمان سرکوب وجود ندارد و تا جای ممکن نهادها و قواعدی وجود دارد که امکان کیفرزدایی را فراهم می‌کند.

### دوم. قاعده اختیار امام (حاکم شرع) در عفو اقرارکننده به حد

این قاعده در کتاب‌های فقهی به‌عنوان قاعده دیده نمی‌شود، اما فقها در ذیل برخی از حدود به این قاعده اشاره کرده‌اند و در برخی از کتاب‌های قواعد فقه معاصر با عنوان قاعده از آن یاد شده است (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۹). مبتنی بر این قاعده، اگر کسی به ارتکاب حدی اقرار کند، امام میان جاری کردن حد و عفو او مخیر است (خویی، ۱۴۲۲ق). نظر مشهور، توبه گناهکار را پس از اقرار شرط دانسته‌اند (حلی، ۱۴۰۸ق)؛ البته چنین اقراری موجب سقوط مجازات نیست، بلکه فقط اختیار عفو را به حاکم شرع می‌دهد. در مورد شمول این قاعده، برخی فقها آن را تنها ناظر به حدهایی مانند زنا و لواط و شرب خمر می‌دانند که مربوط به حق‌الله‌اند ولی در موارد حق‌الناس مانند قذف، حاکم حق عفو ندارد (طباطبایی، ۱۴۱۸ق). در مقابل، برخی از فقها قائل به اختیار امام به عفو در حدود حق‌الناسی شده‌اند (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲ق).

حاکم میان عفو و اجرای مجازات مخیر است، اما خود این اختیار یکی از امکانات کیفرزدایی در نظام فقه امامیه است که مبتنی بر تسامح و حمایت از حیثیت و آزادی افراد است.

### سوم. قاعده قبح عقاب بلا بیان

مبتنی بر این قاعده، تا زمانی که عملی توسط شرع ممنوع نشده باشد و آن نهی به مکلف نرسیده باشد، اگر شخص مرتکب آن عمل ممنوع و گناه شود، کیفر او عقلاً قبیح است و فرد مسئولیتی ندارد. همچنین، زمانی که عملی توسط شارع واجب نشده و امر شارع به مکلف نرسیده باشد، اگر شخصی آن عمل را ترک کند، مجازات ترک فعل مزبور عقلاً قبیح است. در این صورت نیز فرد مسئولیتی ندارد (هاشمی، بی‌تا). بیشتر فقهای امامیه قائل‌اند که در این قاعده منظور از بیان، بیان واصل است (بروجردی، ۱۴۱۷ق). از این رو صرف صدور تکالیف از جانب شارع کفایت نمی‌کند و علم و آگاهی مکلف به تکالیف اعم از واجبات و محرمات، شرط تنجز تکلیف است. پس جهل به قوانین در فقه اسلامی عذر موجه شمرده می‌شود و رافع مسئولیت است؛ یعنی هرچند گناه اتفاق افتاده است، فرد مجازات نمی‌شود (محقق داماد، ۱۳۹۱). همان‌طور که از این قاعده پیداست، وقوع گناه به‌خودی‌خود موجبات اجرای کیفر را فراهم نمی‌کند، بلکه در شرایطی که فرد گناهکار جهل به ممنوعیت فعل یا ترک فعل داشته باشد، مجازات از وی ساقط می‌شود؛ یعنی ارتکاب گناه برای کیفردهی اصالت ندارد و اهمیت اساسی به حیثیت و کرامت انسانی فرد داده می‌شود؛ به‌گونه‌ای که

در صورت جهل او با اینکه جرم محقق می‌شود و از قبل نیز ممنوعیت صادر شده است، اما کیفر در حق وی اجرا نمی‌شود. پس این قاعده که از اصول اساسی فقه کیفری امامیه است، یکی دیگر از امکانات کیفرزدایی است در شرایطی که فرد، جاهل به محرمات باشد.

## ب. کیفرزدایی در ادله اثبات

### اول. اقرار

در نظام فقه امامیه، اقرار یکی از ادله اثبات شناخته می‌شود و در کتاب‌های فقهی معاصر نیز به‌عنوان قاعده فقهی از آن بحث می‌شود. مبتنی بر این قاعده، هر عاقلی که اعتراف علیه خویش کند، ملزم به اقرار خویش است (ایروانی، ۱۳۸۴). در اثبات قضایی غالب گناهان تعدد اقرار شرط است؛ به‌گونه‌ای که در اثبات برخی از آن‌ها نیاز به ۴ مرتبه اقرار است. این تعدد خود نشان از احتیاط و مسامحه در کیفردهی است (صادقی، ۱۳۷۳). همچنین، در برخی شرایط، انکار پس از اقرار مؤثر است و اقرار قبلی را ساقط می‌کند. رجوع از اقرار یا انکار آن پس از اقرار اثری ندارد و اقرارکننده ملزم به اقرار خویش است، اما عدم بطلان اقرار به وسیله رجوع کلیت ندارد و دارای استثناست؛ اگر موضوع اقرار از حقوق الناس مانند حق کذب یا از آن دسته از حقوق الهی باشد که با شبهه ساقط نمی‌شود مانند زکات، وقف و کفاره، رجوع از اقرار به صحت اقرار خللی وارد نمی‌کند، اما اگر در زمره آن حقوق الهی باشد که با شبهه ساقط می‌شود، رجوع از آن، اقرار را باطل می‌سازد. در اقرار به زنا و شرب خمر (محقق داماد، ۱۳۸۱) که انکار پس از اقرار مؤثر است، تمایل شارع مقدس به کیفرزدایی پررنگ است. همچنین، در گناهایی که جنبه حق‌اللهی دارند، تمایل شارع به عدم اقرار و توبه خود فرد پررنگ است؛ به‌گونه‌ای که در روایات مختلف وارد شده است که حضرت علی (علیه‌السلام) سعی در تشویق فرد به عدم اقرار و توبه فرد داشتند (صدوق، ۱۳۷۸).

### دوم. شهادت

شهادت نیز یکی از ادله اثبات است، اما در نظام فقهی ما، هر شهادتی پذیرفته نیست و در شهادت سخت‌گیری زیادی شده است که همین اثبات گناه و به‌تبع آن کیفردهی، را از سهولت خارج می‌کند. نخست اینکه، در گناهان مختلف تعدد شهود شرط است؛ به‌گونه‌ای که در برخی گناهان

حق الهی مانند زنا نیازمند چهار شاهد با شرایط خاص مانند شرط رجلیت است (طوسی، ۱۳۸۷ق). تعدد در شهود نیز از رویکرد کیفرزادای عقلانیت کیفری فقه امامیه ناشی می‌شود. دوم اینکه، شرایط زیادی برای شخص شاهد در نظر گرفته شده است؛ به گونه‌ای که هر کسی صلاحیت شهادت را ندارد؛ مواردی مانند بلوغ، اسلام، امامی بودن، عدالت، حلال‌زادگی و ذی‌نفع نبودن (عاملی، ۱۴۱۰ق). فراهم آمدن این شرایط در یک شخص دشواری است که اثبات گناه و به تبع آن، کیفردهی را دشوار می‌کند. سوم اینکه، بنا بر نظر فقهای امامیه، شهادت بر شهادت اجمالاً صحیح است. بدین معنا که شهادت شاهد فرع بر آنچه شاهد اصل شهادت داده است، پذیرفته و آثار شهادت شاهد اصل بر آن مترتب می‌شود، اما این موضوع منحصر در حقوق الناس است و در حق الله محض مانند حدود پذیرفته نیست (حلی، ۱۴۱۱ق). این تسامح در اثبات گناهان حق الهی نیز نشان از رویکرد کیفرزادای فقه امامیه دارد.

### ج. اصلاح از طریق کیفر

کیفردهی در فقه امامیه جنبه فرعی دارد؛ یعنی اصل بر کیفرزدایی است و این موضوع در حقوق الله پررنگ‌تر است. نهایت امر، وقتی امکان کیفرزدایی با توجه به مختصات ذکر شده وجود نداشته باشد، کیفردهی صورت می‌گیرد. هدف اسلام از نظام کیفری، تعذیب و شکنجه نیست، بلکه بازداری از وقوع جرم، اصلاح مجرم و درنهایت، اجرای عدالت است (الهام و همکاران، ۱۴۰۰). عناصر اصلاحی کیفردهی از این قرارند: ۱. تألیم بدن، ۲. رسوایی و ۳. عبرت‌دهی.

### اول. تألیم بدن

ایجاد درد یا سختی جسمانی عنصر اساسی در کیفردهی به فرد است. از این رو هم در روایت و هم در لسان فقها بر عقوبت بدنی تأکید شده است. برای مثال، در روایتی از امام صادق (علیه السلام) در خصوص کیفر کتیز ام ولد در گناهایی که جنبه حق الهی دارند، بر اینکه جریمه گناه را در بدنش از طریق جاری شدن حد بر بدن می‌پردازد، تأکید شده است (صدوق، ۱۳۸۷). همچنین، فقها در تعریف مجازات اسلامی بر وارد کردن درد و الم بر بدن تأکید داشته‌اند. برای مثال، شهید ثانی مجازات را عقوبتی می‌داند که به دلیل دچار شدن مکلف به معصیت، از طریق ایلام (درد رساندن) بدن صورت می‌گیرد (عاملی، ۱۴۱۳ق). هدف از مجازات تنها آزار جسمی مرتکب گناه نیست، بلکه هدف، منع از ارتکاب چنین گناهایی است. از این رو کسی که بر حقوق دیگران تجاوز کند،

مخل امنیت و سلامت جامعه است و چاره‌ای نیست که با تمام قوت جلوی او گرفته شود و از ضرر رساندن به مجتمع منع شود (مرکز فقهی ائمه اطهار، بی‌تا)، اما نکته‌ای که باید به آن توجه داشت، این است که در خود تعذیب ایلام بدن وجود دارد، اما در فرایند دادرسی، شکنجه فرد برای گرفتن اقرار و همچنین، تجاوز از حد در کیفردهی ممنوع است و فقهای امامیه بر این مسئله اجماع دارند (نجفی، ۱۴۰۴ق).

#### دوم. رسوایی

اصل بر کیفرزدایی و پوشاندن گناه است، اما وقتی در خصوص فرد گناهکار عناصر کیفرزدا جاری نشود و فرد از این فیلتر عبور کند، نوبت به اجرای کیفر می‌رسد؛ کیفری که رسوایی فرد و آشکار کردن بدی فعل او در آن نهفته است. در نظر فقهای اسلامی، اهانت، خوار کردن و رسوایی فرد گناهکار باید در مجازات نهفته باشد (عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص. ۲۱۳)؛ زیرا اگر برای مجرمان ترس ناشی از عقوبت و رسوایی نهفته در مجازات، ایجاد نشود، حرمتی برای نفوس، اموال و اعراض باقی نمی‌ماند و این مسئله موجب اختلال در نظام و شیوع هرج و مرج می‌شود (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق).

#### سوم. عبرت‌دهی

در فقه اسلامی، عقوبت بدنی از حیث عمومی برای دیگر مکلفان ترس ایجاد می‌کند که همین ترس مانع از ارتکاب گناه است. برای مثال، در خصوص فرد نصرانی که مسلمانی را قذف کرده بود، بعد از بیان مجازات آن یعنی جلد، تراشیدن سر و گرداندن او میان هم‌کیشانش، لحاظ این کار را عبرت‌دهی دیگران دانستند (صدوق، ۱۳۸۷). مجازات سبب می‌شود که مجرمان دیگر به خود اجازه ندهند که به ممنوعان خود تعدی و به قانون بی‌حرمتی کنند و همچنین، سبب عبرت دیگران می‌شود که به فکر تجاوز و عمل خلاف قانون نیفتند (مجلسی، بی‌تا).

#### ۴. تمایزات زندان مدرن و حبس فقهی

از آنجاکه مفهوم جرم و مجازات و رویکرد کیفری نهفته در مجازات ذیل عقلانیت کیفری هر مکتب حقوق کیفری معنادار می‌شود، پس از بررسی عقلانیت کیفری حاکم بر مجازات در حقوق کیفری مدرن و فقه کیفری امامیه، اکنون از این منظر به تمایزات بنیادین مجازات «حبس» در حقوق

کیفری مدرن و فقه امامیه می‌پردازیم.

#### ۱.۴. تمایز نخست

در نظام فقهی ما حبس مجازات بدنی است؛ یعنی سلب حق آزادی در راستای تنبیه فرد و سخت‌گیری بر وی برای تأدیب، اصلاح درونی و توبه فرد. بنابراین، منظور از حبس و زندان همان بازداشتن شخص زندانی از آمدن و تصرفات آزادانه است که به توبه و اصلاح درونی وی و جلوگیری از آسیب به جامعه بینجامد (منتظری، ۱۳۶۷)، اما در زندان انضباطی اگر آزادی سلب می‌شود، این سلب آزادی در راستای بهنجار کردن فرد و تصرف در شخصیت فرد بزهکار و بازپروری آن متناسب با معیارهای جامعه انضباطی است (اسمارت، ۱۳۸۵). این مفهوم از زندان موضوعی نوپدید است که از قرن ۱۹ شکل گرفته است. در زندان فقهی اساساً تصرف در روان و شخصیت فرد گناهکار مسئله نیست و تنها سلب حق آزادی است؛ یعنی تربیت و توبه به واسطه تأدیب و سخت‌گیری بدنی صورت می‌گیرد نه تصرف روان‌شناختی در وی.

#### ۲.۴. تمایز دوم

در فقه اسلامی آنچه اصالت دارد، «استکمال نفس» از طریق حفظ شریعت و پایبندی به آن است. مقصود شریعت، شناخت انسان از حقیقت الهی خویش است که در ظرف دنیا محقق می‌شود. شریعت با احکام و قوانین خود در پی حفظ اسباب زندگی دنیا برای هدایت انسان به سمت نشئه آخرت و شناخت حقیقت خویش است (صدرالدین شیرازی، ۱۳۶۰). آنچه باعث حرام شدن بعضی از فعل‌ها یا ترک فعل‌ها می‌شود، نادیده گرفتن مقصود شریعت به واسطه آن عمل حرام است و همین مبنای در نظر گرفتن کیفر برای آن عمل ممنوعه می‌شود، اما در حقوق کیفری مدرن شدت تنبیه نسبت مستقیمی با اهمیت کیفری جرم ندارد، بلکه شدت مجازات زندان بستگی به وضعیت روانی و شخصیتی بزهکار دارد که مجازات زندان متناسب با این شخصیت و برای اصلاح آن بر وی اعمال می‌شود؛ یعنی برخلاف نظام فقه کیفری که اغلب تناسب جرم و مجازات اهمیت اساسی دارد، در حقوق کیفری مدرن، تناسب ساختار روان‌شناختی فرد و مجازات اهمیت اساسی دارد. از این رو زندانی کردن خود نظام گام‌به‌گامی است برای بهنجارسازی فرد مجرم که بر اساس شخصیت و ساختار روان‌شناختی بزهکار و اثرهای اصلاحی آن، متغیر و غیرثابت است (فوکو، ۱۳۸۷). در تعزیرات، طبق قاعده «التعزیر بما یراه‌الحاکم»، شرایط مختلف مجرم در تعیین میزان

مجازات در نظر گرفته می‌شود، اما این مسئله وجه غالب مجازات اسلامی نیست. در حقوق کیفری مدرن، تناسب میان شخصیت بزه‌کار و جرم است که اهمیت اساسی دارد. به عبارتی، در عقلانیت کیفری مدرن، جرم نابهنجاری روانی‌ای است که زندان به مثابه درمان برای آن عمل می‌کند و هدف زندان، درمان نابهنجاری روانی است و این مسئله، فضایی متفاوت با تعزیرات اسلامی دارد.

#### ۳.۴. تمایز سوم

حبس در نظام فقهی، مجازاتی در ذیل نهاد قضایی و وابسته به آن است؛ یعنی تنها شکلی از مجازات در کنار دیگر مجازات‌هاست که توسط حاکم شرع اعمال می‌شود، اما شکل کنونی حبس مبتنی بر اصل استقلال حبس است. به این معنا که برخلاف گذشته که تنها قضاوت قضایی داشتیم و حبس در ذیل آن قرار می‌گرفت، اکنون در دو شکل قضاوت می‌توان صحبت کرد؛ «قضاوت قضایی» و «قضاوت ندامتگاهی». ارزیابی و قضاوت دادگاه در مقایسه با قضاوت ندامتگاهی که در زندان صورت می‌گیرد، چیزی جز یک پیش‌داوری نیست؛ زیرا نمی‌توان نظام اخلاقی فاعل عمل را ارزیابی کرد مگر با آزمایش و امتحانی که در زندان صورت می‌گیرد. در نتیجه، قاضی هم به نوبه خود نیازمند کنترل ضروری و اصلاح‌کننده ارزیابی‌های خویش است و این کنترل، همان کنترلی است که زندان ندامتگاهی باید آن را تأمین کند (فوکو، ۱۳۸۷). به عبارت دیگر، اکنون قدرت از طریق تکنیک و فن عمل می‌کند نه از طریق «حق» و از طریق بهنجارسازی عمل می‌کنند نه از طریق قانون و به جای تنبیه و مجازات، کنترل می‌کند (اسمارت، ۱۳۸۵) حال آنکه در نظام فقهی ما اصلاح فرد گناهکار از طریق فناوری کنترل‌گرایانه نبود، بلکه با وجود نهادهایی مانند توبه، آزادی و اختیار فرد در اصلاح نفس خویش اصالت داشت. در نهایت نیز که نوبت به اصلاح از طریق کیفردهی می‌رسید، این موضوع با مجازاتی صورت می‌گرفت که جنبه کنترل‌گرایانه و تصرفگری نداشت.

#### ۴.۴. تمایز چهارم

زندان در شکل کنونی مبتنی بر طرحی سراسرین است. زندان در عین حال که مکان اجرای کیفر است، مکان مشاهده افراد تنبیه‌شده نیز هست. مشاهده به معنای مراقبت و شناخت از هر زندانی، از رفتار او، از تمایلات عمیق او و از اصلاح تدریجی‌اش. سراسرینی همچنین، در معماری زندان و با تکیه بر برج مراقبت و بقیه معماری زندان صورت می‌گیرد. سراسرینی مستقیم‌ترین شیوه‌ای



است که امکان می‌داد مراقبتی ملایم همراه با کارایی، جایگزین زور یا الزام‌های خشن شود (فوکو، ۱۳۸۷). حبس فقهی به معنای محدود ساختن شخص و منع او از دخالت و تصرف در امور خویشتن به‌عنوان کیفر شرعی است و در این معنا ویژگی‌های مکان حبس برخلاف زندان مدرن مدخلیتی ندارد (الهام و همکاران، ۱۴۰۰). از این رو در نظام فقهی ما زندان سراسرین وجود ندارد.

#### ۵.۴. تمایز پنجم

همراه با این شکل نوین زندان، مفهومی متولد می‌شود که در نظام‌های کیفری پیش سابقه‌ای نداشته است و آن مفهوم «بزهکار» است. دستگاه ندامتگاهی (زندان) محکوم را از دستان عدالت دریافت می‌کند، اما آنچه این دستگاه با آن سروکار دارد، به‌طور قطع جرم نیست. حتی مجرم هم نیست، بلکه چیزی است مرتبط با تکنیک‌های اصلاحی. این شخصیت متفاوت که دستگاه ندامتگاهی جایگزین مجرم محکوم کرد، «بزهکار» است. آنچه بزهکار را از مجرم متمایز می‌کند، این است که برای تعیین خصلت او، زندگی‌اش بیش از جرمش به کار می‌آید. در زندان باید کل زندگی بزهکار در نظر گرفته و مرور شود (فوکو، ۱۳۸۷). به عبارتی، با این رویکرد اصلاحی زندان و چرخش کانون توجه از «عمل متخلف» به «زندگی شخص»، موضوع تازه‌ای برای معرفت و ابژه‌ای برای قدرت یعنی «بزهکار» به وجود آمد. این چرخش کانون توجه از عملی که باید مجازات می‌شد به زندگانی‌ای که باید به کمک فنون انضباطی بهنجار می‌شد، ضرورتاً با پیدایش جزئیات زندگی‌نامه‌های بزهکاران همراه بود که به کمک آن‌ها، هویت بزهکاران مستقل از جرمی که مرتکب شده بودند، تعریف می‌شد. از رهگذر شناسایی «غرایز، رانه‌ها، تمایلات و منش»، بزهکار پیوند محتومی با جرم خود می‌یافت. در شکل‌گیری همین معرفت مثبت نسبت به بزهکار و جرم است که شرایط پیدایش گفتمان جرم‌شناسی ممکن می‌شود (اسمارت، ۱۳۸۵).

مجازات قانونی در شکل سنتی و از جمله فقه اسلامی بر یک جرم وارد می‌شد، اما زندان به‌منابه تکنیک تنبیهی بر یک زندگی وارد می‌شود و از همین رو، علیت روان‌شناختی و زندگی‌نامه فرد بزهکار مهم می‌شود و جرم‌شناسی در حقوق کیفری جدید بر محوریت این مسئله شکل می‌گیرد؛ چیزی که در نظام کیفری سابق و مجازات سنتی حبس اساساً سابقه‌ای نداشته است. همچنین، آنچه بزهکار را از مجرم متمایز می‌کند، این است که بزهکار فقط فاعل جرم (فاعل مسئول) نیست، بلکه با دسته‌ای از عوامل درهم‌بافته مثل غریزه‌ها، انگیزش‌ها، گرایش‌ها و

شخصیت به بزهش پیوند خورده است. تکنیک ندامتگاهی زندان با سنخیت مجرم با جرمش سروکار دارد و نه با رابطه فاعلیت؛ یعنی جرم ریشه در شخصیت و ساختار روان‌شناختی وی دارد و این شخصیت اهمیت اساسی دارد نه صرف اینکه وی فاعل جرم است.

### نتیجه‌گیری

آنچه باعث پذیرفته شدن شکل کنونی زندان در نظام حقوقی ایران شده است، این پیش‌فرض است که مجازات زندان، وجه انسانی‌تر شده مجازات است، اما برخلاف این تصور، اعمال قدرت انسانی‌تر نشده است. به عبارتی، شدت و سختی مجازات پیوسته رو به کاهش بوده است، اما اصل دگرگونی ربطی به این تغییرات کمی ندارد، بلکه اصل تغییر کیفی است؛ یعنی تغییر اصلی همانا «تعویض مفعول و هدف عملیات کیفری» است که از بدن مجرم به روح فرد تغییر کرده است. پس می‌توان گفت اعمال قدرت شدیدتر هم شده است؛ به طوری که روح فرد را متعلق تصرف خود قرار داده است. مجازات زندان به شکل کنونی با تغییر در سازوکار قدرت به وجود آمده است. قدرت شکل انضباطی به خود گرفته است و هدف آن، تصرف در روح و اراده فرد و بهنجار کردن آن برای زندگی اجتماعی است. در همین راستا، آنچه در رویکرد کیفری مدرن اصالت دارد، پیوند شخصیت و ساختار روان‌شناختی فرد بزهکار و جرم اوست و زندان محلی برای تصرف در شخصیت فرد و اصلاح روان‌شناختی و بهنجار کردن وی است، اما در عقلائیات کیفری اسلام، قدرت شکل انضباطی ندارد، بلکه قدرت معطوف به سعادت اخروی است و قوانین کیفری پاسدار نظم مدنی هستند تا امکان استکمال نفس برای مردم مدینه فراهم شود. از آنجاکه احکام شریعت برای تأمین مصالح واقعی (حفظ دین، حفظ عقل، حفظ نفس، حفظ ناموس و حفظ مال) وضع شده‌اند، زیر پا گذاشتن این مصالح واقعی که در اراده تشریحی خداوند ظاهر می‌شوند، گناه است. بنابراین آنچه اصالت دارد، تأمین این مصالح است. هدف از نظام کیفری اسلام، استکمال نفس انسانی است که در این راستا، آزادی فرد در پذیرش شریعت و اصلاح نفس اصالت دارد. از این رو نهادهایی غیرکیفری مثل توبه یا اصولی کیفرزدا وجود دارد تا این مهم فراهم آید و در وضعیتی استثنایی خود کیفر نیز محقق می‌شود. در رویکرد اصلاحی نهفته در مجازات اسلامی آنچه اهمیت اساسی دارد، آزادی گناهکار در اصلاح اختیاری خویشتن و در نهایت، تأدیب از طریق کیفر است. همین رویکرد در «حبس» فقهی نیز وجود دارد و حبس تنها سالب حق آزادی است تا از طریق

سخت‌گیری بر گناهکار، به عقوبت گنااهش برسد و از گناه پاک شود و نیز از طریق این محدودیت، آسیبی به جامعه نرساند.

هر کیفری در نسبت با عقلانیت کیفری حاکم بر آن معنا دار است و اگر توجهی به این عقلانیت وجود نداشته باشد، دچار آشوب نظری و عملی نهادهای کیفری خواهیم شد. هر عقلانیت کیفری اقتضائات معرفتی و ساختاری خود را دارد و بدون توجه به این اقتضائات و تناسبات، سامانی استوار در نظام حقوق کیفری مهیا نخواهد شد. این پژوهش، نسبت به این وضعیت بینابینی نظام حقوق کیفری ایران خودآگاهی ایجاد می‌کند. از این رو نظام حقوق کیفری ایران باید تکلیف خود را روشن کند؛ آیا می‌خواهد بر اساس عقلانیت کیفری فقه امامیه عمل کند یا عقلانیت کیفری مدرن؟ چه امکان‌هایی در جامعه کنونی ایران برای بسط عقلانیت کیفری فقه امامیه وجود دارد و نیز چه امکان‌هایی برای بسط عقلانیت کیفری مدرن؟ این‌ها پرسش‌هایی هستند که باید در پژوهش‌های آینده پژوهشگران مورد تأمل و تحقیق قرار گیرند.

## منابع

- ۱) ابن سینا، حسین بن عبدالله (۱۳۷۶). الالهیات من کتاب الشفا. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- ۲) ابن سینا، حسین بن عبدالله (۱۳۸۵). الهیات؛ نجات. قم: بوستان کتاب.
- ۳) اسمارت، بری (۱۳۸۵). میشل فوکو (لیلا جوافشانی و حسن چاوشیان، مترجمان). تهران: اختران.
- ۴) الهام، غلامحسین، وطنی، امیر و حسن‌زاده لیلاکوهی، محبوبه (۱۴۰۰). تحولات قانون‌گذاری کیفری جمهوری اسلامی در مورد حبس با رویکرد فقهی. فصلنامه پژوهشنامه حقوق اسلامی، ۲۲ (۵۴)، صص. ۴۹۹-۵۱۸. doi:10.30497/law.2022.241379.3080
- ۵) ایروانی، محمدباقر (۱۳۸۴). درس تمهیدیة فی القواعد الفقهیة. قم: مؤسسه الفقه للطباعة والنشر.
- ۶) باختر، علی اصغر (۱۴۰۰). آیین‌نامه اجرایی سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی مصوب ۱۴۰۰. تهران: نوای عدالت.
- ۷) بروجردی، محمدتقی (۱۴۱۷ق). نه‌ایة الافکار. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- ۸) حاجی ده‌آبادی، احمد (۱۳۸۹). قواعد فقه جزایی. قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- ۹) حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۱ق). تبصرة المتعلمین فی احکام الدین. تهران: مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- ۱۰) حلی، نجم‌الدین (۱۴۰۸ق). شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- ۱۱) خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۲۲ق). مبانی تکملة المنهاج. قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخویی (رحمت‌الله علیه).
- ۱۲) دریفوس، هیوبرت و رایینو، پل (۱۳۷۹). میشل فوکو؛ فراسوی ساخت‌گرایی و هرمنوتیک (حسین بشیری، مترجم). تهران: نشر نی.
- ۱۳) سیدمن، استیون (۱۳۹۰). کشاکش آرا در جامعه‌شناسی (هادی جلیلی، مترجم). تهران: نشر نی.
- ۱۴) شاهرودی، هاشمی (۱۳۸۲ق). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل‌بیت (علیهم‌السلام). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل‌بیت (علیهم‌السلام).
- ۱۵) صادقی، محمدهادی (۱۳۷۳). گرایش سیاست کیفری اسلام (رساله دکتری). دانشگاه تربیت مدرس، تهران.
- ۱۶) صدرالدین شیرازی، محمدبن‌ابراهیم (۱۳۶۰). شواهد الربوبیه. تهران: مرکز نشر دانشگاهی.
- ۱۷) صدوق، محمدبن‌علی بن‌بابویه (۱۳۷۸). من لایحضره الفقیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ۱۸) طباطبایی، سیدجواد (۱۳۹۳). تأملی درباره ایران؛ نظریه حکومت قانون در ایران (بخش دوم: مبانی نظریه مشروطه‌خواهی). (جلد ۲). تهران: مینوی خرد.

- ۱۹) طباطبائی، سیدعلی (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل. قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام).
- ۲۰) طباطبائی، محمدحسین (۱۳۸۸). قرآن در اسلام. قم: بوستان کتاب.
- ۲۱) طبسی، نجم‌الدین (۱۳۸۲). حقوق زندانی و موارد زندان در اسلام. قم: بوستان کتاب.
- ۲۲) طوسی، محمدبن حسن (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الامامیه. تهران: المكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفریه.
- ۲۳) عاملی، حر (۱۴۰۹ق). تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة. قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام).
- ۲۴) عاملی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۳ق). مسالک الافهام (جلد ۳). قم: مؤسسه معارف اسلامی.
- ۲۵) عاملی، محمدبن مکی (۱۴۱۰ق). اللعة دمشقیة فی فقه الامامیه. بیروت: دارالتراث - الدار الاسلامیه.
- ۲۶) عاملی، محمدبن مکی (۱۴۳۰ق). القواعد والفوائد. قم: کتاب فروشی مفید.
- ۲۷) فارابی، محمدبن محمد (۱۳۶۴). فصول منتزعه. تهران: مکتبه الزهرا سلام‌الله‌علیها.
- ۲۸) فارابی، محمدبن محمد (۱۳۸۴). سعادت از نگاه فارابی. قم: دارالهدی.
- ۲۹) فارابی، محمدبن محمد (۱۹۹۶م). احصاء العلوم. بیروت: الهلال.
- ۳۰) فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۲ق). تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة: الحدود. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم‌السلام).
- ۳۱) فاضل مقداد، مقدادبن عبدالله (۱۳۶۱). نضد القواعد الفقهیه علی مذهب الامامیه. قم: کتابخانه عمومی آیت‌الله مرعشی نجفی.
- ۳۲) فوکو، میشل (۱۳۸۷). مراقبت و تنبیه (افشین جهاندیده و نیکو سرخوش، مترجمان). تهران: نشر نی.
- ۳۳) گلدوزیان، ایرج (۱۴۰۱). محشای قانون مجازات اسلامی. تهران: مجد.
- ۳۴) مجلسی، محمدباقر (بی‌تا). حدود و قصاص و دیات. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ۳۵) محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۱). قواعد فقه: بخش قضایی. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- ۳۶) محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۱). قواعد فقه: بخش جزایی. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- ۳۷) مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم‌السلام) (بی‌تا). موسوعة ردالشبهات الفقهیة المعاصرة (الحدود). قم.
- ۳۸) مستشارالدوله، یوسف خان (بی‌تا). یک کلمه. بی‌جا.
- ۳۹) منتظری، حسینعلی (۱۳۶۷). دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الاسلامیه. قم: کیهان.
- ۴۰) موسوی اردبیلی، عبدالکریم (۱۴۲۷ق). فقه الحدود والتعزیرات. قم: مؤسسه نشر دانشگاه مفید.
- ۴۱) موسوی بجنوردی، سیدمحمد (۱۳۹۴). فقه تطبیقی: بخش جزایی. تهران: سمت.

- ۴۲) موسوی بجنوردی، سیدمحمد (۱۴۰۱ق). قواعد فقهیه. تهران: مؤسسه عروج.
- ۴۳) موسوی خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۸۱). تقریرات فلسفه امام خمینی (رحمت‌الله علیه). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- ۴۴) موسوی خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۸۳). تحریرالوسیله. قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
- ۴۵) نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق). جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ۴۶) هاشمی، سیدمحمود (بی تا). مجله فقه اهل‌البيت (علیهم‌السلام). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل‌بيت (علیهم‌السلام).

## References

- 1) Āmilī, Ḥurr (1409 AH). Tafṣīl Wasā'il al-Shī'ah ilā Taḥṣīl Masā'il al-Sharī'ah. Qom: Mo'asseseh Āl al-Bayt ('alayhim al-salām) [in Arabic].
- 2) Āmilī, Moḥammad ibn Makī (1410 AH). Al-Luma' al-Dimashqīyah fī Fiqh al-Imāmīyah. Beirut: Dār al-Turāth - Al-Dār al-Islāmīyah [in Arabic].
- 3) Āmilī, Moḥammad ibn Makī (1430 AH). Al-Qawā'id wa al-Fawā'id. Qom: Ketābfroshī Mufid [in Arabic].
- 4) Āmilī, Zayn al-Dīn ibn 'Alī (1413 AH). Masālik al-Afham (Vol. 3). Qom: Mo'asseseh Ma'ārif Islāmī [in Arabic].
- 5) Bākhtar, 'Alī Aṣghar (1400 SH). Āyīn-nāmeḥ Ejrā'i Sāzmān Zandānhā va Eqdāmāt Tāmīnī va Tarbiyātī Mosavvab 1400 [The Executive Regulation of Prisons Organization and Educational and Security Measures Approved 1400]. Tehrān: Navāye 'Adālat [in Persian].
- 6) Borūjerdī, Moḥammad Taqī (1417 AH). Nahāyat al-Afkār. Qom: Mo'asseseh Nashr Eslāmī [in Arabic].
- 7) Dreyfus, Hubert and Rabinow, Paul (1379 SH). Mishel Fūkū; Farāsūi Sākht-garāi va Hermeneutik [Michel Foucault; Beyond Structuralism and Hermeneutics]. Tehrān: Nashr Ney [in Persian].
- 8) Elhām, Gholāmḥosseīn, Vatānī, Āmīr, and Ḥasan Zādeh Lilākūhī, Maḥbūbeh (1400 SH). Taḥavvolāt Qānūn-gozāri Kifī Jomhūrī Eslāmī dar Morad Ḥabs bā Rooykard Fiqhī [Developments in the criminal legislation of the Islamic Republic regarding imprisonment with a jurisprudential approach]. Pažūheš'nāme-ye Hoqūq-e Islāmī [Journal of Islamic Law Research], 22 (54), pp. 499-518. doi:10.30497/law.2022.241379.3080 [in Persian].
- 9) Fārābī, Moḥammad ibn Moḥammad (1364 SH). Fuṣūl Montaza'ah. Tehrān: Maktabat al-Zahrā [in Arabic].
- 10) Fārābī, Moḥammad ibn Moḥammad (1384 SH). Sa'adat az Negāh Fārābī [Happiness from the Perspective of Farabi]. Qom: Dār al-Hudā [in Persian].
- 11) Fārābī, Moḥammad ibn Moḥammad (1996). Iḥṣā' al-'Ulūm. Beirut: Al-Hilāl [in Arabic].
- 12) Fāzel Lankarānī, Moḥammad (1422 AH). Tafṣīl al-Sharī'ah fī Sharḥ Taḥrīr al-Wasīlah; al-Ḥudūd. Qom: Markaz Feqihī A'immaḥ Ṭahār ('alayhim al-salām) [in Arabic].
- 13) Fāzel Meqdād, Meqdād ibn 'Abd Allāh (1361 SH). Naẓd al-Qawā'id al-Fiqhīyah 'alā Madhhab al-Imāmīyah. Qom: Ketābkhāneh 'Ommūmī Āyat Allāh Mar'ashī Najafī [in Arabic].
- 14) Foucault, Michel (1387 SH). Morāqebāt va Tanbīh [Discipline and Punish]. Tehrān: Nashr Ney (Afshīn Jahāndīdeh and Nīkū Sarqūsh, Trans.) [in Persian].
- 15) Goldūziān, Īraj (1401 SH). Moḥashāy Qānūn Mujāzāt Eslāmī [A Commentary on the Islamic Penal Code]. Tehrān: Majd [in Persian].
- 16) Ḥājī Dehābādī, Aḥmad (1389 SH). Qawā'id Fiqh Jazā'i [Jurisprudential Rules of Criminal Law]. Qom: Pejūheshgāh Hawzah va Dāneshgāh [in Persian].
- 17) Hāshemī, Sayyid Maḥmūd (n.d.). Majallah Fiqh Ahl al-Bayt ('alayhim al-salām). Qom: Mo'asseseh Dā'erat al-Ma'ārif Fiqh Islāmī bar Madhhab Ahl al-

- Bayt (‘alayhim al-salām) [in Arabic].
- 18) Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf (1411 AH). *Tabsirat al-Muta‘allimīn fi Aḥkām al-Dīn*. Tehrān: Mo‘asseseh Chāp va Nashr Vābaste be Vezārat Farhang va Ershād Eslāmī [in Arabic].
  - 19) Ḥillī, Najm al-Dīn (1408 AH). *Sharā‘i’ al-Islām fi Masā’il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qom: Mo‘asseseh Esmā‘iliān [in Arabic].
  - 20) Ibn Sīnā, Ḥusayn ibn ‘Abd Allāh (1376 SH). *Al-Ilāhīyāt min Kitāb al-Shifā* [Theology from the Book of Shifā]. Qom: Daftar Tablighāt Islāmī Hawzah ‘Ilmīyah Qom [in Arabic].
  - 21) Ibn Sīnā, Ḥusayn ibn ‘Abd Allāh (1385 SH). *Al-Ilāhīyāt; Najāt* [Theology; Salvation]. Qom: Būstān Kitāb [in Arabic].
  - 22) ʿIrvānī, Moḥammad Bāqer (1384 SH). *Darūs Tamhīdīyeh fi al-Qawā‘ed al-Fiqhīyah* [Preliminary Lessons in Jurisprudential Rules]. Qom: Mo‘asseseh al-Fiqh lel-Ṭabā‘ah wa al-Nashr [in Arabic].
  - 23) Khū‘ī, Sayyid Abū al-Qāsim (1422 AH). *Mabānī Takmīlat al-Manhaj*. Qom: Mo‘asseseh Ehyā’ Āthār al-Imām al-Khū‘ī (rahmatullāh ‘alayh) [in Arabic].
  - 24) Majlisī, Moḥammad Bāqer (n.d.). *Ḥudūd wa Qaṣās wa Diyāt*. Qom: Daftar Enteshārāt Eslāmī [in Arabic].
  - 25) Markaz Fiqhī A‘immah Ṭahār (‘alayhim al-salām) (n.d.). *Mawsū‘at Radd al-Shubuhāt al-Fiqhīyah al-Mu‘āṣarah (al-Ḥudūd)*. Qom [in Arabic].
  - 26) Moḥaqqueq Dāmād, Sayyid Moṣṭafā (1381 SH). *Qawā‘ed Fiqh; Bakhsh Qadāyī* [Jurisprudential Rules; Judicial Section]. Tehrān: Markaz Nashr ‘Ulūm Eslāmī [in Persian].
  - 27) Moḥaqqueq Dāmād, Sayyid Moṣṭafā (1391 SH). *Qawā‘ed Fiqh; Bakhsh Jazāyī* [Jurisprudential Rules; Penal Section]. Tehrān: Markaz Nashr ‘Ulūm Eslāmī [in Persian].
  - 28) Montazerī, Ḥossein ‘Alī (1367 SH). *Darāsāt fi Wilāyat al-Faqīh wa Fiqh al-Dawlat al-Islāmīyah* [Studies in the Guardianship of the Jurist and the Jurisprudence of the Islamic State]. Qom: Kīhān [in Persian].
  - 29) Mostashār al-Dawlah, Yūsuf Khān (n.d.). *Yek Kalameh*. n.p [in Arabic].
  - 30) Mūsavī Ardabilī, ‘Abd al-Karīm (1427 AH). *Fiqh al-Ḥudūd wa al-Ta‘zīrāt*. Qom: Mo‘asseseh Nashr Dāneshgāh Mufīd [in Arabic].
  - 31) Mūsavī Bojnūrdī, Sayyid Moḥammad (1394 SH). *Fiqh Tatbīqī; Bakhsh Jazāyī* [Applied Jurisprudence; Penal Section]. Tehrān: Samt [in Persian].
  - 32) Mūsavī Bojnūrdī, Sayyid Moḥammad (1401 AH). *Qawā‘ed Fiqhīyah*. Tehrān: Mo‘asseseh ‘Orūj [in Arabic].
  - 33) Mūsavī Khomeinī, Sayyid Rūḥollāh (1381 SH). *Taqrīrāt Falsafeh Emām Khomeinī (rahmatullāh ‘alayh)* [Philosophical Lectures of Imam Khomeini]. Tehrān: Mo‘asseseh Tanzīm va Nashr Āthār Emām Khomeinī [in Persian].
  - 34) Mūsavī Khomeinī, Sayyid Rūḥollāh (1383 SH). *Taḥrīr al-Wasīlah*. Qom: Mo‘asseseh Maṭbū‘āt Dār al-‘Ilm [in Arabic].
  - 35) Najafī, Moḥammad Ḥasan (1404 AH). *Jawāher al-Kalām fi Sharḥ Sharāye’ al-Islām*. Beirut: Dār Iḥyā’ al-Turāth al-‘Arabī [in Arabic].
  - 36) Ṣādeqī, Moḥammad Hādī (1373 SH). *Gerāyesh Sīāsāt Kifri Eslām* [The Trend of



- Islamic Criminal Policy] (Doctoral Dissertation). Dāneshgāh Tarbiyat Modarres, Tehrān [in Persian].
- 37) Ṣadr al-Dīn Shīrāzī, Moḥammad ibn Ibrāhīm (1360 SH). Shawāhed al-Rubūbiyah. Tehrān: Markaz Nashr Dāneshgāhī [in Arabic].
- 38) Ṣadūq, Moḥammad ibn ‘Alī ibn Bābawayh (1378 SH). Man Lā Yaḥḍuruh al-Faqīh. Qom: Daftar Enteshārāt Eslāmī [in Arabic].
- 39) Seydman, Steven (1390 SH). Kashākehsh Ārā dar Jāme‘e-shenāsī [Controversies in Sociology] (Hādī Jalīlī, Trans.). Tehrān: Nashr Ney [in Persian].
- 40) Shāhrūdī, Hāshemī (1382 AH). Farhang Fiqh Mūtābiq Madhhab Ahl al-Bayt (‘alayhim al-salām). Qom: Mo’asseseh Dā‘erat al-Ma‘ārif Fiqh Islāmī bar Madhhab Ahl al-Bayt (‘alayhim al-salām) [in Arabic].
- 41) Smart, Barry (1385 SH). Mīshel Fūkū (Leylā Javāfshānī and Ḥasan Chāvūshīān, Trans.). Tehrān: Akhtarān [in Persian].
- 42) Ṭabasī, Najm al-Dīn (1382 SH). Ḥuqūq Zindānī va Mavāred Zindān dar Eslām [Prisoner's Rights and the Instances of Imprisonment in Islam]. Qom: Būstān Kitāb [in Persian].
- 43) Ṭabāṭabā‘ī, Moḥammad Ḥossein (1388 SH). Qur’ān dar Eslām [The Quran in Islam]. Qom: Būstān Kitāb [in Persian].
- 44) Ṭabāṭabā‘ī, Sayyid ‘Alī (1418 AH). Riyāḍ al-Masā‘il fi Taḥqīq al-Aḥkām bi al-Dalā‘il. Qom: Mo’asseseh Āl al-Bayt (‘alayhim al-salām) [in Arabic].
- 45) Ṭabāṭabā‘ī, Sayyid Javād (1393 SH). Tāmūlī Darbāreh Īrān; Nazariyeh Ḥokūmat Qānūn dar Īrān (Bakhsh Dovom: Mabānī Nazariyeh Mashrūteh-khwāhī) [A Reflection on Iran; The Theory of Governance by Law in Iran (Part Two: The Foundations of the Theory of Constitutionalism)]. Tehrān: Mīnūy Kherad (Vol. 2) [in Persian].
- 46) Ṭūsī, Moḥammad ibn Ḥasan (1387 AH). Al-Mabsūṭ fi Fiqh al-Imāmīyah. Tehrān: Al-Maktabah al-Murtaḍawīyah li-Iḥyā’ Āthār al-Ja’farīyah [in Arabic].



## The Authority of the Guardianship of the Islamic Jurist [Velayat-e Faqih] and its Limits of Power in the Thought of Dr. Beheshti with a Look at the Constitution of the Islamic Republic of Iran

Hadi Tahan Nazif • Assistant Professor, Department of Public and International Law, Faculty of Islamic Studies and Law, Imam Sadiq University, Tehran, Iran. [tahan@isu.ac.ir](mailto:tahan@isu.ac.ir)

Mohammad Sadiq Darivand • LLM Student in Public Law, Faculty of Islamic Studies and Law, Imam Sadiq University, Tehran, Iran. (Corresponding Author) [s.darivand@isu.ac.ir](mailto:s.darivand@isu.ac.ir)

### Abstract

#### 1. Introduction

The legal framework and governance of a nation are profoundly influenced by its foundational theories and intellectual bases, which are often encapsulated in the nation's constitution. This is particularly evident in the Islamic Republic of Iran, where the concept of the authority of the supreme leader [Velayat-e Faqih] has been a cornerstone of its legal and political system since the Islamic Revolution of 1979. The principle, deeply rooted in Islamic law, posits that the governance of Muslims should be under the guidance of a qualified jurist during the era of Imam occultation. This concept was institutionalized through the Iranian Constitution, particularly with the ratification of article 5, marking a significant departure from prior constitutional frameworks. Martyr Dr. Sayyed Mohammad Hosseini Beheshti (1928-1981), a pivotal figure in the revolution and the establishment of the new constitution, played a central role in articulating and implementing this principle. This paper aims to delve into Beheshti's contributions and perspectives on the authority of the supreme leader, examining the evolution of this concept and its practical implications within the framework of the Iranian Constitution.

#### 2. Research Question

The primary inquiry of this paper revolves around the conceptualization



of the authority of the supreme leader as articulated by Martyr Beheshti. Specifically, it seeks to address whether Beheshti's discourses and writings support the notion of the absolute authority of the supreme leader during the era of Imam occultation. Additionally, it questions how Beheshti justified the necessity of this absolute authority and the extent to which he envisioned the scope of the supreme leader's powers within society. This exploration is crucial for understanding the theoretical underpinnings of Iran's political system and the constitutional legitimation of the supreme leader's authority.

### **3. Research Hypothesis**

It is hypothesized that Martyr Beheshti's intellectual and juridical endeavors significantly contributed to the conceptualization and institutionalization of the Authority of the supreme leader in the Iranian political and legal systems. Beheshti, leveraging his scholarly background and political activism, posited that the absolute authority of a qualified supreme leader is essential for guiding the Islamic community in the absence of the Imam. This hypothesis further suggests that Beheshti envisioned a broad scope of powers for the supreme leader, aiming to ensure the governance of society aligns with Islamic principles. This study seeks to affirm these hypotheses by examining Beheshti's contributions to the theoretical foundation and practical application of Velayat-e Faqih.

### **4. Methodology & Framework, if Applicable**

The methodology employed in this research is content analysis, focusing on a systematic examination of Beheshti's speeches, writings, and the constitutional texts. This method allows for an in-depth analysis of the discourse, enabling the extraction of key concepts and viewpoints without imposing external interpretations. The research utilizes library resources, including primary and secondary sources, to construct a comprehensive understanding of Beheshti's thoughts and the legal-rational structure of the Authority of the supreme leader in Iran. The framework for analysis involves categorizing and tabulating the data to facilitate a clear, systematic presentation of findings. This approach not only highlights Beheshti's influence on the development of Iran's constitution but also provides insights into the dynamic interplay between religious authority and state power in the context of modern Islamic governance.

## 5. Results & Discussion

The research meticulously explores Martyr Beheshti's profound contributions to the constitutional law of the Islamic Republic of Iran, particularly focusing on the authority of the supreme leader [Velayat-e Faqih] and its operational limits within the state's governance. The findings underscore Beheshti's pivotal role in articulating a vision where the supreme leader's authority, grounded in Islamic jurisprudence and the collective will of the Muslim community, serves as the linchpin for the governance of an Islamic society. His interpretations emphasize the balance between divine guidance and the community's welfare, advocating for a leadership model that, while authoritative, fundamentally differs from autocratic or tyrannical governance.

Beheshti's perspective on the supreme leader's authority elucidates a governance model that is neither democratic in the conventional Western sense nor autocratic. It highlights a unique framework where the supreme leader, meeting stringent qualifications and enjoying broad public support, leads with an authority derived from both divine law and the consent of the governed. This model proposes a symbiotic relationship between the jurist's leadership and the community's welfare, advocating for decisions that prioritize the collective good over individual interests.

Further, the analysis reveals that the absolute authority of the supreme leader [Velayat-e Motlaqe-ye Faqih], as envisaged by Beheshti, inherently contains checks against tyranny. Beheshti's distinction between tyranny and the supreme leader's governance lies in the voluntary acceptance and religious obligation of the community towards the supreme leader's leadership, reinforced by the latter's adherence to Islamic principles and the public interest.

The constitutional place of the guardianship of the Islamic jurist, as articulated by Beheshti, is central to the Islamic Republic's governance philosophy. Beheshti champions the necessity of an informed, divinely guided leader to ensure the Islamic character of the state's governance. This principle, he argues, is paramount, forming the constitutional bedrock of the Islamic Republic.

Beheshti's discussions on the limits of the supreme leader's authority indicate a nuanced understanding of governance. While the constitution delineates the framework within which the supreme leader operates, Beheshti acknowledges the flexibility required to address the community's needs and the public interest, suggesting that in exceptional

circumstances, the supreme leader's authority can extend beyond constitutional stipulations, as exemplified by Imam Khomeini's actions prior to the 1989 (1368 SH) constitutional amendment.

## **6. Conclusion**

This study concludes that Martyr Beheshti's contributions to the conceptual and practical understanding of the authority of the guardianship of the Islamic jurist in Iran's constitutional law are both foundational and transformative. Beheshti's vision delineates a governance model that integrates Islamic jurisprudence with the principles of collective welfare and leadership accountability. His interpretations advocate for a leadership that, while authoritative, is fundamentally anti-tyrannical, grounded in the community's welfare and the principles of Islam.

Beheshti's elucidation of the guardianship of the Islamic jurist's role and authority within the Islamic Republic's constitution provides a critical framework for understanding the balance between divine guidance and the societal contract in Islamic governance. The nuanced portrayal of the supreme leader's authority, with its inherent limits and responsibilities, offers a unique perspective on the governance of an Islamic society, highlighting the dynamic interplay between religious authority, constitutional law, and the public interest.

In essence, this research underscores the enduring relevance of Beheshti's thought in the discourse on Islamic governance, presenting his work as a cornerstone in the development of the Islamic Republic of Iran's constitutional and legal framework. Beheshti's legacy, as examined through this study, offers invaluable insights into the implementing Islamic principles in the governance of a modern state, reflecting a profound engagement with the challenges of religious authority and political power .

**Keywords:** Supreme Leader [Vali-ye Faqih], Guardianship of the Islamic Jurist [Velayat-e Faqih], Absolute Authority of the Guardianship of the Islamic Jurist [Velayat-e Motlaghe-ye Faqih], General Authority of the Supreme Leader [Velayat-e Aamme-ye Faqih], Article Five of the Constitution, Public Interest, Martyr Beheshti.

## ولایت فقیه و حدود اختیارات آن در اندیشه شهید دکتر بهشتی با نگاهی به قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

هادی طحان نظیف • استادیار، گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق علیه‌السلام، تهران، ایران.  
tahan@isu.ac.ir

محمدصادق داریوند • دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق علیه‌السلام، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)  
s.darivand@isu.ac.ir

### چکیده

نظریه «ولایت فقیه» به عنوان پایه بنیادین تاسیس نظام جمهوری اسلامی ایران تلقی می‌شود. این نظریه با تلاش منتخبان ملت به صورت یک اصل ویژه در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب سال ۱۳۵۸ مورد تأکید قرار گرفته است. یکی از فقهای منتخب ملت در مجلس بررسی نهایی قانون اساسی که نقشی بی‌بدیل و تأثیر غیرقابل‌انکاری در تصویب و تثبیت اصل ولایت فقیه داشته است، مرحوم شهید آیت‌الله دکتر سیدمحمد بهشتی (ره) است. تحقیق پیش‌رو با روش «تحلیل محتوا» به این پرسش پاسخ می‌دهد که «ولایت فقیه و گستره اختیارات آن از چه جایگاهی در اندیشه شهید بهشتی برخوردار است و جایگاه نهاد ولایت فقیه در قانون اساسی از دیدگاه ایشان چگونه ارزیابی می‌شود؟» یافته‌های این پژوهش نشانگر آن است که از آنجایی که نهاد «ولایت فقیه» از نظر شهید بهشتی، استمرار نهاد امامت ائمه اطهار (علیهم‌السلام) در جامعه اسلامی به شمار می‌رود، این نهاد مرکز ثقل قانون اساسی و نظام جمهوری اسلامی محسوب شده و به همین سبب حدود اختیارات ولی فقیه حاکم، مطلق است؛ بدین معنا که اصل بر اعمال ولایت از جانب شخص فقیه حاکم از راه‌های پیش‌بینی شده در متن اصول قانون اساسی است، لکن این امر به معنای نفی صلاحیت وی برای اعمال ولایت مطلقه در مواقع ضرورت که دائرمدار مصلحت عمومی جامعه است، نخواهد بود.

واژگان کلیدی: ولی فقیه، ولایت فقیه، ولایت مطلقه فقیه، ولایت عامه فقیه، اصل پنجم قانون اساسی، مصلحت عمومی، شهید بهشتی.



## مقدمه

در جهان امروز نظام‌های حقوقی بر پایه نظریه‌ای مشخص و مبنای فکری معینی بنیان‌گذاری شده‌اند و همواره تلاش شده است تا در عالی‌ترین سند رسمی کشور یعنی قانون اساسی هریک از این نظام‌ها، مؤلفه‌های بنیادین نظری سازنده نظام حقوقی درج شود. اساس فکری در نظام حقوقی اسلام و به‌ویژه مکتب شیعه امامیه، مسئله ولایت امر مسلمانان و امامت امت است. تا جایی که مبنای فلسفه حکمرانی تلقی می‌شود و چنان اهمیتی دارد که در روایتی از امام‌باقر (علیه‌السلام) وارد شده است «اسلام روی پنج پایه نهاده شده [است]: نماز، زکات، روزه، حج و ولایت و چنان‌که برای ولایت فریاد زده شد، برای هیچ چیز دیگری فریاد زده نشد» (کلینی، ۱۳۶۵، ج ۲، ص. ۱۸). با پیروزی انقلاب شکوهمند اسلامی ملت ایران، این نظریه به شکل جدی وارد عرصه حقوق اساسی کشور شد و با تصویب اصل ۵ توسط منتخبان ملت، این پایه مهم فکری در قانون اساسی سال ۱۳۵۸ متجلی شد. مفاد این اصل هیچ‌گونه سابقه‌ای در قانون اساسی مشروطه و حتی پیش‌نویس قانون اساسی جمهوری اسلامی ندارد و با ابتکار عمل برخی از فقهای برجسته حاضر در مجلس بررسی نهایی قانون اساسی و تصویب منتخبان این مجلس، در متن و مقدمه قانون اساسی تثبیت شد (نیکونهاد، ۱۳۹۴، ص ۴). یکی از این فقها که با ایراد سخنان خود در ضرورت وجود اصل ولایت فقیه نقش کلیدی در تصویب و تثبیت این نهاد در نظام حقوقی ایران ایفا کرد، مرحوم شهید آیت‌الله دکتر بهشتی بود. بهره‌مندی علمی و فقهی ایشان از محضر فقیهان شاخص و متمتازی مانند آیت‌الله‌العظمی بروجردی، علامه طباطبایی، آیت‌الله خوانساری و امام‌خمينی (رحمت‌الله علیهم)، برخوردار از تحصیلات دانشگاهی و کسب مدرک دکتری از دانشگاه تهران، مبارزه سیاسی جدی با نظام طاغوت و زندانی شدن توسط ساواک، حضور در شورای انقلاب، نایب‌رئیس بودن در مجلس خبرگان قانون اساسی و اداره بیشتر جلسات توسط ایشان و ریاست دیوان عالی کشور و شورای عالی قضایی از جمله ابعاد برجسته و متمتاز زندگانی شهید بهشتی است که حکایت از اهمیت و ارزش والای جایگاه اندیشه ایشان در پژوهش حاضر دارد (طحان‌نظیف و داریوند، ۱۴۰۲، صص. ۲-۳). بر اساس اصل ۵ قانون اساسی، ولایت فقیه عادل در رأس نظام سیاسی جمهوری اسلامی ایران قرار گرفت، اما در ده سال نخست حد فاصل سال‌های ۱۳۵۸ تا ۱۳۶۸، با عنایت به مشکلات پیش‌آمده و صدور فرامین و احکام متعدد حکومتی از جانب امام‌خمينی (رحمت‌الله علیه) که در رأس آن‌ها توضیح و تبیین مفهوم ولایت مطلقه فقیه در نامه به



رئیس‌جمهوری وقت بود، در بازنگری سال ۱۳۶۸ قانون اساسی، لفظ «مطلقه» به اصل ۵۷ افزوده شد و حوزه اختیارات ولی فقیه را توسعه داد. مقصود از ولایت مطلقه فقیه، اختیارات ضروری ولی فقیه برای اداره جامعه است (بهنیافر، ۱۳۸۷، ص. ۳).

مقاله پیش رو با استفاده از منابع کتابخانه‌ای در مقام پاسخ بدین پرسش است که آیا ولایت مطلقه فقیه در کلام و بیان شهید بهشتی وجود داشته است؟ اگر پاسخ مثبت است، ایشان ضرورت ولایت مطلقه فقیه را در عصر غیبت چگونه ارزیابی می‌کنند؟ دلایل اثبات‌کننده ولایت مطلقه برای شخص فقیه از نگاه ایشان چیست و گستره اختیارات ولی فقیه را تا چه اندازه می‌دانند؟

درباره روش تحقیق با عنایت به اهداف مقاله حاضر و نیز رعایت امانت در تبیین دیدگاه شهید بهشتی (رحمت‌الله علیه)، از روش تحلیل محتوا با محوریت متن استفاده شده است؛ زیرا این روش توصیف منظم برای استنباط مفاهیم مستور داده‌ها از پس گفتارهاست (جاوید، ۱۳۹۱، ص. ۱۵۸). مزیت ممتاز و برجسته این روش پژوهشی در این نکته است که نه تنها نظر و عقیده‌ای بر متن تحقیق تحمیل نمی‌شود، بلکه با استفاده از متن‌های دسته‌بندی‌شده موجود در جدول‌ها، نکات مهم و کاربردی استخراج می‌شود. در پژوهش حاضر بر طبق این روش تحقیقی، نسبت به انجام دادن مراحل زیر اقدام شده است.

- مرحله نخست: تولید اطلاعات در موضوع بحث

در راستای حصول به اطلاعات مورد نیاز در پژوهش و ایجاد برگه‌های موضوعی، منابع مربوط به نظر و عمل شهید بهشتی مورد بهره‌برداری و استفاده قرار می‌گیرد. مهم‌ترین منابع مطالعاتی در جدول «یک» معرفی شده است.

جدول «یک»: مشخصات کتاب‌های اصلی در موضوع ولایت فقیه

از منظر شهید آیت‌الله دکتر بهشتی (رحمت‌الله علیه)

کد	سال انتشار	عنوان کتاب
الف	۱۳۹۷	نظام اقتصادی در اسلام (مباحث کاربردی)
ب	۱۳۹۷	نظام اقتصادی در اسلام (مباحث نظری)

ج	۱۳۸۶	سخنرانی‌ها و مصاحبه‌های آیت‌الله شهید دکتر سیدمحمد حسینی بهشتی (جلد ۳)
د	۱۳۸۷	بانکداری، ربا و قوانین مالی در اسلام
ه	۱۳۸۶	ولایت، رهبری و روحانیت
و	۱۳۶۴	مشروح مذاکرات مجلس؛ بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (جلد ۱)
ز	۱۳۹۰	حزب جمهوری اسلامی (گفتارها، گفت‌وگوها، نوشتارها)
ح	۱۳۸۸	حزب جمهوری اسلامی (مواضع تفصیلی)
ط	۱۳۹۰	شناخت اسلام

- مرحله دوم: تبیین موضوع

برای آگاهی هرچه بیشتر موضوعات پژوهش، نگارندگان با اتخاذ رویکرد توصیفی، با تحلیل مهم‌ترین گفتارها و نوشتارهای موجود از شهید بهشتی در هر قسمت، سعی بر ترسیم نسبتاً جامع از دیدگاه فکری ایشان در مباحث مورد کاوش در پژوهش داشته‌اند.

- مرحله سوم: ترسیم جداول معنایی

کدگذاری فرایندی است که در خلال آن، متن مورد مطالعه و تحلیل قرار می‌گیرد و نگاه به تناسب دلالتی که دارد، یک عدد (کد) برای آن تعبیه می‌شود که در نتیجه آن، مفهوم مورد نظر در قسم مشخص و خاص خود جاگذاری می‌شود.

- مرحله چهارم: تحلیل عدد (کد)های تحلیلی

با عنایت به شبکه‌های مفهومی و معنایی درون متن، نویسندگان در زیر هرکدام از جداول، تحلیل‌های مرتبط با این شبکه‌ها را ارائه و به مقتضای هر بحث، این معانی را مکان‌یابی و جاگذاری کرده‌اند.

درباره پیشینه تحقیق، تاکنون برخی نویسندگان در مقام بیان جایگاه ولایت فقیه در جامعه اسلامی و نسبت آن با قانون اساسی از نگاه شهید بهشتی برآمده‌اند از جمله مرحوم داوود فیروزی

در مقاله خود با عنوان «رهبری و حکومت در اندیشه شهید بهشتی؛ نظریه امت و امامت»، در مقام تبیین نظر شهید بهشتی درباره نظام امت و امامت، اصل ولایت فقیه و رابطه آن با حاکمیت ملی و احزاب و نیز گستره اختیارات ولی فقیه برآمده است و با استناد به صحبت‌های ایشان در روند مشروح مذاکرات قانون اساسی، گستره اختیارات ولی فقیه از نگاه شهید بهشتی را محدود به اصل ۱۱۰ قانون اساسی تفسیر کرده‌اند (فیرحی، ۱۳۹۱، صص. ۳۰۷-۳۰۸). همچنین، سیدجواد ورعی در کتاب خود با عنوان نقش شهید بهشتی در تدوین قانون اساسی با تأکید بر حقوق مردم، در فصل ۴ کتاب به طرح دیدگاه‌های ایشان در موضوع رهبری و قلمرو اختیارات وی در ساختار نظام سیاسی و نسبت آن با حقوق ملت می‌پردازد و با استناد به صحبت‌های شهید بهشتی در مشروح مذاکرات قانون اساسی، اعتقاد دارند شهید بهشتی تنها ساختار قانون اساسی را مجرای اعمال ولایت از جانب ولی فقیه می‌داند و ولی فقیه نمی‌تواند خارج از قانون اساسی به اعمال ولایت بپردازد (ورعی، ۱۳۹۸، صص. ۹۶-۹۸). محمد سروش محلاتی در کتاب بازگشت «از» بهشتی، بازگشت «به» بهشتی، مباحثی از اندیشه‌های سیاسی، اقتصادی و اجتماعی شهید بهشتی را ارائه کرده و درصدد پاسخ به این پرسش بوده است که حال کنونی جامعه با این اندیشه‌ها چه نسبتی دارد و در کجا از آن‌ها بازگشت شده و چگونه می‌توان به آن‌ها بازگشت داشت و در همین راستا، به فراخور بحث، به مسئله ولایت فقیه از نگاه شهید بهشتی اشاره داشته و با آوردن استناداتی از صحبت‌های ایشان، ولایت مطلقه فقیه از نگاه ایشان را محدود و تعریف شده در حدود قانون اساسی دانسته است و اذعان می‌دارد که شهید بهشتی تشخیص مصلحت جامعه را موضوعی تخصصی می‌دانست که در اختیار شخص حاکم نیست، بلکه کارشناسان درباره آن نظر می‌دهند و تصمیم می‌گیرند (سروش محلاتی، ۱۳۹۷، ص. ۲۳).

از همین رهگذر، وجه تمایز این پژوهش با آثار یادشده در این است که اولاً، این پژوهش اختصاصاً به بررسی نظریه ولایت مطلقه فقیه از نگاه شهید بهشتی پرداخته و تاکنون پژوهشی با این عنوان و در این باره به رشته تحریر درنیامده است. ثانیاً، در مکتوبات یادشده، ولایت فقیه از نگاه شهید بهشتی محدود به قانون اساسی برداشت و چنین اذعان شده است که ولی فقیه صلاحیت اعمال ولایت خارج از طریق قانون اساسی را ندارد درحالی‌که مقاله پیش رو با نگاهی جامع‌الاطراف و کل‌نگر از گفتارها و نوشتارهای شهید بهشتی و نه صرفاً مشروح مذاکرات قانون

اساسی، به واکاوی ضرورت ولایت مطلقه فقیه، دلایل اثبات‌کننده ولایت مطلقه فقیه و حدود اختیارات آن از نگاه شهید بهشتی پرداخته است.

پژوهش حاضر در پنج بخش سامان یافته است. بدین ترتیب که ابتدا چهارچوب نظری تحقیق و ضرورت وجود «ولایت فقیه» در عصر غیبت معصوم (علیه‌السلام) از دید شهید بهشتی تشریح شده است (۱). سپس به بررسی دلایل اثبات‌کننده ولایت مطلقه فقیه از نگاه ایشان پرداخته است (۲) و پس از آن، حدود و گستره اختیارات ولی فقیه با نگاه به نظریه ولایت مطلقه فقیه از نگاه ایشان ارزیابی شده (۳) و درنهایت، به تبیین دیدگاه شهید بهشتی درباره جایگاه نهاد ولایت فقیه در قانون اساسی اقدام می‌شود (۴).

#### ۱. چهارچوب نظری تحقیق و ضرورت ولایت فقیه در عصر غیبت معصوم (علیه‌السلام)

طبق اصول مکتب امامیه، ولایت از آن خداوند متعال است که پس از او به پیامبر اکرم (صلی‌الله علیه و آله) و ائمه معصوم (علیهم‌السلام) تفویض و سپرده شده است. در زمان حاضر که عصر عدم دسترسی به امام معصوم (علیه‌السلام) است، بر اساس روایات مأثوره، ولایت به فقیه عادل جامع‌الشرایط محول شده است. درباره حدود اختیارات فقیه دارای ولایت میان فقها اختلاف نظر وجود دارد؛ دسته‌ای از ایشان قائل به ولایت مقیده و دسته‌ای دیگر قائل به ولایت مطلقه هستند. مقصود از ولایت مطلقه فقیه در پژوهش حاضر این است که فقیهی که از نگاه مکتب اسلامی حائز اوصاف حکومت کردن است و از لحاظ دانایی، دین‌مداری و قدرت اداره جامعه، نسبت به دیگران از شباهت بیشتری به معصوم (علیه‌السلام) برخوردار بوده و توانایی تشکیل و استقرار حکومت اسلامی را داشته باشد، در مدیریت امور اجتماع از همه اختیارات حکومتی معصومان (علیهم‌السلام) بهره‌مند خواهد بود. «اتلاق داشتن ولایت» در این تعریف به مفهوم تعادل و تناسب میان تکالیف متعدد و دشوار نظام اسلامی و اختیارات وسیع ولی فقیه در امتداد اجرای تکالیف و محقق شدن وظایف حکومتی است (نیکونهاد، ۱۳۸۹، ص. ۲۲). معیار تشخیص اینکه فقیهی معتقد به ولایت عامه/خاصه یا ولایت مطلقه/مقیده است، چند مورد است.

نخست: در گفتارها یا نوشتارهای شخص، تصریحی بر این موضوع وجود داشته باشد.

دوم: پذیرش امکان استقرار حکومت اسلامی و تدبیر مصالح اجتماعی جامعه حاکی از اعتقاد به

ولایت مطلقه و عدم پذیرش این موضوع حاکی از اعتقاد به ولایت مقیده است. سوم: قبول شأن و وظیفه اجرای حدود الهی در عصر غیبت که البته دائمی نیست، اما غالب فقهای معتقد به ولایت مطلقه آن را پذیرفته‌اند (غلامی و عزیزی، ۱۴۰۱، ص. ۵۲۰).

با بررسی ضوابط فوق درمی‌یابیم که شهید بهشتی (رحمت‌الله علیه) از قائلان به ولایت مطلقه فقیه بوده است؛ زیرا در سخنان ایشان هم تصریح بر این مطلقه و عامه بودن ولایت فقیه و هم تصریح بر امکان تشکیل حکومت اسلامی و ضرورت آن برای فقیه در عصر غیبت وجود دارد. افزون بر اینکه قرار گرفتن ایشان در سمت ریاست شورای عالی قضایی و دیوان عالی کشور که وظیفه اجرای حدود الهی را بر عهده دارد، دلیل قاطع دیگری بر اعتقاد ایشان به ولایت مطلقه و عامه فقیه به شمار می‌آید. در ادامه، به بررسی ضرورت، دلایل اثبات‌کننده و بررسی گستره و حدود اختیارات ولی فقیه در نگاه ایشان و با دقت در قانون اساسی پرداخته می‌شود.

درباره ضرورت ولایت فقیه در عصر غیبت باید اظهار داشت که بنا بر اعتقاد مکتب امامیه، نبی اکرم (صلی‌الله علیه و آله) هم احکام الهی را تبیین کرده و هم در راستای عملیاتی کردن آن‌ها نسبت به تأسیس حکومت مبادرت ورزیده و خود ایشان رهبری و زعامت جامعه اسلامی را بر دوش گرفته است. از آنجاکه دین اسلام، دین خاتم است، آنچه این خاتمیت را ضمانت می‌کند، استمرار ولایت و رهبری جامعه اسلامی است که در کتاب خدا و عترت پیامبر اکرم (صلی‌الله علیه و آله) تجلی می‌یابد (جوادی آملی، ۱۳۹۱، صص. ۲۳۵-۲۳۹). بر اساس ادله فقهی و روایی، ولایت و رهبری جامعه در عصر غیبت که به امام معصوم (علیه‌السلام) دسترسی وجود ندارد، بر عهده فقیه جامع‌الشرایط است.

از آنجاکه ولایت فقیه تداوم‌بخش ولایت ائمه اطهار (علیهم‌السلام) در جامعه اسلامی شمرده می‌شود، ضرورت دارد تا فقیه از تمام اختیارات و شئون حکمرانی معصومان (علیهم‌السلام) جز مواردی که مختص به ایشان است، بهره‌مند باشد تا توانایی اداره جامعه اسلامی را داشته باشد.

جدول «دو»: مدارک مرتبط با ضرورت ولایت فقیه در عصر غیبت

کد	دلالت	منبع	متن
۱	ضرورت ولایت فقیه برای همه مسلمانان اعم از شیعه و سنی به یک اندازه اصالت و اعتبار دارد.	ح: ۳۸۹	شاید برخی تصور کنند که مفاد این اصل فقط با مبانی شیعه اثناعشری سازگار است که معتقد به امام دوازدهم و غیبت اوست و فقها را نایب عام او می‌داند، ولی این تصور درست نیست؛ زیرا ضرورت ولایت فقیه همچون ضرورت اصل امامت ناشی از ضرورت حاکمیت مکتب در جامعه اسلامی است. در یک جامعه مکتبی، ولی امر باید برجسته‌ترین مثال علمی و عملی مکتب باشد. بنا بر اصل ۵ قانون اساسی و ضرورت ولایت فقیه، رهبری یک اسلام‌شناس عادل و باتقوا و شجاع و آگاه به زمان و مدیر و مدبر برای مسلمان سنی به همان اندازه اصالت و اعتبار دارد که برای مسلمان شیعی.
۲	معنای اطاعت از ولی فقیه در عصر غیبت	ط: ۹۹	اطاعت کسانی که بحق بر ما ولایت دارند و رعایت مصلحت خود ما و مصلحت عمومی ایجاب می‌کند که فرمان‌بردار آنان باشیم؛ نظیر اطاعت پیغمبر، امام، زمامداران و پیشوایانی که به فرمان پیغمبر و امام یا طبق موازین معتبر در عصر غیبت به این منصب رسیده باشند. این نوع اطاعت خودبه‌خود در محدوده‌ای است که خدا تعیین کرده و بنابراین، همواره مشروط به این است که دستور صاحبان این مناصب از حدود عدل و قانون تجاوز نکند و اطاعت‌کننده خود موظف است هر دستوری را که دریافت می‌کند، از این نظر ارزیابی کند و اگر آن را برخلاف عدل و

کد	دلالیت	منبع	متن
			قانون یافت، از اجرای آن خودداری ورزد.
۳	ضرورت رجوع به ولی فقیه و اطاعت از او در عصر غیبت امام معصوم (علیه السلام)	ط: ۴۱۹	در عصر ما که عصر غیبت امام منصوب است، شیعه دسترسی مستقیم به رهبری که از جانب خدا و پیغمبر تعیین شده باشد، ندارد. بنابراین، در این دوره شیعه باید برای شناخت صحیح اسلام به کسانی مراجعه کند که بر فهم قرآن توانا و از سیره نبی اکرم و امامان پس از او به اندازه کافی آگاه باشند و بتوانند با استفاده از این دو منبع، درباره مسائل روز نظر دهند.

شهید بهشتی (رحمت‌الله علیه) مانند دیگر فقهای مذهب امامیه، رجوع به ولی فقیه و اطاعت از او را در عصر غیبت امام معصوم (علیه السلام) موضوعی حتمی قلمداد می‌کند؛ زیرا در زمان حاضر، مسلمانان به امام معصوم منصوب از جانب خداوند دسترسی ندارند و باید برای شناخت اسلام به افرادی مراجعه کنند که مسلط بر فهم قرآن بوده و از سیره نبی اکرم و ائمه اطهار (علیهم السلام) به اندازه کافی آگاه باشند و بتوانند با استفاده از این دو منبع، درباره مسائل روز نظر دهند (کد ۳). به عقیده ایشان، افرادی مانند پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله)، ائمه اطهار (علیهم السلام) و پیشوایانی که به فرمان پیغمبر و امام یا طبق موازین معتبر در عصر غیبت به این منصب رسیده باشند، بر مسلمانان و جامعه اسلامی ولایت دارند و رعایت مصلحت شخصی و جمعی مسلمانان اقتضا دارد که فرمان بر ایشان باشند که البته این اطاعت مشروط بر این است که اولاً، در حدودی باشد که خداوند معین فرموده است و ثانیاً، دستورات و فرامین ایشان از مرز حق و عدل و قانون اسلام فراتر نباشد (کد ۲).

بر اساس اندیشه آیت‌الله بهشتی (رحمت‌الله علیه)، ضرورت ولایت فقیه مانند ضرورت اصل امامت ناشی از ضرورت حاکمیت مکتب در جامعه اسلامی است و مفاد اصل ولایت فقیه برای تمام مسلمانان و جامعه اسلامی اعم از شیعه و سنی به یک اندازه اعتبار و اصالت دارد؛ زیرا

ولی امر در جامعه مکتبی مسلمانان باید عالی‌ترین و کامل‌ترین الگوی علمی و عملی مکتب اسلام برای همه جامعه اسلامی باشد (کد ۱).

## ۲. دلایل اثبات‌کننده مطلقه بودن ولایت فقیه از نگاه شهید بهشتی

وسعت منابع مالی جامعه اسلامی و ضرورت تقسیم عادلانه و مدیریت حکیمانه آن‌ها، خود دلیلی قاطع بر مطلقه بودن گستره اختیارات ولی فقیه و نیز تشکیل حکومت اسلامی است؛ زیرا وجود این همه منبع مالی و درآمدهای مالیاتی نمی‌تواند غایتی جز تشکیل حکومت اسلامی به دست فقیه جامع‌الشرایط در عصر غیبت امام معصوم (علیه‌السلام) داشته باشد (مرتاضی، ۱۳۹۵، ص. ۲۸). از نگاه شهید بهشتی، حکومت اسلامی که بر اساس در نظر گرفتن مصالح عمومی جامعه تصمیم‌گیری و عمل می‌کند، وظیفه دارد تا در راستای رعایت مصالح امت اسلامی نسبت به مصرف این منابع مالی اقدام لازم را انجام دهد که تشخیص این موضوع با رهبری این حکومت است.

### ۱.۲. تثبیت قیمت کالاها در راستای مصالح امت

جدول «سه»: مدارک مرتبط با بحث تثبیت قیمت کالاها در راستای مصالح امت

کد	دلالت	منبع	متن
۴	تثبیت قیمت کالاها در راستای مصالح امت از جمله مصادیق مطلقه بودن ولایت است.	د: ۲۱۸	اگر حکومت طرف‌دار مصالح جامعه اسلامی طبق ضوابط اسلامی که اولاً، ضابطه تشخیص مصلحت، ضابطه اسلامی باشد و حکومت فقط روی مصلحت جامعه تصمیم بگیرد یک چنین قیمتی را در مؤسسات تولیدی یا توزیعی یا هر واحد دیگر ممنوع کرد، ممنوع کردن او حرمت می‌آورد.
۵	تثبیت قیمت کالاها در راستای مصالح امت از جمله مصادیق مطلقه	د: ۲۴۱	تثبیت قیمت‌ها جایز نیست مگر برای امام یا ولی مسلمانان که جامعه را به اسلوبی که اسلام می‌پسندد، اداره کند؛ یعنی یک وقت است که قدرت‌ها می‌آیند و در جهت منافع دیگران و منافع گروه خاص تثبیت



کد	دلالیت	منبع	متن
	بودن ولایت است.		<p>قیمت می‌کنند که این حرام است. آن‌ها چه حقی دارند که چنین کاری بکنند؟ هرکس هر کاری دارد، آزاد بکند. یک وقت است که قدرتی و حکومتی، قیمتی را در جهت مصلحت مسلمین تثبیت می‌کند که والی و امام مسلمین هر کاری را که مصلحت اسلام و جامعه اسلامی ایجاب می‌کند، انجام می‌دهد. پس جهت مشخص است؛ تثبیت قیمت در جهت مصلحت امت. هیچ اشکال هم ندارد و حلال مشکل هم هست و تمام این مسائل حل می‌شود.</p>
۶	<p>با مطلقه دانستن ولایت فقیه می‌توان تعیین نرخ و سهمیه‌بندی کردن کالاها را در راستای مصالح امت صحیح تلقی کرد.</p>	<p>ز: ۱۳۲- ۱۳۳</p>	<p>در آن بینش از نظام ارزشی اسلام که نرخ‌گذاری از جانب حکومت اسلامی را نه تنها جایز می‌داند، بلکه یک وظیفه می‌داند، اگر الان حکومت ما به تعیین نرخ اقدام کند، می‌گوید کار اسلامی کرد، او را حمایت کنیم و در آن بینش از نظام ارزشی اسلام که فکر می‌کند نه، اسلام دین آزادی است، بنابراین، در نرخ هم آزاد است، انسان هر مقدار که کالا دارد به هر نرخی که می‌خواهد می‌فروشد و سزای گران‌فروشی هم نخریدن است. او آزاد است بفروشد، او هم آزاد است نخرد. یک بینش می‌گوید در موقعی که کالاها کم است و عرضه کافی نیست، برای اینکه هنوز تولید کافی نیست و به اندازه کافی ارز نداریم تا وارد کنیم، بنابراین، نه می‌شود کالای وارداتی عرضه کرد نه می‌شود کالای تولیدی عرضه کرد، چون هنوز تولید زیاد نیست، باید سهمیه‌بندی کنیم؛ اگر نفت کم داریم،</p>

کد	دلالات	منبع	متن
			گیر همه کم بیاید. بنابراین، عدل اسلامی سهمیه‌بندی را ایجاب می‌کند.

یکی از امور اقتصادی جامعه، بحث قیمت‌گذاری دولت بر کالاها و محصولات است که در متون فقهی از آن به تسعیر یا تثبیت‌السعر تعبیر شده است. تسعیر در لغت به معنای چیزی است که قیمت و بهای شیء را معین و مشخص می‌سازد و در اصطلاح، امر سلطان یا نایب او یا هر شخصی که ولایت امر مسلمانان در ید اختیار اوست، به تجار و بازاریان است که برای حفظ مصلحت جامعه اسلامی، محصولات را به قیمت مشخصی معامله کنند و از گران یا ارزان‌فروشی آن کالا منع شوند (ابن‌منظور، ۱۴۱۴، ج ۶، ص. ۳۰). در میان فقها دو دیدگاه در این باره وجود دارد؛ عده‌ای از جمله شیخ طوسی و علامه حلی قائل هستند که فروشنده در تعیین قیمت محصول خویش دارای آزادی و اختیار است. از سویی قیمت‌گذاری دستوری موجب می‌شود تاجران کالاهای خود را از سطح بازار جمع‌آوری و از عرضه آن‌ها جلوگیری کنند. این موضوع موجب ضرر و زیان به مردم می‌شود و از این‌رو این را جایز نمی‌دانند (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۳، ص. ۲۱۲؛ حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۲، ص. ۱۶۸). برخی دیگر از فقها مانند شیخ مفید و امام‌خمينی (رحمت‌الله علیه) معتقدند که امام و والی جامعه اسلامی می‌تواند در راستای رعایت مصالح امت اقدام به تعیین قیمت و تثبیت آن بر اجناس و کالاهای بازار کند (محمدی بلبان‌آباد، ۱۳۹۹، ص. ۸۷).

از نگاه شهید بهشتی (رحمت‌الله علیه)، اگر در جامعه اسلامی حکومتی برپا شد که طرفدار رعایت مصالح جامعه اسلامی باشد، چنانچه تشخیص مصلحت طبق ضوابط اسلامی باشد، تثبیت قیمت برای مؤسسات تولیدی یا صنعتی جامعه اسلامی ممنوعیت و حرمت می‌آورد (کد ۴). ایشان با استناد به کتاب تحریرالوسیله استاد خود - امام‌خمينی (رحمت‌الله علیه) - بیان می‌دارد که تنها امام معصوم (علیه‌السلام) یا والی جامعه اسلامی در عصر غیبت که نایب ایشان شمرده می‌شود و دارای بسط قدرت است، این اختیار را دارد که در راستای رعایت مصالح امت اسلامی به تثبیت قیمت کالاها و خدمات بپردازد؛ زیرا امام، مسلمانان جامعه را بر محور اصول و تعالیم اسلامی

راهبری می‌کند برخلاف حکومت‌ها و قدرت‌هایی که در راستای منافع دیگران و گروهی خاص به تثبیت قیمت کالا و خدمات می‌پردازند که این موضوع مورد قبول اسلام نیست و حرام تلقی می‌شود (کد ۵). شهید بهشتی عقیده دارد که در آن بینش از نظام ارزشی اسلام که نرخ‌گذاری از جانب حکومت اسلامی را نه تنها جایز می‌داند، بلکه وظیفه تلقی می‌کند، اگر حکومت به تعیین نرخ اقدام کند، می‌گوید کار اسلامی کرده است و آن را حمایت می‌کند. مثال بارز این موضع هنگام عدم تناسب میان تولید و توزیع در جامعه اسلامی، اقدام به سهمیه‌بندی است که اقتضای عدل اسلامی را دارد. بنابراین، با اعتقاد به این بینش که ولایت فقیه را مطلقه می‌انگارد، می‌توان تعیین نرخ و سهمیه‌بندی کردن کالاها را در راستای مصالح امت اقدامی درست دانست (کد ۶).

در مجموع، اظهارات شهید بهشتی نشان می‌دهد که ایشان دایره اختیارات ولی فقیه را وسیع‌تر از امور حسبه تفسیر می‌کند؛ زیرا اقدام حاکم اسلامی در اقتصاد که در راستای حفظ مصلحت مسلمانان و جامعه اسلامی باشد، با نظریه ولایت مطلقه فقیه سازگاری دارد؛ افزون‌بر اینکه شهید بهشتی به کتاب فقهی امام خمینی (رحمت‌الله علیه) که خود ایشان از جمله معتقدان جدی نظریه ولایت مطلقه فقیه هستند، استناد می‌کند که خود دلیلی بر اثبات مطلقه بودن ولایت فقیه است.

## ۲.۲. لایحه قانونی چگونگی واگذاری و احیای اراضی در حکومت جمهوری اسلامی ایران

جدول «چهار»: مدارک مرتبط با بحث چگونگی واگذاری و احیای اراضی

در جمهوری اسلامی ایران

کد	دلالیت	منبع	متن
۷	در لایحه زمین، تشخیص ولی امر در راستای حفظ مصلحت جامعه اسلامی ضروری است و اطلاق	الف: ۷۶-۷۷	حق تصرف ولی امر در اموال خصوصی یا شخصی نه در جهت تأمین خواسته‌های ولی امر، بلکه در جهت حفظ مصالح ضروری است و تشخیص مصالح ضروری که مبنای تصرفات مشروع و مجاز ولی امر در اموال شخصی و خصوصی اشخاص حقیقی یا حقوقی قرار می‌گیرد، بر عهده خود ولی امر است و

کد	دلالیت	منبع	متن
	داشتن ولایت فقیه، مبنای تصرف ولی امر است.		ولی امر در این جریان نمی‌تواند تابع دیگران باشد. [لذا] ولی امر در این تشخیص می‌تواند از هر فرد یا گروهی که صالح بداند کمک گرفته، این تشخیص را بر عهده آن‌ها گذاشته و به تشخیص آن‌ها اعتماد کند؛ چون قطعاً ولی امر وقت اینکه در همه ابواب و مسائل، خودش رسیدگی کرده و رأساً به تشخیص مسائل بپردازد، نخواهد داشت.
۸	اولویت داشتن ولی امر بر مالکیت شخصی افراد در راستای مصالح جامعه	ب: ۱۸ و ۲۹	یکی از زیربناهای اساسی در نظام اقتصادی اسلام این است که حکومتی که نماینده جامعه می‌باشد، نسبت به تمام اموال شخصی در جهت مصالح ضروری جامعه بر خود مالک حق تقدم دارد؛ نه برای اینکه برای خودش کاخ بسازد، بلکه حکومتی که از این اموال شخصی در جهت مصالح جامعه انسان‌ها بخواهد استفاده بکند و استفاده از مال من و شما را در آن جهت لازم ببیند، اصلاً احتیاج به اجازه گرفتن از افراد جامعه ندارد، بلکه اصلاً بر ایشان حق تقدم دارد و این مورد از جمله نصوص صریح قرآن است.

پس از پیروزی انقلاب اسلامی ایران، یکی از موارد چالش برانگیز در جامعه، مسئله زمین و چگونگی تقسیم‌بندی اراضی در کشور بود که در رژیم گذشته انجام شده بود. این مسئله از مهم‌ترین دغدغه‌های امام خمینی (رحمت‌الله علیه) و نیز اعضای شورای انقلاب اسلامی بود. ایشان سعی در سامان‌دهی این مسئله داشتند تا اینکه در ۲۵ شهریور سال ۱۳۵۸، جزئیات تقسیم اراضی کشور که به تأیید شورای انقلاب رسیده بود، منتشر شد. یکی از دلایل اثبات‌کننده ولایت مطلقه فقیه در این لایحه بدین‌گونه جلوه‌گر شد که ولی امر جامعه اسلامی نسبت به خود افراد از حق تقدم مالکیت در راستای نگاهبانی از مصالح عمومی جامعه برخوردار است.

از نظر شهید بهشتی، یکی از زیربناهای مهم و پایه‌ای نظام اقتصادی اسلام این است که حکومتی که نماینده جامعه است، نسبت به تمام اموال شخصی در راستای مصالح ضروری جامعه بر خود آن مالک حق تقدم دارد و حکومتی که از این اموال شخصی در راستای مصالح جامعه استفاده کند و استفاده از اموال شخصی افراد جامعه را در آن راستا لازم ببیند، نیاز به اجازه گرفتن از افراد جامعه ندارد، بلکه اصلاً بر ایشان حق تقدم دارد و این مورد را از جمله نصوص صریح قرآن می‌داند (کد ۸).

ایشان معتقد است که حق تصرف ولی امر جامعه اسلامی در اموال خصوصی یا شخصی افراد، آن هم نه برای تأمین خواست‌ها و نیازهای خویش، بلکه برای حفظ مصالح عمومی جامعه ضروری است و تشخیص مصالح ضروری که مبنای تصرفات مشروع و مجاز ولی امر در اموال شخصی و خصوصی اشخاص حقیقی یا حقوقی قرار می‌گیرد، بر عهده خود ولی امر است و وی در این جریان نمی‌تواند تابع دیگران باشد؛ البته ولی فقیه می‌تواند در راستای این تشخیص از افراد یا گروه‌های مورد اعتماد کمک گیرد یا بخشی از اجرای آن را بر عهده ایشان قرار دهد (کد ۷).

### ۳.۲. اخذ مالیات

جدول «پنج»: مدارک مرتبط با بحث اخذ مالیات‌ها

کد	دلالیت	منبع	متن
۹	نظرات فقها درباره مالیات	الف: ۱۲۰- ۱۲۱	بسیاری از فقها چنین نظر می‌دهند که مالیات‌های اسلامی همین مالیات‌هایی است که در کتاب و سنت از آن‌ها نام برده شده و اگر در یک نظام اجتماعی، همه کسانی که مالیات به آن‌ها تعلق می‌گیرد، آن را پرداخت نمایند، کافی است و جای خالی باقی نمی‌ماند... [در مقابل] عده دیگری از فقها معتقد هستند که ممکن است در جامعه اسلامی نیازهای مالی و هزینه‌هایی پیش آید که با این مالیات‌ها تأمین نشود. در این حالت، همه مردم وظیفه دارند در حدود

کد	دلالت	منبع	متن
			امکان‌اتشان در تأمین هزینه‌ها شرکت کنند.
۱۰	مقتضای ادله عامه ولایت فقیه این است که در صورت کافی نبودن مالیات‌های اسلامی، نسبت به وضع مالیات‌های جدید اقدام شود.	الف: ۱۲۳- ۱۲۵	هر وقت در جامعه اسلامی نیازهایی پیش بیاید که احتیاج به پول بیشتر دارد، بر هر مسلمانی واجب است که در حد توانایی با آنچه اضافه دارد، به میدان برود... بر این پایه، همه مسلمان‌ها متعهدند که کل هزینه‌های یک جامعه اسلامی را تأمین کنند... مسئله این است که آیا در این نوع انفاق که هرکس با آنچه در توان دارد باید به صورت کفایی به میدان بیاید، افراد باید به میل خود این کار را انجام دهند یا در صورتی که به میل خود انجام ندادند، دولت می‌تواند از آن‌ها بگیرد؟ اگر هم‌اکنون جنگ یا سیل پیش بیاید و اعلام شود که هرکس با آنچه مقدور اوست، به کمک جنگ‌زدگان و سیل‌زدگان بیاید، آیا دولت می‌تواند این کمک‌ها را بگیرد یا این تکلیفی است که اشخاص باید با میل و اختیار خود انجام بدهند؟ این خود بحثی است؛ در این موارد اگر دولت اسلامی، امام و ولی‌امر و والی مسلمین مشاهده کرد کسانی که به اختیار خود این کمک‌ها را می‌آورند، تعدادشان کافی نیست و میزان آن کم است، می‌تواند با ضریب معینی مقرر کند که باید پرداخته شود و اگر نپرداختند از آن‌ها بگیرد. این می‌شود همان مالیات و مقتضای اصول عامه فقه ما در امر ولایت فقیه و ولایت بر مسلمین است که مالیات‌های مشخصی را وضع و آن را دریافت می‌کند. این امر به مقتضای ادله عامه ولایت

کد	دلالت	منبع	متن
			است؛ زیرا ولی امر مسئول است و باید جامعه اسلامی را بگرداند و آن را اداره کند و لوازم این اداره را نیز فراهم کند... اگر او اداره نکند، چه کسی اداره می‌کند؟ هر وقت ما نتوانیم کشورمان را اداره کنیم، یک قیم لازم داریم؛ یا روسیه یا انگلیس یا آمریکا یا فرانسه یا آلمان یا ژاپن و بالاخره یکی از کبیروهای دنیا باید قیم من و شمای صغیر باشد مگر آنکه ما خود کبیر شویم که کبیر هستیم.

افزون بر آنچه به عنوان منابع مالی حکومت اسلامی مانند خمس، زکات و... وجود دارد، مالیات‌های دیگری نیز وجود دارد که منحصر به اندازه و زمان خاصی نیست و حاکم اسلامی می‌تواند بنا بر نظر و تشخیص خود و هنگام نیاز به عمران و آبادانی کشور، جهاد در راه خدا، تأمین نیازهای فقیران یا دیگر موارد مانند آن که قوام زندگی مردم و کشور بدان وابسته است، وضع کند؛ زیرا خداوند متعال در آیه ۶ سوره احزاب تصریح می‌فرماید «الَّتِیْ أُولِی بِالْمُؤْمِنِیْنَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ...» و به تبع آن، بر اموال و دارایی ایشان نیز حق ولایت دارد و می‌تواند هر طور که صلاح بداند، در آن تصرف کند (سبحانی، ۱۴۲۴ق، ص. ۹۰۹).

یکی از اختیارات حاکم اسلامی، وضع و اخذ مالیات از مسلمانان است. بنا بر نظر شهید بهشتی (رحمت‌الله علیه)، درباره وضع و اخذ مالیات دو نظر میان فقها وجود دارد؛ بسیاری از فقها چنین نظر می‌دهند که مالیات‌های اسلامی همین مالیات‌هایی است که در کتاب و سنت از آن‌ها نام برده شده است و اگر در نظام اجتماعی، همه کسانی که مالیات به آن‌ها تعلق می‌گیرد، آن را پرداخت کنند، کافی است و جای خالی باقی نمی‌ماند. در مقابل، عده دیگری از فقها معتقد هستند که ممکن است در جامعه اسلامی نیازهای مالی و هزینه‌هایی پیش آید که با این مالیات‌ها تأمین نشود. در این حالت، همه مردم وظیفه دارند در حدود امکاناتشان در تأمین هزینه‌ها شرکت کنند (کد ۹). ایشان که خود از جمله قائلان به نظر دوم است، اعتقاد دارد وضع مالیات‌های جدید که بنا به

ضرورت‌های روز برای اداره جامعه اسلامی مورد نیاز است، به مقتضای ادله عامه ولایت شایان استنباط است؛ زیرا ولی امر مسئول است و باید جامعه اسلامی را بگرداند و آن را اداره کند و لوازم این اداره را نیز فراهم کند. به عبارت بهتر، چنانچه امور و اتفاقات پیش‌بینی‌ناپذیری مانند سیل، زلزله، جنگ و... در جامعه اسلامی رخ دهد، از آنجاکه ممکن است مالیات‌های مقدر اسلامی برای رسیدگی به این امور کافی و وافی نباشد، ولی فقیه می‌تواند بر اساس مقتضای اصول عامه فقه امامیه در ولایت فقیه و ولایت بر مسلمانان نسبت به اخذ مالیات اقدام کند. بنابراین، اگر زمامدار حکومت مسلمانان دید که کار واجبی به زمین مانده است و نیاز به خرج دارد، به مردم اعلام می‌کند هرکس هر مقدار که دارد، کمک کند و اگر مشاهده کرد که کسانی که با میل خود کمک می‌کنند از نظر تعداد کم هستند یا میزان کمکشان به قدر کفایت نیست، ضریب‌های معینی را مشخص می‌کند؛ یعنی مالیات‌های مشخصی را وضع و آن را دریافت می‌کند. دکتر بهشتی (رحمت‌الله علیه) معتقد است که اگر ولی فقیه در راستای اداره جامعه اسلامی برای تأمین پشتوانه مالی دولت اسلامی اختیار وضع و اخذ مالیات نداشته باشد، این مسئله زمینه‌ساز سلطه اقتصادی و سیاسی بیگانگان بر امت اسلامی می‌شود. این موضوع که حکومت ظلم و جور نباید بر مسلمین حاکم باشد و معیارها و زیربنای فکری و فقهی مذهب امامیه در ارتباط با ادله عامه ولایت و حکومت نسبت به تأمین نیازهای ضروری جامعه، اجازه وضع مالیات‌های اضافی را به ولی فقیه می‌دهد (کد ۱۰).

#### ۴.۲. حکم قاضی بر اساس علم خود

جدول «شش»: مدارک مرتبط با بحث حکم قاضی بر اساس علم خود

کد	دلالت	منبع	متن
۱۱	ولایت فقیه همان ولایت امام و پیامبر است.	ج: ۱۸	مسئله علم قاضی فعلاً در نظام قضایی ما بر مبنای فتوای امام است نه بر مبنای رأی منتخب شورای عالی قضایی؛ مبنای فتوای امام در مورد ولایت این است که ولایت فقیه ولی امر همان ولایت امام و پیغمبر است و قاضی می‌تواند بر اساس علم خودش حکم کند.



یکی از دلایل اثبات‌کننده نظریه ولایت مطلقه فقیه، بحث ولایت بر قضا از سوی فقیه است؛ زیرا در این نظریه، همه امور حکومتی و سیاسی از جمله مسئله قضاوت جزو حدود اختیارات و تکالیف ولی فقیه شمرده می‌شود. در نظام قضایی جمهوری اسلامی ایران عمدتاً مبنای اعمال صلاحیت‌های قضایی بر پایه نظرهای فقهی امام خمینی (رحمت‌الله علیه) است. نظر و فتوای امام خمینی (رحمت‌الله علیه) در کتاب تحریرالوسیله در خصوص علم قاضی در صدور حکم چنین است « برای قاضی جایز است که به علمش - بدون بینة یا اقرار یا قسم - در حقوق مردم، بلکه در حقوق خدای متعال حکم کند، بلکه اگر بینة مخالف علم او بود، حکم به بینة جایز نیست. همچنین، قسم دادن کسی که به نظر او دروغ‌گوست، جایز نیست؛ البته برایش جایز است که در چنین صورتی اگر بر او متعین نباشد، متصدی قضاوت نشود» (خمینی، ۱۳۸۵ الف، ج ۲، ص. ۴۳۵).

شهید بهشتی که طبق حکم امام خمینی به ریاست دیوان عالی کشور و شورای عالی قضایی منصوب بود، در زمان تصدی بر شورای عالی قضایی در همین راستا بیان داشت که مسئله علم قاضی فعلاً در نظام قضایی ما بر مبنای فتوای امام است و مبنای فتوای امام در مورد ولایت این است که ولایت فقیه ولی‌امر همان ولایت امام و پیغمبر است. بنابراین، قاضی می‌تواند بر اساس علم خودش حکم کند (کد ۱۱). شهید بهشتی (رحمت‌الله علیه) در تبیین مسئله علم قاضی، به فتوای امام درباره مطلقه بودن ولایت فقیه استناد می‌کند که نشان‌دهنده اعتقاد ایشان به این مسئله است.

### ۳. حدود و گستره اختیارات ولی فقیه با نگاه به نظریه ولایت مطلقه فقیه از دیدگاه شهید بهشتی

درباره محدوده اختیارات ولی فقیه در عصر غیبت معصوم (علیه‌السلام) دو دیدگاه بیان شده است؛ ولایت مطلقه و ولایت مقیده. ولایت مطلقه فقیه به این معنی است که فقیه تمام اختیارات حکومتی امام را داراست مگر آن اختیاراتی که با ادله معتبر استثناء شود. در دیدگاه ولایت مقیده اصل بر این است که فقیه فاقد اختیارات حکومتی است مگر آن مواردی که برای وی به اثبات برسد (راجی، ۱۳۸۷، ص. ۸).

### ۱.۳. ولایت مطلقه فقیه

ولایت مطلقه فقیه یعنی کسی که از دیدگاه اسلام واجد شرایط حکومت است و از نظر علم، تقوا و مدیریت جامعه شباهت بیشتری به معصوم دارد و می‌تواند حکومت تشکیل دهد و در تدبیر امور جامعه همه اختیارات امام معصوم را دارد. ولایت دقیقاً به معنای حکومت، تدبیر امور اجتماعی و مدیریت کلان جامعه است و اطلاق «ولایت» به مفهوم تناسب و توازن میان وظایف گسترده و سنگین حکومت اسلامی و اختیارات وسیع حاکم اسلامی در راستای وظایف و تکالیف حکومتی است (جوادی آملی، ۱۳۹۱، صص. ۴۶۳-۴۶۴).

### ۲.۳. ولایت مقیده فقیه

مهم‌ترین مفهوم در ولایت مقیده، مفهوم «امور حسبه» است. حسبه به اموری اطلاق می‌شود که مورد نیاز عموم است و جامعه هرگز از آن بی‌نیاز نیست. دیدگاه شرع هم در اهتمام به عدم اهمال آن محرز شده و تحقق آن در جامعه ضروری است. این امور هرگاه متصدی خصوصی یا عمومی داشته باشد، به وی واگذار می‌شود، اما اگر ثابت شود که مربوط به نظر امام است یا احتمال دهیم که نظر فقیه در آن دخالت داشته باشد، باید به فقیه ارجاع شود (خمينی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص. ۶۶۵). مطالعه بحث مربوط به امور حسبه در کتاب‌های فقهی نشان می‌دهد که فقها تصدی حسبه را نوعی ولایت تلقی کرده و آن را ضروری‌ترین وظایف و اختیارات فقیه دانسته و شامل آن دسته از امور عام‌المنفعه شمرده‌اند که جامعه هرگز از آن بی‌نیاز نیست مانند تصرفات ضروری در اموال صغار، تعیین قیمت بر آن‌ها، جهاد امریه معروف و نهی از منکر، قضاوت، اجرای حدود و قصاص و برخی دیگر این امور را از موارد ولایت فقیه دانسته‌اند که اثبات آن نیاز به دلیل خاص دارد. در هر حال، امور حسبه از واجبات کفایی شمرده می‌شود و برای همین، شرایط اجرای هر مورد تابع احکام مربوط به آن است و همه موارد امور حسبه از نظر شرایط اجرا یکسان نیست (عمید زنجانی، ۱۳۷۶، صص. ۱۵ و ۱۸). حدود اختیارات ولی فقیه در جامعه اسلامی از نگاه شهید بهشتی به شرح زیر است.

جدول «هفت»: مدارک مرتبط با حدود اختیارات ولی فقیه

کد	دلالمت	منبع	متن
۱۲	<p>۱. لازمه اعتقاد به ولایت بر غُیْب و قَصْر برای فقیه، زندگی در سایه حکومت کفر و ظلم است.</p> <p>۲. نظام جمهوری اسلامی بر اساس اعتقاد ولایت عامه فقیه به وجود آمده است.</p>	الف: ۶۸	<p>بعضی از فقها در باب ولایت فقیه در حد ولایت بر غُیْب و قَصْر بیش از این قائل نیستند. ما می‌گوییم همه آقایانی که نظر فقهی‌شان این است، نظرشان محترم، اما این نظر محور اداره امور حکومت اسلامی نیست؛ برای اینکه از نظر آن آقایان ما حکومت اسلامی هم دیگر نداریم؛ برای اینکه با آن ولایت بر غُیْب و قَصْر که نمی‌شود حکومت کرد. این لازمه‌اش این است که ما همیشه تحت حکومت کفر و ظلم و غیراسلام زندگی کنیم؛ لازمه طبیعی‌اش این است. اصلاً این جمهوری اسلامی بر اساس اعتقاد به ولایت عامه فقیه به وجود آمده است.</p>
۱۳	<p>شهید بهشتی مانند استاد خود - امام خمینی (رحمت‌الله علیه) - از جمله قائلان به نظریه ولایت عامه فقیه بود.</p>	الف: ۶۸	<p>در مورد ولایت فقیه من صریحاً عرض کنم که فتوای فقهی امام که با ایشان هم مفصل بحث کردیم، همان ولایت عامه بدون حد است. ایشان فقط در یک مورد شبهه می‌کنند و آن این است که آیا جهاد تعرضی و جهاد ابتدایی را باید مشروط به اذن امام معصوم بدانیم یا اینکه در آن مورد فقیه می‌تواند اذن دهد. ظاهر فتوای ایشان، مطلبی که یک بار همین دو سال قبل هم از ایشان سؤال کردیم، این است که در این مورد ایشان شبهه می‌کنند و مثل اینکه اذن امام معصوم را شرط می‌کنند. به جز یکی دو مورد دیگر، ولایت فقیه و امام و نبی را در یک ردیف می‌دانند.</p>

کد	دلالت	منبع	متن
۱۴	<p>۱. ولی فقیه که امام جامعه اسلامی است، از ولایت مطلقه برخوردار است.</p> <p>۲. ولایت مطلقه امام مسلمانان اساس و مبنای بینش حقوقی، اجتماعی و اقتصادی نظام اسلامی ایران است.</p> <p>۳. برای امام جامعه اسلامی که می‌خواهد کل جامعه را اداره و رهبری کند، مرز و حریم مالکیت اشخاص نسبت به اموال خود در مقابل دیگری وجود ندارد و در صورت تشخیص مصلحت می‌تواند در آن</p>	الف: ۱۷۷	<p>ما برای امامت اسلامی، ولایت مطلقه قائل هستیم. ما معتقدیم امامت در جهت مصالح عامه مردم هر تصرفی را لازم بدانند، می‌کند و این امر با حقوق شخصی افراد منافاتی ندارد.</p> <p>در حقیقت این قوانینی که در رابطه با مالکیت شخصی و خصوصی و... هست، حریم اشخاص را نسبت به یکدیگر معلوم می‌کند نه نسبت به کل جامعه.</p> <p>برای امامت که می‌خواهد در خط کل جامعه حرکت کند، دیگر این مرزها و حریم‌ها وجود ندارد. این اساس ولایت مطلقه امامت در بینش اجتماعی، اقتصادی و حقوقی است.</p>

کد	دلالیت	منبع	متن
	تصرف کند.		
۱۵	شهید بهشتی مثل استاد خود - امام خمینی (رحمت‌الله) - قائل به ولایت مطلقه فقیه بود.	الف: ۱۷۸	در میان فقهای معاصر ما، فقهی که از همان اول خیلی قاطع به این مسئله معتقد بود و تا آخر هم ایستاد و در این راه موفقیت تاریخی جهانی را برای انقلاب اسلامی به وجود آورد، امام بود. ایشان در بحث‌هایشان با قاطعیت بسیار به ولایت مطلق امامت معتقد بودند؛ چه درباره امام معصوم و چه در مورد امام غیر معصوم به طور کلی. شاید همین اواخر بود حدود چند ماه قبل که در حضور ایشان باز این بحث را مطرح کردیم، دیدیم ایشان همچنان روی این امامت مطلق تکیه می‌کنند.

مرحوم شهید بهشتی در زمینه حدود اختیارات ولی فقیه به هر دو بحث ولایت عامه و ولایت مطلقه فقیه اشاره داشته است.

ایشان درباره ولایت عامه فقیه معتقد بود که نظام جمهوری اسلامی بر اساس اعتقاد ولایت عامه فقیه به وجود آمده است و نظر برخی از فقها که حدود ولایت فقیه را در حد ولایت بر غیب و قصر و بیش از این نمی‌دانند، محترم می‌شمارد، اما آن را محور اداره حکومت اسلامی تلقی نمی‌کند؛ زیرا با اعتقاد به این حد از ولایت نمی‌توان حکومت اسلامی را اداره کرد و این مستلزم آن است که مسلمانان همواره تحت ستم و ظلم حکومت‌های طاغوتی باشند و از استقلال سیاسی برخوردار نباشند (کد ۱۲). ایشان که خود از شاگردان میرزا امام خمینی (رحمت‌الله علیه) بودند، با استناد به فتوای فقهی ایشان بیان می‌دارد که ایشان ولایت فقیه و ولایت نبی اکرم (صلی‌الله علیه و آله) و امام معصوم (علیه‌السلام) را در حوزه اختیارات حکومتی جز چند مورد مانند جهاد ابتدایی و جهاد تعرضی که نیاز به اذن معصوم دارد، در یک ردیف می‌دانند و برای فقیه قائل به ولایت عامه بدون حد هستند (کد ۱۳).

همچنین، آیت‌الله بهشتی درباره ولایت مطلقه فقیه اعتقاد داشتند که ولی فقیه در جامعه اسلامی از ولایت مطلقه برخوردار است؛ زیرا اولاً، نظریه ولایت مطلقه امام جامعه اسلامی، اساس و مبنای پیش حقوقی، اجتماعی و اقتصادی نظام جمهوری اسلامی ایران تلقی می‌شود و ثانیاً، برای امام جامعه اسلامی که می‌خواهد کل جامعه را اداره و رهبری کند، مرز و حریم مالکیت اشخاص نسبت به اموال خود در مقابل دیگر افراد وجود ندارد و ولی فقیه در صورت تشخیص مصلحت می‌تواند در آن تصرف کند (کد ۱۴). ایشان که خود از شاگردان میرزا مکتب فقهی امام خمینی (رحمت‌الله علیه) بودند، با استناد به مباحثات فقهی با ایشان بیان می‌دارد که امام خمینی (رحمت‌الله علیه) با قاطعیت بسیار به ولایت مطلقه به شکل کلی برای امام معصوم (علیه‌السلام) و امام غیر معصوم معتقد هستند و ولایت فقیه و ولایت معصومان (علیهم‌السلام) را در حوزه اختیارات حکومتی در یک حد دانسته‌اند و برای فقیه قائل به ولایت مطلقه هستند (کد ۱۵).

با توجه به تبیین نظر شهید بهشتی، دیدگاه‌هایی که ولایت فقیه از نگاه ایشان را تنها محدود به قانون اساسی تلقی می‌کند، درست به نظر نمی‌رسد (فیرحی، ۱۳۹۱، صص. ۳۰۷-۳۰۸؛ ورعی، ۱۳۹۸، صص. ۹۶-۹۸؛ سروش محلاتی، ۱۳۹۷، ص. ۲۳)؛ زیرا تاریخ ایراد سخنرانی‌های شهید بهشتی درباره ولایت مطلقه و عامه فقیه پس از تصویب قانون اساسی در سال ۱۳۵۹ بوده است و نه پیش از تصویب قانون اساسی. به عبارت دیگر، اگر بیانات شهید بهشتی پیش از تصویب قانون اساسی بود، با نگاهی به بیانات ایشان در مشروح مذاکرات، این نظر مورد تأیید بود که ایشان ولایت فقیه را تنها در چهارچوب قانون اساسی تفسیر می‌کنند درحالی‌که شهید بهشتی اولاً، خود از جمله اعضای مؤثر در روند تصویب اصول قانون اساسی و به خصوص اصل ولایت فقیه بود و ثانیاً، گفتارهای ایشان که پس از تصویب قانون اساسی بوده است، نشان می‌دهد که ولایت فقیه دارای چهارچوب است و به شکل ضابطه‌مند از راه قانون اساسی اعمال می‌شود، اما این به معنای نفی صلاحیت از ورود ولی فقیه در مسئله جدید و مستحدث برای حفظ مصالح مسلمانان نیست.

#### ۴. جایگاه نهاد ولایت فقیه در قانون اساسی

جایگاه نهاد ولایت فقیه و رهبری جامعه اسلامی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به مثابه یک پایه حقوق اساسی بر ضرورت پرداختن به گفتمان رهبران سیاسی جمهوری اسلامی ایران از جمله مرحوم شهید بهشتی که خود در روند تصویب قانون اساسی و به خصوص اصل ولایت فقیه

تأثیر انکارناپذیری دارد، مهر تأیید و تأکید می‌زند؛ زیرا ولی فقیه در قانون اساسی مطابق اصل ۵، ولی امر و امام امت اسلامی شمرده می‌شود و بر اساس اصل ۱۰۷، ولایت امر و همه مسئولیت‌های ناشی از آن را بر عهده دارد (نیکونهاد، ۱۳۹۴، ص. ۲۲۹).

با نگاه به آثار مکتوبی که از مرحوم شهید بهشتی منتشر شده است، روشن می‌شود که جایگاه نهاد ولایت فقیه در قانون اساسی از نگاه ایشان به شرح زیر است.

جدول «هشت»: مدارک مرتبط با جایگاه نهاد ولایت فقیه در قانون اساسی

کد	دلالمت	منبع	متن
۱۶	مرکز ثقل در قانون اساسی نظام جمهوری اسلامی، نهاد ولایت فقیه است.	و: ۳۷۸	اگر قرار است که نظام آینده ما جمهوری اسلامی باشد، در این صورت باید رهبری و مرکز ثقل اداره‌اش بر دوش کسی باشد که چه از نظر آگاهی به اسلام و چه از نظر التزام و مقید بودن به وظایف یک مسلمان، در تمام وظایف فردی، سیاسی، خانوادگی، اجتماعی الگو و نمونه باشد... ملت ما در طول انقلاب و در فراندم اول انتخاب خودش را کرد؛ گفت جمهوری اسلامی. با این انتخاب، چهارچوب نظام حکومتی بعدی را خودش معین کرده و در این اصل و اصول دیگر این قانون اساسی که می‌گوییم بر طبق ضوابط و احکام اسلام، در چهارچوب قواعد اسلام بر عهده یک رهبر آگاه و اسلام‌شناس و فقیه، همه به‌خاطر آن انتخاب اول ملت ماست. در جوامع مکتبی در همه جای دنیا مقید هستند که حکومتشان بر پایه مکتب باشد.
۱۷	نهاد ولایت فقیه در اصول قانون اساسی	ه: ۲۴۵-	ما در اصول قانون اساسی این‌طور گفتیم که جامعه ما یک جامعه اسلامی است. یک جامعه‌ای است که

کد	دلالت	منبع	متن
	در رأس مدیریت کشور قرار می‌گیرد.	۲۴۶	می‌خواهد با اسلام اداره شود. می‌خواهد در راه اسلام بماند؛ آن هم اسلام راستین؛ اسلامی که فقهای متخصص در شناخت اسلام که باتقوا، روشن‌بین و آگاه به مسائل روز باشند، برای مردم بیان می‌کنند. برای این منظور گفتیم جامعه اسلامی ما به این شکل اداره می‌شود که رهبری عالی، فقیه، باتقوای متعهد، مبارز آگاه غیردنیاطلب، فقیهی که مستبد نیست، دیکتاتور نیست، فقیهی که مردم‌دوست است؛ فقیهی با چنین خصلت‌هایی در رأس قوه مدیریت مملکت قرار می‌گیرد.
۱۸	حضور مؤثر فقها در به ثمر رساندن ارزش‌های اسلامی در جامعه اسلامی	ح: ۳۹۰	حضور فقیه برجسته آگاه و باتقوا در اداره جامعه و عدالت و تقوایی که همواره از آن‌ها در مقام رهبری و مسئولیت اداره جامعه تجلی می‌یابد، عامل بسیار مؤثری در ساخت جامعه اسلامی و امت و رشد فضیلت‌های ارزشمند اسلامی در همه دستگاه‌های اجرایی و کل جامعه است. این نقش از آن جهت که در میدان کار و عمل، آن هم کار سخت حکومت کردن، به ظهور می‌رسد، بسیار مؤثرتر از آن است که نقش الگویی آن‌ها صرفاً در مقام یک رهبر فکری و معنوی محدود گردد.
۱۹	شخصی که دارای شرایط اساسی یادشده در اصل ۱۰۹ قانون اساسی	ح: ۳۷۸- ۳۸۰	از بطن امت اسلامی همواره افرادی به‌عنوان امام سر بر می‌آورند که الف. نسبت به مکتب آگاه‌ترین باشد؛ چون رهبری در حوزه مکتب، آگاهی و صاحب‌نظری و عمق علمی و



کد	دلالیت	منبع	متن
	از جمله فقاہت، عدالت، تقوا، تدبیر، حکمت و شجاعت باشد و مورد پذیرش آگاهانه مردم قرار گیرد، می‌تواند در مسند ولی فقیه در جامعه اسلامی قرار گیرد و رهبری ولی فقیه ادامه‌دهنده ولایت و امامت ائمه اطهار (علیهم‌السلام) است و این مسئله در اصل‌های ۵ و ۱۰۷ قانون اساسی منعکس شده است.		<p>تحقیقی نسبت به تعالیم و معیارهای مکتب را لازم دارد.</p> <p>ب. نسبت به مکتب مؤمن‌ترین و برای استقرار آن مشتاق‌ترین و مصمم‌ترین باشد.</p> <p>ج. اخلاق و رفتار و شیوه زندگی و برخوردشان الگو و نمایشگر مکتب باشد.</p> <p>د. هوشیاری و تدبیر و حکمت و شجاعت لازم برای رهبری را دارا باشد.</p> <p>هـ. مورد قبول مردم و برخاسته از بین آنان باشد؛ بدان‌گونه که با قبول و پذیرش آگاهانه و درعین‌حال، مؤمنانه و پر از عاطفه و شوق آن‌ها همراه باشد.</p> <p>در اوج این ارزش‌ها، امامان منصوب و منصوص و معصوم‌اند و در رده بعد، فقیهان و اسلام‌شناسان بالیمان و باتقوای آگاه و شجاع و مدبر که رهبری آن‌ها تداوم همان امامت اسلام است در درجه‌ای پایین‌تر از امامت امامان منصوب و معصوم.</p>
۲۰	عمل رهبر بر اساس مصلحت اکثریت است نه خواست اکثریت	هـ: -۱۹۰ ۱۹۱	<p>انتخاب حکومت با خواست اکثریت است. انتخاب رهبر با خواست اکثریت است، اما عمل رهبر ممکن است با خواست و تمایلات اکثریت متناسب نباشد. عمل رهبر در اینجا با مصلحت اکثریت متناسب است نه با تمایلات اکثریت. این است که حکومت و رهبر در یک جامعه مسلکی، در درجه اول مربی است، در درجه دوم مدیر است. اداره آن جامعه آهنگ تربیت</p>

کد	دلالیت	منبع	متن
			دارد. لذا امام و رهبر در چنین حکومتی مرشد و راهنما نیز هست.

شهید بهشتی اعتقاد دارد که قانون اساسی در یک جامعه مکتبی برآمده از انتخاب نخست مردم آن کشور است و از این رو که ملت مسلمان ایران در گام نخست، نوع نظام حکمرانی خود را به شکل جمهوری اسلامی انتخاب کرده است، مرکز ثقل اداره چنین حکومتی باید بر عهده کسانی قرار گیرد که هم از لحاظ علمی و هم از لحاظ عملی به وظایف اسلامی خود ملتزم و برای مردم سرمشق باشند. برای همین، هدایت و رهبری این جامعه بر عهده رهبر اسلام و رهبر آگاه و اسلام‌شناس و فقیه در چهارچوب قواعد و ضوابط اسلامی قرار می‌گیرد (کد ۱۶). از نگاه دکتر بهشتی، حضور فقیه یا فقهای برجسته آگاه و باتقوا در اداره جامعه و عدالت و تقوایی که همواره از آن‌ها در مقام رهبری و مسئولیت اداره جامعه تجلی می‌یابد، عامل بسیار مؤثری در ساخت جامعه اسلامی و رشد فضیلت‌های ارزشمند اسلامی در همه دستگاه‌های اجرایی و کل جامعه است (کد ۱۸). ایشان به عنایت به شرط فقاها، عدالت و تقوا در شخص رهبر باور دارد. در جامعه‌ای که مردم آن مسلمان هستند و می‌خواهند در راه اسلام رشد کنند، ضرورت دارد که مسائل اسلامی را فقهای متخصص در شناخت اسلام که باتقوا، روشن بین و آگاه به مسائل روز هستند، برای مردم بیان کنند. از این رو نهاد ولایت فقیه و رهبری در اصول قانون اساسی در رأس قوه مدیریت کشور قرار گرفته است (کد ۱۷).

از منظر شهید بهشتی، به دلیل نقش بنیادین «امامت» در اسلام و جامعه اسلامی، تنها شخصی که دارای شرایط اساسی یادشده در اصل ۱۰۹ قانون اساسی از جمله فقاها، عدالت، تقوا، تدبیر، حکمت و شجاعت است و مورد پذیرش آگاهانه مردم قرار می‌گیرد، می‌تواند در مسند و جایگاه ولایت فقیه در جامعه اسلامی قرار گیرد. از آنجاکه رهبری ولی فقیه ادامه‌دهنده ولایت و امامت ائمه اطهار (علیهم‌السلام) است و این مسئله در اصل‌های ۵ و ۱۰۷ قانون اساسی مصوب سال ۱۳۵۸ منعکس شده، ولی فقیه از اختیارات حکومتی ائمه اطهار (علیهم‌السلام) برخوردار است و این مسئله محدودکننده ولی فقیه به قانون اساسی نیست (کد ۱۹). در چنین موقعیتی، عمل رهبر جامعه که با خواست اکثریت بر سر کار آمده است، بر اساس در نظر گرفتن مصالح همه

افراد جامعه و نه خواست اکثریت خواهد بود (کد ۲۰).

البته ذکر این نکته ضروری می‌نماید که از منظر شهید بهشتی در وهله نخست ولی فقیه باید از راه قانون اساسی نسبت به وظایف و اختیارات قانونی خویش بپردازد (مشروح مذاکرات مجلس، ۱۳۶۴، ج ۳، ص. ۱۶۸۶)، اما این به معنای نفی صلاحیت از ورود او به مسئله جدیدی که برای تأمین مصالح امت اسلامی است، نخواهد بود؛ زیرا در خلال مباحث مطروح بیان شد که شهید بهشتی قائل به ولایت مطلقه برای ولی امر و امام جامعه اسلامی بوده است و برای ولی امر که می‌خواهد کل جامعه را اداره و رهبری کند، دیگر این مرزها و حریم‌ها وجود ندارد و این اساس ولایت مطلقه امامت در بینش اجتماعی، اقتصادی و حقوقی است؛ افزون‌بر اینکه امام خمینی (رحمت‌الله علیه) که استاد شهید بهشتی بودند، کمتر از یک ماه پس از تصویب قانون اساسی بر این نکته تأکید داشتند که آنچه در قانون اساسی برای ولی فقیه ذکر شده است، تنها برخی شئون ولایت فقیه را دربرمی‌گیرد و ولایت فقیه در اسلام فراتر از قانون اساسی است (خمینی، ۱۳۸۵، ج ۱۱، ص. ۴۶۴) و سیره حکمرانی امام خمینی (رحمت‌الله علیه) در حکم تأسیس مجمع تشخیص مصلحت نظام و نیز فرمان تشکیل شورای بازنگری قانون اساسی، بر این نکته صحنه می‌گذارد.

### نتیجه‌گیری

از تحلیل و بررسی‌های انجام‌شده در متن پژوهش می‌توان نتایج زیر را استنباط کرد.

۱. ولایت فقیه از نظر شهید بهشتی بدین معناست که در عصر غیبت و عدم دسترسی به امام معصوم (علیه‌السلام)، بر اساس منابع و موازین معتبر از کتاب و سنت، فقیه جامع‌الشرایطی که اکثریت مردم او را به رهبری پذیرفته باشند، زمام امور جامعه اسلامی را به دست می‌گیرد و بر جامعه اسلامی ولایت خواهد داشت.

۲. از نگاه ایشان، انتخاب حکومت و رهبر با خواست و تمایل اکثریت مردم صورت می‌پذیرد، اما این به معنای هماهنگی کامل تصمیم و عمل رهبر با تمایلات غالب مردم نیست؛ زیرا عمل رهبر در جامعه اسلامی با مصالح اکثریت مردم تناسب دارد. این اصل ناشی از تقدم مصلحت جامعه بر مصلحت افراد در بینش اسلامی است.

۳. از منظر شهید بهشتی، ولایت مطلقه فقیه به معنای مطلق‌العنان بودن اختیارات فقیه نیست و با دیکتاتوری و استبداد کاملاً متباین است؛ زیرا از نگاه شهید بهشتی، استبداد زمانی به وقوع

می‌پیوندد که فرد یا گروهی، اطاعت از خود را بر اعضای یک جامعه تحمیل کنند در حالی که اولاً، حکومت اسلامی و حاکم آن یعنی ولی فقیه به هیچ وجه خود را بر مردم تحمیل نمی‌کند. ثانیاً، التزام مردم به اطاعت مؤمنانه از رهبر و امام جامعه استبداد نیست، بلکه همان مدیریت مطلوب جامعه اسلامی است مانند آنچه در داخل هر تشکیلاتی رخ می‌دهد.

۴. جایگاه نهاد ولایت فقیه در قانون اساسی از منظر شهید بهشتی چنین است که مرکز ثقل در قانون اساسی نظام جمهوری اسلامی، نهاد ولایت فقیه است؛ زیرا از نظر ایشان، جامعه اسلامی اگر بخواهد به شکل کاملاً اسلامی اداره شود، ضرورت دارد تا شخص اسلام‌شناس دارای بینش صحیح اسلامی و برخوردار از شرایط و صفات لازم در رأس قوه مدیریت نظام اسلامی قرار گیرد. این بنیادی‌ترین اصل در قانون اساسی به شمار می‌رود.

۵. درباره حدود اختیارات ولی فقیه با نگاه به قانون اساسی و در منظومه گفتارها و نوشتارهای شهید بهشتی می‌توان چنین نتیجه گرفت که اصل بر اعمال ولایت فقیه از راه و روش پیش‌بینی شده در قانون اساسی است، اما این بدین معنا نیست که اگر مصلحت و ضرورتی ایجاب کرد، ولی فقیه نتواند آن را اعمال کند. به عبارت دقیق‌تر، وجود ساختارهای مندرج در قانون اساسی به معنای نفی صلاحیت اعمال ولایت مطلقه از جانب فقیه در صورت وجود ضرورت و مصلحت نیست؛ همان‌طور که پیش از بازنگری قانون اساسی در سال ۱۳۶۸ و ورود لفظ «مطلقه» به اصل ۵۷ قانون اساسی، می‌توان در سیره حکمرانی امام خمینی (رحمت‌الله) که استاد شهید بهشتی (رحمت‌الله) و معتقد به ولایت مطلقه فقیه بودند، این موضوع را در فرمان تشکیل مجمع تشخیص مصلحت نظام در سال ۱۳۶۶ و فرمان تشکیل شورای بازنگری قانون اساسی در سال ۱۳۶۸ مشاهده کرد.

## منابع

- ۱) قرآن کریم.
- ۲) ابن منظور، محمد بن مکرّم بن علی (۱۴۱۴ق). لسان العرب (جلد ۶). بیروت: دارصادر.
- ۳) بهنیا فر، احمد (۱۳۸۷). مفهوم ولایت مطلقه فقیه در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران. فصلنامه علمی مطالعات انقلاب اسلامی، ۴ (۱۲)، صص. ۴۵-۷۶.
- ۴) جاوید، محمدجواد (۱۳۹۱). روش تحقیق در علم حقوق. تهران: مخاطب.
- ۵) جوادی آملی، عبدالله (۱۳۹۱). ولایت فقیه؛ ولایت فقاہت و عدالت. قم: اسرا.
- ۶) حسینی بهشتی، سیدمحمد (۱۳۸۶). ولایت، رهبری و روحانیت. تهران: روزنه.
- ۷) حسینی بهشتی، سیدمحمد (۱۳۸۷). بانکداری، ربا و قوانین مالی در اسلام. تهران: روزنه.
- ۸) حسینی بهشتی، سیدمحمد (۱۳۸۸). حزب جمهوری اسلامی (مواضع تفصیلی). تهران: روزنه.
- ۹) حسینی بهشتی، سیدمحمد (۱۳۹۰ الف). شناخت اسلام. تهران: بقعه.
- ۱۰) حسینی بهشتی، سیدمحمد (۱۳۹۰ ب). حزب جمهوری اسلامی (گفتارها، گفت‌وگوها، نوشتارها)، تهران: روزنه.
- ۱۱) حسینی بهشتی، سیدمحمد (۱۳۹۷ الف). نظام اقتصادی در اسلام (مباحث نظری). تهران: روزنه.
- ۱۲) حسینی بهشتی، سیدمحمد (۱۳۹۷ ب). نظام اقتصادی در اسلام (مباحث کاربردی). تهران: روزنه.
- ۱۳) حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۱۴ق). تذکرۃ الفقہا (جلد ۱۲). قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام).
- ۱۴) خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۷۹). کتاب البیع (جلد ۲). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت‌الله علیه).
- ۱۵) خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۸۵ الف). تحریر الوسیله (جلد ۲). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت‌الله علیه).
- ۱۶) خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۸۵ ب). صحیفه امام خمینی (رحمت‌الله علیه) (جلد ۱۱). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت‌الله علیه).
- ۱۷) راجی، سیدمحمد هادی (۱۳۸۷). قلمرو اختیارات و وظایف ولی فقیه در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه امام‌صادق (علیه‌السلام).
- ۱۸) سبجانی، جعفر (۱۴۲۴ق). المواهب فی تحریر احکام‌المکاسب. قم: مؤسسه امام‌صادق (علیه‌السلام).
- ۱۹) سرابندی، محمدرضا (۱۳۸۶). سخنرانی‌ها و مصاحبه‌های آیت‌الله شهید دکتر سیدمحمد حسینی بهشتی (جلد ۳). تهران: مرکز اسناد انقلاب اسلامی.
- ۲۰) سروش محلاتی، محمد (۱۳۹۷). بازگشت «از» بهشتی، بازگشت «به» بهشتی. تهران: نهادگرا.

- ۲۱) طحان‌نظیف، هادی و داریوند، محمدصادق (۱۴۰۲). تحلیل مفهوم و ابعاد «قانون» در پرتوی اندیشه‌های شهید آیت‌الله دکتر بهشتی (رحمت‌الله علیه). پژوهشنامه حقوق اسلامی، ۵۹ (۱)، صص. ۱-۲۸. doi:10.30497/law.2023.243993.3338
- ۲۲) طوسی، ابوجعفر محمدبن حسن (۱۴۰۷ق). الخلاف (جلد ۳). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ۲۳) عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۷۶). دیدگاه حکومتی در نظریه حسیبه فرضیه حکومت با اختیارات محدود. نشریه حکومت اسلامی، صص. ۱۴-۲۰.
- ۲۴) غلامی، میلاد و عزیزی، سیدمجتبی (۱۴۰۱). بررسی و نقد ادله آیت‌الله بروجردی در باب ولایت فقیه در عصر غیبت. فصلنامه دانش سیاسی، ۱۸ (۲)، صص. ۵۱۵-۵۳۸. doi:10.30497/pkn.2022.14752.2660
- ۲۵) فیرحی، داوود (۱۳۹۱). رهبری و حکومت در اندیشه شهید بهشتی؛ «نظریه امت و امامت». فصلنامه سیاست، شماره ۱، صص. ۲۸۷-۳۱۰. doi:10.22059/jpq.2012.29941
- ۲۶) کدیور، محسن (۱۳۷۹). دغدغه‌های حکومت دینی. تهران: نشر نی.
- ۲۷) کلینی، محمد بن یعقوب بن اسحاق (۱۳۶۵ق)، الکافی (جلد ۲). تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- ۲۸) محمدی بلیان‌آباد، فراست (۱۳۹۹). بررسی قیمت دستوری در فقه اسلامی. دوفصلنامه فقه حکومتی، ۵ (۹)، صص. ۷۹-۹۸.
- ۲۹) مرتضی، احمد (۱۳۹۵). نقش منابع مالی حکومت اسلامی در اثبات ولایت مطلقه فقیه با تأکید بر دیدگاه امام خمینی (رحمت‌الله علیه). نشریه حکومت اسلامی، شماره ۲۱، صص. ۵-۳۲.
- ۳۰) مشروح مذاکرات مجلس (۱۳۶۴). بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (جلدهای ۱، ۲ و ۳) تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی.
- ۳۱) معرفت، محمدهادی (۱۳۷۸). تبیین مفهومی ولایت مطلقه فقیه. نشریه حکومت اسلامی، شماره ۱۵، صص. ۱۱۲-۱۴۵.
- ۳۲) نیکونهاد، حامد (۱۳۸۹). ولایت مطلقه و حاکمیت قانون در نظام حقوق اساسی ایران (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه شهید بهشتی.
- ۳۳) نیکونهاد، حامد (۱۳۹۴). نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران در پرتوی نظریه امت و امامت (رساله دکتری). دانشگاه شهید بهشتی.
- ۳۴) ورعی، سیدجواد (۱۳۹۸). نقش شهید بهشتی در تدوین قانون اساسی با تأکید بر حقوق مردم. تهران: روزنه.

## References

- 1) The Holy Quran.
- 2) Amīd Zanjānī, ‘Abbās ‘Alī (1376 SH). Dīdgāh Ḥokūmatī dar Nazariyeh Hesbah Farziyeh Ḥokūmat bā Ekhtiyārāt Maḥdūd [Governmental Perspective in the Theory of Hisbah: Hypothesis of Government with Limited Authorities]. Nashriyeh Ḥokūmat Eslāmī, 14-20 [in Persian].
- 3) Behniāfar, Aḥmad (1387 SH). Mafhūm Walāyat Motlaqeh Faqīh dar Qānūn Āsāsī Jomhūrī Eslāmī Īrān [The Concept of Absolute Guardianship of the Jurist in the Constitution of the Islamic Republic of Iran]. Faslnāmeḥ ‘Elmī Motāle‘āt Enqelāb Eslāmī, 4 (12), pp. 45-76 [in Persian].
- 4) Feirāhī, Dāvūd (1391 SH). Rahbarī va Ḥokūmat dar Andīsheh Shahīd Beheshtī; “Nazriyeh Ommat va Emāmat” [Leadership and Governance in the Thought of Martyr Beheshti; "The Theory of Nation and Imamate"]. Faslnāmeḥ Sīāsāt, Shomāreh 1, 287-310. doi:10.22059/jpq.2012.29941 [in Persian].
- 5) Gholāmī, Milād and ‘Azīzī, Seyed Mojtābā (1401 SH). Barrasī va Naqd Adalat Āyatollāh Borūjerdī dar Bāb Valāyat Faqīh dar ‘Aṣr Ghaybat [Examination and Critique of Ayatollah Borujerdi's Arguments on the Guardianship of the Jurist in the Era of Occultation]. Faslnāmeḥ Dānesh Sīāsī, 18 (2), 515-538. doi:10.30497/pkn.2022.14752.2660 [in Persian].
- 6) Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf ibn Muṭahhar (1414 AH). Tadhkirat al-Fuqahā’ (Vol. 12). Qom: Mo’asseseh Āl al-Bayt (‘alayhim al-salām) [in Arabic].
- 7) Ḥosseini Beheshti, Seyed Moḥammad (1386 SH). Walāyat, Rahbarī va Rūḥāniyat [Governance, Leadership, and Clergy]. Tehrān: Rozaneh [in Persian].
- 8) Ḥosseini Beheshti, Seyed Moḥammad (1387 SH). Bānkdarī, Rabā va Qavānīn Mālī dar Eslām [Banking, Usury, and Financial Laws in Islam]. Tehrān: Rozaneh [in Persian].
- 9) Ḥosseini Beheshti, Seyed Moḥammad (1388 SH). Ḥezb Jomhūrī Eslāmī (Mavāqe’ Tafsīlī) [Islamic Republic Party (Detailed Positions)]. Tehrān: Rozaneh [in Persian].
- 10) Ḥosseini Beheshti, Seyed Moḥammad (1390 SH, a). Shenākht Eslām [Understanding Islam]. Tehrān: Baq‘eh [in Persian].
- 11) Ḥosseini Beheshti, Seyed Moḥammad (1390 SH, b). Ḥezb Jomhūrī Eslāmī (Goftārḥā, Goftogūhā, Neveshtārḥā) [Islamic Republic Party (Speeches, Dialogues, Writings)]. Tehrān: Rozaneh [in Persian].
- 12) Ḥosseini Beheshti, Seyed Moḥammad (1397 SH, a). Neẓām Eqtesādī dar Eslām (Mobāḥaṭāt Nazarī) [The Economic System in Islam (Theoretical Discussions)]. Tehrān: Rozaneh [in Persian].
- 13) Ḥosseini Beheshti, Seyed Moḥammad (1397 SH, b). Neẓām Eqtesādī dar Eslām (Mobāḥaṭāt Karbordī) [The Economic System in Islam (Practical Discussions)]. Tehrān: Rozaneh [in Persian].
- 14) Ibn Manzūr, Muḥammad ibn Makrīm ibn ‘Alī (1414 AH). Lisān al-‘Arab (Vol. 6). Beirut: Dār Ṣādir [in Arabic].
- 15) Javādī Āmolī, ‘Abdullāh (1391 SH). Walāyat Faqīh; Walāyat Faqāhat va ‘Adālat [The Guardianship of the Jurist; The Guardianship of Jurisprudence and

- Justice]. Qom: Isrā [in Persian].
- 16) Jāvīd, Moḥammad Javād (1391 SH). Ravesh Taḥqīq dar ‘Elm Ḥoqūq [Research Method in the Science of Law]. Tehrān: Mokhāṭab [in Persian].
  - 17) Kadīvar, Mohsen (1379 SH). Daghdaghah-hāy Ḥokūmat Dīnī [Concerns of Religious Governance]. Tehrān: Nashr Ney [in Persian].
  - 18) Khomeinī, Sayyid Rūḥollāh (1379 SH). Kitāb al-Bay‘ (Vol. 2). Tehrān: Mo’asseseh Tanzīm va Nashr Āthār Emām Khomeinī (raḥmatullāh ‘alayh) [in Arabic].
  - 19) Khomeinī, Sayyid Rūḥollāh (1385 SH, a). Taḥrīr al-Wasīlah (Vol. 2). Tehrān: Mo’asseseh Tanzīm va Nashr Āthār Emām Khomeinī (raḥmatullāh ‘alayh) [in Arabic].
  - 20) Khomeinī, Sayyid Rūḥollāh (1385 SH, b). Ṣaḥīfeh Emām Khomeinī (raḥmatullāh ‘alayh) (Volume 11) [The Imam Khomeini's Scripture (Volume 11)]. Tehrān: Mo’asseseh Tanzīm va Nashr Āthār Emām Khomeinī (raḥmatullāh ‘alayh) [in Persian].
  - 21) Kulaynī, Moḥammad ibn Ya‘qūb ibn Ishāq (1365 AH). Al-Kāfī (Volume 2). Tehrān: Dār al-Kutub al-Islāmīyah [in Arabic].
  - 22) Ma‘refat, Moḥammad Hādī (1378 SH). Tabīn Mafhūmī Valāyat Moṭlaqeh Faqīh [Conceptual Clarification of the Absolute Guardianship of the Jurist]. Nashriyeh Ḥokūmat Eslāmī, Shomāreh 15, 112-145 [in Persian].
  - 23) Mashrūḥ Muzākerāt Majles (1364 SH). Barrasī Nahāī Qānūn Āsāsī Jomhūrī Eslāmī Īrān (Volumehāy 1, 2 va 3) [Detailed Deliberations of the Islamic Republic of Iran's Constitution (Volumes 1, 2, and 3)]. Tehrān: Edāreh Kol Amūr Farhangī va Ravābeṭ ‘Ommūmī Majles Shorāy Eslāmī [in Persian].
  - 24) Moḥammadī Bolbolān-Ābād, Farāst (1399 SH). Barrasī Ghīmat Dastūrī dar Fiqh Eslāmī [Study of Command Pricing in Islamic Jurisprudence]. Dofaslnāmeḥ Fiqh Ḥokūmatī, 5 (9), 79-98 [in Persian].
  - 25) Mortāzī, Aḥmad (1395 SH). Naqsh Manābe‘ Mālī Ḥokūmat Eslāmī dar Esbāt Valāyat Moṭlaqeh Faqīh bā Tākīd bar Dīdgāh Emām Khomeinī (raḥmatullāh ‘alayh) [The Role of Islamic Government Financial Resources in Proving the Absolute Guardianship of the Jurist with Emphasis on Imam Khomeini's Viewpoint]. Nashriyeh Ḥokūmat Eslāmī, Shomāreh 21, 5-32 [in Persian].
  - 26) Nīkūnehād, Hāmed (1389 SH). Valāyat Moṭlaqeh va Ḥākemīyat Qānūn dar Nīzām Ḥoqūq Āsāsī Īrān (Pāyān-nāmeḥ Karshenasī Arshad) [Absolute Guardianship and the Rule of Law in the Constitutional System of Iran (Master's Thesis)]. Dāneshgāh Shahīd Beheshtī [in Persian].
  - 27) Nīkūnehād, Hāmed (1394 SH). Nīzām Ḥoqūq Āsāsī Jomhūrī Eslāmī Īrān dar Portowī Nazarīyeh Ommat va Emāmat (Resāleh Doktorā) [The Constitutional System of the Islamic Republic of Iran in Light of the Theory of Nation and Imamate (PhD Dissertation)]. Dāneshgāh Shahīd Beheshtī [in Persian].
  - 28) Rājī, Seyed Moḥammad Hādī (1387 SH). Qalamro Ekhtiyārāt va Vazāyef Valī Faqīh dar Qānūn Āsāsī Jomhūrī Eslāmī Īrān [The Domain of Authorities and Duties of the Guardian Jurist in the Constitution of the Islamic Republic of Iran] (Pāyān-nāmeḥ Karshenasī Arshad). Dāneshgāh Emām Ṣādeq (‘alayh-al-



- salām) [in Persian].
- 29) Sarābandī, Moḥammad Rezā (1386 SH). Sokhanrānī-hā va Moṣāḥebah-hāy Āyatollāh Shahīd Doktor Seyyed Moḥammad Ḥosseini Beheshtī (Volume 3) [Lectures and Interviews of Martyr Ayatollah Dr. Seyyed Mohammad Hosseini Beheshti (Volume 3)]. Tehrān: Markaz Asnād Enqelāb Eslāmī [in Persian].
  - 30) Sorūsh Maḥallātī, Moḥammad (1397 SH). Bāzgasht “az” Beheshtī, Bāzgasht “be” Beheshtī [Return "from" Beheshti, Return "to" Beheshti]. Tehrān: Nahādgirā [in Persian].
  - 31) Ṣubḥānī, Ja‘far (1424 AH). Al-Mawāhib fī Taḥrīr Aḥkām al-Makāsib. Qom: Mo‘asseseh Imām Ṣādeq (‘alayh-al-salām) [in Arabic].
  - 32) Ṭahān-Nazīf, Hādī and Dārīvand, Moḥammad Ṣādeq (1402 SH). Taḥlīl Mafhūm va Ab‘ād “Qānūn” dar Portowī Andīsheh-hāy Shahīd Āyatollāh Doktor Beheshtī (rahmatullāh ‘alayh) [Analysis of Concept of ‘Law’ and its Dimensions in the light of Thoughts of Martyr Ayatollah Dr. Beheshti]. Pažūheš’nāme-ye Hoqūq-e Islāmī [Journal of Islamic Law Research], 59 (1), 1-28. doi:10.30497/law.2023.243993.3338 [in Persian].
  - 33) Ṭūsī, Abū Ja‘far Moḥammad ibn Ḥasan (1407 AH). Al-Khilāf (Volume 3). Qom: Daftar Enteshārāt Eslāmī [in Arabic].
  - 34) Vara‘ī, Seyed Javād (1398 SH). Naqsh Shahīd Beheshtī dar Tadwīn Qānūn Āsāsī bā Tākīd bar Hoqūq Mardom [The Role of Martyr Beheshti in Drafting the Constitution with Emphasis on People's Rights]. Tehrān: Rozaneh [in Persian].



## An Analysis of the Nature of Government-Approved Statutes and their Supervision

Ali Saberi · PhD Student in Public Law, Faculty of Islamic Studies and Law, Imam Sadiq University, Tehran, Iran. [ali.saberi74@isu.ac.ir](mailto:ali.saberi74@isu.ac.ir)

Gholamreza Mowlabeigi · PhD in Public Law, Faculty of Law, Theology and Political Sciences, Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran. [saleh.mowla@gmail.com](mailto:saleh.mowla@gmail.com)

Hosein Mohammadi Ahmadabadi · PhD Student in Public Law, Faculty of Islamic Studies and Law, Imam Sadiq University, Tehran, Iran. (Corresponding Author) [hm.ahmadabadi@isu.ac.ir](mailto:hm.ahmadabadi@isu.ac.ir)

### Abstract

#### 1. Introduction

The legal framework within which public and private entities operate is foundational to their legitimacy and functionality. This analysis delves into the specific realm of "Government-Approved Statutes" within the Islamic Republic of Iran, focusing on the legislative nature of these documents and the oversight mechanisms in place. The statutes in question are essential for the operation, duties, and authorities of legal persons and entities, both governmental and non-governmental. Their importance is underscored by the requirement for such statutes as a prerequisite for the registration and formal recognition of companies. This study is particularly concerned with statutes related to government and government-affiliated organizations, given their significant impact on the country's administrative system and citizens' rights. The legislative framework for these statutes was established under Article (85) of the Iranian Constitution in 1989, allowing for the delegation of statute approval to relevant commissions of parliament or directly to the government. This research aims to elucidate the nature of these statutes, the processes involved in their amendment or modification, and the authorities responsible for their oversight.



## **2. Research Question**

The primary inquiries of this study revolve around three pivotal questions:

- What is the nature of the statutes whose approval has been delegated by the Islamic Consultative Assembly to the Government of the Islamic Republic of Iran?

- How are these statutes amended or modified?

- Which authorities are tasked with overseeing these statutes?

These questions aim to uncover the legislative and operational dynamics of government-approved statutes and the institutional checks and balances that govern them.

## **3. Research Hypothesis**

This research operates under the hypothesis that the statutes approved by the Parliament and delegated to the government for oversight are essentially "governmental decrees." As such, they are posited to fall under the scrutiny of the Guardian Council, the Speaker of the Parliament, and the court of administrative justice, according to the principles laid out in the Constitution of Iran. This hypothesis suggests a structured mechanism of oversight and amendment, ensuring that these statutes align with constitutional mandates and effectively serve their intended purpose within the legal and administrative framework of the country.

## **4. Methodology & Framework, if Applicable**

The methodology adopted for this research is descriptive-analytical, utilizing a comprehensive review of library sources alongside a detailed examination of legal practices in Iran. This approach involves an analysis of documentation from the Guardian Council, the court of administrative justice, the Islamic Consultative Assembly (Parliament), and the cabinet. The study also reviews the historical background and discussions surrounding the approval of article (85) of the constitution, aiming to provide a clear understanding of the legislative intent and the practical application of these statutes. This framework allows for a thorough exploration of the statutes' nature, the process of their amendment or modification, and the extent and quality of their oversight by designated authorities.

By systematically addressing the research questions and hypothesis through this methodology, the study seeks to contribute novel insights

into the legislative nature of government-approved statutes in Iran and the oversight mechanisms that ensure their alignment with constitutional and legal principles. The findings of this research are anticipated to have significant implications for the understanding of legal governance and administrative oversight in the context of Iranian law, with potential broader applications in comparative legal studies.

## **5. Results & Discussion**

The investigation into the nature and oversight of "Government-Approved Statutes" within the Islamic Republic of Iran reveals several key findings, grounded in the constitutional provisions, particularly article (85). The distinction drawn by the constitutional review council between the legislative authority of the Parliament and the delegated approval powers for statutes of governmental organizations and companies underscores a nuanced approach to legislative delegation. This delegation is justified by practical needs for expedited approval processes, the complexity of statutes, the necessity for content coherence, and confidentiality concerns in certain cases.

The analysis delineates the approval of statutes by the cabinet under article (85) as constituting "governmental decrees" rather than conventional laws or legal statutes. This classification has profound implications for the oversight mechanisms applicable to these decrees. The dual oversight by the Guardian Council for conformity with Sharia and the Constitution, and by the Speaker of the Parliament for alignment with ordinary laws, is complemented by the jurisdiction of the court of administrative justice. This court's practice underscores a layered oversight model, where it primarily addresses issues related to the execution of laws, jurisdictional overreach, and the protection of rights, without encroaching on the purviews reserved for the Guardian Council or the interpretation of Sharia and constitutional compliance.

The study highlights a significant operational challenge within the oversight framework, particularly the potential for conflicting interpretations between the Speaker of the Parliament and the court of administrative justice rulings. Such conflicts can lead to ambiguity and confusion within the executive branch, underscoring the necessity for legislative refinement. The "Law on the Implementation of articles (85) and (138) of the Constitution of Iran" is identified as requiring amendments to introduce clear deadlines for the Speaker of the

Parliament's opinions, aiming to mitigate the risks of operational discord among governmental agencies.

## **6. Conclusion**

The findings of this research elucidate the intricate nature of "Government-Approved Statutes" in Iran and the sophisticated oversight framework designed to ensure their conformity with the broader legal and constitutional framework. The statutes approved by the Cabinet under Article (85) embody a distinct category of governmental decrees, necessitating a multifaceted oversight mechanism involving the Guardian Council, the Speaker of the Parliament, and the court of administrative justice. This oversight is pivotal in maintaining the decrees' alignment with Sharia, the Constitution, and ordinary laws, while also safeguarding individual and institutional rights against governmental overreach and misinterpretation of powers.

However, the research identifies critical areas for improvement within this oversight structure, particularly the need for clearer procedural guidelines to resolve potential conflicts between oversight authorities. The recommendation for legislative amendments to specify a deadline for the Speaker of the Parliament's opinion is a constructive step towards enhancing the clarity and efficiency of the oversight process. Moreover, the study advocates for a comprehensive review and redefinition of the oversight scope by the involved authorities to address the evolving challenges within Iran's legal and administrative landscape.

In sum, while the legal framework for "Government-Approved Statutes" in Iran is robust, navigating its complexities requires ongoing attention to detail, legislative refinement, and an adaptive approach to oversight. This research contributes to a deeper understanding of the statutory approval and oversight processes, offering insights that are pertinent not only to legal scholars and practitioners but also to policymakers engaged in the refinement of Iran's legislative and administrative systems.

**Keywords:** Legislative Delegation, Cabinet, Governmental Decrees, Governmental Statutes, Guardian Council, Court of Administrative Justice.

## تحلیلی بر ماهیت اساسنامه‌های مصوب دولت و کیفیت نظارت بر آن

علی صابری \* دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق علیه‌السلام، تهران، ایران.  
ali.saberi74@isu.ac.ir

غلامرضا مولایی \* دانش‌آموخته دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.  
saleh.mowla@gmail.com

حسین محمدی احمدآبادی \* دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق علیه‌السلام، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)  
hm.ahmadabadi@isu.ac.ir

### چکیده

مطابق با اصل هشتاد و پنجم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، سمت نمایندگی مجلس قائم به شخص است و مجلس نمی‌تواند زمام امر تقنین را به شخص یا هیأتی واگذار کند، ولی در موارد ضروری این اختیار را داراست که وضع قوانین را با رعایت اصل هفتاد و دوم به کمیسیون‌های داخلی خود تفویض کند؛ این قوانین در مدتی که مجلس تعیین می‌نماید به صورت آزمایشی اجراء شده و تصویب نهایی آن با مجلس خواهد بود. همچنین مجلس شورای اسلامی می‌تواند اختیار تصویب دائمی اساسنامه سازمان‌ها، شرکت‌ها و مؤسسات دولتی یا وابسته به دولت را به هیأت وزیران اعطا کند؛ با توجه به حیثیت تقنینی این اساسنامه‌ها و صلاحیت ذاتی مجلس در تصویب آن، همواره ماهیت اساسنامه‌هایی که به تصویب هیأت وزیران می‌رسد محل ابهام بوده است و نهادهای ناظر نیز در این زمینه رویکردهای متفاوتی اتخاذ کرده‌اند. بدین‌سان، نوشتار حاضر در صدد پاسخ به این پرسش است که «ماهیت اساسنامه‌های مصوب دولت چیست و نحوه نظارت بر آن چگونه خواهد بود؟» این پژوهش با بهره‌گیری از روش توصیفی تحلیلی به این رهیافت رسیده است که اساسنامه‌های یادشده «مصوبه دولتی» تلقی می‌شوند و در نتیجه، علاوه بر نظارت شورای نگهبان و رئیس مجلس، مضمون نظارت دیوان عدالت اداری نیز قرار می‌گیرد؛ هر چند نظر به چالش‌ها و تراحم‌های موجود در نظام حقوقی کشور، حدود نظارت مراجع مذکور بر این اساسنامه‌ها، نیازمند بازنگری و بازتبیین اساسی است.

واژگان کلیدی: تفویض قانون‌گذاری، هیأت وزیران، مصوبات دولتی، اساسنامه‌های دولتی، شورای نگهبان، دیوان عدالت اداری.



## مقدمه

اساسنامه به نوشته‌ای اطلاق می‌شود که حاوی مقررات یا قرارداد طرز کار گروه یا جمعیتی است در حقوق خصوصی یا عمومی مانند قانون اساسی و اساسنامه‌های شرکت‌های تجاری و انجمن‌های انتفاعی و غیرانتفاعی (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۱، ص. ۲۹۶). در واقع، همواره برای اشخاص حقوقی مقرراتی در خصوص چگونگی عملکرد، وظایف، اختیارات و ارکان پیش‌بینی می‌شود و همه شرکت‌ها اعم از دولتی و غیردولتی برای اعتبار و تمشیت امور خویش نیازمند اساسنامه هستند؛ به طوری که لازمه ثبت شرکت خصوصی، ارائه اساسنامه آن شرکت است<sup>۱</sup> و وضعیت حقوقی شرکت بدون اساسنامه مبهم است (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۹۱، ص. ۴۲۵) و رسمیت و قانونیت ندارد (راجی و مزروعی ایبانه، ۱۳۹۳، ص. ۵۴). این موضوع در خصوص سازمان‌ها و شرکت‌های دولتی و وابسته به دولت به دلیل تأثیر آن در نظام اداری کشور و حقوق شهروندان اهمیت دوچندان دارد و از این رو قانون‌گذار اساسی در سال ۱۳۶۸ ذیل اصل ۸۵ اساسنامه سازمان‌ها و شرکت‌های یادشده را دارای ماهیت تقنینی دانست و در عین حال مقرر کرد «... مجلس شورای اسلامی می‌تواند تصویب دائمی اساسنامه سازمان‌ها، شرکت‌ها، مؤسسات دولتی یا وابسته به دولت را با رعایت اصل هفتاد و دوم به کمیسیون‌های ذی‌ربط واگذار کند یا اجازه تصویب آن‌ها را به دولت بدهد...». بر همین مبنا، شورای نگهبان ذکر نام مؤسسات یا شرکت‌های دولتی و وابسته به دولت را که فرایند تصویب و تأیید اساسنامه آن‌ها مطابق اصل ۸۵ قانون اساسی طی نشده است، واجد ابهام می‌داند. گفتنی است مطابق اصل یادشده، منحصرأ تفویض تصویب اساسنامه شرکت‌ها، سازمان‌ها و مؤسسات تابع یا وابسته به قوه مجریه به هیئت وزیران امکان‌پذیر است و امکان واگذاری تصویب اساسنامه مؤسسات تابع و وابسته به دیگر قوا توسط مجلس و جاهت قانونی ندارد (مزروعی ایبانه و فلاح‌زاده، ۱۳۹۹، صص. ۶-۸)

با توجه به ماهیت تقنینی اساسنامه‌های یادشده، پرسش‌هایی که به ذهن متبادر می‌شود این‌هاست. اولاً، ماهیت اساسنامه‌های تفویضی توسط مجلس شورای اسلامی چیست؟ ثانیاً، تغییر و اصلاح آن‌ها چگونه است؟ ثالثاً، مراجع نظارت بر این اساسنامه‌ها کدام‌اند؟

در خصوص سابقه بحث باید اشاره داشت که جز مقاله «نظارت شورای نگهبان بر نحوه

۱. ماده ۲۰ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب سال ۱۳۴۷.



تصویب اساسنامه سازمان‌های عمومی؛ نقد رویه‌ها و عملکردها» منتشر شده در فصلنامه دانش حقوق عمومی و گزارش پژوهشی «نظارت شورای نگهبان بر اساسنامه‌های دولتی مصوب دولت یا کمیسیون‌های داخلی مجلس شورای اسلامی» که تنها به حدود صلاحیت نظارت شورای نگهبان بر اساسنامه‌های یادشده پرداخته‌اند، ماهیت این‌گونه اساسنامه‌ها و کیفیت نظارت نهادهای ناظر بر آن‌ها در پژوهشی مستقل مورد بررسی قرار نگرفته و این نوشتار از این حیث بدیع است.

برای پاسخ به پرسش‌های بالا با روش توصیفی تحلیلی و بهره‌گیری از منابع کتابخانه‌ای، در گام نخست، پیشینه تصویب اصل ۸۵ قانون اساسی را با مراجعه به مشروح مذاکرات قانون اساسی بررسی می‌کنیم و از این رهگذر می‌کوشیم تا ماهیت اساسنامه‌های تفویضی توسط مجلس را تبیین کنیم. در گام دوم، کیفیت اصلاح و تغییر اساسنامه‌های یادشده مورد واکاوی قرار می‌گیرد و در نهایت، به بررسی حدود و کیفیت نظارت شورای نگهبان، رئیس مجلس و دیوان عدالت اداری خواهیم پرداخت.

#### ۱. پیشینه تصویب اصل ۸۵ قانون اساسی

در اصل ۸۵ قانون اساسی مصوب ۱۳۵۸ مقرر شده بود «سمت نمایندگی قائم به شخص است و قابل واگذاری به دیگری نیست. مجلس نمی‌تواند اختیار قانون‌گذاری را به شخص یا هیئتی واگذار کند، اما در موارد ضروری می‌تواند اختیار وضع بعضی از قوانین را با رعایت اصل هفتاد و دوم به کمیسیون‌های داخلی خود تفویض کند. در این صورت این قوانین در مدتی که مجلس تعیین می‌نماید، به صورت آزمایشی اجرا می‌شود و تصویب نهایی آن‌ها با مجلس خواهد بود». در اصل یادشده به اینکه اساسنامه سازمان‌ها و شرکت‌های دولتی و وابسته به دولت دارای ماهیت تقنینی هستند یا خیر اشاره‌ای نشده بود، اما در رویه عملی، مجلس شورای اسلامی به دلیل اینکه اساسنامه‌ها بیشتر دارای جنبه فرم و قالب هستند و اصلاً قانون‌گذاری شمرده نمی‌شوند (اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۱، ص. ۱۱۱۶)، آن را واجد ماهیت تقنینی ندانست و تصویب اساسنامه‌های یادشده را به دولت تفویض کرد که این امر مورد ایراد شورای نگهبان قرار نگرفت. برای مثال، در تبصره ۹ ماده واحد لایحه درباره تأسیس شرکت

شهرک‌های صنعتی ایران مصوب ۱۳۶۲/۱۰/۱۲ مجلس شورای اسلامی، تصویب اساسنامه شرکت یادشده به هیئت دولت تفویض شده بود<sup>۱</sup> و شورای نگهبان آن را تأیید کرد<sup>۲</sup>، اما پس از مدتی شورای نگهبان به این نتیجه رسید که در اساسنامه‌ها افزون‌بر جنبه‌های شکلی و فرمی، اهداف و وظایف نیز بیان می‌شود که دارای ماهیت قانونی هستند (اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۱، ص. ۱۱۱۷)<sup>۳</sup> و در آن‌ها ضوابطی وجود دارد که منجر به محدود کردن برخی از حق‌ها می‌شود و برخی آزادی‌ها و اختیارات را نیز به وجود می‌آورد. بنابراین، این امور دارای ماهیت تقنینی هستند و باید فرایند تصویب قانون در رابطه با آن‌ها اعمال شود (اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۱، ص. ۱۱۱۰)<sup>۴</sup>. برای مثال، شورا در خصوص لایحه تأسیس شرکت سهامی خاص تأمین ماشین‌آلات و تجهیزات راه‌سازی و راهداری مصوب ۱۳۶۷/۹/۶ مجلس شورای اسلامی، تفویض اختیار تصویب اساسنامه شرکت یادشده را به هیئت وزیران خلاف اصل ۸۵ قانون اساسی تشخیص داد<sup>۵</sup>.

بر همین اساس، نخست‌وزیر وقت در مقام ضرورت اصلاح اصل ۸۵ در شورای بازنگری قانون اساسی بیان کرد که تفصیل مواد و تخصصی بودن اساسنامه سازمان‌ها و شرکت‌های دولتی و وابسته به دولت و نیز چابک‌سازی سازمان و شرکت‌های یادشده، مستلزم واگذاری تصویب اساسنامه‌های یادشده به کمیسیون‌های داخلی مجلس و دولت است (اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۱، ص. ۱۱۰۶)<sup>۶</sup>.

این موضوع به صورت مبسوط در جلسات شورای بازنگری قانون اساسی مورد بررسی قرار گرفت. مخالفان امکان تفویض اعتقاد داشتند اولاً، از لحاظ اهمیت موضوع شایسته است که همه

۱. «اساسنامه و حدود اختیارات شرکت شهرک‌های صنعتی ایران با توجه به سیاست عدم تمرکز توسط مجمع عمومی در مدت سه ماه از تاریخ تصویب این قانون تهیه و به تصویب هیئت دولت خواهد رسید».

۲. نظر شماره ۱۰۵۳۷ مورخ ۱۳۶۲/۱۱/۵ شورای نگهبان در خصوص لایحه تأسیس شرکت شهرک‌های صنعتی ایران.

۳. اظهارات آقای عبدالله نوری.

۴. اظهارات آقای اسدالله بیات.

۵. نظر شماره ۳۱۳۲ مورخ ۱۳۶۷/۹/۱۷ شورای نگهبان در خصوص لایحه تأسیس شرکت سهامی خاص تأمین ماشین‌آلات و تجهیزات راه‌سازی و راهداری: «تفویض اختیار در تصویب اساسنامه مذکور در تبصره ۲ ماده‌واحد به هیئت وزیران خلاف

اصل ۸۵ قانون اساسی است».

۶. اظهارات آقای میرحسین موسوی.

نمایندگان در تصویب اساسنامه نقش داشته باشند. افزون‌بر اینکه مشکل‌کندی کار نیز از طریق تصویب آزمایشی آن قابل حل است. همچنین، تفویض آن به دولت مخالف تفکیک قواست و دارای توالی فاسد است و به صلاح کشور نیست (اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۱، ص. ۱۱۰۷).<sup>۱</sup> ثانیاً، این موضوع موجب محدود شدن صلاحیت مجلس می‌شود که به مصلحت کشور نیست (اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۱، ص. ۱۱۱۲).<sup>۲</sup> در مقابل، موافقان تفویض تصویب اساسنامه به دولت استدلال می‌کردند که اولاً، اساسنامه‌ها معمولاً دارای جنبه تخصصی هستند و به‌خاطر اینکه اغلب مفصل پیش‌بینی می‌شوند و اقتضای تسهیل کار دولت و راه انداختن تغییر و تحولاتی که در نظام اداری لازم است، ایجاب می‌کند که برای تنظیم آن‌ها سرعت نیز در نظر گرفته شود (اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۱، ص. ۱۱۰۶).<sup>۳</sup> ضرورت دارد فرایند متفاوتی برای تصویب آن‌ها نسبت به قوانین دیگر پیش‌بینی شود. ثانیاً، این‌گونه اساسنامه‌ها دارای مباحث فنی و پیچیدگی‌هایی است که بحث‌های فراوان و طولانی می‌طلبد و مستلزم دقت زیاد است. بنابراین، تصویب توسط همه نمایندگان مطلوب نیست (اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۱، ص. ۱۱۰۹).<sup>۴</sup> ثالثاً، تصویب همه اساسنامه‌ها در صحن مجلس با توجه به اینکه عمدتاً دارای مفاد تکراری و یکسان هستند، موجب اتلاف وقت در مجلس است. همچنین، با توجه به تعداد زیاد مواد این اساسنامه‌ها ممکن است موادی از مصوبه حذف یا به آن الحاق شود که قابلیت اجرایی برای سازمان‌ها و شرکت‌ها ندارد و انسجام آن‌ها را به هم بزند (اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۱، ص. ۱۱۱۳).<sup>۵</sup> رابعاً، در برخی موارد، مسائل مرتبط با شرکت‌های دولتی محرمانه است و نمی‌توان آن را در صحن مجلس مطرح کرد یا اینکه بررسی علنی اساسنامه شرکت‌ها و به‌خصوص شرکت‌های بزرگ در مجلس منجر به زیان هنگفت و سوءاستفاده برخی ذی‌نفعان می‌شود (اداره کل امور فرهنگی و

۱. اظهارات آقای حسین هاشمیان.

۲. اظهارات آقای نجفقلی حبیبی.

۳. اظهارات آقای میرحسین موسوی.

۴. اظهارات آقای سیدمحمد موسوی خویینی‌ها.

۵. اظهارات آقای اکبر هاشمی رفسنجانی.

روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۱، ص. ۱۱۲۵).

در نهایت، شورای بازرنگری قانون اساسی در سال ۱۳۶۸، امکان تفویض تصویب دائمی اساسنامه سازمان‌ها و شرکت‌های دولتی و وابسته به دولت را به کمیسیون‌های داخلی مجلس و دولت تجویز و مقرر کرد «... مجلس شورای اسلامی می‌تواند تصویب دائمی اساسنامه سازمان‌ها، شرکت‌ها، مؤسسات دولتی یا وابسته به دولت را با رعایت اصل هفتاد و دوم به کمیسیون‌های ذی‌ربط واگذار کند یا اجازه تصویب آن‌ها را به دولت بدهد. در این صورت مصوبات دولت نباید با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد. تشخیص این امر به ترتیب مذکور در اصل نودوششم با شورای نگهبان است. علاوه بر این، مصوبات دولت نباید مخالف قوانین و مقررات عمومی کشور باشد و به‌منظور بررسی و اعلام عدم مغایرت آن‌ها با قوانین مزبور باید ضمن ابلاغ برای اجرا به اطلاع رئیس مجلس شورای اسلامی برسد».

گفتنی است که تفویض تصویب دائمی اساسنامه‌های دستگاه‌های دولتی و وابسته به دولت توسط مجلس به دولت، مبتنی بر مصالح و به‌خاطر تخصصی بودن برخی از موارد و عدم ضرورت صرف وقت مجلس برای تصویب این اساسنامه‌هاست، اما برای مجلس کاملاً اختیاری است و در صورت عدم تشخیص، می‌تواند خود اقدام به تصویب اساسنامه کند (محسنی و نجفی اسفاد، ۱۳۸۸، ص. ۱۸۸). اشاره به این نکته نیز خالی از لطف نیست که در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، تفویض اختیار قانون‌گذاری به دولت بسیار محدود و تنها شامل واگذاری تصویب دائمی اساسنامه‌های شرکت‌ها و مؤسسات دولتی و وابسته به دولت است و در هیچ مورد دیگری مجلس اجازه ندارد صلاحیت قانون‌گذاری خود را به دولت تفویض کند، اما در حقوق فرانسه اختیارات تقنینی میان قوای مقننه و مجریه توزیع شده و صلاحیت‌های تقنینی واگذار شده به قوه مجریه در فرانسه بیشتر است (امینی باغبادرانی، ۱۳۹۰، ص. ۱۰۷). در انگلستان نیز برای مؤسسات عمومی و دولتی آیین‌نامه‌های خاصی وضع می‌شود که در آن‌ها ماهیت این مؤسسات و اختیارات آن‌ها و نیز قوانین و مقررات خاص تأسیس آن‌ها و قوانینی که ناظر و کنترل‌کننده آن‌ها هستند، مشخص می‌شود و مانند نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران نیست که این امور فقط در اساسنامه‌هایی که به تصویب کمیسیون‌های مجلس یا دولت می‌رسد، تنظیم شود (سفیدی هریس،

## ۲. ماهیت اساسنامه‌های تفویضی

همان‌گونه که گفته شد، در سال ۱۳۶۸ با اصلاح اصل ۸۵ قانون اساسی، به صراحت مقرر شد که اساسنامه‌ها دارای ماهیت تقنینی هستند، اما بنا به اقتضات اداری و سیاسی امکان تفویض تصویب آن‌ها به ۱. کمیسیون‌های داخلی مجلس و ۲. دولت پیش‌بینی شد. بنابراین، بدیهی است در صورتی که اساسنامه یادشده به تصویب مجلس برسد (اصل بر این است که به تصویب مجلس برسد)، «قانون» است و همه آثار قانون از جمله نظارت شورای نگهبان و هیئت عالی نظارت بر حسن اجرای سیاست‌های کلی نظام و لازم‌الاجرا بودن بر آن مترتب می‌شود، اما آنچه محل تردید است، این است که در صورت تفویض تصویب این اساسنامه‌ها توسط مجلس به دولت، ماهیت اساسنامه‌های تفویضی چیست؟

به نظر می‌رسد در مواردی که این اساسنامه‌ها به تصویب کمیسیون‌های داخلی مجلس برسد، ماهیت آن‌ها «قانون» است؛ زیرا مرجع تصویب آن که از ارکان مهم تمییز قانون از مقررده است، قوه مقننه (کمیسیون‌های داخلی مجلس) است. بر این اساس، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به موجب آرای متعدد از جمله دادنامه‌های شماره ۲۲۸ مورخ ۱۳۸۵/۴/۱۸ و شماره ۱۵۵ مورخ ۱۳۸۶/۳/۶، این‌گونه اساسنامه‌ها را دارای اعتبار قانونی تلقی کرده است، اما نسبت به اساسنامه‌هایی که به دولت تفویض شده و به تصویب هیئت وزیران رسیده است، اختلاف نظر وجود دارد. برخی معتقدند که اساسنامه‌های یادشده توسط هیئت وزیران تصویب شده است، اما با عنایت به اینکه اولاً اساسنامه‌های یادشده، بر اساس حق قانون‌گذاری که از سوی مجلس به دولت تفویض می‌شوند و ثانیاً به تصریح اصل ۸۵ قانون اساسی پس از تصویب، عدم مغایرت آن‌ها با قانون اساسی و شرع به تأیید شورای نگهبان می‌رسد، این‌گونه اساسنامه‌ها نیز «در حکم قانون» هستند و از ارزش و جایگاه قانون برخوردارند (اسدیان، ۱۳۹۱، ص. ۲۶۲)، اما این نظر قابل انتقاد به نظر می‌رسد؛ زیرا اولاً، در تشخیص مقررده و تمییز آن از قانون، مرجع تصویب آن اهمیت دارد و قانون به معنای اخص آن، تنها به مصوبات مجلس شورای اسلامی اطلاق می‌شود (محسنی و نجفی اسفاد، ۱۳۸۸، ص. ۲۶) و نمی‌توان مصوبات هیئت وزیران را قانون تلقی کرد، بلکه مقررده شمرده می‌شوند. ثانیاً، صرف تأیید مصوبات توسط شورای نگهبان به منزله عدم مغایرت آن‌ها با

قوانین عادی نیست؛ زیرا به تصریح اصل ۸۵ قانون اساسی، شورای نگهبان منحصراً مصوبه را از حیث عدم مغایرت با قانون اساسی و شرع بررسی می‌کند و بر همین اساس، رئیس مجلس نیز می‌تواند اساسنامه‌های تفویضی را که به تأیید شورای نگهبان رسیده است، مغایر قانون عادی اعلام کند.<sup>۱</sup> هیئت تخصصی اقتصادی، مالی و اصناف دیوان عدالت اداری نیز در دادنامه شماره ۲۹۶ مورخ ۱۳۹۵/۱۲/۱۰ تصریح کرده است که اساسنامه‌های یادشده در حکم قانون نیستند و مادون قانون به شمار می‌روند. بنابراین، اساسنامه‌های تفویضی به دولت با توجه به مرجع وضع آن، «مقرره دولتی» تلقی می‌شوند و واجد عنوان «قانون» یا «در حکم قانون» نیستند.

### ۳. تغییر و اصلاح اساسنامه‌های تفویضی

در مباحثی که مطرح شد، مشخص شد اساسنامه‌هایی که بر اساس اصل ۸۵ قانون اساسی، تصویب آن‌ها به دولت واگذار می‌شود، در جایگاهی پایین‌تر از قوانین عادی قرار دارند. حال یکی از ابهاماتی که ممکن است در رابطه با این اساسنامه‌ها ایجاد شود، کیفیت و چگونگی اصلاح اساسنامه‌های یادشده است؛ توضیح اینکه، آیا در صورت واگذاری تصویب دائمی اساسنامه‌ها به دولت و پس از تصویب آن‌ها، مجلس شورای اسلامی می‌تواند رأساً به اصلاح این اساسنامه‌ها اقدام کند؟ همچنین، آیا دولت این صلاحیت را دارد که این اساسنامه‌ها را بدون اجازه مجدد از مجلس شورای اسلامی اصلاح کند؟

پیش از بازنگری قانون اساسی در قانون «تعیین مرجع تصویب یا اصلاح و تغییر اساسنامه شرکت‌ها و مؤسسات تابعه وزارتخانه‌ها»<sup>۲</sup> مصوب سال ۱۳۶۶ مقرر شده بود هر تصویب و تغییر و

۱. برای مثال، اساسنامه مرکز توسعه تجارت الکترونیکی که در تاریخ ۱۳۸۸/۷/۸ به تأیید شورای نگهبان رسیده بود، در تاریخ ۱۳۹۰/۵/۲۲ توسط رئیس مجلس مغایر قانون اعلام شد. افزون‌براین، اساسنامه صندوق ملی مسکن که در تاریخ ۱۴۰۱/۸/۱ به تأیید شورای نگهبان رسیده بود، به موجب نامه شماره ۱۰۰۳۵۶/ه مورخ ۱۴۰۱/۱۰/۲۵ رئیس مجلس مغایر قانون اعلام شد.

۲. قانون تعیین مرجع تصویب یا اصلاح و تغییر اساسنامه شرکت‌ها و مؤسسات تابعه وزارتخانه‌ها مصوب ۱۳۶۶/۹/۲۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی.

ماده واحده: به موجب این قانون، تصویب یا انجام هرگونه تغییر و اصلاح در اساسنامه مؤسسات و شرکت‌های تابعه وزارتخانه‌ها که طبق مجوزهای قانونی ایجاد شده‌اند] یا می‌شوند، با کسب مجوز از مجلس شورای اسلامی در هر مورد بنا به پیشنهاد وزارت ذی‌ربط و تأیید سازمان امور اداری و استخدامی بر عهده هیئت وزیران خواهد بود.

اصلاح در اساسنامه شرکت‌ها و مؤسسات دولتی برای هر مورد نیازمند مجوز از مجلس شورای اسلامی است. به موجب این قانون، هیئت وزیران برای هر اصلاح و تغییری در اساسنامه‌ها باید مجوز لازم را از مجلس می‌گرفت، اما پس از بازنگری در قانون اساسی در سال ۱۳۶۸ و در راستای اهدافی که به تفصیل بیان شد، مجلس شورای اسلامی ضمن یک استفساریه در سال ۱۳۷۷ مقرر کرد «هرگونه تغییر یا اصلاح اساسنامه‌هایی که به موجب تصویب مجلس شورای اسلامی به هیئت دولت واگذار شده است، چون تغییر نظر دولت شمرده می‌شود با هیئت وزیران است».<sup>۱</sup> از این استفساریه دو نتیجه مستفاد می‌شود. اولاً، در مواردی که اجازه تصویب دائمی اساسنامه‌ها بر اساس اصل ۸۵ به دولت واگذار می‌شود، این اجازه دلالت بر تکرار دارد. به عبارت دیگر، پس از اجازه ابتدایی مجلس برای تصویب اساسنامه به دولت، دیگر برای تغییر و اصلاح مجدد اساسنامه، دولت نیازی به کسب اجازه مجدد از مجلس ندارد. ثانیاً، مجلس صلاحیت وضع مصوبه مغایر با اساسنامه‌های یادشده را بدون ذکر و تصریح به آن دارد، اما با توجه به اینکه این گونه اساسنامه‌ها مصوبه دولت شمرده می‌شود و مجلس این کار را به دولت واگذار کرده است، از این رو رأساً نمی‌تواند در اصلاح این اساسنامه‌ها ورود کند و به تصریح، یک مصوبه قوه مجریه را به عنوان یک مصدق معین نسخ یا آثار آن را لغو کند (آقایی طوق و لطفی، ۱۳۹۸، ص. ۲۷). بنابراین، پس از واگذاری تصویب اساسنامه به دولت، مجلس فاقد صلاحیت اصلاح یا نسخ صریح آن است و تنها راهکاری که در قانون اساسی در این باره پیش‌بینی شده است، نظارت رئیس مجلس بر اساسنامه‌های مصوب دولت است که مخالف قوانین کشور نباشد.

با وجود استفساریه یادشده، نکته دیگری تأمل‌برانگیز است؛ در اصل ۸۵ قانون اساسی از واژه «اجازه» استفاده شده است. در عرف، «اذن» و «اجازه» تفاوتی ندارند و به جای یکدیگر استعمال می‌شوند، اما این دو واژه در ادبیات فقهی و حقوقی دارای معانی متفاوت از یکدیگر هستند. در متون فقهی بیان شده است که «الاجازة والاذن یشترکان الا فی التقدّم والتأخّر». در واقع، تفاوت اساسی «اذن» و «اجازه» در این است که اذن دو جنبه دارد که اولاً، شامل رخصت دادن و رفع منع کردن است و ثانیاً، اعلام رضایت را دربرمی‌گیرد، اما اجازه فقط شامل جنبه اخیر یعنی اعلام

---

۱. قانون استفساریه در خصوص اختیار اصلاح اساسنامه سازمان‌ها، شرکت‌ها و مؤسسات دولتی و وابسته به دولت مصوب سال ۱۳۷۷.

رضایت به تصرف را دربرمی‌گیرد و از نظر اصطلاحی به کار بردن واژه «اجازه» در مورد انشای رضایت پیش از واقع شدن عمل صحیح نیست (یشری، ۱۳۸۴، ص. ۱۳۷). بنابراین، اگر زمان اعلام رضایت پس از تصرف باشد، به آن «اجازه» گویند؛ یعنی تصرف پیش‌تر به وجود آمده است و دادن اذن برای اباحه تصرف (رخصت دادن و رفع منع کردن) معقول نیست و اعلام رضایت نسبت به تصرف قبلی، در اصطلاح «اجازه» است. در تفاوت اذن با رضایت نیز باید گفت که رضایت عبارت از میل باطنی است و تا زمانی که بروز خارجی نیابد، فاقد اثر حقوقی است و در مقابل دیگران قابل استناد نیست، اما اذن جنبه بیرونی و اثر حقوقی دارد (توکلی، ۱۳۸۹، ص. ۷۴). با این توضیحات به نظر می‌رسد «اذن» عبارت است از ابراز و اظهار رضایت به شخصی برای عمل حقوقی یا تصرف مادی (عباسیان و همکاران، ۱۳۹۷، ص. ۱۳۱) که بدون این اذن انجام دادن آن فعل برخلاف قانون است. بنابراین، می‌توان ادعا کرد که به کار بردن واژه «اجازه» در اصل ۸۵ قانون اساسی به لحاظ اصطلاحی دقیق نیست و در واقع، مقصود اعضای شورای بازنگری قانون اساسی این بوده است که مجلس می‌تواند «اذن» تصویب دائمی اساسنامه‌ها را به دولت بدهد؛ زیرا «اجازه» در معنای اصطلاحی بعد از وقوع عمل و تصرف صادر می‌شود و در این اصل در واقع، به مجلس این اختیار داده شده است که اعلام رضایت خود را برای تصویب دائمی اساسنامه توسط دولت یعنی پیش از اینکه تصرفی صورت بگیرد، بروز دهد.

#### ۴. نظارت بر اساسنامه‌های مصوب دولت

در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران از سه جنبه می‌توان نظارت بر اساسنامه‌هایی را که بر اساس اصل ۸۵ قانون اساسی به دولت واگذار می‌شود، بررسی کرد که در ادامه به آن‌ها می‌پردازیم.

#### ۱.۴. نظارت شورای نگهبان

نظارت شرعی و قانونی شورای نگهبان قاعداً به صورت مستقیم و پیشینی شامل مصوبات و آیین‌نامه‌های دولت نمی‌شود، اما در زمان تصویب ذیل اصل ۸۵ در سال ۱۳۶۸، پس از پیشنهاد اعضا مبنی بر لزوم انطباق اساسنامه‌های تفویضی با شرع و قانون اساسی (اداره کل امور فرهنگی و



روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۱، ص. ۱۱۲۳) تصریح شد که «مصوبات دولت نباید با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد. تشخیص این امر به ترتیب مذکور در اصل نودوششم با شورای نگهبان است». بنابراین، تشخیص عدم مغایرت مصوبات دولت در خصوص اساسنامه‌هایی که اجازه تصویب آن‌ها به دولت داده شده است، با شورای نگهبان است (غمامی، ۱۳۹۰، ص. ۵۰۸؛ مدنی، ۱۳۷۷، ص. ۲۲۱).

در رابطه با چگونگی نظارت شورای نگهبان بر اساسنامه‌های مصوب دولت با نقص در قانون‌گذاری مواجه هستیم. در قانون اساسی به وضوح چگونگی نظارت شورای نگهبان بر مصوبات مجلس در اصول ۹۴، ۹۵ و ۹۶ مشخص شده است، اما در رابطه با نظارت شورای نگهبان بر اساسنامه‌های سازمان‌ها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی یا وابسته به دولت که توسط دولت به تصویب می‌رسد، سازوکار مشخصی پیش‌بینی نشده است و تنها در ذیل اصل ۸۵ به رعایت ترتیبات اصل ۹۶ قانون اساسی اشاره شده است (درویش متولی، ۱۳۹۳، ص. ۱۶). از مهم‌ترین خلأهای موجود در این زمینه، عدم تعیین مهلت برای اظهارنظر شورای نگهبان در رابطه با این مصوبات است. این موضوع سبب شده است تا شورای نگهبان بدون در نظر گرفتن محدودیت زمانی، نظر خود را در رابطه با اساسنامه‌های مصوب دولت بیان کند. در این زمینه می‌توان به نظر شماره ۱۰۲/۳۳۶۰۷ مورخ ۱۴۰۱/۸/۸ شورای نگهبان در رابطه با اساسنامه شرکت عمران شهر جدید گلستان مصوب جلسه مورخ ۱۴۰۱/۴/۵ هیئت وزیران و نظر شماره ۱۰۲/۳۳۱۹۲ مورخ ۱۴۰۱/۷/۱۰ شورای نگهبان در رابطه با اساسنامه شرکت سرمایه‌گذاری و توسعه ماکو (سهامی خاص) مصوب جلسه مورخ ۱۴۰۱/۵/۱۹ هیئت وزیران و نظر شماره ۱۰۲/۲۷۳۳۴ مورخ ۱۴۰۰/۶/۷ شورای نگهبان در رابطه با اساسنامه بانک سپه مورخ ۱۴۰۰/۱/۲۲ هیئت وزیران اشاره کرد. در این باره، مثال‌های دیگری نیز وجود دارد که همه بیان‌کننده این نکته هستند که شورای نگهبان الزام قانونی برای اظهارنظر در مهلت معین در رابطه با اساسنامه‌های مصوب هیئت وزیران برای خود قائل نیست و در نتیجه، هنگامی که فرصت کند، این اساسنامه‌ها را مورد بحث قرار می‌دهد و سپس نظر خود را اعلام می‌کند حال آنکه یکی از فلسفه‌های واگذاری تصویب اساسنامه‌های دولتی به دولت، تسریع در تعیین تکلیف و به سرانجام رسیدن اساسنامه‌های مزبور

بوده است، اما با توجه به مشخص نبودن زمان اظهارنظر شورای نگهبان و با توجه به اینکه این مصوبات بدون اظهارنظر شورای نگهبان فاقد اعتبار هستند<sup>۱</sup>، ممکن است دولت را در اجرا با چالش مواجه کند.

نکته دیگر در این باره مربوط به صلاحیت نظارت هیئت عالی نظارت بر حسن اجرای سیاست‌های کلی نظام بر اساسنامه‌های دولتی مصوب دولت است. در این باره باید گفت با توجه به اینکه رویه عملی شورای نگهبان و هیئت عالی نظارت بر حسن اجرای سیاست‌های کلی نظام در رابطه با مصوبات مجلس که به شورای نگهبان ارسال می‌شود، این‌گونه بوده است که اغلب در بازه زمانی که شورای نگهبان مصوبه مجلس را بررسی می‌کند، هیئت عالی نظارت نیز مصوبه را مورد بررسی قرار می‌دهد و نظرهای خود را به شورای نگهبان ارسال می‌کند و شورای نگهبان نیز مستند به بند ۲ اصل ۱۱۰ قانون اساسی، ایرادات مطرح‌شده توسط هیئت عالی نظارت را به پیوست نظرهای خود برای مجلس ارسال می‌کند، همین روند برای بررسی اساسنامه‌های دولتی مصوب هیئت وزیران در چگونگی نظارت هیئت عالی نظارت بر حسن اجرای سیاست‌های کلی نظام می‌تواند عملی شود؛ هرچند که تاکنون سابقه عملی در این زمینه وجود نداشته است.

#### ۲.۴. نظارت رئیس مجلس

از سال ۱۳۶۸ و پس از بازنگری قانون اساسی، اختیار ویژه‌ای برای رئیس مجلس شورای اسلامی برای نظارت بر مصوبات هیئت وزیران پیش‌بینی شد و قانون عادی در این باره، چگونگی اعمال این نظارت را مشخص کرد (امامی و استوارسنگری، ۱۳۹۱، ص. ۸۷). پیش از بازنگری قانون اساسی در اصل ۱۲۶ آن مقرر شده بود که «تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولت پس از تصویب هیئت وزیران به اطلاع رئیس‌جمهوری می‌رسد و در صورتی که آن‌ها را برخلاف قوانین بیابد با ذکر دلیل برای تجدیدنظر به هیئت وزیران می‌فرستد». پس از حذف سمت نخست‌وزیری توسط شورای بازنگری، وظیفه یادشده در اصل ۱۲۶ سابق به رئیس مجلس واگذار شد و در ذیل اصول ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی به این مطلب تصریح شد. در واقع، دلیل عمده اعطای صلاحیت نظارت

---

۱. نامه شماره ۹۰/۳۰/۴۵۸۲۲ مورخ ۱۳۹۰/۱۲/۱ شورای نگهبان خطاب به معاون اول رئیس‌جمهوری مبنی بر اینکه ابلاغ و دستور انتشار اساسنامه مصوب هیئت وزیران بدون اظهارنظر شورای نگهبان خلاف قانون اساسی و بی‌اعتبار و غیرقابل اجراء است و هیچ اثر قانونی بر آن مترتب نیست.

رئیس مجلس بر اساسنامه‌های تفویضی به دولت آن بود که اعضای شورای بازنگری اعتقاد داشتند اساسنامه‌های مصوب دولت نباید برخلاف قوانین و مقررات عمومی کشور باشد و در صورتی که مصوبه دولت مخالف قوانین و مقررات عمومی کشور باشد، باید نقض شود (اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۱، ص. ۱۱۳۱).

در راستای تحقق وظیفه یادشده برای رئیس مجلس در اصل ۸۵ قانون اساسی، ماده واحده قانون نحوه اجرای اصول ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی در سال ۱۳۶۸ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید. بعد از تأیید اساسنامه مصوب دولت توسط شورای نگهبان، مصوبه یادشده مطابق قانون اخیر، ضمن ابلاغ برای اجرا به اطلاع رئیس مجلس می‌رسد و چنانچه تمام یا قسمتی از مصوبه مورد ایراد رئیس مجلس شورای اسلامی قرار گیرد، هیئت وزیران مکلف است ظرف یک هفته پس از اعلام ایراد، نسبت به اصلاح و تجدیدنظر اقدام کند و در صورت عدم اصلاح ظرف مهلت یادشده، ملغی‌الاثراً خواهد بود.<sup>۲</sup>

مستفاد از اصول ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی و قانون نحوه اجرای اصول یادشده، نظارت رئیس مجلس شامل مصوبات زیر می‌شود.

الف- تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های مصوب هیئت وزیران.

ب- تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های مصوب کمیسیون‌های متشکل از چند وزیر.

ج- اساسنامه‌های سازمان‌ها، شرکت‌ها، مؤسسات دولتی یا وابسته به دولت که مطابق اصل ۸۵، تصویب آن‌ها به هیئت وزیران واگذار می‌شود.

گفتنی است که مستنبط از نظر تفسیری شماره ۲۱۰۱ مورخ ۱۳۷۱/۶/۱۵ شورای نگهبان، رئیس مجلس شورای اسلامی تنها صلاحیت اظهارنظر در خصوص مغایرت مصوبات دولت با قانون عادی را دارد و فاقد صلاحیت اعلام مغایرت مصوبات با قانون اساسی است (عساکره و نیکونهاد، ۱۴۰۲، ص. ۵۳۸).

درباره اختیار دیوان عدالت اداری و رئیس مجلس در نظارت بر مصوبات دولت، اشاره به چند

۱. اظهارات آقای میرحسین موسوی.

۲. متعاقب اختلاف بین قوه‌های مجریه و مقننه در خصوص «الغای اثر مصوبات» در صورت عدم اصلاح، شورای نگهبان در نظریه تفسیری شماره ۷۳۲/۳۰/۹۱/م مورخ ۱۳۹۱/۳/۲۰ به ملغی‌الاثراً شدن مصوبات در صورت عدم رفع ایراد در مهلت مقرر قانونی تأکید کرد.

نکته ضرورت دارد.

نکته نخست: مطابق تبصره ۸ ماده واحده قانون نحوه اجرای اصول ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی در مواردی که رئیس مجلس شورای اسلامی مصوبات دولت را خلاف قانون (عادی) یا خارج از اختیار اعلام می‌کند، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری صلاحیت رسیدگی به این قبیل مصوبات را ندارد. دلیل این موضوع نیز این است که پس از ایراد رئیس مجلس و اعاده مصوبه به دولت، در صورت عدم رفع ایراد، مصوبه یادشده «ملغی‌الاثراً» می‌شود و اصولاً مصوبه‌ای وجود ندارد که هیئت عمومی بتواند به آن رسیدگی و آن را ابطال کند. بنابراین، دادنامه شماره ۴۶۲ مورخ ۱۳۸۹/۱۰/۲۷ هیئت عمومی دیوان که رسیدگی از لحاظ مغایرت این‌گونه مصوبات با شرع را منصرف از حکم مقرر در تبصره ۸ قانون اخیر دانسته است، قابل انتقاد به نظر می‌رسد. همچنین، رأی یادشده با استنباط از ماده ۸۷ قانون دیوان نیز مغایرت دارد؛ توضیح اینکه مطابق بند ۲ ماده ۸۷، در صورت شکایت از مصوبات از لحاظ مغایرت با شرع و دیگر جهات، دیوان ابتدا موضوع را از حیث مغایرت با دیگر جهات به غیر از مغایرت با شرع بررسی می‌کند و در صورت ابطال مصوبه معترض عنه و تسری اثر ابطال به زمان تصویب، نسبت به صدور رأی اقدام می‌کند و بدون استعلام از شورای نگهبان موضوع مختومه می‌شود<sup>۲</sup>. بنابراین، با ابطال و انتفای مصوبه از زمان

---

۱. مطابق تبصره ۸ قانون الحاق یک تبصره به قانون نحوه اجرای اصول ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در رابطه با مسئولیت‌های رئیس مجلس شورای اسلامی مصوب سال ۱۳۶۸ و اصلاحات بعدی مصوب ۱۳۸۸/۱/۳۰، در مواردی که رئیس مجلس شورای اسلامی، مصوبات، آیین‌نامه‌ها و تصویب‌نامه‌های مقامات یادشده در اصول ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی را مغایر با متن و روح قانون تشخیص دهد، نظریه برای دولت معتبر و لازم‌الاتباع است و دیوان عدالت اداری نسبت به این‌گونه موارد صلاحیت رسیدگی ندارد و رئیس مجلس شورای اسلامی نیز در نامه شماره ۳۹۱۵۵ ه/ب مورخ ۱۳۸۹/۶/۱۶، موارد مغایرت قانونی مصوبه معترض‌عنه را اعلام کرده است، از این‌رو موجبی برای رسیدگی در هیئت عمومی دیوان وجود ندارد، اما رسیدگی از لحاظ مغایرت مصوبه با شرع منصرف از حکم مقرر در تبصره یادشده است. نظر به اینکه فقهای شورای نگهبان در نامه شماره ۴۰۲۵۹/۳۰/۸۹ مورخ ۱۳۸۹/۸/۲، ماده ۲ آیین‌نامه معترض‌عنه را خلاف موازین شرع دانسته‌اند، از این‌رو به تجویز ماده ۴۱ و بند ۱ ماده ۱۹ و قسمت اخیر ماده ۲۰ قانون دیوان عدالت اداری، مصوبه مورد شکایت ابطال و اثر آن به تاریخ صدور تسری خواهد داشت.

۲. در صورتی که مصوبه‌ای به لحاظ مغایرت با موازین شرع و دیگر جهات برای رسیدگی مطرح باشد، ابتدا موضوع از لحاظ مغایرت مصوبه با جهاتی غیر از مغایرت با موازین شرع، در دیوان مورد رسیدگی قرار می‌گیرد و دیوان نسبت به آن اتخاذ تصمیم می‌کند. در صورتی که دیوان مصوبه و مفادی را که مورد شکایت شرعی قرار گرفته است، به‌طور کلی ابطال کند و اثر آن را به زمان تصویب تسری دهد، موضوع پرونده بدون استعلام از شورای نگهبان مختومه می‌شود و در دیگر موارد، بعد از

تصویب، بررسی آن از لحاظ مغایرت با شرع نیز عملاً منتفی است. به همین استدلال، پس از ایراد رئیس مجلس و ملغی‌الایر شدن مصوبه، رسیدگی به آن از لحاظ مغایرت با شرع نیز منتفی است. نکته دوم: اساسنامه‌های تفویضی موضوع اصل ۸۵ قانون اساسی باید ظرف «یک هفته» از تاریخ تصویب ضمن ابلاغ برای اجرا به اطلاع رئیس مجلس برسد<sup>۱</sup>، اما مطابق ماده واحده قانون نحوه اجرای اصول ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی، مهلتی برای اظهارنظر رئیس مجلس نسبت به مصوبات دولت تعیین نشده است و رئیس مجلس می‌تواند حتی پس از گذشت مدت طولانی نسبت به مصوبه دولت اظهارنظر و آن را مغایر قانون اعلام کند. چنانچه تمام یا قسمتی از مصوبه مورد ایراد رئیس مجلس قرار گیرد و پس از اعلام ایراد به هیئت وزیران، ظرف مهلت مقرر در قانون (یک هفته) نسبت به اصلاح یا لغو آن اقدام نشود، پس از پایان مدت یادشده حسب مورد تمام یا قسمتی از مصوبه مورد ایراد «ملغی‌الایر» خواهد بود<sup>۲</sup>. عبارت «ملغی‌الایر» نیز مستفاد از دادنامه‌های شماره ۵۶۱ مورخ ۱۳۹۶/۶/۱۴<sup>۳</sup>، شماره ۱۳۱۳ مورخ ۱۳۹۷/۵/۹<sup>۴</sup> و شماره ۵۳۴

---

اظهارنظر دیوان، موضوع به همراه نظر دیوان و اسناد و مدارک پرونده با رعایت ترتیبات یادشده در بند ۱ این ماده و تبصره آن به شورای نگهبان ارسال می‌شود و نظری که مطابق ترتیبات مقرر از سوی فقهای شورای نگهبان صادر می‌شود، ملاک عمل دیوان قرار می‌گیرد. در این موارد چنانچه مصوبه از سوی فقهای شورای نگهبان مغایر شرع اعلام شود، هیئت عمومی مطابق نظر فقهای شورای نگهبان بلافاصله نسبت به اعلام بطلان مصوبه اقدام می‌کند.

۱. تبصره ۳ ماده واحده قانون نحوه اجرای اصول ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی در رابطه با مسئولیت‌های رئیس مجلس شورای اسلامی مصوب سال ۱۳۶۸ با اصلاحات بعدی آن.

۲. تبصره ۴ ماده واحده قانون نحوه اجرای اصول ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی در رابطه با مسئولیت‌های رئیس مجلس شورای اسلامی مصوب سال ۱۳۶۸ با اصلاحات بعدی آن.

۳. مقنن در تبصره ۳ ماده ۱۰۴ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران که از ۱۳۹۰/۱/۱ لازم‌الاجرا شد، فهرست و عوارض مربوط به کالاهای موضوع ماده ۱۰۴ را که در حوزه صادرات غیرنفتی است، به تصویب شورای اقتصاد موکول کرد. بند ۳ ماده ۳۳ قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب سال ۱۳۸۳، تشخیص مواد اولیه فراوری‌نشده صادرات‌شده که باید بر آن‌ها وضع عوارض شود را، بر عهده شورای عالی صادرات گذاشته است. تصویب‌نامه شماره ۱۰۵۳۷۶/ت/۳۸۲۶۵ مورخ ۱۳۸۶/۷/۱ وزرای عضو کمیسیون ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی قانون مقررات صادرات و واردات، در سال ۱۳۸۶ مورد ایراد قانونی رئیس مجلس شورای اسلامی قرار گرفت و متعاقب آن، در فرجه مقرر در قانون نحوه اجرای اصول ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی در رابطه با مسئولیت‌های رئیس مجلس شورای اسلامی، مصوبه اصلاح نشد و مطابق قانون مصوبه ملغی‌الایر است، اما از آنجاکه مصوبه شماره ۳۸۲۶۵/۶۲۰۱۰ مورخ ۱۳۹۱/۴/۳ در مقام تعیین تاریخ مصوبه یادشده تصویب‌شده و مصوبه اخیر اجرا شده است، هیئت عمومی با این استدلال که حکم تبصره ۳ بند ب ماده ۱۰۴ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران قابل اعمال نسبت به مصوبه

مورخ ۱۳۹۹/۴/۱۷ هیئت عمومی دیوان به معنای ابطال از زمان تصویب و از بین رفتن همه آثار

۱۰۵۳۷۶/ت/۳۸۲۶۵ک مورخ ۱۳۸۶/۷/۱ که در حاکمیت قانون برنامه چهارم توسعه، تصویب شده است، نیست و همچنین، چون در مصوبه مورد اعتراض، تاریخ اجرای مصوبه ۱۰۵۳۷۶/ت/۳۸۲۶۵ک مورخ ۱۳۸۶/۷/۱ اصلاح شده که این مصوبه با اعلام رئیس مجلس شورای اسلامی مبنی بر مغایرت مصوبه با قانون، ملغی الاثر شده است، بنابراین، مصوبه ملغی الاثر شده اعتباری نداشته که با مصوبه مورد اعتراض تاریخ اجرای آن تغییر یافته است. در نتیجه، به جهات یادشده، مصوبه شماره ۳۸۲۶۵/۶۲۰۱۰ مورخ ۱۳۹۱/۴/۳ شورای اقتصاد به علت مغایرت با قوانین یادشده، مستند به بند ۱ ماده ۱۲ و ماده ۸۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ ابطال می‌شود.

۱. اولاً، تعارض در آرا محرز است. ثانیاً، نظر به اینکه هیئت وزیران در تصویب مصوبه شماره ۸۳۴۴۷/ت/۴۸۷۲۹هـ مورخ ۱۳۹۲/۴/۹ پرداخت فوق‌العاده ویژه‌ای را در اجرای حکم بند ۱۰ ماده ۶۸ قانون مدیریت خدمات کشوری برای کارکنان تعدادی از وزارتخانه‌ها و دستگاه‌های اجرایی تصویب کرده، اما شرایط مقرر در بند ۱۰ ماده ۶۸ قانون مدیریت خدمات کشوری از حیث حداکثر ۲۵ درصد مشاغل را در تصویب آن رعایت نکرده است و رئیس مجلس شورای اسلامی نیز در اجرای قانون نحوه اجرای اصول ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی در رابطه با مسئولیت‌های رئیس مجلس شورای اسلامی و اصلاحات بعدی، مصوبه یادشده را مغایر قانون اعلام کرده و هیئت وزیران نیز به موجب مصوبه شماره ۱۲۷۸۲۳/ت/۴۸۷۲۹هـ مورخ ۱۳۹۲/۷/۱۶ با توجه به نظریه شماره ۳۸۴۷۹هـ/ب مورخ ۱۳۹۲/۶/۳۰ رئیس مجلس شورای اسلامی مصوبه شماره ۸۳۴۴۷/ت/۴۸۷۲۹هـ مورخ ۱۳۹۲/۴/۹ و اصلاحیه بعدی آن به شماره ۱۰۴۶۱۵/ت/۴۸۷۲۹هـ مورخ ۱۳۹۲/۵/۱۰ را لغو کرده است، بنابراین، با توجه به اینکه اثر لغو مصوبه قهراً به زمان تصویب مصوبه اولیه تسری می‌یابد و به موجب تبصره ۴ قانون نحوه اجرای اصول ۸۵ و ۱۳۸ اساسی در رابطه با مسئولیت‌های رئیس مجلس شورای اسلامی، با اعلام رئیس مجلس شورای اسلامی مبنی بر مغایرت مصوبه با قانون و عدم اصلاح آن، مصوبه ملغی الاثر می‌شود و این ملغی الاثر شدن به این معنی است که آثار مصوبه از تاریخ تصویب از بین خواهد رفت و عملاً به گذشته تسری می‌یابد. بنابراین، چون در پرونده‌های موضوع تعارض، خواسته شاکیان مبتنی بر مصوبه‌ای بوده که متعاقباً لغو و ملغی الاثر شده، در نتیجه، حتی برای شاکیان ایجاد نشده و آرا به رد شکایت به شرح مندرج در گردش کار صحیح و موافق مقررات تشخیص می‌شود. این رأی با استناد به بند ۲ ماده ۱۲ و ماده ۸۹ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ برای شعب دیوان عدالت اداری و سایر مراجع اداری مربوط در موارد مشابه لازم‌الاتباع است.

۲. با توجه به اینکه در تبصره ۲ ماده ۵۷ قانون برنامه پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران مصوب سال ۱۳۸۹ مقرر شده است «تبدیل وضعیت پیمانی به رسمی بدون نیاز به آزمون با رعایت سقف اعتبارات و مجوزهای استخدامی با تشخیص و تأیید معاونت توسعه مدیریت و سرمایه انسانی رئیس جمهوری مجاز است»، معاون توسعه مدیریت و سرمایه انسانی رئیس جمهوری در بخش‌نامه شماره ۱۳۰۹/۹۱/۲۰۰ مورخ ۱۳۹۲/۱/۲۲، شرایط تبدیل وضعیت کارکنان پیمانی به رسمی آزمایشی را مقید به شرایطی جهت تأیید به آن معاونت اعلام کرد، لیکن متعاقباً هیئت وزیران به موجب بند ۸ فصل اول تصویب‌نامه شماره ۱۷۶۴۴۱/ت/۴۸۷۰۲هـ مورخ ۱۳۹۱/۹/۳۰ موسوم به طرح مهرآفرین، اختیار تبدیل وضعیت نیروهای پیمانی به رسمی را رسماً به دستگاه‌های اجرایی تفویض کرد که این تصویب‌نامه از سوی رئیس مجلس شورای اسلامی مغایر با قانون تشخیص داده و در اجرای قانون نحوه اجرای اصول ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی ملغی الاثر اعلام شده است و مستفاد از دادنامه شماره ۳۴۹ مورخ ۱۳۹۴/۳/۲۵ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مؤید آن است که نمی‌توان آثاری بر طرح لغوشده مهرآفرین قائل

مصوبه است. از سوی دیگر، مطابق تبصره ۸ ماده واحده اخیر «در مواردی که رئیس مجلس شورای اسلامی مصوبات، آیین‌نامه‌ها و تصویب‌نامه‌های مقامات یادشده در اصول ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی را مغایر با متن و روح قوانین تشخیص دهد، نظر وی برای دولت معتبر و لازم‌الاتباع است و دیوان عدالت اداری نسبت به این‌گونه موارد صلاحیت رسیدگی ندارد».

با توجه به توضیح بالا، درباره نسبت نظارت رئیس مجلس و دیوان عدالت اداری دو حالت متصور است.

۱. چنانچه رئیس مجلس «پیش» از رسیدگی دیوان نسبت به مصوبه اظهار نظر کند، در این صورت چنانچه رئیس مجلس مصوبه را مغایر قانون تشخیص دهد، نظر وی ملاک عمل است و دیوان فاقد صلاحیت رسیدگی خواهد بود، اما در صورتی که مصوبه توسط رئیس مجلس خلاف قانون اعلام نشود، دیوان صلاحیت رسیدگی و صدور رأی را دارد.

۲. چنانچه رئیس مجلس «پس» از رسیدگی دیوان نسبت به مصوبه اظهار نظر کند، در این صورت نیز رأی دیوان می‌تواند متضمن «عدم ابطال» یا «ابطال» مصوبه باشد. ممکن است بیان شود با توجه به اینکه مطابق ماده ۹۳ قانون دیوان، آرای هیئت عمومی و هیئت تخصصی دیوان در ابطال و عدم ابطال برای مراجع اداری و قضایی لازم‌الاتباع است، از این رو رئیس مجلس نیز پس از صدور رأی توسط دیوان فاقد صلاحیت اظهار نظر است. این استدلال پذیرفتنی نیست؛ زیرا اولاً، رئیس مجلس در این جایگاه، مقام اداری یا قضایی نیست تا مکلف به تبعیت از آرای هیئت عمومی و هیئت تخصصی در ابطال یا عدم ابطال باشد، بلکه مستتبط از مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی، اختیار اعطاشده به رئیس مجلس برای جلوگیری از

---

شد. از طرفی، تبصره ۴ قانون نحوه اجرای اصول ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در رابطه با مسئولیت‌های رئیس مجلس شورای اسلامی (الحاقی ۱۳۷۸/۱۲/۸) مقرر داشته است «چنانچه تمام یا قسمتی از مصوبه مورد ایراد رئیس مجلس شورای اسلامی قرار گیرد و پس از اعلام ایراد به هیئت وزیران، ظرف مدت مقرر در قانون، نسبت به اصلاح یا لغو آن اقدام نشود، پس از پایان مدت مذکور حسب مورد تمام یا قسمتی از مصوبه مورد ایراد، ملغی‌الاثراً خواهد بود» و مفهومی که از عبارت «ملغی‌الاثراً» می‌توان برداشت کرد از بین رفتن همه آثار است. بنابراین، از آنجاکه در مقررده مورد شکایت به شماره ۹۲۴۶۴/۴ مورخ ۱۳۹۶/۱۱/۱۱ معاونت برنامه‌ریزی، مدیریت و توسعه منابع سازمان ثبت احوال کشور از این جهت که برای تبدیل وضعیت کارکنان به استناد طرح ملغی‌الاثراً شده مهرآفرین در بازه زمانی ۱۳۹۰/۹/۳۰ تا ۱۳۹۱/۱۰/۲۵ اثر ایجابی قائل شده است، مستند به بند ۱ ماده ۱۲ و ماده ۸۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ ابطال می‌شود.

تصویب مصوبه مغایر قانون به دلیل ارتباط و تأثیر وی در تصویب قانون و اشراف بر قوانین است نه از باب تصدی رأس سلسله مراتب اداری و همان‌گونه که شورای نگهبان بر عدم مغایرت شرعی و قانون اساسی مصوبات هیئت وزیران و کمیسیون‌های متشکل از چند وزیر موضوع اصل ۸۵ نظارت می‌کند، رئیس مجلس نیز مطابق اصول ۸۵ و ۱۳۸ صلاحیت اظهار نظر نسبت به این‌گونه مصوبات را از لحاظ عدم مغایرت با قوانین دارد. افزون‌براینکه در زمان بازنگری در قانون اساسی، پیشنهاد تفویض این نظارت به «رهبری» یا «رئیس قوه قضائیه» یا «مجلس» یا «رئیس مجلس» دلالت دارد که هدف اعضای شورای بازنگری اعطای این نظارت به یک مقام اداری نبوده است (اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۱، صص. ۹۹۱-۹۹۹).<sup>۱</sup> ثانیاً، قانون دیوان عدالت اداری نسبت به قانون نحوه اجرای اصول ۸۵ و ۱۳۸ عام بوده و عام لاحق نیز خاص سابق را تخصیص نمی‌زند و آن را نسخ نمی‌کند. بنابراین، رئیس مجلس حتی پس از صدور رأی توسط دیوان نیز صلاحیت اظهار نظر نسبت به مصوبات دارد، اما وضعیت در موارد «ابطال» یا «عدم ابطال» مصوبه توسط دیوان متفاوت است.

الف. در صورتی که هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مصوبه را «ابطال» کند و با اعمال ماده ۱۳، اثر ابطال را به زمان تصویب تسری دهد، عملاً مصوبه‌ای وجود ندارد و امکان اظهار نظر و ایراد رئیس مجلس نیز منتفی است، اما چنانچه هیئت عمومی مصوبه معترض عنه را «ابطال» کند، اما اثر آن را به زمان تصویب تسری ندهد، با توجه به اینکه در صورت ایراد رئیس مجلس و عدم رفع ایراد، مصوبه «ملغی‌الاثراً» می‌شود و الغای اثر به معنای ابطال از زمان تصویب است، مطابق اصول ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی و قانون نحوه اجرای اصول یادشده، رئیس مجلس صلاحیت بررسی و اظهار نظر دارد.

ب. در صورتی که رأی دیوان بر «عدم ابطال» مصوبه باشد، رئیس مجلس پس از اعلام ایراد مصوبه آن را به دولت اعلام می‌کند و دولت نیز مکلف به اصلاح مصوبه است. در این مورد امکان تراحم میان نظر رئیس مجلس و رأی دیوان وجود ندارد، اما تعارض میان نظر رئیس مجلس و رأی دیوان منجر به چالش اجرایی می‌شود؛ زیرا از سویی مطابق تبصره ۸ ماده واحده

۱. اظهارات آقایان میرحسین موسوی و عبدالله نوری.



یادشده، نظر رئیس مجلس برای دولت متبع و ملاک عمل است و از سوی دیگر، مطابق ماده ۹۳ قانون دیوان، آرای «ابطال» یا «عدم ابطال» صادره از دیوان برای مراجع اداری و قضایی لازم‌الاتباع است. بنابراین، مرجع واضح مصوبه با دو محذور قانونی یادشده مواجه است. به نظر می‌رسد با توجه به اینکه اولاً، قانون نحوه اجرای اصول ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی نسبت به قانون دیوان خاص سابق و منسوخ نشده است، مطابق اصول یادشده پس از اعلام نظر رئیس مجلس، دولت مکلف به تجدیدنظر در مصوبه خویش است. ثانیاً، نظر رئیس مجلس نیز پس از صدور رأی توسط دیوان عدالت اداری به دولت ابلاغ شده است. از این رو در مواردی که هیئت عمومی مصوبه‌ای را ابطال نکرده و پس از آن رئیس مجلس آن را خلاف قانون اعلام کرده است، تبصره ۸ ماده واحده قانون نحوه اجرای اصول ۸۵ و ۱۳۸ حاکم است و هیئت وزیران و مراجع اداری مکلف به تبعیت از نظر رئیس مجلس هستند. در هر حال، ضروری است برای ضابطه‌مند کردن نظام حقوقی، اظهار نظر رئیس مجلس مقید به مهلت شود تا در عمل منجر به تشتت آرا و تعارض نظرها نشود.

#### ۳.۴. نظارت دیوان عدالت اداری

افزون بر نظارت شورای نگهبان بر اساسنامه‌های تفویضی از لحاظ مغایرت با شرع و قانون اساسی و نظارت رئیس مجلس بر اساسنامه‌های تصویب‌شده توسط هیئت وزیران از لحاظ عدم مغایرت با قانون عادی که در اصل ۸۵ قانون اساسی به آن تصریح شده است، آیا دیوان عدالت اداری نیز صلاحیت نظارت بر اساسنامه‌های تفویضی را دارد یا خیر؟ همان‌گونه که پیش‌تر گفته شد، مجلس شورای اسلامی می‌تواند تصویب دائمی اساسنامه سازمان‌های و شرکت‌های دولتی و وابسته به دولت را به کمیسیون‌های داخلی خویش و دولت واگذار کند. در مواردی که تصویب این‌گونه اساسنامه‌ها به کمیسیون‌های داخلی مجلس تفویض شود، مصوبات کمیسیون‌ها «قانون» است و قابل شکایت و اعتراض در دیوان عدالت اداری نیست. از این رو هیئت عمومی دیوان در دادنامه‌های متعددی از جمله دادنامه‌های شماره ۲۲۸ مورخ ۱۳۸۵/۴/۱۸<sup>۱</sup> و شماره ۱۵۵ مورخ

۱. مطابق ماده ۲۵ قانون دیوان عدالت اداری، تصویب‌نامه‌ها، آیین‌نامه‌ها و دیگر مقررات دولتی از جهات یادشده در آن ماده قابل اعتراض و رسیدگی در هیئت عمومی دیوان است. نظر به اینکه مصوبات کمیسیون‌های راه مجلسین سابق از مصادیق

۱۳۸۶/۳/۶، این اساسنامه‌ها را از مصادیق مصوبات دولتی و قابل اعتراض در دیوان ندانسته است، اما در مواردی که تصویب اساسنامه‌ها به دولت تفویض می‌شود، اختلاف نظر وجود دارد. گروهی از نویسندگان که استدلال‌های آن‌ها به تفصیل در مبحث مربوط به ماهیت بیان شد، معتقدند که اساسنامه‌های تفویضی به دولت نیز «در حکم قانون» و از شمول صلاحیت دیوان عدالت اداری خارج است. هیئت عمومی نیز سابقاً بر همین اساس رسیدگی به این‌گونه اساسنامه‌ها را خارج از صلاحیت خود تلقی می‌کرد (مولایی، ۱۳۹۵، ص. ۱۱۲)، اما با عنایت به اینکه اساسنامه‌های یادشده به تصویب هیئت وزیران می‌رسد و مطابق اصل ۱۷۰ قانون اساسی، شکایت از مطلق مصوبات دولتی در صلاحیت دیوان قرار داده شده و اساسنامه‌های تفویضی نیز از شمول صلاحیت دیوان مستثنا نشده است، بنابراین، رسیدگی به شکایت از اساسنامه‌هایی که مطابق اصل ۸۵ قانون اساسی تصویب آن به هیئت وزیران واگذار شده است<sup>۲</sup>، در صلاحیت هیئت عمومی دیوان عدالت اداری قرار دارد. هیئت عمومی نیز مطابق دادنامه شماره ۵۷۴ مورخ ۱۳۸۴/۱۰/۱۸<sup>۳</sup> (اساسنامه شرکت مادر تخصصی سازمان جمع‌آوری و فروش اموال تملیکی)، اقدام به رسیدگی به شکایت از

---

مصوبات دولتی موضوع ماده فوق‌الاشعار نیست، بنابراین، اعتراض نسبت به آن‌ها قابل طرح و اتخاذ تصمیم در هیئت عمومی دیوان نیست.

۱. نظر به اینکه آیین‌نامه اجرایی مواد ۸ و ۹ قانون مواد خوردنی و آشامیدنی و آرایشی و بهداشتی مصوب سال ۱۳۴۷ کمیسیون‌های مجلسین سابق و در نتیجه واجد اعتبار و اوصاف قانون است، بنابراین، از مصادیق مقررات قوه مجریه شمرده نمی‌شود و با عنایت به اصل ۱۷۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و بند ۱ ماده ۱۹ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵، اعتراض نسبت به آن قابل رسیدگی و اتخاذ تصمیم در هیئت عمومی دیوان نیست.

۲. مطابق اصل ۸۵ قانون اساسی، تصویب اساسنامه‌های یادشده تنها به هیئت وزیران واگذار شود و واگذاری آن به کمیسیون متشکل از چند وزیر فاقد وجهت قانونی است. بر همین اساس، شورای نگهبان تصویب اساسنامه شرکت سهامی چاپخانه دولتی ایران و شرکت غله و خدمات بازرگانی توسط وزرای عضو کمیسیون اجتماعی را مغایر اصل ۸۵ قانون اساسی شناخته است.

۳. افزون‌براینکه حکم مقنن به شرح مقرر در ماده ۴ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، مفید تفویض اجازه واگذاری، ادغام و تجدید سازمان شرکت‌های دولتی، اصلاح و تصویب اساسنامه شرکت‌ها و تصویب آیین‌نامه‌های مالی و معاملاتی به دولت است، اساساً به صراحت بند ب اصلاحی ماده مذکور مصوب سال ۱۳۸۱، دولت مکلف است که نسبت به اصلاح اساسنامه مطلق شرکت‌های مزبور به نحو مقتضی اقدام کند. بنا به جهات فوق‌الذکر، تصویب‌نامه شماره ۵۹۷۷۹/ت/۲۶۶۷۹-هـ مورخ ۱۳۸۲/۱۱/۱۱ هیئت وزیران موضوع اساسنامه شرکت مادر تخصصی سازمان جمع‌آوری و فروش اموال تملیکی به اذن مقنن به تصویب هیئت وزیران رسیده است و از جهت مورد اعتراض مغایرتی با قانون ندارد و خارج از حدود اختیارات قوه مجریه نیست.

اساسنامه‌های تفویضی که به تأیید شورای نگهبان رسیده، کرده است. همچنین، هیئت تخصصی صنایع و بازرگانی دیوان در دادنامه شماره ۲۶۹ مورخ ۱۴۰۱/۵/۵، شکایت از ابطال اساسنامه مرکز توسعه تجارت الکترونیکی<sup>۲</sup> را که سابقاً به تأیید شورای نگهبان رسیده، قابل استماع دانسته است. افزون‌براین، هیئت تخصصی کار، بیمه و تأمین اجتماعی مطابق دادنامه شماره ۲۸۳ مورخ ۱۴۰۱/۵/۵، شکایت از ابطال اساسنامه صندوق کارآفرینی امید<sup>۳</sup> را که به تأیید شورای نگهبان رسیده بود، در صلاحیت دیوان تشخیص داده است. هیئت تخصصی اقتصادی، مالی و اصناف نیز در دادنامه شماره ۲۹۶ مورخ ۱۳۹۵/۱۲/۱۰<sup>۴</sup> به شکایت از ابطال اساسنامه شهر فرودگاهی

---

۱. در خصوص درخواست ابطال تبصره ۱ بند ۶ مصوبه شماره ۱۱۰۰۰۹/ت/۴۴۸۹۷ مورخ ۱۳۸۹/۵/۱۹ نمایندگان ویژه رئیس‌جمهوری و بند ح ماده ۳ اساسنامه مرکز توسعه تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۸/۷/۲۹ هیئت وزیران و مصوبه شورای امنیت کشور به شماره ۶/۱/۱۰۲۶۲ مورخ ۱۳۹۱/۴/۱۲، با عنایت به اینکه بر اساس ماده ۸۷ قانون نظام صنفی کشور اصلاحی مصوب ۱۳۹۲ مقرر شده است «فعالیت افراد صنفی در فضای مجازی (سایبری) مستلزم اخذ پروانه کسب از اتحادیه مربوط است»، از آنجاکه تاریخ تصویب مصوبات معترض عنه مقدم بر تاریخ تصویب ماده ۸۷ قانون نظام صنفی کشور اصلاحی مصوب سال ۱۳۹۲ است و از طرفی، بر اساس اظهارات طرفین شکایت، مصوبات معترض عنه با تصویب ماده ۸۷ قانون یادشده در حال حاضر مورد عمل و اجرای دستگاه‌های مربوط نیستند و به موجب ماده ۹۶ قانون نظام صنفی کشور اصلاحی مصوب سال ۱۳۹۲، قوانین مغایر این قانون لغو و بلااثر شده‌اند و از این‌رو اثری بر رسیدگی به مصوبات معترض عنه مترتب نبوده است و مصوبات یادشده قابل ابطال تشخیص نمی‌شوند.

۲. اساسنامه این سازمان در تاریخ ۱۳۸۸/۷/۸ و اصلاحیه‌های آن مورخ ۱۳۸۹/۱۲/۲۵ و ۱۳۹۲/۲/۴ به تأیید شورای نگهبان رسید.

۳. بند و تبصره ۱۲ قانون بودجه سال ۱۳۹۶ دارای دو قسمت است که بر اساس قسمت اول آن، مقرر شده است صندوق‌های «نوآوری و شکوفایی» و «کارآفرینی امید» به مدت یک سال به قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی افزوده شوند و بر اساس قسمت دوم آن مقرر شده است اساسنامه آن‌ها حداکثر تا پایان سال ۱۳۹۶ به‌عنوان نهاد عمومی غیردولتی به تصویب هیئت وزیران برسد. از آنجاکه قید یک سال مقرر در بند و تبصره ۱۲ قانون بودجه سال ۱۳۹۶ ناظر بر افزوده شدن این صندوق به قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی بوده و نافی ماهیت حقوقی آن به‌عنوان یک نهاد و مؤسسه عمومی غیردولتی نبوده، وضع اساسنامه به‌عنوان مؤسسه عمومی غیردولتی توسط هیئت وزیران نیز مؤید این موضوع است. از این‌رو وضع اساسنامه برای «صندوق کارآفرینی امید» از سوی هیئت وزیران به‌عنوان «مؤسسه عمومی غیردولتی» بر اساس قسمت اخیر بند و تبصره ۱۲ قانون بودجه سال ۱۳۹۶ است و مغایر قانون و خارج از حدود اختیار قانونی مقام وضع‌کننده نیست و رأی به رد شکایت صادر می‌شود.

۴. اساسنامه این سازمان در تاریخ ۱۴۰۰/۷/۲۱ به تأیید شورای نگهبان رسید.

۵. در خصوص شکایت سازمان بازرسی کل کشور به طرفیت شرکت شهر فرودگاهی امام‌خیمینی (رحمت‌الله علیه) به خواسته ابطال تصویب‌نامه هیئت وزیران به شماره ۴۸۹۳۸ ت/۳۶۷۱۰ مورخ ۱۳۹۳/۳/۱۱، نظر به اینکه الف. هرچند در ذیل

اساسنامه یادشده اعلام شده که این اساسنامه به موجب نامه شماره ۹۳/۱۰۲/۳۶۱ مورخ ۱۳۹۳/۳/۱۰ شورای نگهبان به تأیید شورای یادشده رسیده است، ولی این موضوع مفهوم این معنا نیست که آیین‌نامه یادشده در حکم قانون بوده و غیرقابل طرح است؛ زیرا اولاً، تنها تأیید شورای نگهبان از نظر عدم مغایرت با شرع و قانون اساسی طبق اصل ۸۵ قانون اساسی است و این نافی رسیدگی و صلاحیت دیوان عدالت اداری در جهت مغایرت با قانون یا خروج از اختیار نیست. ثانیاً، طبق ذیل اصل ۸۵ قانون اساسی، مصوبات هیئت دولت که در اجرای اصل یادشده تصویب می‌شود، از حیث عدم مغایرت با قانون به نظر رئیس مجلس شورای اسلامی می‌رسد که این موضوع دلالت بر مادون قانون بودن ماهیت مصوبات یادشده دارد؛ حتی اگر در اجرای تفویض اختیار از ناحیه مجلس در هیئت دولت تصویب شده باشد. ثالثاً، تبصره الحاقی ماده ۸ به قانون نحوه اجرای اصول ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی، مبین عدم صلاحیت دیوان عدالت اداری در نسبت به رسیدگی به آن دسته از مصوباتی که در اجرای اصول یادشده، تصویب و توسط رئیس مجلس شورای اسلامی خلاف قانون اعلام شده است. بقیه موارد با توجه به اطلاق صلاحیت دیوان عدالت اداری طبق ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری در صلاحیت هیئت عمومی یا هیئت تخصصی است. از این‌رو موضوع شکایت قابل طرح تشخیص داده می‌شود. ب. از نظر خلاف قانون یا خارج از اختیار بودن مواد اعلامی به نظر می‌رسد ۱. ماده ۱۱ اساسنامه که در مقام تعیین نمایندگان سهام در مجامع عمومی شرکت است، مغایر قانون و خارج از اختیار به نظر نمی‌رسد؛ زیرا شرکت فرودگاه‌های کشور، شرکت دولتی وابسته به وزارت راه و شهرسازی است و نمایندگان از همین وزارتخانه انتخاب می‌شوند و از این‌رو مغایرتی با قوانین ندارد و معرفی نماینده با سهام‌دار بودن شرکت مادر تخصصی موضوع بند ب ماده ۱۳ قانون نحوه اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی منافاتی ندارد. ۲. بند د ماده ۱۶ اساسنامه که حکایت از اعلام و انحلال یا ادغام شرکت دارد، برای ارائه به هیئت وزیران، بر عهده مجمع عمومی فوق‌العاده اعلام شده است و مجمع عمومی فوق‌العاده همان مجمع عمومی است که به صورت فوق‌العاده تشکیل می‌شود و این موضوع با حکم قانونی که اعلام می‌دارد اعلام انحلال یا ادغام شرکت با مجمع عمومی است، منافاتی ندارد. ۳. در قانون یادشده در خصوص تشکیل شرکت مذکور اشاره‌ای به مقررات قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری-صنعتی و قانون تشکیل اداره مناطق ویژه اقتصادی جمهوری اسلامی ایران و آیین‌نامه اجرایی آن نیست، اما چون شرکت شهر فرودگاهی امام‌خیمینی (رحمت‌الله علیه) به موجب حکم ماده ۱۶۶ قانون برنامه پنجم توسعه تشکیل شده است، از این‌رو موضوع از شمول مقررات قوانین یادشده خارج است و فقط ایجاد منطقه آزاد و تجاری مشمول احکام قوانین یادشده است. بنابراین، موضوع یادشده موجب خلاف قانون بودن اساسنامه یادشده نیست. ۴. طبق ماده ۱۷ اساسنامه موضوع شکایت، هیئت‌مدیره متشکل از ۵ عضو است که حداقل ۳ عضو از آنان موظف‌اند که به پیشنهاد رئیس مجمع و تصویب مجمع از بین افراد متعهد و مورد وثوق و امانت‌دار صاحب‌نظر در حوزه‌های مرتبط به مدت سه سال انتخاب شوند. این موضوع با توجه به اینکه شرکت شهر فرودگاهی امام‌خیمینی بر اساس قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری-صنعتی جمهوری اسلامی ایران ایجاد نشده است؛ زیرا در ماده ۱۶۶ قانون برنامه پنجم در بند الف دو تکلیف برای دولت پیش‌بینی شده است که یکی ایجاد شرکت شهر فرودگاهی و دیگری ایجاد مناطق آزاد تجاری و ویژه اقتصادی است که در خصوص شرکت شهر فرودگاهی دلیلی بر اینکه شرکت یادشده باید بر اساس مقررات قانون مناطق آزاد باشد، محرز نیست. از این‌رو حکم مقرر در ماده ۱۷ اساسنامه، مغایر قانون و خارج از اختیارات نیست. ۵. ماده ۸ اساسنامه با عنوان موضوع شرکت به صورت تمثیلی فعالیت‌ها را بیان کرده است و فعالیت‌های اقتصادی، بازرگانی، تولیدی، خدماتی، رفاهی، مهندسی، حمل‌ونقل و عمرانی مرتبط و مؤثر برای توسعه گسترش اقتصاد حمل‌ونقل هوایی در چهارچوب قوانین مربوط را از وظایف و اختیارات شرکت دانسته

امام‌خمينی (رحمت‌الله عليه) که به تأیید شورای نگهبان رسیده بود، رسیدگی کرد. مصوبات یادشده تاکنون در دیوان ابطال نشده است، اما صرف ورود به رسیدگی توسط هیئت عمومی و هیئت تخصصی دیوان دلالت بر صلاحیت آن دارد. در این زمینه توجه به چند نکته ضروری است. نکته نخست: مطابق اصل ۸۵ قانون اساسی، اساسنامه‌هایی که به تصویب هیئت وزیران می‌رسد باید برای تشخیص عدم مغایرت با شرع و قانون اساسی به شورای نگهبان ارسال شود، اما در برخی موارد، اساسنامه‌های یادشده به شورای نگهبان ارسال نمی‌شود. صرف نظر از تخلف صورت گرفته در این باره، بدیهی است در مواردی که اساسنامه یادشده به شورای نگهبان ارسال نشده و بدون تأیید شورای نگهبان لازم‌الاجرا شده است، رسیدگی به شکایت از اساسنامه‌های یادشده در صلاحیت دیوان قرار دارد و هیئت عمومی صالح به رسیدگی است. برای مثال، هیئت تخصصی، فرهنگی، آموزشی و پزشکی در دادنامه شماره ۵۲۳ مورخ ۱۴۰۱/۸/۷، نسبت به شکایت از اساسنامه شورای هماهنگی تبلیغات اسلامی که بر اساس «قانون اجازه تصویب اساسنامه شورای هماهنگی تبلیغات اسلامی» مصوب ۱۳۸۷، تصویب اساسنامه آن به هیئت وزیران واگذار شده بود، اقدام به رسیدگی کرد یا هیئت تخصصی مالیاتی-بانکی مطابق دادنامه شماره ۶۳۳ مورخ ۱۴۰۱/۹/۱۳، شکایت از اساسنامه جامعه حسابداران رسمی ایران را قابل استماع تشخیص داد.

نکته دوم: به صراحت ذیل اصل ۸۵ قانون اساسی در مواردی که اساسنامه‌ها به تصویب هیئت وزیران می‌رسد، عدم مغایرت آن با «شرع» و «قانون اساسی» باید به تأیید شورای نگهبان برسد. حال پرسشی که به ذهن می‌رسد، این است که آیا در صورت شکایت از این اساسنامه‌ها در دیوان عدالت اداری، هیئت عمومی می‌تواند مستند به بند ت ماده ۸۰ قانون دیوان عدالت اداری از لحاظ مغایرت با قانون اساسی اقدام به ابطال اساسنامه‌های معترض عنه کند؟ پاسخ اینکه، هیئت عمومی

---

است و از این رو شامل همه وظایف مذکور در ماده ۱۶۶ قانون برنامه پنجم نیست و منافاتی با آن ندارد. از این رو مصوبه مورد شکایت خلاف قانون و خارج از اختیار نیست و به استناد بند ب ماده ۸۴ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲، رأی به رد شکایت صادر و اعلام می‌شود. رأی صادره ظرف مدت بیست روز از سوی ریاست ارزشمند دیوان یا ده نفر از قضات گران قدر دیوان قابل اعتراض است.

۱. اساسنامه شهر فرودگاهی امام‌خمينی (رحمت‌الله عليه) در تاریخ ۱۳۹۳/۲/۱۰ و اصلاحیه‌های آن در تاریخ ۱۳۹۴/۱/۱۹ و ۱۳۹۴/۹/۲۵ به تأیید شورای نگهبان رسیده است.

دیوان عدالت اداری می‌تواند مستند به بند ت ماده ۸۰ قانون دیوان در موارد مغایرت مصوبه با قانون اساسی حکم به ابطال مصوبه را صادر کند، اما با عنایت به اینکه مطابق اصل ۸۵ قانون اساسی، تشخیص عدم مغایرت اساسنامه‌های تفویضی مصوب دولت با «قانون اساسی» در صلاحیت حصری شورای نگهبان است و تشخیص شورای نگهبان به‌عنوان دادرس اساسی بر تشخیص نهادهای دیگر حاکم است، در این موارد هیئت عمومی صلاحیت ابطال از لحاظ مغایرت اساسنامه با قانون اساسی را ندارد. به بیان دیگر، در موارد شکایت از اساسنامه‌های مصوب هیئت وزیران که به تأیید شورای نگهبان رسیده است، هیئت عمومی تنها می‌تواند از لحاظ مغایرت یا عدم مغایرت مصوبه با قانون عادی حکم به ابطال مصوبه صادر کند و فاقد صلاحیت ابطال مصوبه از لحاظ مغایرت با قانون اساسی است؛ زیرا در این مصوبات، شورای نگهبان مغایرت اساسنامه با قانون اساسی را بررسی کرده و آن را مغایر تشخیص نداده است. بنابراین، نظر شورای نگهبان حاکم است. همچنین، با توجه به اینکه شورای نگهبان اساسنامه را از حیث مغایرت با شرع بررسی کرده و آن را مغایر تشخیص نداده است، دادخواست ابطال از لحاظ مغایرت با شرع نیز پذیرفته نخواهد شد.

در خصوص امکان ابطال اساسنامه‌ها از لحاظ مغایرت با سیاست‌های کلی نظام نیز باید گفت با توجه به اینکه سیاست‌های کلی نظام مطابق بندهای ۱ و ۲ اصل ۱۱۰ قانون اساسی لازم‌الاتباع و جزئی از قانون اساسی هستند (طحان‌نظیف، ۱۳۹۶، صص. ۱۵-۱۶)، هیئت عمومی نمی‌تواند اساسنامه‌های تفویضی مصوب هیئت وزیران را از لحاظ مغایرت با سیاست‌های کلی نظام ابطال کند؛ زیرا این مورد نیز در صلاحیت شورای نگهبان و هیئت عالی نظارت بر حسن اجرای سیاست‌های کلی نظام است.

نکته سوم: همان‌گونه که پیش‌تر گفته شد، اساسنامه‌های مصوب هیئت وزیران افزون‌براینکه برای تشخیص مغایرت با «شرع» و «قانون اساسی» به شورای نگهبان ارسال می‌شوند، مطابق قانون نحوه اجرای اصول ۸۵ و ۱۳۸ به رئیس مجلس نیز ارسال می‌شوند تا در صورتی که رئیس مجلس آن را مغایر قوانین عادی تشخیص دهد، آن را به دولت اعاده کند. بنابراین، در صورتی که اساسنامه‌ای توسط رئیس مجلس مغایر قانون اعلام شود، مستند به تبصره ۸ قانون اخیر، هیئت عمومی فاقد صلاحیت رسیدگی است، اما چنانچه مغایرتی از سوی رئیس مجلس اعلام نشود، هیئت عمومی صلاحیت رسیدگی از حیث مغایرت با قانون عادی را خواهد داشت.

### نتیجه‌گیری

به موجب اصل ۸۵ قانون اساسی، سمت نمایندگی قائم به شخص است و مجلس نمی‌تواند اختیار قانون‌گذاری را به شخص یا هیئتی واگذار کند، اما در موارد محدودی این کار توسط قانون‌گذار اساسی تجویز شده است. یکی از این موارد، تصویب دائمی اساسنامه سازمان‌ها و شرکت‌های دولتی یا وابسته به دولت است که قابل تفویض به کمیسیون‌های داخلی مجلس و هیئت وزیران است. در واقع، شورای بازنگری قانون اساسی به‌خاطر لزوم سرعت در تصویب، تفصیل و پیچیدگی مواد، لزوم یکپارچگی و انسجام مفاد و اقتضای محرمانگی، در برخی موارد امکان واگذاری تصویب اساسنامه شرکت‌ها و مؤسسات یادشده را به دولت پیش‌بینی کرد.

با تتبع در مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی و با توجه به اینکه اساسنامه‌های یادشده به تصویب هیئت وزیران می‌رسد و ملاک در تمییز قانون از مقررده مرجع تصویب آن است، می‌توان گفت که ماهیت اساسنامه‌هایی که در چهارچوب اصل ۸۵ به تصویب هیئت وزیران می‌رسند، «مصوبه دولتی» است و نمی‌توان عنوان قانون یا در حکم قانون به آن‌ها اطلاق کرد. از این رو افزون بر نظارت پیشینی شورای نگهبان که این‌گونه مصوبات را از حیث عدم مغایرت با شرع و قانون اساسی مورد بررسی قرار می‌دهد و نظارت رئیس مجلس از لحاظ عدم مغایرت آن‌ها با قوانین عادی، این‌گونه مصوبات مشمول صلاحیت دیوان عدالت اداری نیز قرار می‌گیرند و رویه دیوان نیز گواه همین موضوع است.

با بررسی رویه‌های موجود مشخص شد که اولاً، با توجه به بررسی مصوبه توسط شورای نگهبان، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری تنها می‌تواند نسبت به مغایرت مصوبه با قانون عادی یا عدم صلاحیت، تجاوز یا سوءاستفاده از اختیارات، تخلف در اجرای قوانین و مقررات یا خودداری از وظایفی که موجب تضییع حقوق می‌شود، اعلام‌نظر کند و فاقد صلاحیت اظهارنظر در خصوص مغایرت اساسنامه با شرع، قانون اساسی یا سیاست‌های کلی نظام است. ثانیاً، با عنایت به امکان تراحم نظرهای رئیس مجلس و آرای دیوان عدالت اداری و در نتیجه سردرگمی دستگاه‌های اجرایی، ضمن اصلاح قانون نحوه اجرای اصول ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی، مهلت برای اعلام‌نظر رئیس مجلس تعیین شود.

## منابع

- ۱) آقایی طوق، مسلم و لطفی، حسن (۱۳۹۸). حقوق اداری (۱). تهران: سهامی انتشار.
- ۲) اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی (۱۳۸۱). صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (جلد ۲). (جلسه‌های ۱۵ تا ۲۵). تهران: اداره تبلیغات و انتشارات مجلس.
- ۳) اسدیان، احمد (۱۳۹۱). تحولات تفکیک قوا. تهران: مجد.
- ۴) امامی، محمد و استوارسنگری، کوروش (۱۳۹۱). حقوق اداری (جلد ۲). تهران: میزان.
- ۵) امینی باغبادرانی، مسعود (۱۳۹۰). مطالعه تطبیقی تفویض اختیار قانون‌گذاری در نظام‌های حقوقی جمهوری اسلامی ایران و فرانسه (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه شیراز.
- ۶) توکلی، احمدرضا (۱۳۸۹). تفاوت عقود اذنی با نهاد حقوقی اذن. پژوهش‌نامه فقه و حقوق اسلامی، ۳ (۵)، صص. ۶۵-۷۹.
- ۷) جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸). مبسوط در ترمینولوژی حقوق (جلد ۱). تهران: گنج دانش.
- ۸) درویش متولی، میثم (۱۳۹۳). تحلیل و بررسی جایگاه و صلاحیت‌های شورای نگهبان؛ ۹. نظارت شورای نگهبان بر اساسنامه‌های دولتی مصوب دولت یا کمیسیون‌های داخلی مجلس شورای اسلامی. تهران: پژوهشکده شورای نگهبان (دفتر مطالعات ساختارها و نهادهای اساسی)، شماره مسلسل: ۱۳۹۳۰۱۰۰.
- ۹) راجی، سیدمحمدهادی و مزورعی ابیانه، یحیی (۱۳۹۳). اعتبار حقوقی اساسنامه‌های شرکت‌های ملی نفت، گاز و پتروشیمی با نگاهی به نظرها و رویه‌های شورای نگهبان. فصلنامه دانش حقوق عمومی، ۳ (۹)، صص. ۵۱-۶۸.
- ۱۰) سفیدی هریس، زهرا (۱۳۹۲). بررسی تطبیقی قانون‌گذاری تفویضی در نظام حقوقی ایران و انگلستان (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه تبریز.
- ۱۱) طحان‌نظیف، هادی (۱۳۹۶). شرح بند ۱ اصل ۱۱۰ قانون اساسی (زیرنظر عباسعلی کدخدایی). تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
- ۱۲) عباسیان، رضا، صیادی، ابوذر و مهدوی، سیدمحمدهادی (۱۳۹۷). بررسی ماهیت و خصوصیات اذن در تصرف. فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، ۱۴ (۵۳)، صص. ۱۲۹-۱۵۰. doi:10.22034/ijrj.2018.544666
- ۱۳) عساکره، زینب و نیکونهاد، حامد (۱۴۰۲). آیین نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر قوانین و مقررات؛ از تحلیل رویه‌ای تا الگوی پیشنهادی. فصلنامه پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، ۲۴ (۶۱)، صص.



doi:10.30497/law.2023.244374.3365 .۵۲۳-۵۵۴

۱۴) غمامی، سیدمحمد مهدی (۱۳۹۰). حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران. تهران: مرکز اسناد انقلاب اسلامی.

۱۵) محسنی، فرید و نجفی اسفاد، مرتضی (۱۳۸۸). حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران. تهران: انتشارات بین‌المللی الهدی.

۱۶) مدنی، سیدجلال‌الدین (۱۳۷۷). حقوق اساسی و نهادهای سیاسی در جمهوری اسلامی ایران. تهران: پایدار.

۱۷) مرکز تحقیقات شورای نگهبان (۱۳۹۱)، مبانی آرا و نظرات شورای نگهبان مستنبط از مشروح مذاکرات سال ۱۳۸۷. تهران: معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات معاونت حقوقی ریاست جمهوری.

۱۸) مزورعی ابیانه، یحیی و فلاح‌زاده، علی محمد (۱۳۹۹). نظارت شورای نگهبان بر نحوه تصویب اساسنامه سازمان‌های عمومی؛ نقد رویه‌ها و عملکردها. فصلنامه دانش حقوق عمومی، ۹ (۳۰)، صص. ۲۴-۱. doi:10.22034/qjplk.2020.206

۱۹) مولاییگی، غلامرضا (۱۳۹۵). صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری. تهران: جنگل.

۲۰) یثربی، سیدمحمدعلی (۱۳۸۴). قاعده اذن؛ کلیات و تعاریف. مجله علمی پژوهش‌های فقه، ۱ (۱)، صص. ۱۲۷-۱۵۲.

## References

- 1) Abbāsīān, Rezā, Şayyādī, Abūzār, and Mahdavī, Seyed Moḥammad Hādī (1397 SH). Barrasī Māhīyat va Khosūsiyāt Ezn dar Tasarrof [A Study on the Nature and Characteristics of Permission in Disposal]. Faslnāmeḥ Pajūhesh-hāy Fiqh va Ḥoqūq Eslāmī, 14 (53), pp. 129-150. doi:10.22034/ijrj.2018.544666 [in Persian].
- 2) Aminī Bāghbādarānī, Mas'ūd (1390 SH). Moṭāle'eh Taṭbīqī Tafvīz Ekhtiyār Qānūn-gozārī dar Nezām-hāy Ḥoqūqī Jomhūrī Eslāmī Īrān va Frānseh [A Comparative Study on the Delegation of Legislative Authority in the Legal Systems of the Islamic Republic of Iran and France] (Pāyān-nāmeḥ Karshenasī Arshad). Dāneshgāh Shīrāz [in Persian].
- 3) Āqāyī Tūq, Moslem and Lotfī, Ḥasan (1398 SH). Ḥoqūq Edārī (1) [Administrative Law (1)]. Tehrān: Sahāmī Enteshār [in Persian].
- 4) Asadiān, Aḥmad (1391 SH). Taḥavvolāt Tafkīk Qovā [Developments in the Separation of Powers]. Tehrān: Majd [in Persian].
- 5) Asākerah, Zeinab and Nikūnehād, Hāmed (1402 SH). Āyīn Nazārat Shar'ī Fūqahāy Shorāy Negahbān bar Qavānīn va Moqarrarāt; Az Taḥlīl Rūyeh-āy Tā Algooye Pīshnehādī [The Canonic Oversight Procedure of Laws and Regulations by the Jurists of the Guardian Council: From Procedural Analysis to a Proposed Model]. Pażūheš'nāme-ye Ḥoqūq-e Islāmī [Journal of Islamic Law Research], 24 (61), pp. 523-554. doi:10.30497/law.2023.244374.3365 [in Persian].
- 6) Darvīsh Motavalī, Meysam (1393 SH). Taḥlīl va Barrasī Jāygāh va Şalāḥīyat-hāy Shorāy Negahbān; 9. Nezārat Shorāy Negahbān bar Asāsnāmeḥ-hāy Dovlatī Mosavvab Dolat yā Komīsyon-hāy Dākhelī Majles Shorāy Eslāmī [Analysis and Study of the Status and Competencies of the Guardian Council; 9. Supervision of the Guardian Council over Government Charters Approved by the Government or Internal Commissions of the Islamic Consultative Assembly]. Tehrān: Pejūheshkadeh Shorāy Negahbān (Daftar Moṭāle'āt Sākhtār-hā va Nehād-hāy Āsāsī), Shomāreh Mosalasl: 13930100 [in Persian].
- 7) Edāreh Kol Amūr Farhangī va Ravābet 'Ommūmī Majles Shorāy Eslāmī (1381 SH). Şūrat Mashrūḥ Muzākerāt Shorāy Bāznegrī Qānūn Āsāsī Jomhūrī Eslāmī Īrān (Jeld 2) [Detailed Proceedings of the Constitutional Review Council of the Islamic Republic of Iran (Volume 2)]. Tehrān: Edāreh Tablighāt va Enteshārāt Majles [in Persian].
- 8) Emāmī, Moḥammad and Ostovārsangarī, Kūrosh (1391 SH). Ḥoqūq Edārī (Jeld 2) [Administrative Law (Volume 2)]. Tehrān: Mīzān [in Persian].
- 9) Ghamāmī, Seyed Moḥammad Mehdī (1390 SH). Ḥoqūq Asāsī Jomhūrī Eslāmī Īrān [Constitutional Law of the Islamic Republic of Iran]. Tehrān: Markaz Asnād Enqelāb Eslāmī [in Persian].
- 10) Jāfari Langarūdī, Moḥammad Jā'far (1378 SH). Mabsūṭ dar Termīnolūzhī Ḥoqūq (Jeld 1) [Extensive in Legal Terminology (Volume 1)]. Tehrān: Ganj-e Dānesh [in Persian].
- 11) Madanī, Seyed Jalāl-al-Dīn (1377 SH). Ḥoqūq Asāsī va Nehād-hāy Sīāsī dar Jomhūrī Eslāmī Īrān [Constitutional Law and Political Institutions in the Islamic Republic of Iran]. Tehrān: Pāydār [in Persian].

- 12) Markaz Taḥqīqāt Shorāy Negahbān (1391 SH). Mabānī Ārā va Nazarāt Shorāy Negahbān Mostanbat Az Mashrūḥ Muzākerāt Sāl 1387 SH [Foundations of the Opinions and Views of the Guardian Council Derived from the Detailed Deliberations of the Year 1387 SH]. Tehrān: Mo'āvanat Tadwīn, Tanqīḥ va Enteshār Qavānīn va Moqarrarāt Mo'āvanat Ḥoqūqī Raīs-Jomhūr [in Persian].
- 13) Mazzūr'eī Abiāneh, Yaḥyā and Fallāh-Zādeh, 'Alī-Moḥammad (1399 SH). Nazārat Shorāy Negahbān bar Nahveh Tasvīb Asās-nāmeḥ Sāzmān-hāy 'Ommūmī; Naqd Rūyeh-hā va 'Amalkardhā [Supervision of the Guardian Council on the Procedure of Approval of Public Organizations' Statutes; Critique of Practices and Performances]. Faslnāmeḥ Dānesh Ḥoqūq 'Ommūmī, 9 (30), pp. 1-24. doi:10.22034/qjplk.2020.206 [in Persian].
- 14) Moḥsenī, Farīd and Najafī Asfad, Morteza (1388 SH). Ḥoqūq Asāsī Jomhūrī Eslāmī Īrān [Constitutional Law of the Islamic Republic of Iran]. Tehrān: Enteshārāt Beyn-al-Melalī Al-Hodā [in Persian].
- 15) Mūlābigī, Gholāmreza (1395 SH). Ṣalāḥīyat va Āyīn Dādresī Dīvān 'Adālat Edārī [Competence and Procedure of the Administrative Justice Court]. Tehrān: Jangal [in Persian].
- 16) Rājī, Seyed Moḥammad Hādī and Mazzūr'eī Abiāneh, Yaḥyā (1393 SH). E'tebār Ḥoqūqī Asās-nāmeḥ-hāy Sharīkat-hāy Mellī Naft, Gāz va Petrūshīmī bā Negāhī be Nazarhā va Rūyeh-hāy Shorāy Negahbān [Legal Validity of the Statutes of National Oil, Gas, and Petrochemical Companies with a Look at the Opinions and Practices of the Guardian Council]. Faslnāmeḥ Dānesh Ḥoqūq 'Ommūmī, 3 (9), pp. 51-68 [in Persian].
- 17) Sefīdī Harīs, Zahrā (1392 SH). Barrasī Taṭbīqī Qānūn-gozārī Tafvīzī dar Neẓām Ḥoqūqī Īrān va Engelīs (Pāyān-nāmeḥ Karshenasī Arshad). Dāneshgāh Tabrīz [in Persian].
- 18) Ṭahān-Nazīf, Hādī (1396 SH). Sharḥ Band 1 Asl 110 Qānūn Āsāsī (Zīr Nazar 'Abbās 'Alī Kadkhodāi) [Commentary on Clause 1 of Article 110 of the Constitution (Under the Supervision of Abbasali Kadkhodai)]. Tehrān: Pajūheshkadeh Shorāy Negahbān [in Persian].
- 19) Tavakkolī, Aḥmad Rezā (1389 SH). Tafāvot 'Oqūd Eznī bā Nehād Ḥoqūqī Ezn [The Difference between Permissive Contracts and the Legal Institution of Permission]. Pejūhesh-nāmeḥ Fiqh va Ḥoqūq Eslāmī, 3 (5), pp. 65-79 [in Persian].
- 20) Yathrebī, Seyed Moḥammad 'Alī (1384 SH). Qā'edeḥ Ezn; Kolīyāt va Ta'ārīf [The Principle of Permission; Generalities and Definitions]. Majalleh 'Elmī Pajūhesh-hāy Fiqh, 1 (1), pp. 127-152 [in Persian].



## Origin of Law in Islam; A Look at Qur'anic Evidences in Harmony with Natural Law Theory

Ali Ansari Baygi · PhD Student in Islamic Philosophy and Theology, Faculty of Theology and Islamic Studies, University of Tehran, Tehran, Iran. (Corresponding Author)  
ali.ansari.1700@gmail.com

Ali Jalaiean Akbarnia · Assistant Professor, Department of Qur'anic Studies and Hadith, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran.  
jala120@yahoo.com

Mohsen Ansari Baygi · MA Student in Islamic Philosophy and Theology, Faculty of Theology and Islamic Studies, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran. mohs137800@gmail.com

### Abstract

#### 1. Introduction

The Holy Quran stands as a foundational source for comprehending the principles that underpin Islamic thought across diverse domains, with legal studies and philosophy being notably pivotal. Within the realm of legal philosophy, the origin of laws and the identification of sources for distinguishing right from wrong have given rise to various legal doctrines, among which the natural law theory holds significance. This article undertakes an exploration of the origins of law in Islam, specifically examining the Qur'anic evidences in conjunction with the natural law theory. The focal point is deciphering whether the Quran aligns with the principles of natural law or diverges in its perspective on ethical and legal obligations.

#### 2. Research Question

In the context of Islamic legal thought, a fundamental question arises: What is the origin of obligations according to the Quran? Does the Quran provide evidence that resonates with the principles of "natural law," or does it present a distinct perspective on ethical and legal obligations? This inquiry is pivotal as its implications extend into legal, legislative, and ethical systems. The central concern lies in determining the criteria for the legitimacy of laws, the standards for ethical conduct, and the broader



impact on political philosophy within the Islamic framework. The crux of this exploration hinges on unraveling the Quranic evidence, especially within the Holy Quran.

### **3. Research Hypothesis**

The hypothesis underpinning this research posits that if there exists evidence within the verses of the Quran, the origin of rights in Islam aligns closely with the principles of natural law theory. The assumption is rooted in the understanding that natural law theory, which asserts the intrinsic nature of rights and wrongs, may find resonance in the divine legislation as expounded in the Quran. The research aims to scrutinize and evaluate the Quranic verses to discern whether divine legislation is akin to contractual laws or if it aligns more with the inherent concepts of good and evil. The research hypothesis, therefore, becomes a guide in exploring the compatibility between Islamic thought and the natural law doctrine.

### **4. Methodology & Framework, if Applicable**

This research adopts a multifaceted methodology to address the complexities of the research question. Firstly, it engages in the conceptualization and analysis of natural law theories and positive laws, delineating their primary features and definitions. This serves as the foundational step in creating a comparative framework. Subsequently, an analytical and inferential approach is employed towards selected Quranic verses. These verses are scrutinized to discern any alignment or disparity with the characteristics of natural law theories. The comparative approach is paramount, placing Quranic findings side by side with the tenets of the natural law theory to illuminate potential correlations or distinctions.

The historical background is considered crucial, acknowledging the ancient roots of legal philosophy and the formulation of laws in Islamic civilization. Attention is given to theological discussions, especially those pertaining to the oneness of God and legislation, recognizing the centrality of these themes in the theoretical formulation of the issue. Importantly, the research acknowledges the divergence in structure, terminology, and titles between Islamic theology and contemporary legal philosophy, highlighting the need to trace the origin of the issue within theological and doctrinal foundations.

In summary, the research method encompasses a conceptual analysis, an analytical approach to Quranic verses, and a comparative framework that places Islamic thought within the context of natural law theory. The historical background provides the necessary context for understanding the development of these ideas within Islamic civilization.

## **5. Results & Discussion**

The exploration of Quranic verses reveals a nuanced relationship between Islamic thought and the principles of natural law. The Quran is acknowledged as the paramount source of knowledge for Islamic social systems, attributing both creation and legislation to God. Yet, a careful analysis suggests that the Quranic perspective does not entirely align with positive laws. Instead, evidence emerges within Quranic verses that manifests an acknowledgment of and alignment with natural law in legislative systems. The results can be categorized into two groups, providing insights into the interplay between divine legislation and natural law.

Firstly, certain verses within the Quran articulate the intrinsic goodness or evilness within the nature of specific actions, irrespective of religious commands. These verses align with the foundational tenets of natural laws, suggesting that the Quran recognizes an inherent moral order that precedes divine legislative intent. The implication is that certain actions carry an intrinsic virtue or vice, independent of external influences such as governmental will or divine intervention.

Secondly, other verses exhibit an overlap with the rational aspect of natural law. These verses entrust the perception of good and evil in certain matters to human reason and conscience. Here, actions and behaviors within the created system are seen as intrinsically inclined towards good or evil, manifesting in conduct without external interference. Religious laws, in this context, assume a role in guiding, emphasizing, or determining these internal virtues of good and evil. While not all religious laws fall under this category, a significant portion, particularly those foundational to law and ethics, aligns harmoniously with the principles of the natural law doctrine.

## **6. Conclusion**

The findings of this research shed light on the relationship between the Holy Quran and the natural law theory. While the Quran is unequivocally regarded as the foundational source for Islamic

knowledge, including legal and ethical principles, it does not strictly adhere to the framework of positive laws. The evidence presented in Quranic verses supports the argument that a substantial part of rights and wrongs in Islam is rooted in the essence of actions, aligning with the principles of the natural law theory.

Categorizing the Quranic verses into those reflecting inherent goodness or evilness and those overlapping with the rational aspect of natural law provides a comprehensive understanding of the Quran's stance. The acknowledgement of an intrinsic moral order, predating religious commands, challenges a purely positivist interpretation of Islamic legislation. Moreover, the Quranic alignment with the rational aspect of natural law underscores the role of human reason and conscience in discerning ethical values, reinforcing the idea that certain virtues and vices exist independently of external influences.

It is crucial to emphasize that the alignment between Islamic thought and natural law does not necessitate a strictly secular interpretation. The foundational theory of natural law itself is not inherently secular, and certain religious statements within Islam harmonize with its principles. While secular interpretations of natural law have gained prominence in recent centuries, the historical context reminds us that a divine interpretation is equally viable.

In light of these findings, the conclusion posits that the foundation of natural laws is not contingent on secularist assumptions. Instead, it can coexist with religious and divine interpretations, as observed in the dynamic interplay between the Holy Quran and the principles of natural law in Islamic legal philosophy. The nuanced relationship uncovered in this research prompts further exploration and dialogue within the intersection of Islamic thought, legal philosophy, and ethics, contributing to a richer understanding of the foundations of law in Islam.

**Keywords:** Holy Quran, Origin of Rights, Source of Rights, Islamic Legal System, Inherent Good and Evil of Acts, Natural Law Doctrine.



## خاستگاه قانون در اسلام؛ با نگاهی به شواهد قرآنی نظریه قانون طبیعی

علی انصاری بایگی • دانشجوی دکتری فلسفه و کلام اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه تهران، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)  
ali.ansari.1700@gmail.com

علی جلائیان اکبرنیا • استادیار، گروه علوم قرآنی و حدیث، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران.  
jala120@yahoo.com

محسن انصاری بایگی • دانشجوی کارشناسی ارشد فلسفه و کلام اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران.  
mohs137800@gmail.com

### چکیده

خاستگاه قوانین حقوقی و اخلاقی و منشأ بایدها و نبایدها، از مسائل اثرگذار بر نظامات حقوقی، اخلاقی و سیاسی است. مکتب قانون طبیعی از جمله مکاتبی است که خاستگاه بایدها و نبایدها را در ذات اعمال جستجو می‌کند و معتقد است که خواست و اراده دولت‌ها و دیگر انسان‌ها در آن اثر ندارد. از دیگر سوی، بدان جهت که قرآن کریم منبعی اساسی برای ساختار قوانین اسلام به شمار می‌آید، بایسته است هر یک از پاسخ‌های ارائه شده به مسأله خاستگاه حقوق و قوانین همچون مکتب قانون طبیعی را در ترازوی سنجش قرآنی قرار داد؛ به این معنا که آیا قرآن کریم قانون‌گذاری الهی را از قبیل قوانین قراردادی می‌داند یا آنکه نگاه کتاب آسمانی بر مفاهیم مرتبط با مکتب قانون طبیعی همانند نظریه حسن و قبح ذاتی اعمال استوار است؟ اهمیت و ضرورت این مسأله آنگاه است که برخی از فرقه‌های اسلامی و نیز برخی دیگر از اندیشمندان، قوانین الهی و دینی را در زمره قوانین قراردادی قلمداد کرده‌اند و چه بسا نظام قانون‌گذاری اسلام را نگرشی نوین در برابر مکتب قانون طبیعی و مکتب حقوق قراردادی دانسته‌اند. پژوهش حاضر مبتنی بر تحلیل مفهومی مکتب قانون طبیعی و مکتب حقوق موضوعه و با بهره‌گیری از رویکردی تحلیلی و استنتاجی به بررسی شواهدی چند از آیات قرآن کریم پرداخته است. یافته‌های تحقیق نشان‌گر آن بوده است که این کتاب مقدس قوانین را از قبیل قوانین قراردادی نمی‌داند بلکه شواهدی چند، نشان‌گر همسویی آیات وحی در بسیاری از بایسته‌ها، با نظریه قانون طبیعی است.

واژگان کلیدی: قرآن کریم، خاستگاه حق، منشأ حق، نظام حقوقی اسلام، حسن و قبح ذاتی اعمال، مکتب قانون طبیعی.



## مقدمه

قرآن کریم اساسی‌ترین منبع برای شناخت مبانی و اندیشه‌های اسلامی در حوزه‌های مختلف از جمله دانش حقوق و فلسفه آن است. از مسائل فلسفه حقوق، مسئله خاستگاه قوانین و شناخت منشأ بایدها و نبایدهاست که آثار مستقیمی بر نظام‌های حقوقی، قانونی و اخلاقی دارد. پاسخ‌های ارائه‌شده به این مسئله، موجب شکل‌گیری مکاتب مختلف از جمله مکتب قانون طبیعی شده است. براین اساس، این پرسش در اندیشه حقوقی اسلام شایان طرح است که از منظر قرآن کریم، منشأ بایسته‌ها چیست؟ آیا قرآن شواهدی بر همسویی اندیشه اسلام با اندیشه‌های «قانون طبیعی» دارد یا نگره اسلام به بایسته‌های اخلاقی و حقوقی، گونه‌ای دیگر است؟

اهمیت این مسئله را باید در پیامدهای آن جست‌وجو کرد. مهم‌ترین پیامد این پرسش در دانش حقوق، تعیین ملاک مشروعیت قوانین است. در اخلاق نیز ملاک و معیار عمل اخلاقی با این مسئله مرتبط است. همچنین، به سبب تأثیر حقوق و سیاست بر یکدیگر، اثرگذاری این مسئله بر فلسفه سیاسی پوشیده نیست. شناخت منشأ و خاستگاه بایدها و نبایدها از منظر قرآن کریم مسئله‌ای اثرگذار در نظام اخلاقی، حقوقی و سیاسی اسلام است که پاسخ به آن در گروهی بررسی شواهد آن از متون دینی به‌ویژه قرآن کریم است.

گفتنی است به سبب گستردگی و تعدد دیدگاه‌ها در بحث منشأ حق و قانون و نیز ارائه تفاسیر متنوع از نظریه قانون طبیعی و قوانین موضوعه و با توجه به رویکرد تطبیقی تحقیق حاضر، ضروری است پس از بیان مقصود و تفسیر مورد نظر از این دو نظریه، نسبت آیات قرآن با آن‌ها را سنجید. این تحقیق برای بررسی مسئله مزبور، با رویکردی تحلیلی به بررسی این نظریات و پس از آن به بررسی شواهدی چند از آیات قرآن کریم خواهد پرداخت.

روش پژوهش: طبق آنچه در مقدمه و بیان مسئله تحقیق گفته شد، تحقیق حاضر را می‌توان در چند سطح روش‌شناسی کرد.

۱. مفهوم‌شناسی و تحلیل مکاتب قانون طبیعی و حقوق موضوعه که به ویژگی‌های اصلی این مکاتب و تعریف آن‌ها اشاره دارد.

۲. رویکرد تحلیلی و استنتاجی نسبت به شواهدی چند از آیات قرآن کریم.

۳. رهیافت تطبیقی که یافته‌های قرآنی را در مقایسه و تطبیق با ویژگی‌های مکاتب پیش‌گفته قرار می‌دهد.

تبارشناسی و پیشینه پژوهش: سابقه مسئله خاستگاه قوانین به یونان باستان، بلکه پیش از آن بازمی‌گردد (منصوری لاریجانی، ۱۳۷۴، صص. ۱۱-۱۲)، اما طرح آن به‌عنوان مسئله‌ای نظری در تمدن اسلامی، در امتداد مسائل الهیات و در ذیل مباحث توحید ربوبی و توحید در تشریح بوده است. اینکه چه کسی حق قانون‌گذاری دارد، از مهم‌ترین مسائل کلامی است که اندیشمندان مسلمان بدان توجه داشته و برای آن قلم‌فرسایی کرده‌اند (سبحانی تبریزی، ۱۳۷۶، ص. ۴۹)؛ البته اینکه قانون‌گذاری حق انحصاری خداوند است، موضوعی پذیرفته‌شده در جامعه اسلامی است، اما طرح آن به‌عنوان مسئله‌ای نظری و بررسی چالش‌های مربوط تنها در میان اندیشمندان و به‌طور خاص متکلمان بوده است.

آنچه حکیمان و متکلمان مسلمان در ذیل الهیات اسلامی بیان داشته‌اند، از نظر ساختار، واژگان و عناوین با آنچه امروزه در فلسفه حقوق طرح می‌شود، تفاوت دارد. از این‌رو شاید نتوان تبار مسئله خاستگاه حقوق و قوانین در جهان اسلام را به‌عنوان فلسفه حقوق و قوانین دنبال کرد، بلکه باید در جست‌وجوی مبانی الهیاتی و کلامی مرتبط با آن بود. در تحقیقات حقوقی، اخلاقی و فلسفه حقوق، این مسئله با رویکرد مورد نظر این تحقیق (سنجش نسبت قرآن کریم با قوانین طبیعی و قوانین موضوعه) کمتر مورد توجه قرار گرفته است. پژوهش‌های گوناگون در این زمینه نیز معمولاً یا با رهیافتی درون‌دینی به این مسئله پرداخته و توجهی به مکاتب مطرح در فلسفه حقوق و به‌طور خاص اندیشه‌های مغرب‌زمین نداشته‌اند یا آنکه مدعی آنان با این تحقیق متفاوت است. از این تحقیقات می‌توان به موارد زیر اشاره کرد.

۱. بهرامی، محمد (۱۳۸۲). منابع حقوق در قرآن. پژوهش‌های قرآنی، ۹ (۳۴)، صص. ۴۶-۷۱.
۲. توانا، عفت (۱۳۹۳). تبیین فلسفی و کلامی حق و حقانیت در قرآن (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه فردوسی مشهد.

در این تحقیقات، عموماً اندیشه حقوقی اسلام در برابر دیگر مکاتب حقوقی مانند قانون طبیعی، حقوق موضوعه و... قلمداد می‌شود درحالی‌که این دیدگاه مورد مناقشه تحقیق حاضر و برخلاف یافته‌های آن است؛ البته برخی مقالات مانند مقاله «فلسفه حقوق طبیعی انسان در اسلام» (جاوید، ۱۳۸۶)، یافته‌های نزدیک و مشابه با این جستار دارد، اما از دو جنبه با این پژوهش تفاوت دارد. نخست، از منظر روش‌شناسی بحث و دوم اینکه، این مقاله قانون طبیعی را در مقیاس مطلق

آموزه‌های اسلامی طرح و بررسی کرده درحالی‌که تحقیق پیش رو تنها بر شواهد قرآنی آن متمرکز است.

نوشتار حاضر از آن رو که درصدد است تا نسبت مکاتب مطرح در مسئله خاستگاه حق در غرب را با قرآن کریم دریابد تا در پرتوی آن، اندیشه قرآنی در مسئله خاستگاه حق روشن شود و نیز بدین رو که عقیده‌اش بر همسویی آیات قرآن کریم با مکتب قانون طبیعی است، تحقیقی نوین است.

همواره تعریف، رکن اساسی تفکر منطقی بوده است؛ زیرا بسیاری از خطاهای ذهنی در حوزه تعریف و مفهوم‌شناسی رخ می‌دهد. براین اساس، بررسی مسئله خاستگاه قوانین در قرآن کریم و نسبت‌سنجی آیات کریمه با نظریاتی مانند قانون طبیعی و قانون موضوعه، نیازمند تحلیل مفهومی این نظریات است. بدین سبب ضروری است پیش‌تر قانون طبیعی (Natural Law) و قانون موضوعه (Positive Law) بررسی شود تا مانع از خلل در فرایند تحقیق شود. لذا می‌بایست به واکاوی خاستگاه قانون در آینه مکاتب حقوقی پرداخت.

### ۱. قانون طبیعی

«قانون طبیعی»<sup>۱</sup> نظریه‌ای است که منشأ قوانین و الزامات آن‌ها را در طبیعت و ذات رفتارها جست‌وجو می‌کند. سابقه این نظریه را در دوره باستان دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ص. ۴۴). امروزه استعمال واژه طبیعت به معنای جهان مادی است، اما قانون طبیعی لزوماً به معنای حقوق مادی نیست. از این رو این مکتب را حقوق فطری نیز نامیده‌اند تا فاقد معنای مادی‌گرایانه باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ص. ۴۴). در واقع، این نظریه معتقد به قوانین و امتیازاتی است که به انسان، به صرف آنکه واجد عقل و قوه تشخیص ذاتی عدل و ظلم به عنوان دو معیار معتبر برای تمییز خوب

۱. از قانون طبیعی گاه با عناوین دیگر مانند قانون فطری نیز یاد می‌شود. هریک از این مفاهیم در اینکه بایسته‌ها (اعم از اینکه ناظر به حوزه حق باشد یا ناظر به حوزه تکلیف باشد) برخاسته از ذات اعمال هستند، اشتراک دارند. باوجود این، هرکدام مبتنی بر قرائتی خاص از این مکتب است. برای مثال، در عناوینی مانند قانون فطری، انگاره‌های دینی حاکم است (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ص. ۴۴)؛ البته نسبت به تفاوت یا عدم تفاوت قوانین طبیعی که از سنخ بایسته‌ها هستند با قانون طبیعی که از نوع امتیازات هستند، بحث‌های مختلفی وجود دارد (طالبی، ۱۳۹۲، ص. ۱۵۳)، اما به‌خاطر اینکه مسئله اصلی این پژوهش درباره قانون طبیعی است و پیوند آن با حقوق طبیعی خارج مسئله‌ای دیگر شمرده می‌شود، بررسی آن خارج از حوصله این نوشتار است.

از بد و درست از نادرست فارغ از زمان و مکان می‌باشد، تعلق می‌گیرد و او آن را مبنا و ضابطه اصلی شکل‌دهنده به روابطش با دیگران و نیز حکومت و دولت قرار می‌دهد.» (شه‌وردی، ۱۳۸۴، ص. ۷۴). مبتنی بر این دیدگاه، نظامی از قوانین شکل می‌گیرد که آن قوانین نیز فارغ از زمان و مکان و تنها با عقل قابل درک هستند. قوانین طبیعی به قدری از جهان‌شمولی، فرازمانی و فراشری بودن برخوردارند که امروزه گاه آن‌ها را به اصول اخلاقی نیز تفسیر می‌کنند (Oxford Learne's Natural Law Dictionaries).

محور اساسی این مکتب آن است که اصول باید‌ها و نیاید‌ها در اختیار انسان نیست، بلکه موضوعی و رای اراده افراد و دولت‌هاست؛ برخلاف دیدگاه‌هایی که حقیقت قوانین را اراده دولت‌ها، اقتضات اجتماعی یا رسوبات تاریخی دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ص. ۴۴). همان‌گونه که موجودات عالم طبیعت آفریده انسان نیستند، آدمی نیز در تعیین قوانین طبیعی نقشی ندارد. از این رو اجماع بشر بر نیکی یا زشتی عدالت، هیچ دخالتی در حُسن واقعی آن ندارد و از ارزش آن نمی‌کاهد (جاوید، ۱۳۹۲، ص. ۶۲).

اندیشمندان مختلفی همسو با نظریه قوانین طبیعی بوده‌اند. برای مثال، افلاطون معتقد است برخی امور بدون توجه به فایده‌شان خوب یا بد هستند (افلاطون، ۱۳۹۸، ص. ۹۱۲). سبزو در روم باستان نیز تصریح می‌کند که عدالت به صرف خود و فی‌نفسه مطلوب است (هیدن، ۱۳۹۲، ص. ۱۲۸). آکویناس در قرون وسطا نیز قانون طبیعی را قوانین ابدی و سرمدی می‌دانست که عقل الهی به آن حکم می‌کند و آدمی هم به خاطر بهره‌ای که از عقل الهی دارد، چنین حکمی خواهد داشت (هیدن، ۱۳۹۲، ص. ۱۲۸). اندیشه‌های آگوستین را نیز همسو و مانند نگاه آکویناس دانسته‌اند (جاوید، ۱۳۸۶، ص. ۱۹)؛ هرچند نگره دینی و تأکید بر الهی بودن قانون طبیعی باعث شد تا عملاً عنوان «قانون طبیعی» به «قانون الهی» تبدیل شود.

قوانین طبیعی و قوانین الهی گونه‌ای از همسویی را داشتند، اما مرور زمان و تمرکز بسیار بر الهی بودن این قوانین موجب شد تا برخی عقلانی بودن آن‌ها را در برابر الهی بودن آن قلمداد کنند. در نتیجه، قانون طبیعی در برابر قانون الهی قرار گرفت (جاوید، ۱۳۸۶، ص. ۱۹). از این رو نگرش دینی آکویناس و آگوستین به قانون طبیعی که تا زمان گروسیوس تداوم یافته بود، دچار نقد و چالش شد. برای مثال، گروسیوس این نکته را گوشزد کرد که بخش مهمی از قوانین دینی در زمره

قوانین طبیعی هستند، اما بخشی از قوانین الهی را باید در زمره حقوق موضوعه قلمداد کرد. (Grotius, 2001, p. 9). در واقع، گروسیوس با اطلاق دیدگاه آکویناس مبنی بر اینکه همه قوانین طبیعی تحت اراده خداست، مخالفت داشت. اینکه تا چه اندازه برداشت گروسیوس از دیدگاه آکویناس پذیرفتنی است یا نه، موضوعی خارج از حوصله این نوشتار است.

دیدگاه گروسیوس را می‌توان فراهم‌کننده نخستین گام‌ها برای سکولار شدن قانون طبیعی دانست؛ دیدگاهی که بخش مهمی از قانون طبیعی را خارج از حوزه دین و مذهب تعریف کرد. از این‌روست که برخی، قرن‌های ۱۶ و ۱۷ را آغاز عقلانیت در قانون طبیعی دانسته‌اند؛ به این معنا که قانون طبیعی، قوانین دینی نیستند، بلکه عقلانی هستند (جاوید، ۱۳۸۷، ص. ۹۴). در این بحث نیز نسبت به اینکه آیا واقعاً گروسیوس در صدد سکولاریزه کردن قانون طبیعی بوده است یا نه و اینکه از عبارات او چنین مطلبی دریافت می‌شود یا نه؟ سخنی خارج از حوصله نوشتار است. قانون طبیعی تا عصر اثبات‌گرایی تجربی رونق بسیار یافت تا اینکه دیدگاه‌های حس‌گرایانه و تجربی این عصر، زمینه را برای نقد قانون طبیعی و ظهور مکاتب تاریخی و تجربی فراهم کرد. این انتقادات زمینه افول موقت مکتب قانون طبیعی شد، اما نتوانست این مکتب را کاملاً طرد کند.

### ۱.۱. ویژگی‌های قانون طبیعی

قانون طبیعی، قرائت‌های مختلف و گاه متفاوت را به خود دیده است، اما در تمام این نظریات، برای قانون طبیعی دو ویژگی اساسی بر شمرده می‌شود.

نخست: قانون طبیعی، بایدونبایدی است که در ذات اعمال نهفته است و در نتیجه، به‌خودی‌خود حسن یا قبح دارد. قانون طبیعی وابسته به اتفاق یا اختلاف آرای بشر نیست. مثال بارز این قوانین و حقوق، نیکویی عدالت است که حتی اگر انسان‌ها بدان پایبند نباشند یا اگر بر زشتی آن اتفاق داشته باشند، از نیکویی آن نمی‌کاهد. بنابراین، عوامل خارجی خواست انسان‌ها یا دولت‌ها بر این حقوق اثرگذار نیست. درحقیقت، قانون طبیعی به‌گونه‌ای است که هیچ اراده‌ای حتی اراده خداوند در آن اثرگذار نیست (فاستر، ۱۳۸۸، ج ۱، صص. ۳۹۵-۳۹۶) و به این علت که هیچ شخصی آن را وضع نکرده، سلب یا تغییر آن‌ها نیز از اختیار انسان‌ها خارج است. از این‌روست که در نگاه بیشتر متفکران، اصول قانون طبیعی در همه زمان‌ها و مکان‌ها ثابت و فراگیر هستند (هیدن، ۱۳۹۲، ص. ۱۲۸).

دوم: ویژگی دیگر قانون طبیعی عقلی بودن آن‌هاست. عقل اساسی‌ترین ابزار آدمی برای کشف نیکویی یا ناپسندی ذاتی اعمال است. آکویناس به پیوند قانون طبیعی و عقلانیت تصریح می‌کند (به نقل از: هیدن، ۱۳۹۲، ص. ۱۲۸). بنابراین، عقلانیت یک اصل در شناخت قوانین طبیعی است؛ هرچند برخی مانند افلاطون عقل را مختص حکیمان دانسته‌اند و دیگرانی مانند سیسرو، عقل عمومی بشر را برای شناخت حقوق و قوانین طبیعی کافی می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ص. ۴۴).

هسته اصلی نظریه قانون طبیعی، ذاتی بودن، غیرارادی بودن (وابسته به اراده شخص یا اشخاص نبودن) و عقلانی بودن است. در واقع، در این نگاه، نظام قوانینی که بشر در زندگی خویش وضع می‌کند و بدان پایبند می‌شود، باید منطبق بر قانون طبیعی باشد. در غیر این صورت فاقد مشروعیت است. به عبارت دیگر، رابطه میان قوانین جزئی که بشر در زندگی روزمره آن‌ها را وضع می‌کند با قانون طبیعی، رابطه انطباق است (برخلاف آنچه در ادامه از باورمندان به قوانین موضوعه بیان می‌شود مبنی بر اینکه آنان مبتنی بر رویکردی تجربه‌گرایانه، قانون را تنها و تنها وابسته به اراده قانون‌گذار می‌دانند و عنصر انطباق را نادیده می‌گیرند).

مقصود این تحقیق از قانون طبیعی آن تفسیری است که هم ظرفیت ارائه تصویر دین‌مدارانه و هم قابلیت تبیین غیردین‌مدارانه را دارد. از این رو نسبت میان قانون طبیعی و قانون الهی قابل فرض است و این پندار که نظریه قانون طبیعی به صورت قطعی و ذاتی، نظریه‌ای غیرالهی و غیردینی است، پیش‌فرضی ناصواب است.

برخلاف تفاسیری که دین‌ستیزی یا دین‌گریزی را محور اساسی این نظریه تلقی کرده‌اند یا به این خاطر که بخشی از نظریات قانون طبیعی در جهان معاصر بر بستر اومانیزم و سکولاریسم رشد یافته است، چنین تلقی کرده‌اند که قانون طبیعی در برابر نظام قوانین دینی است (انصاری‌چشمه و همکاران، ۱۴۰۰؛ توانا، ۱۳۹۳؛ کریمی‌نیا و همکاران، ۱۳۹۸)؛ البته این مسئله عمیقاً به تعریف دین و قوانین دینی ارتباط دارد؛ زیرا اگر قوانین دینی را تنها کاشف از اراده الهی بدانیم، در این صورت قانون دینی مغایر با قانون طبیعی خواهد بود، اما اگر چنین تلقی‌ای از قوانین دینی وجود نداشته باشد، نسبت قوانین طبیعی و قوانین دینی ناممکن نخواهد بود. این مسئله نسبت به گزاره‌های اسلامی و نسبت آن با قانون طبیعی در ادامه تبیین می‌شود.

## ۲. مکاتب قراردادی

پس از آنکه مکتب قانون طبیعی تحولات مختلفی را در تاریخ پرسابقه خویش پیمود، نظریاتی رخ نمود که منشأ حقوق را در ذات اعمال و طبیعت آن‌ها جست‌وجو نمی‌کرد. عموم این مکاتب تحت تأثیر گرایش‌های پوزیتیویستی، باوری به قانون طبیعی نداشتند تا معتقد به انطباق قوانین با قانون طبیعی باشند، بلکه معتقد بودند تنها سیر تاریخی، مناسبات اجتماعی یا اراده دولتمردان است که قوانین را پدید می‌آورد. پیامد این انتقادات موجب پیدایش مکاتبی بود که اساس آن‌ها را می‌توان در دو بخش «مکتب تاریخی» و «مکتب تحققی» به اجمال بررسی کرد.

مکتب تاریخی حقوق، حقوق را چیزی جز رسوبات تاریخ اقوام و ملل نمی‌داند. در این نگاه، قوانین از طریق عرف عام جامعه و به تدریج شکل می‌گیرد؛ همان‌گونه که زبان، فرهنگ و هنر نیز به تدریج تحت تأثیر اقتضائات جامعه و عرف عام شکل می‌گیرد (اسلامی‌پناه، ۱۳۹۸، صص. ۱۲-۱۳). در واقع قانونی که مبتنی بر عادات و رسوم یک قوم نباشد، نمی‌تواند تداوم داشته باشد، بلکه اصلاً قانون نیست؛ زیرا جامعه از عرف، فرهنگ، آداب و رسوم و هر آنچه در راستای اقتضائات خودش است، تبعیت می‌کند. انتقاد اندیشمندان این مکتب بر مکتب قانون طبیعی این است که قانون طبیعی به دلیل ثابت و مطلق بودن، معیار واحدی برای قوانین و مشروعیت آن ارائه می‌دهد در حالی که تفاوت میان نظریات حقوقی و قوانین هر جامعه انکارنشده است (اشتراوس، ۱۳۷۳، صص. ۲۷).

مکاتب تحققی حقوق، دیگر دیدگاهی است که قانون طبیعی را نپذیرفته است. از نگاه این مکاتب، مبانی قوانین و حقوق، اموری عالی، آرمانی و برتر از خواست انسان نیست تا قوانین هر جامعه را منطبق با آن دانست؛ زیرا چنین اموری تنها مفاهیم انتزاعی ذهنی هستند، بلکه آنچه منشأ و مبنای قوانین است، امور واقعی است که در بطن زندگی انسان وجود دارد. از این رو قانون‌ها هیچ منشأ و خاستگاهی جز اراده قانون‌گذار یا مناسبات اجتماعی ندارد. انگاره واقع‌گرایانه (در مقابل آرمان‌گرایی قانون طبیعی) این مکاتب در پیوند با روش تجربی که در جهان غرب توسعه یافته بود، منجر به شکل‌گیری اندیشه‌های افرادی مانند هیوم، بنتام، جان استوارت میل، ویلیام جیمز و... شد. از این رو مانند هیوم با نگره‌ای تجربی، معیار بایدها و نبایدها را نه قانون طبیعی، بلکه سود و فایده می‌داند (هیوم، ۱۳۷۷، صص. ۷۹-۸۴).

در حقیقت پوزیتیویسم که توسط هیوم به اوج خودش می‌رسد، قوانین طبیعی را در زمره



ایدئالیسم می‌دانست و معتقد بود آنچه از منظر عینی می‌توان مشاهده کرد، این است که قانون هیچ حقیقتی جز اراده قانون‌گذار (جامعه یا دولت) ندارد. حتی آرمان‌هایی مانند عدالت و آزادی نیز تا زمانی که تبدیل به قانون رسمی دولتی یا اجتماعی نشوند، فاقد اعتبار حقوقی هستند. به عبارت دیگر، در نظام قوانین، آنچه هست و آنچه در زمره قوانین عینی و جاری در جوامع به شمار می‌آید، اراده اشخاص، دولت‌ها و جوامع است، اما آنچه در نظریه قانون طبیعی گفته شده است، باید‌ها و نباید‌هاست که ارتباطی با هست و نیست‌ها ندارد (جوادی، ۱۳۷۵، ص. ۳۰). این همان دیدگاه مشهور هیوم در تفکیک باید‌ها از هست‌هاست.

مکتب اجتماعی نیز که عموماً از سوی جامعه‌شناسان دنبال می‌شود، تحت تأثیر تجربه‌گرایی پس از رنسانس شکل گرفت. این دیدگاه جامعه را به مثابه موجودی زنده می‌داند که قوانین و مقرراتی را در درون خود پدیدار می‌سازد. از نگاه ایشان، قانون در فرضی قانون است که جامعه آن را به رسمیت شناخته باشد. در مقابل، مکتب دولتی حقیقت قوانین را چیزی جز اراده دولت و حاکمیت نمی‌دانست و معتقد بود تا زمانی که قانونی توسط دولتی به رسمیت شناخته نشود، قابلیت رهگیری و پیگیری اجرایی و قضایی نخواهد داشت (برای مطالعه بیشتر رک. به: کاتوزیان، ۱۳۷۷، ص. ۲۴۶).

### ۳. منشأ و خاستگاه قانون در قرآن کریم

در نگاه نخست واژگان و عبارات قرآنی با اندیشه‌های اثرگذار در فلسفه حقوق مانند مکاتب یادشده، ارتباطی ندارند، اما با روشی استنتاجی و با اخذ به لوازم مفهومی و گزاره‌ای آیات می‌توان موضع قرآن کریم نسبت به خاستگاه حقوق و قوانین را دریافت.

مهم‌ترین روش برای اصطیاد مسئله خاستگاه حقوق و قوانین در قرآن کریم، بررسی نگره این کتاب مقدس به چگونگی حسن و قبح اعمال و رفتارهاست. آیا تنها اراده الهی ملاک بایستگی و شایستگی رفتارهاست و هیچ ملاک و حقیقتی ورای دستور الهی وجود ندارد یا اینکه جست‌وجو در قرآن کریم نشان‌دهنده چیز دیگری است؟ به عبارت دیگر، از منظر قرآن کریم قوانین الهی در مواردی (موارد غیر تعبدی) منطبق بر قوانین طبیعی است یا از جمله قوانین موضوعه است که در مرتبه ثبوت، هیچ حقیقتی ورای اراده الهی نیست؟

لازمه موضوعه بودن قوانین الهی این است که اعتبار اخلاقی و حقوقی امورات وابسته به هیچ

چیز جز اراده قانون‌گذار نیست. در نتیجه، قوانین الهی مانند بسیاری از آداب و رسوم خواهد بود که حسن و قبح یک رفتار در مرتبه حکم و قانون‌گذاری شکل می‌گیرد. اینکه برای توحید باید کلاه از سر برداشت یا کلاه را برنهد، حسن و قبح واقعی ندارد، بلکه تنها آداب و رسوم اجتماعی، آن را به گونه‌ای از قوانین اخلاقی تبدیل کرده است. این سنخ از قوانین قابل تغییر و در زمره قوانین موضوعه هستند.

در مقابل، لازمه قانون طبیعی این است که حسن و قبح رفتاری وابسته به اراده قانون‌گذار نیست، بلکه مبنا و علت باید و نباید قانونی، همان حسن و قبح ذاتی و واقعی رفتار است. برای مثال، ظلم به خودی خود زشت و قبیح است و عدالت به ذات زیبا و نیکوست. در این حالت حتی اگر قانون‌گذار بخواهد که این قانون را تغییر دهد، امکانش برای او فراهم نیست و بایستگی عدالت و زشتی ظلم تغییر نمی‌کند. این گونه قوانین فراتر از اراده قانون‌گذار است که حسن و قبح آن در مرتبه موضوع قوانین و پیش از قانون‌گذاری است.

مسلم است که بخشی از قوانین الهی در زمره تعبدیات است که تنها به اراده حکیمانه الهی وابسته است، اما آنچه مقصود این نوشتار است، این است که آن دسته از قوانین که از تعبدیات به شمار نمی‌آید و در تبیین مبانی حقوقی و اخلاقی اسلام کارآمد است، در زمره قوانین طبیعی یا قوانین موضوعه است؟

برخی مانند اشاعره در نظریه حسن و قبح شرعی گمان برده‌اند که الهی بودن نظام این قوانین بدین معناست که اعمال نیک و زشت، به خودی خود و به تنهایی عاری از هر مصلحت و مفسده‌ای هستند، بلکه اساساً اعمال ذاتاً مقتضی هیچ حسن یا قبحی نیستند (شهرستانی، ۱۴۲۵ق، ص. ۲۰۸)؛ به‌ویژه که از منظر قرآن، مبدأ نظام تکوین و تشریح، خداوند متعال است. از این رو خداوند متعال هم مبدأ حق است «الْحَقُّ مِنْ رَبِّكَ فَلَا تَكُنْ مِنَ الْمُمْتَرِينَ» (آل عمران، ۶۰) و هم به حق نامیده شده است «ذَلِكَ بِأَنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَقُّ وَأَنَّهُ يُحْيِي الْمَوْتَىٰ وَأَنَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ» (حج، ۶). این مهم در اندیشه‌های مختلف فلسفی و کلامی حتی اندیشه‌های امامیه نیز بیان شده است که خداوند خالق هستی و شارع قوانین است (سبحانی تبریزی، ۱۳۷۶، ج ۲: ۸۰). از این رو تمام رفتارهای آدمی اعم از اعمال فردی یا کنش‌های اجتماعی باید مبتنی بر اراده الهی تنظیم شود. این مهم موجب می‌شود تا گمان شود که رویکرد الهی به قوانین، رویکردی بسان نظریه حقوق موضوعه است؛ همان‌گونه که گروسیوس برخی از قوانین الهی را در زمره قوانین موضوعه قلمداد می‌کرد.

(Grotius, 2001, p. 9)؛ به‌ویژه که برخی آیات مانند «إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ» (مائده، ۱) ممکن است این نگرش را تقویت کند؛ زیرا حکم الهی که شامل قوانین تشریحی می‌شود، وابسته به اراده الهی است.

گفتنی است مقصود این نیست که اشاعره، خداوند را به‌مثابه انسان می‌دانند تا باورمند به نظریه قانون وضعی باشند، بلکه دیدگاه ایشان از آن‌رو که هیچ حقیقت، مصلحت و شایستگی درونی برای خود افعال در نظر نمی‌گیرند و تنها ملاک بایسته‌ها را صرف اراده شارع لحاظ می‌کنند، دیدگاهی همسو با قوانین وضعی است

باید توجه داشت که مسئله حسن و قبح در جهان اسلام درباره کشف فرمول رفتار الهی و مناسبات مربوط به آن است که در ذیل مباحث توحید بیان می‌شود. از این‌رو این مسئله در زمره مسائل الهیات قرار گرفته است، اما اشاعره و عدلیه در این مسئله به مبانی‌ای اشاره کرده‌اند که مسئله الهیاتی مربوط به فعل الهی را به مسئله خاستگاه قوانین مرتبط ساخته است. در حقیقت نزاع اشاعره و عدلیه پیرامون سه گزاره زیر است.

۱. آیا افعال دارای حسن و قبح ذاتی هستند؟

۲. آیا حسن و قبح ذاتی افعال برای عقل قابل تشخیص است؟

۳. آیا آنچه را عقل از حسن و قبح ذاتی افعال دریافته است، می‌توان به‌عنوان شاخص فعل الهی در نظر گرفت؟

پاسخ اشاعره به گزاره نخست، منفی است (شهید اول، ۱۳۸۰، ص. ۴۶). در نتیجه، عملاً زمینه‌ای برای پرسش‌های بعدی ندارند، اما عدلیه باورمند به حسن و قبح ذاتی افعال (در مرتبه ثبوت) هستند که عقل می‌تواند آن را درک کند (مرحله اثبات) و به‌عنوان شاخص فعل الهی در نظر گیرد (برنجکار و نصرتیان اهور، ۱۳۹۷، صص. ۲۰-۲۲؛ سعیدی مهر، ۱۳۹۳، ج ۱، ص. ۲۹۵).

مبتنی بر نگرش عدلیه، نظام خلقت به گونه‌ای است که ذات رفتارها، موجب حکم به خوبی یا بدی و بایستگی یا نبایستگی آن‌هاست؛ البته این بدین معنا نیست که هیچ قانون شرعی وجود ندارد، بلکه مراد این است که اصول بایسته‌ها مانند حسن عدالت و قبح ظلم، وابسته به اراده تشریحی خداوند نیست بلکه حسن و قبح ناشی از خصوصیات ذاتی آن‌ها، مبنایی برای گزاره‌های

جزئی حقوقی و اخلاقی است که در شریعت بیان می‌شود.<sup>۱</sup>

این نوشتار معتقد است شواهد متعددی از آیات قرآن مبتنی بر نظریه دوم (عدلیه) وجود دارد. قرآن کریم با تعبیر مختلف بیان می‌کند که چنین نیست که نظام قوانین الهی، موضوعه صرف (به معنای قوانین وضعی پیش‌گفته) باشد؛ زیرا در غیر این صورت هیچ‌گاه نمی‌توان بایستگی، شایستگی و مشروعیت قوانین را در نظر گرفت، بلکه از نگاه قرآن کریم، بخش مهمی از احکام و دستورات (غیرتبعیبات) مبتنی بر مصالح واقعی نهفته در درون اعمال شکل می‌گیرند و عنصر انطباق با این مصالح و مفاسد (که در نظریه قانون طبیعی بود) رکن قوانین الهی است.

این آیات نشان می‌دهند که نمی‌توان حقیقت بایدها و نبایدها را تنها در اراده شارع (بدون هیچ واقعیت، ملاک و مصلحتی و رای آن) جست‌وجو کرد، بلکه حسن و قبح اصول بسیاری از رفتارها در ذات آن‌ها نهفته است. این دیدگاه باور دارد که نگاه قرآن در منشأ بایدها و نبایدها در بسیاری از قوانین مانند نگرش مکتب حقوق و قوانین طبیعی است؛ برخلاف نظریه اشاعره و پوزیتیویسم حقوقی که نظام قوانین اسلام را از نوع قوانین موضوعه می‌داند.

مهم‌ترین شواهد قرآنی را که در زمره مستندات امامیه بر قانون طبیعی است، می‌توان به دو دسته تقسیم کرد. نخست، آیاتی که بدون لحاظ امر یا نهی شرعی بیان‌کننده حسن و قبح اخلاقی یا حقوقی به صورت ذاتی هستند. دوم، آیاتی که شناخت حسن و قبح اخلاقی و حقوقی اعمال را وابسته به ادراکات عقلی و وجدانی انسان می‌داند.

در واقع، دسته نخست آیات بر ویژگی نخست حقوق و قوانین طبیعی یعنی ذاتی بودن و دسته

۱. گفتنی است نگره امامیه متفاوت از انگاره سکولاریسم است. سکولاریسم اساساً در فرایند قانون‌گذاری به‌ویژه در عرصه‌های اجتماعی، به الهیات باور ندارد و حوزه قانون‌گذاری را از دین و الهیات جدا می‌انگارد، اما در نگاه امامیه، قانون‌گذاری حق اختصاصی خداوند است، اما تمام قوانین الهی از قبیل قوانین موضوعه نیستند، بلکه اصول بایسته‌های اخلاقی و حقوقی و سیاسی مبتنی بر اصل حسن و قبح ذاتی عدل و ظلم است. این نگاه در مقابل باور اشاعره مبنی بر حسن و قبح شرعی است. درحقیقت، در نگاه امامیه حسن عدل و قبح ظلم موضوعی است که در ذات عدل و ظلم لحاظ شده است. به عبارت دیگر می‌توان گفت در نگاه امامیه حسن و قبح اصول اخلاقی، حقوق و سیاست وابسته به اراده خداوند بما هو خالق (از آن حیث که نظام هستی و اقتضائات هر موجودی و هر رفتاری را در آن قرار داده) است، اما در نگاه کسانی که قوانین الهی را در زمره قوانین موضوعه می‌دانند، قوانین مبتنی بر هیچ حقیقتی و مصلحتی غیر از اراده الهی نیستند و خداوند فقط بما هو شارع (از آن جهت که قانون‌گذار است) آن‌ها را اراده کرده است. در این نگاه، در واقع اراده الهی نوعی از اراده گزاف و غیرمنطبق بر مصالح و مفاسد واقعی است.

دوم آیات بر ویژگی دوم آن‌ها یعنی عقلانی بودن تمرکز دارند.

### ۱.۳. گروه نخست آیات شریفه

بر اساس آنچه از مکتب قانون طبیعی و حقوق موضوعه شناخته شد و آنچه از لوازم و ویژگی‌های آن دو بیان شد، می‌توان برخی آیات را شاهدهی بر نگره مکتب قانون طبیعی دانست. مکتب قانون طبیعی از آن‌رو که بایستگی و نبایستگی رفتارهای اخلاقی و حقوقی را در ذات اعمال جست‌وجو می‌کند، با آیاتی مناسبت دارد که حسن و قبح اعمال را در مرتبه موضوع قانون و پیش از قانون‌گذاری شرعی معرفی می‌کند. برای مثال، می‌توان به آیاتی مانند «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ» (نحل، ۹۰) اشاره کرد. در این آیه منکر، فحشا و بغی اموراتی هستند که قبح آن‌ها درونی است و برخاسته از نهی شارع نیست. این امر نسبت به عدل، احسان و ایتاء ذی‌القربی نیز صادق است؛ توضیح اینکه، فحشا در لغت به معنای رفتار و گفتار بسیار زشت (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص. ۶۲۶)، زیاده‌روی و تعدی در گفتار (ابن منظور، بی‌تا، ص. ۳۲۵) و نیز به معنای بخل (ابن منظور، بی‌تا، ص. ۳۲۵) به کار رفته است. معنای فحشا در این آیه بر اساس دیدگاه برخی مفسران، تجاوز و خروج از حد در امور ناشایست است (طباطبایی، ۱۴۱۷ق، ج ۱۲، ص. ۳۳۳). از این‌رو «فحشا» در این آیه به معنای امر قبیح است که در شرایط زمانی و مکانی مختلف مصادیق مختلفی دارد. بر این اساس، قبح و زشتی در خود معنای فحشا اخذ شده است نه آنکه لزوماً قبح آن از جانب قوانین و نواهی الهی بوده باشد، بلکه اساساً نمی‌توان قبح فحشا را ناشی از نهی مورد اشاره آیه دانست؛ زیرا به سبب تقدم رتبی موضوع هر قضیه بر حکم، ثبوت ذات موضوع و ذاتیات آن نمی‌تواند از جانب محمول (حکم) باشد. ظاهر آیه مزبور بیان می‌کند که ذات فحشا قبیح است و خداوند متعال از آن نهی کرده است نه آنکه قبحش از جانب نهی موجود در این آیه باشد. به عبارت دیگر، فحشا چون قبیح است، مورد نهی الهی است نه آنکه چون مورد نهی الهی است، قبیح است. این مطلب نسبت به دیگر کلمات قرآنی مانند بغی، منکر، عدل، احسان و... یا دیگر آیاتی که مضمونی مشابه دارند (بقره، ۱۶۹؛ عنکبوت، ۴۵) نیز تقریر می‌شود. در نتیجه، حسن عدل و احسان و قبح فحشا، منکر و بغی نمی‌تواند از جانب امر یا نهی الهی باشد، بلکه حسن و قبح آن‌ها موضوع درونی و ذاتی آن‌هاست نه از جانب اراده الهی.

از این رو واژه فحشا در ادبیات قرآنی در بسیاری موارد شامل گناهان شده و بر معصیت خاصی مثل زنا صادق است (نساء، ۱۵)، اما منحصر در آن نیست. اساس این اصطلاح به معنای مطلق زشتی است (سیدکریمی، ۱۳۸۹، ص. ۱۲۳) که اعم از معصیت است، بلکه در برخی آیات مانند آیه مورد بحث، اموری را که قبیح ذاتی دارند نیز دربرمی‌گیرد.

شاهد دیگر بر این مدعا سیاق احتجاج و قالب استدلال در آیات «وَإِذَا فَعَلُوا فَاحِشَةً قَالُوا وَجَدْنَا عَلَيْهَا آبَاءَنَا وَاللَّهُ أَمَرْنَا بِهَا قُلْ إِنَّ اللَّهَ لَا يَأْمُرُ بِالْفَحْشَاءِ اتَّقُوا اللَّهَ مَا لَا تَعْلَمُونَ ﴿۱۷۰﴾ قُلْ أَمَرَ رَبِّي بِالْقِسْطِ وَأَقِيمُوا وُجُوهَكُمْ عِنْدَ كُلِّ مَسْجِدٍ وَادْعُوهُ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ كَمَا بَدَأَكُمْ تَعُودُونَ» (اعراف، ۲۸ و ۲۹) است. در این آیات فاحشه نه به معنای زنا یا گناهان جنسی، بلکه مطلق عملی است که زشتی و قبیح درونی دارد. از این رو برخی مفسران، مصداق فحشا در این آیه را طواف در حالت عریان دانسته‌اند (طبرسی، ۱۴۰۸ق، ص. ۶۳۳). در این آیات بت پرستان به دروغ ادعا می‌کردند که اعمال زشت آن‌ها بر اساس امر الهی است. قرآن کریم در مقام احتجاج (که عرصه ارجاع به گزاره‌های واضح و مسلم است) شاخصی ارائه می‌دهد که اگر موضوعی فحشا و قبیح باشد، متعلق امر الهی نخواهد بود. لازمه این سخن آن است که برخی رفتارها به خودی خود قبیح هستند و در نتیجه امر الهی به آن‌ها تعلق نمی‌گیرد نه اینکه چون نهی الهی به آن‌ها تعلق گرفته است پس قبیح هستند!

در واقع، حسن و قبیح واقعی این امورات است که منجر به حکم الهی می‌شود و نمی‌توان اراده تشریحی الهی را که از سنخ بایدونباید‌هاست، از مصالح و مفاسد واقعی نهفته در این امورات جدا کرد. از نگاه قرآن کریم دیدگاه اندیشمندانی مانند هیوم که با تفکیک باید‌ها از هست‌ها به نظام قوانین قراردادی باورمند شده بودند، مورد خدشه است.

این همان چیزی است که در مکتب قانون طبیعی بیان می‌شود. برخلاف آنچه در انگاره حسن و قبیح شرعی یا مکتب حقوق موضوعه بیان می‌شود که هر آنچه شارع به آن امر کند، نیکو می‌شود حتی اگر عقل و خرد آدمی آن را نیکو نداند (برای مطالعه بیشتر رک. به: عضدالدین ایجی، بی‌تا، صص. ۳۲۵ و ۳۲۶).

مشابه این تقریر را می‌توان نسبت به واژه فحشا در آیه «قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّي الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ وَالْإِثْمَ وَالْبَغْيَ بِغَيْرِ الْحَقِّ وَأَنْ تُشْرِكُوا بِاللَّهِ مَا لَمْ يُنَزَّلْ بِهِ سُلْطَانًا وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ» (اعراف، ۳۳) نیز مطرح کرد.

شایان توجه اینکه، اساس نظریه حسن و قبح شرعی و امتداد آن در فلسفه حقوق با عنوان حقوق و قوانین موضوعه، در آیه اخیر دچار اشکالی اساسی خواهد بود. درحقیقت، اگر خاستگاه اصول قوانین، اراده قانون‌گذار باشد (آن‌گونه که در نظریه حقوق موضوعه و قراردادی بیان می‌شود) و نه ذات اعمال (آن‌گونه که مکتب قانون طبیعی بدان باورمند است)، معنای فواحش همان محرّمات الهی خواهد بود که قبح آن وابسته به نهی شرعی است؛ زیرا به اعتقاد ایشان بدون نهی الهی، عملی قبیح یا محرم نخواهد بود. در نتیجه مقصود از «حَرَمَ رَبِّي الْفَوَاحِشَ» این است که خداوند محرّماتش را تحریم کرده است. این در حالی است که چنین سخن بیهوده‌ای از عموم افراد انسانی بعید است چه رسد به خداوند حکیم و متعال.

عقلی بودن و قابل درک بودن موضوعی مانند قبح فحشا (بدون توجه به دستورات دینی) موجب شده است تا فقیهان چنین مواردی را در زمره موضوعات مستنبطه قلمداد نکنند. ایشان معتقدند این قبیل موضوعات در احکام تشریحی و قوانین الهی از قبیل موضوعات عرفیه یا لغویه یا عقلیه هستند؛ یعنی برای شناخت حقیقت آن‌ها نیازی به آگاهی از اوامر و دستورات شرعی نیست، بلکه اطلاع از عرف عام یا خاص برای فهم ذات، معنا و مقصود آن کفایت می‌کند و دستورات شرعی دخالتی در تحقق اصل موضوع ندارند (شارح تنها حکم متعلق به آن را بیان می‌کنند نه موضوع را). از این رو درک آن‌ها از شئون فقیه و دین‌شناس نخواهد بود (فاضل موحدی لنگرانی، ۱۳۸۱، ص. ۵۸).

براین اساس، این دسته از آیات همسو با ویژگی نخست حقوق و قوانین طبیعی است که حسن و قبح رفتارها را در مرتبه پیش از قانون دانسته و مبتنی بر ذاتی دانستن حسن و قبح برخی رفتارهاست.

### ۲.۳. گروه دوم آیات شریفه

دسته دوم از آیات قرآنی متشکل از فقراتی است که بر ویژگی دوم قانون طبیعی یعنی عقلی و وجدانی بودن آن تأکید دارد. در این آیات تعبیر مختلفی وجود دارد که خداوند متعال آدمی را به وجدان خویش بازمی‌گرداند تا با دستگاه ادراکی‌اش به‌ویژه فطرت و عقل خود، حسن و قبح برخی رفتارها را در درونش وجدان کند.

از این دسته می‌توان به آیات استفهامی اشاره کرد که خداوند متعال با طرح پرسش و مسئله‌ای

خاص، آدمی را به درون خویش ارجاع می‌دهد. برای مثال آیه «هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ» (الرحمن، ۶۰) از این قبیل است. دیگر آیات پرسشگر مانند ص، ۲۸؛ قلم، ۳۵ و بقره، ۴۴ را نیز می‌توان در زمره این آیه دانست.

درحقیقت، اگر آدمی قادر به درک حسن یا قبیح رفتاری نباشد، طرح این پرسش‌ها از سوی خداوند متعال لغو و با حکمت الهی در تنافی خواهد بود. این پرسش‌ها به‌خوبی نشان می‌دهد که انسان در درون خودش می‌تواند حسن یا قبیح برخی رفتارها را درک کند و این همان چیزی است که در نظریه قانون طبیعی طرح می‌شود درحالی‌که قائلان به حقوق قراردادی (مکتب حقوق موضوعه) که حقیقت قوانین اخلاقی و حقوقی را چیزی جز اراده قانون‌گذار نمی‌دانند، برای ادراک وجدانی و درونی حسن و قبیح جایگاهی باور ندارند.

مفاد آیتی مانند «... إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ» (مائده، ۱) آن نیست که تمام قوانین الهی از قبیل قانون موضوعه است (هرچند برخی از قوانین مانند تعبدیات تنها وابسته به اراده حق تعالی است، اما بسیاری از قوانین از جمله مبانی حقوقی و اخلاقی چنین نیستند)، بلکه آنچه از ظاهر آیه به دست می‌آید این است که خداوند همان چیزی که اراده کند، حکم می‌کند و مانعی از صدور آن حکم وجود ندارد؛ زیرا تنها خداوند مالک حقیقی تمام هستی است، اما اینکه آیا احکام الهی مبتنی بر مصالح واقعی و ذاتی (آن‌گونه که در نظریه قانون طبیعی بیان می‌شود) است یا نه، در این آیه بیان نمی‌شود.

به عبارت دیگر، مفاد ظاهر آیه، تبعیت احکام الهی از اراده گزاف الهی نیست، بلکه مقصود نبودن مانع در فرایند صدور حکم الهی است که خود این حکم مبتنی بر لحاظ مصالح واقعی و ذاتی است. شاهد بر این مدعا، تعبیر برخی مفسران است که می‌نویسند «خداوند هر حکمی را بخواهد صادر می‌کند؛ یعنی چون آگاه از همه چیز و مالک همه چیز است، هر حکمی را که به صلاح و مصلحت بندگان باشد و حکمت اقتضا کند تشریح می‌کند (إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ)» (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴، ج ۴، ص. ۲۴۹).

از این رو نمی‌توان این آیه را نشانی از همسویی قرآن کریم با حقوق موضوعه دانست؛ به‌ویژه که در برخی آیات پیش‌گفته قرائتی بر همسویی قرآن با نظریه حقوق و قوانین طبیعی وجود دارد.



### نتیجه‌گیری

قرآن کریم به‌عنوان نخستین و اساسی‌ترین منبع معرفتی برای نظام‌های اجتماعی به‌ویژه حقوق و اخلاق، خداوند را هم خالق و هم قانون‌گذار می‌داند. با این حال، نباید موضع قرآن کریم را موضعی همسو با حقوق موضوعه دانست، بلکه شواهد مختلفی از آیات قرآن وجود دارد که در نظام قانون‌گذاری به قانون طبیعی توجه داشته و بخشی از قوانین را بر شاخص‌های آن بنیان نهاده است. آیات قرآن در این زمینه دو دسته‌اند. نخست، آیاتی که تحلیل آن‌ها نشان‌دهنده نهفته بودن حسن و قبح در ذات برخی اعمال و پیش از امر و نهی شرعی است. این آیات با شاخص ذاتی بودن قوانین طبیعی همسویی دارند. دوم، آیاتی که با شاخص عقلی بودن قانون طبیعی هم‌پوشانی داشته و ادراک حسن و قبح برخی امورات را به عقل و وجدان آدمی واگذار کرده است. بر این اساس، اعمال و رفتارها در نظام خلقت مقتضی حسن و قبحی است که در خود اعمال (بدون دخالت اراده دولت‌ها یا افراد یا اراده تشریحی الهی) است. از این رو قوانین شرعی نقش تعیین‌مصدق، ارشاد یا تأکید بر همان حسن و قبح درونی را دارند. این مهم در برخی روایات نیز اشاره شده است (شریف الرضی، ۱۳۷۲، خطبه ۱)؛ البته این به معنای آن نیست که تمام قوانین شرعی چنان است، بلکه بخشی از این قوانین در زمره تعبدیات است، اما بخش مهمی از آن‌ها که در مبانی حقوق و اخلاق کارآمد است، منطبق بر مکتب قانون طبیعی است.

همچنین، باید توجه داشت که قانون طبیعی در سیر تطور خود پس از رنسانس، به نظریه حقوق طبیعی با قرائتی سکولاریستی و همسو با رویکردی اومانستی تبدیل شد، اما اساس نظریه قانون طبیعی، نظریه‌ای سکولار به شمار نمی‌رود. از این رو می‌توان برخی گزاره‌های دینی اسلام را نیز ناظر به قوانین طبیعی یافت. به عبارت دیگر، سکولاریسم مقوم این نظریه نیست، بلکه می‌تواند از مکتب قانون طبیعی، قرائتی الهی داشته باشد. طبق شواهد پیش‌گفته، قرآن کریم با نگاهی الهی منشأ بخش مهمی از بایدها و نبایدها را در درون اعمال می‌داند و نگرشی همسو با مکتب قانون طبیعی ارائه می‌دهد. افزون‌براینکه، قرائت سکولاریستی از قانون طبیعی، انگاره‌ای است که در قرون اخیر رواج یافته که پیش از آن در مسیحیت این نظریه با قرائتی الهی مطرح بوده است. قرائت مسیحیت از قانون طبیعی با چالش‌هایی مواجه است که نشان از آن دارد که قانون طبیعی در عین حال که می‌تواند قرائتی سکولار داشته باشد، می‌تواند قرائتی دینی و الهی نیز داشته باشد مانند گزاره‌های علوم تجربی که می‌تواند در خدمت اندیشه توحیدی باشد و می‌تواند در امتداد

انگاره‌های سکولاریستی قرار گیرد. بنابراین، بنیان قوانین طبیعی بر انگاره‌های سکولاریستی نیست.

## منابع

- ۱) قرآن کریم.
- ۲) نهج البلاغه.
- ۳) ابن منظور، محمدبن مکرم (بی تا). لسان العرب (جلد ۱). دارالفکر للطباعة والنشر والتوزيع.
- ۴) اسلامی پناه، علی (۱۳۹۸). مکتب تاریخی حقوق. دانشنامه‌های حقوقی، (۲).
- ۵) اشتراوس، لئو (۱۳۷۳). حقوق طبیعی و تاریخ (باقر بهرام، مترجم). آگاه.
- ۶) افلاطون (۱۳۹۸). دوره آثار افلاطون (محمدحسن لطفی و رضا کاویانی، مترجمان). (جلد ۲). خوارزمی.
- ۷) انصاری چشمه، محمدحسین، دهقان، رحیم و نویی، ابراهیم (۱۴۰۰). حسن و قبح ذاتی و قانون طبیعی؛ تحلیل و مقایسه مؤلفه‌ها و میزان کارآمدی. آینه معرفت، ۶۸ (۲۱)، صص. ۴۹-۷۰.  
doi:10.52547/jipt.2021.221361.1058
- ۸) برنجکار، رضا و نصرتیان اهور، مهدی (۱۳۹۷). قاعده کلامی حسن و قبح عقلی. دارالحدیث.
- ۹) توانا، عفت (۱۳۹۳). تبیین فلسفی و کلامی حق و حقانیت در قرآن (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه فردوسی مشهد.
- ۱۰) جاوید، محمدجواد (۱۳۸۷). نظریه نسبیت در حقوق شهروندی. گرایش.
- ۱۱) جاوید، محمدجواد (۱۳۹۲). نظریه نسبیت در حقوق شهروندی و حقوق طبیعی بشر. نشریه حقوق بشر (۱ و ۲).
- ۱۲) جاوید، محمدجواد (۱۳۸۶). فلسفه حقوق طبیعی انسان در اسلام. پژوهشنامه حقوق اسلامی، (۱)۲۵، صص. ۷-۳۲.  
doi:10.30497/law.2012.1283
- ۱۳) جوادی، محسن (۱۳۷۵). مسئله باید و هست. دفتر تبلیغات اسلامی.
- ۱۴) راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲ق). مفردات الفاظ القرآن (جلد ۱). دارالشامیه.
- ۱۵) سبحانی تبریزی، جعفر (۱۳۷۶). منشور عقاید امامیه (جلد ۲). مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
- ۱۶) سعیدی مهر، محمد (۱۳۹۳). آموزش کلام اسلامی (جلد ۱). طه.
- ۱۷) سیدکریمی، سیدعباس (۱۳۸۹). معناشناسی واژه فاحشه از منظر تفاسیر. حسنا، ۵-۶ (۲)، صص. ۹۶-۱۳۳.
- ۱۸) شهرستانی، محمدبن عبدالکریم (۱۴۲۵ق). نهایت‌الاقدام فی علم الکلام. دارالکتب العلمیه.
- ۱۹) شه‌وردی، احمد (۱۳۸۴). مکتب حقوق طبیعی. همراه.
- ۲۰) شهید اول، محمدبن جمال‌الدین (۱۳۸۰). اربع رسائل کلامیه. بوستان کتاب.

- ۲۱) طالبی، محمدحسین (۱۳۹۲). تفاسیر متنوع از آموزه قانون طبیعی. آیین حکمت، (۱۸).
- ۲۲) طباطبایی، محمدحسین (۱۴۱۷ق). المیزان فی تفسیر القرآن (جلد ۱۲). جامعه مدرسین.
- ۲۳) طبرسی، فضل بن حسن (۱۴۰۸ق). مجمع البیان (جلد ۴). دارالمعرفة.
- ۲۴) عضدالدین ایجی، عبدالرحمان بن احمد (بی تا). المواقف فی علم الکلام. عالم‌الکتب.
- ۲۵) فاستر. ب، مایکل (۱۳۸۸). خداوندان اندیشه سیاسی (جواد شیخ‌الاسلامی، مترجم). (جلد ۱). امیرکبیر.
- ۲۶) فاضل موحدی لنگرانی، محمد (۱۳۸۱). تفصیل الشریعة (الاجاره). چاپ ۲، مرکز فقه‌الائمۃ الاطهار (علیهم‌السلام).
- ۲۷) کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷). فلسفه حقوق (جلد ۱). شرکت سهامی انتشار.
- ۲۸) کریمی‌نیا، محمدمهدی، حکیمی، نجیب‌الله و انصاری‌مقدم، مجتبی (۱۳۹۸). بررسی تطبیقی نظریه حقوق طبیعی از منظر جان لاک و قرآن کریم. احسن‌الحديث، ۸ (۴)، صص. ۲۵-۴۶.
- ۲۹) مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۴). تفسیر نمونه (جلد ۴). دارالکتب‌الاسلامیه.
- ۳۰) منصوری لاریجانی، اسماعیل (۱۳۷۴). سیر تحول حقوق بشر و بررسی تطبیقی آن با اصول تفسیری حقوق بشر در اسلام. تابان.
- ۳۱) هیدن، پاتریک (۱۳۹۲). فلسفه حقوق بشر (مهدی یوسفی و رضا علی میرزایی، مترجمان). (جلد ۱). مخاطب.
- ۳۲) هیوم، دیوید (۱۳۷۷). تحقیق در مبادی اخلاق (رضا تقیان و رزنه، مترجم). گویا.

33) Grotius, Hugoh. (2001). On the law of war ans peace. Batoche Books.

34) Oxford Learne's Dictionaries. (n.d.). Oxford University Press.

## References

- 1) The Holy Quran.
- 2) Nahj al-Balāgha.
- 3) Aflātūn (1398 SH). Doreh Āsār Aflātūn (Moḥammad Ḥasan Lotfī va Rezā Kāvīānī, Trans.). (Volume 2) [The Works of Plato (Volume 2)]. Khārazmī [in Persian].
- 4) Anṣārī-Česhmeh, Moḥammad-Ḥossein, Dehqān, Rahīm, and Nowyī, Ebrāhīm (1400 SH). Ḥosn va Qobḥ Zāti va Qānūn Ṭabī‘ī; Taḥlil va Moqāyese Mo‘allefhehā va Mīzān Kārāmaddī [Intrinsic Good and Evil and Natural Law; Analysis and Comparison of Components and Efficiency]. Āyeneh Ma‘refat, 68 (21), pp. 49-70. doi:10.52547/jipt.2021.221361.1058 [in Persian].
- 5) Barnjakār, Rezā and Nosratiān Ahūr, Mahdī (1397 SH). Qā‘edeh Kalāmī Ḥosn va Qobḥ ‘Aqlī [The Logical Rule of Intrinsic Good and Evil]. Dār al-Ḥadīth [in Persian].
- 6) Eshtrāvūs, Leo (1373 SH). Ḥoqūq Ṭabī‘ī va Tārīkh (Bāqer Parhām, Trans.). [Natural Law and History]. Āgāh [in Persian].
- 7) Eslāmī-Panāh, ‘Alī (1398 SH). Maktab Tārīkhī Ḥoqūq. Dāneshnāmeḥ-hāy Ḥoqūqī, (2) [in Persian].
- 8) Fāster, B. Michael (1388 SH). Khodāvandān Andīsheh Sīāsī (Javād Sheykh al-Eslāmī, Trans.) (Volume 1) [Lords of Political Thought (Volume 1)]. Amīrkabīr [in Persian].
- 9) Fāzel Lankarānī, Moḥammad (1381 SH). Tafṣīl al-Sharī‘ah (Al-Ejāreh). 2nd Edition, Markaz Fiqh al-A‘immah al-Aṭḥār (‘alayhim al-salām) [in Arabic].
- 10) Grotius, Hugoh. (2001). On the law of war ans peace. Batoche Books.
- 11) Hīden, Patrick (1392 SH). Falsafeh Ḥoqūq Bashār (Mahdī Yūsefī va Rezā ‘Alī-Mīrzā‘ī, Trans.) (Volume 1) [Philosophy of Human Rights (Volume 1)]. Mokhāṭab [in Persian].
- 12) Hume, David (1377 SH). Taḥqīq dar Mabādī Akhlāq (Rezā Taqīān Varzaneh, Trans.) [An Enquiry Concerning the Principles of Morals]. Goyā [in Persian].
- 13) Ibn Manzūr, Muḥammad ibn Makrīm (n.d.). Lisān al-‘Arab (Volume 1). Dār al-Fīkr li al-Ṭībā‘ah wa al-Nashr wa al-Tawzī‘ [in Arabic].
- 14) Izz al-Dīn al-Ījī, ‘Abd al-Raḥmān bin Aḥmad (n.d.). Al-Mawāqif fī ‘Ilm al-Kalām. ‘Ālam al-Kotob [in Arabic].
- 15) Javādī, Moḥsen (1375 SH). Mas‘aleh Bāyad va Hast [The Issue of Ought and Is]. Daftar Tabliḡhāt Eslāmī [in Persian].
- 16) Jāvīd, Mohammad-Javād (1386 SH). Falsafeh Ḥoqūq Ṭabī‘ī Ensān dar Eslām [An Introduction to the philosophy of the Nature Rights Man in Islam]. Pažūheš‘nāme-ye Ḥoqūq-e Islāmī [Journal of Islamic Law Research], 25(1), pp. 7-32. doi:10.30497/law.2012.1283 [in Persian].
- 17) Jāvīd, Mohammad-Javād (1387 SH). Nazariyeh Nesbīyat dar Ḥoqūq Shahrvandī [The Theory of Relativity in Civil Rights]. Gerāyesh [in Persian].
- 18) Jāvīd, Mohammad-Javād (1392 SH). Nazariyeh Nesbīyat dar Ḥoqūq Shahrvandī va Ḥoqūq Ṭabī‘ī Bāshār [The Theory of Relativity in Civil Rights and Natural Human Rights]. Nashriyeh Ḥoqūq Bāshār (1 va 2) [in Persian].

- 19) Karīmī-Niā, Moḥammad Mehdi, Ḥakīmī, Najībullah, and Anṣārī-Moqaddam, Mojtaba (1398 SH). Barrasī Taṭbīqī Nazariyeh Hoqūq Ṭabī‘ī az Manẓar Jān Lāk va Qur‘ān Karīm [Comparative Study of the Theory of Natural Rights from the Perspective of John Locke and the Holy Quran]. Aḥsan al-Hadīth, 8 (4), pp. 25-46 [in Persian].
- 20) Kātūziān, Nāṣer (1377 SH). Falsafeh Hoqūq (Volume 1) [Philosophy of Law (Volume 1)]. Sherkat Sahāmī Enteshār [in Persian].
- 21) Makārem Shīrāzī, Nāṣer (1374 SH). Tafsīr Nemūneh (Volume 4). Dār al-Kotob al-Islāmīyah [in Persian].
- 22) Mansūrī Lārījānī, Esmā‘īl (1374 SH). Sīr Tahavvol Hoqūq Bashār va Barrasī Taṭbīqī Ān bā Oṣūl Tafsīrī Hoqūq Bashār dar Eslām [The Evolution of Human Rights and its Comparative Study with the Interpretive Principles of Human Rights in Islam]. Tābān [in Persian].
- 23) Oxford Learne’s Dictionaries. (n.d.). Oxford University Press.
- 24) Rāghīb Iṣfahānī, Ḥossein ibn Moḥammad (1412 AH). Mofradāt Alfāz al-Qur‘ān (Volume 1) [Lexicon of Quranic Terms (Volume 1)]. Dār al-Shāmīyah [in Arabic].
- 25) Sa‘īdī Mehr, Moḥammad (1393 SH). Āmūzesh Kalām Eslāmī (Volume 1) [Islamic Theology Education (Volume 1)]. Ṭah [in Persian].
- 26) Shahīd Awwal, Moḥammad bin Jamāl al-Dīn (1380 SH). Arba‘ Rasā‘il Kalāmīyah. Būstān Kitāb [in Arabic].
- 27) Shahrestānī, Moḥammad bin ‘Abd al-Karīm (1425 AH). Nihāyat al-Iqdām fi ‘Ilm al-Kalām. Dār al-Kotob al-‘Elmīyah [in Arabic].
- 28) Shahverdī, Aḥmad (1384 SH). Maktab Hoqūq Ṭabī‘ī [The School of Natural Law]. Hamrah [in Persian].
- 29) Sidkarīmī, Sīed ‘Abbās (1389 SH). Ma‘nāshenāsī Vāzheh Fāḥeshah az Manẓar Tafāsīr [Semantics of the Word Fāḥeshah from the Perspective of Tafsīr]. Ḥasnā, 5-6 (2), pp. 96-133 [in Persian].
- 30) Sobḥānī Tabrizī, Ja‘far (1376 SH). Manshūr ‘Aqā‘id Imāmīeh (Volume 2) [Charter of Imami Beliefs (Volume 2)]. Mo‘assesē Imām Ṣādeq (‘alayh al-salām) [in Persian].
- 31) Ṭabarsī, Faḍl bin Ḥasan (1408 AH). Majma‘ al-Bayān (Volume 4). Dār al-Ma‘rifah [in Arabic].
- 32) Ṭabāṭabā‘ī, Moḥammad Ḥossein (1417 AH). Al-Mizān fi Tafsīr al-Qur‘ān (Volume 12). Jamā‘ah al-Modarresīn [in Arabic].
- 33) Ṭālebī, Moḥammad Ḥossein (1392 SH). Tafāsīr Motanawwe‘ az Āmūzeh Qānūn Ṭabī‘ī [Various Interpretations of the Doctrine of Natural Law]. Āyīn Ḥekmat, (18) [in Persian].
- 34) Tavānā, Effat (1393 SH). Tabīīn Falsafī va Kalāmī Hoq va Hoqānīyat dar Qur‘ān [Philosophical and Theological Elucidation of Right and Legitimacy in the Quran] (Pāyān-nāmeḥ Karshenasī Arshad). Dāneshgāh Ferdowsī Mashhad [in Persian].

## An Islamic Inquiry into the Legal Void of Criminal Liability for Murder in Case of False Testimony; from Exclusive to Joint Liability

Taha Zargariyan · Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Humanities, Ayatollah  
Ozma Borujerdi University, Borujerd, Iran. tahazargariyan93@abru.ac.ir

### Abstract

#### 1. Introduction

This study delves into the domain of criminal liability in instances of false testimony within the framework of Islamic penal code of Islamic Republic of Iran, with a particular emphasis on the Iranian Islamic Penal Code of 1392 SH. The act of bearing witness plays a pivotal role in the adjudication process in Islamic law, serving as a critical means of crime proof. However, the veracity of testimony becomes a grave concern when witnesses, intentionally or unintentionally, provide false testimony, leading to wrongful convictions. This paper specifically scrutinizes scenarios wherein false testimonies lead to the wrongful retaliation [Qisas] of an accused individual, under the claims of murder, exploring the resultant legal and moral ramifications. It dissects the layers of accountability, distinguishing between scenarios where witnesses act independently or in conspiracy with the victim's next of kin/ avenger of blood, and the implications of their actions on the adjudication of capital punishment.

#### 2. Research Question

The core inquiry of this research revolves around the determination of criminal liability for the wrongful death of an accused person due to false testimony in Islamic law and Islamic penal code. It seeks to answer: "in instances where false testimony leads to the wrongful conviction and retaliation of an accused, who bears the criminal liability, especially



under the conditions of conspiracy and non-conspiracy between witnesses and the victim's next of kin?" This question probes the depths of jurisprudential principles and legal statutes to uncover the nuances of liability and justice in such circumstances.

### **3. Research Hypothesis**

The research hypothesis posits that in cases of false testimony resulting in wrongful retaliation, the allocation of criminal liability varies significantly based on the presence or absence of conspiracy between the witnesses and the victim's next of kin. It hypothesizes that: without conspiracy, the lying witnesses are solely responsible for the wrongful death, irrespective of whether the retaliation is carried out by the court's execution officer or the next of kin.

In contrast, when a conspiracy exists, and the next of kin personally executes the accused, the liability primarily falls on the next of kin. However, if the retaliation is performed by the court's execution officer, the criminal liability is jointly shared between the conspiring witnesses and the next of kin.

### **4. Methodology & Framework, if Applicable**

This research employs a doctrinal methodology, a traditional approach in legal scholarship that involves a comprehensive analysis of legal texts, statutes, and jurisprudential opinions. By meticulously examining the Islamic Penal Code of Iran and the extensive body of Islamic law literature, the study seeks to interpret and reconcile the principles of Islamic law with contemporary legal challenges posed by false testimony. The framework for analysis is structured around a comparative examination of the conditions under which testimony is given and the subsequent legal outcomes of wrongful retaliation due to such testimony.

Through the lens of Islamic law and the statutory provisions of the Iranian Islamic Penal Code, the study evaluates the conditions and implications of bearing false witness in cases leading to capital punishment. The analysis is enriched by a critical review of scholarly works and the opinions of penal law experts, aiming to bridge the gap in literature concerning the criminal liability for wrongful retaliation precipitated by false testimony.

The research meticulously categorizes the assumptions into two main scenarios: one without conspiracy between witnesses and the next of kin, and the other with such conspiracy. Each scenario is further subdivided



based on who executes the retribution sentence, whether it be the court's execution officer or the next of kin. This structured approach allows for a nuanced understanding of the legal and ethical considerations that govern the allocation of criminal liability in these contexts.

## **5. Results & Discussion**

The research meticulously investigates the allocation of criminal liability in instances of false testimony leading to wrongful retaliation under Islamic law and Iranian penal law. The findings elucidate a nuanced differentiation in criminal liability based on the presence or absence of conspiracy between the witnesses and the victim's next of kin, alongside the direct executor of the retribution sentence.

**Without Conspiracy:** the study confirms that when false testimony originates from witnesses acting independently, without any conspiracy with the next of kin, the witnesses bear sole criminal liability for the wrongful death of the accused. This outcome persists regardless of whether the retribution is executed by the next of kin or a court's officer, highlighting the principle that the executioner, acting in ignorance of the testimony's falsity, does not bear criminal liability. This consensus among Islamic jurists underscores a critical aspect of Islamic penal code: the sanctity of truthfulness in testimony and the severe consequences of deviation.

**With Conspiracy:** conversely, when false testimony stems from a deliberate conspiracy between the witnesses and the next of kin, the allocation of liability becomes more complex. If the next of kin personally executes the accused, liability for the murder falls exclusively on them. This finding points to the prioritization of direct action in the attribution of criminal liability within Islamic penal law. However, if the execution is carried out by an officer upon the conspiratorial testimony, both the witnesses and the next of kin share criminal liability. This shared liability underscores the compounded culpability inherent in the act of conspiring to produce false testimony, leading to wrongful retaliation.

The research highlights the importance of intentionality and direct action in determining criminal liability, reflecting the depth of Islamic law thought and its application in contemporary legal contexts.

## **6. Conclusion**

The investigation into the criminal liability for murder in cases of false testimony, underpinned by Islamic law and the Iranian Islamic Penal

Code, reveals a framework of ethical and legal considerations. The study concludes that: witnesses providing false testimony without conspiracy are solely liable for the wrongful death, emphasizing the individual responsibility for truthfulness.

In cases of conspiracy, the liability shifts significantly. If the next of kin acts as the executioner, they bear full responsibility for the murder, highlighting the juridical emphasis on direct action. Conversely, when an execution officer enforces the sentence based on conspiratorial testimony, both the witnesses and the next of kin share the liability, reflecting the shared moral and legal culpability in causing wrongful death.

This nuanced approach to criminal liability, distinguishing between direct and indirect actors, and considering the presence of conspiracy, reflects the intricate balance between justice, intention, and action in Islamic penal code. The findings not only contribute to the scholarly understanding of testimony and liability in Islamic law but also offer critical insights for legal practitioners navigating similar cases within jurisdictions governed by these principles.

The implications of this study are profound, providing a Islamic basis for re-evaluating legal practices and reinforcing the ethical imperative of truthfulness in testimony. It underscores the need for rigorous legal mechanisms to discern truth and prevent the grave injustice of wrongful retaliation based on false testimony.

In sum, this research illuminates the dynamics of criminal liability in the context of false testimony, offering a Islamic-legal framework that navigates the delicate balance between truth, justice, and moral responsibility.

**Keywords:** False Testimony, Direct Involvement in Retaliation, Murder of the Accused, Murder.

## جستاری فقهی در خلاء قانونی مسئولیت کیفری قتل در ادای شهادت دروغ؛ از انحصار مسئولیت تا تشریک

طه زرگریان \* استادیار، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آیت الله العظمی بروجردی، بروجرد، ایران.  
tahazargariyan93@abru.ac.ir

### چکیده

شهود در گواهی دادن به وقوع جرم، همواره به صداقت پایبند نبوده و گاه به ادای شهادت دروغ اقدام می‌کنند. هر گاه موضوع شهادت وقوع قتل عمد باشد، در صورت وجود شرایط لازم جرم قتل ثابت شده و مشهود علیه به قصاص محکوم می‌شود. وانگهی، چنانچه بعد از اجرای حکم قصاص، آشکار شود که گواهان اقدام به شهادت کذب کرده‌اند، مسئولیت کیفری قتل مشهود علیه مورد اهمیت و محل تأمل قرار خواهد گرفت. دشواری موضوع، هنگامی تبلور می‌یابد که مسأله با فروض متفاوتی مواجه گردد؛ مانند آنکه شهود دروغگو با ولی دم تبانی کرده یا نکرده باشند. همچنین اگر اجرای حکم قصاص مابشرتاً توسط ولی دم و یا مأمور اجرای حکم صورت گرفته باشد، حکم قضیه یکسان نخواهد بود. اگر چه مسأله حاضر در قوانین موضوعه مورد تصریح قرار نگرفته و پژوهشی درخور موضوع نیز به جامعه علمی عرضه نگردیده، اما این مسأله موضع بحث و مناقشات جدی فقیهان امامیه بوده است؛ مهم‌ترین اختلاف فقهاء یادشده در این امر بوده است که در صورت تبانی گواه یا گواهان دروغگو با ولی یا اولیای دم، مسئولیت کیفری قتل مشهود علیه با کدام یک از ایشان خواهد بود؟ این مقاله با بهره‌گیری از روش توصیفی تحلیلی به طرح و ارزیابی آراء فقهاء پرداخته و به این نتیجه رسیده است که در فرض عدم تبانی شهود با ولی دم، شهود دروغگو مسئولیت کیفری خواهند داشت، اعم از آنکه ولی دم به اجرای قصاص پرداخته باشد یا مأمور اجرای حکم، لکن در فرض تبانی شهود با ولی دم، اگر ولی دم مابشرتاً به قصاص مشهود علیه اقدام کرده باشد، مسئولیت کیفری قتل با مباشر مذکور است ولی اگر قصاص مشهود علیه توسط مأمور اجراء صورت گرفته باشد، مسئولیت کیفری قتل مشارکتاً با ولی دم و شهود دروغگو خواهد بود.

واژگان کلیدی: ادای شهادت کذب، مباشرت در قصاص، قتل مشهود علیه، قتل عمد.



## مقدمه

شهادت به‌عنوان یکی از دلیل‌های اثبات جرم در فقه جزایی مورد پذیرش واقع شده است. قانون‌گذار مجازات اسلامی در ماده ۱۶۰ این قانون، به موضوع شهادت اشاره کرده و با تبعیت از فقه جزایی شهادت را از جمله ادله اثبات جرم قرار داده است «ادله اثبات جرم عبارت از اقرار، شهادت، قسامه و سوگند در موارد مقرر قانونی و علم قاضی است». هرگاه شهود از شرایط ادای شهادت برخوردار باشند، متناسب با نوع جرم صورت‌گرفته در دادگاه حاضر می‌شوند و بر اساس آداب شهادت به ادای شهادت می‌پردازند و جرم مورد نظر در صورت فقدان تعارض با دلیل شهادت اثبات می‌شود. التزام به راست‌گویی در ادای شهادت از مهمات فقه و حقوق جزایی است (باقری، ۱۳۸۴، ص. ۲۵۹؛ صیمری، ۱۴۲۰، ج ۴، ص. ۲۷۳). مواد قانونی ۱۷۵ و ۱۷۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مؤید مطلب یادشده است، اما شهود در بعضی موارد به شهادت دروغ اقدام می‌کنند و به علت پوشیده ماندن حقیقت بر قاضی، جرم به‌واسطه شهادت دروغ، ثابت می‌شود. شهادت دروغ بر اساس منشأ آن دارای دو قسم برخاسته از اشتباه شهود و برخاسته از تعمد شهود است. حکم شهادت دروغ با منشأ اشتباه بر قواعد خاص خود که البته غالباً در امور کیفری به بحث دیه ختم می‌شود، متمرکز است (مرعشی، ۱۴۱۵، ج ۱، ص. ۱۴۱؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷، ج ۲، ص. ۷۰۸). حکم شهادت دروغ با منشأ تعمد، ناظر بر تقسیمات مختلف آن، از فروض گوناگون و متعددی برخوردار است. فرض نخست عبارت است از آنکه شهود، بدون تبانی با ولی‌دم به شهادت کذب اقدام کرده‌اند. فرض دوم عبارت است از آنکه شهود با ولی‌دم تبانی و به شهادت کذب اقدام کرده‌اند. هر یک از دو فرض یادشده، خود دارای دو تقسیم هستند. یک تقسیم عبارت است از اینکه، مأمور اجرای حکم به سلب حیات مشهود علیه اقدام کند و تقسیم دوم، عبارت است از اینکه، ولی‌دم به سلب حیات مشهود علیه اقدام کند. به سخن دیگر، مباشر سلب حیات مشهود علیه، گاه خود ولی‌دم است و گاه مأمور اجرای حکم. اکنون که فروض مسئله مورد طرح قرار گرفت، باید دید مسئولیت کیفری قتل مشهود علیه در فروض یادشده به عهده چه کسی است. با مراجعه به قانون مجازات اسلامی، معلوم می‌شود مسئول مورد نظر در قوانین موضوعه مورد توجه قرار نگرفته است و فقط بعضی از مواد قانونی به‌طور غیرمستقیم و

ابهام‌آلود به برخی از فروض بحث پرداخته‌اند، اما با مذاقه در منابع فقه جزایی، معلوم می‌شود فقهای امامیه، موضوع شهادت کذب را در صور مختلف مورد ارزیابی قرار داده و به بحث و بررسی درباره آن پرداخته‌اند. آرای متعددی درباره مسئله مورد نظر موجود است. بعضی بر این باور هستند شهود دروغ‌گو، مطلقاً اعم از اینکه با ولی دم تبانی کرده یا نکرده باشند، به قتل مشهود علیه محکوم و ضامن مطلق کیفری هستند، اما بعضی دیگر از فقها به باور یادشده اعتقاد ندارند و هریک از دو طرف شهود و ولی دم را ناظر بر فرض مناسب خود، مسئول کیفری قتل مشهود علیه می‌دانند، اما بعضی دیگر به توجه کیفری هر دو طرف شهود و ولی دم معتقد هستند. همان‌طور که پیش‌تر آمد، فقهای امامیه نظرهای متعدد و مختلفی را برای بحث مورد نظر ارائه کرده‌اند. یافتن مسئول کیفری قتل مشهود علیه در فروض تبانی شهود یا عدم تبانی شهود با ولی دم از اهمیت بالایی برخوردار است؛ زیرا صاحب‌نظران فقهی با توجه به اینکه مباشر اجرای حکم قصاص، مأمور اجرای حکم است یا ولی دم، اختلاف نظر دارند. با جست‌وجو میان آثار پژوهشی معلوم می‌شود، صاحب‌نظران عرصه جزا به موضوع شهادت پرداخته و آثار متعدد و باارزشی را درباره شهادت به رشته تحریر درآورده‌اند. «چگونگی شهادت»، «شهادت بر شهادت» و موضوعاتی از این دست، بارها هدف قلم پژوهشگران جزایی قرار گرفته است، اما غور در آثار دیده‌شده، بیان‌کننده عدم تحقیق و پژوهش درباره «توجه مسئولیت کیفری در شهادت کذب» است. موضوع مورد بحث به صورت مقالات مرسوم پژوهشی با در نظر گرفتن خلأ قانونی تاکنون مورد پژوهش قرار نگرفته است. براین اساس، پژوهش حاضر را ناظر بر بررسی مسئولیت کیفری قتل مشهود علیه در فروض مختلف تبانی و عدم تبانی در شهادت کذب، می‌توان نخستین تحقیق فقهی-قانونی در این باره دانست.

## ۱. مفهوم‌شناسی

### ۱.۱. شهادت دروغ

موضوع شهادت در ادبیات فقهی بسیاری از فقهای امامیه با نفس واژه «شهادت» مشاهده می‌شود، اما معادل آن در ادبیات بعضی از فقها، واژه «بینه» است (فیض کاشانی، ۱۳۹۵، ج ۲، ص. ۷۵۲؛ ابوجیب، ۱۴۰۲، ج ۱، ص. ۴۷). بینه در لغت به معنای دلیل، برهان و حق آمده است (ابن منظور،

۱۴۱۴ ق، ج ۱۳، ص. ۶۸). همچنین، «بینه» در کلام فقها و حقوق دانان به‌ویژه در مسائل مربوط به دعاوی و مخاصمات، در معنای شهادت معتبر شرعی به کار رفته است (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ج ۲، ص. ۲۱۹؛ اردبیلی، ۱۳۹۹، ص. ۱۴۵). شهادت در ماده ۱۷۴ قانون مجازات اسلامی چنین تعریف شده است «شهادت عبارت از اخبار شخصی غیر از طرفین دعوی به وقوع یا عدم وقوع جرم توسط متهم یا هر امر دیگری نزد مقام قضایی است». اکنون که معنای شهادت معلوم شد، باید گفت مقصود از شهادت دروغ، شهادت به ناحق و شهادت باطل در مقابل شهادت حق و راست است «المراد بشهادة الزور الشهادة الباطلة» (تبریزی، بی تا، ص. ۵۹۸؛ اردبیلی، بی تا، الف، ص. ۲۳۰).

#### ۲.۱ سبب

تعاریف متعددی از واژه «سبب» موجود است مانند اینکه سبب به چیزی تعریف شده است که اگر نبود، تلف حاصل نمی‌شد (طباطبایی، ۱۴۱۸ ق، ج ۱۶، ص. ۴۰۵؛ سبحانی، ۱۳۹۲، ص. ۱۴۹). همچنین، سبب چیزی دانسته شده است که نوعی تأثیر به نحو جزء‌العله در ایجاد نتیجه دارد «ان السبب ما له أثر ما فی تولید للموت» (نجفی، بی تا، ج ۴۳، ص. ۹۵). بر اساس تعاریف یادشده و البته با توجه به کلیات تعاریف «سبب» می‌توان نتیجه گرفت قدر مسلم مفهوم مسبب در بحث حاضر همان چیزی است که نتیجه حاصل، مستند به آن است؛ به طوری که در صورت فقدان آن، نتیجه مورد نظر حادث نمی‌شد. قانون‌گذار در ماده ۵۰۶ قانون مجازات اسلامی در تعریف سبب آورده است: «تسبیب در جنایت آن است که کسی سبب تلف شدن یا مصدومیت دیگری را فراهم کند و خود مستقیماً مرتکب جنایت نشود؛ به طوری که در صورت فقدان رفتار او جنایت حاصل نمی‌شد مانند آنکه چاهی بکند و کسی در آن بیفتد و آسیب ببیند».

#### ۲. مسئولیت کیفری شهادت دروغ در فرض عدم تبانی شاهد با اولیای دم

از جمله فروضی که برای شهادت دروغ متصور است، عدم هماهنگی شهود با ولی دم است. شهود در فرض مورد بحث، مستقل از ولی دم به شهادت دروغ تصمیم می‌گیرند و موجب سلب حیات مشهود علیه می‌شوند. متصدی سلب حیات از مشهود علیه که اصطلاحاً به مباشر سلب حیات معروف است، گاه مأمور اجرای احکام است و گاه ولی دم است که حکم آنان از قرار زیر شایان بحث و

بررسی است.

## ۱.۲. مسئولیت کیفری قتل در فرض تصدی مأمور اجرای حکم در قصاص

ولی دم در فرض مورد بحث، هیچ‌گونه اطلاعی از شهادت دروغ ندارد و مطابق با شهادت موجود و حق مسلم خود در قصاص مشهود علیه، به مطالبه آن پرداخته است و اقامه قصاص را از قاضی مطالبه می‌کند. قاضی صادرکننده حکم در فرض مورد بحث، مکلف است مطابق با قوانین موضوعه به تحقیقات همه‌جانبه بپردازد و ضمن توجه به همه ادله و قرائن موجود در پرونده، عواقب مجازات شهادت دروغ را به شهود تفهیم کند. مطابق ماده ۳۲۲ قانون آیین دادرسی کیفری «دادگاه پیش از شروع به تحقیق از شاهد، حرمت و مجازات شهادت دروغ را به او تفهیم می‌نماید». تفهیم عواقب شهادت دروغ در ماده ۲۰۹ قانون آیین دادرسی کیفری همچنان از وظایف بازپرس شناخته شده است «بازپرس پیش از شروع به تحقیق، حرمت و مجازات شهادت دروغ و کتمان شهادت را به شاهد تفهیم می‌کند». بعد از آنکه قاضی صادرکننده حکم در فرض مورد بحث به انجام همه مراحل و رسیدگی قانونی پرداخت، ناگزیر مکلف است مطابق با قرائن موجود در پرونده و به دلیل شهادت شهود که البته در بحث حاضر، شهادت دروغ است، به صدور حکم سلب حیات مشهود علیه اقدام کند. حکم قصاص در بحث مورد نظر می‌تواند توسط مأمور اجرای حکم اجرا شود یا توسط ولی دم اقامه شود، اما فرض مورد بحث در تقسیم حاضر، اجرای حکم قصاص توسط مأمور اجرای حکم است. حال اگر مأمور اجرای حکم به سلب حیات مشهود علیه اقدام کند در حالی که حکم وی از طریق شهادت دروغ ثابت شده است، هیچ‌گونه مسئولیت کیفری متوجه قاضی صادرکننده حکم و مأمور اجرای حکم نیست؛ زیرا فعل آنان مستند به شهادت شهود و عین وظیفه شرعی و قانونی آنان بوده است «ان نسبة القتل اليهما ضعيفة؛ لأنهما قاما بوظيفتهما الشرعية» (موسوی خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۴۲، ص. ۲۱؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۱، ص. ۳۶؛ سبحانی، ۱۳۹۱، ص. ۹۹). اکنون که معلوم شد مسئولیت کیفری در فرض مورد بحث، متوجه قاضی صادرکننده حکم و مأمور اجرای حکم نیست، باید گفت مسئولیت کیفری در قتل مشهود علیه به شهود منتسب است؛ زیرا شهادت آنان سبب اثبات جرم و قتل مشهود علیه شده است «لم يضمن الحاكم و لا الحداد و كان القود على الشهود لانه تسبب متلف بعادة الشرع» (حلی (محقق)،

۱۴۰۸ق، ج ۴، ص. ۱۸۵؛ حلی (علامه)، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص. ۵۹۱؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵، ص. ۹۲).

## ۲.۲. مسئولیت کیفری قتل در فرض تصدی ولی دم در قصاص

پیش‌تر معلوم شد که حکم قصاص در بحث مورد نظر می‌تواند توسط مأمور اجرای حکم اجرا شود یا توسط ولی دم اقامه شود. حکم اجرای سلب حیات توسط مأمور اجرای حکم در بحث پیشین معلوم شد. اکنون نوبت به ارزیابی موقعیتی است که حکم قطعی صادرشده توسط قاضی اجرای احکام به دست شخص ولی دم اقامه شود. فرض مورد بحث این چنین بود که شهود بدون تبانی با ولی دم به شهادت دروغ اقدام کردند و بستر ثبوت حکم به ضرر مشهود علیه را فراهم آوردند و قاضی بر مبنای آن به صدور حکم قصاص اقدام کرد. حال اگر ولی دم شخصاً و مباشرتاً به اجرای حکم قصاص اقدام کند و آنگاه معلوم شود که شهادت، دروغ بوده است، هیچ‌گونه مسئولیت کیفری متوجه ولی دم نیست؛ زیرا فعل ولی دم مستند به حکم قطعی قاضی و حکم قطعی قاضی مستند به شهادت قانونی شهود بوده است. مسئولیت کیفری در فرض مورد بحث به شهود مستند و به‌طور کامل متوجه آنان متوجه است «فالقود فی هذا الفرض علی شهود الزور فقط» (سبحانی، ۱۳۹۱، ص. ۱۰۱؛ فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۱ق، ص. ۸۱؛ موسوی خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۴۲، ص. ۲۱؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۱، ص. ۳۷).

بر اساس مطالبی که تحت دو عنوان «مسئولیت کیفری در تصدی مأمور اجرای حکم» و «مسئولیت کیفری در تصدی ولی دم» مورد ارزیابی واقع شد، معلوم می‌شود مسئولیت کیفری قتل مشهود علیه در هر دو فرض مورد بحث، متوجه شهود است و هیچ‌گونه مسئولیتی برای قاضی صادرکننده حکم قطعی، مأمور اجرای حکم و ولی دم وجود ندارد. فقهای امامیه درباره حکم یادشده ادعای اجماع و آن را به‌صراحت تمام در منابع خود منعکس کرده‌اند «اجماعاً و نصوصاً» (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۸، ص. ۲۰۲؛ فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۱ق، ص. ۸۱؛ تبریزی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص. ۵۳). مهم‌ترین علت عدم توجه مسئولیت کیفری به قاضی صادرکننده حکم قطعی، مأمور اجرای حکم و ولی دم در دو فرض مورد بحث، اقوی بودن سبب از مباشر است؛ زیرا ولی دم و مأمور اجرای حکم در فرض مورد بحث، مباشر سلب حیات هستند، اما حائز



اهمیت است که آنان به دروغ بودن شهادت، جاهل بوده و مطابق با شرع و قانون بر اساس ظواهر تحقیقی به مباشرت مورد نظر اقدام کرده‌اند «لان الشهود هم السبب والسبب مقدم هنا علی المباشر والامر، لعدم تعدی المباشر والامر لاعتمادهما علی البینه» (ترحینی عاملی، ۱۳۸۵، ج ۹، ص. ۴۵۷). بر محققان عرصه جزا پوشیده نیست که «جهل مباشر» تا چه میزان مؤثری می‌تواند در عدم مسئولیت کیفری ایفای نقش کند. از جمله مصادیق بارز اقوی بودن سبب از مباشر، «جهل مباشر» است (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۷، ص. ۵۰). بخش اخیر ماده ۵۲۶ قانون مجازات اسلامی می‌تواند قرینه مطلوبی در راستای تأیید حکم یادشده باشد «... در صورتی که مباشر در جنایت بی‌اختیار، جاهل، صغیر غیرممیز یا مجنون و مانند آن‌ها باشد، فقط سبب، ضامن است». بر اساس مطالب یادشده می‌توان نتیجه گرفت از آنجاکه مأمور اجرای حکم و ولی دم نسبت به شهادت دروغ جاهل هستند و هیچ‌گونه تبانی با شهود دروغ‌گو ندارند، بستر اجرای قاعده اقوی بودن سبب از مباشر، فراهم و مسئولیت کیفری متوجه شهود دروغ‌گوست «فالسبب هنا اقوی فی التأثیر من المباشر الجاهل» (سبحانی، ۱۳۹۱، ص. ۹۹). انتساب قتل مشهود علیه به شهود دروغ‌گو در فروض مورد بحث از جمله باورهای قطعی فقهای امامیه است که حکم آن را از جهات روایی، عقلی و عرفی تأیید و تأکید می‌کنند «فالقتل یکون منسوباً الیهם لاقوائیه السبب فی مثل المقام من المباشر عند العرف والعقلا» (فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۱ق، ص. ۸۱).

### ۳. مسئولیت کیفری شهادت دروغ در فرض تبانی شاهد با اولیای دم

تاکنون احکام فرضی‌ای مورد ارزیابی واقع شد که ولی دم با شهود دروغ‌گو تبانی نکرده است. اکنون فرضی مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد که ولی دم با شهود دروغ‌گو در شهادت کذب تبانی کرده است تا فرد مشخصی را به اتهام قتل مورد قصاص قرار دهد. در صورتی که ولی دم با شهود دروغ‌گو تبانی کند و قصاص مشهود علیه را از قاضی مطالبه کند، بدیهی است که قاضی صادرکننده حکم بر اساس قوانین موضوعه به تحقیقات همه‌جانبه می‌پردازد و در صورت نبود هیچ‌گونه تعارضی به صدور حکم قصاص اقدام می‌کند. قصاص مشهود علیه در بحث حاضر از دو روش ممکن خواهد بود. اول اینکه، ولی دم شخصاً و مباشرتاً به سلب حیات مشهود علیه اقدام کند و دوم اینکه، ولی دم از اجرای قصاص به دست خودش سر باز زند و اجرای آن را به مأمور اجرای حکم

واگذار. ارزیابی توجه مسئولیت کیفری در فروض یادشده به شرح و تقسیم زیر شایان مطالعه است.

### ۱.۱.۳. مسئولیت کیفری قتل در فرض تصدی ولی دم در قصاص

هرگاه ولی دم با شهود دروغ‌گو برای شهادت کذب تبانی کند و به مطالبه قصاص بپردازد و مباشرتاً به سلب حیات مشهود علیه اقدام کند، فقهای امامیه به اتفاق به داشتن مسئولیت کیفری ولی دم معتقد هستند؛ زیرا ولی دم که مباشر سلب حیات است، از روی عمد، عدوان و بدون آنکه هیچ فریبی از شهود خورده باشد، به سلب حیات مشهود علیه اقدام کرده است «نعم لو علم الولی و باشر القصاص كان القصاص علیه دون الشهود لقصد الی القتل العدوان من غیر غرور» (حلی (محقق)، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص. ۱۸۵؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۸، ص. ۲۰۳؛ حلی (علامه)، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص. ۵۹۱؛ تبریزی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص. ۵۳). بر اساس مطالب یادشده معلوم شد که ولی دم در فرض مورد بحث، دارای مسئولیت کیفری است؛ به طوری که فقهای امامیه درباره آن متفق القول هستند، اما مسئولیت کیفری شهود دروغ‌گو در فرض یادشده مورد اتفاق فقهای امامیه قرار نگرفته است و اینکه شهود دروغ‌گو در فرض سلب حیات مشهود علیه به دست ولی دم دارای مسئولیت کیفری هستند یا خیر، مورد اختلاف فقهای امامیه واقع شده که به شرح ذیل شایان بحث و بررسی است.

### ۱.۱.۳.۱. قصاص ولی دم و قصاص شهود

با مذاقه در منابع فقه جزایی معلوم می‌شود تعداد فقهایی که قائل به قصاص شهود دروغ‌گو افزون بر بر اعتقاد به قصاص ولی دم در بحث مورد نظر هستند، زیاد نیست. همچنین، این تعداد از فقها در دیدگاه خود، قاطعیت کامل نداشته و آن را با احتمال تردید بیان کرده‌اند. در هر صورت، بعضی از فقهای امامیه هستند که قصاص شهود دروغ‌گو را افزون بر قصاص ولی دم در بحث حاضر محتمل می‌دانند «و احتمال کون القود ثابتاً علی خصوص الشهود لا اقل من التشریک كما لا یخفی» (فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۱ق، ص. ۸۴؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۸، ص. ۴۵۲).

### ۲.۱.۳. قصاص ولی دم و عدم قصاص شهود

بسیاری از فقهای امامیه در بحث حاضر بر این باورند که شهود دروغ‌گو به شهادت دروغ اقدام

کرده و زمینه سلب حیات مشهود علیه را فراهم کرده‌اند، اما نباید فراموش کرد که شهادت دروغ مورد نظر با تبانی خود ولی دم صورت گرفته است. همچنین، شخص ولی دم ضمن آگاهی از این تبانی، مباشرتاً به نحو عمد و عدوان به سلب حیات مشهود علیه اقدام کرده است. بر اساس گزاره‌های یادشده، استناد جنایت به ولی دم قوی‌تر از استناد جنایت به شهود دروغ‌گوست. مطابق با قاعده جاری، مسئولیت کیفری قصاص به‌طور انحصاری متوجه ولی دم می‌شود و شهود دروغ‌گو در فرض یادشده، تعزیر می‌شوند (حلی (علامه)، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص. ۵۹۱؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۸، ص. ۲۰۳؛ تبریزی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص. ۵۳؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۱، ص. ۳۷؛ نجفی، بی تا، ج ۴۲، ص. ۵۷).

هرگاه به بازخوانی گزاره‌های فرض مورد بحث توجه می‌شود، در وهله نخست، مسئولیت کیفری شهود دروغ‌گو برجسته می‌نماید؛ زیرا ولی دم به‌طور مباشری به سلب حیات مشهود علیه اقدام کرده و از کذب شهادت آگاه بوده است، اما شهود با شهادت دروغ خود، زمینه سلب حیات مشهود علیه را فراهم آورده‌اند و این چنین موجبات اعتقاد به مسئولیت کیفری شهود تقویت می‌شود، اما با ارزیابی قواعد و اصول فقهی معلوم می‌شود حکم عدم اعتقاد به قصاص شهود دروغ‌گو در فرض حاضر قوی‌تر از مخالفان آن است؛ زیرا اصل اولی توجه مسئولیت کیفری در قواعد جزایی متوجه «مباشر سلب حیات» است نه «سبب سلب حیات» (اردبیلی، بی تا، ب، ج ۱۳، ص. ۳۹۸). قانون‌گذار جزایی در سال ۱۳۷۰ در ماده ۳۶۳ این قانون، به موضوع اجتماع سبب و مباشر پرداخته و بسیار صریح‌تر و واضح‌تر از قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ به اعلام تقدم مباشر از سبب اقدام کرده است «در صورت اجتماع مباشر و سبب در جنایت، مباشر ضامن است مگر اینکه سبب اقوی از مباشر باشد». آری؛ هرگاه سبب از مباشر اقوی باشد، توجه مسئولیت کیفری با سبب خواهد بود، اما نه تنها هیچ‌یک از فقها به وجود مؤلفه‌های قوی‌تر بودن سبب از مباشر در فرض حاضر اشاره نکرده‌اند، بلکه به اقوی بودن مباشر از سبب در فرض مورد بحث اذعان کرده‌اند «فالمباشر هنا اقوی من السبب الذی هوالشهود» (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۱، ص. ۳۷؛ سبحانی، ۱۳۹۱، ص. ۱۰۱). بر اساس مطالب یادشده و دیدگاه فقها معلوم می‌شود فلسفه حکم قصاص ولی دم و حکم عدم قصاص شهود دروغ‌گو در بحث حاضر به استناد جنایت

بازمی‌گردد؛ آنچه هست، استناد قوی جنایت به ولی‌دم در فرض مباشر بودن وی در سلب حیات است «لأنّ المباشرة للقتل والحال هذه كان قاصداً للقتل عدواناً و ظلماً» (موسوی خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۴۲، ص. ۲۱). ماده ۵۲۶ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ را می‌توان به‌عنوان گواهی بر مختار فرض مورد نظر مورد توجه قرار داد «هرگاه دو یا چند عامل، برخی به مباشرت و بعضی به تسبیب در وقوع جنایتی، تأثیر داشته باشند، عاملی که جنایت مستند به اوست، ضامن است...».

### ۲.۳. مسئولیت کیفری قتل در فرض تصدی مأمور اجرای حکم در قصاص

تاکنون فرضی مورد بحث و بررسی قرار گرفت که ولی‌دم با شهود دروغ‌گو در شهادت کذب تبانی کرده و خود به‌طور مباشری به سلب حیات مشهود علیه اقدام کرده است و نتیجه آن شد که مسئولیت کیفری قصاص منحصراً متوجه ولی‌دم خواهد بود. اکنون نوبت ارزیابی فرض دوم بحث یعنی فرضی است که سلب حیات مشهود علیه از طریق تبانی شهود دروغ‌گو با ولی‌دم به دست مأمور اجرای حکم صورت گرفته است. بدیهی است همان‌طور که پیش‌تر بحث شد، هیچ‌گونه مسئولیت کیفری متوجه مأمور اجرای حکم نیست؛ زیرا اجرای حکم سلب حیات توسط مأمور اجرای حکم از طریق همه مراحل قانونی و مطابق با تحقیقات لازم انجام شده است. همچنین، مأمور اجرای حکم از دروغ بودن شهادت ناآگاه بوده و تنها به وظیفه شرعی و قانونی خود عمل کرده است. بر اساس مطالب یادشده، فقهای امامیه هیچ‌گونه اختلافی در عدم استناد قتل مشهود علیه به قاضی و مأمور اجرای حکم ندارند (موسوی خمینی، ۱۳۹۲، ج ۲، ص. ۵۵۰؛ سبحانی، ۱۳۹۱، ص. ۱۰۱؛ میرمحمدصادقی، ۱۳۸۷، ص. ۵۰)، بلکه اختلاف‌نظر در بحث حاضر به مسئولیت کیفری شهود دروغ‌گو و ولی‌دم بازمی‌گردد؛ زیرا قضیه در فرض مورد نظر مانند فرض پیشین نیست که ولی‌دم به‌طور مباشری به سلب حیات مشهود علیه اقدام کرده باشد و هم‌اکنون از باب مباشر بودن به مسئول کیفری مطلق معرفی شود، بلکه در فرض حاضر، نه شهود دروغ‌گو و نه ولی‌دم، هیچ‌کدام مباشر در قتل نیستند. اینکه مسئولیت کیفری قتل مشهود علیه به عهده چه کسی یا چه کسانی است مورد اختلاف فقهای امامیه قرار گرفته است که به شرح زیر شایان بحث و بررسی است.

### ۱.۲.۳. قصاص ولی دم

گروهی از فقهای امامیه درباره حکم بحث حاضر یعنی سلب حیات مشهود علیه از طریق تبانی شهود دروغ‌گو با ولی دم به دست مأمور اجرای حکم، مسئولیت کیفری قصاص را متوجه ولی دم می‌دانند (تبریزی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص. ۵۳).

دریافت دلیل فقهایی که باور به قصاص ولی دم در فرض مورد بحث دارند، متوقف بر این مقدمه است که دانسته شود قتل مشهود علیه، نتیجه دو مقدمه شهادت شهود و مطالبه ولی دم است؛ زیرا شهادت شهود موجب اثبات جرم است و مطالبه ولی دم موجب اجرای حکم سلب حیات است. فقهایی که منحصراً به قصاص ولی دم در فرض مورد بحث اعتقاد دارند، شهادت شهود را در بحث حاضر تنها به منزله مقدمه اجرای حکم شمرده‌اند و اصل در حکم را مطالبه ولی دم می‌دانند. تأکید می‌شود دیدگاه فقهای مذکور در حالی است که ولی دم از شهادت دروغ آگاه است «لا یبعد الاول لاستنادالقتل الی طلبه مع علمه بالحال» (تبریزی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص. ۵۳). مذاقه در استدلال یادشده، معلوم می‌کند شهادت شهود در دیدگاه یادشده از باب تسبیب در قتل، پذیرفته شده است، اما فقهایی قائل به آن، موضوعیت شهادت شهود را تنها به قدر یک مقدمه و به تعبیر صحیح‌تر، آن را پیش‌شرطی برای مطالبه قصاص که اصل در اجرای قتل است، می‌دانند. همان‌طور که پیش‌تر آمد، قتل مشهود علیه در ارزیابی اندیشه مورد بحث، مستند به دو سبب شهادت شهود و مطالبه ولی دم است، اما سبب اخیر که مطالبه ولی دم باشد در باور این گروه از فقها، قوی‌تر از سبب شهادت شهود است که این خود به طبع قتل مشهود علیه را مطابق با دیدگاه مورد بحث به ولی دم مستند می‌کند و مسئولیت کیفری قصاص را منحصراً به وی متوجه می‌سازد (فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۱ق، ص. ۸۴).

### ۲.۲.۳. قصاص شهود دروغ‌گو

گروه دیگری از فقهای امامیه، مسئولیت کیفری سلب حیات مشهود علیه از طریق تبانی شهود دروغ‌گو با ولی دم به دست مأمور اجرای حکم را منحصراً متوجه شهود دروغ‌گو می‌دانند. بر اساس دیدگاه یادشده، مسئولیت کیفری قصاص به شهود دروغ‌گو متوجه است و ولی دم به قصاص محکوم نمی‌شود (موسوی خمینی، ۱۳۹۲، ج ۲، ص. ۵۵۱).

شناخت دلیل مورد نظر در باور فقهای قائل به آن، همان گزاره کلی در استدلال پیشین است با تفاوت‌هایی آشکار. مقصود از گزاره کلی عبارت است از متوقف دانستن قتل مشهود علیه به دو مقدمه شهادت شهود و مطالبه ولی دم؛ زیرا شهادت شهود موجب اثبات جرم است و مطالبه ولی دم موجب اجرای حکم سلب حیات است، اما تفاوت آشکار در استدلال به گزاره یادشده در باور این گروه از فقها از این قرار است که شهادت شهود در عقیده صاحبان این دیدگاه به منزله مقتضای اصلی اجرای حکم سلب حیات از مشهود علیه است. به سخن دیگر، معلوم می‌شود شهادت دروغ که توسط شهود انجام شده، در مقام ایجاد حق مطالبه برای ولی دم در نظر گرفته شده است، به گونه‌ای که اگر شهادت شهود نبود، ولی دم از هیچ طریقی نمی‌توانست به مطالبه قصاص اقدام و حکم سلب حیات را درباره مشهود علیه اجرا کند (موسوی خمینی، ۱۳۹۲، ج ۲، ص. ۵۵۱). بر اساس استدلال یادشده معلوم می‌شود مطالبه اجرای حکم از طریق ولی دم، تابع شهادت شهود بوده که نتیجه آن، قوی‌تر شدن استناد قتل به شهود دروغ‌گوست (فاضل موحدی لنگرانی، ۱۴۲۱ق، ص. ۸۴).

### ۳.۲.۳. قصاص ولی دم و شهود دروغ‌گو

گروه دیگری از فقهای امامیه این چنین می‌اندیشند که مسئولیت کیفری قصاص در بحث حاضر به طور انحصاری متوجه یکی از اطراف شهود دروغ‌گو یا ولی دم نیست، بلکه مسئولیت کیفری قصاص به هر دو طرف شهود دروغ‌گو و ولی دم متوجه می‌شود (حلی (علامه)، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص. ۵۹۱؛ سبحانی، ۱۳۹۱، ص. ۱۰۱).

اینکه فقهای دیدگاه مورد نظر به قصاص هر دو طرف شهود دروغ‌گو و ولی دم را باور دارند، به شیوه استناد قتل به آن دو طرف بازمی‌گردد. این گروه از فقها برای قصاص هر دو طرف به عاملی تمسک می‌جویند که آن عامل موجب استناد قتل مشهود علیه به هر دو طرف شهود دروغ‌گو و ولی دم می‌شود. ارزیابی دلیل یادشده منوط به بررسی عامل استناد قتل به هر دو طرف مورد نظر است. عبارت «شراکت شهود و ولی دم» در منابع فقهی، اصلی‌ترین عبارتی است که محور استناد قتل به هر دو طرف شهود دروغ‌گو و ولی دم در باور فقهای قائل به آن است. مقصود از عبارت «شراکت شهود و ولی دم» در بحث حاضر، عمل مساوی هر دو طرف در استناد به قتل مشهود علیه

است. این گروه از فقها این چنین می‌اندیشند که اگر شهادت شهود نبود، امکان ثبوت حکم سلب حیات بر مشهود علیه و مقتضای مطالبه ولی دم از قاضی وجود نداشت و اگر شهادت شهود اقامه می‌شد، اما ولی دم نسبت به مطالبه آن اقدام نمی‌کرد، هیچ‌گاه حکم سلب حیات بر مشهود علیه جاری نمی‌شد. بر اساس مطالب یادشده معلوم می‌شود قتل مشهود علیه در باور فقهای قائل به دیدگاه مورد بحث به هر دوی شهود و ولی دم منتسب است و به‌نوعی هر دو شریک در خون مشهود علیه هستند؛ به‌گونه‌ای که هیچ‌یک از مؤلفه‌های اقوی بودن نسبت به شهود و ولی دم ارجح نیست «الولی والشهود شرکاء فی الدم» (نجفی، بی تا، ج ۴۲، ص. ۵۷).

### ۳.۳. ارزیابی ادله

با مذاقه در ادله سه دیدگاه یادشده معلوم می‌شود قائلان آنان همگی برای اثبات دیدگاه خود در تلاش انتساب و استناد قتل به طرف مورد نظر خود هستند. پس آنچه محور بحث و تعیین‌کننده در بحث حاضر خواهد بود، رابطه استناد قتل و چگونگی این استناد است. قائلان دیدگاه نخست، با مهم دانستن مطالبه ولی دم، شهادت شهود را فرع بر مطالبه دانسته و از این طریق به ضعیف شمردن رابطه قتل مشهود علیه با شهود پرداخته‌اند (تبریزی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص. ۵۳). اگر نتیجه و موضوع تمام این مباحث به سلب حیات مشهود علیه بازگردد که واقع قضیه هم همین است، ولی دم فارغ از شهادت شهود، بر چه اساس و از چه طریق می‌توانست نسبت به ثبوت حکم و مطالبه آن از قاضی صادرکننده حکم اقدام کند؟ آری؛ شهادت شهود از لحاظ جایگاه در قتل مشهود علیه، مقدمه مطالبه ولی دم فرض می‌شود، اما ماهیت آن مقدمه به‌گونه‌ای است که اگر نباشد، ذی‌المقدمه که مطالبه ولی دم است، امکان وقوع نخواهد داشت (حلی (علامه)، ۱۴۱۳، ج ۳، ص. ۵۹۱). قائلان دیدگاه دوم، با مهم دانستن شهادت شهود، همه چیز را در حکم سلب حیات مشهود علیه به شهود گره زده و مطالبه ولی دم را فرع بر آن دانسته‌اند؛ به‌گونه‌ای که اگر شهود به شهادت دروغ اقدام نمی‌کردند، اساساً وجهی برای مطالبه ولی دم وجود نداشت (موسوی خمینی، ۱۳۹۲، ج ۲، ص. ۵۵۱)، اما چگونه می‌توان دیدگاه یادشده را پذیرفت درحالی‌که اگر شهود به شهادت دروغ اقدام کنند، اما ولی دم که از دروغ بودن آن آگاه است، به مطالبه آن نپردازد همچنان حکم سلب حیات برای مشهود علیه اجرا خواهد شد؟ بی‌تردید اگر شهود به شهادت دروغ اقدام نکنند، ولی دم

نمی‌تواند به مطالبه آن بپردازد، اما آیا شهادت شهود از این اثر قوی برخوردار است که به تنهایی و فارغ از مطالبه ولی‌دم، به اجرای حکم سلب حیات مشهود علیه بینجامد (فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۴، ص. ۵۶۸)؟ ارزیابی ادله دو دیدگاه اول و دوم، بیان‌کننده نقص در استناد قتل است؛ زیرا باید توجه داشت که نه شهود و نه ولی‌دم در فرض مورد بحث، هیچ‌کدام مباشر در قتل نیستند و هر دو در جایگاه تسبیبی قتل مورد بحث واقع شده‌اند. هریک از شهود و ولی‌دم در فرض مورد بحث چه مؤلفه‌ای دارند که موجب قوی‌تر شدن استناد قتل به آنان باشد؟ هیچ. با توجه به جایگاه مهم هریک از شهادت دروغ و مطالبه ولی‌دم، معلوم می‌شود که هریک از آنان به اندازه خود، مهم و مؤثر در سلب حیات مشهود علیه هستند؛ به گونه‌ای که آنان را در ثبوت حکم و اجرای آن برای مشهود علیه شریک یکدیگر کرده است (حلی (علامه)، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص. ۵۹۱؛ نجفی، بی‌تا، ج ۴۲، ص. ۵۷). ماده ۵۳۵ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ درباره بحث حاضر تأمل برانگیز است «هرگاه دو یا چند نفر با انجام عمل غیرمجاز در وقوع جنایتی به نحو سبب و به صورت طولی دخالت داشته باشند، کسی که تأثیر کار او در وقوع جنایت قبل از تأثیر سبب یا اسباب دیگر باشد، ضامن است مانند آنکه یکی از آنان گودالی حفر کند و دیگری سنگی در کنار آن قرار دهد و عابری به سبب برخورد با سنگ به گودال بیفتد که در این صورت، کسی که سنگ را گذاشته، ضامن است مگر آنکه همه قصد ارتکاب جنایت را داشته باشند که در این صورت شرکت در جرم محسوب می‌شود». صدر این ماده اعلام می‌دارد «کسی که تأثیر کار او در وقوع جنایت قبل از تأثیر سبب یا اسباب دیگر باشد، ضامن است...» بر اساس نص یادشده، قتل مشهود علیه همان‌طور که فقهای گروه اول به آن باور داشتند، به عهده ولی‌دم خواهد بود؛ زیرا مطابق با مثال طرح‌شده در ماده مورد بحث «اگر یکی گودالی حفر کند و دیگری سنگی در کنار آن قرار دهد و عابری به سبب برخورد با سنگ به گودال بیفتد، در این صورت کسی که سنگ را گذاشته، ضامن است...» هرچند در وهله نخست با استناد به صدر ماده یادشده، می‌توان آن را مؤید دیدگاه نخست یعنی دیدگاهی که باور به قصاص ولی‌دم دارد، فرض کرد، اما ادامه این ماده معلوم می‌کند که ماده مورد بحث از ظرفیت قوی‌تری برای تأیید دیدگاه سوم یعنی دیدگاهی که قتل مشهود علیه را به هر دوی شهود و ولی‌دم مستند می‌داند، برخوردار است؛ زیرا در ادامه و بخش آخر ماده ۵۳۵



قانون مجازات اسلامی مقرر شده است: «مگر آنکه همه قصد ارتکاب جنایت را داشته باشند که در این صورت شرکت در جرم محسوب می‌شود». فرض مورد بحث عبارت از این بود که شهود و ولی دم در شهادت دروغ، تبانی و همگی به قصد جنایت بر مشهود علیه به انجام فعل اقدام کرده‌اند. براین اساس به نظر می‌آید که ماده ۵۳۵ قانون مجازات اسلامی به همراه بخش اخیر خود و به ویژه با ذکر عبارت «شرکت در جرم» که در کلام فقهای امامیه مشهود است، گواه دیدگاه استناد قتل به هر دو طرف شهود و ولی دم است «للمساواة المقتضية للتشريك» (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۱، ص. ۳۷؛ سبحانی، ۱۳۹۱، ص. ۱۰۱).

### نتیجه‌گیری

هرگاه منشأ شهادت دروغ، تعدد شهود باشد و هیچ‌گونه هماهنگی و تبانی با ولی دم انجام نداده باشند؛ خواه ولی دم مباشر قصاص بوده باشد یا مأمور اجرای احکام، در هر صورت هیچ‌گونه مسئولیت کیفری متوجه ولی دم و مأمور اجرای حکم نیست و شهود دروغ‌گو منحصراً مسئول کیفری قتل مشهود علیه هستند؛ زیرا ولی دم و مأمور اجرای حکم در دو فرض مورد بحث، مباشر قصاص مشهود علیه هستند، اما آنان به دروغ بودن شهادت، جاهل بوده و به دستور شرع و قانون به قصاص مشهود علیه اقدام کرده‌اند. حکم یادشده مورد اجماع فقهای امامیه است، اما هرگاه منشأ شهادت دروغ، تعدد شهود باشد و شهود دروغ‌گو با هماهنگی و تبانی ولی دم به شهادت کذب اقدام کرده باشند، اگر شخص ولی دم به طور مباشری به قصاص مشهود علیه اقدام کرده باشد، مسئولیت کیفری قتل منحصراً متوجه ولی دم است؛ زیرا هر چند زمینه قصاص مشهود علیه با شهادت دروغ شهود فراهم شده است، از آنجاکه اصل اولی توجه مسئولیت کیفری در قواعد جزایی متوجه مباشر سلب حیات است، مسئولیت کیفری قتل در فرض مورد نظر با مسبب نخواهد بود. حائز اهمیت است که هیچ‌یک از مؤلفه‌های اقوی بودن سبب از مباشر در فرض یادشده موجود نیست. بی تردید شهود دروغ‌گو در فرض یادشده تعزیر می‌شوند، اما اگر در فرض تبانی شهود با ولی دم، مأمور اجرای حکم به قصاص مشهود علیه مباشرت کرده باشد؛ مسئولیت کیفری قتل برای هر دو طرف شهود دروغ‌گو و ولی دم خواهد بود؛ زیرا قتل مشهود علیه به هر دو طرف شهود دروغ‌گو و ولی دم مستند است و از آنجاکه هیچ‌یک از شهود و ولی دم به مباشرت در قصاص اقدام نکرده‌اند، هیچ

دلیلی برای اقوی بودن آن دو سبب نسبت به یکدیگر وجود ندارد. اینکه مسئولیت کیفری قتل منحصرأً به شهود دروغ‌گو مستند شود به این دلیل که شهادت شهود، بستر اثبات جرم و از جایگاه مهمی برخوردار است، دلیل منطقی برای فرع قرار گرفتن مطالبه ولی‌دم بر شهادت شهود نیست. همچنین نمی‌توان مسئولیت کیفری را منحصرأً در فرض مورد بحث به ولی‌دم مستند کرد به این ادعا که اصل در مسئله، مطالبه ولی‌دم است و شهادت شهود را فرع بر آن باید دانست. هر دو دلیل یادشده به‌اندازه هم پذیرفتنی نیستند؛ زیرا با توجه به اینکه هیچ‌یک از دو طرف شهود و ولی‌دم مباشر قتل نیستند و هر دو در جایگاه تسبیبی واقع شده‌اند و البته هیچ‌یک بر دیگری اقوی نیستند، قتل مشهود علیه به هر دو طرف مستند است و هر دو طرف، مسئول کیفری قتل مشهود علیه هستند. از آن‌رو که تحقیق حاضر از فروض مختلف و متعددی برخوردار است، می‌توان به جهت تنظیم نتایج، شکل زیر را ارائه نمود.

توجه مسئولیت کیفری قتل در ادای شهادت دروغ		
وضعیت تبانی یا عدم تبانی	متصدی اجرای حکم	حکم قضیه
عدم تبانی شهود و ولی‌دم	مأمور اجرای محکمه	- قصاص شهود - عدم مسئولیت کیفری قاضی و ولی‌دم
	ولی‌دم	- قصاص شهود - عدم مسئولیت کیفری قاضی و ولی‌دم
تبانی شهود و ولی‌دم	مأمور اجرای محکمه	- قصاص شهود - قصاص ولی‌دم - عدم مسئولیت کیفری قاضی
	ولی‌دم	- قصاص ولی‌دم - تعزیر شهود - عدم مسئولیت کیفری قاضی

## منابع

- ۱) ابن منظور، ابوالفضل جمال‌الدین (۱۴۱۴ق). لسان‌العرب (جلد ۱۳). بیروت: دارالفکر للطباعة والنشر والتوزیع - دار صادر.
- ۲) اردبیلی، احمد بن محمد (بی تا، الف). زبدة البیان فی احکام القرآن. تهران: مکتبه المرتضویه.
- ۳) اردبیلی، احمد بن محمد (بی تا، ب). مجمع الفائده والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان (جلد ۱۳). قم: جماعة المدرسين فی الحوزة العلمیة بقم.
- ۴) اردبیلی، محمد علی (۱۳۹۹). حقوق جزای عمومی (جلد ۱). تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- ۵) انصاری، محمد علی (۱۴۱۵ق). الموسوعة الفقهیة المیسرة (جلد ۸). قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- ۶) باقری، علیرضا (۱۳۸۴). آیین دادرسی کیفری سه استاد. اراک: نوای دانش.
- ۷) تبریزی، میرزا جواد (۱۳۸۷). تنقیح مبانی الاحکام (جلد ۳). قم: دارالصدیقة الشهیدة (سلام الله علیها).
- ۸) تبریزی، میرزا جواد (بی تا). اسس القضاء والشهادة. قم: دفتر مؤلف.
- ۹) ترحینی عاملی، محمد حسن (۱۳۸۵). الزبدة الفقهیة فی شرح الروضة البهیة (جلد ۹). قم: دارالفقه للطباعة والنشر.
- ۱۰) جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۳ق). مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام (جلد ۱۵). قم: مؤسسه المعارف الاسلامیة.
- ۱۱) حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق). قواعد الاحکام (جلد ۳). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ۱۲) حلی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام (جلد ۱). قم: اسماعیلیان.
- ۱۳) سبحانی، جعفر (۱۳۹۱). احکام القصاص فی الشریعة الاسلامیة الغراء. قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
- ۱۴) سبحانی، جعفر (۱۳۹۲). احکام الديات فی الشریعة الاسلامیة الغراء. قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
- ۱۵) سعدی، ابوجیب (۱۴۰۲ق). القاموس الفقهی لغة واصطلاحاً (جلد ۱). دمشق: بی جا.
- ۱۶) صیمری، مفلح بن حسن (۱۴۲۰ق). غایة المرام فی شرح شرائع الاسلام (جلد ۴). بیروت: دارالهادی.
- ۱۷) طباطبایی بروجردی، سید حسین (۱۳۹۴). الرسائل الفقهیة (جلد ۲). قم: طباطبایی.
- ۱۸) طباطبایی، علی بن محمد علی (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل - ط. الحدیثة (جلد ۱۶). قم: مؤسسه آل‌البیته (علیهم السلام) لاحیاء التراث.
- ۱۹) فاضل موحدی لنکرانی، محمد (۱۴۲۱ق). تفصیل الشریعة؛ القصاص. قم: مرکز فقه الائمة الاطهار

(علیهم السلام).

- ۲۰) فاضل هندی، محمدبن حسن (۱۴۱۶ق). كشف اللثام عن قواعد الاحكام (جلد ۱۱)، قم: جماعة المدرسين في الحوزة العلمية بقم - مؤسسة النشر الاسلامی.
- ۲۱) فخرالمحققين، محمدبن حسن (۱۳۸۷). ايضاح الفوائد في شرح اشكالات القواعد (جلد ۴). قم: اسماعيليان.
- ۲۲) فيض كاشاني، محمدبن شاه مرتضى (۱۳۹۵). مفاتيح الشرائع (جلد ۲). تهران: مدرسه عالی شهيد مطهری.
- ۲۳) مرعشی نجفی، سيدشهاب الدين (۱۴۱۵ق). القصاص على ضوء القرآن والسنة (جلد ۱). قم: كتابخانه عمومی حضرت آيت الله العظمی مرعشی نجفی (رحمت الله عليه).
- ۲۴) موسوی اردبیلی، عبدالکريم (۱۴۲۷ق). فقه الحدود والتعزيرات (جلد ۲). قم: جامعة المفيد مؤسسة النشر.
- ۲۵) موسوی خمینی، سيدروح الله (۱۳۹۲). تحرير الوسیله (جلد ۲). تهران: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمینی (رحمت الله عليه).
- ۲۶) موسوی خویی، سيدابوالقاسم (۱۴۱۸ق). موسوعة الامام الخوئی (جلد ۴۲). قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی.
- ۲۷) موسوی سيزواری، عبدالاعلی (۱۴۱۳ق). مهذب الاحكام في بيان الحلال والحرام (جلد ۲۸). قم: بی جا.
- ۲۸) ميرمحمدصادقی، حسين (۱۳۹۵). جرائم عليه اشخاص. تهران: بنياد حقوقی میزان.
- ۲۹) نجفی، محمدحسن (بی تا). جواهر الكلام في شرح شرايع الاسلام - ط. القديمة (جلدهای ۴۲ و ۴۳). بيروت: دار احیاء التراث العربی.
- ۳۰) هاشمی شاهرودی، سيد محمود (۱۳۸۲). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بيت (علیهم السلام) (جلد ۲). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بيت (علیهم السلام).

## References





























- 1) Anṣārī, Muḥammad ‘Alī (1415 AH). Al-Mawsū‘ah al-Fiqhīyah al-Muyassarāh (Volume 8). Qom: Majma‘ al-Fikr al-Islāmī [in Arabic].
- 2) Ardabilī, Aḥmad ibn Muḥammad (n.d., a). Zabdat al-Bayān fī Aḥkām al-Qur‘ān. Tehrān: Maktabat al-Murtaḍawīyah [in Arabic].
- 3) Ardabilī, Aḥmad ibn Muḥammad (n.d., b). Majma‘ al-Fā‘idah wa al-Burhān fī Sharḥ Irshād al-Aḍhān (Volume 13). Qom: Jamā‘at al-Mudarrisīn fī al-Ḥawzah al-‘Ilmīyah bi-Qom [in Arabic].
- 4) Ardabilī, Muḥammad ‘Alī (1399 SH). Ḥuqūq Jazā‘ī ‘Umūmī (Volume 1) [General Criminal Law (Volume 1)]. Tehrān: Bonyād Huqūqī Mizān [in Persian].
- 5) Bāqerī, ‘Alirezā (1384 SH). Āyīn Dādresī Kiferī Se Ostād [Criminal Procedure of Three Masters]. Arāk: Navā-ye Dāneš [in Persian].
- 6) Fāḍil Hindī, Muḥammad ibn Ḥasan (1416 AH). Kashf al-Lithām ‘an Qawā‘id al-Aḥkām (Volume 11). Qom: Jamā‘at al-Mudarrisīn fī al-Ḥawzah al-‘Ilmīyah bi-Qom - Mu‘assasah al-Nashr al-Islāmī [in Arabic].
- 7) Fāḍil Mūhiddī Lankarānī, Muḥammad (1421 AH). Tafṣīl al-Sharī‘ah; al-Qiṣāṣ. Qom: Markaz Fiqh al-A‘imah al-Ṭāhirīn (‘alayhim-al-salām) [in Arabic].
- 8) Fakhr al-Muḥaqqiqīn, Muḥammad ibn Ḥasan (1387 SH). Īdāḥ al-Fawā‘id fī Sharḥ Ashkālāt al-Qawā‘id (Volume 4). Qom: Ismā‘īlīyān [in Arabic].
- 9) Fayḍ Kāshānī, Muḥammad ibn Shāh Murtaḍhā (1395 SH). Mafātiḥ al-Sharā‘ī (Volume 2). Tehrān: Madrasah ‘Āli Shahīd Moṭahharī [in Arabic].
- 10) Hāshemī Shahroodī, Sayyid Maḥmūd (1382 SH). Farhang-e Fiqh Mūṭābiq ba Madhhab Ahl-e Bayt (‘alayhim-al-salām) (Volume 2) [Encyclopedia of Jurisprudence According to the School of Ahl al-Bayt (Volume 2)]. Qom: Mu‘assasah Dā‘irat al-Ma‘ārif Fiqh Islāmī bar Madhhab Ahl-e Bayt (‘alayhim-al-salām) [in Persian].
- 11) Ḥillī (‘Allāmah), Ḥasan ibn Yūsuf (1413 AH). Qawā‘id al-Aḥkām (Volume 3). Qom: Daftar Intishārāt Islāmī [in Arabic].
- 12) Ḥillī (Muḥaqqiq), Ja‘far ibn Ḥasan (1408 AH). Sharā‘ī al-Islām fī Masā‘il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām (Volume 1). Qom: Ismā‘īlīyān [in Arabic].
- 13) Ibn Manzūr, Abū al-Faḍl Jamāl al-Dīn (1414 AH). Lisān al-‘Arab (Volume 13). Bayrūt: Dār al-Fikr li‘l-Ṭibā‘ah wa al-Nashr wa al-Tawzī‘ - Dār Ṣādir [in Arabic].
- 14) Jaba‘ī ‘Āmelī (Shahīd Thānī), Zayn al-Dīn ibn ‘Alī (1413 AH). Masālik al-Afhām ilā Tanqīḥ Sharā‘ī al-Islām (Volume 15). Qom: Mu‘assasah al-Ma‘ārif al-Islāmīyah [in Arabic].
- 15) Mar‘ashī Najafī, Sayyid Shihāb al-Dīn (1415 AH). Al-Qiṣāṣ ‘Alā Ḍaw‘ al-Qur‘ān wa al-Sunnah (Volume 1). Qom: Kutubkhānah ‘Ummūmī Ḥaḍrat Āyatullāh al-‘Uzmā Mar‘ashī Najafī (rahmat-Allāh ‘alayh) [in Arabic].
- 16) Mirmuḥammad Ṣādiqī, Ḥusayn (1395 SH). Jarā‘im ‘Alīh Ashkhāṣ [Crimes Against Persons]. Tehrān: Bonyād Huqūqī Mizān [in Persian].
- 17) Mūsawī Ardabilī, ‘Abd al-Karīm (1427 AH). Fiqh al-Ḥudūd wa al-Ta‘zīrāt (Volume 2). Qom: Jāmi‘at al-Mufīd Mu‘assasah al-Nashr [in Arabic].
- 18) Mūsawī Khoeī, Sayyid Abū al-Qāsim (1418 AH). Mawsū‘ah al-Imām al-Khoeī

- (Volume 42). Qom: Mu'assasah Ihyā' Āthār al-Imām al-Khoeī [in Arabic].
- 19) Mūsawī Khomeinī, Sayyid Rūḥullāh (1392 SH). Taḥrīr al-Wasīlah (Volume 2). Tehrān: Mu'assasah Tanzīm wa Nashr Āthār Imām Khomeinī (raḥmat-Allāh 'alayh) [in Arabic].
- 20) Mūsawī Sabzewārī, 'Abd al-'Alī (1413 AH). Muḥaḍḍab al-Aḥkām fī Bayān al-Ḥalāl wa al-Ḥarām (Volume 28). Qom: Bī-jā [in Arabic].
- 21) Najafī, Muḥammad Ḥasan (n.d.). Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharā'i' al-Islām- Ṭ. al-Qadīmah (Volumes 42 & 43). Bayrūt: Dār Ihyā' al-Turāth al-'Arabī [in Arabic].
- 22) Sa'dī, Abū Jīb (1402 AH). Al-Qāmūs al-Fiqhī Lughatan wa Iṣṭilāḥan (Volume 1). Dimashq: Bī-jā [in Arabic].
- 23) Ṣaymarī, Muflīḥ ibn Ḥasan (1420 AH). Ghāyat al-Marām fī Sharḥ Sharā'i' al-Islām (Volume 1). Bayrūt: Dār al-Hādī [in Arabic].
- 24) Subḥānī, Ja'far (1391 SH). Aḥkām-al-Qiṣāṣ fī-al-Sharī'ah al-Islāmīyah al-Gharrā'. Qom: Mu'assasah Imām Ṣādiq ('alayh-al-salām) [in Arabic].
- 25) Subḥānī, Ja'far (1392 SH). Aḥkām-al-Diyāt fī-al-Sharī'ah al-Islāmīyah al-Gharrā'. Qom: Mu'assasah Imām Ṣādiq ('alayh-al-salām) [in Arabic].
- 26) Ṭabāṭabā'i Borojerdī, Sayyid Ḥusayn (1394 SH). Al-Rasā'il al-Fiqhīyah (Volume 2). Qom: Ṭabā [in Arabic].
- 27) Ṭabāṭabā'i, 'Alī ibn Muḥammad 'Alī (1418 AH). Riyāḍ al-Masā'il- Ṭ. al-Ḥadīthah (Volume 16). Qom: Mu'assasah Āl al-Bayt ('alayhim-al-salām) li-Ihyā' al-Turāth [in Arabic].
- 28) Tabrīzī, Mīrzā Jawād (1387 SH). Tanqīḥ Mabānī-al-Aḥkām (Volume 3). Qom: Dār al-Ṣādiqah al-Shahīdah (salām-Allāh 'alayhā) [in Arabic].
- 29) Tabrīzī, Mīrzā Jawād (n.d.). Usūl al-Qaḍā' wa al-Shahādah. Qom: Daftar Mu'allif [in Arabic].
- 30) Tarḥīnī 'Āmeli, Muḥammad Ḥasan (1385 SH). Al-Zubdah al-Fiqhīyah fī Sharḥ al-Rawḍah al-Bahīyah (Volume 9). Qom: Dār al-Fiqh li'l-Ṭibā'ah wa al-Nashr [in Arabic].

## Article Directory

- ❖ Mora'a Ownership; Definition and Instances | Research Article ..... 1
  - Seyyed Mostafa Mohaghegh Damad, Ali Saatchi & Mohammad Hadi Javaherkalam
  
- ❖ Elucidating the Relationship between the "Golden Rule" and Civil Liability | Research Article ..... 33
  - Abbas Mirshekari & Fateme Ramezany
  
- ❖ A Critical Examination of "Mistake" in Iranian Civil Law, Based on the Common Lexical Nature of "Mistake" Between the French Legal System and Islamic Law | Research Article ..... 63
  - Ataollah Bigdeli
  
- ❖ Comparative Study of the Punishment of "Imprisonment" in Modern Criminal Law and Islamic Law | Research Article ..... 95
  - Mohsen Saeedi Abooes'haghi, Abdollah Bahmanpouri & Seyyed Mahdi Jokar
  
- ❖ The Authority of the Guardianship of the Islamic Jurist [Velayat-e Faqih] and its Limits of Power in the Thought of Dr. Beheshti with a Look at the Constitution of the Islamic Republic of Iran | Research Article ..... 127
  - Hadi Tahan Nazif & Mohammad Sadiq Darivand
  
- ❖ An Analysis of the Nature of Government-Approved Statutes and their Supervision | Research Article ..... 163
  - Ali Saberi, Gholamreza Mowlabeigi & Hosein Mohammadi Ahmadabadi
  
- ❖ Origin of Law in Islam; A Look at Qur'anic Evidences in Harmony with Natural Law Theory | Brief Communication Paper ..... 193
  - Ali Ansari Baygi, Ali Jalaeian Akbarnia & Mohsen Ansari Baygi
  
- ❖ An Islamic Inquiry into the Legal Void of Criminal Liability for Murder in Case of False Testimony; from Exclusive to Joint Liability | Brief Communication Paper ..... 215
  - Taha Zargariyan

• Indexing and Abstracting •

• Publication Information •

<b>Print ISSN: 2251-9858</b>	<b>Online ISSN: 2588-6673</b>
<b>Subject Area: Law with an Islamic Approach</b>	<b>Review Policy: Peer Review   Double Blind</b>
<b>Release Frequency: Quarterly</b>	<b>Submission Procedure: Exclusively via the website</b>
<b>Website Address: <a href="https://ilr.isu.ac.ir">https://ilr.isu.ac.ir</a></b>	<b>E-mail Address: <a href="mailto:ilrisu@yahoo.com">ilrisu@yahoo.com</a></b>
<b>This journal was initially published under the title "Andishe-ye-Sadeq" from the first issue to the twenty-fourth issue. From the twenty-fifth to the thirty-first issue, it was known as "Islamic Studies and Law". Since the thirty-second issue, it has been published under the title "Islamic Law Research".</b>	<b>From the first to the twenty-fourth issue, the journal was published "Occasionally". Subsequently, from the twenty-fifth to the fifty-fourth issue, it transitioned to a "Bi-Annual" release schedule. However, the release frequency was revised to "Quarterly" starting from the fifty-fifth issue onwards.</b>
<b>Postal Address: Imam Sadiq University, Shahid Chamran Expressway, Tehran, Iran. P.O.Box: 14655-159</b>	
<b>Scientific Management &amp; Editorial: Faculty of Islamic Studies and Law. Phone No: +98 (21) 88385118</b>	
<b>Technical Management: University Research and Technology Deputy. Phone No: +98 (21) 88094915</b>	
<b>Access and reissue of the articles are open in accordance with the (CC BY-NC 4.0).</b>	
<b>The articles do not necessarily express the views of the publisher university.</b>	
<b>Printing House: Imam Sadiq University Press   234 Pages</b>	
<b>Price: 1,750,000 Rials</b>	





---

**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 International Law | University of Tehran

---

**• English Text Editor •**

Taher Habibzadeh | Assistant Professor | Intellectual Property Law | Imam Sadiq University

---

**Editorial Manager • Mojtaba Ashoori**

---

**Editorial Board**

**• National Board •**

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 | Public International Law | University of Tehran

---

Tavakkol Habibzadeh | Associate Professor | Public 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

---

**• International Board •**

Ahmed Abouelwafa Mohammad Hasan | Professor | Public International Law | Cairo University | Egypt

---

Ahmad Atif Ahmad | Professor | Islamic Law | University of California, Santa Barbara | United States of America

---

Ali Abdelaali Khashan al-Assadi | Professor | Private Law | University of Basrah | Iraq

---

Seyyed Hesamoddin Seyyed Esfahani | Professor | Criminal Law & Criminology | University of Moncton | Canada

---

Mohammad Aloom Mohammad al-Oghabi | Professor | Public Law | University of Baghdad | Iraq

---

Ammar Kareim Kadham al-Bsherawy | Professor | Private Law | University of Kufa | Iraq

---

Ashgar Ali Bin Ali Mohamed | Professor | Private Law | International Islamic University Malaysia | Malaysia

---

Walid Ali Maher Morsi | Professor | Commercial Law | Helwan University | Egypt

---

Ahmed Sami Marhoon al-Mamoori | Professor | Commercial Law | University of Kufa | Iraq

---

Ali Wardak | Professor | Criminal Law & Criminology | University of South Wales | United Kingdom

---

Tarek Goma al-Sayyed Rashed | Associate Professor | Intellectual Property Law | Qatar University | Qatar

---

Hamid Reza Younesi | Assistant Professor | International Commercial Law | University of York | United Kingdom

---

**Validated: as a "Scientific Journal"**

License No. 3/196191 dated 12/12/2012 issued by  
The Ministry of Science, Research, & Technology.

**First Released: Winter 2000**

License No. 17260 dated 27/11/2000 issued by  
The Ministry of Culture & Islamic Guidance.

---

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

IN THE NAME OF GOD,  
THE MOST GRACIOUS, THE MOST MERCIFUL



Imam Sadiq University  
Faculty of Islamic Studies & Law

The Quarterly

# Journal of Islamic Law Research

# 63

25'th Year | First Issue | Serial No. 63  
Spring 2024

- **Mora'a Ownership; Definition and Instances**  
Seyyed Mostafa Mohaghegh Damad | Ali Saatchi |  
Mohammad Hadi Javaherkalam
- **Elucidating the Relationship between the "Golden Rule"  
and Civil Liability**  
Abbas Mirshekari | Fateme Ramezany
- **A Critical Examination of "Mistake" in Iranian Civil Law,  
Based on the Common Lexical Nature of "Mistake"  
Between the French Legal System and Islamic Law**  
Ataollah Bigdeli
- **Comparative Study of the Punishment of "Imprisonment"  
in Modern Criminal Law and Islamic Law**  
Mohsen Saeedi Abooes'haghi | Abdollah Bahmanpouri |  
Seyyed Mahdi Jokar
- **The Authority of the Guardianship of the Islamic Jurist [Velayat-e Faqih]  
and its Limits of Power in the Thought of Dr. Beheshti with a Look  
at the Constitution of the Islamic Republic of Iran**  
Hadi Tahan Nazif | Mohammad Sadiq Darivand
- **An Analysis of the Nature of Government-Approved Statutes  
and their Supervision**  
Ali Saberi | Gholamreza Mowlabeigi | Hosein Mohammadi Ahmadabadi
- **Origin of Law in Islam; A Look at Qur'anic Evidences  
in Harmony with Natural Law Theory**  
Ali Ansari Baygi | Ali Jalaeian Akbarnia | Mohsen Ansari Baygi
- **An Islamic Inquiry into the Legal Void of Criminal Liability  
for Murder in Case of False Testimony;  
from Exclusive to Joint Liability**  
Taha Zargariyan