



Imam Sadiq University  
Faculty of Islamic Studies & Law

The Quarterly

# Journal of Islamic Law Research

# 64

25<sup>th</sup> Year | Second Issue | Serial No. 64  
Summer 2024

- **Explaining the Theory of "the Essence of the Relationship between Expression and Meaning" in the Methodological Principles of Islamic Jurisprudence and Presenting its Legal Implications**  
Sajjad Afshar | Amin Ebrahimzadeh
- **A Legal Inquiry into the Burial of the Deceased on Private Properties in Islamic Jurisprudence**  
Saeed Mahjoob | Mohammad Taghi Moradi
- **Recognition of the Place and Legal Effects of "Transactions Contrary to the Commitment to Legal Act Omission"**  
Seyyed Ali Asghar Rahimi | Seyyed Fazel Seyyedi
- **Resolving the Conflict between Absolute and Conditional Affirmative Rulings in Islamic Jurisprudence and Statutory Laws**  
Mohsen Vaseghi | Mohammad Mehryar | Seyyede Fatemeh Hashemi
- **Feasibility of Adjusting Rent in Epidemic Conditions; with Emphasis on Covid-19**  
Nasrollah Jafari Khosroabadi | Hossein Abedini | Amir Hosein Habibollahian
- **Scope and Legal Obligations of Financial Audit by the Supreme Audit Court of Iran in Light of the Opinions of the Guardian Council**  
Mostafa Mansourian | Alireza Jafarzadeh Baha'abadi
- **Analyzing the Approach of the Biography of the Prophet of Islam (PBUH) Regarding Women's Moral Crimes; with a Look at Pre-Islamic Moral Crimes**  
Shahla Bakhtiari | Maryam Zekavat
- **Examining the Scope of Tax Liabilities under Article 187 of Direct Taxes Act of Iran: A Consideration in Islamic Jurisprudence and the Iranian Law**  
Mohammad Reza Abbasi | Mohammad Shokri

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

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

---

## 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 | Information Technology 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-Bsharawy | 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 Gomaa al-Sayyed Rashed | Associate Professor | Intellectual Property Law | Qatar University | Qatar

---

Georges Cavalier | Associate Professor | Comparative Law | Jean Moulin Lyon 3 University | France

---

Hamid Reza Younesi | Assistant Professor | International Commercial Law | University of York | United Kingdom

---

Validated: as a "Scientific Journal"





























First Released: Winter 2000

License No. 3/196191 dated 12/12/2012 issued by  
Iran's Ministry of Science, Research, & Technology.

License No. 17260 dated 27/11/2000 issued by  
Iran's Ministry of Culture & Islamic Guidance.

---

• Indexing and Abstracting •

• Journal Overview •

<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>This Journal is fully open-access &amp; all of its content is licensed under 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   226 Pages</b>	
<b>Price: 1,750,000 I.R.Rials</b>	



## **Article Directory**

- ❖ Explaining the Theory of "the Essence of the Relationship between Expression and Meaning" in the Methodological Principles of Islamic Jurisprudence and Presenting its Legal Implications | Research Article ..... 235
  - Sajjad Afshar & Amin Ebrahimzadeh
  
- ❖ A Legal Inquiry into the Burial of the Deceased on Private Properties in Islamic Jurisprudence | Research Article ..... 265
  - Saeed Mahjoob & Mohammad Taghi Moradi
  
- ❖ Recognition of the Place and Legal Effects of "Transactions Contrary to the Commitment to Legal Act Omission" | Research Article ..... 291
  - Seyyed Ali Asghar Rahimi & Seyyed Fazel Seyyedi
  
- ❖ Resolving the Conflict between Absolute and Conditional Affirmative Rulings in Islamic Jurisprudence and Statutory Laws | Research Article ... 317
  - Mohsen Vaseghi, Mohammad Mehryar & Seyyede Fatemeh Hashemi
  
- ❖ Feasibility of Adjusting Rent in Epidemic Conditions; with Emphasis on Covid-19 | Research Article ..... 343
  - Nasrollah Jafari Khosroabadi, Hossein Abedini & Amir Hosein Habibollahian
  
- ❖ Scope and Legal Obligations of Financial Audit by the Supreme Audit Court of Iran in Light of the Opinions of the Guardian Council | Research Article ..... 371
  - Mostafa Mansourian & Alireza Jafarzadeh Baha'abadi
  
- ❖ Analyzing the Approach of the Biography of the Prophet of Islam (PBUH) Regarding Women's Moral Crimes; with a Look at Pre-Islamic Moral Crimes | Review Article ..... 407
  - Shahla Bakhtiari & Maryam Zekavat
  
- ❖ Examining the Scope of Tax Liabilities under Article 187 of Direct Taxes Act of Iran: A Consideration in Islamic Jurisprudence and the Iranian Law | Brief Communication Paper ..... 437
  - Mohammad Reza Abbasi & Mohammad Shokri

## Explaining the Theory of "the Essence of the Relationship between Expression and Meaning" in the Methodological Principles of Islamic Jurisprudence and Presenting its Legal Implications

Sajjad Afshar · Assistant Professor, Department of Public Law, Faculty of Law, South Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran. (Corresponding Author) afsharsd@gmail.com

Amin Ebrahimzadeh · LLM in Private Law, Faculty of Humanities, Shahed University, Tehran, Iran. aminkebrahimzadeh000@gmail.com

### Abstract

#### 1. Introduction

Language serves as a fundamental cornerstone of human civilization, distinguishing humans from other species through its sophisticated capacity for expression, communication, and thought. This inherent capability not only facilitates interpersonal communication but also underpins the complex processes of human reasoning and conceptualization. The intricate relationship between language and thought is a subject of considerable interest across various disciplines, including linguistics, philosophy, and jurisprudence. Within the realm of legal scholarship, particularly in the context of Principles of Islamic jurisprudence (Uṣūl al-Fiqh) and its influence on the Iranian legal system, the exploration of the nature of the relationship between expression and meaning acquires a nuanced significance. This study aims to delve into the theoretical underpinnings of the "intrinsic" and "essence" views on the relationship between expression and meaning, assessing their implications for the legal domain, with a special focus on Shia jurisprudence and its impact on contract law in Iran. By examining the intrinsic nature of language and its role in the legal system, this research seeks to uncover the philosophical and jurisprudential dimensions that underlie legal interpretation and application.



## **2. Research Question**

The central inquiry of this study revolves around the nature of the relationship between expression and meaning in the context of language and its implications for legal theory and practice. Specifically, the research question seeks to understand how the intrinsic and conventional theories of language affect the interpretation and formulation of legal principles, particularly in Principles of Islamic jurisprudence (Uṣūl al-Fiqh) and the Iranian legal system. This investigation is driven by a desire to elucidate the extent to which the intrinsic nature of language influences legal reasoning and contract formation, examining both the theoretical foundations and practical outcomes of this relationship in a legal context.

## **3. Research Hypothesis**

The hypothesis posits that embracing an intrinsic view of the relationship between expression and meaning can lead to significant insights and advancements in legal theory and practice. This perspective, which acknowledges a direct and inherent connection between words and their meanings, could offer a more nuanced and effective framework for legal interpretation and the formulation of contracts. By rejecting the intermediary of conventional meanings, the intrinsic theory may allow for a deeper understanding of legal texts and the intentions behind them, potentially enhancing the precision and fairness of legal outcomes. This study hypothesizes that, despite historical criticisms and the limited adoption of the intrinsic theory among Shia jurists and Western thinkers, its implications for jurisprudence and the legal system in Iran are profound and warrant comprehensive exploration.

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

This research adopts a descriptive-analytical methodology, leveraging both primary and secondary sources to explore the intrinsic and conventional theories of language within the domains of jurisprudence, legal theory, and philosophy of language. The study is interdisciplinary in nature, drawing upon insights from Islamic scholarship, Western philosophy, and semantics to construct a holistic view of the issues at hand. Through detailed textual analysis and critical examination of key texts in Shia jurisprudence, as well as works by Western philosophers and linguists, the research aims to elucidate the underlying principles and implications of the intrinsic theory of language for legal practice.

The theoretical framework is grounded in the principles of hermeneutics and interpretation, providing a lens through which the relationship between expression and meaning can be examined in depth. This approach enables a comprehensive analysis of the intrinsic and conventional theories, highlighting their strengths, limitations, and relevance to the contemporary legal landscape. By integrating perspectives from a variety of disciplines, the study seeks to uncover the multifaceted nature of language and its impact on the formulation and understanding of legal principles.

## **5. Results & Discussion**

The exploration of the "Intrinsic Nature of the Relationship Between Expression and Meaning" within the context of language's role in Principles of Islamic jurisprudence (Uṣūl al-Fiqh) and legal interpretation yields both enlightening perspectives and significant challenges. The theory posits that language, in its most fundamental form, has an inherent connection between expressions and their meanings, which has implications for understanding the origins of human language and the legal importance of verbal formalities in transactions, particularly in Iranian jurisprudence. This intrinsic connection suggests a natural, direct comprehension of language that transcends learned conventions.

However, the theory faces substantial criticisms that challenge its universality and applicability. A core critique lies in the observable fact that individuals do not innately understand languages unfamiliar to them, nor do they always grasp the full spectrum of meanings in their mother tongue. This contradicts the theory's implication that the relationship between expression and meaning should be immediately apparent to all. Additionally, the process of naming and the application of new concepts further contest the theory's validity. The conventional nature of language development, especially in the creation of new words and meanings, indicates a learned rather than an intrinsic understanding.

These criticisms reflect broader debates within linguistics and philosophy, notably regarding Chomsky's theories. The challenges to the intrinsic theory highlight the complex interplay between nature and convention in language acquisition and understanding. In the legal domain, the theory's limitations become particularly evident in the context of modern legal concepts and terminologies, which are often culturally and temporally specific. The intrinsic theory struggles to account for the evolution and diversity of legal language, underscoring



the predominance of conventionalism in the development and interpretation of legal terms.

## **6. Conclusion**

Upon thorough examination, the intrinsic theory, while offering valuable insights into the nature of language and its origins, ultimately falls short in addressing the complexities of language understanding and legal interpretation. The empirical challenges and philosophical criticisms against the theory underscore its limitations in fully accounting for the dynamic and evolving nature of language and legal discourse. The concept of Divine Conventionalism emerges as a more viable alternative within Principles of Islamic jurisprudence (Uṣūl al-Fiqh), positing that language's establishment and development are divinely ordained yet executed through human agency. This view harmonizes the divine aspect of language's origin with the practical realities of its human-driven evolution, offering a framework that accommodates both the sanctity and the variability of linguistic expression and meaning.

The study's findings suggest a reevaluation of the intrinsic theory's premises and encourage a more nuanced understanding of language's role in legal theory and practice. While the intrinsic connection between expression and meaning presents a compelling philosophical idea, the realities of language usage, especially in legal contexts, necessitate a more flexible and context-sensitive approach. The adoption of Divine Conventionalism within Shia jurisprudence represents an attempt to bridge the gap between the innate capacities for speech and thought and the contingent nature of linguistic conventions. This approach acknowledges the foundational role of divine providence in establishing language while recognizing the human capacity for innovation and adaptation in its ongoing development.

In conclusion, the intricate relationship between language and law, encapsulated in the debate between intrinsic and conventional theories of meaning, reveals the depth and complexity of jurisprudential inquiry. The study underscores the importance of a multidisciplinary approach that integrates linguistic, philosophical, and legal perspectives, contributing to a richer and more comprehensive understanding of the principles underlying legal interpretation and application.

**Keywords:** Divine Conventionalism, Conventional Implication, Intrinsic Implication, Implication of Literal Meaning, Relationship Between Expression and Meaning.

## تبیین نظریه «ذاتی بودن رابطه لفظ و معنا» در اصول فقه امامیه و ارائه آثار حقوقی آن

سجاد افشار • استادیار، گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق، واحد تهران جنوب، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

afsharsd@gmail.com

(نویسنده مسئول)

امین ابراهیم‌زاده • دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه شاهد، تهران، ایران.

aminebrahimzadeh000@gmail.com

### چکیده

بحث از چگونگی دلالت لفظ بر معنا، یکی از اولین و مهم‌ترین مسائل علم اصول فقه و مبادی زبان‌شناختی - فلسفی علم اصول است که نشان‌دهنده توانایی این علم در حل فلسفی مهم‌ترین پرسش‌های زبانی است. نظریه مشهور میان فلاسفه غربی و همچنین اصولیون شیعه، «وضعی بودن» رابطه لفظ و معنا است. با این همه، قول به «ذاتی بودن» رابطه لفظ و معنا در غرب حامیان شاخصی از افلاطون تا چامسکی داشته است. مقاله حاضر با رویکرد توصیفی تحلیلی کوشیده است تا ضمن معرفی و تبیین دیدگاه «ذاتی بودن رابطه میان لفظ و معنا»، آثار و نتایج آن را در تاریخ نظام حقوقی کشور مورد بررسی قرار دهد و به واکاوی نظریه ذاتی بودن در میان نظرات علمای اصول فقه شیعه و به‌علاوه در دیدگاه صاحب‌نظران مغرب‌زمین بپردازد. همچنین، مسائل پیرامونی این نظریه از قبیل نقاط قوت و اشکالاتی که بر این نظریه وارد شده است و البته بررسی آثار پذیرش این دیدگاه در نظام حقوقی کنونی، دور از نظر نگارندگان نبوده است. ماحصل پژوهش آن است که به‌رغم نقاط قوت تحلیلی نظریه ذاتی بودن، ادله اقامه شده برای این نظریه ناکافی و پذیرش آن مورد تردید است.

واژگان کلیدی: وضع الهی، دلالت وضعی، دلالت ذاتی، دلالت لفظ بر معنا، رابطه لفظ و معنا.



## مقدمه

«زبان» از مختصات و ویژگی‌های اصلی انسان است؛ قوه‌ای که به سبب شکل متکامل آن، آدمی را از دیگر موجودات جهان هستی متمایز کرده است. انسان‌ها از طریق زبان، آرا، افکار و عواطف خود را به هموعان خود منتقل می‌کنند. بخش عمده‌ای از مدنی بالطبع بودن انسان - که مورد توجه بسیاری از فیلسوفان قدیم و جدید قرار گرفته - ناشی از برخورداری او از عنصر زبان است. مطابق دیدگاه مشهور در ارتباط زبانی، کاربرد اصلی زبان عبارت است از قادر ساختن گوینده کلام نسبت به انتقال اندیشه خود به شنونده. گوینده (یا نویسنده) واژه‌های مورد نظر خود را به کار می‌گیرد با این رویکرد که شنونده (خواننده) از مجموع این واژگان و البته اوضاع و احوال بیان آن‌ها، بتواند مقصود وی را استنباط کند (Gauker, 2003, p. 3). نقش زبان در زندگی انسان تنها به برقراری ارتباط محدود نمی‌شود. زبان افزون‌بر اینکه عامل ارتباط میان انسان‌هاست، ابزار اصلی اندیشیدن انسان نیز هست. به عبارت دیگر، اندیشه انسان وابسته به عنصر زبان است. انسان به کمک زبان می‌اندیشد و از این روست که در علم منطق، فصل انسان از دیگر حیوانات را ویژگی «نطق» او می‌دانند. به عبارت دیگر، انسان هم به یاری زبان می‌اندیشد و هم مقاصد خود را بیان می‌کند.

تکیه اساسی زبانی بر دو عنصر «لفظ»<sup>۱</sup> و «معنا»<sup>۲</sup> است. با به‌کارگیری این دو عنصر، گوینده یا شنونده قادر به انتقال مقصود خود به مخاطب خواهد بود. اینکه چه نسبتی میان این دو عنصر وجود دارد و چگونه ذهن از خواندن یا شنیدن لفظ به معنا می‌رسد، همواره در دو عرصه علم و فلسفه، اندیشه زبان‌شناسان، معناشناسان، فیلسوفان زبان، فیلسوفان تحلیلی و پژوهندگان حوزه هرمنوتیک و تفسیر را درگیر کرده است. این موضوع در علم اصول فقه شیعه نیز به تفصیل مورد بحث قرار گرفته است. دلیل اصلی این موضوع نیز آن است که اصول در پی ارائه روش درست فهم حکم شارع است و از این رو فهم و تحلیل کلام او را پیگیری می‌کند. بر همین اساس، چگونگی رسیدن مخاطب به معنای کلام شارع از الفاظ قرآن و روایات در ابتدای مبحث الفاظ علم اصول مورد بحث قرار می‌گیرد. از آنجاکه اصول فقه امامیه تأثیر مستقیمی بر قواعد فهم و استنباط حقوق

---

1. Expression

2. Meaning

موضوعه ایران دارد، تحقیقات اصولیان در این حوزه نتایج زیادی در عرصه حقوق نیز داشته است. به طور معمول، نسبت رابطه لفظ و معنا در قالب دو نظریه کلی «وضعی» و «ذاتی» تعریف می‌شود که البته هریک تقریرها و تفسیرهای گوناگونی دارند. قول به ذاتی بودن رابطه میان لفظ و معنا چه در میان اصولیان شیعه و چه در میان متفکران غربی به‌رغم نقاط قوت تحلیلی نظریه ذاتی به علت اشکالات سترگی که بر این نظریه وارد شده است - مانند جهل مردم به زبان غیرمادری یا برخی واژه‌های زبان مادری - قائلان اندکی دارد. با این حال، به نظر می‌رسد که این دیدگاه نتایجی در تاریخ فقه امامیه و نظام حقوقی ایران داشته است. مقاله حاضر با رویکرد توصیفی-تحلیلی می‌کوشد تا ضمن معرفی دیدگاه ذاتی بودن رابطه میان لفظ و معنا، آثار و نتایج آن را در تاریخ نظام حقوقی کشور مورد بررسی قرار دهد. این موضوع به‌ویژه از آنجا دارای اهمیت است که نظام حقوقی ایران تا اندازه بسیار زیادی تابع فقه امامیه و روش استدلال آن - یعنی علم اصول - است. پژوهش حاضر مطالعه‌ای بین‌رشته‌ای است که افزون بر آثار فقهی و حقوقی و اصولی، به منابع حوزه فلسفه زبان، فلسفه تحلیلی و معناشناسی نیز رجوع کرده است. بدین منظور، ابتدا ماهیت علاقه میان لفظ و معنا و سپس هریک از نظریه‌های وضعی و ذاتی مورد بحث و بررسی قرار خواهد گرفت و تأثیر نظریه ذاتی بر نظام حقوقی - از جمله حقوق قراردادها - ارزیابی خواهد شد. در اصول شیعه، پذیرش نظریه ذاتی مستلزم رد هرگونه واسطه میان لفظ و معنا، ارتباط و تلائم ذاتی میان این دو و تأثیرگذاری واقعی - و نه جعلی - الفاظ بر امور تکوینی و اعتباری از جمله انعقاد قراردادهاست.

در پایان مقدمه ذکر این نکته لازم است که جز در برخی کتاب‌های انگشت‌شمار، به نظریه ذاتی حداکثر در سه یا چهار سطر پرداخته شده و همین بحث اندک و حاشیه‌ای نیز نشان‌دهنده گوشه‌ای از ظرفیت علم اصول فقه شیعه در پاسخ‌گویی به برخی پرسش‌های مهم فلسفی و حقوقی از جمله چگونگی تکوین زبان انسانی و نیز چگونگی سازوکار ایجاد اثر حقوقی در قراردادهاست.

در این زمینه و موضوع، پژوهش‌هایی ولو اندک صورت گرفته که منجر به تقریر مقالاتی نیز شده است. برای مثال، در برخی از این مقالات به موضوع دلالت الفاظ بر معانی از دیدگاه اصولیان و زبان‌شناسان پرداخته شده است (کاملان و یزدانی‌فر، ۱۳۹۲) یا در برخی دیگر، رابطه لفظ و معنا در ساختار نظام‌هانگ قرآن کریم مورد بررسی قرار گرفته است (خوش‌منش، ۱۳۹۶). همچنین،

برخی دیگر از مقالات به بررسی تطبیقی میان لفظ و معنا در دیدگاه عده‌ای از کارشناسان این موضوع پرداخته‌اند (خاتمی سبزواری، ۱۳۹۹). مقالات دیگری نیز در این باره به رشته تحریر درآمده‌اند که به خاطر پرهیز از اطاله کلام از بیان آن‌ها خودداری می‌شود. آنچه تحقیق حاضر را از تحقیقات پیشین متمایز می‌کند و در واقع، نوآوری این پژوهش تلقی می‌شود، این است که در این مقاله سعی شده است تا افزون بر بیان رابطه لفظ و معنا، به‌طور ویژه به نظریه ذاتی بودن ارتباط میان آن دو اشاره شود و ابعاد مختلف آن از جمله بررسی آن در اصول فقه شیعه و همچنین، مغرب‌زمین، مدعای آن، آثار حقوقی آن، انتقادات وارد بر آن و... مورد پژوهش قرار گیرد.

#### ۱. رابطه لفظ و معنا

انسان همواره معانی، مفاهیم و صورت‌هایی در ذهن دارد که آن‌ها را با مجموعه‌ای از اصوات که لفظ نامیده می‌شوند، مورد انتقال قرار می‌دهد. هنگامی که فردی کتباً یا شفاهاً کلامی را با مخاطب خود مطرح می‌سازد، از ابزار لفظ یا نشانه برای رساندن معنا استفاده می‌کند. لفظ و معنا دو مؤلفه اصلی ایجاد و انتقال کلام هستند و در فرایند زبانی، هیچ‌یک بدون دیگری کاربردی ندارند. این الفاظ، از اصوات گفتاری آغاز می‌شوند و به سطح واژه و جمله می‌رسند (اتکینسون و همکاران، ۱۳۸۵، ص. ۳۲۲).

این پرسش که چگونه مجموعه مشخصی از اصوات و حروف - یعنی لفظ یا جمله خاص - معنای مشخصی را انتقال می‌دهد، از قدیم ذهن فیلسوفان و دانشمندان علوم تجربی را به خود مشغول کرده است. به عبارت دیگر، ماهیت رابطه و پیوند دو عنصر لفظ و معنا در فرایند اندیشیدن و انتقال معنا، از پرسش‌های اساسی علوم زبانی و معنایی است. ادراک و فهمیدن زبان، با شنیدن الفاظی آغاز می‌شود که برای مخاطب معنادار هستند. پس اینکه چگونه ترکیب حروف «م»، «ی» و «ز»، شیء مشخصی را در ذهن مخاطب تصویر می‌کند که برای مثال، ترکیب حروف «آ» و «ب» چنین تصویری ایجاد نمی‌کند، همواره موضوع تأملات فلسفی و علمی بوده است. معناشناسان و فیلسوفان زبان از چگونگی رابطه میان لفظ و معنا می‌پرسند و منطقیون، در بیان اقسام و ماهیت دلالت، به‌طور مفصل از چگونگی دلالت لفظ بر معنا بحث می‌کنند. از دیدگاه منطقیون، به هر شیء که هنگام آگاهی از آن، ذهن به وجود شیء دیگری منتقل شود، «دال» و به آن شیء دیگر، «مدلول» اطلاق می‌شود. همچنین، از عملی که دال انجام می‌دهد، به اصطلاح با

عنوان «دلالت» یاد می‌شود. دلالت به سه قسم عقلی، طبعی و وضعی تقسیم می‌شود. دلالت عقلی هنگامی برقرار می‌شود که میان دال و مدلول، ملازمه ذاتی برقرار باشد مانند دلالتی که دیدن نور بر وجود آتش یا شنیدن صدا بر وجود متکلم دارد. دلالت طبعی در جایی است که ملازمه میان دال و مدلول، طبعی است؛ یعنی طبع انسان اقتضای آن را دارد. برای مثال، از سرخی چهره می‌توان به شرمساری فرد پی برد. ملازمه در دلالت وضعی نیز مبتنی بر وضع و قرارداد است. برای مثال، قرارداد می‌شود که از فلان نماد هندسی یا حسابی، فلان معنا برداشت شود (مظفر، ۱۳۹۲، ج ۱، صص. ۵۹-۶۲).

در برخی نوشته‌ها به اصول لفظی در موضوع ارتباط میان الفاظ و معانی اشاره شده است. در این زمینه مطرح شده است که اصول لفظی ابزاری هستند برای کشف مراد گوینده یک کلام، اما این کشف حقیقی نیست، بلکه قانونی است که باید آن را به مثابه فرض حقوقی تلقی کرد. به عبارت دیگر، مقتضای جنبه هنجاری وضع (رابطه میان لفظ و معنا) این است که گوینده و مخاطب، متعهد در به‌کارگیری درست این قواعد و اصول باشند. برای همین، مخاطب بر اساس این پیش‌فرض که گوینده لفظ را بر اساس قاعده وضع در معنای موضوع له به کار می‌برد، معنایی را به گوینده نسبت می‌دهد. از این قاعده با عنوان «اصالة الظهور» یاد می‌شود (شاهنوش فروشانی، ۱۴۰۲، ص. ۷).

میان لفظ و معنا هم رابطه دلالت وجود دارد. هر زبان از مجموعه‌ای از الفاظ و معانی تشکیل می‌شود که هر لفظ آن با معنایی خاص پیوند دارد و تصور آن موجب تصور معنای مرتبط می‌شود. این پیوند و اقتران میان لفظ و معنای خاص را دلالت، لفظ را دال و معنای مدنظر را مدلول گویند (صدر، ۱۴۲۲ق، ج ۱، ص. ۵۸). پرسشی که در اینجا مطرح می‌شود این است که کیفیت این دلالت چیست و چگونه ذهن از لفظ به سوی معنا رهنمون می‌شود. آیا دلالت فوق را باید وضعی دانست یا به وجود رابطه‌ای حقیقی میان این دو هویت قائل شد و دلالت لفظ بر معنا را دلالتی عقلی یا طبعی تشخیص داد؟ به عبارت بهتر، آیا وضع و قراردادی وجود داشته است که از لفظ میز معنای خاصی برداشت شود یا میان ذات حروف تشکیل‌دهنده این لفظ و معنای مدنظر از آن، صرف‌نظر از وضع و قرارداد، رابطه‌ای وجود داشته است؟ این موضوع همواره در ابتدای مبحث «الفاظ» در علم اصول فقه مورد بررسی محققان اصولی قرار گرفته و یکی از مبادی زبان‌شناختی علم اصول است.

قریب به اتفاق اصولیان و منطقیان، رابطه بالا را وضعی توصیف می‌کنند. با این حال، پژوهش حاضر در پی مطالعه نظریه رقیب نظریه مشهور - یعنی ذاتی دانستن رابطه لفظ و معنا - است. از این رو، به نظریه وضعی تنها در حد ضرورت و برای شناسایی تفاوت‌های آن با دیدگاه ذاتی پرداخته شده است.

### ۱.۱. رابطه لفظ و معنا از دیدگاه زبان‌شناسان

همیشه میان دو گروه از زبان‌شناسان درباره ارتباط و رابطه میان لفظ و معنا اختلاف وجود داشته است؛ به طوری که عده‌ای از ایشان ارتباط میان این دو را ناشی از طبیعت آن‌ها دانسته‌اند که از همین دیدگاه، مکتب فکری طبیعیان به وجود آمد و عده‌ای دیگر ارتباط و رابطه میان این دو را ناشی از قرارداد و به عبارت دیگر، وضع دانسته‌اند که همین موجب ایجاد مکتبی به نام قراردادی‌ها شد. دسته نخست، یعنی کسانی که ارتباط میان لفظ و معنا را ناشی از طبیعت آن دو می‌دانستند، بر این عقیده بودند که میان شیء و نامی که بر آن قرار داده شده است یا به عبارت دیگر، میان اشیا و واژگان و کلماتی که به آن‌ها اشاره می‌کنند، رابطه‌ای طبیعی و ناشی از طبیعت و ذات آن اشیا وجود دارد. برای مثال، افلاطون از فلاسفه بزرگ باستان، معتقد بود رابطه میان لفظ و معنا، رابطه کاملاً ذاتی و طبیعی است و به هیچ وجه نمی‌تواند ناشی از قرارداد میان اشخاص باشد. وی حتی معتقد بود که معنای هر کلمه را می‌توان از صورت آوایی آن برداشت کرد، اما دسته دوم، یعنی کسانی که ارتباط میان لفظ و معنا را ناشی از قرارداد و جعل می‌دانستند، معتقد بودند که هیچ‌گونه رابطه طبیعی و ذاتی میان اشیا و واژگانی که بر آن‌ها اطلاق می‌شوند، وجود ندارد و تنها رابطه قراردادی میان آن دو استوار است. به عبارت بهتر، در اثر جعل، وضع و قرارداد میان اشخاص است که بر شیئی نامی را قرار می‌دهند. برای مثال، ارسطو برخلاف افلاطون معتقد به همین نظر بود و اعتقاد داشت که علت به وجود آمدن هر لفظی برای شیئی، توافق دو یا چند شخص بوده است. بنابراین، رابطه میان لفظ و معنا از نظر وی، رابطه‌ای کاملاً قراردادی و ناشی از وضع و جعل بود (کاملان و یزدانی‌فر، ۱۳۹۲، صص. ۵-۶).

زبان‌شناسان درباره خاستگاه رابطه و ارتباط میان لفظ و معنا، از قانونی به نام «قانون تداعی معانی» صحبت می‌کنند. ایشان معتقدند هنگامی که به مفهومی اشاره می‌شود، ناخودآگاه ذهن انسان به سوی مفاهیم مشابه با آن رهنمون می‌شود. برای مثال، هرگاه مفهومی به نام جرم مطرح

می‌شود، ذهن انسان به‌طور غیرارادی به سمت مجازات، دادگاه و مفاهیمی از این دست که دارای رابطه‌ای عمیق با آن کلمه هستند، حرکت می‌کند (پارسا، ۱۳۷۴، صص. ۱۶۹-۱۷۰).

در خصوص اینکه زبان‌شناسان در دنیا درباره منشأ زبان چه دیدگاهی دارند، از گذشته‌های دور همیشه اختلاف وجود داشته است. گروهی از آن‌ها اعتقاد داشتند که منشأ زبان، وحی بوده و از جانب خداوند آمده است در حالی که گروهی دیگر معتقد بودند که منشأ زبان و الفاظ تنها وضع بشر است. این اختلاف ادامه داشت تا اینکه در سال ۱۹۹۰، با انتشار شماره‌ای از نشریه علوم رفتاری و مغزی اوضاع کاملاً متحول شد. در این مقاله بیان شده بود که تطور زبان از پیدایش و تحولات هیچ‌یک از دیگر ویژگی‌ها یا خصایص انسانی رازآمیزتر نیست و اثبات کرد که شکست اولیه پژوهش‌های این حوزه محصول عدم تلفیق شواهد و مدارک موجود بوده است (کاملان و یزدانی‌فر، ۱۳۹۲، ص. ۱۸). در واقع، در این مقاله اثبات شد که واضع لفظ خداوند متعال نیست و فرایند وضع الفاظ به این صورت است که گروهی از افراد بر اساس شمّ زبانی خود یا در راستای نوعی برنامه‌ریزی زبانی برای نخستین‌بار عمل وضع را در مورد واژه‌ای انجام می‌دهند. در ادامه، اگر افراد و گروه‌های دیگر این موضوع را پذیرفتند، استفاده از آن واژه به تدریج رایج می‌شود و اگر نپذیرفتند، این وضع موفق نمی‌شود و از بین می‌رود (طیب، ۱۳۷۴، ص. ۱۶۸).

#### ۲.۱. رابطه لفظ و معنا از دیدگاه اصولیان

دقیقاً همان اختلافی که میان زبان‌شناسان درباره رابطه میان لفظ و معنا وجود داشت، در میان اصولیان نیز وجود داشت. به این معنی که برخی از علمای اصول معتقدند که ارتباط و رابطه میان الفاظ و معانی، رابطه‌ای کاملاً طبیعی و ذاتی است. در مقابل، عده‌ای دیگر از علمای اصول که عهده‌دار نظر مشهور هستند، معتقدند که رابطه میان این دو نه به صورت ذاتی و طبیعی، بلکه به صورت کاملاً قراردادی و ناشی از وضع و جعل است.

علمای علم اصول درباره خاستگاه رابطه و ارتباط میان لفظ و معنا دیدگاه‌های متفاوتی با یکدیگر دارند که برای جلوگیری از تطویل کلام تنها به برخی از آن‌ها اشاره مختصری می‌شود. عده‌ای از ایشان، بحث را به سمت تقسیم‌بندی معروف در خصوص وضع یعنی وضع تعیینی و تعیینی برده‌اند؛ زیرا معتقد به صحت این نوع تقسیم‌بندی هستند (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ج ۱،



ص. ۱۰؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۹۷، ج ۱، ص. ۱۵). برخی دیگر از علمای علم اصول خاستگاه این ارتباط را «جعل ملازمه» میان لفظ و معنا و اعتبار میان آن دو دانسته‌اند. در واقع، این دسته از علمای علم اصول وضع را عبارت از ملازمه واقعی می‌دانند که در اثر اعتبار حاصل شده است. اگر بخواهیم از منظر این دیدگاه به صحت تقسیم‌بندی وضع به تعینی و تعینی نگاه کنیم، باید معتقد باشیم که این نوع تقسیم‌بندی درست به نظر می‌رسد؛ زیرا این ملازمه واقعی میان لفظ و معنا گاه از طریق جعل و قرارداد حاصل می‌شود و گاه نیز علت آن کثرت استعمال است. عده‌ای دیگر از علمای علم اصول خاستگاه و مبنای ارتباط میان الفاظ و معانی را بر مبنای دیدگاه تعهد پیش برده‌اند. این دسته از علمای علم اصول معتقدند که وضع عبارت از یک تعهد است. عده‌ای طبق این دیدگاه حکم بر صحت تقسیم‌بندی وضع به تعینی و تعینی داده‌اند؛ زیرا معتقدند اگر این تعهدی که ایجاد می‌شود، بدوی و ابتدایی باشد، با وضع تعینی مواجه خواهیم بود و اگر ابتدایی نباشد، بلکه ناشی از کثرت استعمال باشد، با وضع تعینی سروکار خواهیم داشت؛ هرچند در مقابل این عده از علمای اصول استدلال شده است که هنگامی که از یک تعهد سخن می‌رود، تنها می‌توان از وضع تعینی نام برد؛ زیرا ایجاد تعهد مانند یک قرارداد، جعل و وضع است (نورمفیدی، ۱۳۹۱). بنابراین، سخن گفتن از وضع تعینی در جایی که با تعهد سروکار داریم، ناصواب به نظر می‌رسد. برای همین، این دسته از علمای علم اصول مخالف سرسخت تأیید تقسیم‌بندی وضع به تعینی و تعینی شده‌اند. در این زمینه مبانی متعدد دیگری نیز بیان شده است که پرداختن به آن‌ها و همچنین، بررسی دقیق‌تر مبانی پیش‌گفته، خود نیاز به پژوهشی مجزا دارد و می‌تواند به‌طور جداگانه موضوع مقاله‌ای علمی باشد.

## ۲. نظریه وضعی در علم اصول

همان‌گونه که گذشت، از نظر مشهور اهل منطق و اصول، نسبت میان لفظ و معنا نسبتی بیرونی و قراردادی حاصل از فرایندی به نام «وضع» است. در واقع، ترکیبی از حروف، هویتی را به نام لفظ ایجاد می‌کنند که بر اساس وضع و قرارداد، معنایی را بیان می‌کنند. بنابراین، در این میان با سه هویت لفظ، معنا و رابطه وضعی میان این دو مواجه هستیم. در بیان ماهیت وضع، میان طرف‌داران این دیدگاه اختلاف است و نظریاتی مانند تعهد، وجود تنزیلی، قرن اکید و اعتبار مطرح شده‌اند که بحث درباره آن‌ها از نوشتار حاضر خروج موضوعی دارد (افشار، ۱۳۹۳، صص. ۱۹-۲۲).

وضع به واضع نیاز دارد. بنابراین، وضعی بودن رابطه لفظ و معنا نیازمند وجود واضع یا واضعان این رابطه است. حاصل تصمیم این واضع یا واضعان آن شده است که میان ترکیبی از حروف با یک معنای به خصوص رابطه‌ای خاص ایجاد شود. این رابطه به گونه‌ای تنظیم شده است که ذهن مخاطب با شنیدن یا خواندن آن ترکیب از حروف به سوی معنای مدنظر رهنمون شود. اگر این واضع، فرد یا افراد خاصی باشد یا به عبارت دقیق اصولی، جعل و اختصاص صورت گرفته باشد یا به عبارت دیگر، وضع برآمده از اراده فرد یا افراد خاصی باشد، به اصطلاح با «وضع تعینی» مواجه خواهیم بود (قافی و شریعتی، ۱۳۹۶، ج ۱، ص ۷۲). برای مثال، وقتی که مخترعی بر شیء اختراع شده خود، نام مشخصی قرار می‌دهد یا قانون‌گذار، نهاد مالی جدیدی ایجاد می‌کند و آن را «اوراق مشارکت» یا «صکوک» می‌نامد، وضع تعینی رخ داده است. برقراری ارتباط با این اصطلاح در متن، تنها در گروی آشنایی با این وضع از سوی مخاطب است. در مقابل، وضع تعینی در اثر کثرت استعمال ایجاد می‌شود. برای مثال، پس از هجرت پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله) به «یثرب»، این شهر مدینه‌النبی خوانده شد و رفته‌رفته به وضع تعینی به نام «مدینه» معروف شد. در وضع تعینی، کثرت استعمال یک لفظ در یک معنا باعث می‌شود که ذهن مخاطب به محض شنیدن لفظ به معنا منتقل شود (قافی و شریعتی، ۱۳۹۶، ج ۱، ص ۷۲).

مشهور اصولیان به تعینی بودن الفاظ زبان برای معانی اعتقاد دارند. بدین معنی که عرف سخن‌گویان هر زبان، در طول زمان واژه‌های خاصی را برای بیان مقاصد مورد نظر خود تعیین و به این ترتیب، زبان توسعه یافته است. در مقابل، برخی وضع لغات زبان را مستقیماً فعل ربوبی دانسته‌اند و به وضع الهی زبان اعتقاد دارند (نابین، ۱۴۱۷ق، ج ۱، صص ۲۹-۳۱؛ غروی اصفهانی، ۱۳۸۸، صص ۲۱۳-۲۱۴). ناگفته نماند که نظریه وضع تعینی در بنیادهای دینی مورد پذیرش نیست و اگر ادعا شود که پذیرش آن، راه را برای قرائتی سکولاریستی از دین باز می‌کند، پربراه نرفته‌ایم؛ زیرا اگر این نوع از وضع پذیرفته شود، مفهوم آن خواهد بود که از ابتدای خلقت چیزی وجود نداشته و این انسان بوده که توانسته است برای هر چیزی لفظی را قرار دهد. این در حالی است که احادیثی در این زمینه وجود دارند که این مطلب را به درستی هر چه تمام‌تر نفی می‌کنند. برای مثال، گفته شده که نظر مشهور مفسران اسلامی این است که حضرت آدم (علیه السلام) تمام لغات را می‌دانسته و تعلیم نیز داده‌اند؛ «وَهُوَ الْمَشْهُورُ أَنْ الْمُرَادَ أَسْمَاءُ كُلِّ مَا

خَلَقَ اللَّهُ مِنْ أَجْناسِ الْمُحَدَّثَاتِ مِنْ جَمِيعِ اللُّغَاتِ الْمُخْتَلَفَةِ الَّتِي يَتَكَلَّمُ بِهَا وَلَدُ آدَمَ الْيَوْمَ مِنَ الْعَرَبِيَّةِ وَالْفَارِسِيَّةِ وَالرُّومِيَّةِ وَغَيْرِهَا، وَكَانَ وَلَدُ آدَمَ (عَلَيْهِ السَّلَامُ) يَتَكَلَّمُونَ بِهَذِهِ اللُّغَاتِ فَلَمَّا مَاتَ آدَمُ وَتَفَرَّقَ وَلَدُهُ فِي نَوَاحِي الْعَالَمِ تَكَلَّمَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِلُغَةٍ مُعَيَّنَةٍ مِنْ تِلْكَ اللُّغَاتِ، فَغَلَبَ عَلَيْهِ ذَلِكَ اللِّسَانُ، فَلَمَّا طَالَتِ الْمُدَّةُ وَمَاتَ مِنْهُمْ قَرْنٌ بَعْدَ قَرْنٍ نَسُوا سَائِرَ اللُّغَاتِ، فَهَذَا هُوَ السَّبَبُ فِي تَغْيِيرِ الْأَلْسِنَةِ فِي وَلَدِ آدَمَ (عَلَيْهِ السَّلَامُ)» (فخر رازی، ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص. ۳۹۸). یا در روایت نقل شده از جعفر بن محمد صوفی از حضرت اباجعفر محمد بن علی الرضا (علیه السلام) آمده است که به خدا سوگند! رسول خدا (صلی الله علیه و آله) به ۷۲ زبان می خواند و می نوشت (صدوق، ۱۳۹۷، ج ۱، ص. ۴۲۹) یا در روایت نقل شده از یحیی بن عمران حلبی از پدرش از حضرت ابی عبدالله (علیه السلام) آمده است که پیامبر (صلی الله علیه و آله) به هر زبانی می توانسته اند انذار کنند (صدوق، ۱۳۹۷، ج ۱، ص. ۴۳۱).

### ۳. نظریه ذاتی بودن الفاظ

در مقابل قول به وضعی بودن رابطه میان لفظ و معنا، نظریه‌ای دیگر این رابطه را غیر وضعی و به اصطلاح «ذاتی» می داند. در این بخش، دیدگاه حامیان نظریه ذاتی بررسی می شود.

#### ۱.۳. نظریه ذاتی بودن الفاظ در مغرب زمین

در مغرب زمین - به ویژه نظام‌های تابع فلسفه تحلیلی - اکثریت اندیشمندان مانند اصولیان شیعه به وضعی بودن رابطه میان لفظ و معنا گرایش دارند. با این حال، نوع طرح بحث و تقسیم بندی مباحث در میان آنان متفاوت است و نظریاتی مانند «ارجاعی»<sup>۱</sup> و «گزاره‌ای»<sup>۲</sup> در تبیین کیفیت پیوند این دو هویت به کار می روند که شرح آن‌ها خارج از بحث حاضر است.

در دهه‌های اخیر، نظریه اقلیت - یعنی ذاتی بودن زبان - در مغرب زمین توسط اندیشمندان و زبان شناس برجسته آمریکایی - نوام چامسکی<sup>۳</sup> - دوباره طرح شده و اهمیت یافته است. نظریه چامسکی درباره ماهیت زبان، واجد مباحث پیچیده و متعددی در خصوص صدق و کذب جملات، رابطه معناشناسی با دستور زبان، نحوه ارجاع واژه به معنا و... است؛ به گونه‌ای که فهم و توضیح این دیدگاه حتی برای برخی زبان شناسان نیز دشوار ارزیابی شده است. با این حال، آن بخش از

1. Referential Theory
2. Propositional Theory
3. Noam Chomsky (1928)

نظریه چامسکی که به بحث حاضر ارتباط دارد، این است که معانی با الفاظ نسبت ذاتی<sup>۱</sup> دارند (McGilvray, 1998, p. 225). بر اساس این دیدگاه، لفظ و معنا دو چیز متفاوت و جدا از هم نیستند تا بتوان از رابطه آنان پرسید. در این تئوری، واژه‌ها نه تنها به امور خارجی بر نمی‌گردند، بلکه اساساً میان معنای واژه و جایگاه زبانی و دستوری آن در جمله نمی‌توان تفکیک صورت داد؛ به گونه‌ای که معنا، بخشی جدانشدنی از ساختار لفظ است. چامسکی اساساً این ایده را که واژه‌ها با اموری در دنیای خارج رابطه دارند، رد می‌کند؛ موضوعی که در غرب به‌طور ویژه مورد تأکید نظریه ارجاعی قرار گرفته است. از آنجاکه دیدگاه چامسکی و پیروانش، روابط معناشناختی خارج از لفظ را رد می‌کند و آن را موضوعی درون لفظ می‌داند، نظریه ایشان به نظریه «معناشناختی درون‌گرا» یا «سمانتیک درون‌گرا»<sup>۲</sup> شهرت یافته است.

اساس علمی نظریه سمانتیک درون‌گرا به پذیرش مفهوم «فطرت» یا «طبیعت»<sup>۳</sup> برمی‌گردد. چامسکی در بررسی‌های تجربی خود درباره یادگیری زبان مادری توسط کودکان، به قهری بودن آشنایی افراد با زبان مادری خود حکم می‌کند. از نظر او، زبان فرایندی درونی است که در نهاد کودک وجود دارد نه اینکه پدیده‌ای بیرونی و موضوعی باشد که از خارج به فرد تحمیل می‌شود. اگر زبان، درونی و فطری نبود، کودکان یک یا دو ساله نمی‌توانستند به راحتی تمام ساختارهای پیچیده زبانی را بیاموزند (Chomsky, 2002, p. 93). از نظر وی، تسلط زبان‌شناختی کودکان عادی، مستحکم‌تر و کامل‌تر از آن است که آن را ناشی از داده‌های محیطی بدانیم. کودکان فقط تعداد محدودی از کلمات و جملات را در محیط زندگی خود می‌شنوند که بیشتر آن‌ها نیز از لحاظ دستوری، ساختار ضعیفی دارند. با این حال، آن‌ها با شتاب و به صورتی کاملاً هماهنگ، نظامی پیچیده از قواعد را برای ایجاد تعداد نامحدودی از جمله‌های زبانی در نهاد خود ایجاد می‌کنند. از این سخن می‌توان نتیجه گرفت که کودکان، قواعد دستور زبان را اصولاً با توجه به طرحی درون‌گرا - یعنی برنامه‌ای ژنتیکی - در نهاد خود به وجود می‌آورند. از منظر چامسکی، محیط نقشی مهم در فرایند رشد زبانی انسان‌ها دارد، اما این نقش به فعال ساختن الگوهای تعیین‌شده

---

1. Intrinsic

2. Theory Internalist Semantics

3. Nature

ذاتی زبان محدود است (چامسکی، ۱۳۸۰، صص. ۷۱-۷۵). زبان آموزی کودک نیاز به آموزش ندارد و تنها کافی است که کودک در محیطی که زبان تکلم می‌شود، زندگی کند (خندان، ۱۳۸۴، ص. ۱۸۹).

لازم به توضیح است که میان این دیدگاه و دیدگاهی که قائل به وضع الفاظ آن هم توسط خداوند متعال است، تفاوت وجود دارد. در واقع، در دیدگاهی که قائل به وضع الفاظ آن هم توسط خداوند متعال است، باید به گونه‌ای کاشفیت الفاظ از معانی به خداوند استناد یابد. این موضوع می‌تواند در قالب‌های گوناگونی مانند وحی به انبیاء، الهام مستقیم به بشر و... صورت پذیرد؛ به گونه‌ای که شخص به‌طور فطری از الفاظ برای مقاصد خود استفاده کند. از این رو بدون تردید قرار دادن لفظ خاص برای معنای خاص باید مرجحی داشته باشد تا ترجیح بلامرجح لازم نیاید. بنابراین، نیازی نیست که مرجح آن به ذات لفظ برگردد تا دلالت الفاظ بر معانی ذاتی باشد. این در حالی است که بر اساس دیدگاه ذاتی بودن، در رابطه لفظ و معنا دقیقاً این اتفاق رخ می‌دهد و مرجح به ذات لفظ برمی‌گردد که همین مسئله از جمله ایرادهای وارد به این نظریه است. بنابراین، به هیچ وجه نباید میان این دو دیدگاه خلط مباحثی به وجود آید و تفکیک میان این دو از مسائل بسیار مهم است (نابینا، ۱۴۱۷ق، ج ۱، صص. ۳۰-۳۱).

در حال، ایرادهای مختلفی بر این نظریه وارد شده است که برخی به ایده کلی پذیرش فطرت بازمی‌گردند و برخی به ساختار علمی طرح این نظریه راجع هستند. این ایرادها افزون‌بر برخی ابهام‌های نظریه چامسکی باعث شده است تا امروزه حامیان این دیدگاه در میان زبان‌شناسان چندان پرشمار نباشند. برخی ایرادهای وارد شده بر نظریه چامسکی نسبت به نظریه ذاتی در علم اصول نیز طرح شده‌اند که در بخش بعدی بررسی می‌شوند.

### ۲.۳. نظریه ذاتی بودن الفاظ در علم اصول

نظریه ذاتی بودن در میان اصولیان هم حامیانی دارد. قائلان به دیدگاه ذاتی بر آن‌اند که میان لفظی خاص با معنایی خاص، پیوندی ذاتی وجود دارد نه اینکه از زمانی، میان این دو رابطه‌ای خارجی وضع شود. از این رو به جای سه هویت لفظ، معنا و رابطه وضعی در نظریه وضعی، یک هویت که همانا حاصل از تنیدگی لفظ و معناست، وجود دارد.

سابقه این نظریه در دنیای اسلام چندان روشن نیست و در باب مبدع این نظریه، میان علمای

اصول اختلاف است. برخی او را عباد بن سلیمان صیمری می‌دانند (مجاهد، بی تا، ص. ۲) که از متکلمان ایرانی معتزلی در قرن ۳ است (گذشته، ۱۳۸۴، ص. ۲۴۸). گروهی دیگر از اصولیان نیز وی را سلیمان بن عباد دانسته (سیحانی، ۱۴۳۱ق، ج ۱، ص. ۵۸) و از مشایخ شیعه معرفی کرده‌اند (موسوی خمینی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص. ۵۸). گفتنی است که چنین نامی در میان اصحاب ائمه هدی (علیهم السلام) نیز یافت می‌شود و در کتاب شریف کافی نیز از او نقل حدیث شده است (کلینی، ۱۳۶۵، ج ۶، ص. ۳۱۰).

نظریه ذاتی در میان علمای معاصر، اندک قائلانی دارد، اما در هیچ‌یک از کتاب‌های مشهور اصول فقه پذیرفته نشده و کتاب‌های مشهور علم اصول مشحون از انتقاد و رد دیدگاه سلیمان یا عباد است. از این رو اهم اعتقادات این نظریه را نیز باید از لابه‌لای کتاب‌های مخالفان آن یافت. این دیدگاه در بسیاری از موارد به نظریه چامسکی شباهت دارد. نظریه چامسکی بیشتر صبغه تجربی دارد، اما مبنای اصولیان تحلیل الفاظ و مباحث فلسفی است.

### ۱.۲.۳. مدعیات نظریه ذاتی در علم اصول

همان‌گونه که پیش از این گذشت، مهم‌ترین مدعی نظریه، ذاتی بودن آن است که نسبت میان لفظ و معنا، نسبت ذاتی است و جعل و قراردادی در کار نیست. بر پایه این نظریه اگر قرار بود از هر لفظی، هر معنای وضعی استنباط شود، ترجیح بلامرجح لازم می‌آمد و دلیلی نداشت که بر شیئی نام «در» قرار دهیم و بر دیگری، نام «پنجره» بگذاریم. انسان عقلاً بدون ترجیح و دلیل کاری نمی‌کند و استعمال واژه‌ای خاص برای یک معنا، موضوعی است که به خود زبان و ویژگی‌های آن برمی‌گردد (نابینی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص. ۳۰) و نه به میل و اراده تکلم‌کنندگان به آن زبان. پس اینکه واژه‌ای را «پنجره» نامیده‌اند، به خصوصیات برمی‌گردد که از سویی در شیء نام‌گذاری شده وجود دارد و از سوی دیگر، در ترکیب حروف تشکیل‌دهنده کلمه «پنجره». در غیر این صورت برای مثال، دلیلی نداشت که پنجره لفظی باشد با پنج حرف و «در» که از آن بزرگ‌تر است، از دو حرف تشکیل شود. شکل ساده، اما کاملاً محسوس و ملموس این رابطه میان صوت و معنا را در مواردی می‌توان دید که انتخاب لفظ برای شیئی، حیوان یا فعل خاص به دلیل صدا و آوای خاصی است که از آن صادر می‌شود. برای مثال، نام «جیرجیرک» یا «دارکوب» در زبان فارسی یا فعل «دق الباب» در زبان عربی به این شکل نام‌گذاری شده‌اند (سبحانی، ۱۳۸۵، ص. ۵۴). این امر

نسبت واقعی میان لفظ و معنا را نشان می‌دهد.

نتیجه سخن بالا این است که ذهن به محض شنیدن لفظ، خودبه‌خود و بدون نیاز به واسطه‌ای، به معنا رهنمون می‌شود و میان لفظ و معنا هیچ واسطه‌ای وجود ندارد (موسوی خمینی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص. ۵۷)، بلکه معانی از لوازم ذات الفاظ هستند یا اینکه سنخیت میان لفظ و معنا، سنخیتی واقعی است. همان‌گونه که گذشت، چامسکی نیز چنین دیدگاهی دارد. بر اساس این دیدگاه، مردم متوهمانه می‌اندیشند که خود، واضع الفاظاند و حال آنکه این موضوع به دست خداوند متعال است. میان الفاظ و معانی، نسبتی واقعی و طبیعی وجود دارد که در فرایند توأمان مادی و غیبی تعیین می‌شود. مدعیات علوم غریبه و باطنی نیز نسبت ذاتی لفظ و معنا را تأیید می‌کنند؛ زیرا در این علوم هر لفظ و حتی حرفی دارای اثر مخصوصی است (موسوی خمینی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص. ۵۷)؛ به‌طوری‌که حتی از واژگان مترادف هم اثری یکسان ممکن نیست. در علوم غریبه به‌ویژه در ارتباط اعداد و حروف به‌خصوص علم حروف ابجد می‌توان رد پای مشخص از این مسئله دید. در واقع، زبان و اعداد وسایل انتقال افکار و مفاهیم‌اند و این دو با هم پیوندی استوار دارند. به‌عبارت‌دیگر، در شماره‌شناسی، ارزش عددی هر حرفی از الفبا مشخص می‌شود؛ هرگاه اسم به اعداد برگردان شود، روابط میان استعدادها و ظرفیت‌های شخص دانسته می‌شود. صوفیان بر این باور بودند که راز هر حرفی در «عدد» آن است و فرد می‌تواند از طریق آن در عوالم وجود تصرف کند. برای مثال، هنگامی که شخص می‌خواهد یکی از اذکار الهی را تکرار کند، توصیه می‌شود که بر اساس حروف ابجد نامش که معادل با یک عدد می‌شود، آن ذکر را تکرار کند. بر اساس آنچه تاکنون گفته شد، در نگاه ذاتی، فرایند وضع و به‌تبع آن، وضعی هم وجود ندارد. بر اساس این سخن، هم وضع تعیینی و هم تعیینی، مطابق دیدگاه ذاتی بودن مردود هستند. اگر رابطه لفظ و معنا وضعی نیست، پس چه ماهیتی دارد؟ برخی اصولیان به دلیل رابطه علی یا اقتضایی که میان شنیدن لفظ و خطوط معنا وجود دارد، به عقلی بودن این رابطه حکم کرده‌اند و گروهی دیگر، به دلیل تلائم ذاتی میان الفاظ و معانی خاص، به چیزی مانند طبعی دانستن این دلالت گرایش یافته‌اند (برای تقریر عقلی، رک. به: فاضل لنکرانی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص. ۱۷۶ و برای تقریر طبعی، رک. به: نایینی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص. ۲۹).

افزون بر موارد بالا، از آیه ۲۲ سوره مبارکه روم<sup>۱</sup> نیز می‌توان به نفع این دیدگاه استفاده کرد. آیه شریفه، تفاوت زبان انسان‌ها را در کنار موضوع طبیعی و تکوینی مانند تفاوت رنگ چهره، از آیات صنع الهی می‌داند. براین اساس، زبان موضوعی تکوینی و واقعی است نه وضعی. به عبارت دیگر، ادعای طرف‌داران دیدگاه ذاتی بودن رابطه لفظ و معنا این است که چون مسئله تفاوت رنگ چهره افراد موضوعی تکوینی و ذاتی است و ارتباطی با وضع و قرارداد ندارد و با عنایت به اینکه مسئله اختلاف زبان‌ها نیز در کنار چنین موضوعی که تکوینی و ذاتی است، قرار گرفته، بنابراین، زبان نیز موضوعی تکوینی و ذاتی است. به نظر می‌رسد دلیل این دسته از اشخاص استفاده از قاعده‌ای است که مقرر می‌دارد هنگام تفسیر یک کلمه در متن باید به کلمات اطراف آن نگاه کرد و مطابق با کلمه‌ای که روشن و مشخص است، تفسیر کرد.

### ۲.۲.۳. آثار حقوقی نظریه ذاتی در علم اصول

گذشت که بر اساس قول به ذاتی بودن، پیوند میان لفظ و معنا، موضوعی واقعی و دارای آثار واقعی است. مهم‌ترین این آثار هم این است که ذهن به محض شنیدن یک لفظ، به‌طور تکوینی به معنای آن رهنمون می‌شود و بدون هیچ وضع و آموزشی، لفظ و معنا دارای پیوند هستند. وقتی الفاظ به دلیل تنیدگی در معانی، امکان تأثیر تکوینی و واقعی دارند، به طریق اولی در عالم اعتبار نیز تأثیرگذاری آن‌ها ممکن است. در واقع، میان موضوع واقعی استعمال لفظ و معنای آن (ایجاد اثر اعتباری عقد) رابطه ذاتی وجود دارد که به نیروی عقل می‌توان آن را شناخت. تاریخ حقوق اسلامی نشان می‌دهد که مقوله لفظ تأثیرگذاری زیادی بر نظام حقوقی اسلامی به‌ویژه در عرصه قراردادها داشته است. با توجه به تأثیرپذیری حقوق مدنی موضوعه ایران از فقه شیعه امامیه، آثار جدی و عمده‌ای در قانون مدنی نیز در این زمینه دیده می‌شود. در این راستا، چنین ملاحظه می‌شود که الفاظ سوای اراده، خود عاملی تعیین‌کننده در تشکیل عقود و ایجاد الزام برای آن‌ها هستند.

لفظ موضوعی واقعی است. درست است که الفاظ در زندگی اجتماعی و حقوقی، نقشی حیاتی و انحصاری دارند، اما این بدین معنا نیست که الفاظ به‌تنهایی و مستقل از عاملی مانند اراده نیز

۱. «وَمِنْ آيَاتِهِ خَلْقُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَخْتِلَافُ أَلْسِنَتِكُمْ وَالْوَالِدَاتُ إِذَا حَمَلْنَ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِلْعَالَمِينَ».



بتوانند تأثیرگذار باشند. به عبارت دیگر، الفاظ تنها وسیله‌ای برای ابراز اراده هستند و این قصد و اراده باطنی است که رکن سازنده عقد است. به بیان بهتر، لفظ تنها مبین اراده و کاشف از آن است و فراتر از آن نقشی ندارد. بنابراین، اگر کاشف از قصد و اراده باطنی و واقعی نباشد مانند لفظی که از شخص نائم، غافل، هازل، سکران و مانند این‌ها صادر می‌شود، قطعاً تأثیری در انعقاد عقد نخواهد داشت. به همین سبب است که عقد نکاح بنا بر نظر نزدیک به اجماعی فقهای اسلامی، تنها با لفظ و بنا بر قول مشهور، با الفاظ مخصوص منعقد می‌شود (موسوی خمینی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص. ۲۶۴). برای مثال، ماده ۱۰۶۲ قانون مدنی تأکید دارد که «نکاح واقع می‌شود به ایجاب و قبول به الفاظی که صریحاً دلالت بر قصد ازدواج نماید». در واقع، در این ماده نیز شرط اثر قانونی و شرعی (حلیت) تنها با لفظ، آن هم با لفظی که به صراحت دلالت بر قصد ازدواج و نکاح داشته باشد، مطرح شده است؛ البته مشخص است که لفظ تنها یکی از راه‌های اعلام و ابراز اراده در تشکیل عقد است و در واقع، طریقت دارد نه موضوعیت و راه‌های دیگری مانند فعل، اشاره و کتابت نیز می‌تواند در این زمینه راهگشا باشد، اما به طور خاص و ویژه در عقد نکاح به دلایل مختلف از جمله اینکه عده‌ای از فقها در تقسیم‌بندی میان معاملات و عبادات، نکاح را جزو عبادیات قرار داده‌اند، معتقدند که نکاح واقع نمی‌شود مگر از طریق ابراز اراده باطنی از طریق لفظ آن هم الفاظ مخصوصی که به آن‌ها اشاره کرده‌اند. این مورد در گذشته در عقود دیگر نیز وجود داشت، اما رفته‌رفته و با فشار شدیدی که عرف به وجود آورد، از آن عقب‌نشینی شد و امروزه به‌هیچ‌عنوان در دیگر عقود به به کار بردن صیغه و لفظ برای انعقاد عقد نیاز نیست چه رسد به اینکه نیاز به به کار بردن الفاظ خاص باشد. به بیان دیگر، امروزه عقود دیگر از هر طریقی قابلیت انعقاد را دارند حتی اگر از طریق معاطات باشد.

با توجه به آنچه تاکنون گذشت، دو نکته مهم در تاریخ فقه امامیه مطرح شده است. نخست، قاعده «توقیفی بودن عقود» که بر اساس آن، تنها عقود و معاملاتی معتبر یا الزام‌آور هستند که توسط شارع تعیین و تأیید شده‌اند؛ یعنی عقود شرعی مانند بیع، اجاره، صلح، جعاله، شرکت و...؛ البته مشخص است که توقیفی بودن عقود به معنای وضع و تعیین از جانب خداوند متعال نیست، بلکه به معنای این است که در زمان شارع، این عقود رایج بوده و شارع هم احکام آن‌ها را بیان کرده است. همچنین، امروزه این قاعده طرف‌دار خاصی ندارد؛ زیرا اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی از اصول پذیرفته شده در تمام نظام‌های حقوقی است و در نظام حقوقی ما نیز بر اساس

آیاتی مانند «أوفوا بالعقود» و روایاتی از قبیل «المؤمنون (المسلمون) عند شروطهم» و همچنین، ماده ۱۰ قانون مدنی و... پذیرفته شده است. دوم، تشریفاتى بودن انعقاد عقود است که به وابستگی عقد به صیغه شرعی مرتبط است. بر اساس این دیدگاه، عقود و معاملات نه تنها باید در قالب‌ها و نهادهای ویژه‌ای منعقد شوند، بلکه انعقاد آنها نیازمند استفاده از صیغه یا الفاظ مخصوصی است که بدون آنها این اثر ایجاد نخواهد شد. در مفتاح‌الکرامه چنین آمده که ظاهر، حصر تحقق بیع در یکی از سه صیغه مشخص است (عاملی، ۱۳۷۹، ج ۱۲، ص. ۴۸۷). دکتر جعفری لنگرودی (۱۳۰۲-۱۴۰۱) از قاعده توقیفی بودن عقود با عنوان «کاتالوگ عقود» و از تشریفاتى بودن قراردادها با عنوان «صیغ‌العقود» یاد کرده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، صص. ۱۶۰-۱۶۵).

اگر الفاظ فاقد معنای تکوینی باشند، این تأکید بر استفاده از لفظ - که به نوعی مستظهر به روایات نیز هست - مورد و مبنایی نخواهد داشت؛ زیرا همان‌طور که سابقاً نیز بیان شد، الفاظ تنها طریقی برای ابراز و اعلام اراده هستند و به هیچ‌عنوان به تنهایی نمی‌توانند سبب تشکیل و انعقاد عقدی شوند. بر این اساس، اگر لفظ و قالب خاص تعیین‌شده از سوی شارع و قانون‌گذار برای بروز اراده وجود نداشته باشد، عقد اساساً معتبر نیست. حتی در حقوق خصوصی کنونی ایران نیز به‌رغم تصویب ماده ۱۰ قانون مدنی و همین‌طور، تغییر نظریه مشهور فقها درباره ارتباط الزام حقوقی با تشریفاتى مانند لفظ مشخص، باز هم آثاری از این شکل‌گرایی دیده می‌شود. ماده ۱۹۲ قانون مدنی، عقد را تنها در مواردی بی‌نیاز از لفظ دانسته است که برای طرفین یا یکی از آنها امکان تلفظ وجود نداشته باشد؛ البته می‌دانیم که درباره ماده مزبور اختلاف نظر فراوان دیده شده است. برای مثال، برخی از حقوق‌دانان معتقدند که استفاده کردن از اشارات و کتابت تنها در صورتی مجاز و ممکن است که امکان استفاده از لفظ وجود نداشته باشد، اما برخی دیگر از حقوق‌دانان معتقدند که این ماده ناظر به حالت غلبه است و در واقع، این ماده بر این اساس که اغلب برای بیان ایجاب و قبول از لفظ استفاده می‌شود، تقریر شده است و بدین معنا نیست که تنها در صورت ناتوانی از بیان الفاظ از طرق دیگر استفاده شود (صفایی، ۱۳۹۶، ص. ۷۴). در واقع، یکی از مهم‌ترین استدلال‌های این دسته از حقوق‌دانان این است که اگر اشاره و کتابت طریقی برای اعلام و ابراز اراده هستند، پس باید بتوانند در تمام حالات و در مورد تمام اشخاص کارگشا باشند و اگر ابزاری برای اعلام و ابراز اراده تلقی نمی‌شوند، نباید در هیچ حالتی و شرایطی از آنها استفاده کرد. به نظر

می‌رسد ادله این دسته از حقوق‌دانان منطقی‌تر و درست‌تر است. همین‌طور ماده ۳۳۹، دادوستد (معاطات) را در مرتبه‌ای بعد از بیع، با ایجاب و قبول به رسمیت شناخته است. از میان فقهای تراز اول شیعه، صاحب‌جواهر (۱۲۰۲-۱۲۶۶ق) نیز معتقد است که بیع و دیگر عقود دو قسم هستند؛ بیع با صیغه که لازم و الزام‌آور است و بیع بدون صیغه که چنین نیست (نجفی اصفهانی، ۱۳۶۷، ج ۲، ص. ۲۱۳). در واقع، تأکید فراوان فقه شیعه در عرصه عقود بر لفظ یا لفظ مخصوص نمی‌تواند بدون علت و مبنا یا بی‌ارتباط با نقش ذاتی و واقعی الفاظ در ایجاد آثار حقوقی باشد. اگر الفاظ مخصوص وجود داشته باشند، اثر حقوقی ایجاد می‌شود و اگر وجود نداشته باشند، این اثر مفقود خواهد بود. بنابراین، به نظر می‌رسد بر اساس این دیدگاه و با عنایت به اینکه لفظ، طریقی متعارف در میان مردمان است، در اولویت قرار گرفته است و دیگر راه‌های ابراز اراده در مراتب و مراحل بعدی هستند؛ هرچند این مسئله نمی‌تواند به‌طور دقیق درست باشد؛ زیرا همان‌طور که بیان شد، در هیچ‌یک از عقود به‌جز عقد نکاح، لفظ موضوعیت ندارد و تنها ابرازی برای ابراز و اعلام اراده است.

### ۳.۲.۳. ایرادات وارد بر نظریه ذاتی بودن الفاظ

در مقابل استدلال‌هایی که در حمایت از نظریه ذاتی در عرصه‌های زبان‌شناختی، کلامی، فقهی و حقوقی صورت گرفته، انتقادات و ایرادهای مهمی نیز بر این نظریه وارد است. از این ایرادات می‌توان به موارد زیر اشاره کرد.

۱. اگر زبان انسان جنبه ذاتی داشته باشد، باید تمام افراد تمام زبان‌ها را بدانند درحالی‌که در عالم خارج چنین نیست. فرد فارسی‌زبان، عربی نمی‌فهمد و برعکس (مظفر، ۱۳۹۵، ج ۱، ص. ۹). اساساً با پذیرش این مبنا، تعدد زبان‌ها نیز توجیه‌ناپذیر است؛ زیرا طبق نظریه ذاتی، هر هویت تنها می‌تواند ذاتی یک لفظ باشد. به همین ترتیب، وجود مترادف‌ها نیز با این نظریه، توجیه‌پذیر نیست. پاسخ نظریه ذاتی ممکن است این باشد که اختلاف زبان‌ها به تفاوت‌های نژادی، اقلیمی و آب‌وهوایی برمی‌گردد و هر فرد ذاتاً به زبان مادری خود عالم است یا آنکه اصل و اساس زبان‌ها موضوعی واحد است که همان زبان واحد، رابطه ذاتی با معانی دارد. برخی از فقها در موضوع الهی دانستن منشأ وضع زبان، چنین دیدگاهی را برگزیده‌اند. از نظر ایشان، زبان عربی ناشی از وضع الهی است و دیگر زبان‌ها، اشتقاق و انحراف از این زبان

هستند (غروی اصفهانی، ۱۳۸۸، صص. ۲۱۳-۲۱۴).

۲. درباره ترجیح بلامرجح بودن انتخاب وضعی الفاظ، برخی از فقها این گونه پاسخ می‌دهند که آنچه محال است، ترجیح بلامرجح است و نه ترجیح بلامرجح و همین مقدار که قدر مشترک علت داشته باشد، کافی است. برای مثال، پزشک به بیمار توصیه می‌کند که برای بهبود درد و بیماری‌اش پیاده‌روی کند. وقتی برای اصل پیاده‌روی علت پیدا شد، دیگر فرقی نمی‌کند که بیمار رو به سوی شمال راه برود یا به سوی جنوب. مثال دیگر این است که وقتی فردی گرسنه است و دو ظرف غذای مشابه در مقابلش دارد، اینکه دست به کدام ظرف ببرد، ترجیح بلامرجح است، اما در عمل اتفاق می‌افتد. حال اگر فرد بدون هیچ دلیلی راه برود یا بی دلیل یک ظرف غذا بردارد، این ترجیح بلامرجح و محال است. به همین ترتیب، همین که اصل نیاز جامعه به زبان و استفاده از لغات برای بیان مقاصد اثبات شد، بحث ترجیح بلامرجح نیز برطرف می‌شود و تفاوتی نمی‌کند که کدام لفظ برای کدام معنا به کار برده شود. افزون‌براین، از منظر محقق خوبی لزومی ندارد که حتماً و همواره، مرجح جنبه ذاتی داشته باشد، بلکه می‌توان موضوع خارجی را نیز به عنوان مرجح در نظر گرفت. برای مثال، خانواده‌ای نام کودک خود را «محمد» می‌گذارند، نه به این دلیل که ذات کودک با این نام عجین است، بلکه به این سبب که نام پدر بزرگ مرحوم طفل، محمد بوده است (خوبی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص. ۲۸). در مقابل، عده‌ای دیگر از فقها به اشکال نخست گروه نخست چنین پاسخ داده‌اند که تفکیک میان ترجیح و ترجیح، بی دلیل و نارواست؛ زیرا بازگشت ترجیح بلامرجح نیز به ترجیح بلامرجح است. وقتی اصل فعل علت می‌خواهد، خصوصیت نیز نیازمند علت است. هنگامی که از نظر فلسفی اثبات شده است که «کل ممکن یحتاج الی العلة»، این قاعده استثناپذیر نیست و فرقی ندارد که این ممکن، طبیعت باشد یا خصوصیت (سبحانی، ۱۳۸۵، ص. ۵۳). همچنین، به نظر می‌رسد که مدعای نظریه ذاتی این نیست که برای مثال، نام هر کودکی هنگام تولد بر پیشانی او درج شده است، بلکه در عالم واقع و نفس الامر میان وجود آن کودک و نام «محمد» تلائم و رابطه ذاتی وجود داشته و همین باعث شده است که کودک، محمد نامیده شود. حال طریق انتخاب این اسم برای او اهمیتی ندارد. در این زمینه پرسشی که مطرح می‌شود این است که اگر شخصی نام خود را دوست نداشت و اقدام به تغییر آن کرد، چگونه می‌توان رابطه میان آن شخص و اسم

سابق را اثبات کرد؟ در پاسخ باید گفت اولاً، ارتباط کامل آن شخص با اسم سابق به هیچ عنوان از بین نمی‌رود. حتی اگر سالیان سال نیز از تغییر نام او بگذرد، همچنان وی را با هر دو نام یعنی نام قدیم و نام جدید می‌شناسند و حتی عده‌ای او را با همان نام قدیم مورد خطاب قرار می‌دهند. ثانیاً، به فرض اینکه این ارتباط به طور کامل نیز قطع شود، باید گفت که ارتباط ذاتی برخلاف خصوصیت و ویژگی ذاتی قابلیت قطع ارتباط دارد. به بیان دیگر، این ویژگی و خصوصیت ذاتی اشخاص است که امکان گرفتن از آن‌ها را ندارد، اما ارتباط ذاتی آن‌ها با مسائل این چنینی قطعاً با اراده ایشان قطع می‌شود.

۳. نسبت ذاتی و دلالت عقلی یا طبعی میان لفظ و معنا اگر هم وجود داشته باشد، تنها در باب معانی اولیه زبان صادق است و نه معنایی که بعد جعل می‌شوند. برای مثال، هنگامی که واژه «زمین» تنها در معنای کره زمین یا سطح زیر پای افراد به کار می‌رفت، مشمول عموماً نظریه ذاتی می‌شد، اما ورزش فوتبال که به کشور ما آمد، به کارگیری اصطلاحات و ملزومات آن در زبان فارسی لازم شد. از این رو برای فضای بازی فوتبال، اصطلاح «زمین فوتبال» از واژه زمین اخذ و استعمال شد. بنابراین، واژه یادشده دارای معنای جدیدی شد. در اینجا، حقیقی و مجازی بودن معنای لفظ تفاوتی نمی‌کند. تنها مهم این است که از لفظ زمین، مفهوم زمین فوتبال وارد ذهن مخاطب شود. به همین ترتیب، می‌توان اصطلاح «صفقه» را مثال زد. صفقه، دست دادن طرفین یا به عبارت بهتر، کوبیدن دست یک طرف به دست دیگری بوده که هنگام خرید و فروش یا بیعت توسط مردم استفاده می‌شده است. کم‌کم واژه صفقه به جای معنای اولیه خود در معنای مجازی مطلق معامله به کار رفت و رایج شد (طریحی، ۱۳۷۵، ج ۲، ص. ۶۱۷). اصطلاح «خیار تبعض صفقه» در حقوق مدنی امروز ایران، یادگار استفاده از واژه صفقه در معنای بیع است. جالب اینکه، خود لفظ «بیع» نیز داستان مشابهی را پشت سر گذاشته است. این اصطلاحات - که عمدتاً ناشی از عرف‌های خاص و تخصصی هستند - به وجودان با معنای خود رابطه وضعی دارند.

۴. از بعد فقه و حقوق خصوصی هم نظر مشهور فقهای معاصر، لزوم وجود صیغه و لفظ در انشای عقد و ایجاد رابطه حقوقی را رد می‌کند. این موضوع از مواد ۱۰، ۱۹۰، ۲۱۹ و ۳۳۹ قانون مدنی نیز - به صراحت یا اشاره - شایان استنباط است. عقد به تراضی واقع می‌شود و لفظ تنها کاشف از این اراده و تراضی است و به هیچ عنوان جزو ارکان یا شرایط وقوع عقد

نیست. لزوم استفاده از لفظ برای انعقاد و اعتبار عقد (صیغ العقود) تنها ناشی از ضرورت‌های اجتماعی عصر خود بوده که در زمان کنونی به تاریخ پیوسته است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۱، ص. ۳۹۳). در واقع، امروزه بسیاری از معاملات به شکل معاطاتی و تقریباً همه آن‌ها بدون صیغه منعقد می‌شوند. همچنین، فقهای معاصر منحصر بودن عقود معتبر به عقود عصر شارع را رد کرده‌اند. عده‌ای از فقها درباره کسی که به دیگری اذن زراعت در زمین خود می‌دهد، به شرط تقسیم حاصل به نسبت نصف یا ثلث و... حکم به صحت داده‌اند اگرچه آن را مزارعه مصطلح نمی‌دانند. دلیل ایشان، عقلایی بودن معامله و انحصار نداشتن معاملات در عقود خاص شرعی است. از نظر ایشان، تمام معاملات عقلایی صحیح و معتبرند مگر اینکه دلیل خاصی برخلاف آن وجود داشته باشد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۷ق، ج ۵، ص. ۲۹۶). ماده ۱۰ قانون مدنی نیز در بیان اصل آزادی قراردادها صراحت دارد و به این ترتیب، اندیشه توقیفی یا تشریفاتی بودن عقود را به کناری نهاده است. از منظر قائلان به تأثیر ذاتی الفاظ در نظام فقهی و حقوقی می‌توان چنین پاسخ داد که اولاً، به دلایلی که پیش از این گفته شد - مانند مواد ۱۹۲ و ۳۳۹ قانون مدنی - دلیل قطعی بر کنار گذاشتن صیغ العقود در قانون مدنی وجود ندارد. ثانیاً، حتی اگر معاطات را عقد بدانیم و اعتبار معاملات بدون صیغه را در حد عقود شرعی بدانیم نیز استدلال مخالفان ناتمام است. نهایت آنچه از این استدلال برداشت می‌شود، این است که عقود بدون صیغه، همان اثر حقوقی را دارند که ایجاب و قبول لفظی واجد آن است؛ یعنی آن رابطه‌ای که به طور ذاتی و تکوینی میان صیغه و انشای عقد هست، به طور وضعی و اعتباری میان معاطات و انشا نیز در نظر گرفته شده است. ثالثاً، تأثیر به‌کارگیری لفظ در ایجاد اثر حقوقی و حتی تکوینی را در عقد «نکاح» به وضوح می‌توان دید. به دلیل ماهیت تعبدی این عقد است که برای مثال، حتی برخی از فقها نیز که در علم اصول، رابطه میان لفظ و معنا را قراردادی و وضعی دانسته‌اند و در فقه، برخلاف مشهور فقهای متقدم، وجوب صیغه، لفظ، عربیت و ماضویت را در عقود و معاملات شرط نمی‌دانند، در عقد نکاح، قائل به لزوم تلفظ و استفاده از زبان عربی - جز در صورت عجز از تکلم به عربی - شده‌اند (موسوی خمینی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، صص. ۵۴، ۲۰۴، ۲۱۹ و ۲۲۲؛ موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص. ۲۴۶). این نگاه توقیفی و تعبدی به عقد نکاح و عوارض آن موجب تفاوت روش استنباط در این عقد و

احکام ویژه‌ای شده است. برای مثال، برخی فقها حلیت فروج را موضوعی توقیفی دانسته‌اند که در خصوص آن باید در محدوده نص توقف کرد (کرکی، ۱۴۱۱ق، ج ۱۳، ص. ۱۸۵). در مجموع، به نظر می‌رسد که از لحاظ زمانی می‌توان تأکید فقهای متقدم - که در قانون مدنی ایران بازتاب یافته است - بر لزوم انعقاد عقد با لفظ را با قول به نظریه ذاتی تحلیل کرد.

### نتیجه‌گیری

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، مبانی تحلیلی نظریه ذاتی چندان ضعیف نیست. همچنین، این نظریه در تبیین و تحلیل برخی موارد، مفید و راهگشاست که موارد زیر از آن جمله است.

۱. نظریه ذاتی به خوبی می‌تواند ریشه تکوین زبان انسانی - دست‌کم یک زبان - را توضیح دهد. پذیرش اینکه کلیت زبان، فرایندی انسانی و تعینی است که در طول زمان ایجاد شده و تکامل یافته است، تا اندازه‌ای دشوار به نظر می‌رسد؛ به‌ویژه این موضوع با آیات کتاب خدا در سخن گفتن آدم و حوا پیش و پس از هبوط سازگاری ندارد. ممکن است گفته شود این سخن گفتن لفظی بوده؛ همچنان‌که در قرآن کریم از سخن گفتن ذریه آدم پیش از خلقت یاد شده است؛ «الست بربکم قالوا بلی» که مفسران بیان داشته‌اند این سخن گفتن و عهد گرفتن تکوینی و فطری است. برخی از فقها نیز به مناسبت بحثی دیگر در بیان ماهیت و ریشه زبان به این موضوع اشاره و به سخن گفتن آدم و حوا استناد می‌کنند (صدر، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص. ۸۶). در واقع، پذیرش ناقص بودن زبان تا مقطعی به معنای ناقص بودن ارتباط و اندیشه انسان در آن مقطع و در نتیجه، خروج افراد آن عصر از چهارچوب مفهوم «نطق» است.
  ۲. نظریه ذاتی می‌تواند علت تأکیدی را که در فقه و حقوق خصوصی ایران بر لزوم به‌کارگیری تشریفات لفظی در معاملات وجود دارد، به خوبی تبیین کند. این موضوع به‌ویژه از لحاظ تاریخ حقوق دارای ارزش فراوان است.
- با این حال، انتقادات بنیادینی از جمله موارد زیر نسبت به آن صورت گرفته که در مجموع، باعث ناکامی و عدم اقبال به این نظریه شده است.

۱. مهم‌ترین و عمومی‌ترین انتقاد از این نظریه این است که اگر ذاتی بودن لفظ برای معنا پذیرفتنی باشد، همه انسان‌ها باید در فهم دلالت‌های زبانی مشترک باشند یا حتی اختلاف در زبان انسان‌ها وجود نداشته باشد در حالی که فرد ناآشنا به زبان، طبیعتاً از کلمات و جملات آن

زبان چیزی فهم نمی‌کند. به‌طور کلی، طبق نظریه ذاتی نباید جهل به زبان - حتی واژه‌های زبان مادری - وجود داشته باشد؛ زیرا ذاتی بودن لفظ برای معنا مستلزم خطور معنا به محض شنیدن لفظ است حال آنکه در عمل، روشن است که افراد، بسیاری از زبان‌ها و حتی معنای بسیاری از لغات زبان مادری خود را نمی‌دانند و از همین رو وجدان به رابطه غیرذاتی میان این دو هویت شهادت می‌دهد. به نظر می‌رسد که این انتقاد عملاً با پاسخ مناسبی مواجه نشده است. همین ایراد در مغرب‌زمین نیز به تئوری چامسکی وارد شده و یکی از دلایل اصلی رواج نیافتن نظریه او بوده است.

۲. ایراد مهم دیگری که پذیرش نظریه ذاتی را با چالش روبه‌رو می‌سازد، نام‌گذاری و اطلاق مفاهیم جدید است. در این موارد نیز به وجدان می‌دانیم که نام‌گذاری بر اساس فرایندهای رایج تعیینی یا تعینی صورت می‌گیرد و موضوع مبهم یا رازآلودی - که از ذاتی بودن رابطه حکایت کند - در میان نیست. به عبارت دیگر، نمی‌توان ذاتی بودن را جز در الفاظ اولیه زبان پذیرفت. برای مثال، واژه زمین اگر در معنای کره زمین یا سطح زیر پای افراد به کار رود، جزو الفاظ اولیه زبان است، اما هنگامی که این واژه در معنای زمین فوتبال استفاده می‌شود، ذاتی بودن نسبت آن با معنا را نمی‌توان پذیرفت؛ زیرا وضع این واژه برای این معنا کاملاً قابل درک و وجدانی است. بر همین اساس، استعمال‌های مجازی یا ثانویه زبان اساساً نمی‌توانند جنبه ذاتی داشته باشند. به نظر می‌رسد که رد شدن نسبت ذاتی در برخی اطلاقات به معنای رد شدن کلی نسبت ذاتی در زبان است؛ زیرا اگر نسبت غیروضعی میان لفظ و معنا وجود داشته باشد، باید میان همه الفاظ زبان باشد. در واقع، با دیدن فرایند وضع لغات تازه به وجدان درمی‌یابیم که رابطه ذاتی میان لفظ و معنا در کار نیست. استعمال غالب مفاهیم و واژه‌های حقوقی نیز به همین ترتیب است. پیش از این درباره ثانویه بودن معنای کنونی الفاظی مانند بیع و صفقه سخن گفته شد. همین حالت با وضوح بیشتری درباره مفاهیم جدیدتر حقوقی مانند مفاهیم مورد بحث در حقوق عمومی قابل تشخیص است. مردم سه سده پیش، یا اساساً درکی از مفاهیمی مانند «قدرت»، «صلاحیت»، «قانون»، «مجلس»، «دولت» و... نداشتند یا تلقی آنان از این واژه‌ها متفاوت از معنای امروزی آن‌ها بود. به همین ترتیب، همین واژه‌ها ممکن است امروزه در کشورها یا نظام‌های حقوقی مختلف، معانی متفاوتی داشته باشند. اگر فهم معنای الفاظ



حقوقی ذاتی بود، نباید چنین اختلاف یا جهلی وجود می‌داشت و تفاوت زمان و مکان نمی‌توانست موجب تفاوت در درک معنای این الفاظ شود. برای مثال، قدرت در معنای مرسوم اصطلاحی، «توانایی در اجبار دیگران طبق اراده خود» است درحالی‌که روشن است که معنای تخصصی این واژه در حقوق عمومی از معنای پیش‌گفته خاص‌تر است و به حوزه توانایی‌ها و اختیارات دولت محدود می‌شود. ذاتی دانستن رابطه لفظ قدرت با این معنای جدید، خلاف درک اهل لغت است.

پژوهش حاضر در راستای بررسی نظریه ارتباط ذاتی میان الفاظ و معانی به رشته تحریر درآمد که با عنایت به مطالب معنونه و با توجه به بیان ایرادهای متعددی که درباره این نظریه و در راستای رد آن بیان شد، نه نظریه ذاتی را می‌توان پذیرفت و نه قسیم آن، نظریه وضع تعینی عرفی را. به عبارت دیگر، هنگامی که مدعی طرفداران نظریه ذاتی را در کنار ایرادهایی که به آن وارد است و طرفداران توان پاسخ به آن‌ها را ندارند، قرار می‌دهیم، به نظر می‌رسد که تأیید این نظریه از منظر نویسندگان شایان تحقق نیست و امکان پذیرش آن وجود ندارد. از این‌روست که برخی اصولیان شیعه به پذیرش نظریه وضع الهی گرایش یافته‌اند که هم‌توان تبیین فلسفی-اعتقادی ویژگی نطق در انسان را دارد و هم از ایرادات جدی نظریه ذاتی عاری است. بر اساس این نظریه، واضع زبان نه یک فرد خاص است و نه عرف مردم در طول زمان، بلکه خداوند حکیم و قدیر مطلق، زبان را وضع کرده و در ادامه، قدرت وضع را در نهاد انسان‌ها به ودیعه گذاشته است. همان‌گونه که پیش از این گذشت، میرزاحمدحسین نایینی پیشگام طرح این نظریه در اصول فقه شیعه است.

## منابع

- ۱) قرآن کریم.
- ۲) اتکینسون، ریتا، هوکسما، نولن، داریل، سوزان و بم، اسمیت، ادوارد و اتکینسون، ریچارد (۱۳۸۵). زمینه روان‌شناسی هیلگارد (محمدنقی براهنی، رضا زمانی، مهرداد بیگ، بهروز بی‌رشک و مهرناز شهرآرای، مترجمان). چاپ ۱۰، تهران: رشد.
- ۳) افشار، سجاد (۱۳۹۳). مبانی معناشناختی حقوق اسلامی. فصلنامه مطالعات اسلامی فقه و اصول، سال ۴۶، شماره ۹۸، صص. ۳۰-۹. doi:10.22067/FIQH.V46I18.20207
- ۴) پارسا، محمد (۱۳۷۴). زمینه روان‌شناسی. چاپ ۲۴، تهران: بعثت.
- ۵) جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۲). صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق. چاپ ۱، تهران: گنج دانش.
- ۶) جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶). الفارق (جلد ۱). چاپ ۱، تهران: گنج دانش.
- ۷) چامسکی، نوام (۱۳۸۰). دانش زبان ماهیت منشأ و کاربرد آن (علی درزی، مترجم). چاپ ۱، تهران: نشر نی.
- ۸) خاتمی سبزواری، سید حسین و محمدی دمنه، سید محمدحسین (۱۳۹۹). بررسی تطبیقی تبیین نسبت لفظ و معنا از دیدگاه سوسور و محمدباقر صدر. فصلنامه علمی فقه و اصول، دوره ۵۴، شماره ۱۲۸، صص ۸۵-۱۰۴. doi:10.22067/JFIQH.2020.16093
- ۹) خراسانی، محمد کاظم (۱۴۰۹ق). کفایه الاصول (محمدحسین نجفی دولت آبادی اصفهانی، مترجم). (جلد اول). قم: نشر مؤلف.
- ۱۰) خندان، علی‌اصغر (۱۳۸۴). نگاهی به ابعاد نظریه فطرت و فطری بودن زبان. قبسات، دوره ۱۰، شماره ۳۶، صص. ۱۷۳-۱۸۹.
- ۱۱) خوش‌منش، ابوالفضل (۱۳۹۶). رابطه لفظ و معنا در ساختار نظم‌آهنگ قرآن کریم. دو فصلنامه علمی پژوهشی کتاب‌قیم، دوره ۷، شماره ۱۷، صص ۷۷-۱۰۰.
- ۱۲) خوبی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۹ق). دراسات فی علم‌الاصول (جلد ۱). قم: مؤسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی.
- ۱۳) سبجانی، جعفر (۱۳۸۵). تقریرات فارسی دوره ششم خارج اصول، مبحث الفاظ. جلسه ۱۱. <http://1zokr.com/forums/showthread.php?t=94>
- ۱۴) سبجانی، جعفر (۱۴۳۱ق). المبسوط فی اصول‌الفقه (جلد ۱). قم: مؤسسه امام‌صادق (علیه‌السلام). <http://lib.eshia.ir/26543/1/58/%D8%AF%D9%84%D8%A7%D9%84%D8%AA%D9%87%D8%A7>

- ۱۵) شاهنوش فروشانی، محمدعبدالصالح (۱۴۰۲). تبیین کاربست «اصول حقوقی» به منظور حفظ تمامیت نظام قانونی در برابر کاربست «اصول لفظی» به منظور کشف مراد قانون‌گذار. پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، دوره ۲۴، شماره ۴، صص. ۶۴۷-۶۷۴. doi:10.30497/LAW.2023.245526.3463
- ۱۶) صدر، سیدمحمدباقر (۱۴۱۷ق). بحوث فی علم الاصول (سیدمحمود هاشمی، محقق). (جلد ۱). چاپ ۳، قم: مؤسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی.
- ۱۷) صدر، سیدمحمدباقر (۱۴۲۲ق). دروس فی علم الاصول (محسن غروی‌ان و عبدالجواد ابراهیمی شاهرودی، مترجمان). (جلد ۱). چاپ ۳، قم: دارالعلم.
- ۱۸) صدوق، محمدبن علی بن حسین بن موسی بن بابویه (۱۳۹۷). علل الشرایع (سیدمحمدجواد ذهنی تهرانی، مترجم). (جلد ۱). چاپ ۱۳، تهران: مؤمنین.
- ۱۹) صفایی، حسین، (۱۳۹۶). حقوق مدنی. چاپ ۲۸، تهران: میزان.
- ۲۰) طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۱۷ق). العروة الوثقی (جلد ۵). قم: مؤسسه النشرالاسلامی.
- ۲۱) طباطبایی، سیدمحمدحسین (۱۳۶۵). حاشیة الکفایة (جلد ۱). چاپ ۱، قم: بنیاد علمی فکری علامه طباطبایی.
- ۲۲) الطریحی النجفی، فخرالدین (۱۳۷۵). مجمع البحرین (جلد دوم). تهران: مرتضوی.
- ۲۳) طبیب، محمدتقی (۱۳۷۴). جزمیت‌های زبان فارسی و توسعه. مجموعه مقالات سومین کنفرانس زبان‌شناسی، تهران: دانشگاه علامه طباطبایی.
- ۲۴) عاملی، سیدجوادبن محمد (۱۳۷۹). مفتاح الکرامة فی شرح قواعدالعلامة (جلد ۷). دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۲۵) غروی اصفهانی، مهدی (۱۳۸۸). رساله فی وجه اعجاز کلام‌الله‌المجید. کتاب رسایل شناخت قرآن (حسین مفید، محقق)، چاپ ۱، تهران: منیر.
- ۲۶) فخر رازی، محمدبن عمر (۱۴۲۰ق). التفسیر الکبیر (علی اصغر حلبی، مترجم) (جلد ۲). چاپ ۲، تهران: اساطیر.
- ۲۷) قافی، حسین و شریعتی، سعید (۱۳۹۶). اصول فقه کاربردی (جلد ۱). چاپ ۳۵، تهران: سمت.
- ۲۸) کاملان، محمدصادق و یزدانی‌فر، صالحه (۱۳۹۲). دلالت الفاظ بر معانی از دیدگاه اصولیان و زبان‌شناسان. مطالعات اسلامی، دوره ۴۵، شماره ۴، صص. ۱۲۵-۱۴۹. doi:10.22067/FIQH.V0I0.12518
- ۲۹) کلینی رازی، محمدبن یعقوب (۱۳۶۵). الاصول من الکافی (جلد ۶). چاپ ۴، تهران: دارالکتب‌الاسلامیة
- ۳۰) گذشته، ناصر (۱۳۸۴). اندیشه‌های تنزیهی عبادبن سلیمان. مقالات و بررسی‌ها، دفتر ۲، شماره ۷۷،

صص. ۲۴۷-۲۵۴.

- ۳۱) لنکرانی، فاضل (۱۳۷۳). ایضاح الکفایه (جلد اول). قم: دارالکتاب.
- ۳۲) مجاهد، سیدمحمد (بی‌تا). مفاتیح‌الاصول (نسخه نرم‌افزار نور). قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام).
- ۳۳) محقق کرکی، علی‌بن‌حسین (۱۴۱۱ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد (جلد سیزدهم). چاپ سوم، قم: مؤسسه آل‌البیت (ع).
- ۳۴) مظفر، محمدرضا (۱۳۹۲). اصول‌الفقه (محسن غرویان، مترجم). (جلد ۱). چاپ ۱۲، قم: دارالفکر.
- ۳۵) مظفر، محمدرضا (۱۳۹۸). المنطق (علی شیروانی، مترجم). (جلد ۱). چاپ ۲۸، قم.
- ۳۶) موسوی بجنوردی، سیدمحمد (۱۳۹۷). علم اصول (جلد اول). چاپ دوم، تهران: مجد.
- ۳۷) موسوی خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۸۵). تحریرالوسیله (جلد ۲). قم: قدس محمدی.
- ۳۸) موسوی خمینی، سیدمصطفی (۱۴۱۸ق). تحریرات فی‌الاصول (جلد ۱). چاپ ۱، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام‌خمینی (رحمت‌الله‌علیه).
- ۳۹) نایینی، محمدحسین (۱۴۱۷ق). فوائد‌الاصول (محمدعلی کاظمی خراسانی، محقق). (جلدهای ۱ و ۲). چاپ ۶، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ۴۰) نجفی اصفهانی، محمدحسن (۱۳۶۷). جواهرالکلام فی شرح شرایع‌الاسلام (جلد ۲۲). چاپ ۱، تهران: دارالکتب‌الاسلامیه.
- ۴۱) نورمفیدی، سیدمجتبی (۱۳۹۱). درس خارج فقه.

- 42) Chomsky, Noam (2002). On Nature and Language, Adriana Belletti & Luigi Rizzi (Ed), First Published, Cambridge: Cambridge University Press.
- 43) Gauker, Christopher (2003). Words without Meaning, First Published, Massachusetts Institute of Technology, Massachusetts.
- 44) McGilvray, James (1998). "Meanings Are Syntactically Individuated and Found in the Head", in Mind and Language, Vol 13, Issue 2.

## References

- 1) The Holy Quran.
- 2) Afshār, Sajjad (1393 SH). Mabāni-ye ma'nāšenākti-ye ḥoqūq-e eslāmī [Semantic Foundations of Islamic Law]. *Faslnāme-ye moṭāla'āt-e eslāmī feqh va oṣūl* [Islamic Studies Journal of Jurisprudence and Principles], 46, 98, pp. 30-9. doi:10.22067/FIQH.V46I18.20207 [in Persian].
- 3) Āmelī, Sayyed-Jawād b. Moḥammad (1379 SH). *Miftāḥ al-Karāma fī Šarḥ-e Qawā'ed al-'Allāma* (Vol. 7). Qom: Daftar-e Enteshārāt-e Eslāmī va-basteh be Jāme'eh Modarresin-e Ḥawzeh 'Elmieh Qom [in Arabic].
- 4) Atkinson, Rita, Hūksmā, Nūlen, Dārīl, Sūzān & Bem, Smit, Edvard & Atkinson, Rīchārd (1385 SH). *Zamīne-ye ravānšenāsī-ye Hilgārd* [Hilgard's Introduction to Psychology] (Moḥammadnaqi Barāhani, Rezā Zamāni, Mehrdād Bīk, Behruz Bīrašk & Mehrnāz Šahrārāy, Translators). 10th ed., Tehran: Rošd. [in Persian].
- 5) Chomsky, Noam (1380 SH). *Dāneš-e zabān māhīyat menšā va korbord-e ān* [Knowledge of Language: Its Nature, Origin, and Use] ('Alī Darzī, Translator). 1st ed., Tehran: Našr-e Nī. [in Persian].
- 6) Chomsky, Noam (2002). *On Nature and Language*, Adriana Belletti & Luigi Rizzi (Ed), First Published, Cambridge: Cambridge University Press.
- 7) Faḫr Rāzī, Moḥammad b. 'Omar (1420 AH). *al-Tafsīr al-Kabīr* ('Alī-Ašghar Ḥalabī, translator) (Vol. 2). 2nd edition, Tehran: Asāṭīr [in Arabic].
- 8) Gauker, Christopher (2003). *Words without Meaning*, First Published, Massachusetts Institute of Technology, Massachusetts.
- 9) Gharavī Ešfahānī, Mahdī (1388 SH). *Resāleh fī Vajh-e E'jāz-e Kalām-Allāh al-Majīd. Ketāb-e Rasā'el-e Šenākht-e Qur'ān* (Hosayn Mofīd, Moḥaqeq), 1st edition, Tehran: Monīr [in Arabic].
- 10) Gozašteḥ, Nāšer (1384 SH). *Andīše-hā-ye Tanzīhī 'Abbād b. Soleymān* [The Purifying Thoughts of 'Abbād b. Soleymān]. *Maqālāt va Barresī-hā*, Vol. 2, No. 77, pp. 247-254 [in Persian].
- 11) Ja'fari Langarūdī, Moḥammadja'far (1382 SH). *Šad maqāle dar reše-ye taḥqīq-e 'elm-e ḥoqūq* [Hundred Articles on Research Methodology in Legal Science]. 1st ed., Tehran: Ganj-e Dāneš. [in Persian].
- 12) Ja'fari Langarūdī, Moḥammadja'far (1386 SH). *Al-fāreq* (Vol. 1). 1st ed., Tehran: Ganj-e Dāneš. [in Persian].
- 13) Kāmelān, Moḥammad-Šādeq & Yazdānī-Far, Šāleḥeh (1392 SH). *Dalālat al-Alfāz bar Ma'ānī az Dīdehgāh-e Oṣūliyān va Zabānšenāsān* [The Significance of Words in the Perspectives of Usulists and Linguists]. *Moṭāle'āt-e Eslāmī*, Vol. 45, No. 4, pp. 125-149. doi:10.22067/FIQH.V0I0.12518 [in Persian].
- 14) Kātāmī Sabzevārī, Seyyed Ḥoseyn & Moḥammadī Damane, Seyyed Moḥammadḥoseyn (1399 SH). *Barrasī-ye taṭbīqī-ye tabyīn-e nesbat-e lafz va ma'nā az didgāh-e Sossur va Moḥammadbāqer Šadr* [Comparative Study of the Explanation of the Relationship Between Word and Meaning from the Perspectives of Saussure and Mohammad Baqir al-Sadr]. *Faslnāme-ye 'elmī feqh va oṣūl* [Scientific Quarterly of Jurisprudence and Principles], 54, 128, pp. 85-104. doi:10.22067/JFIQH.2020.16093 [in Persian].

- 15) Khandān, 'Alī-aşgar (1384 SH). Negāhī be ab'ād-e nazārī-ye fetrat va fetrī būdan-e zabān [A Look at the Dimensions of the Theory of Innate Nature and the Innateness of Language]. Qabasāt, 10, 36, pp. 173-189. [in Persian].
- 16) Khū'ī, Seyyedabūlqāsem (1419 AH). Dorāsāt fi 'elm al-oşūl. Vol. 1. Qom: Mo'assese-ye Dā'erat-al-ma'āref-e Feqh-e Eslāmī. [in Arabic].
- 17) Kolaynī Rāzī, Moḥammad b. Ya'qūb (1365 SH). al-Oşūl min al-Kāfī (Vol. 6). 4th edition, Tehran: Dār al-Kotob al-Eslāmiya [in Arabic].
- 18) Qorāsānī, Moḥammad Kāzem (1409 AH). Kefāyat al-oşūl (Moḥammadḥoseyn Najafī Dowlatābādī Eşfahānī, Translator). Vol. 1. Qom: Naşr-e Mo'allef. [in Arabic].
- 19) Qoşhmaneş, Abolfazl (1396 SH). Rabṭa-ye lafz va ma'nā dar sāktār-e nazm-āhang-e Qur'ān-e Karīm [The Relationship of Word and Meaning in the Rhythmic Structure of the Holy Quran]. Do faslnāme-ye 'elmī pažuheşī ketāb-e qayem [Scientific Research Journal of the Book of Qayem], 7, 17, pp. 77-100. [in Persian].
- 20) Lanḳarānī, Fāzel (1373 SH). Eizāḥ al-Kifāya (Vol. 1). Qom: Dār al-Ketāb [in Arabic].
- 21) McGilvray, James (1998). "Meanings Are Syntactically Individuated and Found in the Head", in Mind and Language, Vol 13, Issue 2.
- 22) Moḥaqqueq Karakī, 'Alī b. Ḥosayn (1411 AH). Jāme' al-Maqāşed fi Şarḥ-e al-Qawā'ed (Vol. 13). 3rd edition, Qom: Mo'asseseh Āl al-Bayt (a) [in Arabic].
- 23) Mojāhed, Sayyed Moḥammad (n.d.). Mefātiḥ al-Oşūl (Noor software version). Qom: Mo'asseseh Āl al-Bayt ('Alayhem al-Salām) [in Arabic].
- 24) Moẓaffar, Moḥammad-Rezā (1392 SH). Oşūl al-Feqh (Moḥsen Gharaviān, translator) (Vol. 1). 12th edition, Qom: Dār al-Fekr [in Arabic].
- 25) Moẓaffar, Moḥammad-Rezā (1398 SH). al-Manteq ('Alī Şirāvānī, translator) (Vol. 1). 28th edition, Qom [in Arabic].
- 26) Mūsavī Bojnordī, Sayyed Moḥammad (1397 SH). 'Elm-e Oşūl (Vol. 1). 2nd edition, Tehran: Mojd [in Arabic].
- 27) Mūsavī Komeynī, Sayyed Moştāfā (1418 AH). Taḥrīrāt fi al-Oşūl (Vol. 1). 1st edition, Tehran: Mo'asseseh Tanzīm va Naşr Āthār-e Emām Komeynī [in Arabic].
- 28) Mūsavī Komeynī, Sayyed Rūḥ-Allāh (1385 SH). Taḥrīr al-Wasila (Vol. 2). Qom: Qods Moḥammadī [in Arabic].
- 29) Nā'inī, Moḥammad-Ḥosayn (1417 AH). Favā'ed al-Oşūl (Moḥammad-'Alī Kāzemī Qorāsānī, researcher) (Vols. 1 & 2). 6th edition, Qom: Daftar-e Enteşārāt-e Eslāmī [in Arabic].
- 30) Najafī Eşfahānī, Moḥammad-Ḥasan (1367 SH). Javāher al-Kalām fi Şarḥ-e Şarāye' al-Eslām (Vol. 22). 1st edition, Tehran: Dār al-Kotob al-Eslāmiya [in Arabic].
- 31) Nūrmofidī, Sayyed Mojtabā (1391 SH). Dars-e Kāreğ Feqh [in Persian].
- 32) Pārsā, Moḥammad (1374 SH). Zamīne-ye ravānşenāsī [Introduction to Psychology]. 24th ed., Tehran: Ba'that. [in Persian].
- 33) Qāfī, Ḥoseyn & Şarī'atī, Sa'īd (1396 SH). Oşūl-e Feqh-e Kārburdī (Vol. 1). 35th

- edition, Tehran: SAMT [in Persian].
- 34) Şadr, Seyyed Moḥammadbāqer (1417 AH). Boḥūth fi 'elm al-oşūl (Seyyedmaḥmūd Hāšemī, Researcher). Vol. 1. 3rd ed., Qom: Mo'assese-ye Dā'erat-al-ma'āref-e Feqh-e Eslāmī. [in Arabic].
  - 35) Şadr, Seyyed Moḥammadbāqer (1422 AH). Dorūs fi 'elm al-oşūl (Moḥsen Ğaraviān & 'Abdoljavād Ebrāhīmī Šāherūdī, Translators). Vol. 1. 3rd ed., Qom: Dār al-'elm. [in Arabic].
  - 36) Şadūq, Moḥammadben'alībenḥoseynbenmūsābenbābaveyh (1397 SH). 'Elal-al-şarāye' (Seyyedmoḥammadjavād Zehnī Tehrānī, Translator). Vol. 1. 13th ed., Tehran: Mo'menin. [in Persian].
  - 37) Şafā'ī, Ḥoseyn (1396 SH). Ḥoqūq-e madanī [Civil Law]. 28th ed., Tehran: Mizān. [in Persian].
  - 38) Shahnoosh Forooshani, Mohammad Abdossaleh (1402 SH). Tabīyn-e kārbest-e "oşūl-e ḥoqūqī" be-manzūr-e ḥefz-e tamāmīyat-e nezām-e qānūnī dar barābar-e kārbest-e "oşūl-e lafzī" be-manzūr-e kaşf-e morād-e qānūngożār [Clarifying the Utilization of "Legal Principles" for Preservation of Legal System Integrity, against Utilization of "Literal Principles" for Discovering Legislators' Intention]. Pażūheş'nāme-ye Hoqūq-e Islāmī [Journal of Islamic Law Research], 24, 4, pp. 647-674. doi:10.30497/LAW.2023.245526.3463 [in Persian].
  - 39) Soḥbānī, Ja'far (1385 SH). Taqrīrāt-e fārsī-ye dowre-ye šeşom k̄arej oşūl, mabḥas al-fāz [Persian Reports of the Sixth Course on Fiqh Principles, Topic: Terms]. Session 11. [in Persian].
  - 40) Soḥbānī, Ja'far (1431 AH). Al-mabsūt fi oşūl al-feqh. Vol. 1. Qom: Mo'assese-ye Emām Şādeq ('alayhi as-salām). [in Arabic].
  - 41) Ṭabāṭabā'ī Yazdī, Seyyed Moḥammad Kāzem (1417 AH). Al-'orwa al-votqā. Vol. 5. Qom: Mo'assese-ye Naşr al-Eslāmī. [in Arabic].
  - 42) Ṭabāṭabā'ī, Sayyed Moḥammad-Ḥosayn (1365 SH). Ḥāşīya al-Kifāya (Vol. 1). 1st edition, Qom: Bonyād-e 'Elmī Fekri 'Allāmeḥ Ṭabāṭabā'ī [in Arabic].
  - 43) Ṭayyeb, Moḥammad-Taqī (1374 SH). Jazamīthā-ye Zabān-e Fārsī va Towse'eh [Definiteness in the Persian Language and Development]. Majmū'eh Maqālāt-e Sewwomīn Konferāns-e Zabānşenāsī, Tehran: Dāneşgāh-e 'Allāmeḥ Ṭabāṭabā'ī [in Persian].
  - 44) Ṭurayḥī Najafī, Fakhr-al-Dīn (1375 SH). Majma' al-Baḥrayn (Vol. 2). Tehran: Mortazavī [in Arabic].

## A Legal Inquiry into the Burial of the Deceased on Private Properties in Islamic Jurisprudence

Saeed Mahjoob · Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, University  
of Qom, Qom, Iran. (Corresponding Author) s.mahjoub@qom.ac.ir

Mohammad Taghi Moradi · PhD Student in Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law,  
Faculty of Theology and Islamic Studies, University of Qom, Qom, Iran.  
mtmoradi1402@gmail.com

### Abstract

#### 1. Introduction

The tradition of burying the deceased on private properties, resulting in the formation of family gravesites outside public cemeteries, is a practice driven by a complex mix of emotional, financial, and urban development considerations. This practice, which includes the establishment of family mausoleums by aristocratic families and notables, is historically rooted in various countries, including Islamic religious cities concerning certain esteemed Islamic scholars. While some of these private burial sites have transitioned into public cemeteries, their inception was not intended for public use, underscoring a tradition of proprietary control over such burials. The practice raises significant questions within the framework of Islamic jurisprudence and law, especially concerning absolute legal authority of the owner to exercise dominion or control over property [Taslit] (absolute right of an owner to deal with his property as he wishes) and its implications for burying individuals on private property. This inquiry seeks to explore the stance of Islamic law and jurisprudence, alongside modern legal systems, on the legality and permissibility of such burials amidst contemporary urban and societal challenges.

#### 2. Research Question

The central question guiding this research is whether Islamic law and





jurisprudence, alongside national laws in Islamic countries, permit the burial of the deceased on private property, given the broad implications for urban development, public health, and societal norms. This question encompasses the investigation of the extent to which the principle of Dominance within Islamic jurisprudence allows for such practices and how contemporary urban living requirements and societal interests intersect with or diverge from these traditional practices.

### **3. Research Hypothesis**

The hypothesis posited by the authors suggests a potential reconciliation between the Islamic jurisprudential rule of absolute legal authority of the owner to exercise dominion over property [Tasleet] and the no harm principle [La-Za'rar], proposing that it might be permissible to bury the deceased on one's private property under specific circumstances. This hypothesis implies a nuanced understanding of property rights within Islamic law that accommodates the evolving needs of modern urban societies while adhering to Islamic legal principles and societal values.

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

The methodology adopted in this study is descriptive, analytical, and doctrinal, aiming to dissect and understand the multifaceted issue of burial on private properties within the context of Islamic jurisprudence and law. This approach involves an extensive review of primary and secondary sources, including jurisprudential rulings, works of Islamic scholars, and legal texts, to elucidate the foundational Islamic ruling on burial practices. The analysis further extends to the examination of modern positive law, particularly Iranian Civil Law and Islamic Penal Code, and its treatment of such burials considering environmental, social, and urban development aspects. The doctrinal framework is employed to interpret and reconcile traditional Islamic rulings with contemporary legal standards and societal expectations, aiming to provide a comprehensive understanding of the subject matter and propose viable legal and religious solutions.

This paper presents a thorough investigation into the complex interplay between religious doctrine, legal principles, and societal needs regarding the burial of the deceased on private properties. By examining the practice through the lenses of Islamic jurisprudence and contemporary law, the study seeks to offer insightful perspectives and

potential reconciliations that respect both traditional values and modern realities.

## **5. Results & Discussion**

The comprehensive analysis conducted in this study reveals a nuanced spectrum of perspectives within Islamic jurisprudence and Iranian law regarding the burial of the deceased on private properties. Central to this discourse is the principle of personal ownership and the rights it encompasses, which traditionally include the disposition of property in various manners, burial of the deceased being one such manner. Despite some Islamic scholars' interpretation of narrations from the Prophet of Islam (PBUH) as prohibiting such burials, a closer examination and alternative interpretations suggest that the practice can indeed be permissible. This permissibility is supported by the Sunnah of the Ahl al-Bayt, absence of explicit prohibition by the Islamic legislator, and the overarching principle of dominion over one's possessions.

However, the discourse does not end with the establishment of permissibility. The study delves deeper into the social jurisprudence perspective, highlighting significant concerns associated with private burials, such as psychological distress, potential for disease transmission, environmental degradation, and harm to others. These concerns present formidable challenges to the outright acceptance of burial on private property as a permissible act. The Iranian legal system's stance, reflecting these concerns, explicitly prohibits such burials, incorporating both criminal penalties and provisions for civil damages in cases where private burials cause harm.

## **6. Conclusion**

The intricate interplay between religious doctrine, legal standards, and social welfare culminates in a complex yet critical conclusion regarding the burial of the deceased on private property. While Islamic jurisprudence provides a foundational permissibility based on property ownership and rights, the practice's potential social, health, and environmental repercussions necessitate a more cautious approach. The study underscores that the absolute prohibition observed in Iranian substantive law, although seemingly at odds with traditional Islamic rulings and historical practices, is primarily justified by the tangible risks associated with private burials.

However, the study proposes a balanced approach, advocating for legislative reforms that allow for exceptions under stringent conditions. Such conditions include societal acceptance, absence of harm, and cases where the deceased's burial site could serve a broader community interest, such as promoting knowledge or religious devotion, typically applicable to celebrities or scholars. This approach aims to reconcile the initial permissibility with contemporary societal needs and legal frameworks, suggesting a case-by-case evaluation rather than a universal application.

Furthermore, the discussion on affordability and access to public cemetery spaces opens another dimension to the debate, suggesting economic considerations as a potential justification for private burials in specific scenarios. This perspective highlights the need for a legal and religious framework that accommodates both traditional Islamic principles and the practicalities of modern societal living.

In conclusion, while the study affirms the foundational permissibility of burial on private property within Islamic jurisprudence, it also acknowledges the multifaceted challenges posed by such practices. The recommendation for a legislative approach that allows for exceptions under carefully defined conditions reflects an attempt to harmonize religious principles with the realities of contemporary urban life, emphasizing the importance of adaptability and consideration for the common good in Islamic law and jurisprudence.

**Keywords:** Dominance Rule, No-Harm Principle, Social Jurisprudence, Disposition, Civil Liability.

## جستاری فقهی حقوقی در خصوص دفن اموات در املاک شخصی

سعید محبوب • استادیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران. (نویسنده مسئول)

s.mahjoub@qom.ac.ir

محمدتقی مرادی • دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه قم، قم، ایران.

mtmoradi1402@gmail.com

### چکیده

از دیرباز، دفن اموات در املاک شخصی، مانند دفن بسیاری از مشاهیر در منازل شخصی خود، در جوامع گوناگون با انگیزه‌های مختلفی صورت پذیرفته است. حکم اولیه اسلام در این خصوص، با استناد به دلایلی هم‌چون «سنت معصوم»، «عدم ردع شارع» و «قاعده تسلیط»، جواز دفن اموات در املاک شخصی است. با این حال، پس از گسترش شهرنشینی و اقتضات دوران جدید، و با توجه به مفاسد احتمالی فراوان، نمی‌توان حکم اولیه پیش‌گفته مبنی بر جواز دفن را، به صورت مطلق صادر کرد. در نظام حقوقی ایران نیز، اگر چه مطابق با ماده ۳۰ قانون مدنی که با اقتباس از قاعده فقهی تسلیط، به مالک حق تصرف همه‌جانبه بر مایملک خویش اعطاء شده است، لکن با توجه به ماده ۱۳۲ از همان قانون که قیود تحدیدکننده این حق را برشمرده است، و هم‌چنین ماده ۶۳۵ از باب تعزیرات قانون مجازات اسلامی، هم‌اینک اصل بر ممنوعیت مطلق دفن اموات در املاک شخصی است. نگارندگان این ممنوعیت مطلق را با ایراداتی مواجه دانسته‌اند و در ضمن پژوهش حاضر پیشنهاد شده است که در صورت متعارف بودن این تصرف، اخذ گواهی رسمی دفن، عدم اضرار به غیر، عدم ایجاد آسیب روانی، عدم شیوع بیماری‌های محیطی، و به‌علاوه جبران خسارت احتمالی توسط مالک در صورت تأثیرگذاری منفی این امر بر ارزش املاک مجاور، دفن اموات در املاک شخصی به صورت موردی مجاز دانسته شود.

واژگان کلیدی: قاعده تسلیط، قاعده لاضرر، فقه اجتماعی، تصرف، مسئولیت مدنی.



## مقدمه

تمایل به دفن اموات در املاک شخصی و به دنبال آن، ایجاد قبور خانوادگی در اماکنی جدا از قبرستان‌های عمومی، از تصرفاتی است که با انگیزه‌های مختلف عاطفی، مالی و ضرورت‌های ناشی از توسعه شهری صورت می‌پذیرد. این موضوع از دیرزمان در برخی شهرهای مذهبی و در مورد برخی عالمان بزرگ سابقه داشته است. قبور بزرگانی مانند شیخ طوسی و سیدحسین ترک در کنار مضجع شریف امیرالمؤمنین (علیه‌السلام)، آقابزرگ تهرانی در زیرزمین منزلش در نجف اشرف از این موارد بوده و اخیراً نیز مرحوم علامه حسن‌زاده آملی در منزل شخصی دفن شدند. همچنین، آرامگاه‌های خانوادگی در بیشتر شهرها که در اغلب موارد به خانواده‌های اشراف منتسب است مانند آرامستان ظهیرالدوله صفاعلی در تهران که به‌مرور زمان توسعه یافته است و افزون‌بر علی‌خان ظهیرالدوله صفاعلی و محمدتقی بهار (ملک‌الشعرا)، تعداد زیادی از هنرمندان و شاعران از جمله بانو قمرالملوک وزیری و فروغ فرخزاد در آن مدفون‌اند. از این قبیل است آرامگاه خانوادگی پروفیسور حسابی در منزل پدری خود. برخی از این آرامستان‌ها حالت قبرستان عمومی یافته‌اند، اما همگی نخست املاک شخصی بوده و برای عموم نبوده است. دفن در املاک شخصی توسط مشاهیر و بزرگان سابقه داشته و هم‌اکنون نیز مواردی مشاهده می‌شود. بر اساس قاعده مسلم فقهی «الناس مسلطون علی اموالهم» و طبق ماده ۳۰ قانون مدنی، با اینکه دفن افراد در املاک شخصی خود، مصداقی از تصرفات مالکانه در ملک شخصی است، با این حال، بدیهی است که گسترش این موضوع با چالش‌های اجتماعی، بهداشتی، مالی و... زیادی همراه است.

مسئله اساسی این است که رویکرد فقه امامیه و نظام حقوقی ایران در این خصوص چگونه است؟ آیا مالک با توجه به ماهیت ملک مبنی بر جواز هرگونه تصرفات، از چنین حقی برخوردار است؟ به عبارت دیگر، آیا می‌توان بدون توجه به ساختارهای زیستی عمومی و بافت همگانی شهری، هر مکانی را برای دفن افراد انتخاب کرد یا باید همگان در قبرستان‌های عمومی تحت مدیریت کلان‌شهری یا فرهنگ عمومی محیط دفن شوند؟ در صورت پذیرش جواز دفن بر اساس نظر مالک، آیا اقتضائات کنونی شهرنشینی موافق چنین موضوعی است و مصالح کلان جامعه چنین چیزی را پذیرفتنی می‌داند؟

طبق بررسی صورت‌گرفته، برای این موضوع هیچ پیشینه پژوهشی شایان توجهی یافت نشد و تنها جنبه دیگری از دفن اموات و مالکیت مبنی بر «بررسی امکان مالکیت و توارث قبور» توسط

حسین فرهودی در شماره ۱۰۴ فصلنامه وقف میراث جاویدان ارائه شده که بیگانه از بحث حاضر است. باین حال، استفتائات پراکنده‌ای در خصوص موضوع وجود دارد که در برخی از آن‌ها در پاسخ این پرسش که «آیا شرعاً جایز است جنازه فرد در قبرستان دفن نشود و در ملک شخصی دفن شود؟»، آمده است در صورتی که خلاف قوانین باشد بنا بر احتیاط انجام نشود (شبییری زنجانی، ۱۳۹۶، ج ۱، ص ۲۴۶). آیت‌الله مکارم نیز در جواب استفتایی مبنی بر دفن افراد در باغ شخصی خودشان می‌نویسد «دفن اجساد در غیر از قبرستان‌های عمومی که برای این کار تدارک دیده شده است، اشکال دارد». برخی از متأخران نیز معتقدند «دفن شخص در منزل شخصی اشکال ندارد و جایز است» (استفتائات آیت‌الله روحانی، کد استفتا: ۱۸۳۲۲-۲۹۵). در نظام حقوقی نیز ماده ۶۳۵ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات و مجازات بازدارنده) نیز به‌طور کلی آورده است: «هرکس بدون رعایت نظامات مربوط به دفن اموات، جنازه‌ای را دفن کند یا سبب دفن آن شود یا آن را مخفی نماید به جزای نقدی از یک صد هزار تا یک میلیون ریال محکوم خواهد شد». برای تبیین زوایای بحث در این نوشتار، نخست مالکیت و حدود تصرفات آن بحث شده و سپس با تفتن در احکام اولیه و ثانویه، نخست به حکم اولیه اسلام در خصوص دفن اموات پرداخته شده و سپس دفن اموات در املاک شخصی از منظر حقوق موضوعه مطمح نظر قرار گرفته است. درنهایت، حکم دفن در املاک شخصی از منظر فقه اجتماعی مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد تا امکان نتیجه‌گیری میسر شود.

#### ۱. مالکیت و حدود تصرفات شرعی مالک در فقه امامیه

مالکیت، از مفاهیم اضافی و اصطلاحی است که برای اشاره به رابطه‌ای مخصوص میان شیء (مملوک) و شخص (مالک) به کار می‌رود (نراقی، ۱۴۱۷ق، ص. ۱۱۳). این رابطه اعتباری به مالک اجازه می‌دهد که از شیء مملوک استفاده کند و از آن بهره برد. حدوث و بقای مالکیت مانند هر امر اعتباری دیگر به دست منشأ اعتبار آن است و کیفیت اعتبار مالکیت نیز به دست همان منشأ اعتبار است. شارع مقدس درباره مفهوم مالکیت و مصادیق آن بیان خاصی ندارد و تشخیص این امور را به عرف و عقلا واگذار کرده است؛ هرچند وجود این رابطه بین شخص خاص و شیء خاص، به دلیل معتبری نیاز دارد (نراقی، ۱۴۱۷ق، ص. ۱۱۳).

از منظر فقه، هر مالکی در حیطة ملک خود حق هرگونه تصرف مالکانه را دارد؛ از تصرفات

رایج مانند خرید و فروش، هبه و صلح گرفته تا دیگر انواع تصرف؛ یعنی آزادانه از آن بهره‌مند شود، آن را به گونه‌های مختلف به دیگران منتقل کند و بهره‌های ممکن را از آن ببرد. این موضوع مهم‌ترین اثر مالکیت است. از تسلط و اختیار افراد در چنین بهره‌برداری‌ای از اموال و املاک خود با عنوان قاعده «سلطنت» یاد می‌شود (بجنوردی، ۱۴۲۸ق، ج ۱، ص. ۲۴۲). این قاعده برگرفته از روایت نبوی «الْأَنْسُ مُسَلِّطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ» (ابن ابی‌جمهور، ۱۴۰۳ق، ج ۱، ص. ۲۲) است و بیان می‌دارد مالک اختیار هرگونه تصرف را در ملک خود دارد. عموم قاعده در عبارت «اموالهم» همه دارایی‌ها اعم از منقول و غیرمنقول را شامل می‌شود. یکی از مصادیق سلطنت مطلقه این است که اگر انسان بخواهد جنازه‌ای را در ملک خودش دفن کند، اشکالی نداشته باشد.

غیر از قاعده سلطنت، روایات زیادی حاکی از اختیار کامل مالک در تصرفات مالکانه است. برای مثال، ابوبصیر از امام صادق (علیه‌السلام) نقل می‌کند «به ابوعبدالله صادق (علیه‌السلام) گفتم اگر کسی صاحب فرزند باشد، می‌تواند اموال خود را به دیگر خویشانش ببخشد؟ ابوعبدالله گفت هرکس نسبت به اموال خود صاحب اختیار است و تا مرگ گریبان او را بگیرد، هر کاری که مایل باشد، انجام می‌دهد. اگر مایل باشد به خویش و بیگانه می‌بخشد و اگر مایل باشد در راه خدا تصدق می‌کند و اگر مایل باشد برجا می‌گذارد تا پدیده مرگ، اختیارات او را سلب کند» (طوسی، ۱۳۶۵، ج ۹، صص. ۱۸۷ و ۱۸۸). ممکن است گفته شود این روایت مربوط به زمان حیات مالک است درحالی‌که سخن در دفن میت بعد از مرگ وی در املاک خودش است. در پاسخ باید گفت که سخن در توسعه جواز دفن در املاک شخصی حتی توسط وراثت یا دفن دیگران در ملک شخصی افراد زنده است نه لزوماً دفن فرد بعد از مرگ در ملک خودش.

مسئله دیگری که در این خصوص شایان توجه است، این است که آیا این مالکیت در فقه بدون حد است؟ از توجه به مصادیق فتاوی فقیهان دریافت می‌شود که شارع از برخی گونه‌های تصرف نهی کرده که این به معنای محدودسازی دلالت قاعده است. برخی از این موارد عبارت‌اند از ممنوعیت فروش انگور برای تبدیل به شراب (شهید ثانی، ۱۴۳۵ق، ج ۲، ص. ۱۷۴) و ممنوعیت تصرف محتکرانه در کالاهای اساسی مورد نیاز مردم (عاملی، ۱۴۲۹ق، ج ۱۲، ص. ۳۵۲). در توسعه تصرفات مجاز در ملک نیز مواردی مانند آتش افروختن در حد نیاز و آبیاری زمین در حد متعارف بیان شده است تا وسعت اختیار مردم در تصرف مالکانه را بیان کند (حلی (محقق)، ۱۴۰۸ق، ج ۳، ص. ۱۸۶). از کلام برخی فقیهان بزرگ به‌صراحت معیار منع از تصرفات

غیرمتعارف در تحدید تصرفات مالک قابل استخراج است؛ تصرفات غیرمتعارفی که باعث خساراتی مانند تخریب با سیل و آتش‌سوزی در اموال دیگران شود، نهی شده است. در نتیجه، مسبب این امور مسئول جبران خسارات وارده خواهد بود (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۳، ص. ۱۰۳). بدیهی است مصادیق یادشده حمل مصداق بر مفهوم است و از منظر شیخ طوسی هر تصرف غیرمتعارفی که منجر به خسارت اموال دیگران شود، محدد تصرفات مالکانه است. پس از شناخت قاعده و حدود تصرفات، ضروری است به صورت خاص به حکم اولیه اسلام در دفن اموات در ملک شخصی بپردازیم.

## ۲. حکم اولیه اسلام در خصوص دفن اموات در املاک شخصی

در کتاب‌های فقهی، احکام قبر تحت عنوان «المدفن» بیان شده است (شهید اول، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص. ۷؛ نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص. ۲۸۳). اموری مانند کراهت حمل جنازه به شهری غیر از محل فوت میت جز مشاهد مشرفه (ابن ادریس حلی، ۱۴۲۸ق، ج ۱، صص. ۱۶۸-۱۶۹؛ نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص. ۲۸۴)، عمق قبر و ساتر جنازه بودن (حلی (علامه)، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص. ۸۸)، کیفیت قرار دادن جنازه داخل قبر (خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۹، ص. ۳۱۹)، جواز نبش قبر در برخی موارد مانند مناسب شأن جنازه نبودن مکان دفن و... (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص. ۴۳۸؛ خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۹، ص. ۳۰۷) و حرمت دفن مسلمانان در قبرستان کفار و دفن کفار در قبرستان مسلمین (نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص. ۲۸۴) از احکام یادشده برای مکان دفن است. مستفاد از این احکام این است که عمده ویژگی لازم برای مکان دفن، مباح بودن آن است؛ چه این اباحه از باب امثال وقف برای دفن حاصل شده و چه مالک زمین اذن داده باشد (نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص. ۲۶۸).

در خصوص حکم اولیه دفن اموات در املاک شخصی دو نظر استحصال می‌شود.

### ۱.۲. جواز دفن در املاک شخصی

شیخ طوسی از اعلام فقهای امامیه به جواز دفن در «بیت» و ملک شخصی تصریح کرده است (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۱، ص. ۱۸۸). بهرغم جواز این کار، دفن جنازه در قبرستان برتر از دفن در خانه و ملک شخصی دانسته شده است و دلیل این استحباب را فرمان رسول خدا به دفن اصحاب خود در مقبره‌های عمومی بیان کرده‌اند؛ به‌ویژه در قبرستانی که به‌خاطر دفن عالمان، صالحان و



شهدا، از آن به نیکی یاد می‌شود (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۱، ص. ۱۸۸). به نظر می‌رسد کاربست واژه قبرستان در سیره مسلمانان گویای نوعی تحذیر از دفن فردی و تشویق به دفن در کنار دیگر مسلمانان است.

برخی در عدم استحباب دفن در قبرستان عمومی، به دفن خاتم انبیای الهی، حضرت ختمی مرتبت (صلی الله علیه و آله و سلم) در بیت شریفش اشکال کرده‌اند. پاسخ این است که امیرالمومنین، علی (علیه السلام) به خاطر اختلاف صحابه در مکان دفن، ایشان را در منزلشان دفن کردند. همچنین، این از خصایص انبیاست که در هر مکانی از دنیا بروند، در همان مکان دفن می‌شوند (شهید اول، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص. ۱۲) مانند شهید که در مقتل خودش دفن می‌شود (شهید اول، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص. ۱۱). از این رو، پیکر مطهر سیدالشهدا (علیه السلام) در قتلگاه آن امام شهید دفن شد. دیگر شهدایی را که در معرکه جنگ به شهادت رسیده‌اند، هم می‌توان در محل شهادتشان دفن کرد و هم در صورت مصالح عمومی مانند ترویج فرهنگ دفاع، ایشار و شهادت در اماکن مخصوص و حتی در اماکن شخصی خودشان دفن کرد.

نسبت به دفن جنازه افراد در ملک شخصی خود، در کتاب‌های فقهی متأخران مطلب خاصی بیان نشده است. در کتاب عروة الوثقی در سه مسئله پی‌درپی، مکان‌هایی که نمی‌توان در آن‌ها جنازه‌ای را دفن کرد، آورده که عبارت است از ۱. دفن مسلمان در مقبره کفار، ۲. دفن مسلمان در مزبله و مکان‌هایی که باعث هتک حرمت جنازه مسلمان می‌شود و ۳. دفن در مکان‌های غصبی و مکان‌هایی مانند مساجد و مدارس که برای غیر از دفن وقف شده‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص. ۴۳۸). همچنین، از مکان‌هایی که دفن در آن‌ها کراهت دارد، دفن در خانه‌ها عنوان شده است که تقریباً همه محشین عروه آن را پذیرفته‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص. ۴۴۶). برای جواز دفن در ملک شخصی، ادله ذیل قابل استحصال است.

#### ۱.۱.۲. سنت معصومان (علیهم السلام)

یکی از ادله معتبر برای استخراج احکام شرعی سنت معصومان (علیهم السلام) است. سنت معصومان (علیهم السلام) عبارت از قول، فعل و تقریر آن‌هاست (مظفر، ۱۳۷۰، ج ۲، ص. ۵۷)؛ هرچند در بخش فعل، جزو ادله لیبی به شمار می‌آید و عیار ادله لفظی را ندارد. درباره مکان دفن حضرت زهرا (سلام الله علیها) دیدگاه‌های مختلفی میان اندیشمندان

مطرح شده از جمله اینکه دفن ایشان در منزل خود حضرت عنوان شده است. ملا صالح مازندرانی در این برداشت به فقره «و البائتة فی الثری بیقعتک» استناد کرده است (مازندرانی، ۱۳۸۲ق، ج ۷، ص. ۲۰۸). این موضوع کاشف از جواز دفن در املاک شخصی از منظر سنت عملی معصومان (علیهم‌السلام) است. درحقیقت، این موضوع نشان‌دهنده سنت مستمر معصومان نیست، بلکه نشان‌دهنده جواز آن است.

### ۲.۱.۲. عدم ردع شارع

ممکن است گفته شود سیره معصومان مختص به موارد خاص و در اصطلاح اصولی، واقعه خارجی بوده است. در پاسخ به این اشکال می‌توان به تحقق سیره متشرعه استناد کرد. علامه شعرانی در تعلیقه بر شرح اصول کافی ملا صالح مازندرانی در این قسمت بیان داشته که دفن در منزل شخصی رایج و متداول بوده است (مازندرانی، ۱۳۸۲ق، ج ۷، ص. ۲۰۸). این بیان نشان می‌دهد که گذشته از سیره عملی معصومان (علیهم‌السلام)، سیره مسلمین هم تحقق یافته است و عدم ردع شارع از این کار، صحت آن را تأیید می‌کند. بنابراین، با توجه به اینکه به‌رغم دفن در املاک شخصی، در خلال سالیان حضور معصومان در میان مردم دیده نشد که هیچ معصومی از این عمل نهی کرده باشد. این عدم ردع، خود دلیلی بر مشروعیت تدفین در املاک شخصی است.

توضیح اینکه، اگر در مانحن فیه، سلوک خارجی نسبت به مصداق محقق بوده و ارتکاز عقلایی نیز در زمان شارع وجود داشته باشد، تحقق سیره مبنی بر جواز دفن در املاک شخصی مسلم است (رفیعی علوی و محبوب، ۱۴۰۰، ص. ۱۱۷). در برخی منابع فقهی اهل سنت نیز آمده است «رسمی که از زمان پیامبر خدا (صلی‌الله‌علیه و آله) تا به امروز دنبال می‌شود، دفن کردن جنازه با اجساد مسلمانان است» (ابن عثیمین، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص. ۲۳۵).

### ۳.۱.۲. تسلط مالک بر اموال خویش

در لزوم مباح بودن مکان دفن، به حرمت تصرف بدون اذن در مال غیر استناد شده است (خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۹، ص. ۳۰۸). این استدلال نشان می‌دهد که شرط لازم و کافی برای دفن، تنها اذن داشتن از مالک زمین برای دفن است؛ چه اذن عام از باب وقف زمین برای دفن جنازه و چه اذن خاص در مورد جنازه فرد معینی. از چنین شرطی، جواز دفن در ملک خود شخص قابل برداشت است؛ زیرا با اذن داشتن از مالک، شرط لازم و کافی حاصل می‌شود. همچنین، محقق خوئی در

تحلیل جواز نبش قبر جنازه دفن شده در مکان غصبی بیان می‌دارد که تکلیف واجب، دفن در زمین مباح است و هیچ اشاره‌ای به عدم جواز در ملک شخصی نمی‌کند (خویی، ۱۴۳۰ق، ج ۹، ص. ۳۵۲). وی در فرع مربوط به اذن مالک در دفن جنازه در ملک شخصی و رجوع از اذن بعد از دفن جنازه هم ضمن بیان فتاوی محقق همدانی، هیچ اشاره‌ای به نامشروع بودن دفن در املاک شخصی نکرده است (خویی، ۱۴۳۰ق، ج ۹، ص. ۳۵۷).

مجموع این فتاوی و عدم ورود فقها به منع دفن در ملک شخصی اشخاص، به تسلط مالک بر ملک و مال خود که برگرفته از حدیث معروف «الناس مسلطون علی اموالهم» (ابن ابی‌جمهور، ۱۴۰۳ق، ج ۱، ص. ۲۲۲) است، متکی است.

در جواز دفن در ملک شخصی به اموری مانند گران بودن قیمت قبر به‌ویژه در شهرهای بزرگ و عدم تمکن مالی بستگان متوفا برای دفن در مقابر عمومی نیز می‌توان اشاره کرد. پذیرش این موضوع به‌عنوان قاعده کلی مشکل است و باید متناسب با شرایط و هزینه‌های مناطق مختلف به آن نگریست.

## ۲.۲. عدم جواز دفن در املاک شخصی

اغلب فقهای عامه، دفن در خانه و ملک شخصی را مباح دانسته‌اند (ابن قدامه، ۱۹۶۸م، ج ۲، ص. ۳۷۹؛ مواق مالکی، ۱۹۹۴م، ج ۳، ص. ۵۵؛ میاره مالکی، ۲۰۰۸م، ص. ۳۲۰) و برخی مانند شافعیه و حنابله مکروه می‌دانند (نووی، بی‌تا، ج ۵، ص. ۲۸۳؛ شریینی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص. ۵۲). باین‌حال، فقهای مثل ابن عابدین نیز جز نسبت به دفن پیکر پیامبران الهی (علیهم‌السلام) در منازلشان، قائل بر منع دفن در املاک شخصی هستند (ابن عابدین، ۱۴۱۲ق، ج ۲، ص. ۲۳۵).

دلیل مانعین، روایت رسول خدا (صلی‌الله‌علیه‌وآله) است که فرمود «لَا تَجْعَلُوا بُيُوتَكُمْ مَقَابِرَ إِنَّ الشَّيْطَانَ يَنْفِرُ مِنَ الْبَيْتِ الَّذِي تُقْرَأُ فِيهِ سُورَةُ الْبَقَرَةِ» (نیشابوری، بی‌تا، ج ۱، ص. ۵۳۹). ظاهر این حدیث، مقتضی نهی مطلق از دفن در خانه‌هاست (عسقلانی، ۱۳۷۹ق، ج ۱، ص. ۵۲۹). باین‌حال، این برداشت از روایت نادرست است؛ زیرا مراد این است که اگر در خانه‌ای قرآن خوانده نشود، شبیه قبر خواهد بود نه اینکه مراد، دفن در منزل باشد (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص. ۶۵؛ مرادی، ۱۳۹۵، ص. ۴۳). فقیهان شیعه نیز (مجلسی، ۱۴۰۴ق، ج ۱۲، ص. ۴۹۳) این شرح را درباره روایت پذیرفته و آن را بر ترک نکردن قرائت قرآن حمل کرده‌اند. بنابراین، مشهور اهل سنت نیز دفن در

املاک شخصی را مورد پذیرش قرار داده‌اند.

### ۳. حکم دفن اموات در املاک شخصی از منظر فقه اجتماعی

از مطالب پیشین روشن شد که حکم اولیه فقهی دفن اموات در املاک شخصی هیچ منع شرعی و قانونی ندارد. با این حال، نظر به نظام کلی فقه و قانون و لزوم تأمین سعادت دنیوی و اخروی همه انسان‌ها در سایه عمل به شریعت، به حکم فقه اجتماعی، آسیب‌های زیادی در این کار وجود دارد. براینکه این آسیب‌ها، منع دفن جنازه در املاک شخصی است. برخی از ادله‌ای که می‌توان برای این موضوع بدان تمسک جست، شامل موارد زیر است.

#### ۱.۳. آسیب‌های روانی

جنازه، قبر و قبرستان از واژه‌های تلخی است که حتی شنیدنشان هم روان انسان را به هم می‌ریزد. ایجاد قبر و مقبره در نزدیکی مناطق مسکونی و محل فعالیت اشخاص ممکن است موجب حس رخوت، سستی، ناتوانی و ناامیدی در افراد شود. ترس از مرده یا Necrophobia نوع خاصی از فوبیا و شامل ترس از مرده و چیزهایی است که با مرگ ارتباط دارد. فرد مبتلا به این فوبیا ممکن است از اجساد مرده و چیزهایی مانند تابوت، سنگ قبر و قبرستان بترسد.

عموم افراد از رفت‌وآمد شبانه در قبرستان‌ها ترس دارند. حال اگر در خانه‌های مسکونی جنازه‌ای دفن شود، این ترس به درون محیط زندگی کشیده می‌شود.

یکی از بزرگ‌ترین رذایل اخلاقی، ترساندن مؤمن است که روایات تأکید بر عقوبت شدید این رذیله در قیامت دارد (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص. ۳۶۸). اخافه مؤمن یعنی اینکه کسی، یک عمل بدنی و لسانی انجام دهد که این عمل او باعث ترس در دل برادر مؤمن شود. مسلماً دفن در منزل شخصی برای برخی افراد موجب ترس و وحشت و اختلال روحی و روانی است. این آسیب به قدری جدی است که در کلان‌شهر قم که در برخی پژوهش‌ها، بیشتر مورد توجه بوده، در مقوله ایجاد قبرستان جدید در منطقه پردیسان این‌گونه بیان شده است «نکته دیگر، اثرات روحی و روانی است که ایجاد آرامستان در همه اطراف شهر دارد. با گسترش شهر قم و تبدیل آن به کلان‌شهر باید دسترسی آسان به آرامستان برای تمام مردم وجود داشته باشد، اما این بدان معنا نیست که برای شهری که امکانات رفاهی و تفریحی کمی دارد، در هر نقطه‌ای از شهر، قبرستان و گورستان ساخته شود؛ ضمن اینکه با وجود مسیر رودخانه قم که اخیراً به نام بلوار شهید سلیمانی

نام‌گذاری شده است، دسترسی مردم ساکن منطقه پردیسان به مهم‌ترین آرامستان قم یعنی آرامستان بهشت معصومه فراهم است و همچنین، با احداث پل مرجعیت، دسترسی منطقه پردیسان به آرامستان بقیع وجود دارد و بنابراین، نیازی به احداث آرامستان دیگری در قم و منطقه پردیسان وجود ندارد. به شهر باید مانند موجود زنده نگاه کرد؛ همان‌طور که آسیب یک قسمت از بدن بر کارکرد تمام بدن اثر منفی بر جا می‌گذارد، تعریف کاربری نادرست در یکی از مناطق شهری هم به همین‌گونه خواهد بود» (خبرگزاری قم فوری، کد خبر: ۲۰۳۴)¹.

### ۲.۳. شیوع بیماری‌های جسمی

بهداشت محیط زندگی از نیازهای اصلی هر فرد است. زیرساخت‌های دولتی و شبکه بهداشت و درمان نیز به دنبال تأمین این نیاز همگانی است. قبرستان‌ها می‌توانند یکی از مکان‌های مخاطره‌آمیز در برهم زدن بهداشت محیطی و ایجاد بیماری‌ها باشند. مرگ‌ومیرهای ناشی از بیماری‌های مختلف، همه روز جان افراد زیادی را می‌گیرد. بیشتر این بیماری‌ها هم خطرناک است و هم دیگران را به راحتی آلوده می‌کند.

اگر دفن جنازه در املاک شخصی مجاز بود، در دوران شیوع بیماری کرونا هم اجساد در منازل دفن می‌شدند و روشن است که این کار باعث فاجعه انسانی می‌شد. فارغ از بیماری‌های حادی مثل کرونا، رواج دفن اموات در املاک شخصی و در مجتمع‌های مسکونی، با پیشینه بیماری‌های مختلفی که در بین جنازه‌ها وجود دارد، زمینه‌ساز شیوع آلودگی و بیماری انسان می‌شود. این مضرات مصداقی از القای نفس در هلاکت باشد که قرآن کریم از آن نهی کرده است و می‌فرماید: «وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ» (بقره، ۱۹۵).

### ۳.۳. شیوع آلودگی‌های محیطی

قبرستان‌ها یکی مکان‌های مملو از آلودگی و بیماری هستند. این آلودگی‌ها به قدری خطرناک است که در هشتمین همایش زمین‌شناسی مهندسی و محیط‌زیست ایران در سال ۱۳۹۲، مقاله «بررسی اثرات آلودگی ناشی از قبرستان وادی رحمت تبریز بر آبخوان منطقه» در این خصوص ارائه شده است و قابل توجه است (محمدی و همکاران، ۱۳۹۲).

در این مقاله که پژوهشی میدانی در سوابق پژوهشی مسئله است، آمده است «قبرستان اصلی تبریز به دلیل قرار گرفتن در ارتفاع زیاد (نسبت به آبخوان دشت تبریز) و قرار گرفتن روی توف‌های آتشفشانی سهند، مستعد انتشار آلودگی به آبخوان منطقه است. به منظور بررسی آلودگی‌های احتمالی منتشرشده از این قبرستان، ۱۶ نمونه آب زیرزمینی از چاه‌ها، چشمه‌ها و قنات‌های داخل و اطراف قبرستان وادی رحمت (در دو مرحله) نمونه برداری شد و خواص فیزیکوشیمیایی و میکروبی آن‌ها مورد ارزیابی قرار گرفت. نتایج آنالیز هیدروشیمی نمونه‌های آب نشان داد که در نمونه‌های برداشت‌شده از داخل قبرستان، غلظت عناصری نظیر کلسیم، منیزیم و سولفات بالاست که مقایسه آن‌ها با نمونه زمینه نشان می‌دهد، این عناصر از محصولات واپاشی اجساد انسان هستند و غلظت بالای آن‌ها در نمونه‌های آب زیرزمینی محل قبرستان حاکی از انتقال شیرابه ناشی از تجزیه اجساد به آبخوان است. نتایج آزمایش‌های میکروبیولوژیکی نشان داد که به جز اشریشیاکلی، کلونی‌های قابل توجهی در نمونه‌های کشت یافته در محیط‌های TSA, EMB و Pour plate نمونه‌های برداشت‌شده از پایین دست قبرستان (نسبت به جهت جریان آب زیرزمینی) وجود دارد که نشان‌دهنده انتقال آلاینده‌های میکروبی از محل قبرستان به زمین‌های اطراف است. این آلاینده‌ها، قنوات منطقه را نیز که برای آبیاری و شرب استفاده می‌شود، آلوده کرده‌اند. عمق کم آب زیرزمینی و بدنه نفوذپذیر آبخوان که از جنس توف‌های سست آتشفشانی است و نیز حجم زیاد دفن اجساد در این قبرستان، باعث افزایش تأثیر آلاینده‌گی آن شده است».

#### ۴.۳. ضرر و زیان مادی به وراثت و املاک دیگران

دفن جنازه در ملک شخصی باعث ضرر به اموال ورثه و دیگر همسایگان می‌شود. برخی از فقهای امامیه و اهل سنت هم بیان داشته‌اند که دفن در قبرستان برتر از دفن در خانه شخصی است؛ زیرا جلوی ضرر و زیان بر زنده‌ها از جمله وراثت را می‌گیرد (شهید اول، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص. ۱۲؛ حلی (محقق)، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص. ۳۳۶؛ ابن قدامه، ۱۹۶۸م، ج ۲، ص. ۳۷۹). علامه حلی نیز بیان داشته که بهتر است جنازه در قبرستان عمومی دفن شود؛ زیرا با این کار، وراثت منازل خود را توسعه می‌دهند و از کل ملکی که به ارث مانده است، استفاده می‌کنند (حلی (علامه)، ۱۴۲۰ق، ج ۱، ص. ۱۳۳).

دین اسلام به قدری در آسیب نرساندن به همسایه‌ها و شرکای تجاری حساس است که حق

شفعه را برای جلوگیری از ضرر احتمالی شریک تأسیس کرده که حکم تشریح آن، متضرر نشدن شریک بوده است (بجنوردی، ۱۴۲۸ق، ج ۸، ص ۱۴۵؛ ابن قدامه، ۱۹۶۸م، ج ۵، ص ۲۳۳). در چنین نگاهی که شفعه برای جلوگیری از ضرر تأسیس شده، دفن میت در ملک شخصی قطعاً مبعوض شارع بوده است. حتی با این استدلال می‌توان گفت حکم اولیه اسلام، نهی از دفن در ملک شخصی است؛ زیرا قبر درون خانه، عیب بزرگی در ملک به شمار می‌آید (مواق مالکی، ۱۹۹۴م، ج ۳، ص ۵۵)؛ هم در ملک خود میت و هم در ملک همسایه‌ها.

در فقه امامیه جواز جابه‌جایی جسد از ملک خریداری شده مطرح و بیان شده است که اگر جنازه‌ای در قبری [که ملک شخص خاصی است] دفن شود، مشتری می‌تواند جنازه را به جای دیگری منتقل کند؛ هرچند بهتر است جابه‌جا نکند (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۱، ص ۱۸۸)؛ البته محقق حلی این دیدگاه را مستلزم نیش قبر دانسته و جواز جابه‌جا کردن جنازه را نپذیرفته است (حلی محقق، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۳۳۷).

برخی فقیهان معتقدند این کار باعث ضرر به ملک مالک و نقصان در آن نمی‌شود؛ زیرا دفن جنازه هیچ مانعیتی در انتفاع از آن ایجاد نمی‌کند و مالک زمین می‌تواند مانند پیش از دفن شدن جنازه، از آن بهره‌برد (خویی، ۱۴۳۰ق، ج ۹، ص ۳۵۴). با پذیرش ضرری نبودن این کار، به قاعده لاضرر نمی‌توان تمسک کرد. اشکال دوم تمسک به قاعده لاضرر در این مورد، مخالفت آن با امتنان دانسته شده است؛ زیرا قاعده لاضرر، جزو قواعد امتنان است و حکم به جواز اخراج جنازه از قبری که در ملک غیر است، هرچند امتنان به صاحب ملک است، در حق میت، امتنان نیست؛ زیرا بدن وی بدون دفن، در معرض تلف قرار می‌گیرد. از این رو، حتی اگر به صورت غصبی دفن شده باشد، مالک زمین نمی‌تواند جنازه را خارج کند برخلاف جواز اخراج غاصب زنده (خویی، ۱۴۳۰ق، ج ۹، ص ۳۵۴).

منع دفن در ملک غیر به دفن در ملک مستأجره هم سرایت می‌کند؛ زیرا منافع، به تملیک مستأجر درآمده است و دفن جنازه در ملک با استفیای منافع توسط وی منافات دارد (خویی، ۱۴۳۰ق، ج ۹، ص ۳۵۴).

اگر هم اشتباهی در ملک غیر دفن شود و مالک راضی نباشد، صاحب جواهر معتقد است بقای جنازه در ملک غصبی، حکم حدوث دفن در ملک غصبی را دارد و مالک نمی‌تواند آن را خارج کند؛ هرچند حکم به احتیاط در پرداخت قیمت زمین و راضی کردن مالک داده است (نجفی،

۱۳۶۲، ج ۴، ص. ۳۵۴). اما آیت‌الله خوئی معتقد است در این صورت مالک می‌تواند نبش قبر و جنازه را از ملک خود خارج کند؛ زیرا دفن در ملک غیر بدون رضایت مالک صورت گرفته است (خوئی، ۱۴۳۰ق، ج ۹، ص. ۳۵۵)؛ البته اگر دفن میت در ملک غیر با اذن مالک صورت گرفته باشد، مالک حق رجوع از اذن خود را ندارد و حرمت نبش قبر شامل این مورد می‌شود؛ چه اذن وی تبرعی بوده و چه عوض برای آن گرفته باشد؛ زیرا اذن در دفن، به وقف برای دفن برمی‌گردد. باین حال، او قبل از دفن می‌تواند از اذن خود برگردد مگر اینکه ضمن عقد لازم شرط شده باشد (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص. ۴۵۳).

گفتنی است دفن میت در خانه و ملک شخصی در کمترین حالت ممکن، نوعی ترک اولی است؛ زیرا غیر از ضررهایی که گذشت، باعث محرومیت جنازه از دعای همگان می‌شود؛ زیرا رفت‌وآمد عمومی به قبرستان باعث ترحم عابران می‌شود و برای همه اموات، طلب دعای خیر می‌کنند (این قدامه، ۱۹۶۸م، ج ۲، ص. ۳۷۹). از سویی روبه‌رو شدن مکرر با قبر درون منزل یا حیاط، حزن و اندوه انسان را زنده می‌کند. ارتکاز متشرعه بیان می‌کند که دفن میت در مقبره‌های عمومی ترجیح دارد و چه بسا دفن در املاک شخصی را ممنوع بداند. دعا‌های وارد شده در ورود به قبرستان نیز این مقوله را تأیید می‌کند آنجا که به همه اهل قبرستان سلام می‌دهد و می‌گوید: «السَّلَامُ عَلَى أَهْلِ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ مِنْ أَهْلِ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ يَا أَهْلَ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ بِحَقِّ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ كَيْفَ وَجَدْتُمْ قَوْلَ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ مِنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ...» (مجلسی، ۱۳۶۸، ج ۹۹، ص. ۳۰۱). خطاب جمع در این دعاها، استمرار سیره و حتی ارتکاز متشرعه را بر دفن در مقابر عمومی نشان می‌دهد.

از این روست که سیره و ارتکاز متشرعه با درک این برکات معنوی، بر این بوده‌اند که اموات را در قبرستان عمومی و نه در منازل و املاک شخصی دفن کنند.

عدم جواز دفن با دلایل دیگری مانند نظم عمومی اجتماعی، امکان ارتکاب قتل و کتمان حقیقت در پی دفن جسد در گوشه‌وکنار باغ‌ها و زمین‌های شخصی نیز تأیید می‌شود. از این رو مصالح عمومی ایجاب می‌کند از دفن اجساد در املاک شخصی به‌عنوان رویه رایج میان عموم مردم جلوگیری شود. با این حال، اگر در موارد مشخصی در چهارچوب قوانین از پیش تعیین شده، دفن میت در خانه شخصی با آسیب‌های پیش‌گفته همراه نباشد، دفن وی در ملک شخصی با هیچ محذور فقهی مواجه نیست. این مضرات، در برخی محیط‌های روستایی ممکن است وجود نداشته



باشد و حتی ممکن است دفن چهره شاخص در برخی موارد نه تنها از بین برنده آسیب‌های روانی شود و هیچ ضرری برای وراثت و همسایگان نداشته باشد، بلکه موجب ارتقایی برای ورثه و منطقه جغرافیایی قلمداد شود. در این موارد هیچ محذور فقهی برای دفن به نظر نمی‌رسد. با این تحلیل است که می‌توان دفن برخی اشخاص شناخته‌شده در ملک شخصی را تبیین کرد.

#### ۴. دفن اموات در املاک شخصی از منظر حقوق موضوعه ایران

ماده ۳۰ قانون مدنی بیان می‌دارد «هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه‌گونه تصرف و انتفاع دارد مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد». این ماده، به‌طور مطلق، تصرفات را که موجب ضرر همسایه می‌شود، منع کرده که این اطلاق با ماده ۱۳۲ محدود شده است. ماده ۱۳۲ قانون مدنی بیان می‌دارد: «کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود مگر تصرفی که به‌قدر متعارف و برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود باشد».

در صورتی که فرض شود دفن میت در ملک خود با هیچ‌یک از قیود یادشده در ماده ۱۳۲ منافات ندارد؛ یعنی موجب تضرر همسایه نشود و به‌قدر متعارف و برای رفع حاجت باشد، با مواد و اصول قانون مدنی مبیانیت ندارد. با این حال، در سال ۱۳۱۹، آیین‌نامه‌ای با عنوان آیین‌نامه مرده‌شوی‌خانه و گورستان در ۳۷ ماده به تصویب رسید که در ماده ۲۱ آن به‌صراحت این‌گونه مقرر شده است که «دفن و امانت‌گذاران درگذشتگان در غیر از گورستان‌های رسمی ممنوع است». ماده ۳۷ نیز به وضع ضمانت اجرای کیفری در این خصوص پرداخته و مقرر داشته است:

«الف. چنانچه متخلف از متصدیان و مسئولین نگاهداری و اداره مرده‌شوی‌خانه و گورستان باشد و از مواد ۳، ۶، ۱۱، ۱۳ و ۲۶ (شق الف و ج) و ۲۷، ۲۸، ۳۰، ۳۱، ۳۲، ۳۳ و ۳۴ تخلف کند، به حبس تکدیری از یک تا هفت روز و جزای نقدی از ۵ تا ۵۰ ریال یا به یکی از این دو کیفر خواهد رسید و مراتب در پشت پروانه آن‌ها قید می‌شود. چنانچه در ظرف سال، اشخاص نام‌برده سه محکومیت به شرح فوق پیدا کنند، پروانه آن‌ها پس گرفته می‌شود.

ب. هرگاه کارکنان بنگاه‌های نام‌برده از مواد ۴، ۵، ۷، ۸، ۹، ۱۲، ۱۳، ۱۵، ۱۷، ۱۸، ۲۱، ۲۳، ۲۴ و ۲۵ تخلف کنند، به حبس تعزیری از ۱ تا ۳ روز و غرامت از ۳ تا ۳۰ ریال یا به یکی از این دو کیفر محکوم می‌شوند.

همچنین، اگر ثابت شود مسئولین و متصدیان بنگاه در نظارت و اجرای تکالیف کارکنان به شرح

بند ب غفلت ورزیده‌اند، به کیفر مقرر در بند الف این ماده خواهند رسید».

در قوانین پس از انقلاب، ماده ۶۳۵ قانون مجازات اسلامی اشعار می‌دارد «هرکس بدون رعایت نظامات مربوط به دفن اموات، جنازه‌ای را دفن کند یا سبب دفن آن شود یا آن را مخفی نماید، به جزای نقدی از یک صد هزار تا یک میلیون ریال محکوم خواهد شد». برخی نویسندگان جزایی صرف دفن کردن مردگان را بدون رعایت نظامات باعث تحقق جرم موضوع ماده ۶۳۵ دانسته و رعایت یا عدم رعایت موازین شرعی را در تحقق این جرم مؤثر ندانسته‌اند (گلدوزیان، ۱۳۸۷، ص. ۳۶۷).

در خصوص این آیین‌نامه و اعتبار حقوقی آن نکاتی چند حائز توجه است. نخست اینکه، آیا آیین‌نامه می‌تواند قانون را تخصیص بزند؟ به عبارت دیگر، آیا قید لزوم دفن در آرامستان‌های عمومی می‌تواند به‌عنوان قیدی خارج از ماده ۳۰ قانون مدنی، این ماده را تخصیص بزند؟ پیش از پاسخ ضروری است توجه شود که در مانحن فیه اتخاذ هرکدام از قواعد چهارگانه مانند قاعده تسلیط، قاعده احترام، قاعده تبعیت و قاعده ید (سنجولی و کیخا، ۱۴۰۱، صص. ۶۲۹ و ۶۳۰) تأثیری بر موضوع ندارد. برخی حقوق‌دانان معاصر، ماده ۱۳۲ را حدود اولیه حق مالکیت بیان کرده و نظریه حق هرگونه دخل و تصرف بدون قید را متروک دانسته‌اند و معتقدند در عصر کنونی قیود مالکیت از هر زمانی بیشتر است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص. ۹۲).

در خصوص تخصیص قانون به‌وسیله آیین‌نامه نیز هرچند در اصل جواز این عمل، اختلاف نظر وجود دارد و ممکن است بتوان غیرموجه بودن این موضوع را مستدل کرد، اما مقنن ایران حتی بعد از انقلاب نیز، در مواردی با آیین‌نامه اقدام به تخصیص قانون کرده است. برای مثال، آیین‌نامه ازدواج مردان ایرانی با زنان خارجی آواره (دارنده کارت هویت ویژه اتباع خارجی) مصوب ۱۳۸۱/۰۲/۱۷ که از لحن آیین‌نامه، برخلاف قانون، چنین برمی‌آید که اصل بر ممنوعیت ثبت چنین ازدواج‌هایی است و ثبت چنین ازدواج‌هایی به‌طور استثنایی در حالتی مجاز است که مرد ایرانی، تشریفات مقرر در این آیین‌نامه را طی کرده باشد (حیاتی، ۱۳۹۳، صص. ۹۷-۹۸). با تفتن در این موضوع، یکی از قیودی که به ضرس قاطع بر مالکیت یادشده در ماده ۳۰ وارد شده است، دفن میت در ملک شخصی خود است.

دومین اشکال که ممکن است گرفته شود، این است که این آیین‌نامه با اصل ۴ قانون اساسی که

ابتنای همه قوانین را بر اساس موازین اسلام دانسته و تصویب آن متأخر از آیین‌نامه مزبور است، منافات دارد و تردیدی نیست که تمام قوانین متغیر و عرفی نیز باید «منطبق و مبتنی بر موازین اسلامی» باشد. از این رو تشریح قوانین متغیر از نظر فقهای دخیل در تدوین قانون اساسی، منافات و معارضتی با مبنای مسلم فقهای امامیه یعنی انحصار تشریح به خداوند که در اصل ۲ قانون اساسی نیز مورد تصریح قرار گرفته است، ندارد (الشریف، ۱۳۹۲، ص. ۵۴۰) و از آنجاکه حکم اولی اسلام، جواز دفن در ملک شخصی است، بنابراین، در حقوق موضوعه کنونی وجهی برای اعتنا به آیین‌نامه وجود ندارد.

این اشکال نمی‌تواند محل توجه باشد؛ زیرا اولاً، انطباق با موازین اسلامی در صورتی که متضمن تقید به قیدی برای حفظ مصالح عمومی باشد، ضروری است قید مزبور رعایت شود و از این حیث، انطباق نمی‌تواند با طلاقه مورد توجه قرار گیرد. برای مثال، هرچند ثبت ازدواج و طلاق در زمره احکام اولیه اسلام نیست، اما با توجه به مصالح عمومی، مقنن عدم ثبت را مواجه با ضمانت اجرای کیفری کرده است. ماده ۴۹ قانون حمایت خانواده عدم ثبت ازدواج دائم، طلاق یا فسخ نکاح یا ثبت انفساخ نکاح و اعلام بطلان نکاح یا طلاق را با افزودن بر الزام به ثبت، به پرداخت جزای نقدی درجه پنج یا حبس تعزیری درجه هفت مواجه ساخته است.

بنابراین، ممکن است حتی با توجه اقتضائات زمان و مکان که از مقومات اجتهاد صحیح است، گفته شود که جواز تدفین در ملک شخصی امروزه از احکام اولیه اسلام نیست. ثانیاً، همان‌طور که به تفصیل بیان شد، از بعد احکام اجتماعی اسلام، جواز دفن شخص در ملک شخصی مقید به قیودی است که با فقدان آن‌ها، حکم اسلام بر منع جواز است.

موضوع شایان بحث دیگر اینکه، اگر با دفن میت در ملک شخصی اضرار به دیگری وارد شود، مثلاً محل کسب دیگری با تعطیلی یا عدم فروش اجناس مواجه شود، آیا این خسارت باید جبران شود؟ مفاد ماده ۱۳۲ قانون مدنی و نظر مشهور فقیهان بر عدم جبران خسارت است. دلیل این موضوع را تصرفات مالکانه مالک می‌دانند که چون در ملک خود و به اندازه متعارف انجام شده است، اخذ خسارت از وی را ناموجه می‌سازد. باین حال، به نظر می‌رسد مشروعیت تصرف مساوی با عدم ضمان نباشد. برای مثال، تصرفات پزشک برای درمان مشروع است، اما در صورتی که موجب فوت شخص شود، وی مسئول جبران خسارت است. درست به همین دلیل است که برخی نویسندگان معتقدند باید ماده ۱۳۲ قانون مدنی را به حکم تکلیفی و جواز تصرفات

حمل کرد، اما اگر این تصرفات موجب ورود ضرر به دیگری شود، زیان‌دیده مستحق جبران خسارت و مالک نیز ملتزم به جبران آن است. پس تنها فایده اصلی ماده در این است که او قابل مجازات نیست و این موضوع مانع مسئولیت مالک یا متصرف به جبران خسارات وارد شده به شخص دیگر در نتیجه تصرف اضرائی مشروع نیست (باریکلو، ۱۳۹۰، صص. ۱۴۰-۱۴۳). برخی دیگر از نویسندگان نیز بر مبنای قاعده لاضرر همین نظر را داده و مشروعیت تصرف را نافی ضمان و مسئولیت مالک ندانسته‌اند. (یزدانیان، ۱۳۸۶، ص. ۱۱۵).

از دیگر ادله منع دفن، می‌توان به برهم خوردن نظم عمومی اجتماعی، امکان ارتکاب قتل و کتمان حقیقت اشاره کرد. نظم عمومی بسیار انعطاف‌پذیر و عدم قاطعیت آن قابل انتقاد است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، صص. ۱۴۶-۱۴۹)، اما امکان ارتکاب قتل و کتمان حقیقت بسیار محل تأمل است. نگارندگان برای پیشگیری از چنین موضوعی، اخذ مجوز رسمی دفن را در نظر داشته و بیان کرده‌اند. بنا بر موارد مطروحه، از منظر قانونی دفن اشخاص در املاک شخصی تصرفی خلاف قانون به معنی عام است که حتی در صورتی که این دفن در حد متعارف و برای رفع حاجت و بدون اضرار به غیر باشد، غیرقانونی و موجب ضمان مالک است. از سویی این موضوع مواجهه با مسئولیت کیفری است که بر اساس ماده ۶۳۵ مجازات اسلامی (تعزیرات) به جزای نقدی از یک صد هزار تا یک میلیون ریال محکوم خواهد شد. قانون مجازات، تعلق کیفر را منوط به عدم رعایت نظامات دانسته است، اما از توجه به ماده ۲۱ آیین‌نامه مرده‌شوی‌خانه و گورستان مصوب ۱۳۱۹، ممنوعیت مطلق مستفاد می‌شود که این موضوع نمی‌تواند باطل‌اقه مورد پذیرش باشد. بنابراین، شایسته است مقنن اقدام به وضع قیودی برای صدور جواز دفن در ملک شخصی کند. برای مثال، اگر دفن میت در ملک شخصی بیش از حد متعارف، سبب آسیب‌های روانی، شیوع بیماری‌های جسمی، شیوع آلودگی‌های محیطی و ضرر و زیان به غیر نشود و تنها پس از اخذ مجوز رسمی دفن مجاز دانسته شود.

### نتیجه‌گیری

دفن میت در ملک شخصی از دیرباز طرف عمل برخی اشخاص بوده است. مبنای این مسئله در فقه اسلامی، مالکیت شخص بر مایملک است. بر این اساس، شخص متمکن از انحای تصرفات بوده و دفن میت نیز در زمره این تصرفات است. در مقابل مخالفان دفن در ملک شخصی که بر تفسیری

نادرست از یک روایت مبتنی است، حکم اولیه اسلام که توسط فقیهان بیان شده، دقیقاً منطبق بر جواز دفن در ملک شخصی است. با این حال از لحاظ فقه اجتماعی، این جواز با آسیب‌هایی همراه است. دفن شخص در ملک شخصی در اغلب موارد موجب آسیب‌های روانی، شیوع بیماری‌های جسمی، آلودگی‌های محیطی و ضرر و زیان به دیگران می‌شود که این امورات موانعی بر پذیرش حکم اولیه جواز است. در حقوق موضوعه ایران، ماده ۳۰ قانون مدنی انحاء تصرفات را برای مالک مجاز شناخته است. با این حال، در ماده ۱۳۲ برخی قیود دیگر تحدید مالکیت افزوده شده است. افزون بر موارد فوق، ماده ۲۱ آیین‌نامه مرده‌شوی‌خانه مصوب ۱۳۱۹، به‌صراحت دفن اموات را در ملک شخصی ممنوع دانسته است که در صورت پذیرش تخصیص قانون به‌وسیله آیین‌نامه، مسلماً از موارد تخصیص ماده ۳۰ قانون مدنی است. در صورتی که این تخصیص پذیرفته نشود، با توجه به قیود یادشده در ماده ۳۰ قانون مدنی و نیز قیود یادشده بر اساس فقه اجتماعی، نمی‌توان حکم به جواز این موضوع را در نظام حقوقی ایران باطله صادر کرد. این موضوع با توجه به ماده ۶۳۵ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) به‌روشنی شایان دریافت است. از سوی دیگر، افزون بر ضمانت اجرای کیفری، اگر دفن میت در ملک شخصی به هر شکلی موجب اضرار به غیر شود، به نظر می‌رسد به‌رغم نظر مشهور بر عدم ضمان، جواز دفن مساوی با عدم ضمان نباشد. بنابراین، در این موارد جبران خسارت مدنی نیز باید صورت پذیرد. لازم به توجه است که ممنوعیت مطلق دفن نیز با توجه به حکم اولیه اسلام و سیره مسلمانان در طول تاریخ شایان دفاع نیست و با نقض مکرر قانون مواجه می‌شود. بنابراین، توصیه می‌شود مقنن ضمن بنا نهادن اصلی مبنی بر ممنوعیت دفن در املاک شخصی، در صورت وجود قیودی مانند متعارف بودن دفن، عدم اضرار به غیر، عدم ایجاد آسیب‌های روانی و عدم شیوع بیماری‌های جسمی و آلودگی‌های محیطی، حکم بر عدم ممنوعیت جواز دفن در ملک شخصی را صادر کند؛ البته این امر غالباً نه به‌صورت عمومی، بلکه تنها در مواردی که فرد از مشاهیر یا علمایی باشد که مدفن ایشان باعث ترویج علم یا امور مذهبی می‌شود، مناسب خواهد بود وگرنه حکم به منع عموم، اولی به نظر می‌رسد؛ زیرا هیچ دلیل موجه و متقنی که با استناد به آن، افراد عادی با انگیزه‌های شخصی، اجازه دفن در ملک خود را داشته باشند، شایان ارائه نیست. همچنین، پیشنهاد می‌شود جسد در فضای بتونی محکم دفن شود که اگر به هر دلیلی مجبور به جابه‌جایی شدند، نبش قبر صورت نگیرد.

## منابع

- ۱) قرآن کریم.
- ۲) ابن ابی جمهور، محمد بن زین الدین (۱۴۰۳ق). عوالی اللتالی العزیزیه فی الاحادیث الدینیة (مجتبى عراقى، تصحیح و تنظیم). (جلد ۱). قم: مؤسسه سیدالشهدا (علیه السلام).
- ۳) ابن ادريس حلی، ابوجعفر محمد بن منصور بن احمد (۱۴۲۸ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی (جلدهای ۱ و ۳). چاپ ۵، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- ۴) ابن بابویه، محمد بن علی (۱۳۸۵). علل الشرایع. چاپ ۱، قم: داوری.
- ۵) ابن عابدین، محمد امین بن عمر بن عبدالعزیز عابدین دمشقی الحنفی (۱۴۱۲ق). ردالمختار علی الدرالمختار (جلد ۲). چاپ ۲، بیروت: دارالفکر.
- ۶) ابن عثیمین، محمد بن صالح بن محمد (۱۴۱۳ق). مجموع فتاوی و رسائل فضیلت (جلد ۲). ریاض: دارالوطن.
- ۷) ابن قدامه مقدسی، ابو محمد موفق الدین عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامه (۱۹۶۸م). المغنی (جلدهای ۲ و ۵). قاهره.
- ۸) ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق). لسان العرب. بیروت: دار صادر.
- ۹) امامی، سیدحسین (بی تا). حقوق مدنی. تهران: اسلامیة.
- ۱۰) باریکلو، علیرضا (۱۳۹۰). اموال و حقوق مالی. تهران: سمت.
- ۱۱) بجنوردی، سیدحسین آقا بزرگ موسوی (۱۴۲۸ق). القواعد الفقهیه (جلد ۸). چاپ ۱، قم: الهادی.
- ۱۲) جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۲). صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق. تهران: گنج دانش.
- ۱۳) جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸). حقوق اموال. تهران: گنج دانش.
- ۱۴) جمعی از پژوهشگران (۱۴۲۶ق). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (علیهم السلام). (۳ ج)، چاپ ۱، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام).
- ۱۵) حکیم، محمدتقی (۱۴۱۸ق). الاصول العامة فی الفقه المقارن. چاپ ۲، قم: بی تا.
- ۱۶) حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۱۴ق). تذکرة الفقها (جلد ۲). چاپ ۱، قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
- ۱۷) حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۲۰ق). تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیة (جلد ۱). چاپ ۱، قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
- ۱۸) حلی، نجم الدین جعفر بن حسن (۱۴۰۷ق). المعتمد فی شرح المختصر (جلد ۱). قم: مؤسسه سیدالشهدا (علیه السلام).

- ۱۹) حلی، نجم‌الدین جعفرین حسن (۱۴۰۸ق). شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام (جلد ۳). چاپ ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- ۲۰) حیاتی، علی‌عباس (۱۳۹۳). حقوق خانواده. تهران: میزان.
- ۲۱) خوبی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۸ق). موسوعة الامام الخویی (جلد ۹). چاپ ۱، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخویی.
- ۲۲) خوبی، سیدابوالقاسم (۱۴۳۰ق). التنقیح فی شرح العروة الوثقی (میرزا علی غروی، مقرر). (جلد ۹). چاپ ۴، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخویی.
- ۲۳) رفیعی علوی، سیداحسان و محجوب، سعید (۱۴۰۰). سیاست بازنگری، اصلاح و تکمیل نظام حقوقی و رویه‌های قضایی با تمرکز بر عقل و سیره عقلا در حل اختلاف دعاوی خانواده. مطالعات فقهی حقوقی زن و خانواده، ۴ (۸)، صص. ۱۰۳-۱۳۴.
- ۲۴) سنچولی، زینب و کیخا، محمدرضا (۱۴۰۱). کاوشی نو در جهت رفع تعارض بین ماده ۳۸ قانون مدنی با قوانین موضوعه محدودکننده مالکیت خصوصی. پژوهشنامه حقوق اسلامی، ۲۳ (۴)، صص. ۶۲۱-۶۵۲. doi: 10.30497/law.2022.243232.3269
- ۲۵) شبیری زنجانی، سید موسی (۱۳۹۶). استفتائات (جلد ۱)، قم: مرکز فقهی امام محمد باقر (علیه السلام).
- ۲۶) شریینی، شمس‌الدین محمدبن احمد الخطیب (۱۴۱۵ق). مغنی المحتاج الی معرفة معانی الفاظ المنهاج (جلد ۲). بیروت: دارالکتب العلمیه.
- ۲۷) الشریف، محمد مهدی (۱۳۹۲). منطق حقوق پژوهشی در منطق حاکم بر تفسیر و استدلال حقوقی. تهران: سهامی انتشار.
- ۲۸) شهید اول، محمدبن مکی (۱۴۱۹ق). ذکر الشیعة فی احکام الشریعة (جلد ۲). قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم السلام).
- ۲۹) شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۳ق). مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام. چاپ ۱، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- ۳۰) شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۳۵ق). الروضة البهیة. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- ۳۱) شبیانی، ابو عبدالله احمدبن محمدبن حنبل (۲۰۰۱م). مسند الامام احمدبن حنبل (شعیب الارنؤوط، محقق). بی‌جا: مؤسسه الرساله.
- ۳۲) طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۰۹ق). العروة الوثقی (جلد ۱). چاپ ۲، بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات.
- ۳۳) طوسی، محمد بن حسن (۱۳۶۵). تهذیب الاحکام. تهران: دارالکتب الاسلامیه.

- ۳۴) طوسی، محمدبن حسن (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الامامیه (جلدهای ۱ و ۳). چاپ ۳، تهران: مرتضوی.
- ۳۵) عاملی، سید محمد جواد حسینی (۱۴۲۹ق). مفتاح الکرامة. قم: موسسه نشر اسلامی.
- ۳۶) عسقلانی شافعی، احمدبن علی بن حجر ابوالفضل (۱۳۷۹ق). فتح الباری شرح صحیح البخاری (جلد ۱). بیروت: دارالمعرفة.
- ۳۷) کراجکی، محمدبن علی (۱۴۱۰ق). کنزالفوائد دارالذخائر. قم.
- ۳۸) کلینی، محمدبن یعقوب (۱۴۰۷ق). الکافی (جلد ۲). تهران: الاسلامیه.
- ۳۹) گلدوزیان، ایرج (۱۳۸۷). محشای قانون مجازات اسلامی. تهران: مجد.
- ۴۰) مازندرانی، محمد صالح بن احمد (۱۳۸۲ق). شرح الکافی (جلد ۷). تهران: المکتبه الاسلامیه.
- ۴۱) الماسی، نجاد علی (۱۴۰۱). حقوق بین الملل خصوصی. چاپ ۲۱، تهران: میزان.
- ۴۲) مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی (۱۳۶۸). بحار الانوار (جلد ۹۹). چاپ ۱، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ۴۳) مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی (۱۴۰۴ق). مرآة العقول فی شرح اخبار آل الرسول (جلد ۱۲). چاپ ۲، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- ۴۴) محمدی، سیمزر؛ واعظی، عبدالرضا و زرینی، غلامرضا (۱۳۹۲). بررسی اثرات آلودگی ناشی از قبرستان وادی رحمت تبریز بر آبخوان منطقه. هشتمین همایش زمین شناسی مهندسی و محیط زیست ایران.
- ۴۵) مرادی، محمدتقی (۱۳۹۵). منشور حجره نشینی. قم: سرای کتاب.
- ۴۶) مظفر، محمدرضا (۱۳۷۰). اصول الفقه (جلد ۲). قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- ۴۷) موقی مالکی، محمدبن یوسف بن ابی القاسم بن یوسف (۱۹۹۴م). التاج والاکلیل (جلد ۳). چاپ ۱، بیروت: دارالکتب العلمیه.
- ۴۸) میاره مالکی، محمدبن احمد (۲۰۰۸م). الدر الثمین والمورد المعین (عبدالله المنشاوی، محقق). قاهره: دارالحدیث.
- ۴۹) نجفی، محمدحسن (۱۳۶۲). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام (جلد ۴). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ۵۰) نراقی، مولا احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۵ق). مستند الشیعه فی احکام الشریعه (جلد ۳). قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
- ۵۱) نراقی، مولا احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۷ق). عواید الایام فی بیان قواعد الاحکام. قم: دفتر تبلیغات



اسلامی.

(۵۲) نووی، ابوزکریا محیی‌الدین یحیی بن شرف (بی تا). المجموع شرح المذهب (مع تکمله السبکی والمطیعی) (جلد ۵). بیروت: دارالفکر.

(۵۳) نیشابوری، مسلم بن الحجاج ابوالحسن القشیری (بی تا). المسند الصحیح المختصر به نقل العدل عن العدل الى رسول الله صلی الله علیه وآله وسلم (محمد فؤاد عبدالباقی، محقق). (جلد ۱). بیروت: دار احیاء التراث العربی.

(۵۴) هیثمی، ابوالحسن نورالدین علی بن ابی بکر بن سلیمان (۱۹۹۴ م). مجمع الزوائد و منبع الفوائد (حسام‌الدین القدسی، محقق). قاهره: مکتبه القدسی.

(۵۵) یزدانیان، علیرضا (۱۳۸۶). حقوق مدنی؛ قواعد عمومی مسئولیت مدنی. تهران: میزان.

## References

- 1) The Holy Quran.
- 2) Almāsī, Nijād ‘Alī (1401 SH). Ḥuqūq-i Bayn al-Milāl-i Khūṣūṣī [Private International Law]. 21st ed., Tehran: Mīzān [in Persian].
- 3) al-Sharīf, Muḥammad Mahdī (1392 SH). Manṭiq-i Ḥuqūq Pizhūhishī dar Manṭiq-i Ḥākim bar Tafsīr va Istidlāl-i Ḥuqūqī [Logic of Law: A Study in the Logic Governing Legal Interpretation and Reasoning]. Tehran: Sahāmī Intishār [in Persian].
- 4) Āmilī, Sayyid Muḥammad Jawād Ḥusaynī (1429 AH). Miftāḥ al-Karāmah [The Key to Dignity]. Qom: Mu’assasat Nashr Islāmī [in Arabic].
- 5) Asqalānī Shāfi‘ī, Aḥmad ibn ‘Alī ibn Ḥajar Abū al-Faḍl (1379 AH). Faṭḥ al-Bārī Sharḥ Ṣaḥīḥ al-Bukhārī (Vol. 1). Beirut: Dār al-Ma‘rifah [in Arabic].
- 6) Bārīklū, ‘Alirezā (1390 SH). Amvāl va ḥuqūq-i māli [Properties and financial rights]. Tehran: SAMT [in Persian].
- 7) Bujnūrdī, Sayyid Ḥasan ibn Āqā Buzurg Mūsawī (1428 AH). Al-Qawā‘id al-fiqhīya. Vol. 8, 1st ed. Qom: Al-Hādī [in Arabic].
- 8) Guldūziyān, Īraj (1387 SH). Maḥshā-yi Qānūn-i Mujāzāt-i Islāmī [Annotated Islamic Penal Code]. Tehran: Majd [in Persian].
- 9) Ḥākim, Muḥammad Taqī (1418 AH). Al-Uṣūl al-‘amma fi al-fiqh al-muqārin. 2nd ed. Qom: n.p. [in Arabic].
- 10) Hayāti, ‘Alī ‘Abbās (1393 SH). Ḥuqūq-i Khānavādah [Family Law]. Tehran: Mīzān [in Persian].
- 11) Haythamī, Abū al-Ḥasan Nūr al-Dīn ‘Alī ibn Abī Bakr ibn Sulaymān (1994). Majma‘ al-Zawā‘id wa Manba‘ al-Fawā‘id (Ḥusām al-Dīn al-Qudsī, Ed.). Cairo: Maktabat al-Qudsī [in Arabic].
- 12) Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf ibn Muṭahhar (1414 AH). Tadhkirat al-Fuqahā’ (Vol. 2). 1st ed., Qom: Mu’assasat Āl al-Bayt (‘alayhim as-salām) [in Arabic].
- 13) Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf ibn Muṭahhar (1420 AH). Taḥrīr al-Aḥkām al-Shar‘īyah ‘alā Madhhab al-Imāmīyah (Vol. 1). 1st ed., Qom: Mu’assasat Imām Ṣādiq (‘alayh as-salām) [in Arabic].
- 14) Ḥillī, Najm al-Dīn Ja‘far ibn Ḥasan (1407 AH). al-Mu‘tabar fi Sharḥ al-Mukhtaṣar (Vol. 1). Qom: Mu’assasat Sayyid al-Shuhadā’ (‘alayh as-salām) [in Arabic].
- 15) Ḥillī, Najm al-Dīn Ja‘far ibn Ḥasan (1408 AH). Sharā‘i‘ al-Islām fi Masā’il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām (Vol. 3). 2nd ed., Qom: Mu’assasat Ismā‘īliyyān [in Arabic].
- 16) Ibn Abī Jumhūr, Muḥammad ibn Zayn al-Dīn (1403 AH). ‘Awālī al-la‘ālī al-‘azīziya fi al-aḥādīth al-dīniya (Muḡtabā ‘Irāqī, ed.). Vol. 1. Qom: Mu’assasat Sayyid al-Shuhadā’ [in Arabic].
- 17) Ibn ‘Ābidīn, Muḥammad Amīn ibn ‘Umar ibn ‘Abd al-‘Azīz ‘Ābidīn al-Dimashqī al-Ḥanafī (1412 AH). Radd al-Muḥtār ‘alā al-Durr al-Mukhtār. Vol. 2, 2nd ed. Beirut: Dār al-Fikr [in Arabic].
- 18) Ibn Bābvayh, Muḥammad ibn ‘Alī (1385 SH). ‘Ilal al-sharā‘i. 1st ed. Qom: Dāwarī [in Arabic].
- 19) Ibn Idrīs Ḥillī, Abū Ja‘far Muḥammad ibn Manṣūr ibn Aḥmad (1428 AH). Al-

- Sarā'ir al-ḥāwī li-taḥrīr al-fatāwī. Vols. 1 and 3, 5th ed. Qom: Mu'assasat Nashr al-Islāmī [in Arabic].
- 20) Ibn Manzūr, Muḥammad ibn Mukarram (1414 AH). Lisān al-'Arab. Beirut: Dār Ṣādir [in Arabic].
- 21) Ibn Qudāma Maqdisī, Abū Muḥammad Muwaffaq al-Dīn 'Abd Allāh ibn Aḥmad ibn Muḥammad ibn Qudāma (1968). Al-Mughnī. Vols. 2 and 5. Cairo: n.p. [in Arabic].
- 22) Ibn 'Uthaymīn, Muḥammad ibn Ṣāliḥ ibn Muḥammad (1413 AH). Majmū' fatāwī wa-rasā'il faḍīlat. Vol. 2. Riyadh: Dār al-Waṭan [in Arabic].
- 23) Imāmī, Sayyid Ḥasan (n.d.). Ḥuqūq-i madanī [Civil rights]. Tehran: Islāmīya [in Persian].
- 24) Ja'farī Langarūdī, Muḥammad Ja'far (1382 SH). Ṣad maqāla dar ravish-i taḥqīq-i 'ilm-i ḥuqūq [One hundred articles on the research method in legal science]. Tehran: Ganj-i Dānish [in Persian].
- 25) Ja'farī Langarūdī, Muḥammad Ja'far (1388 SH). Ḥuqūq-i amvāl [Property law]. Tehran: Ganj-i Dānish [in Persian].
- 26) Jamī'ī az Pūzhūhishgarān (1426 AH). Farhang-i fiqhī muṭābiq madḥab ahl al-Bayt. Vols. 3, 1st ed. Qom: Mu'assasat Dā'irat al-Ma'ārif Fiqh Islāmī bar Madḥab Ahl al-Bayt [in Arabic].
- 27) Karājiki, Muḥammad ibn 'Alī (1410 AH). Kanz al-Fawā'id Dār al-Dhakhā'ir. Qom [in Arabic].
- 28) Khū'ī, Sayyid Abū al-Qāsim (1418 AH). Mawsū'at al-Imām al-Khū'ī (Vol. 9). 1st ed., Qom: Mu'assasat Iḥyā' Āthār al-Imām al-Khū'ī [in Arabic].
- 29) Khū'ī, Sayyid Abū al-Qāsim (1430 AH). al-Tanqīḥ fi Sharḥ al-'Urwat al-Wuthqā (Mīrzā 'Alī Ghurawī, Reporter). (Vol. 9). 4th ed., Qom: Mu'assasat Iḥyā' Āthār al-Imām al-Khū'ī [in Arabic].
- 30) Kulaynī, Muḥammad ibn Ya'qūb (1407 AH). al-Kāfi (Vol. 2). Tehran: al-Islāmīyah [in Arabic].
- 31) Majlisī, Muḥammad Bāqir ibn Muḥammad Taqī (1368 AH). Biḥār al-Anwār (Vol. 99). 1st ed., Beirut: Dār Iḥyā' al-Turāth al-'Arabī [in Arabic].
- 32) Majlisī, Muḥammad Bāqir ibn Muḥammad Taqī (1404 AH). Mir'āt al-'Uqūl fi Sharḥ Akhbār Āl al-Rasūl (Vol. 12). 2nd ed., Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyah [in Arabic].
- 33) Mawāq Mālikī, Muḥammad ibn Yūsuf ibn Abī al-Qāsim ibn Yūsuf (1994). al-Tāj wa al-Iklīl (Vol. 3). 1st ed., Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmīyah [in Arabic].
- 34) Māzandarānī, Muḥammad Ṣāliḥ ibn Aḥmad (1382 AH). Sharḥ al-Kāfi (Vol. 7). Tehran: al-Maktabah al-Islāmīyah [in Arabic].
- 35) Miyyārah Mālikī, Muḥammad ibn Aḥmad (2008). al-Durr al-Thamīn wa al-Mawrid al-Mu'in ('Abd Allāh al-Manshāwī, Ed.). Cairo: Dār al-Ḥadīth [in Arabic].
- 36) Muḥammadī, Sīmazar; Wā'izī, 'Abd al-Riḍā & Zarīnī, Ghulām Riḍā (1392 SH). Barrasī-yi Asarāt-i Ālūdagī nāshī az Qabristān-i Vādī Raḥmat Tabrīz bar Ābkhān-i Mīnṭaqah [Study of the Pollution Effects from Vadi Rahmat Cemetery in Tabriz on the Area's Aquifer]. Hashtriyah Hamāyish-i

- Zaminshināsī Muḥandisī va Muḥīt Zist-i Īrān [8th Conference on Environmental and Engineering Geology of Iran] [in Persian].
- 37) Murādī, Muḥammad Taqī (1395 SH). *Manshūr-i Ḥujrah-nishīnī* [Manifesto of Monastic Living]. Qom: Sarā-yi Kitāb [in Persian].
- 38) Muẓaffar, Muḥammad Riḍā (1370 SH). *Uṣūl al-Fiqh* (Vol. 2). Qom: Daftar-i Tabliḡhāt-i Islāmī [in Arabic].
- 39) Najafī, Muḥammad Ḥasan (1362 SH). *Jawāhir al-Kalām fi Sharḥ Sharā'ī al-Islām* (Vol. 4). Beirut: Dār Iḥyā' al-Turāth al-'Arabī [in Arabic].
- 40) Narāqī, Mullā Aḥmad ibn Muḥammad Mahdī (1415 AH). *Mustanad al-Shī'ah fi Aḥkām al-Sharī'ah* (Vol. 3). Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt ('alayhim as-salām) [in Arabic].
- 41) Narāqī, Mullā Aḥmad ibn Muḥammad Mahdī (1417 AH). *'Awā'id al-Ayyām fi Bayān Qawā'id al-Aḥkām*. Qom: Daftar-i Tabliḡhāt-i Islāmī [in Arabic].
- 42) Nawawī, Abū Zakariyyā Muḥyī al-Dīn Yaḥyā ibn Sharaf (n.d.). *al-Majmū' Sharḥ al-Muhadhdhab (Ma' Takmilat al-Subkī wa al-Muṭī'ī)* (Vol. 5). Beirut: Dār al-Fikr [in Arabic].
- 43) Nayshābūrī, Muslim ibn al-Ḥajjāj Abū al-Ḥasan al-Qushayrī (n.d.). *al-Musnad al-Ṣaḥīḥ al-Mukhtaṣar bi Naql al-'Adl 'an al-'Adl ilā Rasūl Allāh Ṣallā Allāh 'Alayhi wa Ālihi wa Sallam* (Muḥammad Fu'ād 'Abd al-Bāqī, Ed.) (Vol. 1). Beirut: Dār Iḥyā' al-Turāth al-'Arabī [in Arabic].
- 44) Rafī'ī 'Alavī, Sayyid Aḥsan & Maḥjūb, Sa'id (1400 SH). *Siyāsāt-i Bāznegārī, Iṣlāḥ va Takmīl-i Nizām-i Ḥuqūqī va Raviyihā-yi Qaḍā'ī bā Tamarkuz bar 'Aql va Sīrah-yi 'Uqalā dar Ḥall-i Ikhtilāf-i Da'āvī-yi Khānavādah* [Policy of Review, Reform and Completion of the Legal System and Judicial Practices with a Focus on Reason and the Practice of Rational People in Resolving Family Disputes]. *Muṭāla'āt-i Fiqhī Ḥuqūqī Zan va Khānavādah* [Jurisprudential Legal Studies of Women and Family], 4(8), pp. 103-134 [in Persian].
- 45) Sanchūlī, Zaynab & Kikhā, Muḥammad Riḍā (1401 SH). *Kāwushī Nū dar Jahat-i Raf'-i Ta'āruḡ bayn Māddah-yi 38 Qānūn-i Madanī bā Qavānīn-i Mavṣū'ih Maḥdūd-kunandah-yi Mālikīyat-i Khūṣūṣī* [New research for resolving the conflict between Article 38 of The Civil Code with the laws restricting private property]. *Pažūheš'nāme-ye Hoqūq-e Islāmī* [Journal of Islamic Law Research], 23(4), pp. 621-652. doi: 10.30497/law.2022.243232.3269 [in Persian].
- 46) Shahīd Awwal, Muḥammad ibn Makī (1419 AH). *Dhikrā al-Shī'ah fi Aḥkām al-Sharī'ah* (Vol. 2). Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt ('alayhim as-salām) [in Arabic].
- 47) Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn 'Alī (1413 AH). *Masālik al-Afhām ilā Tanqīḥ Sharā'ī al-Islām*. 1st ed., Qom: Mu'assasat al-Ma'ārif al-Islāmīyah [in Arabic].
- 48) Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn ibn 'Alī (1435 AH). *al-Rawḍah al-Bahīyah*. Qom: Majma' al-Fikr al-Islāmī [in Arabic].
- 49) Shaybānī, Abū 'Abd Allāh Aḥmad ibn Muḥammad ibn Ḥanbal (2001). *Musnad al-Imām Aḥmad ibn Ḥanbal* (Shu'ayb al-Arna'ūt, Ed.). Beirut: Mu'assasat al-Risālah [in Arabic].
- 50) Shobīrī Zanjanī, Sayyid Mūsá (1396 SH). *Istiftā'āt* (Vol. 1). Qom: Markaz-i Fiqhī-yi Imām Muḥammad Bāqir ('alayhi s-salām) [in Persian].

- 51) Shurbīnī, Shams al-Dīn Muḥammad ibn Aḥmad al-Khaṭīb (1415 AH). *Mughni al-Muḥtāj ilā Maʿrifat Maʿānī Alfāz al-Minhāj* (Vol. 2). Beirut: Dār al-Kutub al-ʿIlmiyah [in Arabic].
- 52) Ṭabāṭabāʾī Yazdī, Sayyid Muḥammad Kāzim (1409 AH). *al-ʿUrwat al-Wuthqā* (Vol. 1). 2nd ed., Beirut: Muʿassasat al-Aʿlamī lil-Maṭbūʿāt [in Arabic].
- 53) Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan (1365 SH). *Tahdhīb al-Aḥkām* [Refinement of the Rules]. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmiyah [in Arabic].
- 54) Ṭūsī, Muḥammad ibn Ḥasan (1387 AH). *al-Mabsūṭ fi Fiqh al-Imāmīyah* (Vols. 1 & 3). 3rd ed., Tehran: Murtazawī [in Arabic].
- 55) Yazdāniyān, ʿAlī Riḍā (1386 SH). *Ḥuqūq-i Madanī; Qavāʿid-i ʿUmūmī-yi Masʿūliyat-i Madanī* [Civil Law; General Rules of Civil Liability]. Tehran: Mīzān [in Persian].

## Recognition of the Place and Legal Effects of "Transactions Contrary to the Commitment to Legal Act Omission"

Seyyed Ali Asghar Rahimi · Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law,  
University of Qom, Qom, Iran. aa.rahimi@qom.ac.ir

Seyyed Fazel Seyyedi · LLM Student in Private Law, Faculty of Islamic Studies and Law, Imam  
Sadiq University, Tehran, Iran. (Corresponding Author) sf.seyedi@isu.ac.ir

### Abstract

#### 1. Introduction

The balance between contractual freedom and legal restrictions forms the bedrock of modern civil code, compelling a nuanced exploration of the dynamics between parties' rights and obligations within contractual frameworks. This discourse becomes particularly compelling when examining the implications of transactions that contravene a party's commitment to abstain from certain legal acts. Such scenarios unveil the complex interplay between legal theory and practice, challenging conventional understandings of rights, obligations, and the sanctity of contracts. This research delves into the depths of Iranian civil law to unravel the legal fabric surrounding "transactions contrary to the commitment to legal act omission" offering a comprehensive analysis of its nature, implications, and the legal scaffolding that governs such transactions. This study embarks on a quest to illuminate the intricacies of these transactions, unraveling the legislative measures in place to safeguard the aggrieved party's interests, and probing the validity and consequences of violating such a contractual commitment.

#### 2. Research Question

The central inquiry of this research hinges on discerning the legal standing of transactions executed in defiance of a commitment to legal



act omission. This question probes the depths of legal philosophy and jurisprudence, seeking to understand how Iranian civil code adjudicates such matters. It explores the dichotomy between the validity and enforceability of these transactions and the legal ramifications for parties that choose to contravene their commitments. This inquiry not only scrutinizes the legal framework but also delves into the philosophical underpinnings that define the essence of contractual obligations and freedoms.

### **3. Research Hypothesis**

The hypothesis posits that transactions contrary to the commitment to abstain from a legal act occupy a nebulous legal terrain, where their validity and enforceability are contingent upon an interplay of legal principles, contractual stipulations, and the inherent nature of the rights in question. It suggests that while some transactions may be deemed valid yet unenforceable, others may be outright nullified, depending on the legal and contractual context. This hypothesis is grounded in the premise that the legal system strives to balance the sanctity of contracts with the protection of individual rights, leading to a nuanced adjudication process that carefully considers the specifics of each case.

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

This research employs a descriptive-analytical methodology, meticulously sifting through the annals of Iranian civil law and Islamic law to construct a coherent legal narrative. The analytical component seeks to critically evaluate prevailing arguments and theories regarding the legal status of transactions that breach a commitment to a legal act omission. By distinguishing between agreements that confer real rights (chose in possession/ jus in rem) versus personal rights (chose in action), the study sheds light on the subtleties that influence the legal outcomes of such transactions. Furthermore, it underscores the importance of the transaction's subject matter's legality and the conditions for transactional validity as pivotal factors in determining the legal status of these contentious acts. Through this rigorous methodology, the research endeavors to offer a holistic understanding of the topic, bridging theoretical insights with practical legal applications.

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

The investigation into the legal ramifications of transactions that defy a commitment to abstain from a legal act unveils a nuanced legal

landscape, informed by a detailed examination of Iranian civil code and Islamic precedents. The study's findings underscore a pivotal differentiation between real rights (chose in possession) and personal rights (chose in action) emanating from such commitments, shaping the legal discourse around the validity and enforceability of contravening transactions.

**Real vs. Personal Rights:** The research delineates a critical distinction between commitments that engender real rights, which are claimable against all, and those that give rise to personal rights, which are generally enforceable against specific individuals. This distinction is paramount in assessing the legality of transactions that breach a commitment to abstain from a legal act. Real rights, characterized by their universality and enforceability against everyone, render transactions that contradict such commitments valid due to the non-conflictual nature of these rights with the act of property transfer. Conversely, personal rights, stemming from a more restricted legal relationship, position contravening transactions as non-enforceable, primarily due to the illegitimacy of the transaction's subject matter.

**Authorization of Contrary Transactions:** The study further explores various legal mechanisms—such as representation, permission, transferring the claim to the debtor, quitclaim, and cancellation of the bargain—that could potentially legitimize transactions contrary to the commitment to abstain from a legal act. Among these, cancellation emerges as the most preferred option, reflecting the apparent intentions and behaviors of the parties involved. This preference underscores the legal system's inclination towards respecting the parties' autonomy and the dynamic interpretation of contracts.

**Impact of Authorization on Contrary Transactions:** A pivotal aspect of the research's findings relates to the temporal effects of authorizing a contravening transaction. Should the legal system accept the retrospective impact of contracts, the authorization of a contrary transaction would validate its effects from the moment of the contractual breach. This perspective necessitates a comprehensive understanding of the conditions under which such authorization is deemed valid, offering a legal framework that accommodates the complexities of contractual relations and their execution over time.



## 6. Conclusion

The exploration of transactions contrary to the commitment to legal act omission illuminates a complex legal and jurisprudential domain within Iranian civil law. The study's conclusion highlights several key insights:

**Diverse Nature of Rights:** The research substantiates the notion that commitments to legal act omission can either establish personal or real rights, with significant implications for the validity and enforceability of transactions that breach these commitments. This dichotomy necessitates a nuanced legal approach, distinguishing between different types of rights and their corresponding legal treatments.

**Legitimization Mechanisms and Preferences:** Among the mechanisms available for authorizing transactions that contravene a commitment, cancellation stands out as the preferred method, indicative of the legal system's flexibility in accommodating the evolving intentions and agreements of contractual parties.

**Retrospective Effectiveness of Authorization:** The potential for contracts to exert retrospective effects upon authorization offers a dynamic legal tool for rectifying breaches of commitment, ensuring that the legal system can adapt to the realities of contractual relationships and the temporal dimensions of their execution.

**Legislative Ambiguity and Recommendations:** The research identifies a notable ambiguity in the Iranian legislative framework regarding the creation of real rights to reclaim property, suggesting an area ripe for legal clarification and reform. It advocates for legislative action to address and amend the ambiguities surrounding the establishment of real rights, aiming to enhance the clarity, fairness, and predictability of the legal system.

In conclusion, this study not only charts the complex legal territory of transactions contrary to the commitment to abstain from a legal act but also calls for a more refined legislative approach to solidify the legal principles governing these transactions. By dissecting the nature and implications of such commitments within Iranian civil law, the research offers valuable insights and recommendations for legal scholars, practitioners, and legislators, aiming to foster a more coherent and equitable legal landscape.

**Keywords:** Legal Act Omission, Restitution of Sold Property, Nature of Authorization, Chose in Possession, Chose in Action.

## بازشناسی وضعیت و آثار حقوقی «معامله منافی با تعهد ترک فعل حقوقی»

سیدعلی اصغر رحیمی \* استادیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران.

aa.rahimi@qom.ac.ir

سیدفاضل سیدی \* دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق

sf.seyedi@isu.ac.ir

علیه السلام، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)

### چکیده

از جمله امتیازاتی که به طور معمول طرفین قرارداد برای خویش لحاظ می‌کنند، محدودیت‌ها و ممنوعیت‌های قراردادی است، که گاه چهره «عدم اعمال حق» به خود می‌گیرد. اقدام بر خلاف تعهد مذکور این پرسش را متبادر می‌سازد که قانون‌گذار چه تمهیداتی برای صیانت از حق متعهدله در نظر گرفته است؟ آیا نقض این تعهد که خود یک عمل حقوقی است، صحیح تلقی می‌شود و متخلف باید از عهده خسارات وارد شده به متعهدله برآید، یا این عمل حقوقی که ناقض تعهد فوق‌الذکر است، بلااثر انگاشته می‌شود؟ پژوهش حاضر با روش توصیفی تحلیلی به شناسایی ماهیت و وضعیت «معامله منافی با تعهد ترک فعل حقوقی» و البته آثار تنفیذ آن در حقوق مدنی ایران می‌پردازد. نتایج حاصل از این پژوهش نشان داده است که تعهد ترک فعل حقوقی، همواره موجد حق دینی نیست، بلکه گاه آفریننده حق عینی است؛ لذا «معامله منافی» با تعهدات مذکور، می‌تواند بسته به مفاد توافق - که ممکن است موجد حق عینی یا دینی باشد - صحیح یا غیرنافذ تلقی شود.

واژگان کلیدی: ترک فعل حقوقی، استرداد مبیع، ماهیت تنفیذ، حق عینی، حق دینی.



## مقدمه

ایجاد محدودیت‌های قراردادی از جمله حقوقی است که طرفین قراردادها برای خود لحاظ می‌کنند. مفاد این ممنوعیت می‌تواند چهره سلب حق یا تعهد بر ترک فعل حقوقی به خود بگیرد. در نگاه نخست، ممکن است گمان شود که تعهد بر ترک فعل حقوقی همان سلب و اسقاط آن است؛ زیرا عرف میان سلب حق تمتع و حق اجرا فرق نمی‌گذارد و به لحاظ عملی نیز تفکیک این دو دشوار است (صفایی، ۱۳۹۶، ص. ۳۶). با این حال، دقت حقوقی در هریک از دو مفهوم یادشده، تفاوت‌هایی را افاده می‌کند. اولاً، در تعهد سلب حق، حق ساقط و محدودیتی در تمتع یا استیفای حقوق مدنی شخص ایجاد می‌شود. به بیان دیگر، متعهد با وجود اهلیت و شایستگی در داشتن و اجرای حقوق مدنی، یکی از حقوق مدنی را به‌طور جزئی اسقاط می‌کند و به‌طبع، سلطه و امتیاز تصرفات در حدود آن حق را از دست می‌دهد در حالی که تعهد بر عدم اعمال حق موجب سقوط حق نیست و با سقوط حق ملازمه ندارد؛ زیرا بقای حق با تعهد بر عدم اعمال حق قابل جمع است. چنین تعهدی تنها حقی دینی برای متعهد له مبنی بر مطالبه ترک فعل حقوقی از سوی متعهد ایجاد می‌کند. به دیگر سخن، در تعهد بر عدم اعمال حق، شخص به اعمال یا اجرا نکردن حق موجود خود ملتزم می‌شود. ثانیاً، تعهد در دو معنای عام و خاص استعمال شده است. تعهد در معنای خاص، به معنای بر عهده گرفتن فعلی اعم از مثبت یا منفی و حقوقی یا مادی است و تعهد در معنای عام، مطلق التزام و پیمان است. برای مثال، در تعریف عقد در عقود تملیکی یا عقود مفید حق انتفاع و ارتفاق، تعهد در معنای عام آن استعمال می‌شود؛ زیرا مقصود اصلی و اولی از آن عقود، بر عهده گرفتن فعلی نیست. پس از این مقدمه روشن می‌شود در تعهد سلب حق، تعهد در معنای عام و در تعهد بر عدم اعمال حق، تعهد در معنای خاص استعمال می‌شود؛ زیرا در تعهد سلب حق، یک نتیجه حقوقی حاصل می‌شود بدون آنکه مستقیماً فعلی بر عهده متعهد قرار گیرد و در تعهد بر عدم اعمال حق، فعلی منفی بر عهده متعهد قرار می‌گیرد. در همین راستا، چنانچه تعهدات یادشده ضمن عقد باشند، سلب حق در قالب شرط نتیجه صورت می‌یابد و شرط عدم اعمال حق در قالب شرط فعل. ثالثاً، دشواری‌های اثباتی یا احیاناً تشابه احکام نمی‌تواند تباین مفهومی دو موضوع را در عالم ثبوت نفی کند.

با تفکیک دو تعهد از یکدیگر، بخش نخستین پرسش پژوهش حاضر نمایان می‌شود که معامله منافعی با تعهد ترک فعل حقوقی چه حکمی خواهد داشت؟ نظریات مختلف دایر بر صحت، مراعی،

عدم نفوذ و بطلان معامله منافی، محرکه‌ای از آرا ساخته است. برای مثال، مقاله‌ای با عنوان «ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی» نوشته دکتر سیدمصطفی سعادت مصطفوی، منتج به عدم صحت معامله منافی شده است. مقاله دیگری با عنوان «بررسی فقهی و حقوقی ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی» نوشته دکتر رضا سکوتی نسیمی از صحت معامله منافی دفاع می‌کند. همچنین، مقاله «اثر فسخ قرارداد نخست بر معاملات بعدی» نوشته دکتر محمدهادی جواهرکلام وضعیت مراعی را برگزیده است. نوشتار حاضر به روش توصیفی-تحلیلی، در بخش نخست ضمن ارزیابی ادله‌ای که کمتر مورد نقد بوده است و با تفکیک توافق موجد حق عینی و دینی و تأکید بر «عدم مشروعیت موضوع معامله» و اخلال در شرایط صحت معامله، «معامله منافی» را گاه صحیح و گاه غیرنافذ تلقی می‌کند. سپس در بخش دوم، به ماهیت و اثر تنفیذ معامله منافی می‌پردازد؛ موضوعی که با اندک مسامحه می‌توان گفت به سکوت برگزار شده است.

#### ۱. وضعیت حقوقی معامله منافی با تعهد ترک فعل حقوقی

وضعیت معامله منافی با تعهد ترک فعل حقوقی را می‌توان در دو دسته کلی تقسیم کرد. گروهی با استدلال‌هایی مانند اینکه تخلف از شرط فعل تنها حرمت تکلیفی دارد یا تعهد به ترک فعل حقوقی در شرایط صحت معامله منافی اخلال نمی‌کند یا...، صحت معامله منافی را ترجیح داده‌اند (شهیدی تبریزی، ۱۴۰۷ق، ص. ۴۲۱؛ غروی اصفهانی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص. ۱۱۳). در مقابل، گروهی با استدلال‌هایی از این قبیل که وجوب عمل به معامله اول با وجوب عمل به معامله منافی منافات دارد یا اینکه مشروط علیه قدرت شرعی و قانونی معامله را ندارد یا اینکه صحت تصرف منافی با حق متعهد له با قاعده تسلیط سازگار نیست یا...، از عدم صحت (در معنای عام) طرف‌داری می‌کنند (شیخ انصاری، بی‌تا، ج ۵، ص. ۵۶؛ خوانساری نجفی، ۱۴۱۸ق، ج ۳، ص. ۴۷؛ حکیم، ۱۴۲۱ق، ج ۱۲، ص. ۹۱). عمده استدلال‌های مطروح در دیگر پژوهش‌ها مورد نقد و مطالعه قرار گرفته‌اند. در ادامه، به ادله‌ای پرداخته می‌شود که کمتر مورد ارزیابی قرار گرفته است و در ضمن آن، نظر مختار بیان می‌شود.

## ۱.۱.۱. صحت معامله منافی شرط

### ۱.۱.۱.۱. عدم مانعیت حق دینی و ترجیح حق عینی

گروهی با یکی انگاشتن عرفی دو تعهد سلب حق و عدم اعمال حق، معتقدند هرگاه عمل حقوقی که برخلاف تعهد سلب حق (یا عدم اعمال حق) انجام شده است، مستلزم تجاوز به حق عینی متعهد له نباشد، صحیح و نافذ است و دلیلی برای بطلان آن وجود ندارد. بنابراین، ضمانت اجرای تخلف از تعهد سلب حق، مطالبه خسارت (مسئولیت مدنی) است و نه بطلان یا عدم نفوذ (صفایی، ۱۳۹۶، ص. ۳۶). به نظر می‌رسد ملاک قرار گرفتن حق عینی در این نظر مستنبط از قواعد معاملات فضولی است که امکان رد یا اجازه مالک برای مالکیت (حق عینی) او بر مال است و در مسئله حاضر که تعهدات یادشده درنهایت، موجد حق دینی برای متعهد له است، برای عدم نفوذ معامله کافی نیست. حاصل اینکه، نظر بالا بر قواعد عمومی معاملات فضولی استوار و امکان جبران خسارت به مدد قواعد مسئولیت مدنی محقق است. بیان دیگر اینکه، در فرضی که شخص تعهد بر عدم اعمال حق کرده، با توجه به اینکه ذی‌حق در اعمال حق خود مختار است، اعمال حق، محمول بر صحت است جز آنکه نقض عهد شمرده می‌شود و جبران خسارت را ایجاب می‌کند (امامی، ۱۳۳۸، ج ۴، ص. ۱۵۸؛ کاتوزیان، ۱۳۷۳، ص. ۳۷۷؛ کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص. ۹۴). استدلال اخیر مبتنی بر ترجیح حق عینی مشروط علیه بر حق دینی مشروط له است، اما طرف‌داران این نظر، به این پرسش پاسخ نداده‌اند که چرا حق دینی مشروط له موجب محدودیت حق عینی مشروط علیه نمی‌شود؟ به بیان دیگر، دلیل ترجیح حق عینی مشروط علیه بر حق دینی مشروط له که ناشی از قرارداد میان آن دوست، مشخص نیست. بنابراین، دو استدلال اخیر را که دارای حلقه‌ای مفقوده هستند، نمی‌توان کامل ارزیابی کرد. در ادامه، نقص این استدلال به بحث گذاشته خواهد شد.

### ۲.۱.۱. دلالت نهی مولوی بر صحت

پیش از ارائه نظر دیگر، ذکر مقدمه‌ای مطلوب است. امر به شیء، مقتضی نهی از ترک آن است؛ یعنی نهی از ترک، لازمه عقلی امر به شیء است؛ زیرا اگر چنین نباشد، واجب از وجوب خارج می‌شود (مظفر، ۱۳۹۷، ص. ۳۰۴). بنابراین، چنانچه شارع امر به شیء کند، نهی از ترک آن شیء نیز به واسطه عقل منسوب به شارع است. با توجه به ملازمه عقلی یادشده، همان داعی شارع از امر

به شیء، در نهی از ترک آن نیز وجود دارد و برعکس؛ زیرا این دو (امر به شیء و نهی از ترک آن) دو روی یک سکه‌اند. برای مثال، اگر شارع به داعی شرطیت علم، نهی از بیع غرری کند، عقلاً از نهی اخیر، امر شارع به علم تفصیلی، به همان داعی شرطیت فهم می‌شود. خلاصه کلام اینکه، چنانچه امر شارع، ارشادی باشد، نهی ملازم آن نیز ارشادی است و اگر امر مولوی باشد، نهی ملازم آن مولوی خواهد بود. علت اینکه در ادامه بحث، امر به وفای به شرط به نهی از عدم وفای به شرط بازگردانده می‌شود، آشنایی و غنای بحث اصولی دلالت نهی در معاملات بر صحت یا فساد است که ذهن خواننده انس بیشتری با آن دارد تا اینکه سخن از این به میان آید که آیا تخلف از مأمور به موجب فساد آن است یا خیر؛ درحالی‌که با توجه به ملازمه عقلی یادشده، نتیجه بحث واحد است.

بدیهی است که هر حق مشروع و قانونی مورد حمایت قانون و محترم است. احترام به چنین حقی ملازمه عقلایی با منع و نهی قانون از تضییع آن دارد. افزون‌براین، لفظ «باید» در ماده ۲۳۷ قانون مدنی<sup>۱</sup>، مفید امر به وفای به شرط (امر به عدم اعمال حق) است که لازمه عقلی آن نهی از عدم وفای به شرط (نهی از اعمال حق) است. چنانچه نهی یادشده، از نوع ارشادی باشد، دلالت بر فساد می‌کند و در آن اختلافی نیست. هرگاه نهی از نوع مولوی باشد، در دلالت آن بر فساد اختلاف است. طرف‌داران صحت معامله معتقدند نهی مولوی در معاملات بر فساد دلالت نمی‌کند، بلکه حتی دلالت بر صحت معامله دارد؛ زیرا نهی از شیء زمانی معنا دارد که آن امر برای مخاطب نهی مقدور باشد. قدرت بر انجام منهی عنه (معامله منافی) نیز دلالت بر صحت معامله می‌کند (صدر، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص. ۳۵۶؛ خراسانی، بی‌تا، ص. ۱۸۹). در نتیجه، حکم معامله منافی تعهد عدم اعمال حق، صحت است. با این حال، گروهی معتقدند که نهی از مسبب دلالت بر صحت نمی‌کند؛ زیرا صحت معامله نزد عرف، متوقف بر صحت آن نزد شارع نیست؛ یعنی ممکن است معامله‌ای نزد عرف صحیح باشد، اما مورد امضا و تأیید شارع نباشد. در نتیجه، متعلق نهی، عرفاً مقدور است و ملکیت عرفیه برای طرف معامله ایجاد می‌شود، اما این ملکیت عرفیه با ملکیت شرعیه تلازم ندارد و آثار شرعی به دنبال ندارد (درس خارج اصول فقه آیت‌الله سبحانی،

۱. «هرگاه شرط در ضمن عقد، شرط فعل باشد، اثباتاً یا نفیاً کسی که ملتزم به انجام شرط شده است، باید آن را به جا بیاورد و در صورت تخلف، طرف معامله می‌تواند به حاکم رجوع نموده، تقاضای اجبار به وفای شرط بنماید».

۹۵/۹/۲۹). بنابراین، خواه نهی ارشادی خواه مولوی باشد، چنانچه به مسبب تعلق گیرد، بطلان منهی عنه را لازم می‌آورد.

### ۳.۱.۱. عدم تنافی حق بالقوه مشروط له با تأثیر عقد

گروه دیگر معتقدند که ضمانت اجرای شرط عدم تصرفات ناقله، مراعی است؛ زیرا تا پیش از فسخ قرارداد اول، تصرف در مبیع به خودی خود نافی حقوق بایع نیست (مکارم شیرازی<sup>۱</sup>، ۱۴۲۸ق، ج ۲، ص. ۵۳۸). طرف داران این نظر معتقدند به طور کلی، چنانچه متعهد له حق بالفعل در موضوع قرارداد نداشته باشد، ضمانت اجرای مراعی که از حیث عدم قطعیت با بالقوه بودن حق سنخیت دارد، مناسب تر است. (کریمی و شعبانی کندسری، ۱۳۹۶، ص. ۶۹۹؛ جواهرکلام، ۱۴۰۱، ص. ۲۰۷؛ جواهرکلام، ۱۴۰۲، ص. ۶). به نظر می‌رسد اولاً، بهره‌مندی از نظر اخیر به‌عنوان قاعده کلی در ضمانت اجرای تعهد عدم اعمال حق، پذیرفتنی نیست<sup>۲</sup>؛ زیرا در بسیاری از موارد، نقض تعهد عدم اعمال حق منجر به نادیده گرفتن حق بالفعل متعهد له است مانند آنکه بایع ملک مجاور خود را می‌فروشد و در قرارداد شرط می‌کند خریدار نباید به آهنگر اجاره دهد. ثانیاً، اعلام غیرنافذ بودن معامله توسط قانون‌گذار، بازداشتن اشخاص از انتقال مال است درحالی‌که ضمانت اجرای مراعی، انتقالات بعدی را قانوناً برای مالکان مراعی مال مجاز می‌دارد. بنابراین، سلسله‌ای از معاملات شایان تصور است که صحیح واقع شده درحالی‌که متزلزل است و بطلان هر یک در اعتبار معاملات بعدی اخلاص می‌کند؛ زیرا اثر هیچ‌یک از معاملات بعدی قطعی نیست. بنابراین، با فعلیت یافتن حق متعهد له، تمام معاملات بعدی باطل خواهد شد حال آنکه اصل استحکام و امنیت معاملات، لزوم جلوگیری از ایجاد سلسله ایادی متزلزل و حفظ نظم عمومی و اقتصادی جامعه که مستند به ماده ۹۷۵ قانون مدنی است، بلااثر بودن معامله منافی را مرجح می‌دارد. بنابراین، پذیرش چنین ضمانت اجرایی محل تردید است. در مقابل، ضمانت اجرای عدم نفوذ نیز نوعی تزلزل به همراه دارد، اما اهداف اصل استحکام معاملات را تأمین می‌کند. معاملات قابل فسخ نیز از آن‌رو که اثر آن نسبت به

۱. «... لکن یمکن ان یقال انه صحیح مراعی بعدم الفسخ، لان منافاة الاجارة لحق صاحب الخیار انما هو فی فرض الفسخ...».

۲. البته نویسندگان محترم نیز چنین ادعایی ندارند، بلکه آن را مناسب مواردی می‌دانند که حق مشروط له بالقوه باشد درحالی‌که پرسش نوشتار حاضر محدود بدین نوع شروط نیست و به طور کلی، تعهد عدم اعمال حق را مورد توجه قرار می‌دهد. باوجوداین، ضمانت اجرای مراعی در خصوص حق بالقوه نیز مورد پذیرش نگارندگان نوشتار حاضر نیست.

آینده است، در معاملات بعدی اخلال نمی‌کند.

قطع نظر از مطلب بالا، توجه به نوع و مفاد حق ناشی از شرط عدم تصرفات ناقله - که مصداقی از شرط ترک فعل حقوقی است - به ترتیب حکم و موضوع این نظر را محل تردید بیشتری قرار می‌دهد؛ الف. چنانچه تعهد اخیر موجد نوعی حق عینی بر مبیع به نفع مشروط له باشد، اعمال چنین حقی به بطلان معاملات بعدی مشروط علیه با دیگران نیاز ندارد؛ زیرا وجود حق عینی در مال مانند عینی است که ممکن است منجر به تلف مال شود و چون لازمه اعمال حق عینی، بطلان معاملات انجام شده نیست، بلکه به هر صورت، در مقابل هر شخصی قابل استناد و اعمال است و اصولاً بقای معاملات انجام شده با بقای موضوع آن تلازم ندارد، بطلان معاملات انجام شده ضرورت ندارد، بلکه تنها می‌توان آن را در فرض جهل منتقل الیه به وجود حق عینی، قابل فسخ اعلام کرد. ب. چنانچه تعهد اخیر موجد حق دینی به نفع مشروط له باشد، تصور بالقوه یا احتمالی بودن این حق دشوار است؛ زیرا به نظر می‌رسد مشروط له ترک تصرفات ناقله را از لحظه ایجاد تعهد اراده کرده است و ایجاد یا تأثیر این تعهد را بر ذمه مشتری منوط به امری از سوی خود (اعمال فسخ) نکرده است. در ادامه، هر یک از این دو فرض مورد بحث قرار می‌گیرد.

#### ۴.۱.۱. دلالت تعهد ترک فعل حقوقی بر حق عینی

می‌توان ادعا کرد اکثر قریب به اتفاق پژوهش‌های صورت گرفته در مسئله نوشتار حاضر، حق مشروط له را به صورت مفروض و بدیهی در قالب حق دینی شناسایی کرده‌اند، اما پرسش این است که آیا اگر موضوع تعهد ترک فعل حقوقی، عین معین باشد، می‌توان گفت در برخی موارد تعهد به ترک فعل حقوقی، موجد حق عینی با عنوان «حق استرداد» موضوع شرط باشد مانند آنکه بایع ضمن فروش مال معینی به دیگری حق فسخ و استرداد مبیع را شرط کند. پاسخ بدین پرسش در گروی این است که اسباب و انواع حق عینی را محدود به موارد مصرح قانونی بدانیم یا اینکه به صرف توافق، طرفین بتوانند در اعیان خارجی سلطه یا امتیازاتی ایجاد کنند.

برخی معتقدند اسباب ایجاد حق عینی منحصر در موارد خاص است و شمار حقوق عینی را قانون معین می‌کند؛ زیرا برخلاف حقوق دینی، احترام به این حقوق از عموم خواسته می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص. ۱۸). برای بررسی این نظر باید میان دو مفهوم تفکیک قائل شد. گاه مقصود از ایجاد حق عینی، شناسایی نوعی سلطه و امتیاز بر مال صرف نظر از مصادیق آن توسط



مقنن است مانند حق تحجیر و گاه مقصود ایجاد مصادیق حقوق عینی شناسایی شده توسط اشخاص در روابط میان خود است مانند حق انتفاعی که شخص الف بر مال معینی دارد. بی تردید مفهوم دوم از ایجاد حق عینی موضوع پرسش حاضر نیست؛ زیرا شناسایی این حقوق توسط قانون‌گذار به منظور بهره‌گیری اشخاص از آن‌هاست. در خصوص مفهوم نخست باید گفت آنچه از آن به عنوان «حق استرداد» تعبیر شده، نوعی حق تملک است. بدین معنا که با بیع بتواند پس از فسخ، مبیع را دوباره تملک کند. «حق تملک» از جمله حقوق عینی است که در چهره حق تحجیر، حق شفعه و... مورد شناسایی مقنن قرار گرفته است (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۳، ص. ۳۳). ملاحظه این مصادیق قانونی دست‌کم نشان می‌دهد که صرف وجود چنین رابطه‌ای میان شخص و مال موجب مفسده نیست. با شناسایی این نوع سلطه بر مال، این پرسش مطرح می‌شود که آیا تراضی طرفین می‌تواند موجب این امتیاز بر عین باشد یا مخالف حقوق اشخاص ثالث است؟ پاسخ این است که با وجود عینی بودن حق تملک، طبیعت خاص آن موجب می‌شود تا پیش از اعمال حق، صرفاً علیه مالکان جدید مال (منتقل الیه) قابل اعمال باشد؛ آن‌هایی که با خرید مبیع از منتقل الیه اول، به اراده خود طرف حق بایع قرار گرفته‌اند و ثالث شمرده نمی‌شوند. پس از اعمال حق نیز حق تملک چهره مالکیت به خود می‌گیرد و ایجاد آن به تراضی، متفق علیه است. اشکال شایان طرح این است که اگر منتقل الیه دوم (به بعد) جاهل به وجود حق تملک مبیع باشد، نمی‌توان گفت به اراده خود طرف حق بایع قرار گرفته است و این موضوع مضر به حقوق اوست. اشکال بدین صورت رفع می‌شود که علم و جهل منتقل الیه به قیود و عوارض مبیع، مانع انتقال عوارض (توابع) عین نمی‌شود، بلکه جهل او به وجود چنین عیبی در مبیع (طلق نبودن مبیع) موجب حق فسخ به نفع اوست. ماده ۵۳ قانون مدنی گواه همین مطلب است. بنابراین، اشکال اخیر ثانوی است که برای حفظ هرچه بیشتر حقوق ثالث در خصوص احتمال وجود حقوق عینی، ثبت حقوق تعلق گرفته بر عین، مورد پیشنهاد قرار گرفته است (پیلوار و صفری، ۱۳۹۹، ص. ۲۳۲) حاصل اینکه، ایجاد «حق عینی استرداد» در مبیع را نمی‌توان ناقض اصل نسبی بودن قرارداد یا مخالف حقوق اشخاص ثالث دانست. در خصوص انحصار اسباب ایجاد حق عینی نیز ماده ۱۰ قانون مدنی اصل آزادی قراردادها را تمهید کرده است. بنابراین، با توجه به اصل حاکمیت اراده و اینکه منع قانونی نسبت به ایجاد حق عینی در اموال مورد تصریح قرار نگرفته است و با توجه به آنچه در صدر این بند گذشت، دشوار می‌توان انحصار در اسباب ایجاد حق عینی را پذیرفت، بلکه باید توافق طرفین

برای ایجاد آن را کافی دانست.

با این مقدمه، گاه ممکن است هدف از درج شرط ترک فعل حقوقی، امکان استرداد موضوع شرط باشد مانند اینکه شخصی مالی به دیگری می‌فروشد و شرط فسخ و استرداد مبیع (ترک فروش مبیع) می‌کند. در چنین مواردی، آنچه برای مشروطاً له اهمیت دارد، دستیابی مجدد به عین مبیع است و خواستی مبنی بر الزام مشروط علیه به انجام دادن یا ترک کاری ندارد. بنابراین، قصد مشترک طرفین ارتکازاً دلالتی بر ایجاد حق دینی بر ذمه مشروط علیه ندارد، بلکه حقی مستقیم و عینی بر مبیع برای مشروطاً له ترتیب می‌دهد. به بیان دیگر، عبارت «استرداد مبیع» یا «حفظ مبیع» که توجه مشروطاً له به عین را تداعی می‌کند، نباید به صورت حق دینی که عموماً فعل یا ترک فعل در آن مورد توجه است، تعبیر و تفسیر شود. رأی وحدت رویه ۸۱۰ هیئت عمومی دیوان عالی کشور نیز با این تحلیل بیگانه نیست، بلکه عبارت «حق تقدم مالک» قابل تطبیق بر حق عینی اوست. در این صورت، حق مشروطاً له از عوارض و قیود مبیع شمرده می‌شود که همواره با آن انتقال می‌یابد و معاملاتی را که مشروط علیه نسبت به مبیع انجام می‌دهد، نمی‌توان منافی حق مشروطاً له دانست؛ زیرا مشروطاً له می‌تواند حق عینی خود را در برابر هر منتقل الیه با لحاظ بقای توافقات بعدی اعمال کند. بنابراین، چنین معاملاتی را باید صحیح<sup>۱</sup> دانست.<sup>۲</sup> با این تحلیل، ماده ۴۶۰ قانون مدنی منصرف به موردی است مقصود طرفین بیع شرط از استرداد مبیع، ایجاد حق دینی به نفع بایع باشد؛ زیرا با توجه به اینکه ایجاد حق دینی یا عینی ریشه در توافق طرفین دارد، چنانچه توافق طرفین مبنی بر ایجاد «حق عینی استرداد» احراز شود، باید معامله را صحیح دانست.

با همه این‌ها، مسئله نوشتار حاضر وضعیت معامله منافی با تعهد ترک فعل حقوقی است و «تعهد ترک فعل حقوقی» با توافقی که موجد «حق عینی استرداد» است، به راحتی تطبیق‌پذیر نیست و نیازمند قرینه است. بنابراین، باید پذیرفت اصولاً تعهد ترک فعل حقوقی، موجد حق دینی است نه حق عینی، اما گاه مقصود طرفین خلاف ظاهر کلام و ممکن است از تعهد ترک فعل حقوقی، «حق استرداد» استنباط شود.

۱. برای ملاحظه بحث مشابه رک به: کاتوزیان، عقود ادنی؛ وثیقه‌های دین، ص. ۵۸۲.

۲. در صورت جهل منتقل الیه به حق عینی، مشروط له می‌تواند معامله خود را با ید قبلی فسخ کند (ماده ۵۳ قانون مدنی).

## ۲.۱. عدم صحت معامله منافی

## ۱.۲.۱. تعارض صیانت از حق مشروط له و صحت معامله منافی

گروهی پس از پذیرش حقی [دینی] برای مشروط له که از شرط عدم اعمال حق نشئت می‌گیرد، بیان داشته‌اند که مهم‌ترین هدف ثبوت حق، توان بهره‌برداری صاحب حق از آن است درحالی‌که وجود حق و امکان بهره‌برداری از آن، با صحت تصرف منافی در متعلق همان حق که مساوی با زوال آن است، قابل جمع نیست. در نتیجه، برای رفع این تناقض باید تصرف منافی را بی‌اثر دانست (روحانی، ۱۴۲۰ق، ج ۱، ص. ۱۳۰؛ سعادت مصطفوی، ۱۳۸۳، ص. ۱۷۹). این نظر از حیث نتیجه درست است، اما از حیث استدلال کامل به نظر نمی‌رسد؛ زیرا اولاً، تصرف منافی حق ممکن است موجب از بین رفتن متعلق حق شود، اما حق را کالعدم قرار نمی‌دهد تا وجود حق و تصرف منافی قابل جمع نباشد؛ زیرا با فرض نفوذ تصرف مشروط علیه در حق مشروط له، ذی‌حق می‌تواند به پشتوانه همان حقی که علیه آن تصرف شده است، بدیل متعلق حق خود را مطالبه کند. در واقع، نقض عهد مشروط علیه سبب تملک حق جدیدی برای مشروط له در راستای مطالبه خسارت نیست، بلکه امکان مطالبه خسارت مشروط له به اعتبار همان حقی است که سابقاً به موجب قرارداد در ملکیت مشروط له ایجاد شده است. به بیان دیگر، مشروط له نسبت به ترک فعل مشروط علیه حق دینی دارد و چنانچه مشروط علیه با انجام دادن فعل، متعلق حق مشروط له را از بین برد، مشروط له مالک بدیل متعلق حق خود در ذمه مشروط علیه می‌شود. برای همین است که تسلیم بدیل متعلق حق و ورود این بدیل در دارایی مشروط له، به سبب مملک جدید نیاز ندارد؛ زیرا مشروط له سابقاً به موجب عقد، مالک ما فی‌الذمه مشروط علیه شده است؛ اگرچه مصداق آن تغییر بیاید. ممکن است اشکال شود که تصور بدیل ترک فعل ممکن نیست، اما این اشکال وارد نیست؛ زیرا تعهد ترک فعل، تعهدی مالی و ذی‌قیمت است و قیمت این تعهد، بدیل آن شمرده می‌شود. آنچه ممکن است دشوار بنماید، تقویم این حق است که حدود و اثر این دشواری، در مباحث ضرر معنوی در مسئولیت مدنی به تفصیل مورد بحث قرار گرفته و در حقوق ایران تقویم آن پذیرفته شده است. (صفایی، ۱۴۰۲، ص. ۱۰۹). بنابراین، حق این است که صحت معامله منافی با حق مشروط له قابل جمع است؛ چنان‌که در تخلف از شرط فعل مادی نیز نقض شرط با حق مشروط له قابل جمع است. حتی «صیانت از حق» مشروط له نیز لزوماً با صحت معامله منافی تعارضی ندارد؛ زیرا

پرداخت خسارت به مشروطاً له نیز خود نوعی صیانت از حق است؛ چنان‌که در بحث اتلاف مادی نیز با پرداخت خسارت، صیانت از حق مالک صورت می‌پذیرد. بنابراین، تمام مسئله این است که با توجه به اینکه می‌توان به انحای مختلف از حق مشروطاً له صیانت کرد، کدام نوع صیانت ترجیح دارد؟ این پرسشی است که استدلال اخیر بدان پاسخ نمی‌دهد و در ادامه به آن پرداخته خواهد شد.

#### ۲.۲.۱. دلالت نهی مولوی بر فساد

در ادامه، گروهی دیگر معتقدند نهی (اعم از ارشادی و مولوی) از مسبب معاملات، دلالت بر فساد می‌کند. (نایینی، ۱۳۷۶، ج ۲، ص. ۴۷۱)؛ زیرا از حیث عقلایی، موضوعی که مغبوض شارع است، نمی‌تواند ممضی او باشد و آن را قانونی و مشروع تلقی کند (سبحانی، ۱۴۳۱ق، ج ۲، ص. ۲۲۲؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص. ۶۲۴). در نتیجه، باید معامله منهی عنه را فساد تلقی کرد. باین حال، برخی در نقد این نظر بیان داشته‌اند که صحت معامله به‌عنوان حکمی وضعی، در صورت اجتماع شرایط صحت معامله جاری می‌شود و فقدان نهی - که متضمن حکمی تکلیفی است - از شرایط صحت معامله نیست. در نتیجه، نهی از معامله، بر فساد آن دلالت نمی‌کند (غروی اصفهانی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص. ۱۱۳).

با توجه به آنچه بیان شد، به نظر می‌رسد از حیث اصولی، نهی از مسبب معامله، حکمی وضعی را نیز تدارک می‌بیند و بر فساد دلالت می‌کند، اما بحث در صحت و سقم اشکال اخیر، تبیین شرایط اساسی صحت معامله را در نظام حقوقی ایران لازم می‌آورد. به نظر می‌رسد محل نزاع را می‌توان بدین صورت طرح کرد که آیا عدم تعلق نهی به معامله از شرایط صحت معامله است یا دست‌کم در شرایط صحت معامله اخلاص می‌کند یا خیر؟

#### ۳.۲.۱. عدم مشروعیت موضوع توافق

نهی مقنن از عدم وفا به شرط، در آنچه در ماده ۱۹۰ قانون مدنی به‌عنوان شرایط اساسی صحت معامله مقرر شده است، اخلاص نمی‌کند، اما برخلاف ظاهر ماده ۱۹۰ قانون مدنی که دلالت بر حصر دارد، شرایط صحت معامله محدود به موارد یادشده نیست. از دیگر شرایط اساسی صحت معامله را می‌توان در ماده ۳۴۸ قانون مدنی جست‌وجو کرد «بیع چیزی که خرید و فروش آن قانوناً ممنوع است... باطل است...». ماده ۵۷۰ قانون مدنی نیز به‌عنوان مصداق دیگری از این قاعده بیان داشته است «جعل بر عمل نامشروع و یا... باطل است». بنابراین، یکی از شرایط اساسی موضوع معامله،

مشروعیت آن است. مقصود از مشروعیت مورد معامله، عدم مخالفت آن با شرع یا قانون است؛ زیرا هر آنچه با شرع یا قانون مخالفت نداشته باشد، موافق عمومات و اطلاقات شرعی و قانون در صحت عقود است (شهیدی، ۱۳۸۸، ص. ۲۸۸). با وجود این، توافق علیه هر حکم قانونی را نمی‌توان باطل دانست، بلکه توافق برخلاف قوانینی که جانشین سکوت متعاقدان می‌شوند، صحیح و توافق برخلاف قوانین موضوعی باطل است. استفاده از الفاظی مانند «باید» و هدف حمایت از حقوق اشخاص ثالث در وضع قاعده از جمله اماره‌های امری بودن قانون است. (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۱، ص. ۱۵۶).

در کنار ماده ۲۱۵ قانون مدنی که به لزوم مشروعیت مورد معامله اشاره دارد، ماده ۱۰ قانون مدنی شایان بررسی است که مقرر می‌دارد «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است». بر این اساس، در شبهات حکمی چنانچه انعقاد توافقی مورد نهی و مخالفت قانون‌گذار قرار نگرفته باشد، صحیح و نافذ است. این قاعده، اصل یا اماره نیست، بلکه متضمن حکمی واقعی و مستنبط از عمومات «اوفوا بالعقود» و... است (محقق داماد، ۱۴۰۰، ص. ۲۸۲). در مقابل، لفظ «صریح» را نباید ثبوتی تعبیر کرد؛ زیرا بیان صریح یا ضمنی حکم واقعی در حجیت آن تفاوتی ایجاد نمی‌کند، بلکه لفظ اخیر معنای اثباتی دارد؛ بدین توضیح که لفظ «صریح» که وصف «مخالفت» است، در لغت به معنای آشکار، بی‌پرده، گویا یا قطعی است. بنابراین، قراردادی که مخالفت آن با قانون آشکار و قطعی باشد، باطل است؛ اعم از اینکه حکمی از قانون صریحاً استنباط شود یا ضمناً. به بیان دیگر، در مقام تردید مخالفت توافق با قانون، اصل را بر عدم مخالفت بنا نهاده است.

در مسئله حاضر نتیجه فحص و جست‌وجو در قانون، کشف مخالفت صریح و آشکار «معامله منافی» با قانون است؛ زیرا مفاد عقد و شرط موضوعی است که مطابق مواد ۲۱۹ و ۲۳۷ قانون مدنی، وفا به آن واجب و ضروری اعلام شده است. توافقی که اجرای آن مقتضی نقض عقد یا شرط باشد، مخالفتی آشکار با قانون (لزوم وفای به عقد و شرط) دارد و نامشروع تلقی می‌شود و باطل (در معنای عام) است.

#### ۴.۲.۱. استقرار در قانون مدنی<sup>۱</sup>

ماده ۴۵۴ قانون مدنی مقرر می‌دارد «هرگاه مشتری مبیع را اجاره داده باشد و بیع فسخ شود، اجاره باطل نمی‌شود مگر اینکه عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت بر مشتری صریحاً یا ضمناً شرط شده [باشد] که در این صورت اجاره باطل است». عبارت «عدم تصرفات ناقله» بیان‌کننده شرط عدم اعمال حق است؛ یعنی ضمن بقای حق تصرفات ناقله که از شئون مالکیت است، مالک از تصرف خودداری کند. در این فرض، قانون‌گذار تصرفاتی را که برخلاف شرط انجام شده، محکوم به بطلان<sup>۲</sup> دانسته است. همان‌طور که پیش‌تر بیان شد، بطلان چنین معامله‌ای مبتنی بر «نهی از عدم وفای به شرط»<sup>۳</sup> و «دلالت نهی بر فساد»، شایان توجیه است؛ زیرا مقصود از شرط عدم تصرفات ناقله، عدم انتقال مالکیت است و در اینجا نهی به مسبب تعلق گرفته است که چنین نهی‌ای بر فساد دلالت می‌کند، اما آنچه ممکن است تحلیل فوق را متزلزل کند، ابهام موجود در ذیل ماده ۴۵۴ قانون مدنی است که نسبت به تأثیر یا عدم تأثیر فسخ در بطلان معامله دوم صراحت ندارد. به دیگر سخن، روشن نیست که آیا شرط عدم تصرفات ناقله به‌تنهایی موجب بطلان اجاره است یا فسخ بیع در کنار شرط اخیر موجبات بطلان را فراهم می‌آورد؟ ابتدای ماده ۴۵۴ قانون مدنی بر تحلیل فوق، مقتضی است که فسخ بایع تأثیری در بطلان اجاره نداشته باشد و اجاره از لحظه انعقاد، به علت مخالفت با شرط (مواد ۱۰ و ۲۳۷ قانون مدنی) بی‌اثر باشد. این موضوع از ماده ۴۶۰ قانون مدنی<sup>۴</sup> استنباط می‌شود؛ با این توضیح که در بیع شرط، توافق شده است که هرگاه بایع در مدت معینی تمام ثمن را به مشتری رد کند، خیار فسخ معامله را نسبت به تمام مبیع داشته باشد (ماده ۴۵۸ قانون مدنی). بنابراین، در بیع شرط، هدف از فسخ تنها انحلال عقد نیست، بلکه دستیابی به عین مبیع نیز مقصود است و در ضمن، تعهدی مبنی بر حفظ مبیع وجود دارد که لازمه وفای به این تعهد این است که مشتری تصرفات ناقله در مبیع را ترک نکند. همچنین، فعل «نمی‌تواند» در ماده یادشده ظهور در حکم وضعی و عجز تشریحی مشتری در انتقال مبیع دارد و

۱. ر.ک به: مواد ۴۵۴، ۴۵۵، ۴۶۰، ۵۰۰، ۵۸۹ و ۶۷۹ قانون مدنی.

۲. اینکه بطلان در معنای خاص استعمال شده است یا عام، در ادامه بحث می‌شود.

۳. نهی از ترک ایفای شرط، لازمه عقلی امر به ایفای شرط است (ماده ۲۳۷ قانون مدنی).

۴. «در بیع شرط مشتری نمی‌تواند در مبیع تصرفی که منافی خیار باشد از قبیل نقل و انتقال و غیره بنماید».

اقتضای عدم سلطه مشتری در تصرفات ناقله، بی‌اثر بودن معامله منافی از لحظه انعقاد است.<sup>۱</sup> ملاحظه ماده ۵۰۰ قانون مدنی<sup>۲</sup> نیز عدم تأثیر فسخ و بی‌اثر بودن معامله منافی را از لحظه انعقاد تقویت می‌کند. قرینه دیگر، ماده ۵۸۹ قانون مدنی است که مضموناً مقرر می‌دارد در صورتی که شرکا بر عدم تقسیم توافق کنند، نمی‌توانند تقسیم مال مشترک را بخواهند و عامل دیگری جز توافق برای عدم تأثیر تقاضای تقسیم ذکر نشده است. با توجه به ماده ۶۷۹ قانون مدنی، در صورتی که عدم عزل وکیل شرط شده باشد، عزل وی بدون نیاز به تأثیر عاملی دیگر بی‌اثر است. از سوی دیگر، شایسته نیست تخلف از شرط فعل حقوقی منفی در یک قانون دو ضمانت اجرای ناهماهنگ داشته باشد. در نتیجه، ماده ۴۵۴ قانون مدنی نیز باید بر مبنای دلالت نهی بر فساد تفسیر شود و معامله منافی شرط عدم اعمال حق، از لحظه انعقاد بی‌اثر باشد. به بیان دیگر، قرائن قانونی یادشده صدر ماده ۴۵۴ قانون مدنی در مقام بیان قاعده عدم تأثیر فسخ در گذشته است و اینکه فسخ موجب بطلان اجاره نیست، بلکه بطلان اجاره با شرط عدم تصرفات ناقله فراهم می‌آید.

دقت در رأی وحدت رویه شماره ۳۸۱۰<sup>۳</sup> نیز همین موضوع را نشان می‌دهد؛ یعنی اعمال حق فسخ، تنها شرط استرداد مبیع است و نه شرط عدم نفوذ معامله دوم. علت شرطیت فسخ در استرداد مبیع این است که پیش از فسخ معامله اول، هنوز خریدار اول مالک مبیع است. در نتیجه، فروشنده اول نمی‌تواند تنها به بهانه معامله دوم و بی‌اثر خریدار، مبیع را مسترد دارد، بلکه لازم است ابتدا قرارداد اول را فسخ کند. بنابراین، در رأی اخیر نیز اعمال حق فسخ، مؤثر در نفوذ یا عدم نفوذ معامله دوم اعلام نشده است.

پرسشی که باقی می‌ماند این است که ماده ۲۳۷ قانون مدنی که ناظر بر شرط فعل است، چه

۱. البته مواردی را می‌توان در قانون یافت که با وجود استفاده از لفظ «نمی‌تواند»، معامله صحیح است. مانند ماده ۱۳۳ قانون

اصلاح قسمتی از قانون تجارت که از قرائن موجود در ماده، صحت قرارداد و خلاف ظاهر «نمی‌تواند» استنباط می‌شود.

۲. «در بیع شرط مشتری می‌تواند مبیع را برای مدتی که با بیع حق خیار ندارد، اجاره دهد و اگر اجاره منافی با خیار با بیع باشد، به وسیله جعل خیار یا نحو آن، حق با بیع را محفوظ دارد و الاً اجاره تا حدی که منافی با حق با بیع باشد، باطل خواهد بود».

۳. «مستفاد از مواد... و ۴۵۴ قانون مدنی، چنانچه در ضمن عقد بیع شرط شود در صورت عدم پرداخت اقساط ثمن در مواعد تعیین شده، فروشنده حق فسخ و استرداد مبیع را دارد، با تحقق شرط و اعمال حق فسخ ولو اینکه خریدار بدون در نظر گرفتن حق فسخ، مبیع را به شخص دیگری فروخته باشد، مبیع باید به با بیع مسترد شود و عدم اطلاع خریدار بعدی از شرط مذکور با توجه به درج آن در متن قرارداد، به اقتضای رفتار متعارف اشخاص و حق تقدم مالک موجب بی‌اثر شدن شرط و زوال حق مالک اولیه نسبت به عین مال نخواهد بود...».

نسبتی با ماده ۴۵۴ قانون مدنی و دیگر مواد یادشده دارد. آیا ماده ۴۵۴ و... استثنایی بر حکم ماده ۲۳۷ یا مصداقی از آن است؟ ماده ۲۳۷ قانون مدنی در مواجهه با تخلف از شرط فعل چنین حکم کرده است که ابتدا باید الزام مشروط علیه به اجرای تعهد خواسته شود و در صورت امتناع اجرای شرط، حق فسخ معامله را خواهد داشت. اجرای این حکم در شرط فعل منفی مادی عقلاً محل تردید قرار گرفته است؛ زیرا با تخلف از شرط (انجام دادن فعل) موضوع ترک واقع شده است و آنچه نباید، انجام شده است و دیگر موضوعی برای الزام باقی نمی‌ماند. به بیان دیگر، با تخلف از شرط ترک فعل مادی، الزام به ترک بدون موضوع خواهد شد. بنابراین، ترتیب یادشده در ماده ۲۳۷ قانون مدنی تا جایی که موضوعاً قابلیت اجرا داشته باشد، رعایت خواهد شد. پس روشن است شرط فعل منفی مادی وضع متفاوتی از حیث حکم ندارد، بلکه تنها از لحاظ ویژگی‌های موضوعی متفاوت می‌نماید حال آنکه این تفاوت حقیقی نیست. براین اساس، در شرط فعل منفی حقوقی نیز تفاوت ظاهری است و حتی می‌توان گفت تطبیق آن با حکم و ترتیب یادشده در ماده ۲۳۷ قانون مدنی آسان‌تر است؛ زیرا همان‌طور که گذشت، تخلف از شرط فعل منفی حقوقی بی‌اثر است و عدم اعتباربخشی و امضای عمل منافی با شرط، چهره‌ای از الزام به اجرای تعهد است. بنابراین، حکم تخلف از شرط فعل منفی حقوقی در مقایسه با شرط فعل منفی مادی، انطباق بیشتری با ماده ۲۳۷ قانون مدنی دارد و الزام به اجرای تعهد، همواره در شرط ترک فعل حقوقی قابل اجراست و نوبت به اعطای حق فسخ به مشروط‌له نمی‌رسد. ازاین‌رو ذیل ماده ۴۵۴ قانون مدنی مصداقی از ماده ۲۳۷ قانون مدنی است.

### ۳.۱. عدم صحت؛ بطلان یا عدم نفوذ

اکنون که دانستیم معامله منافی با تعهد عدم اعمال حق، بی‌اثر است، باید بدین پرسش پاسخ داده شود که آیا مقصود از بی‌اثر، بطلان عقد است یا عدم نفوذ آن؟ با توجه به آنچه گذشت، معامله منافی با تعهد عدم اعمال حق، موضوع نامشروعی دارد؛ زیرا طرفین معامله منافی، به نوعی بر نقض معامله اول توافق کرده‌اند درحالی‌که وفای به آن الزامی و حکمی آمره است. از سوی دیگر، ضمانت اجرای نامشروع بودن موضوع، بطلان است. بنابراین، بطلان عقد ترجیح دارد، اما این نتیجه با این عموم و اطلاق محل تردید است؛ زیرا در مواردی که امر و نهی قانون نسبت به معامله، زیان‌دیده معین ندارد، قانون‌گذار با هدف حفظ حقوق عموم اشخاص جامعه، معامله را باطل تلقی



می‌کند، اما هرگاه تخلف از امر و نهی قانون نسبت به معامله، زیان دیده معین دارد و صحت یا عدم صحت آن معامله به تنهایی در نظم عمومی مؤثر نیست، عدم نفوذ ترجیح دارد؛ زیرا چه کسی شایسته‌تر از خود شخص که نسبت به دارایی خود تصمیم بگیرد؛ همچنان‌که در وصیت زائد بر ثلث و وقف به اضرار دیان نیز همین قاعده جریان دارد. افزون‌براین، اصولاً در معاملات، هدف اشخاص کسب سود و دفع زیان است و نهادهای مختلف حقوقی از قبیل اختیارات که در قانون برای دفع ضرر از طرفین معامله تأسیس شده‌اند، این هدف را تأیید می‌کنند. بنابراین، صدور حکم کلی بطلان برای همه این معاملاتی که در حمایت از شخص معین مورد نهی قرار گرفته‌اند، بدون در نظر گرفتن اراده ذی‌نفع اصلی این حکم، با هدف یادشده سازگار نیست. در نتیجه، باید «بطلان» در مواد ۴۵۴ و ۵۰۰ قانون مدنی را حمل بر عدم نفوذ کرد (امامی، ۱۳۶۶، ج ۳، ص. ۵۶۴؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱، ص. ۲۴۹؛ محقق داماد، ۱۳۹۵، ص. ۴۳۴). استفاده از لفظ «بطلان» در معنای عام خود بی‌سابقه نیست. برای مثال، مقنن در ماده ۲۱۲ قانون مدنی نیز به قرینه مواد دیگر، «بطلان» را در معنای عام خود به کار برده است (صفایی، ۱۴۰۰، ص. ۷۰).

## ۲. ماهیت تنفیذ و اثر آن

### ۱.۲. ماهیت تنفیذ

پاسخ به این پرسش که عدم صحت معامله منافی با تعهد عدم اعمال حق را باید به عدم نفوذ معامله تعبیر کرد یا بطلان آن، در گروی قابلیت توجیه ماهیت حقوقی برای اجازه (تنفیذ) است. به بیان دیگر، پذیرش نظریه عدم نفوذ متوقف بر توجیه حقوقی تنفیذ است؛ همچنان‌که در عقد فضولی نیز توجیهاتی از قبیل شرط متأخر، توکیل فضولی و... در اثبات امکان اجازه و تنفیذ بیان شده است. در ادامه، امکان توجیه نظریه عدم نفوذ در تعهد عدم اعمال حق بررسی می‌شود.

### ۱.۱.۲. رفع مانع

با تنفیذ عقد، مانعی (حق مشروطاً له) که عدم صحت را ایجاب می‌کرد، زایل می‌شود؛ بدین توضیح که فساد عقد دوم به دلیل مخالفت با امر قانون‌گذار و به طبع عدم امضای عقد منافی است. حال اگر به‌گونه‌ای تعهد ناشی از شرط ساقط شود، وجوب وفای به شرط نیز پایان می‌یابد. در نتیجه، مبعوضیت قانون‌گذار که مانع ترتب اثر بر عقد دوم بود، زایل می‌شود و آثار عقد دوم جریان

می‌یابد<sup>۱</sup> مانند آنکه بر مشتری شرط شود که مبیع را نفروشد. بنابراین، به اجمال می‌توان پذیرفت عدم نفوذ معامله منافی بدون وجه نیست. تحلیل اخیر کارکرد فنی و مکانیکی اجازه را روشن می‌کند، اما از حیث توجیه ماهیت حقوقی تنفیذ نارساست؛ زیرا ازاله مانع تعبیر دیگری از تنفیذ و صورت مسئله است نه ماهیت آن.

### ۲.۱.۲. توکیل

ممکن است تلاش برای توجیه تصرف مشروط علیه در حق مشروط<sup>۲</sup> له، نظریه نمایندگی را در معامله فضولی تداعی کند؛ یعنی تنفیذ معامله منافی، نوعی اعطای نیابت به مشروط علیه برای تصرف در حق مشروط<sup>۳</sup> له باشد. مشروط علیه با تصرف در حق مشروط<sup>۴</sup> له، ایجابی مبنی بر نمایندگی از وی صادر می‌کند و مشروط<sup>۵</sup> له با تنفیذ معامله، ایجاب وی را قبول می‌کند و مشروط علیه را در گذشته نماینده خود قرار می‌دهد (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۲، ص. ۱۲۹). صحت این تحلیل در موضوع حاضر محل تردید است. با تدقیق در مقصود مشروط<sup>۶</sup> له، چنین به نظر می‌رسد که اجازه و تنفیذ معامله دوم، گذشت از حق خود ناظر به موضوع شرط باشد نه اینکه او بخواهد مشروط علیه را مدیر و وکیل خود در اداره حق ناشی از شرط قرار بدهد؛ زیرا اداره حق مشروط<sup>۷</sup> له یا ناظر به ابقای شرط است که نیاز به عملی ندارد یا ناظر به اسقاط حق است که فرض اعطای نمایندگی در آن به دور از واقعیت و دارای پیچیدگی و تکلفی است که به دشواری می‌توان اراده مشروط<sup>۸</sup> له را بر آن منطبق کرد.

### ۳.۱.۲. اذن

اذن دو اثر حقوقی به دنبال دارد. اولاً، حکم تکلیفی اباحه را محقق می‌کند. ثانیاً، نفی ضمان می‌کند؛ زیرا یکی از ارکان مسئولیت مدنی، فعل زیان‌بار است که با وجود اذن، فعل زیان‌زننده نامشروع نخواهد بود (اسماعیلی و امرایی، ۱۳۹۸، ص. ۱۹). بنابراین، برخلاف احتمالات آتی، چنانچه ماهیت تنفیذ اذن تلقی شود، حق ناشی از شرط باقی خواهد ماند، اما ممنوعیت تصرف در حق به علت رضای مالک یا طیب نفس او رفع خواهد شد و تصرف مشروط علیه نافذ می‌شود.

۱. اذا زال المانع، عاد الممنوع.

## ۴.۱.۲. انتقال تعهد

انتقال تعهد اعم از انتقال طلب و انتقال دین است. انتقال طلب بدین معناست که طلبکار آنچه را از مدیون طلب دارد، به دیگری منتقل کند (بهرامی احمدی، ۱۳۹۰، ص. ۶۵۱). به نظر می‌رسد بند ۳ ماده ۲۹۲ قانون مدنی، ذیل مبحث تبدیل تعهد، نهاد انتقال طلب را تأسیس کرده است (امامی، ۱۳۶۶، ج ۳، ص. ۳۴۰؛ شهیدی، ۱۳۷۳، ص. ۱۳۹؛ کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص. ۲۶۹). در صحت انتقال دین نیز نباید تردید کرد؛ زیرا اولاً، عقد ضمان و حواله نیز مبتنی بر انتقال دین است (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص. ۲۶۹). ثانیاً، در نظام حقوقی ایران منع قانونی برای انتقال دین بیان نشده است و از این رو مورد حمایت اصل آزادی قراردادها قرار می‌گیرد. همچنین، برخی بند ۲ ماده ۲۹۲ را متضمن انتقال دین دانسته‌اند (امامی، ۱۳۶۶، ج ۳، ص. ۳۳۹؛ بهرامی احمدی، ۱۳۹۰، ص. ۶۶۰). در نتیجه، باید صحت انتقال دین را نیز پذیرفت مگر اینکه انتقال دین به دین صدق کند که بطلان آن شهرت دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۳، ص. ۱۷۵).

آنچه ممکن است با عنوان انتقال تعهد، ذمه مدیون را نسبت به تعهد بری کند و مانع نفوذ معامله منافی را از میان بردارد، اولاً، انتقال دین توسط مالک به دیگری (تغییر مدیون) و ثانیاً، انتقال طلب توسط مالک به مدیون (تغییر طلبکار و جمع دائن و مدیون در یک شخص) است. در انتقال دین طلبکار، مالک ما فی الذمه مدیون است؛ یعنی ملک (حق مالی) او در ذمه مدیون مستقر است، اما در ملکیت طلبکار است. پس تصرف در دین، تصرف مالک در ملکش است. از این رو انتقال دین به ذمه ثالث توسط طلبکار نیاز به رضایت مدیون ندارد. در نتیجه، با توجه به اینکه انتقال دین تنها تصرف طلبکار در دارایی خودش است و به رضایت مدیون نیاز ندارد، با انتقال تعهد از ذمه مدیون، ممنوعیت ناشی از عدم انتقال و علت عدم امضای شارع زایل و عقد نافذ خواهد شد. انتقال طلب به مدیون وضعیت متفاوتی دارد؛ زیرا انتقال حق دینی به دیگری، افزایش دارایی او شمرده می‌شود و اراده انشایی او را می‌طلبد. صرف نظر از این موضوع، با انتقال طلب به مدیون، به علت جمع دو عنوان طلبکار و بدهکار در یک شخص و مالکیت ما فی الذمه، تعهد قهراً ساقط می‌شود. بنابراین، انتقال طلب مشروطاً له به مشروط علیه که منجر به مالکیت ما فی الذمه او می‌شود و سقوط حق مشروطاً له را به دنبال دارد، موجب رفع مانع نفوذ معامله منافی خواهد شد. از این رو در این فرض، ماهیت تنفیذ، قبول ایجاب ضمنی مشروط علیه مبنی بر انتقال حق به خودش است.

#### ۵.۱.۲. ابراء

ابراء عمل حقوقی یک‌جانبه است و به اراده مدیون نیاز ندارد. برخلاف انتقال تعهد که اثر اصلی آن جابه‌جایی حق است، اثر اصلی ابراء سقوط تعهد است (کاتوزیان، ۱۳۷۰، ص. ۳۶۰). در نتیجه، معامله منافی که از لحاظ مخالفت با تعهد ناشی از شرط موقوف مانده بود، با ابراء ذمه مشروط علیه و سقوط تعهد او (مانع نفوذ معامله منافی)، حیات حقوقی و نفوذ می‌یابد.

#### ۶.۱.۲. اقاله

بعد از معامله طرفین می‌توانند به ترازی، آن را اقاله یا تفاسخ کنند. اقاله به هر لفظ یا فعلی واقع می‌شود که دلالت بر به هم زدن معامله کند (مواد ۲۸۳ و ۲۸۴ قانون مدنی). با این مقدمه، اولاً، مشروط علیه با نقض عهد، به صورت ضمنی اراده خود را مبنی بر عدم التزام به تعهد (ایجاب اقاله) اعلام می‌دارد. ثانیاً، با توجه به ماده ۲۸۵ قانون مدنی، موضوع اقاله ممکن است بر تمام موضوع معامله واقع شود یا مقداری از آن. بنابراین، تفاوتی نمی‌کند که تعهد عدم اعمال حق در قالب عقد باشد یا شرط. ثالثاً، از آنجاکه تعهد ناشی از معامله منافی مانع نفوذ عقد است و با اقاله عقد، تعهد ناشی از آن نیز از میان می‌رود، اقاله می‌تواند ماهیت تنفیذ تلقی شود (نعمت‌اللهی، ۱۳۸۸، ص. ۳۱).

حاصل بحث اینکه، از حیث نظری نهادهای وکالت، اذن، اقاله، انتقال تعهد (اعم از انتقال دین و انتقال طلب به مدیون) و ابراء می‌توانند ماهیت تنفیذ قرارداد منافی با تعهد عدم اعمال حق را تدارک ببینند، اما اینکه طرفین از طریق کدام از نهادهای فوق اقدام به تنفیذ معامله می‌کنند، از اختیارات آنهاست. با این حال، با توجه به تفاوت در شرایط و آثار پنج نهاد وکالت، اذن، انتقال تعهد، ابراء و اقاله، احراز هر یک از آنها در مقام تردید اهمیت می‌یابد. در این مرحله، با تحلیل و بررسی مفاد میرز و قرائن موجود می‌توان دست به گزینش زد. در فرض نبود قرینه، در مقام قضاوت میان پنج نهاد فوق، رفتار طرفین ظهور در اقاله دارد؛ زیرا متعهد با نقض عهد، اراده خود را مبنی بر عدم التزام به تعهد عدم اعمال حق ایجاب می‌دارد و متعهد له نیز با ملاحظه تخلف متعهد از قرارداد، معامله منافی را می‌پذیرد که در واقع، قبول عدم التزام به تعهد شمرده می‌شود؛ اگرچه خلاف این ظاهر نیز قابل اثبات است.

## ۲.۲. اثر قهرایی تنفیذ

آنچه همواره در مسئله تنفیذ معامله غیر نافذ اهمیت دارد، کاشف یا ناقل بودن آن است. چنانچه طرفین قادر به تسری اثر اقاله به گذشته باشند، می‌توان از زمان توافق مشروط علیه با ثالث، حکم به صحت معامله منافی داد. اصولاً عقد (اقاله) از زمان لحوق قبول تأثیر می‌کند، اما در اینکه تراضی طرفین می‌تواند اثر عقد را به گذشته سرایت دهد یا خیر، اختلاف نظر وجود دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۳، ص. ۱۵۹). جریان اصل علیت در حوزه امور اعتباری و تشریحی متفاوت از حوزه امور تکوینی است؛ زیرا امور اعتباری تابع اراده خالق و جاعل آن است و این اشخاص هستند که بسته به اراده خویش در خصوص ترتب اثر عقد تصمیم‌گیری می‌کنند (قاسم‌زاده و قربانی جویباری، ۱۳۹۴، ص. ۱۱۵). ادراکات اعتباری، فرض‌هایی است که ذهن به منظور رفع احتیاجات حیاتی، آن‌ها را ساخته است و جنبه وضعی، قراردادی، فرضی و اعتباری دارد و با واقع و نفس‌الامر سروکاری ندارد (طباطبایی، ۱۳۹۰، ج ۲، ص. ۱۴۳). چنانچه بتوان برای موضوعی که در عالم مادی هیچ تأثیری در وقوع موضوع دیگری ندارد، اثری ایجاد کرد و آن را علت امر معتبر دیگری قرار داد، به آسانی می‌توان فرض کرد موضوع مؤخر بتواند در امر اعتباری مقدم تأثیر کند و علت پیدایش آن باشد (امامی، ۱۳۶۶، ج ۳، ص. ۶۰). همچنان‌که تسری تأثیر عقود از جمله اقاله در گذشته در فقه نیز بیگانه نیست و ممکن شمرده شده است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴ق، ص. ۱۹۴).

پس از احراز امکان تأثیر عقد در گذشته، نوبت به بررسی زمان تأثیر تنفیذ معامله منافی با شرط می‌رسد. پیش‌تر بیان شد که اقاله توافق عدم اعمال حق، مناسب‌ترین فرض برای تعیین ماهیت تنفیذ معامله منافی است. با یادآوری نکته اخیر، در ادامه به زمان تأثیر تنفیذ (اقاله) پرداخته می‌شود. مشروط علیه با نقض عهد، قصد خود مبنی بر عدم التزام به مدلول شرط را اعلام می‌کند. روشن است علت عدم التزام او به شرط، اعمال حق خود در زمان نقض شرط است؛ یعنی اقاله در زمان نقض شرط مطلوب و مقصود او بوده است و زمان یادشده قید ایجاب اوست. از سوی دیگر، مشروط‌له نیز با ملاحظه نقض عهد مشروط علیه، معامله منافی را تنفیذ می‌کند و به آن زمان توجه دارد. نتیجه اینکه، قبول ایجاب مشروط علیه مبنی بر اقاله توافق عدم اعمال حق، زمان کنونی است، اما طرفین بر جریان آثار اقاله در گذشته نظر دارند. بنابراین، مشروط علیه از لحظه نقض عهد و به اجازه مشروط‌له، از تمام امتیازات از جمله اعمال حق که با فقدان شرط شایان تصور

است، بهره‌مند می‌شود.

### نتیجه‌گیری

یافته‌های پژوهش حاضر را می‌توان به صورت زیر تبیین کرد.

۱. تعهد ترک فعل حقوقی همواره موجد حق دینی برای مشروط له نیست، بلکه گاه حق عینی می‌آفریند. بنابراین، در خصوص وضعیت معامله منافی با تعهد اخیر باید قائل به تفصیل شد. اول: چنانچه تعهد ترک فعل حقوقی، موجد «حق استرداد» باشد، از آنجاکه اساساً حق عینی در مقابل هر شخص قابل استناد و اعمال است، انتقال مال منافاتی با حق عینی مشروط له ندارد و معامله صحیح است. دوم: در مواردی که تعهد ترک فعل حقوقی موجد حق دینی باشد که اصولاً نیز چنین است، «معامله منافی» به علت عدم مشروعیت موضوع معامله غیرنافذ است.
  ۲. در خصوص ماهیت تنفیذ معامله منافی با تعهد ترک فعل حقوقی، نهادهای وکالت، اذن، انتقال تعهد، ابرا و اقاله می‌توانند قابل تمسک باشند که حسب ظاهر رفتار طرفین، اقاله (قبول پیشنهاد متعهد مبنی بر اقاله تعهد ترک فعل حقوقی) ترجیح دارد.
  ۳. در خصوص اثر تنفیذ معامله منافی باید گفت در صورت پذیرش امکان تأثیر عقد در گذشته، پس از اجازه، معامله منافی از زمان نقض عهد واجد آثار خواهد بود. بنابراین، شرایط تنفیذ نیز بر همین مبنا قابل توضیح است.
- گفتنی است با اینکه نظر قانون‌گذار در خصوص وضعیت معامله منافی قابل استنباط است و شرایط و آثار تنفیذ نیز بستگی به آن دارد که طرفین کدام نهاد را به‌عنوان ماهیت تنفیذ مورد نظر قرار دهند، اما نظر قانون‌گذار نسبت به امکان ایجاد «حق عینی استرداد» در اموال محل ابهام است؛ اگرچه به لحاظ حقوقی فاقد اشکال به نظر می‌رسد. بنابراین، پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار ایرانی نسبت به اصلاح موضوع یادشده اقدام کند.

## منابع

- ۱) اسماعیلی، محسن و امرایی، علی (۱۳۹۸). بازتعریف قاعده اذن و آثار ناشی از آن. آموزه‌های حقوقی گواه. ۵ (۸)، صص. ۴-۲۳. doi: 10.30497/leg.2019.2785
- ۲) امامی، سیدحسن (۱۳۳۸). حقوق مدنی (جلد ۴). تهران: دانشگاه تهران.
- ۳) امامی، سیدحسن (۱۳۶۶). حقوق مدنی (جلد ۳). تهران: کتاب‌فروشی اسلامیه.
- ۴) انصاری، مرتضی (بی‌تا). مکاسب (جلد ۵). بی‌جا: تراث‌الشیخ‌الانصاری
- ۵) بهرامی احمدی، حمید (۱۳۹۰). حقوق تعهدات و قراردادهای با مطالعه تطبیقی در فقه مذاهب اسلامی و نظام‌های حقوقی. تهران: دانشگاه امام‌صادق (علیه‌السلام).
- ۶) پیلوار، رحیم و صفری، حاتمه (۱۳۹۹). قلمرو آزادی اراده در ایجاد حقوق عینی جدید از منظر حقوق اموال و مالکیت و ثبت. حقوق اسلامی، ۱۶ (۶۳)، صص. ۲۱۳-۲۳۵.
- ۷) جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۱). مجموعه محشی قانون مدنی. تهران: گنج دانش.
- ۸) جواهرکلام، محمدهادی (۱۴۰۱). اثر فسخ قرارداد نخست بر معاملات بعدی. دوفصلنامه نقد و تحلیل آرای قضایی، ۱ (۲)، صص. ۱۶۸-۲۱۳. doi: 10.22034/analysis.2023.701507
- ۹) حکیم، محسن (۱۴۲۱ق). مستمسک عروة‌الوثقی (جلد ۱۲). بیروت: احیاء التراث العربی.
- ۱۰) خراسانی، محمدکاظم (بی‌تا). کفایة‌الاصول. قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام) لاحیاء التراث.
- ۱۱) خوانساری نجفی، موسی (۱۴۱۸ق). منیة‌الطالب (جلد ۳). قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ۱۲) روحانی، سیدمحمد (۱۴۲۰ق). المرتقی الی‌الفقه‌الارقی (جلد ۱). تهران: دارالجللی.
- ۱۳) سبحانی، سیدجعفر (۱۴۳۱ق). المیسوط فی اصول‌الفقه (جلد ۲). قم: مؤسسه امام‌صادق (علیه‌السلام).
- ۱۴) سعادت مصطفوی، سیدمصطفی (۱۳۸۴). ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی. فصلنامه پژوهشی دانشگاه امام‌صادق (علیه‌السلام)، (۲۴)، صص. ۱۷۱-۲۰۰.
- ۱۵) شهیدی تبریزی، میرزافتاح (۱۴۰۷ق). هدایة‌الطالب الی اسرار‌المکاسب. قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی.
- ۱۶) شهیدی، مهدی (۱۳۷۳). سقوط تعهدات. تهران: کانون وکلای دادگستری.
- ۱۷) شهیدی، مهدی (۱۳۸۸). تشکیل قراردادهای و تعهدات. تهران: مجد.
- ۱۸) صدر، سیدمحمدباقر (۱۴۱۸ق). دروس فی علم‌الاصول (جلد ۱). قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ۱۹) صفایی، سیدحسین (۱۳۹۶). حقوق مدنی اشخاص و محجورین. تهران: سمت.
- ۲۰) صفایی، سیدحسین (۱۴۰۰). قواعد عمومی قراردادهای. تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- ۲۱) صفایی، سیدحسین (۱۴۰۲). مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد). تهران: سمت.

- ۲۲) طباطبایی یزدی، محمدکاظم (۱۴۱۵ق). سؤال و جواب. قم: مرکز نشرالعلوم اسلامی.
- ۲۳) طباطبایی، محمدحسین (۱۳۹۰). اصول فلسفه و روش رئالیسم (جلد ۲). چاپ ۱۹، تهران: صدرا.
- ۲۴) غروی اصفهانی، محمدحسین (۱۴۰۹ق). الاجاره (جلد ۱). قم: مؤسسه النشرالاسلامی.
- ۲۵) قاسم‌زاده، سیدمرتضی و قربانی جویباری، محمد (۱۳۹۴). تحلیل شرط تقدیم مالکیت مبیع و آثار آن در حقوق ایران. فصلنامه پژوهشی حقوق خصوصی، ۳ (۱۰)، صص. ۱۰۱-۱۱۹.
- ۲۶) کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۰). ایقاع. تهران: مؤسسه نشر یلدا.
- ۲۷) کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۱). قواعد عمومی قراردادها (جلد ۲). تهران: شرکت انتشار.
- ۲۸) کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴). نظریه عمومی تعهدات. تهران: مؤسسه نشر یلدا.
- ۲۹) کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶). قواعد عمومی قراردادها (جلد ۱). تهران: شرکت انتشار.
- ۳۰) کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹). اموال و مالکیت. تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- ۳۱) کریمی، عباس و شعبانی کندسری، هادی (۱۳۹۶). وضعیت حقوقی «مراعی» به‌عنوان وضعیتی در عرض صحت، بطلان و عدم نفوذ. فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، ۴۷ (۴)، صص. ۶۸۳-۷۰۲. doi: 10.22059/jlq.2017.202021.1006717
- ۳۲) محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۵). نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- ۳۳) محقق داماد، سیدمصطفی (۱۴۰۰). قواعد فقه مدنی. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- ۳۴) محقق داماد، سیدمصطفی؛ جواهرکلام، محمدهادی و ساعتچی، علی (۱۴۰۳). مالکیت مراعی؛ مفهوم و مصداق. پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، شماره ۶۳، صص. ۱-۳۰. doi: 10.30497/law.2023.243942.3334
- ۳۵) مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۶ق). انوارالاصول (جلد ۱). قم: نسل جوان.
- ۳۶) مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۸ق). العروة الوثقی مع تعلیقات (جلد ۲). قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (علیه السلام).
- ۳۷) نایینی، محمدحسین (۱۳۷۶) فوائدالاصول (جلد ۲). قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۳۸) نعمت‌اللهی، اسماعیل (۱۳۸۸). ضمانت اجرای شرط فعل حقوقی. حقوق اسلامی، ۶ (۲۳)، صص. ۷-۳۶.
- ۳۹) نعمت‌اللهی، اسماعیل (۱۳۹۳). بررسی نظریه ملک ان یملک (حق تملک). حقوق اسلامی، ۱۱ (۳۶)، صص. ۲۹-۶۲.



## References

- 1) Anṣārī, Murtazā (n.d.). Makāsib (Vol. 5). n.p.: Turāth al-Shaykh al-Anṣārī [in Arabic].
- 2) Bahrāmī Aḥmadī, Ḥamīd (1390 SH). Ḥuqūq-i Ta‘ahudāt va Qarārdād-hā bā Muṭāla‘ah-yi Taṭbīqī dar Fiqh-i Madhāhib-i Islāmī va Nizām-hā-yi Ḥuqūqī [Law of Obligations and Contracts with a Comparative Study in Islamic Jurisprudence and Legal Systems]. Tehran: Dānishgāh-i Imām Ṣādiq (‘alayh as-salām) [in Persian].
- 3) Gharawī Iṣfahānī, Muḥammad Ḥusayn (1409 AH). al-Ijārah (Vol. 1). Qom: Mu‘assasat al-Nashr al-Islāmī [in Arabic].
- 4) Ḥakīm, Muḥsin (1421 AH). Mustamsak ‘Urwat al-Wuthqā (Vol. 12). Beirut: Ihyā‘ al-Turāth al-‘Arabī [in Arabic].
- 5) Imāmī, Sayyid Ḥasan (1338 SH). Ḥuqūq-i Madanī (Vol. 4) [Civil Law]. Tehran: Dānishgāh-i Tehran [in Persian].
- 6) Imāmī, Sayyid Ḥasan (1366 SH). Ḥuqūq-i Madanī (Vol. 3) [Civil Law]. Tehran: Kitābfurūshī-yi Islāmīyah [in Persian].
- 7) Ismā‘īlī, Muḥsin & Amra‘ī, ‘Alī (1398 SH). Baztā‘rif Qā‘idah-yi Izn va Āthār-i Nāshī az Ān [Redefinition of the Rule of Permission and its Consequences]. Āmūzeh-hā-yi Ḥuqūqī-yi Gavāh [Legal Teachings], 5(8), pp. 4-23. doi: 10.30497/leg.2019.2785 [in Persian].
- 8) Ja‘farī Langarūdī, Muḥammad Ja‘far (1391 SH). Majmū‘ah Muḥshī-yi Qānūn-i Madanī [Annotated Civil Code]. Tehran: Ganj-i Dānish [in Persian].
- 9) Javāhirkalām, Muḥammad Hādī (1401 SH). Athar-i Faskh-i Qarārdād-i Nakhost bar Mu‘āmalāt-i Ba‘dī [The Effect of Canceling the First Contract on Subsequent Transactions]. Dū Fasl-nāmah-yi Naqd va Taḥlīl-i Ārā-yi Qaḍā‘ī [Semi-Annual Review and Analysis of Judicial Opinions], 1(2), pp. 168-213. doi: 10.22034/analysis.2023.701507 [in Persian].
- 10) Karīmī, ‘Abbās & Shabānī Kandasrī, Hādī (1396 SH). Vazīyat-i Ḥuqūqī-yi "Mora‘a" bih ‘Unvān-i Vazīyatī dar ‘Arz-i Ṣiḥḥat, Buṭlān va ‘Adam-i Nufūz [The Legal Status of "Mora‘a" as a Status Equivalent to Validity, Nullity, and Ineffectiveness]. Faṣl-nāmah-yi Muṭāla‘āt-i Ḥuqūq-i Khuṣūṣī [Journal of Private Law Studies], 47(4), pp. 683-702. doi: 10.22059/jlq.2017.202021.1006717 [in Persian].
- 11) Kātūziyān, Nāṣir (1370 SH). Īqā‘ [Unilateral Legal Acts]. Tehran: Mu‘assasah Nashr Yaldā [in Persian].
- 12) Kātūziyān, Nāṣir (1371 SH). Qavā‘id-i ‘Umūmī-yi Qarārdād-hā (Vol. 2) [General Rules of Contracts]. Tehran: Shirkāt Intishār [in Persian].
- 13) Kātūziyān, Nāṣir (1374 SH). Naẓariyah-yi ‘Umūmī-yi Ta‘ahudāt [General Theory of Obligations]. Tehran: Mu‘assasah Nashr Yaldā [in Persian].
- 14) Kātūziyān, Nāṣir (1376 SH). Qavā‘id-i ‘Umūmī-yi Qarārdād-hā (Vol. 1) [General Rules of Contracts]. Tehran: Shirkāt Intishār [in Persian].
- 15) Kātūziyān, Nāṣir (1389 SH). Amvāl va Mālikīyat [Property and Ownership]. Tehran: Bunyād Ḥuqūqī-yi Mizān [in Persian].
- 16) Khurāsānī, Muḥammad Kāẓim (n.d.). Kifāyat al-Uṣūl. Qom: Mu‘assasat Āl al-

- Bayt ('alayhim as-salām) li-Ihyā' al-Turāth [in Arabic].
- 17) Khvānsārī Najafī, Mūsá (1418 AH). Munyat al-Ṭālib (Vol. 3). Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī [in Arabic].
  - 18) Makāram Shīrāzī, Nāṣir (1416 AH). Anwār al-Uṣūl (Vol. 1). Qom: Nasl-i Javān [in Arabic].
  - 19) Makāram Shīrāzī, Nāṣir (1428 AH). al-'Urwah al-Wuthqá ma' Ta'liqāt (Vol. 2). Qom: Madrasat al-Imām 'Alī ibn Abī Ṭālib ('alayhi s-salām) [in Arabic].
  - 20) Muḥaqqiq Dāmād, Sayyid Muṣṭafá (1395 SH). Naẓariyah-yi 'Umūmī-yi Sharā'it va al-Tizāmāt dar Ḥuqūq-i Islāmī [General Theory of Conditions and Obligations in Islamic Law]. Tehran: Markaz Nashr 'Ulūm-i Islāmī [in Persian].
  - 21) Muḥaqqiq Dāmād, Sayyid Muṣṭafá (1400 SH). Qavā'id-i Fiqh-i Madanī [Rules of Civil Jurisprudence]. Tehran: Markaz Nashr 'Ulūm-i Islāmī [in Persian].
  - 22) Muḥaqqiq Dāmād, Sayyid Muṣṭafá; Javāhirkalām, Muḥammad Hādī & Sā'atchī, 'Alī (1403 SH). Mālikīyat-i Mora'a; Mafhūm va Maṣādiq [Mora'a Ownership; Definition and Instances]. Pažūheš'nāme-ye Hoqūq-e Islāmī [Journal of Islamic Law Research], 63, pp. 1-30. doi: 10.30497/law.2023.243942.3334 [in Persian].
  - 23) Nā'inī, Muḥammad Ḥusayn (1376 SH). Fawā'id al-Uṣūl (Vol. 2). Qom: Jāmi'ah-yi Mudarrisin-i Ḥawzah-yi 'Ilmiyah-yi Qom [in Arabic].
  - 24) Na'matullāhī, Ismā'il (1388 SH). Zamānat-i Ijrā'-yi Sharṭ-i Fi'l-i Ḥuqūqī [Guarantee of Execution of Legal Condition]. Ḥuqūq-i Islāmī [Islamic Law], 6(23), pp. 7-36 [in Persian].
  - 25) Na'matullāhī, Ismā'il (1393 SH). Barrasī-yi Naẓariyah-yi Mulk An Yamlik (Ḥaqq-i Tamalluk) [Study of the Theory of Ownership to Own (Right to Ownership)]. Ḥuqūq-i Islāmī [Islamic Law], 11(36), pp. 29-62 [in Persian].
  - 26) Pilvār, Raḥīm & Šafarī, Ḥātimah (1399 SH). Qalamrū-yi Āzādī-yi Irādah dar Ījād-i Ḥuqūq-i 'Aynī-yi Jadīd az Manzar-i Ḥuqūq-i Amvāl va Mālikīyat va Sabt [The Scope of Freedom of Will in Creating New Real Rights from the Perspective of Property and Ownership Law and Registration]. Ḥuqūq-i Islāmī [Islamic Law], 16(63), pp. 213-235 [in Persian].
  - 27) Qāsim'zādah, Sayyid Murtazā & Qurbānī Jūybārī, Muḥammad (1394 SH). Taḥlīl-i Sharṭ-i Taqdīm-i Mālikīyat-i Mabī' va Āthār-i Ān dar Ḥuqūq-i Īrān [Analysis of the Condition of Pre-ownership of the Sale and its Effects in Iranian Law]. Faṣl-nāmah-yi Pizhūhishī-yi Ḥuqūq-i Khuṣūṣī [Private Law Research Journal], 3(10), pp. 101-119 [in Persian].
  - 28) Rūḥānī, Sayyid Muḥammad (1420 AH). al-Murtāqī ilá al-Fiqh al-Arqī (Vol. 1). Tehran: Dār al-Jalī [in Arabic].
  - 29) Sa'adat Muṣṭafavī, Sayyid Muṣṭafá (1384 SH). Zamānat-i Ijrā'-yi Takhlīf az Sharṭ-i Tark-i Fi'l-i Ḥuqūqī [The Guarantee of Execution of Breach of the Condition of Abstaining from Legal Action]. Faṣl-nāmah-yi Pizhūhishī-yi Dānishgāh-i Imām Šādiq ('alayh as-salām), (24), pp. 171-200 [in Persian].
  - 30) Šadr, Sayyid Muḥammad Bāqir (1418 AH). Durūs fi 'Ilm al-Uṣūl (Vol. 1). Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī [in Arabic].
  - 31) Šafā'ī, Sayyid Ḥusayn (1396 SH). Ḥuqūq-i Madanī: Ashkhāṣ va Maḥjūrīn [Civil

- Law: Persons and the Incompetent]. Tehran: Samt [in Persian].
- 32) Şafā'ī, Sayyid Ḥusayn (1400 SH). Qavā'id-i 'Umūmī-yi Qarārdād-hā [General Rules of Contracts]. Tehran: Bunyād-i Ḥuqūqī-yi Mizān [in Persian].
- 33) Şafā'ī, Sayyid Ḥusayn (1402 SH). Mas'ūliyat-i Madanī (al-Zamāmāt Khārij az Qarārdād) [Civil Liability (Non-Contractual Obligations)]. Tehran: Samt [in Persian].
- 34) Shahīdī Tabrīzī, Mīrzā Fatāḥ (1407 AH). Hidāyat al-Ṭālib ilā Asrār al-Makāsib. Qom: Kitābkhānah Āyatullāh Mar'ashī Najafī [in Arabic].
- 35) Shahīdī, Mahdī (1373 SH). Suqūṭ-i Ta'ahudāt [Termination of Obligations]. Tehran: Kānūn-i Vukalā-yi Dādgustarī [in Persian].
- 36) Shahīdī, Mahdī (1388 SH). Tashkīl-i Qarārdād-hā va Ta'ahudāt [Formation of Contracts and Obligations]. Tehran: Majd [in Persian].
- 37) Subḥānī, Sayyid Ja'far (1431 AH). al-Mabsūṭ fī Uṣūl al-Fiqh (Vol. 2). Qom: Mu'assasat Imām Şādiq ('alayh as-salām) [in Arabic].
- 38) Ṭabāṭabā'ī Yazdī, Muḥammad Kāzīm (1415 AH). Su'āl va Javāb. Qom: Markaz Nashr al-'Ulūm al-Islāmīyah [in Arabic].
- 39) Ṭabāṭabā'ī, Muḥammad Ḥusayn (1390 SH). Uṣūl-i Falsafah va Ravesh-i Ri'ālism (Vol. 2) [Principles of Philosophy and the Method of Realism]. 19th ed., Tehran: Şadrā [in Persian].

## Resolving the Conflict between Absolute and Conditional Affirmative Rulings in Islamic Jurisprudence and Statutory Laws

Mohsen Vaseghi • Assistant Professor, Department of Law, Payame Noor University, Tehran,  
Iran. mohsenvaseghi@pnu.ac.ir

Mohammad Mehryar • Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Law, University of  
Religions and Denominations, Qom, Iran. (Corresponding Author) m.mehryar@urd.ac.ir

Seyyede Fatemeh Hashemi • Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Law,  
University of Religions and Denominations, Qom, Iran. sf.hashemi@urd.ac.ir

### Abstract

#### 1. Introduction

The inherent complexity in interpreting legal texts is often exacerbated by conflicts that arise between absolute and conditional affirmative rulings. An absolute ruling, devoid of qualifications or constraints, carries a distinct interpretation compared to a conditional ruling that is subject to specific prerequisites or conditions. This dichotomy becomes especially pronounced in Islamic jurisprudence, where absolute and conditional terms possess particular meanings informed by Moqaddamat al-Hikmah (conditions altering the absolute meaning to a general one). The linguistic and jurisprudential understanding of absolute and conditional rulings necessitate careful interpretation to avoid contradictions and ambiguities in legal practice.

Within principles of Islamic jurisprudence [Usul al-Fiqh], scholars have rigorously debated the scope of Moqaddamat al-Hikmah, particularly when both absolute and conditional rulings appear to affirm each other in legal texts. This issue presents a significant challenge in imperative rulings, where adherence to the conditional can be viewed as



recommended (but not obligatory) [mustahabb], thereby reconciling it with the absolute. In contrast, postural rulings, which pertain to the positive affirmation of both conditions, are less straightforward and reveal the need for a nuanced framework.

The application of these jurisprudential principles to statutory laws remains underexplored. The legislative language used in statutory laws often reflects both absolute and conditional directives, posing a challenge for interpretation, especially when positive affirmation is required. Thus, investigating the applicability of principles derived from Islamic jurisprudence to statutory laws becomes essential in addressing these conflicts.

## **2. Research Question**

The primary research question guiding this inquiry is whether the conflict resolution mechanisms developed in principles of Islamic jurisprudence for reconciling absolute and conditional affirmative rulings can be applied to statutory laws. Specifically, this research seeks to explore the challenges of extending these principles from the realm of Islamic jurisprudence to statutory law interpretation, particularly in cases where both absolute and conditional rulings are positively affirmed.

## **3. Research Hypothesis**

The hypothesis posits that the doctrinal principles established in principles of Islamic jurisprudence for resolving conflicts between absolute and conditional affirmative rulings can be effectively extended to statutory laws. By adapting these principles, it is anticipated that statutory law interpretation can be unified and standardized in a way that aligns with Islamic judicial practices, providing a coherent framework for legal practitioners. This unification is hypothesized to outweigh the challenges of reconciling these principles with the unique structure of statutory laws.

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

This research adopts a doctrinal approach, focusing on a critical examination of both classical and contemporary sources within Islamic jurisprudence and statutory law. The doctrinal method involves analyzing legal texts, judicial interpretations, and scholarly commentary to understand the principles governing absolute and conditional rulings. Key elements of the methodology include:

**Literature Review:** An extensive review of classical and modern principles of Islamic jurisprudence texts to identify the principles and definitions of absolute and conditional rulings. Special attention is given to works addressing *Moqaddamat al-Hikmah* and its interpretation across different Islamic jurisprudential schools.

**Comparative Analysis:** A comparison of principles found in Islamic jurisprudence with those in statutory law to identify similarities and differences. This analysis involves reviewing existing statutory laws to detect instances of conflict between absolute and conditional affirmative rulings.

**Synthesis:** Synthesis of findings from the literature review and case studies to develop a framework for extending Islamic jurisprudential principles to statutory law. This framework aims to reconcile affirmative absolute and conditional rulings within a unified judicial practice.

By combining these methodological elements, this research strives to produce a comprehensive analysis of the applicability of Islamic jurisprudential principles to statutory law, offering practical recommendations for legal practitioners.

## **5. Results & Discussion**

The research findings reveal significant nuances in resolving conflicts between absolute and conditional affirmative rulings within Islamic jurisprudence and statutory law. These distinctions primarily emerge in imperative and postural rulings, and an analysis of the results helps in understanding the mechanisms that principles of Islamic jurisprudence offer.

**Imperative Rulings:** In imperative rulings, Islamic jurists have differing opinions regarding the reconciliation of absolute and conditional rulings. Some jurists argue that conditional rulings should be interpreted as *Mustahabb* (recommended) rather than obligatory, allowing them to coexist harmoniously with absolute rulings. This approach effectively retains the integrity of the absolute ruling while offering additional guidance through the conditional provision. Other scholars advocate directly reconciling absolute and conditional rulings by allowing the conditions to modify the absolute nature, ensuring consistency in legal interpretation.

In statutory law, however, the approach requires further refinement. The interpretation of conditional rulings as merely recommended is not feasible due to the mandatory nature of statutory regulations. Thus, in

imperative statutory rulings, the primary solution lies in finding a way to reconcile absolute and conditional rulings. The results suggest that adopting a hierarchical interpretation, where the conditional complements the absolute without altering its foundational framework, provides a practical approach.

**Postural Rulings:** Most scholars agree on reconciling the absolute with the conditional in postural rulings, provided that the unity and consistency of obligation and ruling are maintained. In postural statutory rulings, the essential requirement for determining and reconciling the conflict between absolute and conditional provisions is establishing the unity of cause and criterion. However, establishing unity is more complex in postural contexts due to the layered nature of statutory regulations.

In both imperative and postural statutory laws, unity of cause and criterion can sometimes be inferred directly from the legislative texts themselves. In other cases, it can be deduced from external evidence pointing to a legislative intent to connect the conditional to the absolute. A systematic approach to inferring unity of criteria and cause is required to effectively harmonize conflicting statutory provisions.

**Broader Context and Application:** The broader analysis reveals the importance of systematizing the unity of cause and criterion when reconciling absolute and conditional rulings. By adhering to principles that align absolute and conditional provisions, judicial practices can remain consistent and coherent. However, solutions like repealing statutory provisions instead of reconciling them or maintaining adherence to both absolute and conditional provisions without verifying unity create ambiguity and inconsistencies in legal interpretation.

Moreover, the study uncovers challenges in reconciling principles from Islamic jurisprudence with statutory legal frameworks due to differences in language, intent, and legal culture. The discussion underscores the need for a hybrid methodology that respects the foundations of Islamic jurisprudence while acknowledging the structural requirements of statutory law.

## **6. Conclusion**

The reconciliation of absolute and conditional affirmative rulings in Islamic jurisprudence and statutory laws requires a nuanced understanding of both legal frameworks. In Islamic jurisprudence, jurists have articulated different approaches depending on whether the ruling

is imperative or postural. In imperative rulings, opinions vary between interpreting the conditional as recommended or reconciling the absolute directly with the conditional. In postural rulings, consensus exists among scholars regarding reconciliation, given that the unity of cause and criterion is established.

In statutory laws, the approach to resolving conflicts between absolute and conditional rulings differs fundamentally. Conditional rulings cannot be interpreted as merely recommended due to the obligatory nature of statutory regulations. Thus, the only viable solution in imperative statutory rulings is to reconcile the absolute with the conditional, finding a harmonious interpretation that does not detract from the clarity or intent of either provision.

For postural and imperative statutory laws, establishing unity of cause and criterion is essential yet challenging. Scholars infer unity from textual and external evidence, while statutory interpretations rely on legislative intent and the broader context of the law. Adhering to these principles ensures consistent application and interpretation. A systematic framework that reconciles absolute and conditional rulings can better coordinate statutory provisions, avoiding repeal or strict adherence without unity verification.

Ultimately, the study demonstrates the feasibility of applying principles from Islamic jurisprudence to statutory law, emphasizing the importance of a unified judicial practice. However, this must be balanced with the challenges inherent in adapting traditional jurisprudential principles to contemporary statutory frameworks. The proposed framework seeks to achieve this balance, offering legal practitioners a coherent methodology for resolving conflicts between absolute and conditional affirmative rulings.

**Keywords:** Verbal Evidence, Apparent Conflict, Reconciling the Absolute with the Conditional, Public Order.



## حل تنافی میان مطلق و مقید ایجابی در فقه و قوانین موضوعه

محسن واتقسی • استادیار، گروه حقوق، دانشکده حقوق، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران.  
mohsenvaseghi@pnu.ac.ir  
محمد مهریار • استادیار، گروه حقوق، دانشکده حقوق، دانشگاه ادیان و مذاهب، قم، ایران. (نویسنده مسئول)  
m.mehryar@urd.ac.ir  
سیده‌فاطمه هاشمی • استادیار، گروه حقوق، دانشکده حقوق، دانشگاه ادیان و مذاهب، قم، ایران.  
sf.hashemi@urd.ac.ir

### چکیده

تعارض مطلق و مقید از اقسام تعارضات ادله لفظی به‌شمار می‌آید؛ معمولاً مدلول آن دو در کلام دارای تنافی ظاهری، و مقتضای عمل به هر کدام متفاوت است. حسب رأی مشهور علمای علم اصول، در صورتی که مطلق و مقید هر دو اثباتی و ایجابی باشند، حل تنافی به صورت حمل مطلق بر مقید و یا حمل مقید به افضل افراد مطلق صورت می‌گیرد، اگر چه حدود اعمال این راهکار در خصوص احکام تکلیفی و وضعی گاه یکسان نخواهد بود. باری، سوال اصلی جستار حاضر این است که در صورت حدوث تنافی فیما بین مطلق و مقید در خطابات قانون‌گذار، قواعد حل تعارض علم اصول با چه تدبیری به حل آن خواهد شتافت؟ آثار مهم این بحث در رویه قضایی، پژوهشگران را بر آن داشته است تا با روش توصیفی تحلیلی و ضمن مراجعه به آراء علمای علم اصول و دکترین حقوقی، راهکاری برای جمع اطلاعات و تقییدات قانونی به جامعه علمی ارائه کنند. شرط اساسی برای احراز تنافی مطلق و مقید و حمل یکی بر دیگری، وحدت سبب و ملاک است. احراز ملاک در اصول فقه، یا از لفظ مطلق و مقید و تناظر آن دو نسبت به یکدیگر حاصل می‌شود و یا به واسطه قرائن خارجی علم حاصل می‌گردد که مقید ناظر به مطلق صادر شده است. به نظر می‌رسد در قوانین موضوعه، آن‌جا که مقید در کلام قانون‌گذار کاملاً ناظر به کلام مطلق سابق‌الصدور باشد، می‌توان وحدت ملاک را به علت وحدت در سبب حکم از نفس دو خطاب قانونی به دست آورد. اما احراز وحدت ملاک از خارج دو خطاب قانونی، صرفاً از طریق بیان مقنن و شیوه تقنین و آمره بودن قانون حاصل می‌شود. ارائه تدابیری نظیر نسخ مواد قانونی به جای حمل مطلق بر مقید و یا عمل به هر دو دلیل مطلق و مقید در صورت عدم احراز وحدت در ملاک، باعث تعدیل رویه قضایی خواهد شد.

واژگان کلیدی: ادله لفظی، تعارض ظاهری، حمل مطلق بر مقید، نظم عمومی.



## مقدمه

یکی از اقسام تعارض ادله لفظی، تعارض مطلق و مقید است که به معنای تنافی میان مدلول دو دلیلی است که یکی از آن دو مطلق و دیگری مقید است. اطلاق مصدر باب افعال و در لغت به معنای ارسال (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱۰، ص. ۲۲۹) و خالی بودن از قیود و شروط آمده است (فیومی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص. ۳۷۶). اطلاق در اصطلاح نیز از معنای لغوی خود دور نیفتاده است و با وجود تعاریف مختلف و مبانی مختلفی که در تعریف آن ارائه شده است، ملاک اطلاق در کلام را چنین باید بیان کرد که اگر طبیعتی بدون در نظر گرفتن حیثیت دیگری جز آنچه در مقام موضوع حکم است، به‌عنوان موضوع برای حکمی قرار گیرد، مطلق نامیده می‌شود و اگر این چنین نباشد و حیثیت دیگری افزون بر مقام موضوع بودن، وجود داشته باشد، مقید دانسته می‌شود. (بروجردی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص. ۳۷۶). پس مطلق معنایی است که بدون قید، موضوع حکم شرعی قرار گرفته است؛ خواه آن معنا جزئی باشد یا کلی (جزایری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص. ۶۷۸). در این رابطه که اطلاق کلام از طریق وضع لغت حاصل می‌شود یا از طریق مقدمات حکمت، در گذشته میان اصولیان اختلاف وجود داشت. مشهور اصولیان در گذشته اطلاق کلام را به‌واسطه وضع لغت به اثبات می‌رساندند. معاصران با این مبنا مخالفت کرده و اطلاق را با توجه به مقدمات حکمت به اثبات رسانده‌اند (اصفهانی، ۱۴۲۲ق، ج ۱، ص. ۴۲۷). با آنکه متأخران همگی استفاده اطلاق در کلام را از مقدمات حکمت می‌دانند، اما اختلافاتی در طرز تلقی آنان از این مقدمات وجود دارد؛ به‌طوری‌که دو مسلک در این باب به وجود آمده است (صدر، ۱۴۱۷ق، ج ۳، ص. ۴۱۱). مسلک نخست اطلاق را مدلول وضعی کلام نمی‌داند، اما آن را مدلول التزامی یا ظهور حالی و سیاقی که از کلام متکلم برمی‌آید، دانسته است. مسلک دوم برخلاف مسلک نخست، نفس وجود طبیعت مهمله بدون قید را نشان‌دهنده وجود اطلاق در کلام می‌داند (روحانی، ۱۴۱۳ق، صص. ۳ و ۴۳۳). به نظر می‌رسد لفظ به‌خودی‌خود برای معنایی که عموم اطلاقی را بتوان از استفاده کرد، وضع نشده است و دلالت لفظ بر عموم اطلاقی باید به‌واسطه قرائن حالی و مقالی به دست آید. از این قرائن عام تعبیر به مقدمات حکمت شده است. مقدمات حکمت مفهوم واضح در راستای استفاده اطلاق از بیان مخاطب است، اما برای تعیین حدود و ثغور آن و مصادیقی که باید احراز شود، با اختلافات اندکی میان اصولیان مواجه هستیم. برخی، مقدمات حکمت را در مقام بیان بودن متکلم نسبت به تمام مراد خویش، منتفی شدن آنچه موجب تعیین و تقیید کلام است و انتفای قدر متیقن در مقام

تخاطب می‌دانند (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ص. ۲۴۷). از این روست که مقید نکردن موضوع به هیچ خصوصیتی در مقام بیان به اطلاق کلام می‌انجامد (خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۶، ص. ۴۲۰).

چالش میان مطلق و مقید در هنگامی که هر دو مثبت یکدیگر و به صورت ایجابی در کلام قانون‌گذار یا شارع باشد، بیشتر است. در احکام تکلیفی هنگامی که هر دو کلام به صورت ایجابی صادر شده باشد، عمل کردن به هر یک موجب اتيان به عمل خواهد شد و تنها در صورتی که مقید را به صورت مستحب در نظر بگیریم، قابل حمل بر مطلق خواهد شد. استحباب در احکام تکلیفی قانونی نیز خود مسئله‌ای شایان طرح است. در احکام وضعی معیار مثبت بودن دو حکم و چگونگی حمل مطلق بر مقید با مسائلی مواجه است. در مقالاتی که در زمینه مطلق و مقید نگاشته شده، اساساً اشاره‌ای به این فرع خاص و تبیین این مسئله در خصوص قوانین موضوعه نشده و نیز از ارائه راهکار درباره چگونگی حمل مطلق بر مقید ایجابی سخنی به میان نیامده است. برای مثال، در مقاله «تطبیق دیدگاه فقه و حقوق نسبت بین عام و مطلق و ثمرات و تطبیق آن با دیدگاه امام خمینی (رحمت‌الله علیه)»، نگاشته شده جلیل یاری‌زاده، منتشر شده در نشریه حقوق و مطالعات سیاسی، دوره دوم، ۱۴۰۱، نویسنده تنها به بیان تفاوت‌ها میان مطلق و عام پرداخته و در خصوص موضوع مورد بحث اشاره‌ای نکرده است. همین مسئله در مقاله «نقد و بررسی دیدگاه‌های مختلف در مورد نسبت بین عام و مطلق در مذاهب خمسسه»، نگاشته مرتضی چیت‌سازیان و مهدی نریمانپور منتشر شده در *دوفصلنامه تخصصی مطالعات فقه و اصول* در تابستان ۱۴۰۰ به چشم می‌خورد.

در هر حال، در مطلق و مقیدی که هر دو اثباتی هستند و در کلام به صورت ایجابی به کار رفته‌اند، راه‌حلی برای رفع تنافی و نیز احراز تنافی میان مطلق و مقید وجود دارد. تنافی حاصل از مطلق و مقید، تنافی بدوی است که رفع این تنافی با جمع میان آن دو صورت می‌گیرد. جمع میان مطلق و مقید در حکم وضعی و تکلیفی متفاوت است. در بررسی وضعیت مطلق و مقید در خصوص قوانین موضوعه نیز با توجه به کثرت تعارضات بدوی قوانین موضوعه و اختلافات دکترین حقوقی، پرسش اصلی این است که راهکار مطرح شده در اصول فقه برای حل تنافی میان مطلق و مقید ایجابی قابل اعمال در قوانین موضوعه نیز هست؟ چالش‌های تسری قواعد حل تنافی مطلق و مقید ایجابی به قوانین موضوعه چیست؟ از این رو در ابتدا، تنافی حاصل از مطلق و

مقید و راه‌حل تنافی در اصول فقه مطرح و سپس به تطبیق آن بر قوانین موضوعه پرداخته شده است.

### ۱. تنافی میان مطلق و مقید ایجابی اصول فقه

تعارض ظاهری میان مطلق و مقید ایجابی در اصول فقه همان‌طور که در ادامه گفته می‌شود، با حمل مطلق بر مقید یا حمل بر افضل افراد یا اساساً در صورت نبود وحدت تکلیف عمل بر هریک از مطلق و مقید است. در این قسمت، ابتدا تفاوت حل تنافی مطلق و مقید در احکام ایجابی تکلیفی و وضعی بررسی و سپس به ملاک احراز تنافی در مطلق و مقید ایجابی چه در احکام تکلیفی و چه در احکام وضعی پرداخته می‌شود.

#### ۱.۱. حل تنافی میان مطلق و مقید ایجابی

مطلق و مقید تعارض بدوی دارند که راه رفع تعارض میان آن دو، حمل یکی بر دیگری است. در مطلق و مقید ایجابی راه‌حل دیگری نیز وجود دارد. در این میان، حل تعارض مطلق و مقید ایجابی در احکام وضعی و تکلیفی یکسان نیست. حکم تکلیفی در برابر حکم وضعی عبارت است از حکمی شرعی که مستقیم به فعل مکلف تعلق می‌گیرد و وظیفه او را در ابعاد مختلف زندگی مشخص می‌کند. حکم تکلیفی به وجوب، استحباب، حرمت، کراهت و اباحه تقسیم می‌شود، اما حکم وضعی حکمی است که ارتباط آن با فعل مکلف غیرمستقیم است (جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، ۱۴۲۶ق، ج ۳، ص. ۳۵۵). در احکام تکلیفی با امتثال مأمور به مواجه هستیم، اما در احکام وضعی این چنین نیست. بنابراین، لازم است میان این دو قسم تفاوت قائل شد و هریک به صورت مستقل بررسی شود.

#### ۱.۱.۱. حل تنافی میان مطلق و مقید ایجابی در احکام تکلیفی

بحث از حمل مطلق بر مقید ایجابی در احکام تکلیفی و تنافی میان آن دو، ناظر به اطلاقات بدلی است. اطلاق بدلی در جایی است که مفهوم به صورت بدلیت (صدق بر یکی از افراد در عرض هم) تمام افراد طبیعت را به کمک مقدمات حکمت دربرمی‌گیرد. به بیان دیگر، حکم روی همه افراد طبیعت می‌رود؛ زیرا عنوان فرد نامعین بر تمام افراد آن صادق است، ولی با انجام دادن یکی از آن افراد، امتثال تحقق می‌یابد مانند «اعتق رقبة» که به معنای وجوب آزاد کردن بنده‌ای به صورت

غیرتعیینی است، در مقابل اطلاق شمولی قرار دارد.

اطلاق شمولی در جایی است که مفهوم به صورت فراگیر تمام افراد طبیعت را به کمک مقدمات حکمت دربرمی‌گیرد. به بیان دیگر، مفهوم، تک تک افراد یک ماهیت را به طور جداگانه و مستقل پوشش می‌دهد؛ به گونه‌ای که انجام دادن هر یک از آن‌ها، یک امتثال و ترک هر یک از افراد، یک معصیت است مانند «احل‌الله‌البیع» یا «اکرم‌العالم» که دلالت دارد بر حلال بودن جنس بیع که شامل همه افراد بیع است یا اکرام جنس عالم که شامل همه افراد علماست. اطلاق شمولی که دلالت بر شمول کلمه نسبت به جمیع افراد می‌کند، علی‌القاعده منافاتی با مقید مانند «احل‌الله‌البیع‌المعلوم» ندارد و می‌توان به هر دو دلیل عمل کرد. تنها در صورتی که مقید افاده حصر کند؛ به گونه‌ای که کلام مقید شمول و عمومیت دلیل مطلق را زیر سؤال ببرد، موجب تنافی میان مطلق و مقید می‌شود و در غیر این صورت تنافی میان آن‌ها وجود نخواهد داشت. از این رو فرض اصلی در مطلقات بدلی است و نه اطلاقات شمولی (نجم‌آبادی، ۱۳۸۰، ج ۱، ص. ۵۵۱)

در اطلاق بدلی حکم به طبیعت تعلق گرفته است؛ به گونه‌ای که مطلوب صرف تحقق طبیعت است. پس در اطلاق بدلی با تحقق یک فرد از افراد طبیعت امتثال حکم حاصل می‌شود. حال در جایی که اطلاق بدلی باشد و مقیدی نیز وجود داشته باشد، دو راه حل بر رفع تنافی میان این دو مطرح شده است. مانند اینکه گفته شود دانشمندان را اکرام کن و در خطابی دیگر بیان شود دانشمندان پزشکی را اکرام کن. در اطلاقات بدلی که به واسطه عمل به صرف مأمور به امتثال تحقق می‌یابد، اگر هر دو خطاب تکلیفی مطلق و مقید توافق در حکم داشته باشند، دو قول وجود دارد. قول مشهور این است که مطلق حمل بر مقید می‌شود (حائری یزدی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص. ۲۳۷) و دیگر اینکه، مقید حمل بر افضل افراد می‌شود. به این دو طریق، تنافی ظاهری میان مطلق و مقید برطرف خواهد شد.

دو دلیل برای قول مشهور گفته شده است. نخست اینکه، در صورت حمل مطلق بر مقید، ما به دو دلیل عمل کرده‌ایم و به عبارتی، جمع میان دو دلیل نسبت به طرح کردن آن‌ها دارای اولویت است (حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص. ۱۴۵). دوم اینکه، در دوران میان تخییر و تعیین همواره جانب تعیین مقدم است. در فرض ما که مطلق و مقید ایجابی است و هر دو با هم توافق دارند، مطلق به واسطه اینکه لا بشرط است، در متعلق خود تخییر را همراه دارد و مقید بعد از بیان، جانب تعیین

را افاده می‌کند. در نتیجه، با توجه به قاعده کلی، مطلق را به دلیل اولویت تعیین حمل بر مقید می‌کنیم (میلانی، ۱۴۲۸ق، ج ۴، ص. ۴۱۵). برخی دیگر با نقد مبانی سابق، وجه تقدیم مقید بر مطلق را قرینه بودن مقید در قبال مطلق دانسته‌اند. به بیان ایشان، اصالة الظهور در مطلق که همان ذوالقرینه است، مسبب از اصالة الظهور در مقید که قرینه است، بوده و حکومت سبب بر مسبب منجر به تقدیم مقید بر مطلق می‌شود (نایینی، ۱۳۷۶، ج ۲، ص. ۵۱۲).

#### ۲.۱.۱. حل تنافی میان مطلق و مقید ایجابی در احکام وضعی

آنچه تا بدین جا مطرح شد، نظر علمای اصول در ارتباط با حمل مطلق و مقید اثباتی در احکام تکلیفی بود. اینکه آیا در احکام وضعی نیز همین منوال جریان دارد، پرسشی است که باید بدان پاسخ داد. در زمینه مطلق و مقید اثباتی و ایجابی در احکام وضعی و چگونگی تنافی میان آن دو، سه نظر در میان فقیهان و اصولیان وجود دارد.

نظر نخست: بسیاری از فقها در این موضوع تفاوتی میان احکام تکلیفی و وضعی قائل نیستند و به همان حکم سابق حمل مطلق و مقید اثباتی در احکام وضعی پایبند هستند. به بیان ایشان، تنها شرط حمل مطلق بر مقید، اقوی بودن ظهور دلیل مقید از ظهور دلیل مطلق است (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ص. ۲۵۱). در نظر این عده، با اینکه ممکن است در احکام وضعی نیز مقید به دلیل اهمیت و مزیتی که دارد، بیان شود، اما باین‌همه به دلیل قوی‌تر بودن ظهور مقید، مطلق را حمل بر مقید می‌کنیم (گلیایگانی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص. ۳۷۴). بنای ایشان قاعده معروف احترازیت قیود است؛ با این توضیح که قیدی که در کلام می‌آید، به‌خاطر احتراز از دیگر قیود بوده است و به‌ندرت اتفاق می‌افتد که قیدی توضیحی در کلام بیان شود. از این‌رو به دلیل اقوی بودن قید احترازی، مطلق بر مقید حمل می‌شود (عارفی، ۱۳۷۴، ج ۲، ص. ۵۵۴). این استدلال در کلام بعضی به‌عنوان محذور لغویت قید در صورت عدم حمل مطلق بر مقید بیان شده است (محقق داماد، ۱۳۸۲، ج ۱، ص. ۵۱۷).

نظر دوم: برخی نیز حکم کلی در این مسئله نداده‌اند و در هر مورد بعد از ملاحظه در حکم و موضوع هریک از مطلق و مقید، بعضی را مستلزم حمل و برخی را مستلزم عدم حمل دانسته‌اند. (خمینی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص. ۳۳۸). ایشان بنا را بر این گذارده‌اند که عقلا در مواردی میان دو دلیل مطلق و مقید جمع می‌کنند و در مواردی به‌خاطر عدم لحاظ تنافی میان

آن دو، جمع نمی‌کنند. (خمینی، ۱۳۷۶، ج ۴، ص. ۵۶۴). به بیان ایشان، در مواردی مانند جایی که شارع بیان کرده «لباس خود را از نجاست بشور» و جایی که بیان کرده است «لباس خود را از نجاست دو بار بشور»، جمع می‌شود و حکم وضعی نجاست به دست می‌آید، اما در جایی که بیان کرده «نماز نخوان در آنچه نباید گوشت آن را خورد» و جایی که بیان شده است «نماز نخوان در پشم آنچه نباید گوشت آن را خورد»، منافاتی میان حکم وضعی مانعیت اجزای آنچه نباید گوشت آن را خورد و مانعیت پشم آنچه نباید گوشت آن را خورد، برای نماز وجود ندارد و هر دو به عنوان مانع برای لباس نمازگزار شناخته می‌شود (خمینی، ۱۴۱۵، ج ۲، ص. ۳۳۸). نظر سوم: شیخ انصاری به مشهور اصولیان این نسبت را داده است که در احکام وضعی برخلاف احکام تکلیفی، مطلق بر مقید حمل نمی‌شود و هر یک از مطلق و مقید حکم خاص خود را دارد. (انصاری، ۱۳۸۳، ج ۲، ص. ۲۸۷). ایشان پس از نقد کلام مشهور بیان داشته‌اند، در جایی که عموم مستفاد از لفظ به حکم عقل دلالتی بر تخییر نداشته باشد مانند عموم استغراقی مستفاد از ادله‌ای که حکم وضعی سببیت و مانعیت را بیان می‌دارند، مطلق بر مقید در احکام وضعی نیز حمل می‌شود؛ زیرا مطلق چه در نظر مشهور و چه در نظر ایشان، وضع لفظی بر فراگیری به نحو عام استغراقی نشده است و عموم استغراقی مستفاد از مطلق به دلیل عقلی و نه لفظی به دست می‌آید، اما در جایی که به دلالت عرفی، نسبت محمول با موضوع به صورت تخییری باشد، وجهی برای حمل مطلق بر مقید وجود ندارد (انصاری، ۱۳۸۳، ج ۲، ص. ۲۸۸). این تخییر عبارت دیگر عمومیت بدلی مستفاد از دلیل مطلق است که در کلام ایشان منعکس شده است. در هر صورت، دلیل تفکیک میان حکم وضعی و تکلیفی عدم احراز وحدت تکلیف در احکام وضعی است. (صالحی مازندرانی، ۱۴۲۴، ج ۲، ص. ۳۴۸).

برای مثال، در مورد مطلق و مقید ایجابی در احکام وضعی می‌توان به مثالی که برخی از فقیهان زده‌اند، استناد کرد. ممکن است مطلق و مقید گاه با دو عنوان مرتبط در کلام باشند مانند «احل الله البیع» و «احل الله البیع المعلوم» و گاه با دو عنوان غیرمرتبط در کلام باشند مانند «احل الله التجارة» و «احل الله البیع». حمل مطلق بر مقید در مورد دوم عرفاً ممنوع است؛ زیرا مانعی ندارد کلام دوم، توضیحی برای ماهیت تجارت باشد، اما در صورت اول، در نظر ایشان مطلق بر مقید حمل می‌شود نه به خاطر قول به مفهوم وصف، بلکه به این علت که در احکام وضعی و در

اسباب عرفیه و شرعیه، قید ناظر به دلیل مطلق است. از این رو هنگامی که «احل الله البیع» می‌آید و سپس روایتی به این مضمون که «بیع معلوم حلال است» وارد می‌شود، عرف چنین برداشت می‌کند که مقید ناظر به محدود کردن مطلق سابق است ولو اینکه هر دو مطلق شمولی و احکام انحلالی باشند (خمینی، ۱۴۱۸ق، ج ۵، ص. ۴۹۴). به نظر می‌رسد همان‌طور که در ادامه خواهد آمد، ملاک حمل مطلق بر مقید در احکام وضعی، وحدت مطلوب یا وحدت ملاک عرفی است. در جایی که عرفاً مطلق و مقید مطلوب واحدی را بیان کنند، مطلق بر مقید حمل می‌شود، اما در صورتی که وحدت ملاک استفاده نشود، حمل مطلق بر مقید بی‌اساس است و به هر دو حکم وضعی عمل می‌شود.

#### ۲.۱. شرط تنافی میان مطلق و مقید ایجابی

همان‌طور که بیان شد، قول مشهور در احکام تکلیفی حمل میان مطلق و مقید ایجابی و در احکام وضعی عدم حمل میان مطلق و مقید ایجابی است. در احکام تکلیفی برای حمل میان مطلق و مقید ایجابی، احراز وحدت ملاک در مطلق و مقید به‌عنوان شرط اساسی حمل میان این دو لحاظ شده است؛ همچنان‌که در صورت وجود وحدت مطلوب در مطلق و مقید ایجابی در حکم وضعی نیز حمل آن دو بر یکدیگر جایز شمرده شده است. تفصیل این شرط در حکم تکلیفی و وضعی و ملاک‌های آن در ادامه مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

#### ۱.۲.۱. شرط تنافی میان مطلق و مقید ایجابی در احکام تکلیفی

در مطلق و مقیدی که هر دو ایجابی هستند، ملاک اصلی برای تنافی وجود وحدت تکلیف میان آن‌هاست (انصاری، ۱۳۸۳، ج ۲، ص. ۲۷۴). دو راه برای احراز وحدت تکلیف گفته شده است. یکی علم ما به وحدت تکلیف از خارج آنچه در کلام آمده است و یکی از ظهوری که دو دلیل ابراز می‌کنند. به این بیان که ممتنع است دو تکلیف مستقل که ملاک الزامی دارند از شارع صادر شود. بنابراین، از خطاب و انشای دو حکم، وحدت ملاک آن‌ها قابل برداشت است (نابینی، ۱۳۷۶، ج ۲، ص. ۵۷۹). برخی دیگر نیز با کمک گرفتن از قاعده فلسفی «معلول واحد تنها از علت واحد صادر می‌شود»، احراز وحدت حکم را به‌واسطه وحدت سبب تلقی کرده‌اند (آملی، ۱۳۹۵، ج ۲، ص. ۲۶۵). هنگامی که سبب حکم مطلق و مقید یک دلیل باشد، نتیجه می‌گیریم که هر دو دارای ملاک واحد هستند و بنابراین، به‌خاطر وجود علت واحد، تنافی میان آن دو قابل احراز است، اما



مشهور اصولیان و به تبع آن، صاحب کفایه، استظهار وحدت تکلیف را به واسطه وحدت در سبب یا قرینه حالیه و مقالیه از خارج دانسته‌اند (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ص. ۲۵۱). از این رو اگر از خارج دو دلیل مطلق و مقید، علم به وحدت تکلیف بر ایمان حاصل نشود، تعارض بدوی نیز میان مطلق و مقید پدید نمی‌آید و به هر دو عمل خواهیم کرد (صدر، ۱۴۱۷ق، ج ۷، ص. ۵۵۱). از این رو اگر احراز وحدت مطلوب را از خارج از نفس دو دلیل داشته باشیم، مطلق را بر مقید حمل می‌کنیم، اما در صورتی که علم به عدم وحدت مطلوب داشته باشیم یا شک در آن کنیم، نمی‌توانیم آن دو را بر یکدیگر حمل کنیم (سبزواری، بی تا، ج ۱، ص. ۱۶۱). گاه تعبیر دیگری از وحدت تکلیف در میان کلمات اصولیان به میان می‌آید و آن وحدت در جعل است. مراد از وحدت جعل، وحدت حکم مجعول است نه وحدت در خطاب و انشا و مسائل شکلی ابرازکننده حکم (هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۱ق، ج ۱، ص. ۶۷۸). افزون بر احراز وحدت حکم، احراز وحدت سبب نیز شرط در حمل مطلق بر مقید دانسته شده است (حائری یزدی، ۱۴۱۸ق، ص. ۲۳۷).

#### ۲.۲.۱. شرط تنافی میان مطلق و مقید ایجابی در احکام وضعی

از آنجاکه در احکام وضعی با تکلیف روبه‌رو نیستیم، بنابراین، قاعداً سخن گفتن از وحدت تکلیف در احکام وضعی صحیح نیست. با وجود این، باید گفت این مسئله مبتنی بر آن است که حکم وضعی را منتزع از حکم تکلیفی بدانیم یا خیر. به نظر می‌رسد باید گفت برخی احکام وضعی مانند ملکیت و زوجیت به صورت اصیل قابل جعل هستند و منتزع از احکام تکلیفی نیستند. برخی دیگر مانند سببیت، شرطیت، علیت و مانعیت از احکام تکلیفی منتزع می‌شوند. با تقیید یا عدم تقیید حکم تکلیفی این احکام وضعی انتزاع می‌شود. بنابراین، اگر انتزاع حکم وضعی از تکلیفی را صحیح بدانیم، به طبع اعتبار حکم وضعی به منشأ انتزاع آن خواهد بود (حکیم، ۱۴۳۱ق، ج ۱، ص. ۱۰۱). پس می‌توان در احکام وضعی که از حکم تکلیفی انتزاع شده است، بحث از وحدت ملاک را در حل تنافی میان مطلق و مقید پیش کشید تا در صورت تنافی میان مطلق و مقید و احراز آن، سخن از حمل مطلق بر مقید شود، اما در جایی که حکم وضعی منتزع از حکم تکلیفی نباشد که به اصطلاح مستقل در جعل نامیده می‌شود، بحث از وحدت تکلیف بی‌معنا خواهد بود. در این موارد بهتر است که از وحدت مطلوب در احکام وضعی سخن گفت. راه احراز وحدت مطلوب نیز در احکام وضعی باید از خارج از نفس دو دلیل به دست آید. حال با این اوصاف اگر مقید ما ناظر بر

دلیل مطلق باشد؛ به گونه‌ای که مقید شرطیت و مانعیتی برای مطلق ایجاد کند، قطعاً مطلق بر مقید حمل خواهد شد، اما اگر مقید ناظر بر مطلق نباشد و ملاک هر دو موافق یکدیگر باشد، احراز وحدت حکم لازم می‌آید (صدر، ۱۴۱۷ق، ج ۷، ص. ۵۵۰). به نظر می‌رسد تنها راه احراز وحدت مطلوب علم از خارج دلیل است و این مسئله با توجه به ادله دیگر قابل استفاده باشد.

## ۲. تنافی میان مطلق و مقید ایجابی در قوانین موضوعه

مطلق و مقید در قوانین موضوعه ایران نیز وجود دارد و حقوق دانان در حل تنافی میان آن دو با توجه به نظریات اصولیان اظهار نظر کرده‌اند. بحث اولی که وجود دارد، راه حل تنافی میان مطلق و مقید ایجابی و بحث دوم شرط احراز تنافی و ملاک‌های وحدت مطلوب و ملاک در احکام تکلیفی و وضعی است.

لزوماً تمام راهکارهای که برای حل تنافی مطلق و مقید در اصول فقه مطرح شده است، قابل جریان در قوانین موضوعه نیست. بحث در این خصوص و ارتباط مباحث و داوری در خصوص جریان آنچه در اصول فقه مطرح شده بر قوانین موضوعه، مسئله‌ای است که در این قسمت مورد اشاره قرار گرفته است.

## ۱.۲. حل تنافی میان مطلق و مقید ایجابی در قوانین موضوعه

به موازات فقه، در قوانین موضوعه و حقوق نیز با حکم وضعی و تکلیفی روبه‌رو هستیم. تعریف حکم تکلیفی و وضعی در حقوق تفاوت معناداری با آنچه در اصول فقه آمده است، ندارد. از نظر حقوق، حکم تکلیفی چنان‌که از نام آن معلوم است، عبارت از الزام به انجام دادن امر یا ترک آن است. اجازه در انجام دادن امر یا ترک آن را نیز از احکام تکلیفی شمرده‌اند. حکم وضعی نیز عبارت است از تأثیر شیئی در شیئی دیگر مانند سبب، مانع، شرط و علت. تأثیر مزبور در عالم حقوق اعتباری است و قانون‌گذار آن را از نظر نظم روابط اجتماعی اعتبار کرده است و به افراد اجازه نمی‌دهد که از تأثیر آن جلوگیری کنند و از این رو قابل اسقاط و نقل و انتقال نیست (امامی، ۱۳۷۶، ج ۱، ص. ۳۳). از نظر حقوق موضوعه، هر عملی یا لازم است یا ممنوع (واجب یا حرام) و دو قسم دیگر یعنی استحباب و کراهت در حقوق موضوعه وجود ندارند (محمدی، ۱۳۹۶، ص. ۵۳). در هر صورت حل تنافی میان مطلق و مقید ایجابی همان‌گونه که در اصول فقه بیان شد، ممکن است در حقوق و قوانین موضوعه نیز مطرح باشد. حقوق دانان این مسئله را مطرح نکرده‌اند، اما به

نظر می‌رسد تفاوت قائل شدن میان حکم وضعی و تکلیفی در بحث مطلق و مقید ایجابی آثار مثبتی در تفسیر قوانین حقوقی داشته باشد.

#### ۱.۱.۲. حل تنافی میان مطلق و مقید ایجابی در احکام تکلیفی در قوانین موضوعه

راه‌حلی که در اصول فقه در زمینه مطلق و مقید شمولی ارائه شد، این بود که مطلق بر مقید حمل شود یا در صورت وجود قرینه یکی به‌عنوان افضل افراد و حکم مستحب تلقی شود. حال این پرسش مطرح است که این راه‌حل در حقوق نیز جریان دارد و چنین راه‌کاری برای حل تنافی میان مطلق و مقید در حقوق امکان‌پذیر است؟

به نظر می‌رسد بسته به مورد در اطلاعات شمولی قانونی، باید یا قائل به حمل مطلق بر مقید شد یا بر عدم امکان حمل مطلق بر مقید حکم کرد. برای هر یک از این دو فرض ممکن است در قانون شواهدی یافت کرد که در ادامه بدان اشاره خواهد شد، اما حمل بر افضل افراد در حقوق بی‌معناست؛ زیرا در قانون، مقنن به دنبال الزام است که این الزام به فعل یا به ترک آن صورت می‌گیرد. در استحباب هیچ الزامی وجود ندارد و بنابراین، جایگاهی در قانون ندارد. هر یک از این دو راه‌حل بر اساس علم ما از خارج قانون قابل اعمال است و هیچ‌یک به‌خودی‌خود قابل اجرا شدن نیست.

مورد نخست: در جایی که حمل مطلق بر مقید صورت می‌گیرد، می‌توان از قوانین موضوعه مثالی بیان کنیم. در ماده ۱۱ قانون آیین دادرسی مدنی چنین آمده است «دعوی باید در دادگاهی اقامه شود که خوانده در حوزه قضایی آن اقامتگاه دارد» و در ماده ۴ قانون ثبت احوال نیز قانون‌گذار بیان داشته است «رسیدگی به شکایات اشخاص ذی‌نفع از تصمیمات هیئت حل اختلاف و همچنین، رسیدگی به سایر دعاوی راجع به اسناد ثبت احوال با دادگاه شهرستان یا دادگاه بخش مستقل محل اقامت خواهان به عمل می‌آید و رأی دادگاه فقط پژوهش‌پذیر است». همان‌طور که ملاحظه می‌شود، حکم ماده ۴ قانون ثبت احوال با حکم ماده ۱۱ قانون آیین دادرسی مدنی تنافی دارد و موضوع ماده ۲ قانون ثبت احوال نسبت به موضوع ماده نخست مقید است. با اینکه لسان هر دو ماده اثباتی است، اما اقتضای احترازی بودن قانون موجب می‌شود به‌واسطه مفهوم ماده دوم، منطوق ماده نخست را مقید سازیم. رأی وحدت رویه شماره ۷۲۶ - ۱۳۹۱/۴/۲۷ دیوان عالی کشور گواه همین نظر است. در این رأی بیان شده

است «ماده ۴ قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۵۵ که دادگاه محل اقامت خواهان را صالح برای رسیدگی به دعاوی راجع به اسناد ثبت احوال اعلام کرده است، برحسب مستفاد از ماده ۲۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، با مقررات این قانون مغایرت ندارد». چند نکته در باب تنافی این دو ماده وجود دارد که لازم است بیان شود. نخست اینکه، ماده ۱۱ قانون آیین دادرسی مدنی حکم تکلیفی است که قانون‌گذار با عبارت «باید» از آن بهره گرفته است؛ اگرچه از این حکم تکلیفی، حکم وضعی صلاحیت در دعاوی منتزع می‌شود. دوم اینکه، تنافی میان دو ماده یادشده ایجابی بوده و قانون‌گذار مطلق و مقید را با عبارت مثبت و نه منفی بیان کرده است. سوم اینکه اطلاق هر دو مورد شمولی است و نه بدلی. به این معنا که قانون‌گذار در ماده ۱۱ قانون آیین دادرسی مدنی، حکم را به تعداد دادگاه‌هایی که در کشور وجود دارد منحل و نسبت به تمام آن‌ها حکم لزوم اقامه دعوی را در محل اقامتگاه خواننده بیان کرده است. همچنین، در ماده ۴ قانون ثبت احوال، لزوم اقامه دعوی ثبت احوال را در دادگاه اقامتگاه خواهان دانسته است. متعلق این حکم شامل تمام اقامه دعوی ثبتی است و این‌گونه نیست که با یک اقامه دعوی امتثال حکم حاصل شود.

حال در این مورد که مطلق و مقید هر دو شمولی هستند اگر مطابق آنچه در اصول فقه بیان شد، رفتار کنیم، باید مطلق را بر مقید حمل کنیم یا یکی را حمل بر افضل افراد کنیم، اما با توجه به اینکه در قانون حمل بر افضل افراد امکان‌پذیر نیست، باید منحصراً قائل به حمل مطلق بر مقید شویم. استحباب قانونی از آن رو بی‌معناست که قانون‌گذار با بیان اطلاقات شمولی در جایی که مطلق ناظر به مقید باشد، تنها یک تکلیف را اراده کرده است. در جایی که مطلق و مقید ناظر بر یکدیگر باشند و از خارج از دو دلیل وحدت تکلیف را به دست آوریم، ناگزیر از جمع میان آن دو در مقام اجرای آن‌ها هستیم.

مورد دوم: عدم حمل مطلق بر مقید؛ به این معنا که در مطلق و مقید شمولی ایجابی که از خارج از دلیل وحدت حکم به دست نیاید، مطلق را بر مقید حمل نمی‌کنیم و در هر دو مورد به صورت مستقل عمل می‌کنیم. به عبارت دیگر، تنافی میان مطلق و مقید شمولی در این مورد وجود ندارد و جمع میان آن دو لازم نیست. برای این مورد می‌توان از ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی و ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری نام برد. در ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی بیان شده است «هرکس بدون مجوز قانونی عمداً یا در نتیجه بی‌احتیاطی به جان یا سلامتی یا مال یا

آزادی یا حیثیت یا شهرت تجارتمی یا به هر حق دیگر که به موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده، لطمه‌ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود، مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود می‌باشد» و در ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری چنین مقرر شده است «شاکمی می‌تواند جبران تمام ضرر و زیان‌های مادی و معنوی و منافع ممکن‌الحصول ناشی از جرم را مطالبه کند». با اینکه اطلاق هر دو شمولی و ایجابی است، اما تنافی میان این دو موجود نیست. موضوع ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی به صورت مطلق شامل جبران ضرر معنوی و مادی ناشی از هر موردی که بدون مجوز قانونی صورت گرفته باشد، است و موضوع ماده ۱۴ آیین دادرسی کیفری جبران ضرر معنوی و مادی ناشی از جرم است. اولی به صورت مطلق و دومی به صورت مقید قانون‌گذاری شده است. به نظر می‌رسد با توجه به اینکه علم ما به عدم تنافی میان این دو قانون از خارج وجود دارد، نیازی به جمع میان این دو نباشد؛ زیرا یکی در خصوص ضرر معنوی ناشی از جرم و دیگری ضرر معنوی به صورت مطلق است و وحدت حکم در مسائل کیفری و حقوقی در اینجا یافت نمی‌شود.

در خصوص مطلق بدلی، اما قاعده همان است که مشهور بیان داشت و آن حمل مطلق بر مقید در اطلاقات بدلی قانونی است. علت این مسئله نیز ظهور بیشتر قرینه بر ذوالقرینه است و مقید به دلیل اینکه در مقام دلالت ظهور بیشتری دارد، مطلق را بر مقید حمل می‌کنیم. قانون‌گذار غالباً از اطلاقات شمولی بهره جسته است و از اطلاقات بدلی در کلمات قانون‌گذار کمتر موردی یافت می‌شود.

#### ۲.۱.۲. حل تنافی میان مطلق و مقید ایجابی در احکام وضعی قوانین موضوعه

همان‌طور که بیان شد، در زمینه حل تنافی میان مطلق و مقید ایجابی در احکام وضعی در میان اصولیان نظر واحدی وجود نداشته است. برخی قائل به عدم حمل مطلق بر مقید، عده‌ای دیگر قائل به حمل مطلق بر مقید شده و دسته‌ای دیگر بسته به مورد، حمل مطلق بر مقید یا عدم آن را اتخاذ کرده‌اند. به نظر در جایی که وحدت ملاک در احکام وضعی مطلق و مقید وجود داشته باشد و این مسئله از وضع قانونی یا خارج از قانون به دست آید، مطلق حمل بر مقید می‌شود و الا با دو حکم وضعی جداگانه روبه‌رو هستیم که میان آن‌ها تنافی نیز وجود ندارد. علت تفکیک میان حکم وضعی و تکلیفی در قوانین موضوعه، تفکیک این مسئله در اصول فقه بود. چنان‌که پیش‌تر نیز

گفته شد، در خصوص حکم تکلیفی در اصول فقه افزون بر حمل مطلق بر مقید، امکان حمل بر افضل افراد وجود داشت. از آنجاکه حمل بر افضل افراد در احکام تکلیفی با روح قانون‌گذاری منافات دارد، نمی‌توان در قوانین تکلیفی به این مطلب حکم کرد. از این رو مطابق آنچه در اصول فقه مطرح بود، دو حکم تکلیفی و وضعی را باید در قوانین موضوعه تفکیک کرد تا مثال‌های هریک به صورت جداگانه مورد بررسی قرار گیرد.

برای مثال، می‌توان به تنافی قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران و مصوبه هیئت وزیران در خصوص اصلاح برخی بندهای آیین‌نامه اجرایی قانون مقررات صادرات و واردات اشاره کرد؛ توضیح اینکه برای مبادرت به صادرات و واردات کالا به صورت تجاری، داشتن کارت بازرگانی ضروری است. صدور کارت بازرگانی برای شرکت‌های تجاری غیر از شرکت‌های تعاونی مطابق مواد ۱۰ و ۴۱ آیین‌نامه اجرایی قانون مقررات صادرات و واردات با اصلاحات ۱۳۹۷، توسط اتاق بازرگانی و صنایع و معادن ایران صورت می‌گیرد که به تأیید وزارت صنعت، معدن و تجارت نیز می‌رسد. این مسئله در ماده ۳ قانون مقررات صادرات و واردات مصوب ۱۳۷۲ آمده است، اما مطابق بند ۱۶ ماده ۵۷ و تبصره ۴ این ماده از قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران با اصلاحات ۱۳۹۳ و همچنین تبصره بند ۲ ماده ۱۰ آیین‌نامه اجرایی قانون مقررات صادرات و واردات با اصلاحات ۱۳۷۹، دریافت کارت بازرگانی شرکت‌های تعاونی از طریق اتاق‌های تعاون جمهوری اسلامی ایران صورت می‌گیرد و اتاق‌های تعاون مجاز به صدور کارت بازرگانی شرکت‌های تعاونی هستند. قانون‌گذار صدور کارت بازرگانی برای اشخاص حقوقی بخش تعاونی را تنها از طریق اتاق تعاون امکان‌پذیر دانسته است.

با وجود این، شرط دیگری در تصویب‌نامه وزیران عضو کمیسیون اقتصاد در مورد جایگزینی متون جدید بندهای ۲ و ۳ ماده ۱۰ آیین‌نامه اجرایی قانون مقررات صادرات و واردات مصوب ۱۳۸۹ بیان شده است. این شرط عبارت است از تأیید وزارت بازرگانی برای اعتبار کارت بازرگانی شرکت‌های تعاونی که کارت بازرگانی خود را از اتاق تعاون دریافت کرده‌اند. در این مصوبه که به اصلاح تبصره ۱ بند ۲ ماده ۱۰ آیین‌نامه اجرایی قانون مقررات صادرات و واردات پرداخته، مقرر شده است «کارت بازرگانی شرکت‌های تعاونی و اتحادیه‌های مربوط فقط توسط اتاق تعاون مرکزی جمهوری اسلامی ایران در تهران یا سایر شهرستان‌ها صادر می‌گردد که پس از تأیید وزارت بازرگانی معتبر خواهد بود». با توجه به قانون تشکیل دو وزارتخانه تعاون، کار و

رفاه اجتماعی و صنعت، معدن و تجارت مصوب سال ۱۳۹۰، تأیید کارت بازرگانی صادره شده توسط اتاق تعاون برای شرکت‌های تعاونی توسط وزارت صنعت، معدن و تجارت صورت می‌گیرد. حال پرسشی که مطرح می‌شود این است که با توجه به نص قانون به صورت مطلق مبنی بر صدور کارت بازرگانی توسط اتاق تعاون برای شرکت‌های تعاونی، آیا می‌توان مطابق آیین‌نامه یاد شده که به صورت مقید برای اعتبار کارت بازرگانی، تأیید مرجع دیگر مانند وزارت صنعت، معدن و تجارت را در نظر گرفته است، معتبر دانست و آیا باید قائل به حمل مطلق بر مقید شد؟ به نظر می‌رسد منافاتی میان قانون بخش تعاونی و آیین‌نامه اجرایی قانون مقررات صادرات و واردات نباشد؛ زیرا بر اساس بند ۱۶ ماده ۵۷ قانون بخش تعاونی، صدور کارت بازرگانی برای اشخاص حقوقی بخش تعاونی با رعایت مقررات مربوط از وظایف اتاق تعاون است. یکی از مواردی که به عنوان مقررات مربوط در نظر گرفته شده، آیین‌نامه اجرایی قانون مقررات صادرات و واردات است. صدور کارت بازرگانی برای شرکت‌های تعاونی با اتاق تعاون است، اما با تأیید وزارت صنعت، معدن و تجارت، کارت بازرگانی شرکت‌های تعاونی معتبر خواهد شد و به این لحاظ باید مطلق قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی را حمل بر مقید آیین‌نامه اجرایی مقررات صادرات و واردات کرد و از این رو حل تنافی میان قانون و آیین‌نامه مذکور صورت می‌گیرد. با توجه به وحدت حکم در خصوص صدور کارت بازرگانی، این حل تنافی با حمل مطلق بر مقید ظهور بیشتری می‌یابد.

## ۲.۲. شرط احراز تنافی میان مطلق و مقید ایجابی در علم حقوق

برای حل تنافی میان مطلق و مقید اثباتی در حقوق مانند فقه، احراز وحدت ملاک و اتحاد در حکم ضروری است. در احکام الزامی و وضعی قانونی، روش‌هایی برای احراز وحدت ملاک و اتحاد حکم وجود دارد که در ادامه به آن می‌پردازیم. همان‌طور که پیش‌تر نیز بیان شد، شرط احراز تنافی میان مطلق و مقید وجود وحدت ملاک و اتحاد در حکم است (حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۵، ص. ۵۹۵). یکی از راه‌های علم به اتحاد حکم، اتحاد در سبب حکم است. در حالتی که سبب هر دو حکم الزامی بیان شود و یکی مطلق و دیگری مقید باشد، تنافی میان مطلق و مقید احراز می‌شود، اما در صورتی که سبب حکم مطلق و مقید بیان نشود، احراز اتحاد حکم از نفس دو دلیل امکان‌پذیر نیست؛ زیرا احتمال دارد هر یک به علت سبب خاصی صادر شده باشد. (حائری یزدی،

۱۴۱۸ق، ج ۱، ص. ۵۹۸). همین حالت در زمینه قوانین الزامی نیز قابل جریان است. احراز اتحاد حکم در دو قانون ممکن است از نفس دو قانون به دست آید یا از خارج این مسئله احراز شود. به این صورت که احراز تنافی میان مطلق و مقید یا از نفس دو انشای قانونی است یا از خارج دو دلیل و اثنا.

### ۱.۲.۲. ناظر بودن قانون مطلق بر مقید

گاه در شکل‌گیری یک قانون، قانون‌گذار قانون دیگر را مدنظر قرار داده و بر اساس آنکه در قانون سابق ماده‌ای را به صورت مطلق یا مقید آورده است، قانون دیگر و مواد مرتبط با آن را به صورت خلاف آنچه در قانون سابق آمده، گفته است. توجه به قانون سابق توسط قانون‌گذار و تدوین قانون جدید با در نظر گرفتن قانون سابق، بحث احراز وحدت ملاک را ساده می‌سازد. ایجاد رویه واحد و شکل‌دهی و سامان‌دهی برخی از نهادهای قانونی موجب می‌شود در خصوص مطلقات و مقیدات قانونی احراز وحدت ملاک به آسانی انجام پذیرد و مطلق را بر مقید حمل کرد. این مسئله زمانی آسان‌تر می‌شود که قانون مقید به صورت کامل ناظر به قانون مطلق باشد.

برای مثال، در ماده ۶ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴، قانون‌گذار به تعریف اعسار پرداخته است. در این قانون آمده است «معسر کسی است که به دلیل نداشتن مالی به جز مستثنیات دین، قادر به تأدیه دیون خود نباشد. تبصره - عدم قابلیت دسترسی به مال در حکم نداشتن مال است. اثبات عدم قابلیت دسترسی به مال بر عهده مدیون است». بنابراین، معسر در این قانون کسی است که به صورت مطلق چه دائم و چه موقت، به دلیل نداشتن مال یا عدم دسترسی به مال، قادر به تأدیه دیون خود نباشد. از ظاهر این ماده قانونی نیز استفاده می‌شود که تعریف معسر با توجه جای‌گیری آن در قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، ناظر به تعریف اعسار از محکوم به است و نه اعسار از هزینه دادرسی.

سابق بر این و در سال ۱۳۷۹، در ماده ۵۲۴ قانون آیین دادرسی مدنی، قانون‌گذار تعریف اعسار از هزینه دادرسی را چنین بیان کرد «معسر از هزینه دادرسی کسی است که به واسطه عدم کفایت دارایی یا عدم دسترسی به مال خود، به طور موقت قادر به تأدیه آن نیست». ظاهر از ماده ۵۲۴ قانون آیین دادرسی مدنی این است که قید به طور موقت، قید برای عدم تأدیه دین است. بنابراین، قانون‌گذار در مقام بیان این است که معسر از هزینه دادرسی به طور موقت نمی‌تواند هزینه



دادرسی را متحمل شود. این مسئله منافاتی ندارد که معسر به صورت دائم نیز توانایی پرداخت هزینه دادرسی را نداشته باشد.

ممکن است در این مورد ادعای حمل مطلق بر مقید شود و مطلق وارد شده در تعریف معسر از محکوم به را حمل بر مقید معسر از هزینه دادرسی کنیم. به نظر چنین حمله‌ی درست نباشد؛ زیرا اساساً این دو گونه از اعسار ناظر بر یکدیگر نیستند. اعسار از هزینه دادرسی برای شروع به رسیدگی توسط محاکم در نظر گرفته شده است و با توجه ماهیت آن باید به طور سریع پرداخت شود. از این رو ممکن است در زمان شروع رسیدگی در محاکم، فرد به طور موقت قادر به تأدیه این مبلغ نباشد و قانون‌گذار در راستای حمایت از افراد، اعسار از هزینه دادرسی را پذیرفته است. این گونه از اعسار با اعسار از محکوم به متفاوت است؛ زیرا در پرداخت محکوم به که پس از قطعی شدن حکم در دوائر اجرای احکام صورت می‌گیرد، تفاوتی ندارد که معسر به طور موقت قادر به پرداخت دین نباشد یا به طور دائم. در هر صورت، برای پرداخت محکوم به، قانون‌گذار ضوابط خاصی را پیش‌بینی کرده است که یکی از آن‌ها تقسیط بدهی است. تفاوت میان اعسار از هزینه دادرسی و اعسار از محکوم به، زمانی بیش‌ازپیش آشکار می‌شود که بگوییم اعسار از هزینه دادرسی منجر به معافیت از پرداخت هزینه دادرسی می‌شود، اما اعسار از محکوم به منجر به تقسیط محکوم به با شرایط مندرج در قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی خواهد شد. از این رو باید گفت این مطلق و مقید قانونی اساساً ناظر بر یکدیگر نیستند تا بخواهیم مطلق را بر مقید حمل کنیم.

مثال دیگر بر ناظر بودن قانون مقید به قانون مطلق یا عدم آن، بحث از مصادیق طلب‌کاران ممتاز در قوانین موضوعه است که در نظریات حقوق دانان مورد اختلاف قرار گرفته است. در برخی قوانین موضوعه، قانون‌گذار افراد یا نهادهایی را به عنوان طلب‌کاران ممتاز شناسایی کرده است. برای مثال، در ماده ۴۹ قانون تأمین اجتماعی سال ۱۳۵۴، مطالبات سازمان به‌عنوان طلب ممتاز مورد شناسایی قرار گرفته است. همچنین، در ماده ۳۰ قانون مالیات بر درآمد سال ۱۳۳۵، قانون‌گذار وزارت دارایی را طلب‌کار ممتاز دانسته است. در ماده ۱۳ قانون کار مصوب سال ۱۳۶۹، مطالبات کارگر جزو دیون ممتاز تلقی شده است. از ظاهر این مواد قانونی به دست می‌آید که طلب ممتاز یا طلب‌کار ممتاز تلقی شدن این نهادها به صورت مطلق است. به این صورت که

طلب ممتاز این نهادها شامل حال ورشکستگی یا عدم ورشکستگی بدهکار می‌شود. در نقطه نظر مقابل، ماده ۵۸ قانون تصفیه امور ورشکستگی به بیان ترتیبات تقسیم اموال تاجر ورشکسته پرداخته و به ترتیب طلبکاران با وثیقه را بر طلبکاران ممتاز و ایشان را مقدم بر طلبکاران عادی قلمداد کرده است. این ماده، طلبکاران ممتاز ورشکسته را به پنج طبقه تقسیم کرده و هر طبقه را بر دیگری مقدم دانسته است. پرسشی که مطرح می‌شود این است که مطلق مواد قانونی که به بیان طلبکاران ممتاز در حالت ورشکستگی و غیر آن پرداخته است، بر مقید طلبکاران ممتاز در ورشکستگی حمل می‌شود یا خیر؟ به عبارت دیگر، این پرسش مطرح می‌شود که آیا طلبکاران ممتاز در وضعیت ورشکستگی تنها منحصر به موارد یادشده در ماده ۵۸ قانون تصفیه امور ورشکستگی است یا دیگر مواردی که به صورت مطلق در بیان طلبکاران ممتاز در قوانین موضوعه شناسایی شده‌اند نیز به عنوان طلبکاران ممتاز ورشکستگی شناخته می‌شوند؟

پاسخ به این پرسش چه در نظریات حقوق دانان و چه در رویه قضایی مورد اختلاف قرار گرفته است. اداره کل حقوقی قوه قضائیه در نظریه ۲۱۹۳/۷ سال ۱۳۷۹، قائل به حمل مطلق بر مقید شد و سازمان تأمین اجتماعی را به عنوان طلبکار ممتاز حتی در قبال تاجر ورشکسته قلمداد کرد. در این نظریه بیان شد «هرچند ماده ۴۹ قانون تأمین اجتماعی مصوب ۱۳۵۴ مطالبات سازمان را در عداد مطالبات ممتاز معرفی کرده است، ولی این امتیاز نسبت به سایر بستانکاران معمولی است که ماده ۵۸، آنان را در گروه پنجم قرار داده است... بنابراین، به نظر می‌رسد که ممتاز بودن طلب سازمان تأمین اجتماعی شامل تاجر ورشکسته نیز می‌شود. البته، این طلب با رعایت حق تقدم در عداد سایر بستانکاران قرار می‌گیرد که پس از پرداخت حقوق گروه‌های چهارگانه از مابقی آن بدو طلب سازمان پرداخت و باقی مانده بین غرما تقسیم شود». مطابق این نظر، مطلق ماده ۴۹ قانون تأمین اجتماعی که سازمان را به عنوان طلبکار ممتاز در قبال ورشکسته و غیر آن معرفی می‌کند، حمل بر مقید ماده ۵۸ قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی شده و طلب سازمان تأمین اجتماعی در قبال تاجر ورشکسته را نیز به عنوان طلب ممتاز تلقی کرده است. همین مسئله در نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه شماره ۲۷۶۴/۹۳/۷ مورخ ۱۳۹۳ نیز منعکس شده است؛ به طوری که مقرر شده است «مطالبات کارگران بیش از میزان مقرر در بند ۲ موضوع تبصره ۱ ماده ۱۳ قانون کار جمهوری اسلامی ایران) و نیز مطالبات تأمین اجتماعی موضوع ماده ۴۹ قانون تأمین اجتماعی که جزو دیون ممتازه می‌باشند، بر سایر دیون عادی که در

بند ۴ ماده ۱۴۸ به آن اشاره شده است، حق تقدم دارند.»

در نقطه نظر مقابل، نظریه مشورتی ۲۳۰/۷ مورخ ۱۳۸۲ قرار دارد که قائل به حمل مطلق بر مقید نشده و حکم به عدم تناظر مطلق بر مقید شده است. در این نظریه مقرر شده است «طریقه پرداخت طلب ارگان‌های دولتی مانند بقیه طلب‌کاران است و ارگان‌های دولتی همان سهمی را می‌برند که به دیگر طلب‌کاران تعلق می‌گیرد». بنابراین، طلب نهادهای دولتی مانند سازمان تأمین اجتماعی در قبال بدهکار ورشکسته، در عداد طلب‌های ممتاز قرار نمی‌گیرد. در صورت قبول به ناظر بودن مطلق و مقید به یکدیگر، قول به حمل مطلق بر مقید موجه است و در صورت قبول به عدم تناظر مطلق و مقید، قول به عدم حمل مطلق بر مقید موجه است. به نظر می‌رسد با توجه به وضع خاص طلب‌کاران در قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی، نمی‌توان طلب‌کاران ممتاز در دیگر قوانین را به‌عنوان طلب‌کاران ممتاز ورشکسته نیز معرفی کرد؛ هرچند در این قوانین طلب ممتاز به صورت مطلق وضع شده است.

#### ۲.۲.۲. ارتباط قانون حاکم بر مطلق و مقید با نظم عمومی

در صورتی که قانون حاکم بر مطلق و مقید مرتبط با نظم عمومی باشد؛ به‌گونه‌ای که امکان نداشته باشد دو قانون به صورت هم‌زمان قابل اعمال باشد، ناگزیر از حمل مطلق بر مقید هستیم؛ زیرا اقتضای نظم عمومی این است که یک قانون در مورد واحد حاکم باشد. حکمت قانون‌گذاری در مواردی که مرتبط با نظم عمومی است، اقتضا دارد یک قانون در مسئله واحد وجود داشته باشد. برای مثال، بر اساس ماده ۲۹ قانون شرکت‌های تعاونی مصوب سال ۱۳۵۰، مجامع شرکت موظف به تنظیم صورت جلسه هستند که باید آن را به‌عنوان اسناد شرکت محفوظ بدارند. در این قانون آمده است «صورت جلسات مجامع عمومی و تصمیمات متخذ در آن توسط منشی مجمع در دفتر مخصوصی ثبت می‌شود و به امضای رئیس و منشی مجمع و نظار خواهد رسید و رونوشت آن به وسیله رئیس مجمع به هیئت‌مدیره ابلاغ می‌گردد...». این قانون، امضای رئیس و منشی مجمع و نظار را برای اعتبار صورت جلسه مجامع عمومی کافی دانسته است. با وجود این، مطابق ماده ۴۳ آیین‌نامه نحوه تشکیل مجامع عمومی شرکت‌های تعاونی، «از مذاکرات و تصمیمات مجمع عمومی صورت جلسه‌ای توسط منشی در دفتر مخصوص صورت جلسات مجامع تعاونی تهیه شده و به امضای اعضای هیئت‌رئیس می‌رسد. در صورتی که بعضی از اعضای هیئت‌رئیس نظر خاصی در

مورد برگزاری مجمع و صورت جلسه تنظیمی داشته باشند، می‌توانند ذیل امضای خود مرقوم نمایند. صورت جلسه تنظیمی با داشتن امضای اکثریت اعضای هیئت‌رئیس معتبر است». بر اساس این آیین‌نامه، اعتبار صورت جلسه مجمع با امضای اکثریت اعضای هیئت‌رئیس است. در مجموع، قانون شرکت‌های تعاونی و آیین‌نامه نحوه تشکیل مجامع عمومی، حمل مطلق بر مقید می‌شود و امضای اکثریت، ملاک اعتبار صورت جلسه مجمع خواهد بود. جمع میان مطلق و مقید بدان‌روست که آمره بودن مسائل شکلی مرتبط با اداره شرکت و مجامع عمومی از خارج قانون مورد پذیرش است و جمع میان دو حکم نیز منطبق بر این است که در مسائل شکلی، قانون‌گذار تنها یک بیان و خطاب قانونی دارد و اگر در جایی کلام مطلق نیز گفته باشد، مراد وی کلام مقیدی است که در قانون دیگر وضع کرده است.

برای مثال، در تبصره ماده ۴۳۹ قانون تجارت، قانون‌گذار مستثنیات دین را از تکلیف به مهر و موم معاف دانسته و در ماده ۴۴۴ همین قانون، در مقام بیان مستثنیات دین به سه مورد به‌عنوان مستثنیات دین اشاره شده است. البسه، اثاثیه و اسبابی که برای حوایج ضروری تاجر ورشکسته و خانواده او لازم است و اشیایی که ممکن است قریباً ضایع شود یا کسر قیمت حاصل کند از جمله مستثنیات دین در نظر گرفته شده است حال آنکه در ماده ۲۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی و در مقام شمارش مستثنیات دین، قانون‌گذار منحصراً این موارد را شامل هفت مورد دانسته است. در این قانون منزل مسکونی، اثاثیه مورد نیاز زندگی، آذوقه موجود به قدر احتیاج محکوم علیه، کتاب‌ها و ابزار علمی، وسایل و ابزار کار کسبه، تلفن مورد نیاز مدیون و مبلغی که در ضمن عقد اجاره به موجر پرداخت می‌شود، به‌عنوان مستثنیات دین تلقی شده است. از ظاهر ماده ۲۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی اطلاق مستثنیات دین نسبت به تاجر ورشکسته و غیر ورشکسته استنباط می‌شود. حال پرسش مطرح این است که آیا باید میان این دو قانون جمع کرد و نظام حاکم بر مستثنیات دین را به صورت واحد بدانیم و مطلق قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی را بر مقید قانون تجارت حمل کنیم یا بر هریک از مستثنیات دین تاجر ورشکسته و غیر ورشکسته، نظام جداگانه‌ای را در نظر بگیریم.

به نظر می‌رسد نظم عمومی و مصلحت طلب‌کاران ورشکسته ایجاب کند میان نظام مستثنیات دین ورشکستگی و نظام مستثنیات دین محکومیت‌های مالی غیر ورشکستگی، قائل به تفاوت شویم و هریک را تابع مقررات خاص خود بدانیم (عبدی‌پور، ۱۳۹۸، ص. ۱۴۸). از این‌رو مقررات

خاص تصفیه ورشکستگی برای تاجر ورشکسته و مقررات قانون نحوه محکومیت‌های مالی برای دیگر محکومان مالی در نظر گرفته می‌شود.

در هر صورت، ملاک اصلی احراز وحدت تکلیف و عدم وحدت حکم در تعیین تنافی میان مطلق و مقید است. در صورت احراز تنافی، مطلق بر مقید حمل می‌شود و در غیر این صورت به هریک به صورت جعل مستقل عمل می‌شود. ممکن است نظم عمومی در یک مورد اقتضای حکم واحد داشته باشد یا نظم عمومی اقتضای دو حکم متفاوت داشته باشد.

### نتیجه‌گیری

اصول کلی حل تنافی میان مطلق و مقید اثباتی یا ایجابی در اصول فقه در احکام تکلیفی و وضعی متفاوت است. در احکام تکلیفی اقوال مختلفی وجود دارد که برخی قائل به حمل بر استحباب مقید و عده‌ای قائل به حمل مطلق بر مقید شده‌اند. در احکام وضعی، مشهور قائل به حمل مطلق بر مقید شده‌اند. این مسئله مشروط به احراز وحدت تکلیف و حکم است.

در قوانین موضوعه راهکار ارائه شده برای حل تنافی میان مطلق و مقید متفاوت است. تفاوت معناداری میان حل تنافی میان مطلقات و مقیدات قانونی و فقهی وجود دارد. حمل بر افضل افراد مطلق که از آن در فقه به استحباب یاد می‌شود، در اطلاقات و تقییدات قانونی امکان‌پذیر نیست. بنابراین، در احکام الزامی قانونی راه حل منحصراً در حمل مطلق بر مقید نمود می‌یابد.

در احکام وضعی و تکلیفی شرط اساسی برای احراز تنافی مطلق و مقید و حمل یکی بر دیگری، وحدت سبب و ملاک است. احراز وحدت سبب و ملاک در قوانین وضعی و الزامی دشوار است. احراز ملاک در اصول فقه را یا از متن مطلق و مقید و تناظر آن دو نسبت به یکدیگر به دست می‌آورند یا به واسطه قرائن خارجی علم پیدا می‌شود که مقید ناظر به مطلق است و باید بر یکدیگر حمل شود. در قوانین موضوعه احراز وحدت ملاک از نفس دو دلیل با وحدت سبب دو حکم مطلق و مقید به دست می‌آید. در جایی که مقید در کلام قانون‌گذار کاملاً ناظر به کلام مطلق باشد که پیش‌تر قانون‌گذار بیان کرده است، می‌توان وحدت ملاک را به علت وحدت در سبب حکم از نفس دو خطاب قانونی به دست آورد، اما احراز وحدت ملاک از خارج دو خطاب قانونی از طریق بیان قانون‌گذار و شیوه قانون‌گذاری وی و امری بودن قوانین حاصل می‌شود. با ضابطه‌مند کردن وحدت در ملاک و حمل مطلق بر مقید، جمع میان مواد قانونی با شیوه درست‌تری

صورت می‌گیرد. از این رو ارائه راهکارهایی مانند نسخ مواد قانونی به جای حمل مطلق بر مقید یا عمل به هر دو دلیل مطلق و مقید با عدم احراز وحدت در ملاک، در دکترین و رویه قضایی تعدیل خواهد شد.

## منابع

- ۱) آخوند خراسانی، محمد کاظم (۱۴۰۹ق). کفایة الاصول. قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام).
- ۲) آملی، میرزا هاشم (۱۳۹۵). مجمع الافکار و مطرح‌الانظار (جلد ۲). قم: المطبعة العلمیه.
- ۳) ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق). لسان‌العرب (جلد ۱۰). لبنان: دارالفکر للطباعة والنشر والتوزیع.
- ۴) اراکی، محمدعلی (۱۳۷۵). اصول‌الفقه. قم: مؤسسه در راه حق.
- ۵) اصفهانی، سید ابوالحسن (۱۴۲۲ق). وسیلة الوصول الی حقایق الاصول (جلد ۱). قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ۶) امامی، سیدحسن (۱۳۷۶). حقوق مدنی (جلد ۱). تهران: اسلامیة.
- ۷) انصاری، مرتضی (۱۳۸۳). مطرح‌الانظار؛ تقریرات ابوالقاسم کلانتری (جلد ۲). قم: مجمع‌الفکر الاسلامی.
- ۸) بروجردی، حسین (۱۴۱۵ق). نهاية الاصول (جلد ۱). تهران: نشر تفکر.
- ۹) جزایری، محمدجعفر (۱۴۱۵ق). منتهی‌الدرایة فی توضیح‌الكفایة (جلد ۳). قم: مؤسسه دارالکتاب.
- ۱۰) جمعی از پژوهشگران زیر نظر سید محمود شاهرودی (۱۴۲۶ق). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل‌بیت (علیهم‌السلام) (جلد ۳). قم: مؤسسه دائرة‌المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل‌بیت (علیهم‌السلام).
- ۱۱) حائری یزدی، عبدالکریم (۱۴۱۸ق). دررالفوائد (جلد ۱). قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ۱۲) حکیم، محمدتقی (۱۴۳۱ق). الاصول‌العامة للفقہ‌المقارن (جلد ۱). المجمع‌العالمی للتقريب بين المذاهب الاسلامیه.
- ۱۳) حکیم، سیدمحسن (۱۴۱۶ق). مستمسک‌العروة‌الوثقی (جلدهای ۲ و ۵). قم: مؤسسه دارالتفسیر.
- ۱۴) خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۷۶). جواهر الاصول (جلد ۴). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت‌الله‌علیه).
- ۱۵) خمینی، سیدروح‌الله (۱۴۱۵ق). مناهج الوصول الی علم الاصول (جلد ۲). قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت‌الله‌علیه).
- ۱۶) خمینی، سیدمصطفی (۱۴۱۸ق). تحریرات فی الاصول (جلد ۵). قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت‌الله‌علیه).
- ۱۷) خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۸ق). موسوعة الامام الخویی (جلد ۶). قم: موسوعة احیاء آثار الامام الخویی.
- ۱۸) روحانی، محمد (۱۴۱۳ق). منتفی الاصول. قم: دفتر آیت‌الله سید محمد حسینی روحانی.
- ۱۹) سبزواری، عبدالاعلی (بی تا). تهذیب الاصول (جلد ۱). قم: مؤسسه المنار.
- ۲۰) صالحی مازندارنی، اسماعیل (۱۴۲۴ق). مفتاح الاصول (جلد ۲). قم: نشر صالحان.
- ۲۱) صدر، محمدباقر (۱۴۱۷ق). بحوث فی علم الاصول (جلدهای ۳ و ۷). قم: مؤسسه دائرة‌المعارف فقه

اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام).

- ۲۲) عارفی، علی (۱۳۷۴). البداية فی توضیح الکفایة (جلد ۲). تهران: نشر نیایش.
- ۲۳) عبدی پور، ابراهیم (۱۳۹۸). حقوق تجارت. تهران: مجد.
- ۲۴) فیومی، احمد بن محمد (۱۴۱۸ق). المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر (جلد ۲). قم: منشورات دارالرضی.
- ۲۵) گلپایگانی، محمدرضا (۱۴۱۰ق). افاضة العوائد تعلیق علی درر الفوائد (جلد ۱). قم: دارالقرآن الکریم.
- ۲۶) محقق داماد، محمد (۱۳۸۲). المحاضرات (جلد ۲). اصفهان: نشر مبارک.
- ۲۷) محمدی، ابوالحسن (۱۳۹۶). مبانی استنباط حقوق اسلامی. تهران: دانشگاه تهران.
- ۲۸) میلانی، علی (۱۴۲۸ق). تحقیق الاصول (جلد ۴). قم: مؤسسه الحقایق.
- ۲۹) نایینی، محمدحسین (۱۳۷۶). فواید الاصول (جلد ۲). قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه.
- ۳۰) نجم آبادی، ابوالفضل (۱۳۸۰). الاصول (جلد ۱). قم: مؤسسه آیت الله العظمی البروجردی.
- ۳۱) هاشمی شاهرودی، محمود (۱۴۳۱ق). اضواء و آراء: تعلیقات علی کتابنا بحوث فی علم الاصول (جلد ۱). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.



## References

- 1) A Group of Researchers under the Supervision of Seyyed Maḥmūd Shāhrūdī (1426 AH). Farhang-e Fiqh-e Moṭābeq Mazhab Ahl al-Bayt ('Alayhim al-Salām) (Vol. 3) [The Jurisprudence Dictionary According to the School of Ahl al-Bayt ('Alayhim al-Salām)]. Qom: Mu'assasa Dā'irat al-Ma'ārif Fiqh Islāmī bar Mazhab Ahl al-Bayt ('Alayhim al-Salām) [in Arabic].
- 2) 'Abdīpūr, Ebrāhīm (1398 SH). Ḥuqūq-e Tejārat [Commercial Law]. Tehran: Majd [in Persian].
- 3) Ākhūnd Khurāsānī, Moḥammad Kāzem (1409 AH). Kifāyat al-uṣūl. Qom: Mu'assasa Āl al-Bayt ('Alayhim al-Salām) [in Arabic].
- 4) Āmolī, Mirzā Hāšem (1395 SH). Majma' al-afkār wa maṭraḥ al-anzār (Vol. 2). Qom: al-Maṭba'a al-'Ilmiya [in Arabic].
- 5) Anṣārī, Morteżā (1383 SH). Maṭāriḥ al-anzār; Taqrīrāt Abū al-Qāsem Kolāntarī (Vol. 2). Qom: Majma' al-Fikr al-Islāmī [in Arabic].
- 6) Arākī, Moḥammad 'Alī (1375 SH). Uṣūl al-fiqh. Qom: Mu'assasa Dar Rāh Ḥaqq [in Arabic].
- 7) Ārefī, 'Alī (1374 SH). Al-Bidāya fī Tawḍīḥ al-Kifāya (Vol. 2). Tehran: Nashr Niyāyesh [in Arabic].
- 8) Borūjerdī, Ḥossein (1415 AH). Nihāyat al-uṣūl (Vol. 1). Tehran: Nashr Tafakkur [in Arabic].
- 9) Emāmī, Seyyed Ḥasan (1376 SH). Ḥuqūq-e Madanī (Vol. 1) [Civil Rights]. Tehran: Eslāmīya [in Persian].
- 10) Eṣfahānī, Seyyed Abū al-Ḥasan (1422 AH). Wasilat al-wuṣūl ilā ḥaqā'iq al-uṣūl (Vol. 1). Qom: Mu'assasa al-Nashr al-Islāmī [in Arabic].
- 11) Fayyūmī, Aḥmad ibn Moḥammad (1418 AH). Al-Miṣbāḥ al-Munīr fī Gharīb al-Sharḥ al-Kabīr (Vol. 2). Qom: Manṣūrāt Dār al-Raḍī [in Arabic].
- 12) Golpāyegānī, Moḥammad Rezā (1410 AH). Ifāḍat al-'Awā'id Ta'liq 'alā Durar al-Fawā'id (Vol. 1). Qom: Dār al-Qur'ān al-Karīm [in Arabic].
- 13) Ḥā'erī Yazdī, 'Abd al-Karīm (1418 AH). Durar al-Fawā'id (Vol. 1). Qom: Mu'assasa al-Nashr al-Islāmī [in Arabic].
- 14) Ḥakīm, Moḥammad Taqī (1431 AH). Al-Uṣūl al-'Āmma lil-Fiqh al-Muqāran (Vol. 1). al-Majma' al-'Ālamī lil-Taqrīb Bayn al-Madhāhib al-Islāmīya [in Arabic].
- 15) Ḥakīm, Seyyed Moḥsen (1416 AH). Mustamsak al-'Urwa al-Wuthqā (Vols. 2 and 5). Qom: Mu'assasa Dār al-Tafsīr [in Arabic].
- 16) Hāshamī Shāhrūdī, Maḥmūd (1431 AH). Aḍwā' wa Ārā'; Ta'liqāt 'alā Kitābnā Buḥūth fī 'Ilm al-Uṣūl (Vol. 1). Qom: Mu'assasa Dā'irat al-Ma'ārif Fiqh Islāmī [in Arabic].
- 17) Ibn Manzūr, Moḥammad ibn Makram (1414 AH). Lisān al-'Arab (Vol. 10). Lebanon: Dār al-Fikr li-al-Ṭibā'a wa-al-Nashr wa-al-Tawzī' [in Arabic].
- 18) Jazā'erī, Moḥammad Ja'far (1415 AH). Muntahī al-dirāya fī tawḍīḥ al-kifāya (Vol. 3). Qom: Mu'assasa Dār al-Kitāb [in Arabic].
- 19) Khomeynī, Seyyed Moṣṭafā (1418 AH). Tahḥīrāt fī al-uṣūl (Vol. 5). Qom: Mu'assasa Tanzīm wa Nashr Āthār Imām Khomeynī (Raḥmat Allāh 'Alayh) [in

- Arabic].
- 20) Khomeynī, Seyyed Rūḥ Allāh (1376 SH). *Jawāhir al-uṣūl* (Vol. 4). Tehran: Mu'assasa Tanzīm wa Nashr Āthār Imām Khomeynī (Raḥmat Allāh 'Alayh) [in Arabic].
  - 21) Khomeynī, Seyyed Rūḥ Allāh (1415 AH). *Manāhij al-wuṣūl ilā 'ilm al-uṣūl* (Vol. 2). Qom: Mu'assasa Tanzīm wa Nashr Āthār Imām Khomeynī (Raḥmat Allāh 'Alayh) [in Arabic].
  - 22) Khū'ī, Seyyed Abū al-Qāsem (1418 AH). *Mawsū'at al-Imām al-Khū'ī* (Vol. 6). Qom: Mawsū'at Iḥyā' Āthār al-Imām al-Khū'ī [in Arabic].
  - 23) Milānī, 'Alī (1428 AH). *Taḥqīq al-Uṣūl* (Vol. 4). Qom: Mu'assasa al-Ḥaqā'iq [in Arabic].
  - 24) Moḥammadī, Abū al-Ḥasan (1396 SH). *Mabānī-ye Estenbāt-e Ḥuqūq-e Eslāmī* [Foundations of Islamic Law Derivation]. Tehran: University of Tehran [in Persian].
  - 25) Moḥaqqueq Dāmād, Moḥammad (1382 SH). *Al-Muḥāḍarāt* (Vol. 2). Esfahan: Nashr Mobārak [in Arabic].
  - 26) Nā'inī, Moḥammad Ḥosseīn (1376 SH). *Fawā'id al-Uṣūl* (Vol. 2). Qom: Jāme'a Modarresīn Ḥawza 'Ilmīya [in Arabic].
  - 27) Najmābādī, Abū al-Faẓl (1380 SH). *Al-Uṣūl* (Vol. 1). Qom: Mu'assasa Āyat Allāh al-'Uzmā al-Borūjerdī [in Arabic].
  - 28) Rūḥānī, Moḥammad (1413 AH). *Muntafi al-Uṣūl*. Qom: Daftar Āyat Allāh Seyyed Moḥammad Ḥoseynī Rūḥānī [in Arabic].
  - 29) Sabzawārī, 'Abd al-A'lā (n.d.). *Tahdhib al-Uṣūl* (Vol. 1). Qom: Mu'assasa al-Manār [in Arabic].
  - 30) Ṣadr, Moḥammad Bāqir (1417 AH). *Buḥūth fi 'ilm al-Uṣūl* (Vols. 3 & 7). Qom: Mu'assasa Dā'irat al-Ma'ārif Fiqh Islāmī bar Mazhab Ahl al-Bayt ('Alayhim al-Salām) [in Arabic].
  - 31) Ṣāliḥī Māzandarānī, Esmā'īl (1424 AH). *Miftāḥ al-Uṣūl* (Vol. 2). Qom: Nashr Ṣāliḥān [in Arabic].

## Feasibility of Adjusting Rent in Epidemic Conditions; with Emphasis on Covid-19

Nasrollah Jafari Khosroabadi • Associate Professor, Department of Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Meybod University, Meybod, Iran. (Corresponding Author)

jafari@meybod.ac.ir

Hossein Abedini • Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Meybod University, Meybod, Iran.

abedini@meybod.ac.ir

Amir Hosein Habibollahian • PhD Student in Private Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Meybod University, Meybod, Iran.

amirhosseinhabibollahian@gmail.com

### Abstract

#### 1. Introduction

In the wake of the Coronavirus pandemic, the global legal framework has been put to the test, revealing the vulnerabilities of ongoing contracts, such as leases, to sudden and unforeseeable emergencies. These emergencies can disrupt the economic equilibrium of contracts, making the fulfillment of contractual obligations challenging, if not impossible, without necessarily leading to their annulment or dissolution. This paper outlines the potential for adjusting lease agreements under extraordinary circumstances induced by global health crises.

#### 2. Research Question

The core research question addresses whether the economic balance of lease contracts, which has been disrupted by the outbreak of pandemics like Covid-19, can be readjusted. It seeks to explore the legal avenues available for such adjustment, particularly in the context of Islamic jurisprudence. This question is pertinent in understanding the extent to which legal frameworks can provide flexibility and fairness in the execution of contracts amidst unforeseen global health emergencies.



### **3. Research Hypothesis**

The hypothesis posits that, contrary to traditional enforcement mechanisms like contract dissolution or termination due to force majeure or other changing circumstances, the legal and jurisprudential foundations of Islamic law, including no harm principle [La-Za'rar], hardship [Osr va Haraj], implied condition, and unjust enrichment, support the adjustment of lease contracts. This approach aims at maintaining the contract while preventing harm to any party involved, thus offering a balanced solution that prioritizes the contract's survival over its termination. The novel concept of "Segmentation of Benefits" introduced in this research underscores the divisibility and interconnection of benefits derived from leased property, providing a foundational basis for adjusting lease contracts in the face of pandemics.

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

The research employs a doctrinal methodology combined with a descriptive-analytical approach to explore the feasibility of adjusting rent in epidemic conditions. By scrutinizing the works of Islamic jurists and analyzing existing legal precedents and theories, the study aims to uncover jurisprudential and legal bases for contract adjustment in the context of lease agreements affected by pandemics. This investigation is structured around a three-part framework: firstly, examining the change in circumstances of lease contracts during pandemics; secondly, exploring the Islamic jurisprudential bases for lease contract adjustment; and finally, clarifying the legal bases for such enforcement. This comprehensive framework allows for a detailed exploration of the subject matter, facilitating a nuanced understanding of the potential for contract adjustment in unprecedented times.

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

The study meticulously examined the impact of the coronavirus pandemic on the economic balance of lease contracts, recognizing the necessity of adapting legal practices to address unforeseen disruptions. The key findings highlight the importance of a dynamic approach to contract law, one that acknowledges the unpredictable nature of such global crises and their potential to render existing contractual agreements inequitable or unfeasible.

The investigation revealed that the principles of "no harm," "hardship," "unjust enrichment and abuse of rights," "implied condition," and

"segmenting the benefits of the lease contract" provide robust jurisprudential and legal bases for the adjustment of lease agreements in response to the pandemic. These principles collectively advocate for a balance between the contractual obligations and the unforeseen circumstances that may disadvantage one party disproportionately. Specifically, the study found that:

No harm principle necessitates avoiding any contractual adjustments that would unfairly disadvantage one party, advocating for equitable solutions in the face of adversity.

Hardship and implied condition principles support the notion that contracts can and should be adapted when fundamental assumptions underpinning the agreement change unexpectedly.

Unjust enrichment and abuse of rights principles warn against leveraging the pandemic for disproportionate gain at the expense of the other party.

Segmenting the benefits of the lease contract emerges as a novel approach, suggesting that the divisibility of the leased property's benefits can guide the proportional adjustment of rent, aligning with the actual utility received by the lessee during the pandemic.

This study underscores the critical role of social solidarity in contract law, especially during crises that affect the fundamental conditions of lease contracts. It proposes a paradigm shift towards viewing contracts not merely as static agreements but as dynamic instruments that must adapt to ensure fairness and equity between the parties. The emphasis on adjusting rent according to new conditions reflects a commitment to preserving the contractual relationship and ensuring its sustainability over termination or dissolution.

## **6. Conclusion**

The research conclusively demonstrates that the adjustment of lease contracts in response to pandemics like the coronavirus is not only feasible but necessary to uphold the principles of fairness, equity, and social solidarity in the face of unforeseen events. It argues against the outright termination of contracts due to the hardships imposed by the pandemic, advocating instead for a more nuanced approach that seeks to maintain the contractual bond through equitable adjustments.

This study's conclusions contribute significantly to the field of contract law, offering a blueprint for navigating the legal challenges posed by pandemics and other similar crises. It lays the groundwork for future

legislative and jurisprudential developments that could incorporate these principles into the legal fabric, ensuring that lease contracts remain viable and equitable under the most challenging conditions.

Ultimately, this research highlights the importance of flexibility, fairness, and foresight in contract law, calling for a legal framework that is responsive to the needs of both parties and the broader community during times of crisis. The proposed model of rent adjustment, grounded in Islamic jurisprudence and supported by legal principles, provides a viable path forward that honors the spirit of contractual agreements while adapting to the realities of an ever-changing world.

In sum, the findings and conclusions of this study not only address the immediate concerns posed by the pandemic but also offer a timeless consideration for contract law: the need for adaptability, empathy, and a deep commitment to justice and equity in the face of unforeseeable challenges.

**Keywords:** Lease Contract, Force Majeure, Contractual Adjustment, No-Harm Principle, Hardship, Segmentation of Benefits.

## امکان سنجی تعدیل اجاره‌بها در شرایط شیوع بیماری‌های همه‌گیر؛ با تأکید بر ویروس کرونا

نصراله جعفری خسروآبادی • دانشیار، گروه حقوق، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه میبد، میبد، ایران.

jafari@meybod.ac.ir

(نویسنده مسئول)

حسین عابدینی • استادیار، گروه حقوق، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه میبد، میبد، ایران.

abedini@meybod.ac.ir

امیرحسین حبیب‌اللهی‌یان • دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه میبد، میبد، ایران.

amirhosseinhabibollahian@gmail.com

### چکیده

قراردادهای منعقدشده فیما بین اشخاص، همواره آستان تغییرات محتمل و گوناگونی است. بروز این تغییرات در قراردادهای تملیکی به‌مانند اجاره - که در طول زمان استمرار دارند - بیشتر است، چرا که گاه به دلایلی «خارج از اراده طرفین» نظیر «فارس مازور» که ممکن است ناشی از شیوع بیماری‌های همه‌گیر مانند کرونا باشد، شرایط و اوضاع قرارداد به ضرر یکی از طرفین تغییر می‌یابد. در این موارد، از طرفی، قراردادهای در سایه «اصل حاکمیت اراده» و «اصاله‌اللزوم» قرار داشته، و تغییر در مفاد قرارداد، متناسب با شرایط حادث‌شده را بر نمی‌تابد، و از طرف دیگر، اجرای قرارداد اگر چه امکان‌پذیر است، اما با صعوبت بسیار همراه است یا در برخی مصادیق، به‌جهت زوال مطلوبیت اولیه، توجیه اقتصادی ندارد. در این خصوص، بهترین راه‌حل با هدف «حفظ استواری قرارداد» و «برون‌رفت از وضعیت حادث‌شده»، «تعدیل» قرارداد به‌منظور ایجاد توازن و تعادل اقتصادی است که در تحقق و اثبات آن، می‌توان به چندین مبنا نظیر «قاعده لاضرر»، «عسر و خرج»، «شرط ضمنی» و «استفاده بلاجهت» استناد کرد. در پژوهش حاضر که با روش توصیفی تحلیلی صورت گرفته، ضمن تبیین «امکان‌سنجی تعدیل اجاره‌بها در قرارداد اجاره»، این نتیجه حاصل شده است که بر اساس مبانی یادشده، در مصادیقی که بخشی از موضوع عقد اجاره منتفی شده و عقد قابل تجزیه است، با کاستن از اجاره‌بها به‌همان میزان، می‌توان قرارداد را «تعدیل» نمود.

واژگان کلیدی: عقد اجاره، فارس مازور، تعدیل قراردادی، قاعده لاضرر، عسر و خرج، تجزیه منافع.



#### مقدمه

«وضعیت اضطراری» موقعیتی شناخته شده در هنجارهای بنیادین حقوقی در تمام کشورهای جهان است که بسته به تجربیات کشورها، موقعیت جغرافیایی، پیشینه تاریخی و ارزش‌های حاکم بر نظام حقوقی، الگوهای متفاوتی برای تصمیم‌گیری در این شرایط طرح شده است (آریان‌نژاد و همکاران، ۱۴۰۱، ص. ۵۴۰).

یکی از مشکلات عقود مستمر مانند اجاره، تأثیرپذیری این عقود از رخدادهای اضطراری است که هرآینه ممکن است تعادل و توازن اقتصادی عقد را بر هم ریزد. پیدایش این قبیل رخدادهای اگر ارکان عقد را مخدوش نکند و زمینه ابطال و انحلال عقد را فراهم نسازد، بی‌شک اجرای تعهدات قراردادی را با صعوبت و دشواری همراه می‌کند یا هدف طرفین از تشکیل عقد را بیهوده می‌سازد. تا آنجا که فرد متضرر به واسطه عدم توجیه اقتصادی، توان و رغبت اجرای تعهدات قراردادی را نداشته باشد.

چنانچه اجرای قرارداد احتیاج به مدت زمان نسبتاً طولانی داشته باشد، ممکن است با وجود همه محاسبات و دوراندیشی‌های صحیح طرفین، اوضاع و احوال حاکم بر زمان انعقاد قرارداد چنان متحول شود که باعث تضرر یکی از طرفین معامله شود یا حتی تعهد یکی را در مقابل دیگری چنان بی‌ارزش سازد که معامله از صورت معاوضی خارج شود (بیگدلی، ۱۳۹۲، ص. ۲۶۷).

بروز بیماری‌های همه‌گیر مانند ویروس کرونا از جمله مواردی است که می‌تواند تعادل قرارداد را بر هم زند و فروض مختلفی را با خود به دنبال آورد. برای مثال، هنگام شیوع کروناویروس، طولانی شدن بیماری ناشی از آن، موجب شد دولت تدابیر شدید «احتیاطی» را برای جلوگیری از گسترش و شیوع این ویروس وضع کند (تقی‌پور و همکاران، ۱۴۰۱، ص. ۳۶).

تغییر اوضاع و احوال و شرایط به گونه‌ای است که به دلیل خارجی، پیش‌بینی‌ناپذیر و اجتناب‌ناپذیر بودن، در دایره فورس‌ماژور قرار می‌گیرد و مشمول قوه قاهره و آثار آن است (صفایی و جواهرکلام، ۱۴۰۱، ص. ۵) و گاه خارج از این حالات است که بسته به شرایط، ضمانت اجرای خاص خود را خواهد داشت.

از آنجاکه نمی‌توان از نظم حقوقی، انتظار لازم‌الاجرا کردن توزیع غیرعادلانه منابع قراردادی را داشت (افتقاری و همکاران، ۱۴۰۱، ص. ۴۰۱)، با توجه به اصل آزادی قراردادی و اصل حاکمیت



اراده، این پرسش اساسی مطرح می‌شود که آیا باید «قرارداد» را به‌مثابه «قانون» میان طرفین دانست و این‌گونه پنداشت که امکان تغییر مفاد قرارداد بدون توافق طرفین وجود ندارد یا اینکه راهی برای مقابله با برهم خوردن توازن قراردادی وجود دارد؟

در پاسخ به این پرسش، پیش از این، از ابعاد مختلف، پژوهش‌هایی انجام شده است. برای مثال، تقی‌پور و همکاران (۱۴۰۱) در مقاله «اثر پاندمی کرونا بر قرارداد اجاره در حقوق ایران و انگلیس (با تأکید بر اجاره خوابگاه‌های دانشجویی)»، تأکید دارند که در شرایط کرونا، دکترین فورس‌ماژور و هاردشیپ، نقش بی‌بدیلی ایفا می‌کنند و اجازه می‌دهند که ریسک ناشی از چنین بحرانی، به‌طور مساوی میان طرفین قرارداد توزیع شود.

آذر و سیداحمدی سجادی (۱۴۰۰) نیز در مقاله «بررسی تأثیر بیماری‌های واگیردار بر اجرای قراردادهای مالی با تکیه بر اصل ابقای قرارداد»، این‌گونه نتیجه‌گیری کرده‌اند که از آنجاکه شیوع کرونا با دامنه وسیع، دولت‌ها را بر آن داشت مقرراتی را در زمینه‌های مختلف تصویب کنند که این مقررات سبب اجرای با تأخیر تعهدات قراردادی، غیرممکن شدن عمل به تعهداتی که اجرای آن‌ها مقید به زمان بوده است، انتقای هدف در برخی قراردادهای یا اجرای مشقت‌بار برخی قراردادهای شده است، باید حسب مورد ضمانت اجرای انحلال قرارداد، تعلیق تعهدات قراردادی و تعدیل قرارداد را محقق دانست.

پژوهش نخست، با اینکه از نظر موضوعی مشابه پژوهش حاضر است، اساساً فرض تحقق «تعدیل قرارداد» را مورد بحث قرار نداده و پژوهش دوم، با وجود ورود به ضمانت اجرای «تعدیل قرارداد»، بحث از آن در دیگر نظام‌های حقوقی و مقررات بین‌المللی و نیز تأکید بر عدم تصریح آن در مقررات داخلی، ضمن عدم توجه به امکان اجرای این ضمانت اجرا در فرض تجزیه قرارداد اجاره، تحلیل مبانی فقهی و حقوقی این ضمانت اجرا را که موضوع اصلی این پژوهش است، تنها در دو، سه سطر و به شکل گذرا مورد بحث قرار داده است.

فرضیه این پژوهش که با رویکرد توصیفی-تحلیلی انجام شده، این است که به‌جای گره زدن موضوع با «تلف حکمی عین یا منفعت مورد اجاره» و حسب مورد، ضمانت اجرای «فسخ یا انفساخ قرارداد» به‌موجب «فورس‌ماژور» یا «دیگر عوامل تغییر اوضاع و احوال»، با تمسک به مبانی‌ای مانند «قاعده لاضرر»، «عسر و حرج»، «شرط ضمنی» و «استفاده بلاجهت» و نیز بر

اساس «اصل بقای عقود» که مستلزم حفظ قرارداد در عین دفع ضرر است، ضمانت اجرای «تعدیل قرارداد اجاره» به عنوان راه‌حلی که این هدف را تأمین می‌کند، بر دو راه پیش‌گفته ارجحیت دارد. در همین راستا، یکی از مهم‌ترین مبانی شایان ذکر، «تجزیه منافع» است که برای نخستین بار در این نوشتار از سوی نگارندگان ارائه می‌شود.

این پژوهش در سه بخش کلی سامان‌دهی شده است. در بخش نخست، به عنوان بحث مقدماتی، تغییر اوضاع و احوال قرارداد اجاره در زمان بروز بیماری‌های همه‌گیر مانند کرونا مورد بررسی قرار گرفته و ضمانت اجرای فسخ، انفساخ و تعدیل، متناسب با فروض مختلف تغییر شرایط و احوال قرارداد به دلیل بروز بیماری‌های همه‌گیر بحث شده است. در قسمت دوم، مبانی فقهی تعدیل قرارداد اجاره مطالعه شده و در نهایت، در بخش سوم، مبانی حقوقی این ضمانت اجرا مورد تبیین قرار گرفته است.

#### ۱. سرنوشت قرارداد اجاره در فرض شیوع بیماری‌های همه‌گیر و صعوبت انتفاع از عین مستأجره

یکی از رایج‌ترین قراردادهایی که ممکن است تحت تأثیر بیماری‌های همه‌گیر مانند کرونا قرار گیرد، «اجاره» است. این عقد، قراردادی مستمر و موقت است که استیفای منافع در آن، به مرور صورت می‌گیرد و موضوع آن باید تا پایان مدت، قابلیت انتفاع داشته باشد. بروز مصادیق مختلف فورس‌ماژور به‌ویژه شیوع ویروس کرونا، استیفای منافع مستأجر را به صورت جدی تحت‌الشعاع قرار می‌دهد.

در این میان، شرایط ناشی از تحقق بیماری‌های همه‌گیر به‌طور مستقیم روی منفعت ناشی از قراردادهای اجاره «مسکونی» تأثیر چندانی نمی‌گذارد؛ زیرا همواره اصل بر لزوم قرارداد و پایبندی متعاقدان به مفاد قرارداد است و معاذیر عام و خاص (مربوط به عدم امکان یا دشواری اجرای قرارداد)، در صورتی تکلیف متعاقدان را تحت تأثیر قرار می‌دهد و شرایط را برای متعهد آسان‌تر می‌کند که به صورت مستقیم بر اجرای تعهد تأثیر بگذارد. بنابراین، هرچند همه‌گیری بیماری می‌تواند توان مالی برخی مستأجران را کاهش دهد، لزوماً بین این دو، رابطه مستقیم و مؤثر متصور نیست. در نتیجه، مستأجران باید به تعهد خود بابت پرداخت اجاره‌بها عمل کنند<sup>۱</sup> (خالدی و

۱. البته باید دانست که شرایط پیش‌آمده مانع از تمسک مستأجر به نهاد اعسار نیست و دادرس می‌تواند در فرض عسر وی، مهلت و شرایط پرداخت مناسبی به او اعطا کند (خالدی و همکاران، ۱۳۹۹، صص. ۶۴-۶۵).

همکاران، ۱۳۹۹، صص. ۶۴-۶۵).

در مقابل، شیوع بیماری‌های همه‌گیر مانند کرونا بیشترین تأثیر را بر اجاره «مکان‌های تجاری» داشته است؛ البته برخی اماکن مانند فروشگاه‌های مواد غذایی، اقلام بهداشتی و داروخانه‌ها به علت افزایش تقاضا در زمان کرونا با افزایش فروش روبه‌رو بودند. از این‌رو از شمول این تحلیل خارج هستند، اما مشاغل دیگر یا کاملاً با تعطیلی مواجه شدند یا با محدودیت ساعت فروش و کسب‌وکار. بر این اساس، این موضوع مطرح می‌شود که وضعیت اجاره مستأجران این اماکن چه می‌شود و چگونه می‌توان خسارات ایشان را جبران کرد که حسب مورد، ضمانت اجراهای فسخ، انفساخ و تعدیل قرارداد قابل انجام است (آذر و سیداحمدی سجادی، ۱۴۰۰، ص. ۵۰۰).

در ادامه، به تحلیل این موارد خواهیم پرداخت.

#### ۱.۱. قابلیت فسخ و انفساخ اجاره

یکی از ضمانت‌اجراهای شایان تصور در فرض بیماری‌های همه‌گیر مانند کرونا و تعطیلی اماکن تجاری، قابلیت فسخ و انفساخ اجاره است که در این بخش، به تحلیل آن می‌پردازیم. در این خصوص باید میان اماکن و مشاغل قائل به تفکیک شد.

گروه نخست شامل مشاغلی است که طبق مصوبات بالادستی مانند دستورالعمل‌های ستاد ملی کرونا، جزو «مشاغل غیرضروری» شناخته می‌شدند و در ایام اجرای «طرح فاصله‌گذاری اجتماعی» باید کاملاً تعطیل می‌شدند.

برخی معتقدند شیوع بیماری‌های همه‌گیر موجب می‌شود که مال‌الاجاره، «قابلیت انتفاع» را از دست بدهد. با توجه به روح ماده ۴۸۱ قانون مدنی و علت فقهی حکم قاعده یادشده، چنین برمی‌آید که قانون‌گذار نخواست است در جایی که انتفاع منظور عقد را نمی‌توان از مورد اجاره به دست آورد، مستأجر را مکلف به پرداختن اجاره‌بها کند. بنابراین، به نظر می‌رسد که موجر املاک تجاری، استحقاق دریافت اجاره‌بهای مدتی را که مستأجر به علت ممنوعیت قانونی نتوانسته از مورد اجاره استفاده کند، ندارد و عدم پرداخت اجاره‌بهای مدت یادشده، تخلف مستأجر شمرده نمی‌شود و موجر نمی‌تواند به دلیل عدم پرداخت اجاره‌بها، عقد را فسخ کند و تخلیه عین مستأجره را بخواهد (خالدی و همکاران، ۱۳۹۹، ص. ۶۵).

به بیان دیگر، از منظر راقمان سطور، چنانچه مدت تعطیلی، کل ایام اجاره را دربرگیرد و به این علت نتوان از عین مستأجره هیچ استفاده‌ای کرد، این به منزله خارج شدن عین مستأجره از قابلیت انتفاع است که در نتیجه آن، عقد اجاره براساس ملاک ماده ۴۸۱ قانون مدنی منفسخ می‌شود.

گفتنی است مقرر ماده ۴۸۱ قانون مدنی در خصوص عیبی است که عین مستأجره را از قابلیت انتفاع خارج کند، اما به نظر می‌رسد «وجود عیب» خصوصیتی ندارد و هر موضوعی هرچند ارتباطی با خود عین مستأجره نداشته باشد، بلکه ناشی از امر خارجی مانند الزام به تعطیلی عین مستأجره (ناشی از دستورالعمل‌های ستاد کرونا) باشد، منجر به این می‌شود که عین مستأجره از قابلیت انتفاع مورد نظر خارج و عقد منفسخ شود.

درعین حال، چنانچه تعطیلی امکان، کل ایام اجاره را دربرنگیرد یا تعطیلی به صورت موقت و محدود در برخی ساعات باشد، برای مثال، بر اساس مصوبه ستاد کرونا، اماکن تجاری ملزم باشند تنها دو ساعت از شبانه‌روز به کسب‌وکار بپردازند، بی‌تردید نمی‌توان گفت که عین مستأجره از قابلیت انتفاع خارج و به این دلیل، قرارداد اجاره منفسخ شده است، بلکه باید به فکر راهکار دیگری برای جبران زیان مستأجر بود.

بعضی صاحب‌نظران معتقدند شرط بنایی موجر و مستأجر در قرارداد اجاره، این است که مال‌الاجاره به‌گونه‌ای به مستأجر تسلیم شود که در تمام مدت عقد، مستأجر امکان استفاده از عین مستأجره را داشته باشد (بروجردی، ۱۴۱۴ق، ص. ۱۸۷). از این‌رو در این فرض، حسب مورد، موجر و مستأجر هر دو حق فسخ دارند (رضوی، ۱۳۹۸، ص. ۱۰۸). علی‌القاعده، دلیل ثبوت حق فسخ برای مستأجر، «نفی ضرر» از اوست، زیرا استیفای منفعتی که غایت و هدف او بوده، غیرممکن شده است و اگر این خیار برای او در نظر گرفته نشود، وی متضرر می‌شود، اما اینکه ایشان در چه فرضی و با چه مبنایی، خیار را برای موجر ثابت دانسته است، مشخص نیست.

عده‌ای دیگر بر این نظرند که اینکه تحویل مورد اجاره به‌گونه‌ای باشد که در تمام مدت اجاره، مستأجر امکان استفاده از عین مستأجره را داشته باشد، شرط بنایی عقد اجاره است و براین اساس، پایبندی مستأجر به عقد را به رعایت این شرط منوط کرده‌اند. بنابراین، در صورت عدم اجرای قرارداد، التزامی هم بر مستأجر باقی نمی‌ماند و این یعنی همان «ثبوت حق خیار» برای او، اما ایراد این نظریه نیز این است که موجر در مورد شیوع کرونا و ویروس، قصوری در تسلیم عین مستأجره و در اختیار گذاشتن منافع مورد اجاره در طول مدت اجاره مرتکب نشده است که با

جعل خیار برای مستأجر، ضرر وی جبران شود (خالدی و همکاران، ۱۳۹۹، ص. ۶۵).  
بعضی دیگر معتقدند از آنجاکه به دلیل مستمر بودن عقد اجاره، ممکن است شرایط، اوضاع و احوال زمان انعقاد عقد با زمان اجرای آن متفاوت باشد و حادثه‌ای خارجی مانند شیوع بیماری کرونا باعث شود که التزام مستأجر به عقد اجاره منجر به غبن فاحش وی شود (ابراهیمی ترکمان، ۱۳۹۹، ص. ۱۳۱)، در مورد وضعیت قرارداد در چنین شرایطی با توجه به مستمر بودن عقد اجاره نمی‌توان حسب مورد به یک‌باره قائل به فسخ یا انفساخ قرارداد شد؛ زیرا حسب مورد، «فسخ» یا «انفساخ» قرارداد، مخالف اراده نخستین طرفین است؛ به‌ویژه که مستأجران امکان تجاری هزینه‌هایی را صرف ابزار و وسایل لازم برای کسب خود می‌کنند که انحلال قرارداد منجر به زیان سنگین آن‌ها می‌شود. بنابراین، ظهور عقد اجاره در لحظاتی که فاقد امکان استفاده بوده است، مابه‌ازای مورد توافق را برای موجر ایجاد نمی‌کند. در واقع، موجب تعلق نگرفتن اجاره‌بها به موجر می‌شود.

دسته دوم مشاغلی هستند که دستورالعمل‌های ستاد کرونا موجب تعطیلی آن‌ها (به‌صورت جزئی یا کلی) نشده، اما روتق آن‌ها را تحت تأثیر قرار داده است.

در خصوص این مشاغل باید موضوع را بر اساس «قاعده تعذر» و «نفی عسر و حرج» تحلیل کرد. افزون‌براینکه شرایط جدید می‌تواند مخالف توافق ضمنی طرفین باشد. بدین معنا که علت تعیین اجاره‌بها، امکان بالقوه بهره‌برداری از آن بوده است و گرنه اساساً مستأجر، آن مکان را اجاره نمی‌کرد. بنابراین، شرایط جدید با استناد به «نظریه شرط ضمنی»، حق فسخ نسبت به بقیه مدت را برای مستأجر ایجاد می‌کند. از سوی دیگر، در صورت تداوم عقد اجاره و عدم مساعدت موجر می‌توان با وحدت ملاک از تبصره ۱ ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی، ماده ۵۵۲ قانون آیین دادرسی مدنی، ماده ۱۶ قانون بیمه ایران، ماده ۱۷۹ قانون دریایی ایران و تئوری موازنه، قائل به اعمال «نظریه شرط ضمنی» در راستای اصل حاکمیت اراده و اصل لزوم تفسیر قرارداد از منظر اقتصادی و مصالح اجتماعی شد و به «تعدیل قضایی قرارداد اجاره» و «کاهش متناسب آن با امکان کسب درآمد با جلب نظر کارشناس» رأی داد.

گفتنی است در خصوص اجاره‌امکن تجاری، شرایط ناشی از کرونا ممکن است نسبت به مدتی از قرارداد فورس‌ماژور شمرده شود و نسبت به مدتی از آن، قاعده نفی عسر و حرج جاری

باشد که هرکدام تابع احکامی جداگانه است و پیش‌تر مورد اشاره قرار گرفت. بنابراین، همان‌گونه که بیان شد، در برخی موارد، قرارداد اجاره منفسخ می‌شود و برخی اوقات قابل فسخ است، اما این دو ضمانت اجرا الزاماً همیشه مطلوب طرفین نیست و حقوق آن‌ها را تأمین نمی‌کند. چه‌بسا اغلب مستأجران درصدد فسخ قرارداد نیستند و بلکه مطلوب ایشان، امکان «تعدیل اجاره‌بها» است که به‌روشنی، حکم آن در قوانین وجود ندارد و بر اساس مبانی فقهی نیز به‌سادگی شایان تحلیل نیست که در ادامه، به آن خواهیم پرداخت.

#### ۲.۱. قابلیت تعدیل اجاره‌بها

تعدیل باید به‌عنوان راه‌حلی در راستای حفظ، پایداری، اداره و لزوم قرارداد مورد توجه قرار گیرد؛ زیرا تعدیل قرارداد اجاره با «اصالة‌اللزوم» منافاتی ندارد؛ زیرا اصل بر این است که قرارداد میان طرفین لازم‌الوفا و لازم‌الاتباع باشد و طرفین به تعهداتی که ضمن آن کرده‌اند، وفادار باشند (مدنی، ۱۳۸۳، ج ۲، ص. ۳۶۶). بنابراین، تعدیل، ضمن حفظ بقای قرارداد، آن را متعادل و متناسب با شرایط حادث‌شده می‌کند. به تعبیر دیگر، «لزوم قراردادهای» در برابر «انحلال» آن است نه در برابر «تعدیل قرارداد».

ممکن است گفته شود «تغییر مفاد قرارداد» نیز مغایر اصل لزوم قراردادهاست، اما باید دانست که اصل لزوم، اصلی مطلق و بدون استثنا نیست و هم در لسان فقها و هم در قانون با استثنائاتی همراه بوده است، لذا به‌منظور ایجاد تعادل قراردادی باید در چارچوب مبانی فقهی و حقوقی توجیه شود. بعضی صاحب‌نظران افزون‌بر مبانی فقهی و حقوقی، مبانی دیگری از جمله ضرورت‌های اقتصادی و اجتماعی را به‌عنوان مبنایی برای تعدیل قرارداد ذکر کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ج ۳، ص. ۷۳)، اما به نظر می‌رسد وجود مبنای اقتصادی و اجتماعی از لحاظ خلط دو مفهوم «هدف تعدیل» و «مبنای امکان تعدیل» قابلیت طرح یافته است؛ زیرا دو مفهوم پیش‌گفته بیش از آنکه «مبنای تعدیل» شمرده شوند، «اهداف تعدیل» هستند.

دانش حقوق در زمینه‌های مختلف با علوم دیگر هم‌بستگی دارد. برای مثال، «اصل لزوم در قراردادهای» از دیدگاه علم اقتصاد نیز شایان توجیه است؛ زیرا هدف از آن، لزوم عدالت معاوضی

است (خوینینی و همکاران، ۱۳۹۲، ص. ۱۱۲)، اما این مقدار از هم‌بستگی نمی‌تواند دادرس را از تمسک به قانون و اصول حقوقی بی‌نیاز سازد تا با توجیحات فلسفی و اقتصادی و با نامحترم شمردن اراده طرفین دست به تعدیل قرارداد بزند؛ هرچند توجه به مبانی فلسفی و حقوقی می‌تواند منجر به تصویب قوانینی در خصوص تعدیل شود تا از آن مجرا، قاضی یا طرفین قرارداد، به تعدیل قرارداد همت بگمارند.

در ادامه، به تبیین مبانی فقهی و حقوقی تعدیل خواهیم پرداخت.

## ۲. مبانی فقهی امکان‌سنجی تعدیل اجاره‌بها

### ۱.۲. قاعده لاضرر

«قاعده لاضرر» از مشهورترین قواعد فقهی است که در بسیاری از ابواب فقه بدان اشاره شده است (مصطفوی، ۱۴۲۱ق، ص. ۲۴۳). این قاعده از عبارت «لاضرر و لاضرار» گرفته شده و بیان‌کننده این مهم است که هرگونه «ضرر و ضرار» در اسلام ممنوع و نفی شده است (جمعی از محققان، ۱۳۸۹، ج ۱، ص. ۶۲۲).

در خصوص مفاد قاعده لاضرر نظرات مختلفی وجود دارد؛ تعدادی از فقها «لاضرر» را «مثبت نفی حکم ضرری دانسته‌اند» (حلبی، بی‌تا، ص. ۵۸۸؛ طوسی، بی‌تا الف، ج ۱، ص. ۵۲۲؛ احمدبن حنبل، بی‌تا، ج ۵، ص. ۳۲۶). براین اساس، قاعده یادشده را باید از جمله قواعدی دانست که تعدیل‌کننده دیگر قوانین است (مطهری، ۱۳۷۲، ص. ۱۳۵). شماری از ایشان، «لاضرر» را گواه «نفی موضوع ضرری» می‌دانند (بجنوردی، ۱۳۸۹ق، ص. ۲۵۸). بعضی دیگر، «نفی ضرر غیرمتدارک و جبران‌نشده» را مفاد قاعده مزبور دانسته‌اند (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶ق، ص. ۱۹۳) و برخی از فقهای دیگر معتقدند که قاعده لاضرر به‌طور کلی، «نفی‌کننده مشروعیت تمام اعمالی است که موجب ضرر به مردم می‌شود». بر اساس این نظر، قاعده لاضرر، هم «نفی از ایراد ضرر به دیگران» و هم «نفی از هر حکم و قانونی» است که باعث ضرر به مردم شود و عمل و قانون مزبور را نامشروع دانسته است (مکارم شیرازی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص. ۵۹). در کنار فقهایی که قائل‌اند به اینکه قاعده لاضرر، «افاده معنای نفی» می‌کند، شماری دیگر، مفاد قاعده لاضرر را «نهی»

می‌دانند<sup>۱</sup> (شریعت اصفهانی، ۱۴۰۷ق، ص. ۴۴).

قاعده لاضرر می‌تواند مبنای مناسبی برای جبران ضرر ناشی از تغییر اوضاع و احوال قراردادی باشد؛ زیرا مفاد قاعده دربردارنده «نهی هر ضرر نامشروعی» است و تغییر اوضاع و احوال قرارداد اجاره، ضرری نامشروع را بر مستأجر تحمیل می‌کند که باید از آن اجتناب کرد. مستأجر به‌رغم اینکه نمی‌تواند در شرایط کرونایی به‌صورت کامل از مورد اجاره برای منظوری که اجاره کرده است، استیفای منفعت کند، باید تمام اجاره‌بها را پرداخت کند. این ضرری است نامشروع که برای نفی آن می‌توان به این قاعده استناد کرد.

ممکن است در خصوص استناد به قاعده مزبور، به این ایراد شکلی استناد شود که قاعده یادشده دارای ضعف سندی است و اساساً روایات مبنایی آن ضعیف است و استناد به آن‌ها درست نیست، اما اولاً، این روایات در موارد مختلفی مورد استناد فقها و حقوق‌دانان قرار گرفته است (محقق داماد، ۱۳۸۳، ص. ۱۳۱). ثانیاً، این قاعده، قاعده‌ای صرفاً شرعی نیست، بلکه همان‌گونه که برخی فقها نیز بیان داشته‌اند، از مستقلات عقلیه است (مکارم شیرازی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص. ۵۹) و به این دلیل که از ارتکازات عقلی است، در روایاتی که بدان اشاره شده، راوی از اصل و دلیل حکم نمی‌پرسد.

اشکال شکلی دیگری که در خصوص استناد به این قاعده ممکن است مطرح شود، این است که قاعده مزبور مربوط به مرحله «تشریح و قانون‌گذاری» است (خمینی (امام)، ۱۳۸۵ق، ص. ۵۰). از این رو با در نظر گرفتن این موضوع که در مانحن فیه، مقام، مقام اجراست، نمی‌توان به قاعده لاضرر استناد کرد، اما به نظر می‌رسد که برای نفی ضرر، چه در مرحله تشریح و قانون‌گذاری و چه در مرحله اجرا، امکان استناد به قاعده مزبور وجود دارد.

فارغ از اشکالات شکلی مطرح‌شده، ممکن است اشکالات ماهوی هم مطرح شود مانند اینکه گفته شود در موضوع حاضر، ما با دو نوع ضرر مواجه هستیم؛ «تقدم حق موجر» و «ضرر رساندن به مستأجر» یا «تقدم حق مستأجر» و «ضرر رساندن به موجر». از این رو موجبی برای استناد به قاعده لاضرر وجود ندارد.

۱. برای آشنایی بیشتر با مفهوم ضرر و ضرار و نیز ضمانت اجرای قاعده لاضرر رک به: شعبانی کندسری، هادی (۱۳۹۴). بازپژوهی در مفهوم ضرر و ضرار و مفاد قاعده لاضرر و لاضرار. فقه اهل‌بیت (علیهم‌السلام)، شماره‌های ۸۱ و ۸۲ و شعبانی کندسری، هادی (۱۳۹۴). بازاندیشی در معیار و قلمرو و ضمانت اجرای قاعده لاضرر و لاضرار. فقه اهل‌بیت (علیهم‌السلام)، شماره ۸۳.



با وجود این، به نظر می‌رسد در این خصوص هم می‌توان به قاعده لاضرر استناد کرد؛ زیرا مفاد قاعده، «نهی ضرر بیشتر» است و در موضوع حاضر، ضرر مستأجر بیشتر از ضرر موجر است؛ نکته‌ای که شماری از فقیهان نیز با تمسک به قاعده لاضرر به منظور اجتناب از ضرر بیشتر بدان اشاره کرده‌اند؛ «اگر موضوع، دوران بین دو حکم ضرری پیدا کرد؛ به گونه‌ای حکم به عدم یکی مستلزم ثبوت حکم دیگر باشد، اشکالی در مقدم داشتن حکمی که ضرر کمتری به همراه دارد، نیست» (انصاری، ۱۴۱۴ق، ص. ۱۲۵).

از دیگر اشکالات شایان طرح این است که اثبات تعدیل و اختیار قاضی برای تعدیل، موضوعی اثباتی و وجوبی است در حالی که «لاضرر» در بیان نفی حکم ضرری است و نه اثبات حکم. در رد این اشکال باید گفت می‌توان از راه تنقیح مناط و الغای خصوصیت و مناسبت موضوع، آن را شامل احکامی عدمی نیز دانست؛ زیرا هر خصوصیتی که در احکام وجودی است و باعث تشریح «قاعده لاضرر» شده است، همان خصوصیات و ملاک درباره احکام عدمی نیز وجود دارد. وقتی خداوند از روی امتنان، ضرر را از مردم دفع می‌کند، دیگر چه تفاوتی می‌کند که این ضرر از احکام وجودی ناشی شود یا از احکام عدمی (بهرامی احمدی، ۱۳۷۷، ص. ۳۴۴). نتیجه اینکه، قاعده لاضرر به تنهایی امکان تعدیل قراردادی را فراهم نمی‌کند، اما همان‌گونه که در ماده ۱۷۹ قانون دریایی، برای دادگاه‌ها امکان تعدیل در مورد قراردادهای نجات دریایی پیش‌بینی شده است، می‌توان بر مبنای قاعده لاضرر و با وضع قوانین مناسب، راه را برای تعدیل قرارداد هموار ساخت.

## ۲.۲. قاعده عسر و حرج

«عسر» در لغت به معنی «صعوبت»، «مشقت» و «شدت» و «حرج» هم به معنای «ضیق»، «تنگنا» و «گناه» آمده است (مکارم شیرازی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص. ۱۶۰). مقصود از قاعده عسر و حرج این است که تحمیل سختی بر افراد ممنوع است. از این رو به استناد این قاعده می‌توان هر کجا اقدامی مبتنی بر تحمیل سختی و مشقت باشد، آن را دفع کرد.

آنچه موجب پیوند قاعده مزبور با موضوع حاضر است، این است که تغییر اوضاع و احوال قراردادی موجب تحمیل سختی و مشقتی برای مستأجر می‌شود که قاعده مزبور از آن نفی کرده است. مستأجری که به واسطه تعطیلی ناشی از تغییر جدی اوضاع و احوال، برای مثال، شیوع

بیماری کرونا، قادر به بازگشایی محل مورد اجاره نیست یا نتوانسته است از مورد اجاره، استیفای منفعت منظور را ببرد، در اجرای تعهد خویش مبنی بر پرداخت اجاره‌بها با سختی و مشقتی مواجه شده که از آن نفی شده است.

در خصوص میزان سختی و مشقت شمول قاعده فوق باید عرف را ملاک عمل دانست. (صادقی مقدم، ۱۳۷۹، ص. ۱۷۲). همچنین، باید میزانی از مشقت و سختی را مشمول قاعده دانست که منجر به ضرر یا عدم توانایی افراد بر عمل یا تعهد نشود، و الا در شمول قواعد دیگری از جمله لاضرر یا عناوین دیگری مانند تکلیف مالایطاق می‌شود. افزون بر اینکه اساساً بحث تعدیل در جایی مطرح است که امکان اجرای تعهد وجود داشته باشد، اما همراه با سختی و مشقت باشد، و الا اگر اجرای تعهد ناممکن باشد، بحث از تعدیل بی‌وجه است.

مفهوم «عسر و حرج» و «قاعده لاضرر» دارای قرابت معنایی است؛ بدین معنی که نتیجه هر دو قاعده، حرمت اقدامی است که مستلزم مشقت و تنگ‌دستی یا ضرری برای افراد باشد. از این رو نباید مفاد قواعد یادشده را نهی ساده شرعی یا کراهت شمرد، بلکه همان‌گونه که در قاعده لاضرر بیان شد، از اقدامی که موجب ضرر شود، نهی شده است. در اینجا نیز باید بیان داشت اقدامی که نتیجه آن مشقت است، از اشخاص رفع شده است (انصاری، ۱۴۲۸ق، ج ۱۰، ص. ۳۷۴؛ حلی، ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص. ۴۰).

برای نفی سختی و تنگ‌دستی، آیات (حج، ۷۸ و مائده، ۶) و روایات متعددی (طوسی، بی‌تا ب، ج ۱، ص. ۶۳؛ حر عاملی، بی‌تا، ج ۱، ص. ۱۲۰) وجود دارد که می‌توان بدان‌ها استناد کرد. برای تمسک به این قاعده نیز مقرراتی در قوانین موضوعه دیده می‌شود که ماده ۶۵ قانون اجرای احکام مدنی و مواد ۲۷۷، ۶۵۳، ۱۱۲۹ و ۱۱۳۰ قانون مدنی مثال‌هایی از آن است.

از آنچه بیان شد، مشخص می‌شود که قاعده عسر و حرج، قاعده عامی است که در صورت احراز هر نوع مشقت و سختی‌ای در اجرای تعهدات طرفین قرارداد، می‌توان بدان استناد کرد. از این رو اگر در قرارداد اجاره‌ای، تغییر اوضاع و احوال قراردادی برای مثال، در اثر شیوع کروناویروس موجب مشقت در اجرای تعهدات مستأجر شود، می‌توان به قاعده یادشده استناد و قرارداد اجاره را تعدیل کرد؛ زیرا این قاعده بر احکام اولیه حکومت دارد و با برداشتن لزوم اجرای تعهد می‌توان خواستار تعدیل یا فسخ قرارداد شد (مرادی، ۱۳۹۲، ص. ۲۳).

به بیان دیگر، برای برطرف شدن عسر و حرج از متعهد، دو راه وجود دارد؛ یا باید دادرس

شرایط قرارداد را به‌منظور رفع این سختی تعدیل کند یا حکم به جواز فسخ دهد (بیگدلی، ۱۳۹۴، ص. ۱۹۲). بنابراین، قاعده مزبور را می‌توان مبنایی در راستای رفع اوضاع نامطلوب حادث‌شده و در نتیجه، «امکان تعدیل قرارداد» به شمار آورد.

### ۳. مبانی حقوقی امکان‌سنجی تعدیل اجاره‌بها

#### ۱.۳. استفاده بلاجهت و سوءاستفاده از حق

برخلاف قاعده لاضرر که مفهوم آن از سوی فقها بسیار مورد بحث قرار گرفته و اختلاف‌نظر نیز درباره آن زیاد است، مفهوم «قاعده سوءاستفاده از حق» چندان پیچیده نیست. در واقع، پس از اینکه نظریه مطلق بودن حق و جواز اعمال حق بدون هیچ‌گونه محدودیتی کنار گذاشته شد و تئوری سوءاستفاده از حق مورد پذیرش قرار گرفت، تنها تردید جدی که نسبت به آن وجود داشت، تعارض درونی موجود در آن است. با این توضیح که وقتی سوءاستفاده آغاز می‌شود، حق متوقف می‌شود. به‌عبارت‌دیگر، عمل واحد نمی‌تواند هم موافق حق باشد هم مغایر آن. وقتی شخصی از حق خود سوءاستفاده می‌کند، دیگر حقی ندارد تا سوءاستفاده از حق صدق کند؛ زیرا با سوءاستفاده از حق، عمل، غیرقانونی می‌شود. این ایراد این‌گونه پاسخ داده شده است که می‌توان تصور کرد که حقی مانند حق مالکیت وجود داشته و وجود آن، به‌خودی‌خود محرز باشد، اما شیوه اجرای آن نامشروع باشد و به‌صورت درست استفاده نشود. بنابراین، همین شیوه اجرا باید ممنوع شود بدون اینکه این ضمانت اجرا بخواهد وجود خود حق (مالکیت) را انکار کند (کریمی و شعبانی کندسری، ۱۳۹۳، ص. ۱۴۸).

گفته شده که مبنای این قاعده، «منع تحصیل مال از طریق نامشروع» است (جعفرزاده، ۱۳۹۰، ص. ۲۳۵). بدین معنا که قانون‌گذار باید شخصی را که بدون سبب مشروع و به ضرر دیگران، سرمایه‌ای تحصیل کرده است، ملزم کند تا آنچه را از این طریق به دست آورده است، به مالک آن بازگرداند. براین اساس، اگر فرد حاضر به برهم زدن این عدم توازن نشود، چاره‌ای جز تمسک به تعدیل، اعم از قانونی و قراردادی و در صورت عدم فراهم شدن شرایط تعدیل، انحلال قضایی نیست.

«قاعده استفاده بلاجهت» نیز می‌تواند مثبت «تعدیل اجاره‌بها» در شرایط کرونایی باشد. استفاده بلاجهت به معنی افزوده شدن بر دارایی دیگران بدون سبب و همراه با زیان و هزینه

دیگری است؛ زیرا به خاطر تغییر اوضاع و احوال قراردادی اجاره، موجر به ضرر مستأجر بدون سبب قانونی، مبالغی را تحصیل می‌کند. ممکن است گفته شود در این خصوص به قاعده مزبور نمی‌توان استناد کرد؛ زیرا نمی‌توان پذیرفت موجری که به واسطه قرارداد اجاره سود می‌برد، استفاده ناروا کرده؛ زیرا سبب و علت قرارداد اجاره است.

با وجود این، به نظر می‌رسد مبنای سود و بهره موجر، قرارداد اجاره نیست، بلکه تغییر اوضاع و احوال در اثر شیوع کرونا و ویروس است و همین اندازه که متعهد له با علم به تغییر اوضاع و احوال، اجرای چنین تعهد گزافی را از موجر مطالبه می‌کند، خود مصداق سوء استفاده از حق است و مبنای قانونی و مشروع ندارد.

به تعبیر دیگر، هر چند تمسک به استفاده بلاجهت را مستلزم نبود قرارداد شمرده‌اند (قاسم‌زاده، ۱۳۸۷، ص. ۲۳۳)، به نظر می‌رسد صرف وجود قرارداد نباید منجر به آن شود که نتوانیم در مواردی، تحصیل و بهره غیرمتعارف یکی از طرفین قرارداد را بلاجهت به شمار آوریم؛ زیرا همین که در اثر اتفاقی غیرمنتظره، اجرای تعهد با ضرری غیرمتعارف و گزاف برای متعهد همراه باشد و از این رهگذر، سودی بی حساب و کتاب عاید موجر شود، نظر به مطالبه چنین تعهد گزافی از ناحیه موجر، می‌توان آن را مصداقی از سوء استفاده از حق به شمار آورد.

نظریه «استفاده بلاجهت» این قابلیت را دارد تا با استفاده از آن، بتوان قرارداد را از عنوان مطلق رها ساخت و به نفع طرف زیان‌دیده (مستأجر)، نگاه متفاوتی به مفهوم قرارداد داشت، اما دستیابی به این مهم مستلزم فاصله اندیشه‌های حقوقی این چنین از مبانی فلسفی مانند اصل حاکمیت اراده و آثار بی‌قید آن در مکاتب حقوقی است (خوینی و همکاران، ۱۳۹۲، ص. ۱۱۱).

### ۲.۳. نظریه شرط ضمنی

«شرط ضمنی»، شرطی است که نه به صورت صریح و نه به دلالت مطابقی، بلکه به دلالت ضمنی یا التزامی، مورد التزام طرفین قرارداد قرار می‌گیرد (نایینی، ۱۴۲۸ق، ج ۲، ص. ۱۹۸؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ج ۲، ص. ۵۱۳؛ حسینی شیرازی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص. ۲۲۸) و عرف و عادت و بنای عقلا، موجودیت آن را در قرارداد می‌پذیرد (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص. ۱۶۶). شرط ضمنی چه آنکه مبنای آن عرف و غلبه در نوع قرارداد باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ج ۳، ص. ۱۳۲) یا بنای طرفین (موسوی خوینی، ۱۴۰۹ق، ج ۵، ص. ۴۰۷) یا حکم قانون (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص. ۲۸۶)،

لازم‌الوفاست و عموم ادله «المؤمنون عند شروطهم» شامل این شروط نیز خواهد بود. در موضوع حاضر به نظر می‌رسد چنین شرطی در عقد تصریح نشده است، اما این شرط ضمنی وجود دارد که طرفین، تنها خود را متعهد به اجرای شرایط و تعهداتی می‌دانند که در زمان عقد وجود داشته است. از این رو اگر بنا به شرایطی مانند شیوع کروناویروس، تعهدات زمان انعقاد قرارداد تغییر کند، طرفین خود را ملزم به اجرای آن نمی‌دانند؛ زیرا این موضوع در قرارداد ذکر نشده است، اما مفاد ترازی طرفین دربردارنده این شرط ضمنی نیز بوده است؛ اراده طرفین با این شرط واقع شده است که اگر توافقات اولیه در نتیجه شرایط یادشده به هم خورد، ملزم به اجرای تعهد نباشند و این شرط از چنان اهمیتی برخوردار است که باید نادیده انگاشتن چنین موضوعی را به منزله انتفای قرارداد دانست. پس با وجود عدم ذکر چنین شرطی در قرارداد باید آن را در قرارداد، موجود فرض کرد.

ریشه چنین شرطی را باید در اراده طرفین جست‌وجو کرد؛ البته بعضی ریشه آن را در عرف حاکم بر معاملات می‌دانند (بیگدلی، ۱۳۹۴، ص. ۱۵۳)، زیرا طرفین نمی‌توانند تمام خواسته‌های خویش از قرارداد را در آن ذکر کنند و این عرف است که محدوده بسیاری از الزام‌های طرفین را تعیین می‌کند (صادقی مقدم، ۱۳۸۶، ص. ۱۳۷). در واقع، مبنای زیان‌دیده برای تعدیل اجاره‌بها، فسخ و دیگر ضمانت‌اجراهای جاری تخلف از چنین شرط ضمنی‌ای است.

در قراردادهای مستمر مانند اجاره، استنباط چنین شرطی از اراده طرفین یا عرف حاکم بر چنین معاملاتی آسان‌تر است؛ زیرا طرفین همواره احتمال تغییر اوضاع و احوال قراردادی را می‌دهند. بنابراین، اگر با تغییر اوضاع و احوال، مفاد تعهدات طرفین همراه با تعهدی گزاف برای احدی از طرفین باشد، به استناد این آگاهی و پذیرش ضمنی آن می‌توان تعدیل قرارداد را وسیله‌ای برای دفع این ضرر قرار داد (شفایی، ۱۳۷۶، ص. ۷۹).

البته بسیاری از حقوق‌دانان، شرط ضمنی را مبنایی برای تعدیل قرارداد نمی‌دانند و تعدیل قرارداد را نیازمند شرط صریح طرفین در زمان انعقاد قرارداد می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ج ۳، ص. ۸۲). این نظر پذیرفتنی نیست؛ زیرا همان‌گونه که بیان شد، اگر قائل به پذیرش شرط ضمنی باشیم، شرط ضمنی نیز مانند تصریح در عقد دارای اثر است و از این حیث، تفاوتی با شروطی که به صراحت در قرارداد ذکر می‌شود، ندارد. از این رو نمی‌توان در خصوص تعدیل، نظر به تصریح در

عقد داشت مگر اینکه اساساً مانند بسیاری از فقها، قائل به عدم اعتبار شروط ضمنی به علت عدم تصریح در عقد باشیم (انصاری، ۱۳۹۴، ج ۴، ص. ۱۵۳)

بعضی شرط ضمنی را با فرض پذیرش، تنها مجوز در راستای تعدیل قراردادی شمرده، بیان داشته‌اند شرط ضمنی نمی‌تواند منجر به تعدیل قضایی شود (خوینینی و همکاران، ۱۳۹۲، ص. ۱۱۳). این در حالی است که امکان تفسیر قرارداد با تمسک به شرط ضمنی توسط دادرس، امکان تعدیل قضایی را فراهم می‌سازد و بر همین اساس، اشکال مزبور با منطق حقوقی سازگاری ندارد.

### ۳.۳. دیدگاه مغفول فقیهان درباره تبعیض عقد اجاره و پذیرش نظریه تعدیل

به‌رغم وجود رعایت لزوم در قراردادها، گاه تغییر اوضاع و احوال قرارداد مستلزم تغییر در شرایط قرارداد می‌شود؛ زیرا همان‌گونه که برخی صاحب‌نظران بیان داشته‌اند، امروزه قراردادها مبتنی بر «هم‌بستگی اجتماعی» است. براین اساس، با عارض شدن تغییرات اجتماعی و اقتصادی بر قرارداد، اعمال تغییر در قرارداد برخلاف اصل لزوم، اجتناب‌ناپذیر است (سنه‌وری، ۱۳۵۳ق، ص. ۸).

یکی از مواردی که در آن، تغییر قرارداد و به تعبیر دیگر، تعدیل آن، اجتناب‌ناپذیر است، قرارداد اجاره است؛ زیرا جریان آن در طول زمان، همواره قرارداد یادشده را دستخوش تأثیر از تغییر و تحول‌های اجتماعی مانند بیماری‌های همه‌گیر از قبیل کرونا می‌کند؛ به‌گونه‌ای که در پاره‌ای موارد، به شرح آنچه خواهد گذشت، انتفاع از اجاره را با چالش مواجه می‌سازد.

عدم انتفاع از مورد اجاره، گاهی به‌خاطر تلف عین مورد اجاره، اعم از تلف کلی یا جزئی است. در این خصوص، حسب مورد، یا قرارداد اجاره، باطل است یا برای مستأجر حق فسخ به وجود می‌آید (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۱، صص. ۴۳۴-۴۳۵). علت بطلان اجاره و عدم تکلیف مستأجر به پرداخت اجاره‌بها در این موارد، عدم استیفای منفعت و نیز شرط تسلیم منفعت (که در اثنای اجاره نیز شرط است) است (اصفهانی، ۱۳۷۵، ص. ۱۵۷).

اما در مانحن‌فیه، موضوع ناظر به موردی است که عین مستأجره مصون از تلف، عیب و... مانده است، اما به‌واسطه تغییر شرایط و اوضاع و احوال، استیفا از منفعت مال‌الاجاره برای مستأجر مطلوب نیست. در این فرض، مستأجر نمی‌تواند استفاده‌ای را که مراد طرفین از انعقاد اجاره بوده است، ببرد؛ زیرا این هدف، موضوعاً منتفی شده است (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۱، ص. ۴۷۹). برای

مثال، در جایی که فردی ماشینی را برای مراسم عروسی اجاره می‌کند، اما مراسم عروسی به هم می‌خورد، دیگر مراسمی وجود ندارد تا ماشین به آن اختصاص داده شود. در این فرض، اجاره باطل است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق، ص. ۵۰۴).

به نظر می‌رسد باطل دانستن اجاره، ناظر به موردی است که موضوع به صورت کامل منتفی شود، و الاً در صورتی که موضوع عقد و انتفاع از عین مستأجره قابل تجزیه باشد و بخشی از آن منتفی شود، نباید اجاره را باطل دانست و تنها باید به همان نسبت، از میزان اجاره‌بها کاست. برای مثال، اگر شخصی مغازه‌ای را به منظور فروش پوشاک و انبار آن اجاره کند، اما قانون به دلیل بروز شرایطی خاص مانند شیوع کرونا، فروش پوشاک را ممنوع کند، اما استفاده از عین مستأجره برای نگهداری کالاهای مستأجر امکان‌پذیر باشد، شرایط جدید، تمام موضوع اجاره را منتفی نساخته است تا بتوان قرارداد اجاره را باطل دانست.

پس نتیجه پذیرش این سخن که با انتفای تمام موضوع، اجاره باطل می‌شود، این است که در صورتی که بخشی از موضوع مقصود طرفین از بین رفت، به همان میزان از اجاره‌بها کاسته شود؛ زیرا بخشی از اجاره‌بها در مقابل آن موضوع قرار گرفته بود. از این رو در مثال اخیر باید دید که به خاطر ممنوعیت فروش پوشاک، چه بخشی از اجاره‌بها در نظر گرفته شده است و به همان اندازه، از اجاره‌بها کاسته شود.

به بیان دیگر، همان‌گونه که در متون معتبر فقهی مورد تحلیل قرار گرفته (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص. ۵۹۱)، تلف بعض مال‌الاجاره در عقد اجاره، از اسباب بطلان یا انفساخ نسبت به بعض تلف شده یا باطل شده است؛ زیرا عقد اجاره به نسبت اجزای منفعت، قابلیت تبعیض و انحلال دارد. برای مثال، اگر منزل مسکونی که دارای اتاق، حمام و آشپزخانه است، اجاره داده شود، هریک از این اجزا، دارای منفعت مشخص و خاصه‌ای است که اجاره‌بها در مقابل این اجزا قرار گرفته است و با تلف شدن هریک از این اجزا، به همان نسبت، اجاره باطل می‌شود (موسوی خلخالی، ۱۳۸۵، ص. ۳۲۷).

موضوع تلف بعض را به سادگی می‌توان با سقوط قابلیت از انتفاع همسان دانست؛ زیرا ملاک بطلان اجاره در نتیجه تلف، از اساس از بین رفتن قابلیت منفعت عین، جزئاً یا کلاً است (اشتهدادی، ۱۴۱۷ق، ج ۲۷، ص. ۱۰۵) و با بطلان بعض، بی‌تردید باید بخشی از اجاره‌بها کسر

شود و این می‌تواند بهترین مبنا برای تعدیل اجاره‌بها باشد.

به همین مناسبت، درباره تأثیر تعطیلی اماکن تجاری در ایام شیوع بیماری‌های همه‌گیر می‌توان این‌گونه تحلیل کرد که اماکن تجاری دارای منافع مختلفی از جمله قابلیت کسب‌وکار و قابلیت نگهداری کالا و... است. در این بین، مهم‌ترین قابلیت، همان قابلیت کسب‌وکار است که عرفاً و عقلاً بخش زیادی از اجاره‌بها در مقابل آن قرار گرفته است و چنانچه عین مستأجره به هر دلیلی از جمله قوانین و مقررات حاکمیتی، تعطیل و این قابلیت موقتاً منتفی شود، به همان نسبت می‌توان از اجاره‌بها کسر کرد و این چیزی جز تعدیل اجاره‌بها نیست.

اگر اشکال شود که کاستن از میزان اجاره‌بها یا تعدیل اجاره‌بها در عقد تصریح نشده است، در پاسخ می‌گوییم که اولاً، این اثری است که با انتفای موضوع عقد (آن‌گونه که طرفین خواسته‌اند)، بر عقد عارض می‌شود و نیازی به تصریح در عقد ندارد و ثانیاً، این بنای عقلاست که اجاره‌بها متناسب با استیفای منفعت اشخاص از مورد اجاره باشد.

در مجموع، کاستن از میزان اجاره‌بها یا تعدیل، به‌خاطر انتفای موضوعی است که اجاره برای آن منعقد شده است و در این راه، تفاوتی میان فرضی که انتفای موضوع، مادی یا معنوی باشد، وجود ندارد. برای مثال، در فرضی که دانشجویی منزلی را در نزدیکی دانشگاه محل تحصیل خویش اجاره می‌کند، اما به‌واسطه تعطیلی دانشگاه‌ها در اثر شیوع بیماری‌های همه‌گیر، سکونتی در آن اتفاق نمی‌افتد، از آنجاکه منزل، صلاحیت فیزیکی برای انتفاع دارد، با وجود انتفای موضوع سکونت باید چنین قراردادی را قابل تعدیل دانست؛ زیرا موضوع اجاره به‌نحو مادی منتفی نشده، اما مقصود طرفین در انعقاد اجاره به‌منظور حضور در دانشگاه از بین رفته است. از این‌رو منزل فوق به‌مثابه محلی تنها به‌منظور انباری برای وسایل مستأجر قابل استفاده است. بنابراین، در این مورد نیز نظر به انتفای معنوی موضوع اجاره می‌توان به همان اندازه، از مقدار اجاره‌بها کاست.

درست مانند فرضی که در عقد اجاره‌ای قید مباشرت در استیفای منفعت شده است و مستأجر امکان استیفای شخصی منفعت را ندارد. در این خصوص، به‌رغم صلاحیت مورد اجاره در استیفای منفعت، به‌خاطر وجود قید مباشرت، گفته شده که اجاره باطل است (طباطبایی حکیم، ۱۳۹۲، ج ۱۲، ص. ۵۷)؛ البته بدیهی است عذری که به‌خاطر این تغییر اوضاع و احوال قراردادی ایجاد می‌شود، باید به‌گونه‌ای باشد که جنبه شخصی نداشته باشد (نجفی، بی‌تا، ج ۲۷، ص. ۲۰۶).

آنچه در خصوص امکان‌سنجی تعدیل اجاره‌بها و تبیین مبنا برای تعدیل اجاره بیان شد، نباید



مانع از آن شود که در مواردی، نهادهای ذی‌صلاح بتوانند به واسطه تغییر در اوضاع و احوال، با ورود به قراردادهای خصوصی اشخاص، این قراردادها را محدود یا مقید کنند. تعدیل اجاره بدین‌گونه، در حقوق ما بی‌سابقه نیست و در اثنای جنگ تحمیلی، به دلیل شرایطی که بر کشور حاکم بود، شورای انقلاب، حکم به کاهش ۲۰ درصد اجاره‌بهای اماکن داد که در این خصوص، استفتایی به شرح زیر از امام‌خمینی (رحمت‌الله علیه) اخذ شد.

«نظر جناب‌عالی در خصوص ۲۰ درصد تخفیف اجاره‌بها که به دستور

شورای انقلاب است، در صورت راضی نبودن مالک چگونه است؟ آیا چنین

اجاره‌ای صحیح است یا خیر؟

باسمه تعالی؛ در بعض موارد حاکم شرع می‌تواند و در موارد عادی

نمی‌تواند کسی، کسی را الزام نماید».

همان‌طور که از فتوای ایشان نیز مشخص است، اصل حاکمیت اراده یا اصالة‌اللزوم نباید مانع از امکان تعدیل قرارداد شود. به تعبیر دیگر، ارزش قواعد حقوقی وابسته به اوضاع و احوال، متفاوت است.

### نتیجه‌گیری

استمرار عقد اجاره در طول زمان موجب شده است تا این عقد متأثر از رخدادهایی مانند شیوع کروناویروس که همواره امکان تغییر شرایط قرارداد از توافقات اولیه وجود دارد، باشد. چه‌بسا طرفین هنگام انعقاد قرارداد بدون توجه به اتفاقاتی که در آینده، اجاره را تهدید می‌کند، مبادرت به انشای قرارداد کنند، اما نباید با این میزان از غفلت و بی‌توجهی، اشخاص را مستحق پذیرش شرایط و اوضاع و احوال جدید دانست؛ زیرا از سویی، تغییر اوضاع و احوال قراردادی به نفع احدی از طرفین، موجب ضرر برای طرف دیگر است حال آنکه مطابق «قاعده لاضرر» از چنین ضرری نهی شده است. از سوی دیگر، امروزه باید قراردادها را مبتنی بر «هم‌بستگی اجتماعی» دانست و از این‌رو متناسب‌سازی قرارداد با شرایط جدید، اجتناب‌ناپذیر است. منصرف از ضمانت اجراهای «فسخ و انفساخ قرارداد» که در برخی فروض مانند خروج عین مستأجره از قابلیت انتفاع یا بروز عیبی در آن، قابل اعمال است، مناسب‌ترین راه در عین حفظ قرارداد اجاره، «تعدیل اجاره‌بهای آن متناسب با شرایط جدید» است.

در پژوهش حاضر، مبانی فقهی و حقوقی از جمله «قاعده لاضرر»، «قاعده عسر و حرج»، «استفاده بلاجهت و سوءاستفاده از حق»، «شرط ضمنی» و «تبعیض عقد اجاره به اعتبار منافع مورد استفاده»، به منظور مبانی امکان تعدیل قرارداد تبیین و درنهایت، این نتیجه حاصل شد که در مواردی که مال الاجاره، شایان تجزیه است و به واسطه تغییر اوضاع و احوال قراردادی، برای مثال، در اثر شیوع کروناویروس، بخشی از موضوع قرارداد منتفی می‌شود، بهترین راهکار و ضمانت اجرایی که در راستای پایداری و حفظ قرارداد است، «کاستن از اجاره‌بها و تعدیل آن به نسبت میزان انتفای موضوع اجاره» است.

## منابع

- ۱) قرآن کریم.
- ۲) آخوند خراسانی، محمدکاظم (۱۴۰۶ق). حاشیه بر مکاسب. تهران: وزارت ارشاد اسلامی.
- ۳) آذر، راحیل و سیداحمدی سجادی، سیدعلی (۱۴۰۰). بررسی تأثیر بیماری‌های واگیردار بر اجرای قراردادهای مالی با تکیه بر اصل ابقای قرارداد. حقوق خصوصی، دوره ۱۸، شماره ۲. doi: 10.22059/jolt.2021.329810.1007025
- ۴) آریان‌نژاد، علی، اقبایی‌فام، میثم و فتاحی زفرقندی، علی (۱۴۰۲). سازوکار مطلوب وضع الزامات حقوقی در شرایط اضطراری مبتنی بر قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران. پژوهشنامه حقوق اسلامی، سال ۲۳، شماره ۴ (پیاپی ۵۸). ۵۳۹-۵۶۴. doi: 10.30497/law.2022.243731.3319
- ۵) ابراهیمی ترکمان، ابوذر (۱۳۹۹). خیار غبن حادث در عقد اجاره، فصلنامه فقه، دوره ۲۷، شماره ۱۰۱.
- ۶) احمدین‌حنبل، ابو عبدالله (بی‌تا). مسند (جلد ۵). بیروت: مسند دار صادر.
- ۷) اشتهااردی، علی‌پناه (۱۴۱۷ق). مدارک العروة (اشتهااردی) (جلد ۲۷). تهران: منظمه‌الاقواف و الشؤون الخیریه و دارالاسوة للطباعة والنشر.
- ۸) اصفهانی، شیخ محمدحسین (۱۳۷۵). الاجاره. نجف: بی‌نا.
- ۹) افتقاری، رامین، ره‌پیک، سیامک و فرحزادی، علی‌اکبر (۱۴۰۱). بررسی انصاف ماهوی به‌عنوان مبنای الزام‌آوری قرارداد. پژوهشنامه حقوق اسلامی، سال ۲۳، شماره ۳ (پیاپی ۵۷). doi: 10.30497/law.2022.242078.3138
- ۱۰) انصاری، مرتضی (۱۳۹۴). خودآموز مکاسب (ارش - شروط ضمن عقد) (عباس زراعت، مترجم). (جلد ۴). تهران: جنگل.
- ۱۱) انصاری، مرتضی (۱۴۱۴ق). رسائل الفقهیه. قم: المؤتمر العالمی بمناسبة الذکری المئوية الثانية لمیلاد الشیخ الانصاری.
- ۱۲) انصاری، مرتضی (۱۴۲۸ق). مکاسب (جلد ۱۰). قم: المؤتمر العالمی بمناسبة الذکری المئوية الثانية لمیلاد الشیخ الانصاری.
- ۱۳) بجنوردی، سیدمیرزا حسن (۱۳۸۹ق). القواعد الفقهیه. نجف: مطبعة الآداب.
- ۱۴) بروجردی، مرتضی (۱۴۱۴ق). مستند العروة الوثقی؛ قم: منشورات دارالعلم.
- ۱۵) بهرامی احمدی، حمید (۱۳۷۷). سوءاستفاده از حق. تهران: اطلاعات.
- ۱۶) بیگدلی، سعید (۱۳۹۲). تعدیل قرارداد. تهران: میزان.
- ۱۷) تقی‌پور درزی نقیبی، محمدحسین، کاویار، حسین و میری، حمید (۱۴۰۱). اثر پاندمی کرونا بر قرارداد

- اجاره در حقوق ایران و انگلیس (با تأکید بر اجاره خوابگاه‌های دانشجویی). حقوق اسلامی، سال ۱۹، شماره ۷۵.
- ۱۸) جعفرزاده، علی (۱۳۹۰). الزامات بدون قرارداد و ضمان قهری. تهران: جنگل.
- ۱۹) جمعی از محققان (۱۳۸۹). فرهنگ‌نامه اصول فقه (جلد ۱). تهران: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
- ۲۰) حر عاملی، محمدبن حسن (بی‌تا). وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة (جلد ۱). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ۲۱) حسینی شیرازی، سیدمحمد (۱۳۸۵). ایصال الطالب الی المکاسب (جلد ۲). تهران: منشورات اعلمی.
- ۲۲) حلبی، ابوالکارم ابن‌زهره (بی‌تا). غنیه النزوع الی علمی الأصول و الفروع. قم: مؤسسه الإمام الصادق علیه السلام.
- ۲۳) حلی، نجم‌الدین ابوالقاسم (۱۴۰۷ق)، المعتبر فی شرح المختصر (جلد ۲). قم: مؤسسه سیدالشهدا (علیه السلام).
- ۲۴) خالدی، پری، حکاک، لیلا و افشاری کاوه، مهری (۱۳۹۹). بررسی معاذیر عدم امکان و دشواری اجرای قرارداد در خصوص عقد اجاره با تأکید بر شیوع کرونا. مطالعات میان‌رشته‌ای فقه، سال ۱، شماره ۱.
- ۲۵) خمینی (امام)، سیدروح‌الله (۱۳۸۵ق). الرسائل. قم: اسماعیلیان.
- ۲۶) خویی، غفور، شمس‌اللهی، عطیه و ذوالفقاری، سهیل (۱۳۹۲). تعدیل قضایای قرارداد در اثر کاهش ارزش پول. پژوهش حقوق خصوصی، سال ۲، شماره ۴.
- ۲۷) رضوی، سیدمحمد (۱۳۹۸). نظریه عمومی انفساخ در قراردادها. تهران: مجد.
- ۲۸) سنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۳۵۳ق). نظریه العقد. بیروت: دارالفکر.
- ۲۹) شریعت اصفهانی، فتح‌الله‌بن محمد (۱۴۰۷ق). قاعده لاضرر و لاضرار. بیروت: دارالاضواء.
- ۳۰) شعبانی کندسری، هادی (۱۳۹۴ الف). بازپژوهی در مفهوم ضرر و ضرار و مفاد قاعده لاضرر و لاضرار. فقه اهل‌بیت (علیهم السلام)، شماره‌های ۸۱ و ۸۲.
- ۳۱) شعبانی کندسری، هادی (۱۳۹۴ ب). بازاندیشی در معیار و قلمرو و ضمانت اجرای قاعده لاضرر و لاضرار. فقه اهل‌بیت (علیهم السلام)، شماره ۸۳.
- ۳۲) شفایی، محمدرضا (۱۳۷۶). بررسی تطبیقی نظریه تغییر اوضاع و احوال در قراردادها. تهران: ققنوس.
- ۳۳) شهیدی، مهدی (۱۳۸۲). تشکیل قراردادها و تعهدات. تهران: حقوق‌دان.
- ۳۴) شهیدی، مهدی (۱۳۸۵). سقوط تعهدات. تهران: مجد.
- ۳۵) شهیدی، مهدی (۱۳۸۸). آثار قراردادها و تعهدات. تهران: مجد.

- ۳۶) صادقی مقدم، محمدحسین (۱۳۷۹). مطالعه تطبیقی تأثیر تغییر اوضاع و احوال بر قرارداد و راه‌حل حقوقی ایران. مجله حقوقی، شماره ۲۵.
- ۳۷) صادقی مقدم، محمدحسین (۱۳۸۶). تغییر در شرایط قرارداد. تهران: میزان.
- ۳۸) صفایی، سیدحسین و جواهرکلام، محمدهادی (۱۴۰۱). بحران کرونا به‌مثابه قوه قاهره؛ مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه. توسعه علوم انسانی، دوره ۳، شماره ۵.
- ۳۹) طباطبایی حکیم، سیدمحسن (۱۳۹۲). مستمسک العروة الوثقی (جلد ۱۲). نجف: مطبعة الآداب.
- ۴۰) طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۰۹ق). العروة الوثقی؛ محشی مراجع تقلید (جلد ۲). بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات.
- ۴۱) طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۲۹ق). حاشیه کتاب المکاسب (جلد ۲). قم: طلیعه نور.
- ۴۲) طوسی، محمدبن حسن (بی تا الف). الخلاف (جلد ۱). قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ۴۳) طوسی، محمدبن حسن (بی تا ب). الاستبصار (جلد ۱). قم: دارالکتب الاسلامیه.
- ۴۴) قاسم‌زاده، مرتضی (۱۳۸۷). الزام‌ها و مسئولیت‌مدنی بدون قرارداد. تهران: میزان.
- ۴۵) کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸). حقوق مدنی (دوره عقود معین) (جلد ۱). تهران: سهامی انتشار.
- ۴۶) کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵). حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها) (جلد ۳). تهران: سهامی انتشار.
- ۴۷) کریمی، عباس و شعبانی کندسری، هادی (۱۳۹۳). رابطه منطقی قاعده فقهی لاضرر و قاعده غربی سوءاستفاده از حق. پژوهش تطبیقی اسلامی و غرب، دوره ۱، شماره ۲. doi: 10.22091/csiw.2015.567
- ۴۸) محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۳). قواعد فقه. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- ۴۹) محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۸). نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- ۵۰) مدنی، سیدجلال‌الدین (۱۳۸۳). حقوق مدنی (جلد ۲). تهران: پایدار.
- ۵۱) مرادی، خدیجه (۱۳۹۲). تحلیل مبانی تعدیل قضایی در حقوق ایران و فقه امامیه. فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال ۲، شماره ۴۶. doi: 10.22059/jzfil.2013.51930
- ۵۲) مصطفوی، سیدکاظم (۱۴۲۱ق). القواعد مائة قاعدة فقهية. قم: انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۵۳) مطهری، مرتضی (۱۳۷۲). مجموعه آثار. تهران: صدرا.
- ۵۴) مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۵). القواعد الفقهیه (جلد ۱). تهران: مجد.
- ۵۵) موسوی خلخالی، محمد مهدی (۱۳۸۵). فقه‌الشیعه (الاجاره). تهران: مرکز فرهنگی انتشاراتی منیر.

- ۵۶) موسوی خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۰۹ق). مبانی العروة الوثقی (جلد ۵). قم: منشورات مدرسه دارالعلم.
- ۵۷) نایینی، محمدحسین (۱۴۲۸ق). فوائد الاصول (جلد ۲). قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ۵۸) نجفی، شیخ محمدحسن (بی تا). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام (جلد ۲۷). قم: دارالکتب الاسلامیه.

59) Veljanovski, Cento. G. (2007). Economic Principles of Law. New York: Cambridge University Press.

## References

- 1) The Holy Quran.
- 2) Āḍar, Rāhīl & Seyyed Aḥmadī, Seyyed 'Alī (1400 SH). Barrasi Ta'sir Bimārī-hā-ye Vāgerdār bar Ejrā-ye Qāradād-hā-ye Mālī bā Takīye bar Asl-e Ebqā-ye Qāradād [The Impact of Epidemic Diseases on the Execution of Financial Contracts with Emphasis on the Principle of Contract Preservation]. Ḥuqūq-e Khuṣūṣī, 18(2). doi: 10.22059/jolt.2021.329810.1007025 [in Persian].
- 3) Aḥmad ibn Ḥanbal, Abū 'Abdullāh (n.d.). Musnad (Vol. 5). Beirut: Musnad Dār Ṣādir [in Arabic].
- 4) Āḥūnd Ḥurāsānī, Moḥammad Kāzem (1406 AH). Ḥāšīya bar Makāseb. Tehran: Vezārat-e Eršād-e Eslāmī [in Arabic].
- 5) Anṣārī, Morteżā (1394 SH). Ḥodā'āmūz-e Makāseb (Erš- Šorūṭ-e Žemen-e 'Aqd). ('Abbās Zarā'at, Trans.). (Vol. 4). Tehran: Jangal [in Persian].
- 6) Anṣārī, Morteżā (1414 AH). Rasā'il al-Feqhīya. Qom: Al-Mu'tamar al-'Ālamī be Monāsabat al-Žekrā al-Mi'awīya al-Tāniya le Milād al-Šayḥ al-Anṣārī [in Arabic].
- 7) Anṣārī, Morteżā (1428 AH). Makāseb (Vol. 10). Qom: Al-Mu'tamar al-'Ālamī be Monāsabat al-Žekrā al-Mi'awīya al-Tāniya le Milād al-Šayḥ al-Anṣārī [in Arabic].
- 8) Āriān-Nežād, 'Alī, Aqrabā'i-Fām, Meysam & Fattāḥī Zafarqandī, 'Alī (1402 SH). Sāzūkār-e Maṭlūb Vāz'-e Elzāmāt-e Ḥuqūqī dar Šarā'eṭ-e Eżterārī Mobtani bar Qānūn-e Asāsī Jomhūrī-e Eslāmī-e Īrān [The optimal mechanism for establishing legal requirements in emergencies is based on the Constitution of the Islamic Republic of Iran]. Pažūheš'نامه-ye Hoqūq-e Islāmī [Journal of Islamic Law Research], 23(4), 539-564. doi: 10.30497/law.2022.243731.3319 [in Persian].
- 9) Behrāmī Aḥmadī, Ḥamid (1377 SH). Sū'-e Estefāde az Ḥaqq [Abuse of Rights]. Tehran: Eṭṭelā'āt [in Persian].
- 10) Beigdeli, Sa'id (1392 SH). Ta'dil-e Qāradād [Contractual Adjustment]. Tehran: Mīzān [in Persian].
- 11) Bejnūrdī, Seyyed Mīrzā Ḥasan (1389 AH). Al-Qawā'id. Najaf: Maṭba'at al-Ādāb [in Arabic].
- 12) Borūjerdī, Morteżā (1414 AH). Musta'nad al-'Urwa al-Wuṭqā. Qom: Mansūrāt Dār al-'Ilm [in Arabic].
- 13) Ebrāhīmī Turkman, Abūzar (1399 SH). Ḥīyār-e Ġabn-e Ḥādeṭ dar 'Aqd-e Ejāre [The Option of Fraud in Lease Contracts]. Faṣḥnāmeḥ-ye Feqh, 27(101) [in Persian].
- 14) Eftəqārī, Rāmīn, Raḥpīk, Sīāmak & Farahzādī, 'Alī-Akbar (1401 SH). Barrasi Ensāf-e Māhavī be-'Onvān-e Mabnā-ye Elzāmāvarī-e Qāradād [Examining substantive fairness as a basis for binding-character of contract]. Pažūheš'نامه-ye Hoqūq-e Islāmī [Journal of Islamic Law Research], 23(3). doi: 10.30497/law.2022.242078.3138 [in Persian].
- 15) Eṣfahānī, Šeyḥ Moḥammad Ḥosseīn (1375 SH). Al-Ejāre [Lease]. Najaf: n.p. [in Persian].
- 16) Ešteḥārdī, 'Alī Panāh (1417 AH). Madārek al-'Urwa (Vol. 27). Tehran:

- Monazzama al-Awqāf wa al-Šo'ūn al-Ḥayriya wa Dār al-Oswa le Ṭabā'a wa al-Našr [in Arabic].
- 17) Ḥalabī, Abū al-Makārem Ebn-Zohra (n.d.). Ġeniya al-Nozū' elā 'Olūm al-Ošūl wa al-Forū'. Qom: Mo'assesa al-Imām al-Šādeq ('Alayh al-Salām) [in Arabic].
  - 18) Ḥāledī, Parī, Ḥakāk, Leilā & Afšārī Kāveh, Mehri (1399 SH). Barrasi Ma'ādīr-e 'Adam Emkān va Došvārī-e Ejrā-ye Qārardād dar Ḥošuš-e 'Aqd-e Ejāre bā Takiye bar Šeyū'-e Korūnā [Examining the Excuses for Impossibility and Difficulty of Contract Execution in Lease Contracts with Emphasis on the COVID-19 Pandemic]. Moṭāle'āt-e Me'ān-Rešteḥ'i Feqh, 1(1) [in Persian].
  - 19) Ḥellī, Najm al-Dīn Abū al-Qāsem (1407 AH). Al-Mo'tabar fī Šarḥ al-Moḳtašar (Vol. 2). Qom: Mo'assesa Sayyed al-Šohadā' ('Alayh al-Salām) [in Arabic].
  - 20) Ḥomeynī (Imam), Seyyed Rūḥ Allāh (1385 AH). Al-Rasā'il. Qom: Esmā'iliyān [in Arabic].
  - 21) Ḥorr 'Āmeli, Moḥammad Ebn-Ḥasan (n.d.). Wasā'il al-Ši'a elā Taḥšil Masā'el al-Šari'a (Vol. 1). Beirut: Dār Ehyā' al-Torāṭ al-'Arabī [in Arabic].
  - 22) Ḥosseini Širāzi, Seyyed Moḥammad (1385 SH). Ešāl al-Ṭāleb elā al-Makāseb (Vol. 2). Tehran: Manšūrāt E'lemī [in Persian].
  - 23) Ja'farzāde, 'Alī (1390 SH). Elzāmāt-e Bedūn Qārardād va Žemān-e Qahri [Non-Contractual Obligations and Tort Liability]. Tehran: Jangal [in Persian].
  - 24) Jam'i az Moḥaqeqān (1389 SH). Farhangnāmeḥ-ye Ošūl-e Feqh (Vol. 1) [Dictionary of Jurisprudence Principles]. Tehran: Puzhešgāh-e 'Olūm va Farhang-e Eslāmī [in Persian].
  - 25) Karīmī, 'Abbās & Ša'bānī Kandasari, Hādī (1393 SH). Rabṭ-e Manteqī Qā'ed-e Feqhī Lā Žarar wa Qā'ed-e Ġarbī Sū'-e Estefāde az Ḥaqq [The Logical Relationship Between the Islamic Jurisprudential Rule of No Harm and the Western Rule of Abuse of Rights]. Puzheš-e Taṭbīqī-e Eslām wa Ġarb, 1(2). doi: 10.22091/csiw.2015.567 [in Persian].
  - 26) Kātūziān, Nāšer (1378 SH). Ḥuqūq-e Madanī (Düre-ye 'Oqūd-e Mo'ayyan) (Vol. 1) [Civil Law (Specific Contracts Series) (Vol. 1)]. Tehran: Sāhāmī Entesār [in Persian].
  - 27) Kātūziān, Nāšer (1395 SH). Ḥuqūq-e Madanī (Qavā'ed-e 'Umūmī-e Qārardādhā) (Vol. 3) [Civil Law (General Rules of Contracts) (Vol. 3)]. Tehran: Sāhāmī Entesār [in Persian].
  - 28) Kūyini, Ġafūr, Šams'allāhī, 'Aṭiya & Ḍū al-Faqāri, Sohēl (1392 SH). Ta'dil-e Qazā'i-e Qārardād dar Asar-e Kāheš-e Arzeš-e Pūl [Judicial Adjustment of Contracts Due to Currency Depreciation]. Puzheš-e Ḥuqūq-e Khušūšī, 2(4) [in Persian].
  - 29) Madanī, Seyyed Jalāl al-Dīn (1383 SH). Ḥuqūq-e Madanī (Vol. 2) [Civil Law (Vol. 2)]. Tehran: Pāydar [in Persian].
  - 30) Makārem Širāzi, Nāšer (1385 SH). Al-Qavā'ed al-Feqhīya (Vol. 1). Tehran: Majd [in Arabic].
  - 31) Moḥaqeq Dāmād, Seyyed Mošṭafā (1383 SH). Qavā'ed-e Feqh [Jurisprudential Rules]. Tehran: Markaz-e Našr-e 'Olūm-e Eslāmī [in Persian].
  - 32) Moḥaqeq Dāmād, Seyyed Mošṭafā (1388 SH). Nažariya-ye 'Umūmī-e Šorūṭ



- wa Eltezāmāt dar Ḥuqūq-e Eslāmī [General Theory of Conditions and Obligations in Islamic Law]. Tehran: Markaz-e Našr-e 'Olūm-e Eslāmī [in Persian].
- 33) Morādī, Qadīga (1392 SH). Taḥlīl-e Mabānī-ye Ta'dīl-e Qazā'ī dar Ḥuqūq-e Īrān wa Feqh-e Emāmīya [Analysis of the Foundations of Judicial Adjustment in Iranian Law and Imamiyya Jurisprudence]. Feqh wa Mabānī-e Ḥuqūq-e Eslāmī, 2(46). doi: 10.22059/jjfil.2013.51930 [in Persian].
  - 34) Moṣṭafawī, Seyyed Kāzem (1421 AH). Al-Qavā'ed Mi'a Qā'eda Feqhiya. Qom: Enteshārāt-e Eslāmī vābaste be Jāme'a-ye Modarresīn Ḥawza-ye 'Ilmiya-ye Qom [in Arabic].
  - 35) Moṭaharī, Morteżā (1372 SH). Majmū'a-ye Āsar [Collected Works]. Tehran: Šadrā [in Persian].
  - 36) Mūsawī Kalkālī, Moḥammad Mahdī (1385 SH). Feqh al-Ši'a (Al-Ejāre). Tehran: Markaz-e Farhangī Enteshārātī Monīr [in Arabic].
  - 37) Mūsawī Kū'i, Seyyed Abū al-Qāsem (1409 AH). Mabānī al-'Urwa al-Wuṭqā (Vol. 5). Qom: Mansūrāt Madrasa Dār al-'Ilm [in Arabic].
  - 38) Nā'inī, Moḥammad Ḥosayn (1428 AH). Fawā'id al-Uṣūl (Vol. 2). Qom: Mo'assesa al-Našr al-Eslāmī [in Arabic].
  - 39) Najafī, Šayḥ Moḥammad Ḥasan (n.d.). Jawāher al-Kalām fi Šarḥ Šarā'e' al-Eslām (Vol. 27). Qom: Dār al-Kotob al-Eslāmīya [in Arabic].
  - 40) Qāsemzāde, Morteżā (1387 SH). Elzām-hā wa Mas'ūliyat-e Madanī be-Dūn Qāradād [Obligations and Civil Liability Without Contract]. Tehran: Mizān [in Persian].
  - 41) Rażavī, Seyyed Moḥammad (1398 SH). Nazariya-ye 'Umūmī-e Enfesāḥ dar Qāradādihā [General Theory of Contract Termination]. Tehran: Majd [in Persian].
  - 42) Ša'bānī Kandasarī, Hādī (1394 SH, a). Bāzpozūhi dar Mafhūm-e Žarar wa Žarār wa Mofād-e Qā'ed-ye Lā Žarar wa Lā Žarār [Revisiting the Concept of Harm and the Rule of "No Harm"]. Feqh-e Ahl al-Bayt ('Alayhim al-Salām), 81 & 82 [in Persian].
  - 43) Ša'bānī Kandasarī, Hādī (1394 SH, b). Bāzandīši dar Me'yār wa Qalamrū wa Žamānāt-e Ejrā-ye Qā'ed-ye Lā Žarar wa Lā Žarār [Rethinking the Criteria and Scope of the Rule of "No Harm" and Its Enforcement]. Feqh-e Ahl al-Bayt ('Alayhim al-Salām), 83 [in Persian].
  - 44) Šādeqī Moqaddam, Moḥammad Ḥossein (1379 SH). Moṭāle'a-ye Taṭbiqī-ye Ta'tīr-e Tağyīr-e Awzā' wa Aḥvāl bar Qāradād wa Rāh-Ḥall-e Ḥuqūqī-e Īrān [Comparative Study of the Impact of Changed Circumstances on Contracts and Iran's Legal Solution]. Mağalle-ye Ḥuqūqī, 25 [in Persian].
  - 45) Šādeqī Moqaddam, Moḥammad Ḥossein (1386 SH). Tağyīr dar Šarā'eṭ-e Qāradād [Change in Contract Conditions]. Tehran: Mizān [in Persian].
  - 46) Šafā'ī, Moḥammad Reżā (1376 SH). Barrasi-ye Taṭbiqī-ye Nazariya-ye Tağyīr-e Awzā' wa Aḥvāl dar Qāradādihā [Comparative Study of the Theory of Changed Circumstances in Contracts]. Tehran: Qoqnūs [in Persian].
  - 47) Šafā'ī, Seyyed Ḥossein & Javāherkalām, Moḥammad Hādī (1401 SH). Boḥrān-e

- Korūnā be Masābe Qovva-ye Qāhira; Moṭāle‘a-ye Taṭbīqī dar Ḥuqūq-e Īrān wa Farānsa [COVID-19 Crisis as Force Majeure; Comparative Study in Iranian and French Law]. Tows‘e-ye ‘Olūm-e Ensānī, 3(5) [in Persian].
- 48) Šahīdī, Mahdī (1382 SH). Taškīl-e Qāradādhā wa Ta‘ahhodāt [Formation of Contracts and Obligations]. Tehran: Ḥuqūqdān [in Persian].
- 49) Šahīdī, Mahdī (1385 SH). Soqūṭ-e Ta‘ahhodāt [Discharge of Obligations]. Tehran: Majd [in Persian].
- 50) Šahīdī, Mahdī (1388 SH). Ātār-e Qāradādhā wa Ta‘ahhodāt [Effects of Contracts and Obligations]. Tehran: Majd [in Persian].
- 51) Sanhūrī, ‘Abd al-Razzāq Aḥmad (1353 AH). Naẓariya al-‘Aqd. Beirut: Dār al-Fikr [in Arabic].
- 52) Šarī‘at Ešfahānī, Faṭḥullāh ibn Moḥammad (1407 AH). Qā‘ed-e Lā Žarar wa Lā Žarār. Beirut: Dār al-Aḥwāl [in Arabic].
- 53) Ṭabāṭabā‘ī Ḥakīm, Seyyed Moḥsen (1392 SH). Mustamsak al-‘Urwa al-Wuṭqā (Vol. 12). Najaf: Maṭba‘at al-Ādāb [in Arabic].
- 54) Ṭabāṭabā‘ī Yazdī, Seyyed Moḥammad Kāzem (1409 AH). Al-‘Urwa al-Wuṭqā; Maḥšī-e Marāje‘-e Taqlīd (Vol. 2). Beirut: Mo‘assesa al-‘Alamī le al-Maṭbū‘āt [in Arabic].
- 55) Ṭabāṭabā‘ī Yazdī, Seyyed Moḥammad Kāzem (1429 AH). Ḥāšiya Kitāb al-Makāseb (Vol. 2). Qom: Ṭalī‘a-ye Nūr [in Arabic].
- 56) Taqīpūr Darzī Naqībī, Moḥammad Ḥosseini, Kāvīyār, Ḥosein & Mīrī, Ḥamid (1401 SH). Asar-e Pāndemī Korūnā bar Qāradād-e Ejāre dar Ḥuqūq-e Īrān va Englis (bā Ta‘kid bar Ejāre-ye Ḥvābgāh-hā-ye Dānešjūyī) [The Impact of the COVID-19 Pandemic on Lease Contracts in Iranian and English Law (with Emphasis on Student Dormitory Leases)]. Ḥuqūq-e Eslāmī, 19(75) [in Persian].
- 57) Ṭūsī, Moḥammad ibn Ḥasan (n.d., a). Al-Ḳelāf (Vol. 1). Qom: Mo‘assesa al-Našr al-Eslāmī [in Arabic].
- 58) Ṭūsī, Moḥammad ibn Ḥasan (n.d., b). Al-Estešbār (Vol. 1). Qom: Dār al-Ketāb al-Eslāmīya [in Arabic].
- 59) Veljanovski, Cento. G. (2007). Economic Principles of Law. New York: Cambridge University Press.

## Scope and Legal Obligations of Financial Audit by the Supreme Audit Court of Iran in Light of the Opinions of the Guardian Council

Mostafa Mansourian · Assistant Professor, Department of Public Law, Faculty of Judicial Law,  
University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran.

mansourian@ujsas.ac.ir

Alireza Jafarzadeh Baha'abadi · LLM in Public Law, Faculty of Law, College of Farabi,  
University of Tehran, Qom, Iran. (Corresponding Author)

ar.jafarzadeh@gcrc.ac.ir

### Abstract

#### 1. Introduction

The financial framework of a nation plays a crucial role in its overall health, akin to the function of a circulatory system in a living organism. An effective financial structure is essential for achieving the lofty goals set by a legal system. Central to this effectiveness is the systematic supervision of the annual budget execution, a responsibility primarily vested in the legislative branch. However, this oversight requires a dedicated entity to scrutinize actions, align them with plans, rectify deviations, and prevent potential financial misconduct. In Iran, this responsibility is bestowed upon the supreme audit court, as stipulated in articles 54 and 55 of the constitution. The court's duty, according to article 55, encompasses auditing and reviewing all accounts of budgetary entities nationwide, ensuring adherence to approved funds and proper fund utilization, and preparing and submitting the budget's fate report to the Islamic Consultative Assembly. Given the passage of time since the court's establishment and legal developments, a reevaluation of its scope and obligations, especially in light of the opinions of the Guardian Council, is imperative.



## **2. Research Question**

The primary inquiry of this research centers on the "legal analysis and examination of the jurisdictional scope of financial oversight by the Supreme Audit Court of Iran and the obligations imposed by the opinions of the Guardian Council." This research aims to shed light on the limits outlined for financial oversight by the court after considering the opinions of the Guardian Council. Specifically, it seeks to discern what restrictions are set to prevent unauthorized transgressions in the court's oversight role.

## **3. Research Hypothesis**

The authors posit that the Guardian Council, entrusted with safeguarding Islamic principles and constitutional provisions, may narrow the scope and obligations of the Supreme Audit Court in its opinions. This potential narrowing, driven by the Guardian Council's commitment to Islamic law and constitutional principles, could pose a risk to the oversight competence of the court. The hypothesis suggests that the opinions of the Guardian Council might set stringent parameters, potentially limiting the effectiveness of the Supreme Audit Court in fulfilling its financial supervision responsibilities.

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

To test the hypothesis and address the research question, a critical analytical method will be employed. The research will comprehensively study and analyze the opinions of the Guardian Council, particularly focusing on their implications for the jurisdiction and obligations of the Supreme Audit Court. The critical analysis will involve evaluating the Guardian Council's opinions in comparison to the constitutional mandates outlined in articles 54 and 55. Additionally, the study will scrutinize the potential risks and challenges posed by any perceived narrowing of the court's oversight scope.

This comprehensive approach, examining the legal scope and obligations of financial auditing by the Supreme Audit Court through the lens of the Guardian Council's opinions, distinguishes this research as innovative and pioneering in its field. The aim is to provide nuanced insights into the intricate balance between the legal mandates, Islamic principles, and constitutional obligations shaping financial oversight in the Iranian legal system.

## 5. Results & Discussion

The comprehensive supervision conducted by the Iranian Supreme Audit Court aligns with the emphasized responsibilities of the Guardian Council in supervising parliamentary decisions. The court's duty to audit all budget allocations returning to the national budget is evident. However, the interpretative opinion of the Guardian Council, as outlined in article 55 of the Iranian constitution, imposes limitations on the Supreme Audit Court's authority. The council's stance restricts the court's auditing scope to allocations specified in the national budget, excluding matters beyond this purview. This restrictive interpretation, advocating for all-encompassing oversight, appears inconsistent with some ordinary laws.

Establishing a coherent and independent supervision mechanism for non-budgetary financial transactions or developing internal oversight structures within the organization emerges as potential solutions to enhance supervision and auditing effectiveness. The need for a balance between the court's oversight authority and the explicitness of the Guardian Council's opinion becomes apparent in ensuring comprehensive financial scrutiny without unnecessary constraints.

## 6. Conclusion

In conclusion, while the Guardian Council's interpretative opinion appears overly restrictive, it serves to maintain the clarity and specificity of the Supreme Audit Court's oversight authority. The council's stance, rooted in a desire for an idealistic interpretation of the constitution, underscores the necessity of the court's supervision over all financial matters of budgetary entities. However, its explicit limitations prevent unintended extensions of the Court's authority.

Specific obligations further shape the oversight and auditing scope of the Supreme Audit Court. The accurate disclosure of expenses and allocations in the budget document remains paramount, provided it aligns with the institution's authority and financial independence. Prohibitions on delegating unrelated authorities, emphasis on utilizing private auditors and approved budgetary capacities, and the exclusivity of the court in performing its duties under article 55 all contribute to defining the Court's responsibilities.

Moving forward, a delicate balance between upholding constitutional principles, meeting the Guardian Council's expectations, and ensuring the effectiveness of financial oversight is crucial. Adapting to evolving

legal landscapes and interpreting regulations in alignment with the Guardian Council's opinions will be key in preserving the integrity and purposefulness of the Supreme Audit Court's role in safeguarding the financial health of the Islamic Republic of Iran.

**Keywords:** Supreme Audit Court of Iran, Financial Supervision, Financial Auditing, Public Budget, Extrabudgetary Allocations, Article 55 of the Iranian Constitutional Law, Iranian Guardian Council.

## گستره و الزامات حقوقی حسابرسی مالی دیوان محاسبات کشور در پرتو نظرات شورای نگهبان

مصطفی منصوریان \* استادیار، گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران،  
mansourian@ujsas.ac.ir  
علیرضا جعفرزاده بهاء‌آبادی \* دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشکده‌گان فراهی، دانشگاه  
تهران، قم، ایران. (نویسنده مسئول)  
ar.jafarzadeh@gcr.ac.ir

### چکیده

به موجب اصل ۵۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، دیوان محاسبات، نظارت بر اجرای بودجه را از طریق رسیدگی به حساب‌های نهادهای برخوردار از بودجه کشور اعمال می‌کند. این نظارت هر آینه از دامنه و بایستگی‌های حقوقی برخوردار خواهد بود که بازشناسی آن، از رهگذر بررسی نظرات شورای نگهبان دارای نتایج درخور است. چه آنکه، نظرات مزبور در پدیدار شدن قوانین مرتبط نقشی کاملاً مؤثر دارند و همین مسأله، نقد و تحلیل رویکردهای حاکم بر این موضوع را ضروری ساخته است. از این رو، پژوهش حاضر در پی پاسخ به این پرسش است که با تأمل در آراء و نظرات شورای نگهبان، چه حدود و الزامات حقوقی را می‌توان برای صلاحیت نظارت مالی دیوان محاسبات کشور ترسیم کرد؟ یافته‌های این مقاله با رویکردی تحلیلی انتقادی بیان‌گر آن است که دیوان محاسبات مکلف و محدود به حسابرسی مالی تمامی اعتبارات بودجه‌ای دستگاه‌هاست و حق نظارت بر حساب‌های فرابودجه‌ای را ندارد، شرکت‌های دولتی و مجامع عمومی آن‌ها نیز در همین چارچوب تحت نظارت مالی دیوان خواهند بود. وانگهی، بر این نظارت الزاماتی نیز حاکم خواهد بود که «لزوم بیان دقیق و صحیح هزینه‌ها و اعتبارات در سند بودجه»، «منع سپردن هرگونه صلاحیت فراتر از صلاحیت اعطایی قانون اساسی به دیوان»، «لزوم استفاده از ظرفیت‌های حسابرسی مالی در حدود اعتبارات مصوب»، «لزوم انحصار دیوان محاسبات در انجام تکالیف مصرح در اصل ۵۵ فوق‌الاشعار» و نهایتاً «لزوم لحاظ نظریه تفسیری مبنی بر ممنوعیت نظارت بر اعتبارات فرابودجه‌ای در فهم مواد قانون عادی»، از جمله آن الزامات است.

واژگان کلیدی: دیوان محاسبات کشور، نظارت مالی، حسابرسی مالی، بودجه، اعتبارات فرابودجه‌ای، اصل ۵۵ قانون اساسی، شورای نگهبان.



## مقدمه

برخورداری نظام حقوقی از منظومه مالی منسجم و کارآمد به مثابه برخورداری موجود زنده از سیستم عصبی یا آوندی سالم و فعال است که بارقه‌های حیات را در سراسر اجزای آن می‌افروزد. کارآمدی و هدفمندی این ساختار مالی ارتباط مستقیمی با ارتقای کارایی نظام حقوقی و توفیق آن در تأمین اهداف عالی خود دارد. بخش مهمی از کارآمدی ساختار مالی مزبور، از مجرای نظارت مؤثر و منظم بر اجرای سند بودجه حاصل می‌شود که قوه مقننه نسبت به این نظارت پیش از هر نهاد دیگر حق و بلکه اولویت دارد (طاهری، ۱۳۹۵، ص. ۹۷)؛ زیرا هموست که تدابیر، مقررات، محدودیت‌ها و شرایط حاکم بر بودجه را به تصویب رسانده و اجرای آن را به دولت سپرده است. از این رو بدون نظارت دقیق قوه مقننه بر چگونگی اجرای بودجه، مسئولیت پارلمان در این باره به اتمام نرسیده است (قاضی شریعت‌پناهی، ۱۳۹۸، ص. ۴۶۳). مجلس قانون‌گذار نیازمند نهادی است تا در فرایند نظارت مالی، اقدامات انجام‌شده را با برنامه‌های تعیین‌شده تطبیق دهد و انحراف‌های احتمالی را درست و از آن‌ها جلوگیری کند (امامی، ۱۳۸۷، ص. ۲۱۵). این مسئولیت مطابق اصول ۵۴ و ۵۵ قانون اساسی بر عهده دیوان محاسبات است. اصل ۵۵ تصریح می‌دارد که حسابرسی یا رسیدگی به همه حساب‌های دستگاه‌های برخوردار از بودجه کل کشور به منظور اطمینان نسبت به عدم تجاوز هزینه‌ها از اعتبارات مصوب و مصرف وجوه در محل خود و همچنین، تهیه گزارش تفریغ بودجه و تسلیم آن به انضمام نظرهای خود به مجلس شورای اسلامی از وظایف دیوان محاسبات است.

با گذشت سال‌ها از طراحی و عملیاتی شدن نهاد دیوان محاسبات در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، بازشناسی گستره و الزامات حسابرسی مالی این نهاد با توجه به رخدادهای حقوقی، ضروری به نظر می‌رسد. از جمله رخدادهای مؤثر در نظام حقوقی موجود، نظرهای شورای نگهبان است که در اصل ۹۱ قانون اساسی، مسئول پاسداری از احکام اسلام و قانون اساسی دانسته شده است. تعمق و تأمل در مبانی آرای این نهاد، افزون‌بر اینکه برای فهم قانون اساسی ضروری و ناگزیر است، کمک شایانی به قاعده‌گذاری و وضع ضابطه در راستای عملیاتی شدن آن می‌کند. مبتنی بر این ضرورت، ترسیم حدود صلاحیت و الزامات حسابرسی مالی دیوان محاسبات نیازمند بررسی همه‌جانبه نظرهای شورای نگهبان درباره این نهاد است و بدون توجه به آن‌ها نمی‌توان به فهم صحیحی درباره این صلاحیت و الزامات حاکم بر آن نائل شد. مسئله اصلی پژوهش حاضر



تحلیل و بررسی حقوقی قلمرو صلاحیت نظارت مالی دیوان محاسبات و الزامات حاکم بر آن در نظرهای شورای نگهبان است. در این راستا، مشخصاً باید به این پرسش‌ها پاسخ داده شود که پس از بررسی نظرهای شورای نگهبان، چه حدود و ثغوری می‌توان برای نظارت مزبور ترسیم کرد تا تعدی از آن‌ها غیرمجاز تلقی شود؟ برای تحقق حداکثری حسابرسی موضوع اصل ۵۵ قانون اساسی و تأمین مطلوب اهداف نظارت مالی این نهاد، چه الزاماتی بر آن حاکم است؟ پژوهش پیش رو از مجرای احصای جامع نظرهای مرتبط شورای نگهبان و بررسی آن‌ها با رویکردی تحلیلی - انتقادی، در پی یافتن پاسخ پرسش‌های یادشده است.

افزون بر تبیین صلاحیت حسابرسی دیوان محاسبات در آثاری مانند کتاب‌های مالیه عمومی<sup>۱</sup>، مقالاتی نیز در این باره به رشته تحریر درآمده است که برای مثال می‌توان مقاله «محدوده نظارتی دیوان محاسبات در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران» اثر ابوالحسنی و همکاران (۱۴۰۲) را مورد اشاره قرار داد. این آثار منحصراً با تأکید بر نظرهای شورای نگهبان و تحلیل و نقد آن‌ها به‌گونه‌ای که تنها بازشناسی تحلیلی صلاحیت مزبور در پرتوی نظرهای این شورا هدف باشد، همراه نبوده‌اند که همین موضوع نوآوری و ابتکار پژوهش پیش روست و آن را در نوع خود از آثار دیگر متمایز می‌سازد.

این پژوهش مشخصاً در راستای پاسخ به پرسش اصلی خود، تحت دو عنوان قلمرو نظارت دیوان محاسبات و بایسته‌های حاکم بر نظارت مالی آن، گستره و الزامات حقوقی حسابرسی یا نظارت مالی این دیوان را با تأکید بر نظرهای شورای نگهبان بررسی و تحلیل می‌کند.

#### ۱. قلمرو نظارت دیوان محاسبات

در نخستین بخش به بررسی قلمرو یا حدود نظارت مالی دیوان محاسبات می‌پردازیم. این بخش شامل سه قسمت است. پس از تبیین الزام نظارت فراگیر دیوان محاسبات نسبت به همه اعتبارات بودجه، مباحث مربوط به دو موضوع ممنوعیت نظارت دیوان بر امور مالی خارج از بودجه و همچنین، وضعیت نظارت بر شرکت‌های دولتی توسط دیوان مزبور را از نظر می‌گذرانیم.

۱. مانند کتاب حقوق مالی و مالیه عمومی به ضمیمه قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۶۶ و اصلاحات بعدی آن (۱۳۹۰)، تهران: مجد، صص. ۱۶۹ - ۱۷۳ از ابوالفضل رنجبری و علی بادامچی؛ مالیه عمومی (۱۳۹۵)، تهران: بنیاد حقوقی میزان، صص. ۳۰۰ - ۳۳۰ نوشته ولی رستمی و مالیه عمومی (۱۳۹۸)، تهران: میزان، صص. ۴۲۰ به بعد از ابراهیم موسی‌زاده و ...

### ۱.۱. لزوم نظارت دیوان محاسبات بر تمام اعتبارات بودجه‌ای

واگذاری موضوع مهمی مانند اجرای بودجه به قوه مجریه، رافع مسئولیت نمایندگان مردم در کنترل اجرای آن نیست و تا نظارت دقیقی بر چگونگی اجرای بودجه از سوی مجلس به عمل نیاید، وظیفه مجلس در این زمینه پایان‌یافته تلقی نمی‌شود (رنجبری و بادامچی، ۱۳۸۲، ص. ۱۶۹)؛ زیرا بودجه مأموریتی است که قوه مقننه به دولت محول می‌کند (ابراهیمی‌نژاد و فرج‌وند، ۱۳۹۱، ص. ۴۳) و تمام عملیات اجرایی آن باید با اهداف و مقاصد نمایندگان مطابقت داشته باشد (ابراهیمی، ۱۳۸۲، ص. ۷۵). این موضوع اقتضا دارد که بازوی نظارتی مجلس شورای اسلامی یعنی دیوان محاسبات به‌گونه مطلوبی نسبت به آمار و ارقام بودجه اشراف و اطلاع داشته و جزئیات اعتبارات مصوب در سند بودجه در دسترس این نهاد باشد.

برای صیانت از هدف بالا، شورای نگهبان در رویه خود با مواردی که فرایند نظارت بر بودجه را با اخلال مواجه می‌کند، به استناد اصل ۵۵ قانون اساسی و کارویژه نظارتی دیوان محاسبات، به مخالفت پرداخته است. در تاریخ ۳۰/۱۰/۱۳۸۰، مجلس شورای اسلامی در بندهای الف و ب ماده ۹۰ «لایحه تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت» تصویب کرد:

«الف. به دولت اجازه داده می‌شود بر اساس پیشنهاد مشترک وزارت کشور و سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور، اعتبارات مصوب دستگاه‌های اجرایی را متناسب با واگذاری فعالیت مدیریت شهری به شهرداری‌ها، از اعتبارات دستگاه اجرایی مربوط کسر و در اختیار شهرداری ذی‌ربط قرار دهد.

ب. با رعایت احکام برنامه‌های توسعه، سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور مکلف است با تصویب هیئت دولت متناسب با واگذاری هر یک از فعالیت‌های دستگاه‌های اجرایی به شوراهای اسلامی روستاها و دهیاری‌ها، اعتبارات دستگاه اجرایی مربوط را کسر و در اختیار شورای اسلامی روستا یا دهیاری‌های ذی‌ربط قرار دهد».

شورای نگهبان پس از بررسی این طرح، ماده بالا را مغایر با اصل ۵۵ قانون اساسی دانست.<sup>۱</sup> این تشخیص تغایر، به لزوم نظارت عام‌الشمول دیوان محاسبات مطابق با اصل یادشده بر اعتبارات بودجه بازمی‌گردد که در نتیجه ماده ۹۰ مصوبه یادشده، امکان نظارت مزبور سلب یا دست‌کم با

۱. نظر ۸۰/۲۱/۲۲۰۰ مورخ ۱۶/۱۱/۱۳۸۰. مراجعه شود به: <https://slink.shora-gc.ir/SBroh>

موانعی روبه‌رو می‌شد. بنابراین، از آن‌رو که تغییر اعتبارات نهادها توسط غیرقانون‌گذار به سلب امکان نظارت نهاد مزبور منتهی می‌شود، ماده یادشده در بالا مغایر با قانون اساسی تشخیص داده شد. در مصوبه اصلاحی با افزودن یک تبصره<sup>۱</sup> به ماده ۹۰ که مفاد اصل ۵۵ و صلاحیت نظارتی دیوان محاسبات را مورد تأکید قرار می‌داد، دغدغه شورای نگهبان درباره حفظ صلاحیت و وظیفه قانونی این دیوان برطرف شد.

حساسیت شورای نگهبان نسبت به موضوع محل بحث که تنها با الحاق تبصره بدیهی یادشده برطرف شد، از این‌رو که اشاره به وجود مغایرت جدی با قانون اساسی ندارد، تأمل‌برانگیز به نظر می‌رسد؛ زیرا همان‌طور که در سطور بعدی می‌آید، مطابق نظر تفسیری شورای نگهبان، تمام اعتبارات بودجه‌ای دستگاه‌ها مشمول عمومیت حسابرسی و نظارت دیوان محاسبات خواهد بود و حتی اعتبارات مؤسسات غیردولتی که متصدی خدمات عمومی و عام‌المنفعه هستند و در عین حال، جزو بخش دولتی اصل ۴۴ قانون اساسی و از مصادیق موضوعات اصل ۴۵ قانون اساسی شمرده نمی‌شوند (مانند شهرداری‌ها) نیز (مشروط به برخورداری از اعتبار مصوب در بودجه و محدود به حدود آن) بدون هیچ ابهام و تردید قانونی، در محدوده صلاحیت نظارت دیوان محاسبات قرار می‌گیرند. با این توضیح، نیازی نیست که به دنبال تخصیص هر بودجه‌ای به مؤسسات غیردولتی، صلاحیت نظارتی دیوان محاسبات مورد تأکید واقع شود؛ زیرا چنین صلاحیتی در مبادی قانونی کاملاً مفروض است. بنابراین، برای پرهیز از زیاده‌گویی در قانون‌نویسی، بهتر است که به پیش‌فرض‌ها و مبانی قانونی حاکم تکیه کرد و از مانند این موارد، تعبیر به مغایرت با قانون اساسی نشود. نهایت اینکه، شورای نگهبان در صورت احتمال پیامدهای منفی و پیشامد دوگانگی و اختلاف برداشت از بیان موجود در ماده قانونی، با استفاده از تعبیر «ابهام» خواستار تبیین بیشتر شود و به جای اعلام مغایرت، از وجود ابهام و درخواست رفع آن بهره‌گیرد. این نقد به نظر مورخ ۱۳۶۹/۳/۱۷ این شورا ذیل «لایحه اجازه انجام هزینه‌های کشور در چهارماهه اول سال ۱۳۶۰» نیز که نظارت دیوان محاسبات می‌توانست بدیهی و مفروض تلقی شود، وارد است.<sup>۲</sup>

۱. تبصره:

«رعایت مفاد اصل پنجاه و پنجم (۵۵) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در مورد اعتبارات مذکور در این ماده الزامی است.»

۲. مراجعه شود به: <https://slink.shora-gc.ir/78BNR>

نقد بالا زمانی صورت منطقی تری به خود می‌گیرد که اظهارنظرهای این شورا به گونه گسترده تری (اعم از موارد ایراد و تأیید) در نظر گرفته شود. شورای نگهبان در عمده موارد نظارت خود، اساساً نسبت به بیان لزوم نظارت دیوان محاسبات اهمیتی ندارد. برای مثال، ماده ۷ «اساسنامه سازمان هواپیمایی کشوری»، اعتبارات این مؤسسه دولتی را بر اساس قوانین بودجه سنواتی دانسته است، اما در نظارت شورای نگهبان، اثری از یادآوری صلاحیت دیوان محاسبات به چشم نمی‌خورد.<sup>۱</sup>

#### ۲.۱. عدم صلاحیت دیوان محاسبات کشور در نظارت بر امور مالی خارج از بودجه

قانون‌گذار اساسی در اصل ۵۵، رسیدگی و حسابرسی حساب‌های وزارتخانه‌ها، مؤسسات، شرکت‌های دولتی و دیگر دستگاه‌هایی را که به نحوی از انحا از بودجه کل کشور استفاده می‌کنند، بر عهده دیوان محاسبات می‌گذارد تا بدین گونه نسبت به عدم تجاوز هزینه‌ها از اعتبارات مصوب و صرف وجوه در محل خود اطمینان حاصل کند.

پرسشی که با توجه به اصل مزبور مطرح می‌شود، این است که آیا دیوان محاسبات تنها صلاحیت رسیدگی و حسابرسی آن دسته حساب‌هایی را دارد که اعتبارات آن‌ها از محل بودجه عمومی کل کشور تأمین می‌شود یا اینکه دایره صلاحیت نظارتی آن اعم از بودجه است و به دیگر حساب‌های موجود دستگاه‌ها نیز تسری می‌یابد؟ برای مثال، اگر مؤسسه‌ای مانند کمیته امداد امام خمینی (رحمت‌الله علیه)، افزون بر حساب مربوط به بودجه عمومی، خود حساب‌هایی داشت که اعتبار آن‌ها از طریق هدایا یا موقوفات تأمین می‌شد، آیا حساب‌های نوع دوم نیز مشمول نظارت و حسابرسی دیوان محاسبات خواهند بود یا خیر؟ این پرسش با توجه به اینکه نه در قانون اساسی و نه در قوانین عادی میان حساب‌های بودجه و غیر آن به صراحت تفکیکی نبوده است، دولت وقت را بر آن داشت تا در تاریخ ۱۳۷۵/۹/۶ نسبت به اصل ۵۵ از شورای نگهبان استعلام بگیرد. در این استعلام، دولت از شورای نگهبان خواست تا روشن سازد که آیا اصل مزبور ناظر بر همه حساب‌ها و هزینه‌های مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی و مؤسسات تعاونی و خصوصی بهره‌مند از بودجه است یا اینکه به قرینه عبارت «اعتبارات مصوب» در اصول ۵۳ و ۵۵، صلاحیت دیوان محاسبات در رسیدگی و حسابرسی تنها محدود به اعتبارات منظور شده در بودجه

۱. مراجعه شود به: <https://slink.shora-gc.ir/M35jj>

کل کشور است و به دیگر قوانین و مقررات مالی سرایت ندارد<sup>۱</sup>؟

شورای نگهبان نیز در نظر تفسیری شماره ۷۵/۲۱/۱۱۱۶ مورخ ۱۳۷۵/۹/۱۴ اعلام کرد «اصل ۵۵ قانون اساسی ناظر به اعتباراتی است که در بودجه کل کشور منظور شده و صلاحیت دیوان محاسبات در رسیدگی و حسابرسی، محدود به همان موارد است». بنابراین، صلاحیت نظارت مالی دیوان به اعتبارات منظور در بودجه کل کشور محدود شد<sup>۲</sup> که این نظر به خوبی از عبارات متن اصل، شایان استنباط و فهم است (تنگستانی، ۱۳۹۵، ص. ۱۵).

مانند ابهام و اطلاق موجود در اصل ۵۵ قانون اساسی، در قوانین عادی و به خصوص قانون دیوان محاسبات کشور نیز وجود دارد که جملگی باید به قید بودجه مقید شوند. برای مثال، بندهای ب و ج ماده ۱ قانون دیوان محاسبات<sup>۳</sup> به صراحت محدود به نظارت بر اجرای بودجه شده است، اما بند «الف» این صراحت را ندارد که با عنایت به نظر تفسیری شورای نگهبان، این ماده نیز باید محدود به فعالیت‌های مالی پیرامون قانون بودجه سالانه کل کشور شود. مثال دیگر، فصل دوم، خصوصاً ماده ۳۹ این قانون است که در هیچ یک از کارویژه‌ها تصریحی به قید بودجه نشده است. در نگاه کلی باید گفت که نظر تفسیری یادشده حاکم بر روح کلی قوانین عادی و به خصوص قانون دیوان محاسبات کشور خواهد بود (تنگستانی، ۱۳۹۵، ص. ۱۷).

اثر نظر تفسیری بالا در تدوین قوانین عادی دیگر نیز به خوبی محسوس است و متأثر از آن، محدود بودن نظارت دیوان محاسبات بر اجرای قانون بودجه سالانه کشور، مسلم تلقی شده است. برای مثال، مواد ۲۱۸ و ۲۱۹ ذیل مبحث سوم «قانون آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی»، با عنوان «نحوه رسیدگی دیوان محاسبات به اجرای بودجه سالانه کل کشور» اشاره دارد که نظارت دیوان محاسبات محدود به اجرای قانون بودجه است و به دیگر قوانین و مقررات مالی سرایت ندارد<sup>۴</sup>.

۱. استفسار ریاست جمهوری در خصوص اصل ۵۵ قانون اساسی (شماره ۱۰۴۱۵۱ مورخ ۱۳۷۵/۹/۶). مراجعه شود به:

<https://slink.shora-gc.ir/02KQ5>

۲. شورای نگهبان در پاسخ به پرسش مشابه استفسار رئیس جمهوری از سوی ریاست دانشگاه تهران (شماره ۸۲/۳۰/۳۹۵۲ مورخ ۱۳۸۳/۵/۲۵)، بر تفسیر سابق خود تأکید کرده است. مراجعه شود به:

<https://slink.shora-gc.ir/dAnLV>

۳. مراجعه شود به: <https://slink.shora-gc.ir/g53RN>

۴. مراجعه شود به: <https://slink.shora-gc.ir/v1njW>

شورای نگهبان در موارد دیگری نیز نظر تفسیری خود را مورد تأکید قرار داده و بر لزوم تصریح قوانین عادی مربوط به تحدید نظارت دیوان محاسبات بر اعتبارات بودجه اصرار ورزیده است. این شورا در نظر شماره ۹۵/۱۰۰/۵۰۳۲ مورخ ۹۵/۱۱/۱۹، پس از بررسی «لایحه برنامه پنج‌ساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران» مصوب ۱۳۹۵/۱۰/۲۹ که نسبت به نظارت مالی دیوان دارای اطلاق بود<sup>۱</sup>، تصریح کرد «اطلاق جزء ۲ بند ب ماده ۱۴۲، در مواردی که نظارت مربوط به اعتبارات بودجه نیست، مغایر اصل ۵۵ قانون اساسی شناخته شد. همچنین اطلاق جزء ۳ این بند، در مواردی که خارج از اعتبارات تعیین‌شده در بودجه سالانه باشد، مغایر اصل ۵۵ قانون اساسی و نظریه تفسیری این شورا در خصوص اصل ۵۵ قانون اساسی شناخته شد». گفتنی است که پس از اصرار مجلس بر مصوبه خود در دو نوبت، اختلاف به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارجاع داده شد و مجمع نیز در نظر ۹۴۳۳۳/۰۱۰۱ مورخ ۱۳۹۵/۱۲/۲۳، نظر شورای نگهبان را در خصوص بند ۲ ماده ۱۴۲ به تصویب رساند و جزءهای ۲ و ۳ بند ب ماده ۱۴۲ حذف شد.

مثال دیگر از تأکید شورای نگهبان بر لزوم رعایت تفسیر یادشده ذیل اصل ۵۵، نظر این شورا پس از بررسی «لایحه بودجه سال ۱۳۹۶ کل کشور» مصوب ۱۳۹۵/۱۲/۱۷ بود که در آن محدودیت صلاحیت نظارتی دیوان محاسبات بر اعتبارات بودجه یادآوری شد؛ توضیح اینکه، در بند الحاقی ۲ تبصره ۷ لایحه یادشده در بالا، مجلس شورای اسلامی مصوب کرده بود که «سازمان تأمین اجتماعی مکلف است تمامی سهم درمان از مجموع مأخذ کسر حق بیمه موضوع مواد ۲۸ و ۲۹ قانون تأمین اجتماعی مصوب ۱۳۵۴/۴/۳ و سایر منابع مربوط را در حسابی با عنوان بیمه درمان تأمین اجتماعی متمرکز نماید. دیوان محاسبات کشور عملکرد این حساب را در چهارچوب قانون تأمین اجتماعی مورد پایش قرار می‌دهد و ضمن لحاظ نمودن در گزارش تفریغ بودجه، هر سه ماه یک بار نتیجه را به مجلس شورای اسلامی ارائه می‌کند». اقتضای اطلاق این بند آن بود که دیوان محاسبات موظف به بررسی عملکرد مالی همه منابع یادشده در ماده ۲۸ قانون تأمین اجتماعی مصوب ۱۳۵۴/۴/۳ باشد درحالی‌که منابع درآمد سازمان تأمین اجتماعی اعم از بودجه دولتی و غیر آن است و تنها ۳ درصد از حق بیمه توسط دولت در لایحه بودجه منظور و پرداخت

۱. مراجعه شود به: <https://slink.shora-gc.ir/VCCz3>

می‌شود. تعارض این ماده با تفسیر شورای نگهبان از اصل ۵۵ که نظارت دیوان محاسبات را تنها ناظر به اعتبارات بودجه می‌داند، موجب شد که این شورا در مقام اظهارنظر در نظر شماره ۵۹۳۲/۱۰۰/۹۵ مورخ ۱۳۹۵/۱۲/۲۴ اعلام کند «اتلاق بند الحاقی ۲ تبصره ۷، از این جهت که شامل رسیدگی سایر منابع حساب مذکور در این بند می‌شود، مغایر اصل ۵۵ قانون اساسی شناخته شد». بدین ترتیب، مجلس شورای اسلامی در مصوبه اصلاحی خود، پایش و گزارش عملکرد بند یادشده را بر عهده سازمان تأمین اجتماعی قرار داد و بدین‌گونه نظر شورای نگهبان را تأمین کرد.<sup>۱</sup> گفتنی است که در بخش دیگری از همین نظر، شورا به دلیل ابهام در اینکه آیا نظارت در نظر گرفته‌شده برای دیوان محاسبات، موافق با تفسیر خود از اصل ۵۵ است یا خیر، از اظهارنظر خودداری و آن را به رفع ابهام منوط کرده است. در صدر نظر شورای نگهبان آمده است «در جزء ۲ بند ز، از این جهت که مشخص نیست آیا رسیدگی دیوان محاسبات شامل موارد غیربودجه‌ای نیز می‌شود یا خیر ابهام دارد؛ پس از رفع ابهام اظهارنظر خواهد شد»<sup>۲</sup>. در رویه معمول شورای نگهبان نسبت به دیوان محاسبات کشور، تاکنون در نظر گرفتن هر نوع نظارتی برای دیوان که خارج از نظارت بر اعتبارات بودجه‌ای باشد، مطابق با تفسیر این شورا از اصل ۵۵، مغایر این اصل شناخته شده است.

به تناسب بیان این رویه، توجه به ماده ۲ قانون دیوان محاسبات بیان‌کننده نوعی تناقض در قانون‌گذاری و نظارت شورای نگهبان است که پرداختن به آن ضروری است. در نظر یادشده در بالا، نظارت مالی دیوان محاسبات محدود به اعتبارات بودجه دانسته شده است و چنان‌که در عناوین بعدی نیز می‌آید، واگذاری صلاحیت‌های مازاد بر اصل ۵۵ قانون اساسی، به هیچ‌وجه از سوی شورای نگهبان پذیرفته نیست. در این باره ماده ۲ قانون دیوان محاسبات<sup>۳</sup> واجد اشکالاتی است که به اختصار به آن‌ها اشاره می‌شود.

اولاً، این ماده هدف از رسیدگی حساب‌ها توسط دیوان محاسبات را اطمینان از «مطابقت با

۱. مراجعه شود به: <https://slink.shora-gc.ir/FOhZP>

۲. مجلس شورای اسلامی برای رفع ایرادات شورای نگهبان ناظر به تفسیر اصل ۵۵، در جلسه علنی مورخ ۱۳۹۵/۱۲/۲۴ مصوب کرد «در سطر ششم جزء ۲ بند ز تبصره ۱، عبارت «قوانین بودجه توسط» جایگزین کلمه "قانون" شد و در سطر نهم کلمه "قضایی" حذف شد». این عبارت ابهام شورای نگهبان را برطرف ساخت.  
۳. شورای نگهبان این ماده را هنگام بررسی مغایر با قانون اساسی شناخته است.

قوانین و مقررات مالی و سایر قوانین مربوط و لازم‌الاجرا» و نه «مطابقت با قانون بودجه کل کشور» دانسته که محل تأمل است؛ زیرا با وجود نظر تفسیری مزبور و مفاد اصل ۵۵، دیوان محاسبات تنها بر امور مالی مربوط به بودجه نظارت دارد درحالی‌که عبارت کلی و عام‌الشمول «مطابقت با قوانین و مقررات مالی و سایر قوانین مربوط و لازم‌الاجرا» موهم این معناست که دیوان نهاد صالح نظارت بر نظام مالی و عملکرد اقتصادی تمام دستگاه‌ها فارغ از ارتباط آن با بودجه یا غیر آن است و حال اینکه چنین نیست. از این رو مغایر ندانستن ذکر این قید با قانون اساسی از سوی شورای نگهبان محل اشکال است.

ثانیاً، در تبصره این ماده ذیل تعریف و توضیح مقصود از «دستگاه‌ها»، واژگان «کلیه»، «سازمان‌ها» و عبارت «به‌طورکلی، هر واحد اجرایی که بر طبق اصول ۴۴ و ۴۵ قانون اساسی مالکیت عمومی بر آن‌ها مترتب بشود، می‌باشد. واحدهایی که شمول مقررات عمومی در مورد آن‌ها مستلزم ذکر نام است نیز مشمول این تعریف می‌باشند»، آمده است که اثری از آن‌ها در اصل ۵۵ به چشم نمی‌خورد؛ توضیح اینکه اطلاق عبارت کلیه سازمان‌ها از آن‌رو که می‌تواند با گستره خود، نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی مانند سازمان تبلیغات اسلامی، تأمین اجتماعی، سازمان دانش‌آموزی جمهوری اسلامی ایران و... را نیز دربرگیرد<sup>۱</sup> و همچنین، اطلاق واژه «مؤسسات» از لحاظ شمول مؤسسات غیردولتی که کمتر از ۵۰ درصد از بودجه سالانه آن‌ها از محل منابع غیردولتی تأمین می‌شود، می‌تواند در زمینه میزان و حدود صلاحیت نظارت دیوان محاسبات بر این مؤسسات ابهام‌آفرین باشد<sup>۲</sup>. این همه افزون‌براین است که انفال و ثروت‌های عمومی کشور، موضوع اصول ۴۴ و ۴۵ قانون اساسی نیز اصولاً ممکن است قابلیت درج در بودجه کل کشور را نداشته باشند تا مطابق نظریه تفسیری شورای نگهبان مورد بررسی دیوان محاسبات قرار گیرند. بنابراین، با توجه به اینکه برخلاف رویه‌های یادشده، شورای نگهبان در نظارت خود بر قانون دیوان، اشکال مغایرت با قانون اساسی را به ماده ۲ وارد نکرده است، نظارت دیوان بر بخش زیادی از منابع و مصارف کشور و همچنین، از لحاظ انطباق با قوانین مالی غیربودجه‌ای، با ابهام مواجه شده است. (سلسله‌ذاکری، ۱۳۹۰، ص. ۵۷).

۱. ماده‌واحد «قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی» مصوب ۱۳۷۳/۴/۱۹ مجلس شورای اسلامی.

۲. در این زمینه ر. ک به: فتاحی زفرقندی و همکاران (۱۳۹۷).



موارد یادشده در تعارض با تصریح قانون اساسی است و با رویه‌های موجود شورای نگهبان همخوانی ندارد و در اصلاحات بعدی قانون دیوان محاسبات هیچ‌گاه اقدام به اصلاح آن‌ها نشده است.

آنچه در مقام تبیین و تحلیل این رویه لازم است بیان شود، پاسخ به این پرسش است که اساساً چه مبنایی برای تفسیر شورای نگهبان از اصل ۵۵ وجود دارد؟ آیا این تفسیر موافق با انگیزه و هدف قانون‌گذار اساسی و رافع ابهام است یا خیر؟ در پاسخ به این پرسش می‌توان به چند دلیل به‌عنوان مبنای تفسیر و میزان اعتبار هر یک اشاره کرد.

دلیل نخست، تقیید صدر اصل با ذیل آن است. بدین معنا که اطلاق صلاحیت نظارتی دیوان محاسبات در صدر اصل ۵۵ که با عبارت «کلیه حساب‌ها» استفاده می‌شود، با عبارت «هیچ هزینه‌ای از اعتبارات مصوب تجاوز نکرده و هر وجهی در محل خود به مصرف رسیده باشد»، مقید به نظارت بر حساب‌های مربوط به بودجه می‌شود؛ زیرا معیار رسیدگی و حسابرسی، سند بودجه دانسته شده و دیوان مکلف به نظارت بر «اعتبارات مصوب» است درحالی‌که دیگر منابع مصرفی مؤسسات عمومی غیردولتی که در پرسش دولت مطرح بود، اساساً به تصویب مجلس شورای اسلامی نمی‌رسد، بلکه تصویب آن مطابق با اساسنامه و مقررات هر مؤسسه صورت می‌پذیرد. افزون‌براینکه، اساساً در تعریف قانونی «اعتبار» چنین آمده است که «اعتبار عبارت از مبلغی است که برای مصرف یا مصارف معین به‌منظور نیل به اهداف و اجرای برنامه‌های دولت به تصویب مجلس شورای اسلامی می‌رسد»<sup>۱</sup>. بنابراین، نظارت دیوان محاسبات محدود به حساب‌های مرتبط با اعتبارات بودجه‌ای مؤسسات عمومی غیردولتی می‌شود و به دیگر حساب‌ها تسری نمی‌یابد (فتاحی زفرقندی و همکاران، ۱۳۹۷، ص. ۳۴).

دلیل دوم، وظیفه‌ای است که قانون‌گذار اساسی در اصل ۵۵ برای دیوان در نظر می‌گیرد و آن تسلیم «گزارش تفریغ بودجه» است که خود قرینه‌ای برای موضوعیت نظارت بر بودجه و در نتیجه، آگاهی نمایندگان از چگونگی اجرای قانون بودجه به شمار می‌رود و به‌طبع، حساب‌ها و امور غیربودجه‌ای را خارج می‌سازد.

دلیل سوم، فضای حاکم بر مجلس بررسی نهایی قانون اساسی هنگام بحث درباره اصل ۵۵ است

۱. ماده ۷ قانون محاسبات عمومی کشور.

(اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ص. ۱۳۵۸) که وجود رویکرد محدودیت نظارت مالی دیوان محاسبات بر اعتبارات مصوب در بودجه، به خوبی از آن استنباط می‌شود و این نکته که دیوان محاسبات برای بودجه مملکت است و باید در اختیار نمایندگان باشد، مورد تأکید است.<sup>۱</sup>

دلیل چهارمی که می‌تواند در راستای تأیید تفسیر مزبور مورد استناد قرار گیرد، روح حاکم بر اصل ۵۵ و سیاق پیش از آن است؛ با این توضیح که اصل ۵۲ قانون اساسی به بودجه سالانه و لزوم تصویب آن توسط مجلس می‌پردازد. سپس در اصل ۵۳، همه دریافت‌ها و پرداخت‌های دولت را در حدود اعتبارات مصوب و به موجب قانون می‌داند و پس از آن در دو اصل پایانی فصل ۴، به وضع دیوان محاسبات و بیان وظیفه آن می‌پردازد. می‌توان از این سیاق چنین برداشتی را داشت که رسیدگی و حسابرسی دیوان بر همه حساب‌ها بر اساس اعتبارات مصوب و در راستای تکمیل بودجه‌ریزی و تدبیر برای مرحله چهارم آن یعنی نظارت بر بودجه بوده است و در پی اعطای صلاحیت نظارتی عام به دیوان محاسبات نیست، بلکه هدف، تنها نظارت تصویب‌کنندگان بودجه بر اجرای آن است.

دلیل پنجم نیز به هدف اصلی از تأسیس دیوان محاسبات بازمی‌گردد که به منظور اعمال آن قسمت از وظایف و اختیارات نظارت مالی (ناظر بر بودجه) قوه مقننه بر قوه مجریه به وجود آمد (رستمی، ۱۳۹۵، ص. ۳۰۰) بنابراین، نمی‌توان نظارت آن بر امور غیربودجه‌ای مؤسسات عمومی غیردولتی را پذیرفت. از این رو دیوان محاسبات ناظر بر اجرای بودجه است و گزارش‌های خود را به طور منظم تقدیم پارلمان می‌کند (قاضی شریعت پناهی، ۱۳۹۸، ص. ۲۴۶). در نهایت، می‌توان گفت که شورای نگهبان با در نظر گرفتن دلایل یادشده، در تفسیر خود از اصل ۵۵، نظارت دیوان محاسبات را محدود به بودجه دانسته است.

به نظر می‌رسد تفسیر شورای نگهبان با برداشت غایتگرایانه از اصل ۵۵ مغایرت دارد؛ زیرا قانون‌گذار اساسی با تصویب اصل مزبور و ایجاد دیوان محاسبات به دنبال نظارت مالی این نهاد بر

۱. برای مثال، سخن آقای سید حسن طاهری خرم‌آبادی هنگام بررسی نهایی اصول ۱۳۵ و ۱۳۶ (۵۴ و ۵۵) شایان توجه است که «عرض من این است که محاسبات مال بودجه ملت است و برای بودجه ملت [و] طبق موازین شرع باید افرادی باشند برگزیده از خود ملت.

تمام درآمدها و هزینه‌های مجموعه‌های بودجه‌بر بوده است<sup>۱</sup> نه اینکه با تجویز ممانعت دستگاه‌ها از نظارت و حسابرسی دیوان نسبت به دیگر حساب‌های مالی غیربودجه‌ای، محدودیت آن را به نظارت بر بودجه اساسی‌سازی کند. این معنا به‌خوبی از سخنان نایب‌رئیس مجلس بررسی نهایی قانون اساسی (اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، صص. ۱۴۲۳-۱۴۲۴) درباره علت تصویب اصل ۵۵ و فلسفه وجودی تشکیل دیوان محاسبات شایان استنباط است<sup>۲</sup> و چه‌بسا اگر قانون‌گذار اساسی قصد این محدودیت را می‌داشت، شایسته بود تا به‌جای عبارت «کلیه حساب‌ها» که در صدر اصل آمده است، از عبارت «دیوان محاسبات بر اجرای بودجه کل کشور رسیدگی و حسابرسی می‌کند»، استفاده می‌کرد حال آنکه قانون‌گذار در مقام بیان صلاحیت‌ها و وظایف دیوان بوده است و صلاحیت عام در بیان آن، فاقد دلیل موجه قانونی و حقوقی برای تخصیص به بودجه است.

افزون‌بر تفسیر غایت‌گرایانه و دلالت نص اصل ۵۵، ماده ۲ «قانون دیوان محاسبات کشور» نیز ذیل فصل مربوط به وظایف و اختیارات دیوان محاسبات، عمومیت صلاحیت این نهاد نظارتی را با عبارت «حسابرسی یا رسیدگی کلیه حساب‌ها، درآمد و هزینه و سایر دریافت‌ها و پرداخت‌ها و نیز صورت‌های مالی دستگاه‌ها از نظر مطابقت با قوانین و مقررات مالی و سایر قوانین مربوط و ضوابط لازم‌الاجرا» مورد تأکید قرار می‌دهد. تبصره این ماده نیز به‌صورت واضح‌تری این ادعا را ثابت می‌سازد؛ زیرا در راستای تبیین نهادهای مشمول نظارت دیوان محاسبات مقرر می‌دارد

---

۱. نظارت بر هزینه‌ها و درآمدها به‌رغم اینکه در مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی با عناوینی مانند نظارت بر «دخل و خرج» محل بحث قانون‌گذار در زمان تصویب بوده، اما در اصل ۵۵ وجود نظارت دیوان محاسبات تنها بر مصرف اعتبارات مصوب مورد تصریح قرار گرفته است نه چگونگی کسب درآمدها. به عبارتی، نظارت بر چگونگی تأمین درآمدهای عمومی مغفول یا مطرود مانده است، اما در ماده ۲ قانون دیوان محاسبات کشور، نظارت بر درآمدها نیز به‌صراحت از وظایف دیوان دانسته شده است.

۲. نایب‌رئیس مجلس بررسی نهایی قانون اساسی «منظور اساسی از دیوان محاسبات، نظارت ملت بر وضع مالی کشور است و چون این نظارت ملت - [یعنی] به‌اصطلاح آن کسی که این کار را انجام می‌دهد - یعنی [کسی که] درآمد و هزینه را تنظیم می‌کند، [توسط] دولت است، پس درحقیقت، نقش اساسی دیوان محاسبات این است که ملت یک راه قابل اعتماد نظارت داشته باشد که این درآمد و هزینه‌هایی را که به‌عنوان ریش و قیچی دست دولت داده است، آیا درست انجام گرفته است یا نه... این‌ها فقط حق رسیدگی دارند و می‌توانند هر هزینه و درآمدی را رسیدگی کنند و نظرات خودشان را برای تفریح بودجه بدهند».

«منظور از دستگاه‌ها در این قانون، کلیه وزارتخانه‌ها، سازمان‌ها، مؤسسات، شرکت‌های دولتی و سایر واحدها که به‌نحوی از انجا از بودجه کل کشور استفاده می‌نمایند و به‌طورکلی، هر واحد اجرایی که بر طبق اصول ۴۴ و ۴۵ قانون اساسی مالکیت عمومی بر آن‌ها مترتب بشود، می‌باشد. واحدهایی که شمول مقررات عمومی در مورد آن‌ها مستلزم ذکر نام است نیز مشمول این تعریف می‌باشند». با توجه به صراحت این تبصره، واجد عنوان «مالکیت عمومی» بودن برخی دارایی‌ها و اموال مؤسسات عمومی غیردولتی و نیز تعریف قانونی مؤسسات عمومی غیردولتی<sup>۱</sup> و تأمین بخشی از منابع مالی این مؤسسات از طریق بودجه کل کشور، می‌توان صلاحیت نظارت دیوان محاسبات را بر همه حساب‌های دستگاه‌های بهره‌مند از بودجه مدلل ساخت (وحیدزاده، ۱۳۷۳، ص. ۴۰)، اما در آن سوی قضیه، صراحت و دلالت واضح نظریه تفسیری مانع این استنباط خواهد بود؛ هرچند باین‌همه، حق نقد چنین نظری سلب نمی‌شود و می‌توان گفت که این نظر مانع از نظارت جامع و مطلوب مالی دیوان محاسبات مبتنی بر تفسیر غایتگرایانه از این اصل شده است.

دیدگاه برگزیده این است که بدون تردید، تفسیر رسمی قانون اساسی لازم‌الاجراست (بهداری جهرمی، ۱۳۹۵، ص. ۵۱) و بیشتر حقوق‌دانان، تفسیر قانون اساسی را واجد ارزشی برابر با متن این قانون دانسته‌اند و با تعبیر و الفاظ گوناگونی مانند «دارای همان ارزش قانون اساسی است» (خلف‌رضایی، ۱۳۹۳، ص. ۷۴؛ نجفی اسفاد و محسنی، ۱۳۸۸، ص. ۲۴۴؛ لطفی، ۱۳۹۱، ص. ۲۸۳)، «اعتبار آن در حد قانون اساسی است» (مدنی، ۱۳۷۶، ج ۴، ص. ۶۸؛ وفادار، ۱۳۸۲، ص. ۵۳۰؛ ویژه، ۱۳۸۸، ص. ۱۴)، «به‌منزله خود قانون اساسی است» (مجیدی، ۱۳۸۹، ص. ۲۱۱) و «به معنی قانون اساسی است» (یزدی، ۱۳۷۵، ص. ۵۰۹)، جای هیچ تردیدی باقی نمی‌ماند که تخطی از صریح تفسیر قانون اساسی، مساوی با تخطی از خود قانون اساسی است. ازاین‌رو به‌هیچ‌وجه نمی‌توان تفسیر شورای نگهبان ذیل اصل ۵۵ را که بر محدودیت صلاحیت رسیدگی و حسابرسی دیوان محاسبات به اعتبارات منظور شده در بودجه کل کشور تصریح دارد، نادیده گرفت. ازاین‌رو قدر مسلم این است که حساب‌های مرتبط با بودجه مورد نظارت دیوان و دیگر حساب‌ها از این صلاحیت خارج خواهد بود. در این دیدگاه به دلایل پیش‌گفته و نیز به دلیل اینکه گستردگی وظایف دیوان در نظارت بر همه حساب‌های تمام دستگاه‌های بهره‌مند از بودجه، منجر

۱. ماده ۳ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۷۶/۷/۸ مجلس شورای اسلامی.

به هدررفت هزینه‌ها و کاهش کارکرد و بازدهی دیوان می‌شود، رویکرد دوم پذیرفتنی نیست و نمی‌توان چنین توسعه صلاحیتی را برای این نهاد قائل شد؛ البته می‌توان ضعف و خلأ رویکرد دوم یعنی خروج حجم وسیعی از جریان مالی کشور از حوزه شمول صلاحیت نظارت دیوان محاسبات را با پیش‌بینی ساختار یا ساختارهای جداگانه نظارت بر طرف ساخت؛ بدین صورت که برای نظارت کلان مالی بر تمام حساب‌های غیرمرتبط با بودجه، در پی تدبیر ساختاری یکپارچه برآمد یا ساختارها و نهادهای نظارتی خرد درون‌دستگاهی را توسعه بخشید. هم‌اکنون نیز قوانین و مقررات مرتبط یا اساسنامه مؤسسات عمومی غیردولتی، نهادهایی را برای نظارت مالی بر این مؤسسات مشخص کرده است (رستمی و حسینی‌پور اردکانی، ۱۳۸۸، ص. ۲۰۸). برای مثال، بند ۳۰ ماده ۷۱ «قانون تشکیلات، وظایف و انتخاب شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران» مصوب سال ۱۳۷۵ با اصلاحات بعدی، «نظارت بر حسن اداره امور مالی شهرداری و کلیه سازمان‌ها، مؤسسات و شرکت‌های وابسته و تابعه شهرداری و حفظ سرمایه، دارایی‌ها، اموال عمومی و اختصاصی شهرداری [و] همچنین، نظارت بر حساب درآمد و هزینه آن‌ها با انتخاب حسابرسان رسمی و اعلام موارد نقض و تخلف به شهردار و پیگیری‌های لازم بر اساس مقررات قانون» را از جمله وظایف شوراهای اسلامی شهر قرار می‌دهد. همچنین، شورای عالی تأمین اجتماعی بر اساس ماده ۹ «اساسنامه تأمین اجتماعی»، نظارت بر بودجه این نهاد را بر عهده دارد. بر اساس ماده ۱۴ «قانون اساسنامه جمعیت هلال احمر جمهوری اسلامی ایران»، وظیفه نظارت مالی بر تنظیم و اجرای بودجه و مصرف هزینه‌ها بر عهده خزانه کل قرار گرفته است.

به نظر می‌رسد با این دیدگاه، اشکال دوگانگی ناکارآمدی نظارت دیوان محاسبات در اثر محدودیت صلاحیت آن به اعتبارات بودجه‌ای<sup>۱</sup> و ناکارآمدی این نهاد در اثر توسعه گسترده صلاحیت نظارتی آن به جزء جزء امور مالی کشور تا حدی بر طرف خواهد شد<sup>۲</sup>.

---

۱. ممکن است برای رفع این خلأ در امور مالی خارج از بودجه به وجود نهادهای نظارتی مانند سازمان بازرسی کل کشور استناد شود، اما از آنجاکه دیوان محاسبات تنها مرجع نظارتی مالی و تخصصی موجود در قانون اساسی است، می‌توان استناد یادشده را شایان نقد دانست.

۲. برای مطالعه بیشتر در این باره رک. به: فتاحی زفرقندی و همکاران (۱۳۹۷).

### ۳.۱. نظارت بر بودجه شرکت‌های دولتی

در نظر تفسیری یادشده در بالا، دولت از شورای نگهبان درباره «مؤسسات عمومی غیردولتی و مؤسسات خصوصی و تعاونی» می‌پرسد و جواز یا عدم جواز نظارت بر اعتبارات غیربودجه‌ای این مؤسسات را استفهام می‌کند، اما ممکن است در امتداد این استفسار درباره صلاحیت نظارت دیوان محاسبات بر حساب‌های «شرکت‌های دولتی»<sup>۱</sup>، مشخصاً دو پرسش مطرح شود. نخست اینکه، آیا این نظارت، حوزه مالی غیربودجه‌ای شرکت‌هایی را که صددرصد سهام آن‌ها از آن دولت نیست، نیز پوشش می‌دهد یا خیر و دوم اینکه، آیا نظارت مزبور تنها شامل هزینه‌ها و درآمدهای کلی یادشده در جداول پیوست بودجه<sup>۲</sup> است یا اینکه به بررسی ریز دخل و خرج مصوب مجمع عمومی شرکت‌ها نیز تسری می‌یابد؟

در پاسخ به پرسش نخست باید گفت که اطلاق تفسیر شورای نگهبان این‌گونه متبادر می‌سازد که دیوان محاسبات حق نظارت بر آن دسته از اعتباراتی را که در قانون بودجه کشور درج نشده است، ندارد. در نتیجه، بخش مهمی از امور مالی کشور از دایره نظارت و رسیدگی دیوان محاسبات خارج می‌شود که این موضوع خود نقض غرض قانون‌گذار اساسی در تأسیس نهاد دیوان محاسبات شمرده می‌شود و اصل شفافیت تفسیر را مخدوش می‌سازد، اما دلایل و قرائنی در قوانین موجود به چشم می‌خورد که با عدم نظارت دیوان محاسبات بر امور مالی مازاد بر بودجه اعم از درآمدها و هزینه‌ها مبتنی بر تفسیر یادشده در تناقض است و با توجه به این مستندات نمی‌توان گردش و امور مالی اضافه بر سهم دولت در این شرکت‌ها را خارج از کنترل دیوان محاسبات دانست. یکی از این ادله، اطلاق قید «شرکت‌های دولتی» در اصل ۵۵ قانون اساسی است که به‌وضوح بر مورد نظارت دیوان بودن مطلق حساب‌های این شرکت‌ها تصریح دارد. به تبعیت از نص این اصل، ماده ۲ «قانون دیوان محاسبات کشور» نیز بر این مسئله تأکید کرده است. همچنین، ماده ۱ «قانون محاسبات عمومی کشور»، بودجه شرکت‌های دولتی اعم از پیش‌بینی درآمدها و دیگر منابع تأمین اعتبار را ذیل تعریف بودجه کل کشور یاد کرده است و آن را جزئی از قانون بودجه سالانه می‌داند. مجموع این قرائن باعث می‌شود که نسبت به جواز و بلکه تکلیف

۱. ماده ۴ قانون محاسبات عمومی کشور مصوب ۱۳۶۶/۶/۱ و ماده ۴ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۷۶/۷/۸ مجلس شورای اسلامی.

۲. برای مثال، مراجعه شود به پیوست ۳ بودجه سال ۱۴۰۱.

دیوان محاسبات در نظارت بر بودجه مستقل شرکت‌های دولتی تردید کمتری وجود داشته باشد (رستمی، ۱۳۹۵، ص. ۳۱۰). همچنین، باید به این نکته اشاره کرد که درآمدهای دولت از طریق این شرکت‌ها نیز بخشی از بودجه است و بدین‌گونه این شرکت‌ها همواره به‌صورت غیرمستقیم از حمایت کلان مالی دولت بهره‌مند هستند. اساساً یکی از مؤلفه‌های بنیادین بودجه، تخمین و طبقه‌بندی درآمدهای دولت است و نمی‌توان آن‌ها را از نظارت دیوان محاسبات مستثنا دانست.

این همه اما رافع لزوم و ضرورت شفافیت قانونی و حقوقی بیشتر درباره بودجه شرکت‌های دولتی و انواع مستقل و غیرمستقل آن که به تأمین حداکثری اصل شمولیت یا تفصیل بودجه کمک و شمول و جامعیت سند بودجه را متحول می‌کند، نیست و با توجه به رویه عملی و قوانین موجود، همچنان پیرامون صلاحیت نظارتی دیوان محاسبات در این زمینه ابهاماتی وجود دارد<sup>۱</sup>. بخش مهمی از درآمدهای این شرکت‌ها در اختیار دولت قرار دارد که به مقتضای اصل جامعیت یا کاملیت بودجه، همه درآمدهای دولت باید در سند بودجه کشور پیش‌بینی شود (رنجبری و بادامچی، ۱۳۸۲، ص. ۱۳۷). از آنجاکه شرکت‌های دولتی از حمایت بودجه‌ای دولت برخوردارند و عمده سهام آن‌ها متعلق به دولت است، می‌توان درآمدهای آن‌ها را که به پشتوانه حمایت‌گری دولت حاصل می‌شود نیز به‌نوعی حمایت مالی دولتی به شمار آورد. در نتیجه، این منابع هم باید توسط قوه نظارتی مجلس مورد نظارت قرار گیرد؛ زیرا بخش کلانی از آن در زمره درآمدهای مستقیم و هزینه‌های غیرمستقیم دولت قرار می‌گیرد. این موضوع فارغ از واقعیت عملی جاری درباره ذکر یا عدم ذکر بودجه کلی یا جزئی شرکت‌های دولتی در سند بودجه است.

درباره پرسش دوم نیز باید این موضوع را مورد اشاره قرار داد که اهداف و اساس وجود دیوان محاسبات مقتضی مورد رسیدگی قرار دادن مصوبات مجمع عمومی برآمده از اساسنامه شرکت‌های دولتی است. جواز و بلکه لزوم این رسیدگی را می‌توان به‌راحتی از عبارت «اعتبارات مصوب» در اصل ۵۵ قانون اساسی که اعم از اعتبارات مصوب مجلس و اعتبارات مصوب مجمع عمومی است، استنباط کرد؛ هرچند که شکل کنونی ذکر کلی ارقام در سند بودجه شایان نقد است و اصل

---

۱. بررسی رویه شورای نگهبان در سال‌های اخیر پیرامون شرکت‌های دولتی بیان‌کننده حساسیت بیش‌ازپیش این شورا در خصوص شفافیت بودجه شرکت‌های دولتی است. برای مثال مراجعه شود به: <https://slink.shora-gc.ir/ijoHe> و <https://slink.shora-gc.ir/k0liP>

جامعیت و تفصیلی بودن بودجه اقتضا دارد که اعتبارات موردی و خرد مجمع عمومی نیز مبتنی بر اعتبارات کلی پیش‌بینی و در سند بودجه گنجانده شود و کلیات آن تا جایی که با پویایی این شرکت‌ها در تعارض نباشد، به تأیید نمایندگان مردم برسد.

## ۲. بایسته‌های حقوقی نظارت مالی دیوان محاسبات

در این بخش، به تبیین و تحلیل پنج ضابطه یا الزام حاکم بر حسابرسی مالی دیوان محاسبات که در راستای تأمین مطلوب اهداف نظارت مالی است، خواهیم پرداخت.

### ۱.۲. لزوم بیان دقیق و صحیح هزینه‌ها و اعتبارات در سند بودجه

اصل شمولیت یا تفصیل بودجه دولت را ملزم می‌سازد تا در تدوین و پیشنهاد بودجه به قوه قانون‌گذار، درآمدها را به صورت مشروح طبقه‌بندی و هزینه‌های دستگاه‌های اجرایی را به تفصیل و در چهارچوب برنامه‌ها و فصول هزینه به تفکیک مشخص کند. این اصل موجب می‌شود که نظارت مجلس و دیوان محاسبات دقیق‌تر تحقق یابد (ابراهیمی‌نژاد و فرج‌وند، ۱۳۹۱، ص. ۱۲۱). گذشته از اصل تفصیل بودجه که تقریباً جنبه عمومی دارد، اصل وضوح و شفافیت شکل و محتوای بودجه نیز اقتضا دارد که به منظور خدشه‌دار نشدن «نظارت عمومی بر هزینه‌ها»، هیچ ابهامی در محتوای بودجه وجود نداشته باشد (ابراهیمی‌نژاد و فرج‌وند، ۱۳۹۱، ص. ۱۲۹).

از جمله لوازم انکارناپذیر نظارت مالی کارآمد دیوان محاسبات این است که ارقام، هزینه‌ها و اعتبارات به صورت شفاف و دقیق در لایحه بودجه بیان و ریز ارقام و مواد هزینه در آن ذکر شود. در صورت فقدان این عنصر در لایحه بودجه، نظارت دیوان محاسبات بر اساس مأموریت آن در اصل ۵۵ قانون اساسی به گونه مطلوب به سرانجام نخواهد رسید؛ زیرا عبارت «به ترتیبی که قانون مقرر می‌دارد رسیدگی یا حسابرسی می‌نماید که هیچ هزینه‌ای از اعتبارات مصوب تجاوز نکرده و هر وجهی در محل خود به مصرف رسیده باشد»، به خوبی بر لزوم تعیین دقیق، شفاف و تفصیلی ریز اعداد و ارقام هزینه‌ها و اعتبارات برای نظارت نتیجه‌بخش دیوان دلالت، بلکه صراحت دارد. بنابراین، هرگونه ابهام و کلی‌گویی که موجب فقدان این شاخص باشد، مغایر با قانون اساسی تلقی



خواهد شد.<sup>۱</sup> در رویه شورای نگهبان در قبال دیوان محاسبات نظرهایی وجود دارد که این مهم را مورد تأکید قرار می‌دهد. یکی از این نظرها، نظر شماره ۱۰۸۹۵ این شورا در تاریخ ۱۳۶۲/۲/۲۹ ذیل «لایحه بودجه سال ۱۳۶۳ کل کشور» بود که کلیت آن با اصل ضروری یادشده در تضاد بود.<sup>۲</sup> این نظر اشعار می‌دارد «از لحاظ اصل ۵۲ قانون اساسی ایرادی که بر لایحه بودجه سال ۱۳۶۳ وارد است، این است که مفهوم بودجه صورت تفصیلی متعارف خرج و دخل و هزینه و اعتبارات است؛ به طوری که در هر دو مورد به طور متعارف، بررسی و اظهارنظر و تعدیل در مجلس شورای اسلامی ممکن باشد و تصویب آن آگاهانه و با توجه به جوانب لازم انجام شود و با توجه به اینکه در لایحه تقدیمی، تفصیل خرج و دخل به همان مفهومی که حتی در بند ح تبصره ۲۰ به آن توجه شده، بیان نشده است، با اصل ۵۲ قانون اساسی تطبیق ندارد و از لحاظ اصل ۵۵ قانون اساسی نیز دیوان محاسبات را مأمور می‌نماید که حسابرسی را به نحوی انجام دهد که هر وجهی در محل خود به مصرف رسیده باشد». بدیهی است که مقتضای اطمینان از صرف هزینه‌ها در محل خود این است که میزان و مورد اعتبار کاملاً مشخص شود و هیچ‌گونه موضوع پنهان و پوشیده و بدون ضابطه‌ای در تخصیص اعتبارات بودجه‌ای وجود نداشته باشد.<sup>۳</sup>

نظر بالا که نمایان‌کننده تفکیک‌ناپذیری تفصیلی بودن ریز اعتبارات و هزینه‌های بودجه از نظارت مدنظر قانون‌گذار اساسی در اصل ۵۵ است، در نظر شماره ۸۱/۳۰/۲۵۰۹ شورای نگهبان نیز مورد تأکید قرار گرفته است؛ توضیح اینکه مجلس شورای اسلامی در بند الحاقی ۲ تبصره ۱۷ «لایحه بودجه سال ۱۳۸۲ کل کشور» مصوب کرده بود «اعتبارات کلیه دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی و پژوهشی به استناد ماده ۱۰۳ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت و مواد ۲، ۳ و ۴ قانون نحوه انجام امور مالی و معاملاتی دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی و تحقیقاتی مصوب ۱۳۶۹/۱۰/۱۸، صرفاً در قالب برنامه و طرح و به صورت کمک و بدون رعایت فصول

۱. البته نباید از نظر دور داشت که لزوم بیان تفصیلی نباید استقلال و اختیار اعمال مالی مجموعه‌های بهره‌مند از بودجه را تضعیف کند. از این رو اقدامات و تصمیم‌گیری‌های ناگزیر و متداول مالی که لازمه حسن عمل است، مقصود نوشتار فوق نیست.

۲. مراجعه شود به: <https://slink.shora-gc.ir/B6qPI>

۳. توجه به این نکته ضروری است که شورای نگهبان هم‌زمان به انعطاف بودجه نیز توجه دارد و در مواردی این موضوع را تأیید کرده است که یکی از مثال‌های آن ماده ۷۹ «قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت» است که در آن مقنن اجازه جابه‌جایی اعتبارات فصول هزینه را تا درصد معینی داده است.

خواهد بود و فصول درج شده در پیوست‌های این قانون صرفاً اطلاعی می‌باشد»، اما از آنجاکه این عبارت به صراحت لزوم فصل‌بندی این اعتبارات را نفی می‌کند و درج فصول در پیوست را صرفاً برای اطلاع می‌دانست، عملاً در تغایر با اصل لزوم بیان ریز هزینه‌ها و اعتبارات بیان شده بود که با ایراد شورای نگهبان مواجه شد. این شورا در تاریخ ۱۳۸۱/۱۱/۲۸ پس از بررسی لایحه یادشده در نظر خود تصریح کرد «در بند الحاقی ۲ تبصره ۱۷ چون اجازه داده شده است اعتبارات بدون فصول هزینه گردد، لذا از این جهت مغایر اصول ۵۳ و ۵۵ قانون اساسی شناخته شد». به دنبال این نظر شورای نگهبان، مجلس شورای اسلامی در اصلاحات به عمل آمده، بند الحاقی ۲ تبصره ۱۷ را از کلیت و غیر قابل نظارت بودن یادشده خارج ساخت و بدین ترتیب، نظر شورای نگهبان را تأمین کرد.<sup>۱</sup>

اگر در زمینه بیان صحیح هزینه‌ها و اعتبارات در سند بودجه اهمی وجود نداشته باشد و مشخص نشود که تخصیص و خرج اعتبار بودجه با چه کیفیتی صورت پذیرفته است، دیوان محاسبات هرگز نخواهد توانست رسالت خود را به‌عنوان ناظر کنشگر مجلس انجام دهد. بنابراین، در چنین مواردی اهتمام شورای نگهبان در حفظ صلاحیت‌ها و اختیارات نظارتی مجلس شورای اسلامی که توسط قانون اساسی به آن بخشیده شده، بسیار بیشتر از خود مجلس است.

## ۲.۲. ممنوعیت اعطای وظایف و اختیارات خارج از قانون اساسی به دیوان محاسبات

یکی از ویژگی‌های قانون اساسی کلی بودن مفاد آن است؛ زیرا امکان پرداختن به امور جزئی در این سند حقوقی - سیاسی وجود ندارد و تنها به بیان سرخط‌ها، اصول و راهبردهای کلی اکتفا می‌شود (زراعت و معین، ۱۳۹۵، ص. ۷۰). صلاحیت‌های پیش‌بینی شده برای دیوان محاسبات توسط قانون‌گذار اساسی نیز مرزبندی مشخصی ندارد و هرآینه در این زمینه تخطی از قانون اساسی محتمل است. از این رو شورای نگهبان موظف است در نظارت خود هرگونه انحراف احتمالی درباره اعطای صلاحیت و وظیفه یا سلب آن از دیوان محاسبات را ردیابی و بر اساس اصل سلسله‌مراتب در قانون‌گذاری مردود اعلام کند.

در این راستا، شورای نگهبان در نظرات خود بر لزوم انطباق مسئولیت‌های محوله به دیوان

۱. در مصوبه اصلاحی شماره ۳۶۲۷۴ مورخ ۱۳۸۱/۱۲/۵ چنین آمده است «در سطر چهارم بند الحاقی ۲ تبصره ۱۷ عبارت " و بدون رعایت فصول... صرفاً اطلاعی " حذف گردید».

محاسبات با حدود اصل یادشده تأکید کرده است. این شورا در نظر شماره ۴۳۰۶ مورخ ۱۳۶۰/۱۱/۲۹ درباره «طرح دیوان محاسبات کشور» اعلام کرد اعطای اختیارات مازاد بر اصل ۵۵ به دیوان محاسبات مردود است.<sup>۱</sup> در طرح مزبور، مصوب ۱۳۶۰/۱۱/۱۳ مجلس شورای اسلامی، «بررسی حدود اعمال سیاست‌های مالی تعیین‌شده در بودجه مصوب» و «بررسی به‌منظور اطمینان از وجود و کفایت روش‌های مالی مؤثر و تعیین قابلیت بهره‌وری و کارایی دستگاه‌ها در ارتباط با هدف‌های تعیین‌شده»، از اهداف دیوان محاسبات کشور دانسته شده بود و ماده ۱ تصریح می‌داشت که این اهداف برآمده از اصول مندرج در قانون اساسی است، اما این موارد در نظر یادشده شورای نگهبان با استناد به عدم شمول اصل مزبور نسبت به موارد یادشده مغایر با قانون اساسی شناخته شد. همچنین، برخی مواد دیگر نیز به دلیل استناد بیان‌شده، مغایر با قانون اساسی تشخیص داده شد. نظر ۴۳۰۶ این شورا ذیل طرح دیوان محاسبات بیان می‌دارد «بند ب و بند ج ماده ۱ و مواد ۴، ۵، ۶، ۷، ۸، ۹ و قسمت اخیر ماده ۱۰ و مواد ۲۶ و ۴۴ چون وظایف و اختیاراتی را به دیوان محاسبات داده که در قانون اساسی چنین وظایف و اختیاراتی برایش پیش‌بینی نشده، مغایر اصل ۵۵ قانون اساسی است».

با اصلاحاتی که در مصوبه اصلاحی مجلس شورای اسلامی صورت گرفت، ایرادات شورای نگهبان به‌جز یک مورد برطرف شد. به‌رغم تجدیدنظر در ماده ۲۶ مصوبه اولیه و اصلاح آن، شورای نگهبان همچنان معتقد بود که این ماده وظایف و اختیاراتی خارج از وظیفه قانونی مندرج در اصل ۵۵ قانون اساسی به دیوان محاسبات اعطا کرده است.<sup>۲</sup> سرانجام مجلس شورای اسلامی در تاریخ ۱۳۶۱/۱۱/۱۴ با اصلاح این ماده در مصوبه اصلاحی خود، نظر شورای نگهبان را تأمین کرد<sup>۳</sup> که البته این ماده در «طرح اصلاح قانون دیوان محاسبات کشور مصوب ۱۳۶۱/۱۱/۱۱ مجلس شورای اسلامی و الحاقی یک ماده به آن» مورخ ۱۳۷۰/۵/۲۰ دوباره مورد اصلاح قرار گرفت.

شایان توجه است که در قانون خاص مربوط به دیوان محاسبات نیز رعایت اصل سلسله‌مراتب

۱. مراجعه شود به: <https://slink.shora-gc.ir/mxAmJ>

۲. نظر شماره ۵۰۳۷ شورای نگهبان در تاریخ ۱۳۶۱/۶/۱۸.

۳. نظر ۷۵۰۳ مورخ ۱۳۶۱/۱۱/۱۷. مراجعه شود به: <https://slink.shora-gc.ir/fmgGQ>

قانون و لزوم عدم مغایرت و تحمیل کارویژه‌هایی فراتر از قانون اساسی بر دیوان محاسبات مورد توجه قرار گرفته است. برای مثال، می‌توان به ماده ۴۱ قانون دیوان محاسبات اشاره کرد که درباره ارجاع موضوعات خاص مجلس شورای اسلامی به دیوان محاسبات، قید «ارتباط با وظایف دیوان محاسبات» ذکر شده است و دیوان را در قبال موضوعات خارج از محدوده وظایف خود که از سوی مجلس ارجاع می‌شود، مسئول ندانسته است. این همه به‌خوبی ضرورت عدم دریافت هرگونه صلاحیت و وظیفه خارج از قانون اساسی توسط دیوان محاسبات را تأکید و روشن می‌کند.

به نظر می‌رسد در نظارت بر مصوبات ناظر به دیوان محاسبات و صلاحیت‌های اعطایی به این نهاد، همواره باید یک معیار مورد توجه قرار گیرد و آن اینکه، آیا صلاحیت مزبور در راستای تکمیل و تنظیم<sup>۱</sup> وظایف اساسی آن است یا خیر؟ اگر چنین باشد، دلیلی برای مغایرت با اصل ۵۵ وجود نخواهد داشت؛ هرچند قانون اساسی به آن اشاره نکرده باشد. به تعبیر دیگر، آنچه حائز اهمیت است، انجام دادن رسالت محوله به دیوان محاسبات به بهترین وجه است و منطقی است که به این نهاد نظارتی هرگونه اختیاراتی که نقش مؤثری در اجرای مطلوب وظایف آن دارد، اعطا شود. بنابراین، در اعلام نظر شورای نگهبان مبنی بر مغایرت یا عدم مغایرت صلاحیت اعطایی به دیوان محاسبات، آنچه در وهله نخست باید مورد توجه قرار گیرد، این است که آیا با فرض یاد نشدن از این صلاحیت در قانون اساسی، می‌توان آن را در راستای وظایف دیوان دانست یا خیر؟ بدیهی است اگر پاسخ مثبت باشد، اشکال اعطای صلاحیت خارج از چهارچوب قانون اساسی وارد نخواهد بود. مثال این ملاک در ماده ۴۲ قانون دیوان محاسبات به‌وضوح شایان ملاحظه است. در این ماده به دیوان محاسبات اجازه داده شده است که در تمام امور مالی کشور، تحقیق و تفحص و مستقیماً مکاتبه برقرار کند. این در حالی است که در قانون اساسی، اشاره‌ای به تحقیق و تفحص در امور مالی کشور به‌عنوان صلاحیت دیوان محاسبات نشده است، اما قید «برای انجام وظایف خود» در صدر این ماده به‌خوبی این اشکال را برطرف می‌کند. بنابراین، اگر در مصوبات مجلس، اعطای صلاحیت مقید به قید «برای انجام وظایف» شود و شورای نگهبان امکان بهره‌گیری

۱. البته تکمیل و تنظیم نباید با مفهوم نزدیک اصلاح یا توسعه صلاحیت خلط شود؛ زیرا مقصود از مفهوم نخست در اینجا تنها لوازم ضروری صلاحیت اصلی است برخلاف مفهوم دوم که به معنای تغییر صلاحیت اولیه یا افزودن صلاحیتی اضافه بر آن با ماهیتی متفاوت است.

از صلاحیت داده‌شده را در راستای به نتیجه رساندن وظایف اصلی دیوان تشخیص دهد، دلیلی برای مغایرت با قانون اساسی وجود نخواهد داشت.

به‌طورکلی، آنچه در چنین موضعی باید مورد توجه قرار گیرد، این است که بررسی و اعلام‌نظر نباید تنها متمرکز در نص قانون و بدون در نظر گرفتن اهداف قطعی و مهم قانون اساسی باشد. در همین مثال اخیر، اگر موضوع بدون توجه به ابعاد گوناگون آن مورد سنجش قرار گیرد، این پرسش ایجاد می‌شود که آیا اطمینان از اینکه دستگاه مورد نظارت اعتبار را در جای خود مصرف کرده و فراتر نرفته است، به‌تنهایی برای نظارت مطلوب کفایت می‌کند؟ آیا اگر میزان کارایی و کارآمدی روش‌های موجود به‌منظور اطمینان از وجود و کفایت اعمال مالی مؤثر و تعیین قابلیت بهره‌وری و کارایی دستگاه‌ها در ارتباط با هدف‌های تعیین‌شده بررسی و سنجش نشود، نظارت مقصود قانون اساسی حاصل می‌شود؟ مسلماً نمی‌توان از قانون اساسی چنین برداشتی داشت و با دیگر ایده‌هایی که در راستای ارتقای مطلوبیت نظارت مقصود طرح می‌شود، با استناد به عدم فهم آن از متن مخالفت کرد؛ زیرا اگر بنا بر مخالفت با هرگونه اعطای صلاحیت فاقد ارتباط مستقیم با مفاد اصل ۵۵ قانون اساسی باشد، بسیاری از صلاحیت‌های دیگر دیوان محاسبات در قوانین موجود نیز نباید مورد تأیید قرار می‌گرفت.<sup>۱</sup>

مثال دیگر از واگذاری مسئولیت مازاد بر سازمان بر عهده دیوان محاسبات، ماده ۹۲ «طرح محاسبات عمومی کشور» مصوب ۱۳۶۵/۱۱/۶ مجلس شورای اسلامی است که در آن مقرر شد در صورت معامله فضولی دستگاه‌های اجرایی و پیشامد اشکال امتناع فروشنده از قبول یا عدم امکان رد عین مال، دیوان محاسبات مرجع مراجعه ذی‌نفع است و می‌تواند با او توافق کند<sup>۲</sup>، اما از نگاه شورای نگهبان، سپردن چنین مرجعیت و مسئولیتی به دیوان محاسبات با وظایف و اختیارات

---

۱. برای مثال، شورای نگهبان موظف شدن دیوان محاسبات نسبت به تهیه آیین‌نامه اجرایی نحوه و زمان‌بندی اجرای کامل حسابداری تعهدی (حداکثر ظرف مدت سه سال) تبصره بند ۱ ماده ۲۶ قانون الحاق برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (۲) را مغایر با قانون اساسی ندانسته است. همچنین، این شورا وظیفه دیوان محاسبات در بخش ز تبصره ۱ قانون بودجه سال ۱۳۹۶ کل کشور مصوب ۱۳۹۵/۱۲/۲۴، ناظر به لزوم رسیدگی به اقدامات متضمن نقض قوانین بودجه توسط مسئولان ذی‌ربط وقت، ارائه جمع‌بندی خود به کمیسیون برنامه و بودجه و محاسبات و همچنین، پیگیری‌های لازم در مورد متخلفان را مغایر وظایف این نهاد در اصل ۵۵ ارزیابی نکرده است. این همه توجهی جز در راستای تکمیل و متمیم وظایف مصرح در اصل مزبور را ندارد.

۲. مراجعه شود به: <https://slink.shora-gc.ir/NY5DW>

قانونی این نهاد در تضاد است و نمی‌توان برای آن مبنای قانونی قائل شد. لذا شورای مزبور آن را به استناد مغایرت با اصل ۵۵ قانون اساسی مردود دانست. نظر ۷۷۰۵ مورخ ۱۳۶۵/۱۱/۲۱ این شورا ذیل «طرح قانونی محاسبات عمومی کشور» تصریح می‌دارد که «...توافق دیوان محاسبات با اصل ۵۵ قانون اساسی مغایرت دارد...». به دنبال این ایراد، مجلس شورای اسلامی در اصلاحیه این ماده، مرجع و مجری بودن دیوان محاسبات در توافق با ذی‌نفع را حذف کرد و بدین روی ماده ۹۲ مورد تأیید شورای نگهبان قرار گرفت.<sup>۱</sup>

مبنای بیان‌شده در رویه شورای نگهبان مبنی بر ممنوعیت اعطای صلاحیت خارج از چهارچوب قانون اساسی، نظر این شورا مبنی بر عدم صلاحیت معاون دیوان محاسبات برای عضویت در هیئت نظارت بر مسافرت‌های خارجی کارکنان دولت را توجیه می‌کند؛ توضیح اینکه در «طرح نظارت بر مسافرت‌های خارجی کارکنان دولت» مصوب ۱۳۷۳/۴/۱۵ مجلس شورای اسلامی، در راستای نظارت بر مسافرت‌های خارجی کارکنان دولت، صدور گذرنامه و بلیت برای مأموران دولت و پرداخت همه مخارج مسافرت، منوط به صدور مجوز از سوی هیئتی بود که معاون دیوان محاسبات کشور نیز یکی از شش عضو آن به شمار می‌رفت.<sup>۲</sup> شورای نگهبان پس از بررسی طرح مذکور، در نظر شماره ۶۵۶۸ مورخ ۱۳۷۳/۴/۲۲ درباره این ماده چنین نظر داد «عضویت معاون دیوان محاسبات در هیئت مذکور در ماده ۱ با توجه به وظیفه‌ای که برای این هیئت در ماده ۲ آمده است، خروج از محدوده اختیاراتی است که در قانون اساسی برای دیوان محاسبات ذکر شده است و خلاف اصل ۵۵ قانون اساسی می‌باشد.» از این رو مجلس در مصوبه اصلاحی خود، معاون دیوان محاسبات را از هیئت پیش‌بینی‌شده حذف و نماینده رئیس‌جمهوری را به‌عنوان رئیس هیئت جایگزین کرد.

مشابه این نظرات در رویه شورای نگهبان، نظر این شورا ذیل «طرح محاسبات عمومی کشور» بود که به علت تعیین تکلیفی خارج از قانون اساسی برای دیوان محاسبات مغایر اصل ۵۵ اعلام شد. ماده ۱۲۶ این طرح تصریح می‌داشت «حقوقی که بر اثر تخلف از شرایط مندرج در قراردادها برای دولت ایجاد می‌شود جز در مورد احکام قطعی محاکم دادگستری که لازم‌الاجرا خواهد بود،

۱. البته به نظر می‌رسد که نمی‌توان به‌آسانی، صلاحیت مزبور را در راستای توسعه صلاحیت و نه تکمیل صلاحیت ارزیابی کرد. از این رو این نظر شورای نگهبان نیز تأمل‌برانگیز است.

۲. مراجعه شود به: <https://slink.shora-gc.ir/i0kfs>

کلاً یا بعضاً قابل بخشودن نیست مگر اینکه به موجب رأی دیوان محاسبات قبل از صدور حکم قطعی محرز شده باشد که تخلف از شرط ناشی از حادثی بوده که از اختیار طرف قرارداد خارج بوده است». از نظرگاه شورای نگهبان، اعطای این مرجعیت به دیوان محاسبات خارج از صلاحیت‌ها و وظایف اساسی این نهاد و از این رو با قانون اساسی که به تحدید کلی وظایف دیوان پرداخته، مغایر است. این شورا در نظر شماره ۷۷۰۵ مورخ ۱۳۶۵/۱۱/۲۱ درباره طرح فوق بیان داشت «در ماده ۱۲۶ قرار دادن تشخیص این امر (که تخلف از شرط ناشی از حادثی بوده که از اختیار طرف قرارداد خارج بوده است) به عهده دیوان محاسبات با اصل ۵۵ قانون اساسی مغایر است...»<sup>۱</sup>. این رویکرد نیز چنان‌که گذشت، با توجه به مبنای لوازم صلاحیت تأمل‌برانگیز به نظر می‌رسد؛ زیرا اگر بنا بر مخالفت با هرگونه اعطای صلاحیت فاقد ارتباط مستقیم با مفاد اصل ۵۵ قانون اساسی باشد، بسیاری از صلاحیت‌های دیگر دیوان محاسبات در قوانین موجود نیز نباید مورد تأیید قرار می‌گرفت.

### ۳.۲. جواز استفاده از خدمات حسابرسان بخش خصوصی در حدود اعتبارات مصوب

مجلس شورای اسلامی در «طرح الحاق یک ماده به قانون دیوان محاسبات کشور مصوب ۱۳۶۱» مورخ ۱۳۸۱/۱/۲۵، به صورت مطلق به دیوان محاسبات اجازه می‌داد که برای وظایف قانونی خود از ظرفیت حسابرسان بخش خصوصی استفاده کند<sup>۲</sup>، اما از آنجاکه این ماده با اطلاق خود نوعی تحمیل مالی خارج از اعتبارات مصوب را بدون تدبیر تأمین هزینه بر دیوان محاسبات و به طور کلی اقتصاد کشور بار می‌کرد، مستند به اصل ۷۵ مورد ایراد شورای نگهبان واقع شد<sup>۳</sup>.

۱. مراجعه شود به: <https://slink.shora-gc.ir/MlgNQ>.

۲. اساساً با بررسی نظرات تأییدمحور شورای نگهبان نسبت به مصوبات مجلس شورای اسلامی، کاملاً روشن می‌شود که در موارد بسیاری، وظایفی فراتر از مفاد اصل ۵۵ قانون اساسی به دیوان محاسبات سپرده شده، اما درعین حال با ایرادی از سوی این شورا مواجه نشده است. برای مثال، دیوان محاسبات در بندهای ۱ و ۲ بخش ۱ تبصره ۱ قانون بودجه سال ۱۳۹۶ کل کشور مصوب ۱۳۹۵/۱۲/۲۴، عضو کارگروهی دانسته شده است که وظیفه دارد نسبت به تسویه برداشت بیش از مجوز قانونی دولت و همچنین، تسویه بدهی نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران به شرکت ملی نفت ایران اقدام کند!

۳. مراجعه شود به: <https://slink.shora-gc.ir/Sdtsj>.

۴. نظر شماره ۲۰۰/۳۰/۸۱ مورخ ۱۳۸۱/۲/۲ «اطلاق ماده ۸... از این جهت که باعث افزایش هزینه عمومی است و طریق تأمین آن معلوم نشده است، مغایر اصل ۷۵ قانون اساسی تشخیص داده شد». مجلس شورای اسلامی در مصوبه اصلاحی

رای یادشده شورای نگهبان حاکی از وجود قاعده کلی و فراگیری مبنی بر لزوم پیش‌بینی طریق جبران کاهش درآمد یا تأمین هزینه جدید در طرح‌ها و لوایح قانونی است، اما در مورد دیوان محاسبات نمایان‌کننده این حقیقت خاص و مهم است که اگر بنا بر استفاده از ظرفیت بخش خصوصی یا بهره‌مندی از هر نوع امکانات دیگری در راستای عمل به وظایف قانونی باشد، ضروری است این موضوع در حدود اعتبارات مصوب و موجود باشد و تحمیل هزینه‌ای فراتر بر دولت نباشد. ضرورت یادشده برآمده از اصل ۷۵ قانون اساسی است که بر اساس آن، مجلس پس از مرحله تصویب بودجه (جمعی از نویسندگان، ۱۴۰۰، ص. ۳۲۱) حق ندارد در طرح پیشنهادها و اصلاحات خود نسبت به بودجه مصوب، هزینه‌های عمومی را افزایش یا درآمدهای عمومی را کاهش دهد مگر آنکه روش جبران کاهش درآمد یا تأمین هزینه جدید را پیش‌بینی کند (جمعی از نویسندگان، ۱۴۰۰، ص. ۲۹۸)

#### ۴.۲. ممنوعیت مشارکت مجموعه یا افراد خارج از دیوان محاسبات در انجام دادن وظایف خاص مصرح در اصل ۵۵

اصل ۵۵ قانون اساسی مشخصاً دو وظیفه مهم را برای دیوان محاسبات کشور در نظر گرفته است. نخستین وظیفه، رسیدگی یا حسابرسی همه حساب‌های وزارتخانه‌ها، مؤسسات، شرکت‌های دولتی و دیگر دستگاه‌هایی است که به‌نحوی از انحا از بودجه کل کشور استفاده می‌کنند که این همه باید بر اساس قانون باشد. وظیفه دوم نیز جمع‌آوری حساب‌ها، اسناد و مدارک مربوط برابر با قانون و تسلیم سالانه گزارش تفریغ بودجه به همراه نظرات خود به مجلس شورای اسلامی است که البته این گزارش باید در دسترس عموم قرار گیرد. وضع این تکالیف برای دیوان محاسبات یک هدف اساسی را دنبال می‌کند و آن، اطمینان از عدم تجاوز هزینه‌ها از اعتبارات مصوب و مصرف هر وجه در محل خود است. این اصل ضمن عدم نفی نظارت‌های مجاز و قانونی دیگر دستگاه‌های نظارتی در حیطه وظایف خود، اشاره می‌دارد که نظارت بر امور مالی مربوط به بودجه دولتی مجموعه‌های برخوردار از آن، بر عهده دیوان محاسبات کشور است و هم‌او حق اظهارنظر نهایی در محدوده خاص صلاحیت‌های نظارتی خود دارد. بنابراین، هرگونه مداخله نهادهای دیگر یا

---

خود این ماده را به قید «در حدود اعتبارات مصوب» مقید کرد و ایراد شورای نگهبان را برطرف ساخت. این ماده آخرین اصلاحیه بود و هم‌اکنون معتبر است.



اشخاص خارج از دیوان محاسبات در عمل به وظایف مصرح اصل ۵۵، مغایر با قانون اساسی به شمار می‌رود و نهادهای نظارتی دیگر باید برای نظارت مالی از مجاری صلاحیت مشخص خود، بدون دخالت در مأموریت‌های قانونی دیوان اقدام کنند.

مجلس شورای اسلامی در تاریخ ۱۳۶۳/۹/۲۴ ماده‌واحد‌ای را با عنوان «لایحه تمدید مهلت مقرر در قانون رسیدگی به پرونده‌های کسری جمع‌داری مصوب ۱۳۶۰/۶/۱» تصویب کرد که در آن کمیسیونی برای رسیدگی مالی به پرونده‌های کسری ابواب جمعی پیش‌بینی شده بود. این کمیسیون مرکب از پنج نفر بود که دو نفر آن، از اعضای دیوان محاسبات و سه نفر دیگر خارج از دیوان بودند.<sup>۱</sup> این ماده‌واحد تصمیم‌گیری پیرامون پرونده‌های موضوع این قانون را به عهده کمیسیون مزبور می‌گذاشت که این تصمیمات با اکثریت سه‌پنجم آرا در صورت عدم اعتراض، قطعی و لازم‌الاجرا می‌شد، اما شورای نگهبان در نظر شماره ۲۳۴۱ مورخ ۱۳۶۳/۹/۲۲ اعلام کرد «نظر به اینکه ظاهراً رسیدگی به کسری ابواب جمعی در ماده‌واحد رسیدگی‌ای است که طبق اصل ۵۵ قانون اساسی به عهده دیوان محاسبات است و نظر به اینکه در ضمن اعضای کمیسیون افرادی از خارج دیوان در نظر گرفته شده [است] نسبت به موارد بعد از تصویب قانون اساسی با اصل ۵۵ قانون اساسی مغایرت دارد و از لحاظ شرعی نظر به اینکه رسیدگی قضایی و صدور رأی از وظایف قوه قضائیه است، قطعیت رأی کمیسیون مذکور به نظر اکثریت فقها با موازین شرعی مغایرت دارد.»

ایراد قانونی شورای نگهبان در مصوبه اصلاحی ۱۳۶۳/۱۱/۳ این‌گونه تصحیح شد «به‌منظور تسهیل و تسریع در رسیدگی و اتخاذ تصمیم نسبت به پرونده‌هایی که تحت عنوان کسری جمع‌داری (اعم از نقدی و جنسی و اوراق بهادار) در اجرای ماده ۶۳ قانون محاسبات عمومی مصوب دی ۱۳۴۹ تا تاریخ ۱۳۶۱/۱۱/۱۱ در دیوان محاسبات یا وزارت امور اقتصادی و دارایی تشکیل شده است، به رئیس دیوان محاسبات کشور اجازه داده می‌شود کمیسیونی مرکب از پنج نفر از اعضای دیوان محاسبات کشور تشکیل دهد» و ایراد شرعی شورای نگهبان با عدم قطعی و لازم‌الاجرا خواندن آرای هیئت مذکور در صورت عدم قبول مدعی‌علیه یا قائم‌مقام او برطرف شد. ایراد شورای نگهبان به ماده‌واحد فوق مبنی بر عدم جواز واگذاری وظایف خاص دیوان

۱. مراجعه شود به: <https://slink.shora-gc.ir/xDsUD>

محاسبات کشور مصرح در اصل ۵۵ به مجموعه یا افراد دیگر خارج از دیوان، بعدها به «لایحه ماده‌واحدہ تعیین تکلیف حساب‌های سنواتی وزارت جهاد سازندگی در سال‌های ۱۳۶۳ تا ۱۳۷۰» مصوب ۱۳۷۵/۱۲/۱۱ مجلس شورای اسلامی نیز وارد شد. مجلس در این ماده‌واحدہ نیز هیئت مشابہی را در محدوده صلاحیت‌های خاص دیوان محاسبات در اصل ۵۵ پیش‌بینی کرده بود<sup>۱</sup>، اما شورای نگهبان در نظر شماره ۷۵/۲۱/۱۵۴۸ در تاریخ ۱۳۷۵/۱۲/۲۱ اعلام داشت: «ماده‌واحدہ به لحاظ اینکه وظایف خاص دیوان محاسبات را به هیئت دیگر واگذار نموده [است]، مغایر اصل ۵۵ قانون اساسی شناخته شد و تبصره‌های ماده‌واحدہ که مبتنی بر آن است، اشکال دارد». مجلس شورای اسلامی در مصوبه اصلاحی ۱۳۷۶/۲/۳، از قطعی و لازم‌الاجرا بودن تصمیمات هیئت یادشده تنزل و تصریح کرد «تصمیمات این هیئت که به اکثریت آرا اتخاذ می‌شود و تنها ناظر بر ایجاد تسهیلات در امر تنظیم حساب‌های مذکور می‌باشد، مانع از رسیدگی دیوان محاسبات کشور بر اساس وظایف مندرج در اصل ۵۵ قانون اساسی و مانع تعقیب قانونی متخلفین نخواهد بود. وزارت جهاد سازندگی مکلف است اطلاعات و مدارک مورد نیاز هیئت را در اختیار آنان قرار داده و همکاری لازم را به عمل آورد». این اصلاحیه نظر شورای نگهبان مبنی بر ممنوعیت واگذاری وظایف خاص دیوان محاسبات به هیئت دیگر را تأمین کرد، اما تبصره ۴ آن که اشعار می‌داشت «پرونده‌های تشکیل‌شده در دیوان محاسبات کشور ناشی از عدم تنظیم حساب‌ها و تهیه صورت حساب عملکرد سالانه بودجه وزارت جهاد سازندگی اعم از اینکه منتهی به صدور رأی شده یا نشده باشد، بر اساس تصمیم این هیئت تعیین تکلیف خواهد شد»، همچنان با اصل ۵۵ مغایر بود که درنهایت، مجلس آن را در مصوبه اصلاحی ۱۳۷۶/۳/۷ حذف کرد. بنابراین، نظر شورای نگهبان تأمین شد و اختیارات و وظایف دیوان محاسبات در اصل ۵۵ برای این دیوان شد.

مانند این حساسیت، در نظر شورای نگهبان پیرامون «لایحه بودجه سال ۱۳۸۴ کل کشور» نیز وجود داشت. این شورا در نظر شماره ۱۰۵۷۲ / ۳۰ / ۸۳ مورخ ۱۳۸۳ / ۱۲ / ۲۳ بیان کرد «کلیه مواردی که در این مصوبه، اعتبارات به‌عنوان وجوه اداره‌شده یا هزینه قطعی ذکر شده و همچنین،

۱. مراجعه شود به: <https://slink.shora-gc.ir/eNadg>

قسمت اخیر جزء ۳ بند ر تبصره ۱۱<sup>۱</sup> که عملکرد مالی این جزء را با تصویب کارگروه موضوع این بند قطعی تلقی نموده، از این جهت که آیا نافذ اختیارات و وظایف دیوان محاسبات مذکور در اصل ۵۵ می‌باشد یا خیر، دارای ابهام است. پس از رفع ابهام اظهار نظر خواهد شد. مطابق با تصریح اصل ۵۵ قانون اساسی، رسیدگی و حسابرسی عملکرد مالی دستگاه‌ها و مجموعه‌های بهره‌مند از بودجه، از اختیارات و وظایف دیوان محاسبات کشور است تا نسبت به مصرف اعتبارات مصوب در محل مشخص، اطمینان حاصل شود، اما در لایحه یادشده و همچنین فراز مشارالیه در نظر شورای نگهبان، به برخی از عملکردهای مالی بدون اشاره به لزوم رسیدگی دیوان محاسبات قطعیت بخشیده شده بود که همین نسبت به اینکه آیا وظایف و اختیارات دیوان در راستای تحقق اهداف قانونی خود لحاظ شده است یا خیر، ایجاد ابهام می‌کرد. شورای نگهبان با توجه به اصلاح صورت‌گرفته در مصوبه که مقرر می‌داشت «متن ذیل در انتهای جزء ۳ بند ر تبصره ۱۱ اضافه شود [که] دیوان محاسبات کشور موظف است حساب‌های این بند را رسیدگی و به مجلس شورای اسلامی گزارش نماید»، ایراد مطرح شده را مرتفع دانست. قید یادشده و اصلاحات صورت‌گرفته در نهایت توانست تأیید شورای نگهبان را به دست آورد. این رأی و آرای مانند آن حاکی از اهتمام شورای نگهبان به حراست از اختیارات خود وفق قانون اساسی است که اجازه هیچ‌گونه اخلاف یا نقص در صلاحیت‌های دیوان محاسبات را نمی‌دهد.

## ۵.۲. لزوم لحاظ نظریه تفسیری در فهم مواد قانون عادی

آخرین نکته، تأکید بر حکومت تفسیر موجود ذیل اصل ۵۵ قانون اساسی بر تمام مواد قانونی مربوط به نظارت دیوان است<sup>۲</sup>؛ زیرا قوانین عادی و فرودین محکوم به مطابقت با قانون فرازین یعنی قانون اساسی هستند (دانش‌پژوه، ۱۳۹۲، صص. ۱۶۹-۱۷۱). در این باره می‌توان به دو مثال شفاف اشاره کرد.

مثال نخست، ماده ۴۱ قانون دیوان محاسبات است که رسیدگی و اظهار نظر درباره موضوعات

۱. مراجعه شود به: <https://slink.shora-gc.ir/ROe7i>.

۲. در این زمینه نسبت به قوانین عادی که پیش از صدور نظر تفسیری، تصویب و توسط شورای نگهبان تأیید شده‌اند، باید تأمل کرد؛ زیرا اگر به صراحت فرامینی برخلاف نظر تفسیری داشته باشند، تنها راه استوار ماندن نظر تفسیری، اصلاح مواد قانون عادی است؛ البته این موضوع درباره مواد قانونی ذووجهین و قابل تفسیر صادق نخواهد بود.

ارجاعی از سوی مجلس را بخشی از وظایف و اختیارات دیوان محاسبات دانسته است، اما قید «موضوعات مرتبط با وظایف دیوان محاسبات» در این ماده را لزوماً باید با در نظر داشتن تفسیر یادشده معنا کرد. بنابراین، مجلس شورای اسلامی حق ارجاع امور مالی مرتبط با اعتبارات خارج از بودجه به دیوان را ندارد. مثال دوم نیز ماده ۴۲ قانون یادشده است که ضمن اعطای حق تحقیق، تفحص و مکاتبه مستقیم با مقامات، قوای سه‌گانه، سازمان‌ها و... به دیوان، آن‌ها را مکلف به پاسخ‌گویی می‌داند. این ماده هم باید با توجه به قید «برای انجام وظایف خود» یادشده در آن اجرایی شود که بنا بر آن نه دیوان محاسبات حق تحقیق، تفحص و مکاتبه نسبت به امور مالی غیر بودجه‌ای افراد و نهادها را دارد و نه ایشان مکلف به پاسخ‌گویی هستند.<sup>۱</sup>

در پایان گفتنی است که قاعده مزبور مبنی بر عدم صلاحیت دیوان محاسبات برای اعمال نظارت مالی بر نهادهای غیردولتی از جمله شهرداری‌ها، در متن یکی از آرای شرعی شورای نگهبان نه صراحتاً و نه ضمناً مورد اشاره قرار نگرفته و احاله تشخیص آن به دیوان عدالت اداری منجر به نقض رویه جاری و صحیح شده است؛ توضیح اینکه، دیوان عدالت اداری در تاریخ ۱۳۹۶/۸/۲۲ در استعلامی<sup>۲</sup> از شورای نگهبان، درباره دادخواستی دال بر مغایرت دستورالعمل‌های دیوان محاسبات کشور مبنی بر حق اعمال نظارت مالی این دیوان بر شهرداری‌ها با شرع مقدس، از فقهای شورای نگهبان خواسته است که نظر خود حول مسئله مطروح در دادخواست را از حیث مغایرت یا عدم مغایرت با شرع بیان دارند. در پاسخ، شورای نگهبان دستورالعمل‌های مورد شکایت را خلاف شرع تشخیص نداد، اما تشخیص وجود یا عدم وجود حق قانونی نظارت دیوان محاسبات بر نهادهایی مانند شهرداری‌ها را بر عهده دیوان عدالت اداری دانست. هیئت تخصصی اقتصادی مالی دیوان عدالت اداری نیز در رأی خود، اعمال نظارت مالی دیوان محاسبات کشور را بر شهرداری‌ها از اختیارات این نهاد دانست و آن را مغایر با قوانین موجود تشخیص نداد؛ البته این اقتضای حقوقی که لزوماً آرای دیوان عدالت اداری باید در چهارچوب نظرات تفسیری شورای

۱. نکته شایان توجه و تأمل اینکه، شورای نگهبان در مواردی از این دست در مقام اظهارنظر، به مغایرت اعطای چنین اختیاراتی به دیوان محاسبات برخلاف موارد یادشده اشاره‌ای نداشته و گویی حکومت تفسیر موجود بر این مواد را مفروض گرفته است. بنابراین، شورای نگهبان در ایراد مزبور فاقد رویه یکسان است.

۲. استعلام شماره ۲۰۰/۱۴۸۵۰۸/۲۱۰/۹۰۰۰ دیوان عدالت اداری مورخ ۱۳۹۶/۸/۲۲. مراجعه شود به:

نگهبان تحلیل و معنی شود، مفروض و انکارناپذیر است، اما نکته مورد اشکال، احاله تشخیص این مسئله به دیوان عدالت اداری از سوی شورای نگهبان به‌رغم تصریح نظر تفسیری ذیل اصل ۵۵ قانون اساسی و همچنین، عدم التفات یا تصریح رأی دیوان به این نظر است.

### نتیجه‌گیری

نظارت فراگیر دیوان محاسبات بر تمام اعتبارات بودجه، از امور مورد تأکید شورای نگهبان در نظارت بر مصوبات مجلس است که مطابق با آن، هر اعتباری که به بودجه کل کشور بازگشت دارد، باید مورد حسابرسی دیوان مزبور قرار گیرد. در مقابل، بر اساس نظر تفسیری شورای نگهبان ذیل اصل ۵۵ قانون اساسی، صلاحیت رسیدگی و حسابرسی دیوان محاسبات محدود به اعتبارات منظور در بودجه کل کشور است و فراتر از آن مشمول این حسابرسی نخواهد بود. این نظر شورای نگهبان که خود از مبانی متعددی برخوردار است، در ماده ۲ قانون دیوان محاسبات از این‌رو که موهم نظارت دیوان بر نظام مالی و عملکرد اقتصادی تمام دستگاه‌ها، فارغ از ارتباط آن با بودجه یا غیر آن است و همچنین، از این‌رو که نظارت این نهاد را بر برخی نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی و نیز برخی منابع و مصارف مالی با ابهام مواجه کرده است، بروز و ظهوری ندارد که اقتضای آن اصلاح ماده مزبور خواهد بود. نظر تفسیری شورای نگهبان هرچند با برداشت غایت‌گرایانه از اصل مزبور مبنی بر لزوم نظارت عام‌الشمول دیوان محاسبات نسبت به همه امور مالی دستگاه‌های برخوردار از بودجه و همچنین منطوق، یا مفهوم برخی قوانین عادی ناسازگار و ناهمخوان است، اما صراحت آن از هرگونه توسعه صلاحیت نظارتی دیوان منع می‌کند. ایجاد ساختار نظارتی منسجم، مستقل و فراگیر برای نظارت بر گردش مالی غیربودجه‌ای نهادهای بودجه‌بر یا توسعه ساختارهای نظارتی خرد درون‌دستگاهی را می‌توان بهترین راهکار برای جلوگیری از خروج حجم وسیعی از جریان مالی کشور از نظارت و حسابرسی مؤثر دانست. مبتنی بر این دو ضابطه حاکم بر حدود حسابرسی دیوان محاسبات، در نظارت بر شرکت‌های دولتی نیز هر آنچه به‌گونه‌ای منتسب به ماهیت بودجه می‌شود، تحت نظارت دیوان محاسبات قرار خواهد گرفت که از جمله آن‌ها حمایت‌های مالی دولت و مصوبات مجامع عمومی این شرکت‌ها خواهد بود، اما این مهم نباید تبدیل به مداخله گسترده در بودجه شرکت‌های دولتی و پویایی آن‌ها که جزء ذاتی آن‌هاست، شود.

بر قلمرو نظارتی و حسابرسی دیوان محاسبات الزاماتی حاکم است. نخست، لزوم بیان دقیق و صحیح هزینه‌ها و اعتبارات در سند بودجه (مشروط به عدم منافات با اختیار و استقلال مالی نهاد در اعمال خود) است که بدون آن، نظارت مالی دیوان با چالش‌ها و موانعی روبه‌رو خواهد بود. دوم، ممنوعیت سپردن صلاحیت‌های نامربوط خارج از قانون اساسی به دیوان محاسبات است که البته این نباید مانعی برای پیش‌بینی و تعبیه صلاحیت‌های متمم و مکمل صلاحیت‌های اساسی دیوان به منظور ارتقای کارکرد اصلی آن باشد. الزام سوم حاکم بر حسابرسی دیوان محاسبات، لزوم استفاده از ظرفیت حسابرسان بخش خصوصی و به‌طورکلی امکانات و خدمات دیگر در حدود اعتبارات مصوب است که ضرورت عدم تخطی دیوان از حدود مالی معینه را خاطر نشان می‌کند. لزوم انحصار دیوان محاسبات در وظایف مذکور در اصل ۵۵ قانون اساسی یا به عبارتی، ممنوعیت مشارکت مجموعه یا افراد خارج از دیوان محاسبات در انجام دادن این وظایف، الزام و ضابطه چهارم حاکم بر نظارت مالی و حسابرسی دیوان محاسبات است که در نظرات متعدد شورای مورد تأکید قرار گرفته است. در نهایت و به‌عنوان الزام پنجم، ضرورت دارد که در فهم تمام مقررات و دست‌کم قوانین عادی مصوب پس از صدور نظر تفسیری در خصوص نظارت مالی دیوان محاسبات، نظر یادشده لحاظ شود و با توجه به آن معنا شوند.

این مقاله به اذعان نگارندگان مستخرج از طرح پژوهشی صورت گرفته در پژوهشکده شورای نگهبان تحت عنوان «واکاوی نظرات شورای نگهبان در خصوص دیوان محاسبات» می‌باشد.

## منابع

- ۱) ابراهیمی، جهانبخش (۱۳۸۲). حقوق مالیه عمومی. تهران: دانشور.
- ۲) ابراهیمی‌نژاد، مهدی و فرج‌وند، اسفندیار (۱۳۹۱). اصول تهیه و تنظیم و کنترل بودجه. تهران: انتشارات سمت.
- ۳) اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی (۱۳۶۴). صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی. تهران: روابط عمومی مجلس شورای اسلامی.
- ۴) امامی، محمد (۱۳۸۷). حقوق مالیه عمومی. چاپ ۲، تهران: میزان.
- ۵) بهادری جهرمی، محمد (۱۳۹۵). جایگاه حقوقی تفسیر رسمی قانون اساسی در مقایسه با متن قانون اساسی با تأکید بر نظام حقوقی ایران. دانش حقوق عمومی، شماره ۱۴.
- ۶) تنگستانی، محمدقاسم (۱۳۹۵). نظام حقوقی هماهنگی و انتظام روابط میان دیوان محاسبات کشور و سازمان بازرسی کل کشور. مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه.
- ۷) جمعی از نویسندگان (۱۴۰۰). حقوق بودجه؛ تحلیل نظام حقوقی حاکم بر تهیه، تصویب و تغییر بودجه در آینه قانون اساسی و رویه شورای نگهبان. تهران: انتشارات پژوهشکده شورای نگهبان.
- ۸) خلف‌رضایی، حسین (۱۳۹۳). رویکردهای تفسیر قانون اساسی با نگاهی به نظریات شورای نگهبان. دانش حقوق عمومی، شماره ۷.
- ۹) دانش‌پژوه، مصطفی (۱۳۹۲). مقدمه علم حقوق. قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- ۱۰) رستمی، ولی (۱۳۹۵). مالیه عمومی. تهران: میزان.
- ۱۱) رستمی، ولی و حسینی‌پور اردکانی، سیدمجتبی (۱۳۸۸). نظارت مالی بر مؤسسات عمومی غیردولتی. حقوق و علوم سیاسی، شماره ۴.
- ۱۲) رنجبری، ابوالفضل و بادامچی، علی (۱۳۸۲). حقوق مالی و مالیه عمومی. تهران: مجد.
- ۱۳) زراعت، عباس و معین، محمدرضا (۱۳۹۵). مقدمه علم حقوق (کلیات). تهران: جنگل و جاودانه.
- ۱۴) سلسله‌ذاکری، امید (۱۳۹۰). محشای قانون دیوان محاسبات کشور. تهران: مجد.
- ۱۵) طاهری، محسن (۱۳۹۵). محشای قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران. تهران: جنگل.
- ۱۶) فتاحی زفرقندی، علی، کدخدایی، عباسعلی و طباطبایی‌نژاد، سیدمحمد (۱۳۹۷). صلاحیت دیوان محاسبات کشور در نظارت مالی بر مؤسسات عمومی غیردولتی. دانش حقوق عمومی، شماره ۲۳.
- ۱۷) قاضی شریعت‌پناهی، سیدابوالفضل (۱۳۹۸). حقوق اساسی و نهادهای سیاسی. تهران: میزان.
- ۱۸) لطفی، اسدالله (۱۳۹۱). حقوق اساسی و ساختار نظام جمهوری اسلامی ایران. تهران: جنگل.
- ۱۹) مجیدی، محمدرضا (۱۳۸۹). آشنایی با قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (حقوق اساسی جمهوری

اسلامی ایران). قم: نشر معارف.

- ۲۰) مدنی، سیدجلال‌الدین (۱۳۷۶). حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (جلد ۴). تهران: سروش.
- ۲۱) نجفی اسفاد، مرتضی و فرید محسنی (۱۳۸۸). حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران. تهران: الهدی.
- ۲۲) وحیدزاده، رضا (۱۳۷۳). حدود رسیدگی‌های دیوان محاسبات کشور. دانش حسابرسی، پیش شماره.
- ۲۳) وفادار، علی (۱۳۸۲). حقوق اساسی و تحولات سیاسی. تهران: وفادار.
- ۲۴) ویژه، محمدرضا (۱۳۸۸). تأملی بر سلسله‌مراتب هنجارها در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران. راهبرد، شماره ۵۰.
- ۲۵) یزدی، محمد (۱۳۷۵). قانون اساسی برای همه. تهران: امیرکبیر.

26) [www.nazarat.shora-rc.ir](http://www.nazarat.shora-rc.ir)

27) [www.sajed.divan-edalat.ir](http://www.sajed.divan-edalat.ir)



## References

- 1) Bahādorī Jahrumī, Moḥammad (1395 SH). Jāyghāh-e Ḥuqūqī-e Tafrīr-e Rasmī-e Qānūn-e Asāsī dar Moqāyesé bā Matn-e Qānūn-e Asāsī bā Ta'kid bar Nezām-e Ḥuqūqī-e Irān [The Legal Position of Official Interpretation of the Constitution Compared to the Text of the Constitution with Emphasis on the Iranian Legal System]. Dāneš-e Ḥuqūq-e 'Omūmī, 14 [in Persian].
- 2) Dāneš-Pazhūh, Moštāfā (1392 SH). Moqaddame-ye 'Ilm-e Ḥuqūq [Introduction to Law]. Qom: Puzheškāh-e Ḥawza wa Dānešgāh [in Persian].
- 3) Ebrāhīmī, Jahānbakhš (1382 SH). Ḥuqūq-e Mālīya-ye 'Omūmī [Public Financial Law]. Tehran: Dānešvar [in Persian].
- 4) Ebrāhīmīnezād, Mahdī & Farajvand, Esfandiār (1391 SH). Ošūl-e Tehīye wa Tanzim wa Kontrōl-e Būdje [Principles of Budget Preparation, Organization, and Control]. Tehran: Enteshārāt-e Samt [in Persian].
- 5) Edāra-ye Koll-e Omūr-e Farhangī wa Ravābeṭ-e 'Omūmī-ye Maḡles-e Šurā-ye Eslāmī (1364 SH). Šurat-e Mašrūḥ-e Mošāverāt-e Maḡles-e Barresi-ye Nahāyī-ye Qānūn-e Asāsī [Detailed Proceedings of the Final Review of the Constitution]. Tehran: Ravābeṭ-e 'Omūmī-ye Maḡles-e Šurā-ye Eslāmī [in Persian].
- 6) Emāmī, Moḥammad (1387 SH). Ḥuqūq-e Mālīya-ye 'Omūmī [Public Financial Law]. (2nd ed.). Tehran: Mīzān [in Persian].
- 7) Fattāhī Zafarqandī, 'Alī, Kadkodā'i, 'Abbās 'Alī & Ṭabātabā'īnezād, Seyyed Moḥammad (1397 SH). Šalāḥīyat-e Dīvān-e Maḡsabāt-e Kešvar dar Nezārat-e Mālī bar Mo'assasāt-e 'Omūmī-ye Ġeyr-e Dowlatī [Jurisdiction of the Supreme Audit Court of Iran in Financial Supervision Over Non-Governmental Public Institutions]. Dāneš-e Ḥuqūq-e 'Omūmī, 23 [in Persian].
- 8) Jam'ī az Nevisandegān (1400 SH). Ḥuqūq-e Būdje; Tahlīl-e Nezām-e Ḥuqūqī-ye Ḥākem bar Tehīye, Tašvīb wa Taḡyīr-e Būdje dar Āyene-ye Qānūn-e Asāsī wa Ruye-ye Šurā-ye Negahbān [Budget Law; Analysis of the Legal System Governing the Preparation, Approval, and Amendment of the Budget in Light of the Constitution and Guardian Council's Practice]. Tehran: Enteshārāt-e Puzheškade-ye Šurā-ye Negahbān [in Persian].
- 9) Khalaf-Rezā'i, Ḥoseyn (1393 SH). Ravīkerdhā-ye Tafrīr-e Qānūn-e Asāsī bā Negāhī be Nazariyāt-e Šurā-ye Negahbān [Approaches to the Interpretation of the Constitution with a View on the Opinions of the Guardian Council]. Dāneš-e Ḥuqūq-e 'Omūmī, 7 [in Persian].
- 10) Lotfī, Asadallāh (1391 SH). Ḥuqūq-e Asāsī wa Sākhtār-e Nezām-e Jomhūrī-e Eslāmī-e Irān [Constitutional Law and the Structure of the Islamic Republic of Iran]. Tehran: Jangal [in Persian].
- 11) Madanī, Seyyed Jalāl al-Dīn (1376 SH). Ḥuqūq-e Asāsī-ye Jomhūrī-e Eslāmī-e Irān (Vol. 4) [Constitutional Law of the Islamic Republic of Iran (Vol. 4)]. Tehran: Sorūš [in Persian].
- 12) Maḡdī, Moḥammad Rezā (1389 SH). Āšenā'ī bā Qānūn-e Asāsī-ye Jomhūrī-e Eslāmī-e Irān (Ḥuqūq-e Asāsī-ye Jomhūrī-e Eslāmī-e Irān) [Introduction to the Constitution of the Islamic Republic of Iran]. Qom: Našr-e Ma'āref [in Persian].
- 13) Najafī Esfād, Mortezā & Farīd Moḡsenī (1388 SH). Ḥuqūq-e Asāsī-ye Jomhūrī-e Eslāmī-e Irān [Constitutional Law of the Islamic Republic of Iran]. Tehran: al-Hodā [in Persian].
- 14) Qāzī Šarī'atpanāhī, Seyyed Abū al-Faẓl (1398 SH). Ḥuqūq-e Asāsī wa Nehādḥā-ye Sīāsī [Constitutional Law and Political Institutions]. Tehran: Mīzān [in Persian].

- 15) Ranjbari, Abū al-Faẓl & Bādāmchī, ‘Alī (1382 SH). Ḥuqūq-e Mālī wa Mālīya-ye ‘Omūmī [Financial Law and Public Finance]. Tehran: Majd [in Persian].
- 16) Rostamī, Valī & Ḥoseynīpūr Ardakānī, Seyyed Mojtabā (1388 SH). Neẓārat-e Mālī bar Mo’assasāt-e ‘Omūmī-ye Ğeyr-e Dowlatī [Financial Supervision Over Non-Governmental Public Institutions]. Ḥuqūq wa ‘Olūm-e Siāsī, 4 [in Persian].
- 17) Rostamī, Valī (1395 SH). Mālīya-ye ‘Omūmī [Public Finance]. Tehran: Mīzān [in Persian].
- 18) Selseledākārī, Omīd (1390 SH). Maḥšā-ye Qānūn-e Dīvān-e Maḥāsabāt-e Kešvar [Annotated Law of the Supreme Audit Court of Iran]. Tehran: Majd [in Persian].
- 19) Ṭāherī, Moḥsen (1395 SH). Maḥšā-ye Qānūn-e Asāsī-ye Jomhūrī-e Eslāmī-e Īrān [Annotated Constitution of the Islamic Republic of Iran]. Tehran: Jangal [in Persian].
- 20) Tangestānī, Moḥammad Qāsem (1395 SH). Neẓām-e Ḥuqūqī-e Hamāhangī wa Entezām-e Ravābeṭ-e Miān-e Dīvān-e Maḥāsabāt-e Kešvar wa Sāzmān-e Bāzrasī-ye Koll-e Kešvar [The Legal System of Coordination and Regulation of Relations Between the Supreme Audit Court of Iran and the General Inspection Organization]. Markaz-e Maṭbū‘āt wa Enteshārāt-e Qowwa-ye Qazā’īya [in Persian].
- 21) Vafādār, ‘Alī (1382 SH). Ḥuqūq-e Asāsī wa Taḥvolāt-e Siāsī [Constitutional Law and Political Developments]. Tehran: Vafādār [in Persian].
- 22) Vaḥīdzāde, Rezā (1373 SH). Ḥodūd-e Rasīdegīhā-ye Dīvān-e Maḥāsabāt-e Kešvar [Limits of the Supreme Audit Court's Investigations]. Dāneš-e Ḥesābrasi, Piš-Šomāre [in Persian].
- 23) Vižeh, Moḥammad Rezā (1388 SH). Ta’molī bar Selsele-Marāteb-e Henjārḥā dar Neẓām-e Ḥuqūqī-e Jomhūrī-e Eslāmī-e Īrān [A Reflection on the Hierarchy of Norms in the Legal System of the Islamic Republic of Iran]. Rāhbord, 50 [in Persian].
- 24) Yazdī, Moḥammad (1375 SH). Qānūn-e Asāsī barāye Hame [The Constitution for Everyone]. Tehran: Amīr Kabīr [in Persian].
- 25) Zarā‘at, ‘Abbās & Mo‘īn, Moḥammad Rezā (1395 SH). Moqaddame-ye ‘Ilm-e Ḥuqūq (Kelīyāt) [Introduction to Law (Generalities)]. Tehran: Jangal wa Jāvedāne [in Persian].
- 26) [www.nazarat.shora-rc.ir](http://www.nazarat.shora-rc.ir)
- 27) [www.sajed.divan-edalat.ir](http://www.sajed.divan-edalat.ir)

## Analyzing the Approach of the Biography of the Prophet of Islam (PBUH) Regarding Women's Moral Crimes; with a Look at Pre-Islamic Moral Crimes

Shahla Bakhtiari · Associate Professor, Department of History, Faculty of Literature, Al-Zahra University, Tehran, Iran. (Corresponding Author) [sh.bakhtiari@alzahra.ac.ir](mailto:sh.bakhtiari@alzahra.ac.ir)

Maryam Zekavat · MA in History of Islam, Faculty of Literature, Al-Zahra University, Tehran, Iran. [m.zekavat8@gmail.com](mailto:m.zekavat8@gmail.com)

### Abstract

#### 1. Introduction

The pursuit of societal harmony and the dignified treatment of all individuals, regardless of gender, marks a foundational ethos of Islam. This principle is vividly embodied in the Quranic discourse, notably in the fourth chapter of the Quran [Surah] named Al-Nisa (The Women), which underscores the rights and responsibilities of women within Islamic society. Such a balanced approach extends to the adjudication of moral crimes, wherein women, akin to men, are subject to equivalent standards of justice and retribution. The delineation of crimes into common and women-specific categories, particularly those infringing upon moral and sexual norms, reveals a nuanced understanding of societal ethics in Islamic jurisprudence. This study embarks on an explorative journey through the biography of the prophet (al-Sira al-Nabawiyya) of the Prophet Muhammad (PBUH), juxtaposed against the backdrop of the pre-Islamic era, to unearth the strategies employed in addressing women's moral crimes, with a spotlight on the transformational ethos brought forth by the advent of Islam.

#### 2. Research Question

Central to this inquiry is the exploration of the methodological stance adopted in the prophetic biography towards women's moral crimes. It seeks to unravel the multifaceted strategies and interventions employed



by the Prophet Muhammad (PBUH) in mitigating such offenses, particularly those rampant in the pre-Islamic society. The overarching question guiding this research is: "What approach has been adopted in the biography of the prophet (al-Sira al-Nabawiyya) of the Prophet of Islam against women's moral crimes, and what strategies and actions were taken to eliminate the aforementioned crimes prevalent in the pre-Islamic society?"

### **3. Research Hypothesis**

The foundational hypothesis posits that the Prophet Muhammad (PBUH), in his dealings with women's moral crimes, primarily aimed at safeguarding human dignity and ethical values. By steering societal norms away from sexual promiscuity and anchoring women's sexual behaviors within the sanctity of the family system, a dual strategy of prevention and punishment was envisioned. This was complemented by delineating clear boundaries for interactions between genders, fostering a safe environment for women's societal participation, and ultimately aiming at a voluntary abstention from crime through the promotion of ethical consciousness.

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

Employing a qualitative research methodology, this study adopts a descriptive-analytical lens to delve into historical narratives before and after the emergence of Islam. A meticulous examination of ancient Islamic historical sources, along with narrative, jurisprudential, and legal texts, forms the bedrock of this research. The analysis is geared towards extracting, interpreting, and synthesizing data on the prophetic strategies against women's moral crimes. This approach is underpinned by a comparative framework that juxtaposes the ethical and legal paradigms of the pre-Islamic and Islamic eras, aiming to highlight the transformative influence of the prophetic biography in reshaping societal attitudes towards women's crimes. The inclusion of diverse sources, ranging from the Quran and Hadith to legal and historical texts, ensures a comprehensive understanding of the subject matter, facilitating a nuanced analysis that transcends mere descriptive recounting of events or legal edicts.

This paper lays the groundwork for a deeper inquiry into the philosophical and practical dimensions of Islamic jurisprudence's approach to women's moral crimes, as encapsulated in the prophetic biography. Through a systematic exploration of historical contexts, legal

norms, and ethical teachings, this research endeavors to illuminate the complexity and richness of Islamic legal traditions in addressing gender-based crimes, setting the stage for a subsequent discussion on the results and implications of these strategies in fostering a just and ethical society.

## **5. Results & Discussion**

The study's investigation into the biography of the prophet (al-Sira al-Nabawiyya) of the Prophet Muhammad (PBUH) unveils a comprehensive approach to mitigating women's moral crimes, rooted deeply in the teachings of the Quran and the ethical paradigms of Islam. This approach, characterized by its depth, precision, and practical applicability, reveals four fundamental strategies aimed at the reformation of societal norms and personal conduct concerning sexual morality. These strategies encompass legislating on moral matters, delineating verbal and behavioral boundaries with non-Mahrams (Mahram is a term to describe a person related to another within forbidden degrees), the imperative to eschew obscenity and its propagation, and the definition and regulation of social interactions. The granularity and clarity of these directives reflect a sophisticated understanding of human behavior and social dynamics, offering a blueprint for a society grounded in ethical commitments and the sanctity of marriage and family life.

The effectiveness of these strategies is predicated on their ability to foster an intrinsic aversion to libertinism, thereby encouraging voluntary adherence to ethical and moral standards. This internalization of values is further supported by explicit legal and punitive measures aimed at deterring and addressing transgressions, thereby maintaining the societal fabric. The Prophet's (PBUH) emphasis on prevention through moral education and the cultivation of an ethical consciousness underscores a holistic approach to societal reform, one that seeks to balance the spiritual and temporal dimensions of human existence.

## **6. Conclusion**

The profundity of the prophetic biography in addressing the intricacies of women's moral crimes within Islamic jurisprudence cannot be overstated. The Prophet Muhammad's (PBUH) strategies delineate a comprehensive ethical and legal framework that not only seeks to prevent moral transgressions through education and the cultivation of an ethical consciousness but also employs legal measures to address and

deter such behaviors. This dual approach—combining preventive education with punitive measures—exemplifies the Islamic ethos of compassion, justice, and the inherent dignity of the individual. It reflects a deep understanding of human nature and the complexities of societal dynamics, offering timeless wisdom on the management of sexual morality and ethics.

This research highlights the transformative impact of the prophetic strategies on pre-Islamic society, marked by a shift from a predominantly punitive approach to one that emphasizes moral and ethical reform. The integration of these strategies within the societal fabric of the time facilitated the emergence of a community characterized by its commitment to ethical principles, particularly in the realm of sexual conduct. This shift was not merely regulatory but represented a profound transformation of societal values and norms, fostering an environment where the dignity of women and the sanctity of the family were paramount.

The findings of this study not only contribute to a deeper understanding of the prophetic biography's approach to women's moral crimes but also offer valuable insights for contemporary discussions on legal reform, gender rights, and the role of ethics in the formulation of laws. The prophetic model presents a paradigm that balances the spiritual and temporal needs of society, emphasizing the role of education, moral cultivation, and legal measures in fostering a just, ethical, and compassionate community. This model remains relevant today, offering guidance for addressing moral and ethical challenges in diverse social and cultural contexts.

In conclusion, the biography of the prophet (al-Sira al-Nabawiyya) offers a nuanced and comprehensive framework for addressing moral crimes, particularly those related to sexual ethics. The Prophet Muhammad's (PBUH) approach, characterized by its emphasis on moral education, prevention, and the judicious application of legal measures, provides a template for creating a balanced, ethical, and just society. This study underscores the relevance of these strategies in contemporary discourse on law, ethics, and gender rights, highlighting the enduring wisdom of the prophetic model in guiding human conduct towards a dignified and harmonious existence.

**Keywords:** Biography of the Prophet, Healthy Living, Sexual Ethics, Gender-Related Crimes.

## واکاوی رویکرد سیره نبوی در خصوص جرایم اخلاقی زنان؛ با نگاهی به جرایم اخلاقی پیشا اسلامی

شهلا بختیاری • دانشیار، گروه تاریخ، دانشکده ادبیات، دانشگاه الزهرا (س)، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)

sh.bakhtiari@alzahra.ac.ir

مریم ذکاوت • دانش‌آموخته کارشناسی ارشد تاریخ اسلام، دانشکده ادبیات، دانشگاه الزهرا (س)، تهران، ایران.

m.zekavat8@gmail.com

### چکیده

سیره پیامبر اسلام (ص) در غالب امور مرتبط با زندگی بشری حاوی بن‌مایه‌های اساسی است که انسان را به سوی زیست سالم اجتماعی سوق می‌دهد. زدودن رذائل اخلاقی و اعمال ناپسند به منظور هدایت جامعه انسانی، با بهره‌گیری از آموزه‌های قرآنی، ایجاب می‌کند قوانین و احکام با شفافیت و البته قابلیت اجرایی مطرح شوند؛ لذا مردان و زنان با دستورهایی که مانع از ارتکاب این اعمال ناپسند بود روبرو می‌شدند. ارتباط دسته‌ای از جرایم با جنسیت زنانه و نیز در امور مرتبط با اخلاق جنسی زنان پیش از ظهور اسلام، پژوهشگران را با نگرشی توصیفی تحلیلی و منطقی اکتشافی، و با بهره‌گیری از منابع کتابخانه‌ای، به مقایسه جرایم زنان در دوران پیشا اسلام، با دوران حضور پیامبر اکرم (ص) فراخواند، از این روی، پژوهش حاضر در صدد پاسخ به این پرسش است که «در سیره پیامبر اسلام (ص) در برابر جرایم اخلاقی زنان چه رویکردی اتخاذ شده است و ایشان از چه راهبردها و اقداماتی برای زدودن جرایم مذکور از جامعه بهره گرفتند؟» نتایج پژوهش حاکی از آن است که در سیره نبوی با اتکاء به آموزه‌های قرآنی با اتخاذ چند راهبرد اساسی، با تاکید بر درونی‌سازی زشت‌انگاری و ناپسند دانستن جرایم اخلاقی، لزوم پایبندی بر عفت و پاکدامنی، تعریفی دقیق از روابط صحیح اجتماعی زنان با مردان ارائه گردد و در کنار آن، با تعریف و تحدید حریم‌های معاشرتی و توصیه اکید بر رعایت مرزبندی‌ها و تجدیدنظر در مجازات‌ها، جرایم اخلاقی زنان کاهش یابد.

واژگان کلیدی: سیره نبوی، زیست سالم، اخلاق جنسی، جرایم مرتبط با جنسیت.



## مقدمه

دین اسلام که سعادت جامعه انسانی را مدنظر دارد، برای مردم از جمله زنان، جایگاه ویژه‌ای قائل شده است. در همه خطاب‌های عام قرآن، زنان نیز مورد توجه هستند. چهارمین سوره قرآن هم به نام زنان (النساء) نامیده شده است. در سوره‌های دیگر نیز می‌توان درباره حقوق و منزلت زنان مطالبی یافت. در مقابل، اگر زنان نیز مرتکب خطا، جرم و انحراف شوند، مانند مردان با ایشان برخورد می‌شود و مجازات می‌شوند و تفاوتی در این باره میان مردان و زنان وجود ندارد.

با توجه به این موضوع، می‌توان جرائم را به دو بخش عمومی مشترک و جرائم خاص زنان تقسیم کرد. در جرائم مشترک، عامل جرم می‌تواند زن یا مرد باشد که در نوع رفتار متقابل تفاوتی میان دو جنس نیست.

در جرائم زنان، از منظر جرائم ضد اخلاق، ولنگاری و بی‌بندوباری جنسی، امور منافی عفت مانند زنا، مساحقه، معشوق‌یابی و خیانت به همسر، تشویق دیگران به فحشا، انتساب فرزند دیگری به شوهر خود دیده می‌شوند که بسته به نوع و شرایط جرم با آن مقابله شده است.

تطبیق ساختار فکری دوره اسلامی نسبت به دوره جاهلی، نشان از تحولی است که با کمک به تثبیت رفتارهای اخلاقی پسندیده به جای رفتارهای پرخطر و مجرمانه، قصد کاهش و نیز مقابله با جرائم را دارد. هدف پیامبر اسلام (صلی‌الله‌علیه‌و آله) از برخورد با جرائم اخلاقی و جنسی، جهت دادن به افکار برای اجتناب ارادی و اختیاری از ارتکاب جرم و نیز ایجاد فضای امن برای حضور زنان در جامعه بوده است. همسو با آن، اقداماتی در برخورد با مجرم و نیز بازدارندگی از وقوع جرم مدنظر بوده است.

این پژوهش درصدد است با شناسایی فضای اندیشه‌ای و عملی دوره پیامبر (صلی‌الله‌علیه‌و آله) و مقایسه آن با دوران پیش از اسلام، چگونگی برخورد با جرائم زنان در عصر نبوی را بررسی کند.

فرض بر این است که در چگونگی برخورد پیامبر (صلی‌الله‌علیه‌و آله) با جرائم اخلاقی زنان، راهبرد اساسی حفظ کرامت انسانی و ارزش‌های اخلاقی است که با سوق دادن جامعه به زشت‌انگاری ولنگاری جنسی و قانونمند کردن رفتارهای جنسی زنان در چهارچوب نظام خانواده و نیز تنبیه بزهکاران با هدف پیشگیری از جرم اقدام شده است. برای پیشگیری نیز به تعریف محدوده معاشرت‌ها، تنظیم حریم معاشرت زن و مرد و فراهم آوردن امکان حضور و فعالیت زنان



در جامعه بدون ترس از آسیب‌های جنسیتی توجه شده است.

این پژوهش با بهره‌گیری از روش‌های پژوهش کیفی به صورت توصیفی-تحلیلی و جمع‌آوری داده‌های تاریخی با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و مراجعه به منابع کهن تاریخ اسلام، کتاب‌های روایی، فقهی و حقوقی، به بررسی، تحلیل و تفسیر موضوع می‌پردازد.

پیشینه پژوهش: آثار پژوهشی درباره جرائم زنان را می‌توان به چند دسته تقسیم کرد؛ دسته‌ای با مطالعه جرم یا مقایسه آن میان ادیان، نیم‌نگاهی به فضای تاریخی آن داشته‌اند مانند اجرای سنگسار در زمان حکومت غیرمعصوم (با تأکید بر دوران معاصر) (کدیور، ۱۳۸۷)، «بررسی تطبیقی مجازات‌های بدنی در قرآن و عهد قدیم» (اسفندیاری، ۱۳۸۹، صص. ۴۱-۱۵۹)، «مقایسه تطبیقی مجازات در متون یهود و اسلام» (غفوری‌نژاد و رسول‌خانی شهنایی، ۱۳۸۸) و... این بررسی‌ها مختص به دوره پیامبر (صلی‌الله‌علیه و آله) نیست و به مبحث زنان به صورت جداگانه نپرداخته‌اند.

در میان آثاری که به جاهلیت و سنت‌های عرب پیش از اسلام پرداخته‌اند مانند «ملاحظاتی بر اسلام‌پذیری و بیعت زنان با پیامبر اسلام (صلی‌الله‌علیه و آله)» (بختیاری، ۱۳۸۸)، تاریخ عرب قبل از اسلام (سال، ۱۳۸۰)، المفصل فی تاریخ العرب قبل الاسلام (علی، ۱۹۹۳م)، تصویر عصر جاهلی در قرآن (خزعلی، ۱۳۸۷)، سیمای عرب جاهلی از زبان قرآن و روایات (فائز، ۱۳۹۰)، زنان در نخستین سده‌های اسلامی (آیین‌وند، ۱۳۸۴) و... می‌توان اطلاعاتی درباره سنت‌ها و جرائم جاهلی به دست آورد. به احتمال، نزدیک‌ترین اثر به موضوع این پژوهش، مقاله «راهکارهای قرآنی پیشگیری از انحرافات اخلاقی زنان و بررسی پیامدهای انحراف اخلاقی آنان» (مهرابی، ۱۳۹۵) و مقاله «بررسی اختلاط زنان و مردان در عصر جاهلیت و صدر اسلام» (شاه‌سنایی، ۱۳۹۸) باشد. در این آثار انحراف برخی زنان از اخلاقیات و نیز رعایت نشدن مرزهای رفتار سالم اخلاقی میان مردان و زنان بررسی شده است، اما نکته بارز آن‌ها پرداختن به بخشی از موضوع و در حد نام بردن از چند رفتار بوده است و تطبیق و تفاوت دوران جاهلی با دوران اسلامی و نیز شناخت رویکرد پیامبر (صلی‌الله‌علیه و آله) در فرایند کاهش رفتارهای فوق و چگونگی برخورد با آن‌ها، تمایز اصلی نوشته حاضر با آن آثار است.

## ۱. مفهوم‌شناسی

جرم از ریشه عربی ج ر م، به معنای قطع کردن و چیدن میوه از درخت، حمل کردن، کسب کردن، ارتکاب گناه و وادار کردن به کاری ناپسند به کار رفته است (ابن اثیر، ۱۳۸۳، ۱۹۶۳-۱۹۶۵). در تعاریف واژه‌شناسان، «جرم» مصدر «جارم» به معنای «تعدی» و «گناه» است و جارم کسی است که به خود و قومش شر می‌رساند. «جارم» به معنای «جنایت‌کار» و «مجرم» به مفهوم «گناهکار» است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ج ۱، ص. ۹۱؛ فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج ۶، ص. ۱۱۹).

واژه جرم در قرآن کریم و منابع تاریخی کهن چندان کاربردی ندارد (دهقان، ۱۳۷۶، ص. ۱۱۴). قرآن برای بیان مصداق‌های جرم از واژگانی مانند فساد، اثم، سیئه، زله، مجور (هادوی تهرانی، ۱۳۸۹، ص. ۷)، خطیئه، فاحشه، ذنب، ظلم و... استفاده کرده است (دانش‌پژوه و همکاران، ۱۳۹۵، صص. ۱۲۹-۱۵۶). «جرم» به معصیت، کار ناپسند و مطلق گناه نیز تعریف شده است (طوسی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص. ۴۱۵).

از دیدگاهی، جرائم به دو دسته جرائم مشترک میان زنان و مردان یا جرائم عمومی و جرائم ویژه زنان تقسیم می‌شود. از بررسی جرائم در حوزه‌های اقتصادی، اجتماعی و اعتقادی به دلیل اختصاص نوشته حاضر به جرائم اخلاقی صرف نظر شده است.

جرائم سوء اخلاقی مختص زنان، اغلب جرائمی هستند که دامنه کنش آن در میان زنان متداول‌تر است و زنانگی و جنسیت با این جرائم ارتباط می‌یابد. می‌توان این جرائم را سوء اخلاقی یا در نگاهی دیگر منافی عفت دانست که به دو دسته جرائم مستلزم حد شامل زنا، مساحقه، قوادی و قذف و جرائم مستلزم تعزیر و مجازات بازدارنده تقسیم می‌شود.

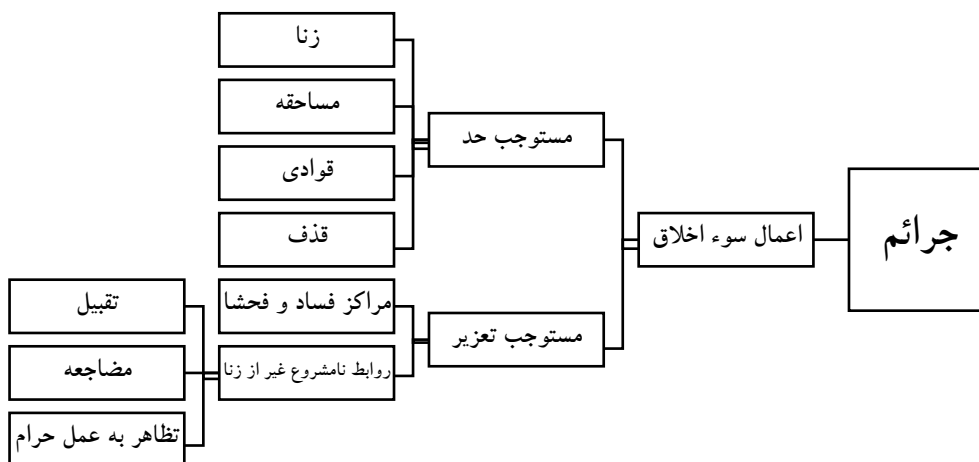
زنا یا روابط نامشروع زن و مرد بیگانه نزد همه ادیان حرام است (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۴۱، ص. ۲۸۵). از منظر قرآن، زناکاران به دو دسته محصن و غیرمحصن تقسیم می‌شوند (نساء، ۱۵ و ۱۶).

مساحقه (هم‌جنس‌گرایی) یا رابطه جنسی میان دو زن. قوادی به معنی رساندن زن و مرد نامحرم به یکدیگر برای ارتکاب رفتار خلاف عفت که همواره آمیخته با فریب و حيله است (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص. ۴۲۹). قذف به معنای اصطلاحی «نسبت دادن زنا» به زنان پاک‌دامن یا غیرپاک‌دامن (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ج ۱، ص. ۱۹۱) به‌ویژه از جانب مردی به همسر خود و نسبت دادن فرزند دیگری به همسر خود (ممتحنه، ۱۲) از جرائم سوء اخلاقی هستند.

حضور در معابر و انظار عمومی بدون حجاب شرعی، دایر کردن اماکن فساد، تظاهر آشکار به

عمل حرام در انظار و اماکن عمومی، پوشیدن لباس و آرایش خلاف شرع و موجب فساد، به نمایش گذاشتن ابتذال و تجارت آن‌ها و اعمال دیگر شامل تشویق جوانان به فساد و شهوت‌رانی، اشاعه فحشای زنان، روسپیگری و نظایر این مسائل (دلخوش و میلانی، ۱۳۹۵، ص. ۸۹)، با وجود امکان ارتکاب توسط مردان، اغلب جرائمی زنانه دیده شده‌اند.

نمودار شماره «یک»: دسته‌بندی انواع جرائم



## ۲. سبهر اخلاق جنسی در دوران جاهلی

### ۱.۲. دوگانگی اخلاق جنسی

با وجود باور اغلب مردم عهد جاهلی به پاک‌دامنی و حفظ حرمت‌های اخلاقی در روابط با جنس مخالف و اعتقاد گروهی از مردم به دین حنیف که اعمال منافی عفت را نهی و پاک‌دامنی را توصیه می‌کرد، اما رفتارهای خلاف عرف به دلایل مختلف از جمله فقر یا اجبار زنان و کنیزان و واداشتن آنان به درآمدزایی از طریق فحشا و زنا، قرض و کرایه دادن آنان به دیگران و... سبب شده بود که در عهد جاهلی مردان زن‌باره (ابن قتیبه، ۱۴۱۸ق، ص. ۱۲۰) و زنان زناکار (شهرستانی، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص. ۵۵؛ علی، ۱۹۹۳م، ج ۱۰، ص. ۲۳۲) وجود داشته باشند و افزون‌بر فحشا، روسپیگری و دلالی میان مردان و زنان توسط روسپیان کهن‌سال گزارش شده است (عسقلانی، ۱۴۲۰ق، ج ۴، ص. ۳۷۸).

## ۲.۲. حوزه باورهای اخلاق جنسی

گروهی از مردم به دلیل باورهای پذیرفته‌شده خود از جرائم اخلاقی دوری می‌کردند. آنان رفتارهای خلاف عفت به‌ویژه زنا را قبیح می‌دانستند و حتی با این ناهنجاری اجتماعی مبارزه می‌کردند (ابن جوزی، ۱۴۲۳ق، ص. ۱۷۱). آنان به زنانی که پاک‌دامن بودند، افتخار داشتند. آثار این افتخار و مباحثات به کرم، شرف و عفت مادرانشان در اشعار جاهلی آمده است. ربیع‌بن‌عبد دربار مادرش قلابه ملقب به ذبیبه می‌گوید:

انی لمن انکرنی ابن الذیبه  
کریمه عقیفه منسوبه

«به کسانی که مرا نمی‌شناسند، می‌گویم که من فرزند ذبیبه هستم که بزرگوار، پاک‌دامن و صاحب‌نسب است» (ابن حبیب بغدادی، ۱۴۱۰ق، ص. ۵۷).

وجود تعابیر و اصطلاحاتی در ادبیات عرب از قبیل بغی، زنا، سفاح و فجور نشان‌ییزیاری عرب از بی‌عفتی و روسپیگری و زشت و قبیح دانستن آن است.

در مقابل، گروهی دیگر، روابط جنسی بدون قیدوشرط را مرسوم می‌دانستند و به آن ایراد نمی‌گرفتند و حتی با افتخار آن را نشانه مردانگی می‌دانستند (علی، ۱۳۶۷، ج ۵، ص. ۵۶۰). زنا به‌صورت علنی و پنهانی در میان آن‌ها وجود داشت و زنازادگان را از روی قیافه یا قرعه‌کشی یا نظر زن زناکار به مردان نسبت می‌دادند (مجلسی، ۱۳۶۲، ج ۷۶، ص. ۶۰) آنان تنها اعمال منافی عفتی را نپسندیدند که مرد غریبه‌ای با زنی بدون اجازه شوهرش هم‌بستر شود (علی، ۱۳۶۷، ج ۵، ص. ۵۶۰).

## ۳.۲. نشانه‌های دوگانگی در حوزه رفتارهای اخلاق جنسی

با وجود اندیشه فوق، دوگانگی در حوزه رفتار در کنار تقید و تعهد به پاک‌دامنی و عفاف، نشان می‌داد که رفتارهای اخلاق جنسی در عمل با بی‌مبالاتی‌هایی مواجه بود. برخی زنا را مطرود نمی‌دانستند. افزون‌بر زنان آزاد، واداشتن کنیزان به زنا (نور، ۳۳) و بهره‌کشی جنسی از آنان توسط صاحبانشان یا با اجازه صاحبان ایرادی نداشت. آنان حتی برای این کار کنیزان خود را اجاره می‌دادند (علی، ۱۳۶۷، ج ۵، ص. ۵۶۰).

وجود مراکز فساد و بدکارگی و اختصاص خانه خود یا خانه دیگری به این موضوع برای اشتغال (علی، ۱۹۹۳م، ج ۵، ص. ۵۶۱)، کسب درآمد برای خود و همسرانشان از راه فحشا

ترمانینی، ۱۹۸۴م، صص. ۲۲ و ۲۳). نصب پرچم - گاه سرخ‌رنگ - بر سردر خانه‌های خود (سیوطی، ۱۴۱۴ق، ج ۶، ص. ۱۲۷)، وجود واژگانی مانند «مواخیر» (جمع میخوار به معنای فاحشه‌خانه)، اصحاب یا صواحبِ رایات یا صاحبان پرچم، قلیقیات یا قلیقیات<sup>۱</sup> (علی، ۱۳۶۷، ج ۹، ص. ۱۳۹) نشان رواج و آشکار بودن اعمال منافی عفت نزد آنان بود. نام برده شدن شماری از زنان بدکاره آزاد پرچم‌دار در مکه همسو با این موضوع است از قبیل ساره، حنتمه، رباب (علی، ۱۳۶۷، ج ۵، ص. ۱۳۹)، صفیه مادر طلحه، دوحه، حمامه مادر ابوسفیان، عقیله، ماریة‌الهموم، ام عبدالله، ام غانم، ام ابی‌الجهم یا رمیثا، ماریه بنت ابی ماریه، نابغه مادر عمرو بن عاص، ممتعه مادر بزرگ عبدالرحمان بن عوف و... (طبری، ۱۴۲۰ق، ج ۱۰، ص. ۹۶).

خرید و فروش کنیزان و واداشتن آنان به فحشا که گاه جبه‌ای بر کنیزان می‌پوشاندند تا با زنان آزاد تفاوت داشته باشند (ابوالفرج اصفهانی، ۱۴۱۵ق، ج ۸، ص. ۲۴۶؛ ابوالفرج اصفهانی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۶، ص. ۱۳۴) و نام شماری از آنان ام مهزول، کنیز سائب بن ابی سائب مخزومی؛ ام علیط یا غلیظ، کنیز صفوان بن امیه؛ حنه قبطیه، کنیز عاص بن وائل؛ مزنه یا مریه، کنیز مالک بن عمیل؛ حلاله یا جلاله، کنیز سهیل بن عمرو؛ ام سوید، کنیز عمرو بن عثمان مخزومی؛ شریفه یا سریفه، کنیز زمعه بن اسود؛ فرسه، قرینه یا قریبه، کنیز هشام بن ربیع؛ فرتنا، قرینه یا قریبا، کنیز هلال بن انس بود (طبری، ۱۴۲۰ق، ج ۱۰، ص. ۹۳). کنیززادگان (ولائد) و زنان بدکاره گاه از اهل کتاب و مشرکان که نام پنج تن از پرچم‌داران آنان نُسبکة، امیه، مُسبکة، امیمة و معاذة بود. سه نفر اخیر از کنیزان عبدالله بن ابی در یثرب بودند (طبری، ۱۴۲۰ق، ج ۱۰، صص. ۹۴-۹۷). نشانه پرسود بودن فحشا برای برخی است که منافع آنان سبب ادامه و رونق آشکار آن در دوران جاهلی بود.

افزون بر کشتن فرزندان (اسراء، ۳۱) و خجالت از دخترآوری (نحل، ۵۸) و زنده به گور کردن دختران (انعام، ۱۵۱) (ابوالفرج اصفهانی، ۱۴۱۵ق، ج ۹، ص. ۱۷۵)، سقط جنین از رفتارهای زنان در مواقع فقر (اعم از مالی یا فکری) یا در صورت بارداری از طریق روابط نامشروع بود که آیه ۱۵۱ سوره انعام بر ممنوعیت آن تأکید دارد.

رفتار دیگر انتساب فرزند دیگری به همسر خود بود که گاه زنان، فرزندان از مرد دیگری را به

---

۱. برگرفته از قلی به معنای گردن‌بند آراسته به لؤلؤ که این زنان به گردن می‌آویختند یا از قلق به معنای رفت‌وآمد زیاد (سیوطی، ۱۴۱۴ق، ج ۶، ص. ۱۲۷).

شوهران خود نسبت می‌دادند. ممکن بود این بچه سرراهی یا حاصل زنا بدون اطلاع شوهر باشد (طبرسی، ۱۳۷۲، ج ۲۴، ص. ۳۸۳) همه رفتارهای مورد اشاره در حوزه رفتارهای مذموم و خارج از قوانین و قواعد سالم اخلاق جنسی است.

#### ۴.۲. کژرفتاری‌های اخلاقی جاهلی

نظام باورهای جلوه‌گرانه جامعه جاهلی سبب می‌شد که برخی در خارج از حوزه روابط سالم، رفتارهایی داشته باشند که به سمت کژرفتاری جنسی سوق داده شوند و نشانه‌هایی از سقوط در آن‌ها دیده شود.

تبرج و خودنمایی یا بد اخلاقی‌های جنسی: تأکید آیه «وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ الْجَاهِلِيَّةِ الْأُولَىٰ وَأَقِمْنَ الصَّلَاةَ وَآتِينَ الزَّكَاةَ وَأَطِعْنَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ...»<sup>۱</sup> (احزاب، ۳۳)، بر نشان دادن و جلوه زیبایی و خودآرایی برای جلب توجه است. تبرج را نمایان کردن زروزیور و زیبایی و محاسن خود برای افراد نامحرم گفته‌اند (مصطفوی، ۱۴۳۰، ج ۱، ص. ۲۴۲). برخی تبرج جاهلیت اولی را مجاز بودن جمع شوهر و رفیق برای زن معنا کرده‌اند؛ پایین‌تنه برای شوهر و بالاتنه برای رفیق (طبرسی، ۱۳۷۲، ج ۲۰، ص. ۱۰۸).

معاشرت آزاد و رعایت نکردن پوشش مناسب: خودنمایی، خودآرایی و ارتباط زنان و مردان (شاه‌سنایی، ۱۳۹۸، ص. ۱۱۲) و سوژه قرار گرفتن زنان برای شاعران مبتذل‌سرا، از ویژگی‌های حضور اجتماعی زنان جاهلی بود که سبب برخی انحراف‌ها، نابسامانی‌ها و گسترش مجالس عیش و نوش، آوازخوانی‌ها و... می‌شد (جاحظ، ۱۹۸۸م، ج ۲، ص. ۱۴۸). برخی زنان بدون پوشش در جامعه ظاهر می‌شدند و سروصورت، گردن و سینه آنان نمایان بود (زمخشری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص. ۶۲) و برای معاشرت حدودی میان زنان و مردان نبود (جاحظ، ۱۹۸۸م، ج ۲، ص. ۱۴۸).

اختلاط، بی‌بندوباری و شهوترانی به اندازه‌ای بود که گاه اشعار از ستایش و شرح معشوق به سمت مسائل جنسی می‌رفت. مضمون برخی اشعار تشبیب در دیوان اشعار جاهلی، بازتاب بی‌انضباطی در روابط زن و مرد و توصیف هوس‌آلود از زنان جامعه و ترسیم زیبایی‌های آنان بود. (انصاری، ۱۳۸۸، ص. ۲۲۰).

---

۱. و در خانه‌هایتان بنشینید و آرام گیرید (و بی‌حاجت و ضرورت از منزل بیرون نروید) و مانند دوره جاهلیت پیشین با آرایش و خودآرایی بیرون نیابید و نماز به پا دارید و زکات (مال به فقیران) بدهید و از امر خدا و رسول اطاعت کنید....

## ۵.۲. آشنگی‌ها در ازدواج و نظام خانواده

اشکال گوناگون ازدواج‌های مرسوم عرب جاهلی گاه از حد زندگی سالم زناشویی بیرون می‌رفت و آشنگی در روابط جنسی را به‌عنوان موضوعی پذیرفته‌شده در جامعه تجویز می‌کرد. ازدواج با محارم حرام بود (طبرسی، ۱۳۷۲، ج ۲، ص. ۳۴۶)، اما در چندمصری هیچ حدودمرزی وجود نداشت و زنان پرشمار مردی برای کسب درآمد وادار به فحشا می‌شدند (طوسی، ۱۴۰۰، ج ۴، ص. ۲۹۴).

در ازدواج نیز کثری‌هایی به‌جای تعهدات و تقیدات زن و شوهر در زندگی خانوادگی دیده می‌شد و برخی لایبالیگری‌های خانوادگی این حریم را ناپاک کرده بود. در نکاح مقت یا ازدواج پسر بزرگ با همسر یا همسران پدر در گذشته خود (عیاشی، ۱۳۸۰، ج ۲، ص. ۱۷) که قرآن کریم از آن به عمل نفرت‌انگیز یاد کرده است (نساء، ۲۲)، تعویض همسران در نکاح بدل بدون توجه به رضایت زن یا رعایت عده و شرایط جدایی همسران و تشبیه زنان به مرکب‌هایی که می‌شد از آن‌ها پیاده شد و با هم تعویض کرد (صدوق، ۱۴۰۳، ج ۴، ص. ۲۷۵؛ طبرسی، ۱۳۷۲، ج ۲۰، ص. ۱۰۶)، اوج بی‌احترامی به زنان و آشنگی رفتار جنسی بود.

نکاح استبضاع یا ازدواج نیابتی برای استفاده مرد از خدمات زنان برای به وجود آوردن نسل بهتر، رابطه خدن (دوست)، روابط و ارتباط جنسی پنهان میان زنان و مردان که زنای پنهان بود، مذموم نبود (علی، ۱۹۹۳، ج ۳، ص. ۱۴۱). در مقابل، زنای آشکار (تنها برای زنان آزاد) را حرام و جایگاه روسپیان را پست می‌دانستند (ابوالفرج اصفهانی، ۱۴۱۵، ج ۱۷، صص. ۶۶ و ۵۷۰). مبادله دختران یا خواهران به‌جای مهریه در نکاح شغار (صدوق، ۱۴۰۳، ج ۴، ص. ۲۷۵)، رابطه چندین مرد (اغلب کمتر از ده تن) با یک زن در نکاح ضماء، همه رفتارهای آشنگی جنسی بود که در دوران نبوی با ابلاغ شریعت اسلام اصلاح شد و رفتارهای نادرست ممنوع شدند. این رفتارها در حالی شایع بود که ازدواج با همسر فرزندخوانده را ممنوع کرده بودند.

به‌طورکلی، مثال‌های اشاره‌شده مصداق‌هایی از غلبه کزرفتاری‌های جنسی در سه حوزه اندیشه، رفتار و خانواده به‌عنوان نماد اصلی‌ترین نهاد اجتماعی است که فضای جامعه جاهلی یا بخشی از آن جامعه را گرفتار در بی‌قیدی، لایبالیگری و رفتارهای نادرست نشان می‌دهد که رفتارهای جنسی از سطح خانواده به عرصه آشکار اجتماع کشیده شده بود.

### ۳. پیامبر اسلام (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) و برخورد با جرائم اخلاقی جنسی زنان

نگرش پیامبر (صلی‌الله‌علیه‌وآله) در مواجهه با جرائم سوء اخلاقی زنان، توجه به کرامت انسانی و جایگاه زنان و تدوین قوانینی با رویکردها و محتوای اخلاقی بوده است. پیامبر (صلی‌الله‌علیه‌وآله)، راهبردها و اقداماتی مانند قوانین و قواعد مسائل حقوقی شامل حدود، تعزیرات و همچنین قوانین مربوط به مناسبات خانوادگی مانند ازدواج، طلاق و ارث را همراه با بایندونبایدهایی برای جلوگیری از جرائم اخلاقی مطرح فرمودند.

در دوگانه اشاره‌شده جامعه جاهلی و در فضای غلبه لابی‌لیگری و بی‌بندوباری بر روابط سالم زناشویی، پیامبر (صلی‌الله‌علیه‌وآله) با راهبرد حفظ کرامت انسانی و ارزش‌های اخلاقی زنان، در نگرشی پیشگیرانه در راستای ممانعت از اعمال زیان‌بار اخلاقی در جامعه، سیاست‌گذاری‌های چندی را برای سامان دادن به امور انجام دادند.

برای زمینه‌سازی التزام به تعهدات، باورمندی به زشتی جرم، اقدامی پیشگیرانه و آگاهی‌افزا دانسته می‌شود. این اقدامات از منظر ذهنی، افراد را برای زشت شمردن کز رفتاری اخلاقی آماده می‌کند و آنان را به سمت زشت و ناپسند دانستن بد اخلاقی جنسی سوق می‌دهد. لزوم این موضوع تعیین دو ساحت جداگانه در فضای رفتاری بود. با توجه به این مسئله که جامعه محل عرضه جاذبه‌های جنسی زن نشود و با غلبه دادن پاکی بر جامعه، محل صحیح اموری از این دست در ساحت زناشویی قرار گیرد. این سیاست با تأکید بر چند امر مهم بود.

### ۱.۱.۳. راهبرد تعیین قانون برای امور اخلاقی و حدود معاشرت‌ها

#### ۱.۱.۳. بیعت نساء؛ قانونمندی سلامت اخلاقی

به گزارش منابع، در جریان فتح مکه، بیعت نسا یکی از مهم‌ترین بیعت‌های زنان با پیامبر (صلی‌الله‌علیه‌وآله) انجام شد (طبری، ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص. ۳۵۷).<sup>۱</sup> این بیعت را می‌توان نمادی از حرکت جامعه از برخی اخلاقیات ناپسند جاهلی به سمت اخلاق پسندیده در جامعه مسلمانان تلقی کرد. به نظر می‌رسد این بیعت تعیین قطعی و پایان مهلت زمانی برای همه نابسامانی‌های جنسی بود که با فتح مکه به‌عنوان آخرین کانون مقاومت شرک باید بسته می‌شد. در این بیعت، شرایط برای

۱. مشابه موارد این بیعت را مورخان سال‌ها پیش در نخستین بیعت در عقبه با مردم یثرب گزارش کرده‌اند.



زیست سالم اعلام شد که در صورت پایبندی، سلامت اخلاقی حفظ می‌شد. زنان با پیامبر (صلی الله علیه و آله) بر اساس مفاد ذکر شده در آیه شریفه

«يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا جَاءَكَ الْمُؤْمِنَاتُ يُبَايِعَنَّكَ عَلَىٰ أَنْ لَا يُشْرِكْنَ بِاللَّهِ شَيْئًا وَلَا يَسْرِقْنَ وَلَا يَزْنِينَ وَلَا يَقْتُلْنَ أَوْلَادَهُنَّ وَلَا يَأْتِينَ بِبُهْتَانٍ يَفْتَرِينَهُ بَيْنَ أَيْدِيهِنَّ وَأَرْجُلِهِنَّ...» (ممتحنه، ۱۲).<sup>۱</sup>

بیعت کردند. به احتمال این بیعت، استوارسازی و قانونمند کردن رفتاری بود که در طول سال‌های بعثت از زنان خواسته شده بود و پس از فتح مکه باید شکل قانونی و نهایی به خود می‌گرفت. در کنار این قانون‌گذاری، مقابله با کثرت رفتاری‌ها نیز انجام شد. بند سوم این تعهد به دوری از زنا تأکید دارد. در نظر قرآن، زنا رفتاری زشت است که به صراحت از نزدیک شدن به آن نهی شده است «وَلَا تَقْرُبُوا الزَّانِيَةَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا» (اسراء، ۳۲) و بندگان خداوند رحمان زنا نمی‌کنند «و عباد الرحمن... لا یزنون» (فرقان، ۶۳-۶۸). این راهبرد با جامعه زنان مؤمن پیوند داشت و در آن یکی از اصول مهم دوری از کثرت رفتاری جنسی و مقید بودن به محدوده صحیح معاشرت‌ها بود.

در ادامه این شیوه، تولد فرزند در نتیجه ازدواج، ممدوح بود و از کشتن فرزندان و سقط جنین پرهیز داده شد. در تفسیر آیه «وَلَا يَقْتُلْنَ أَوْلَادَهُنَّ» مفسران آورده‌اند «بِالْوَادِ وَغَيْرِهِ وَاسْقَاطِ الْجَنَّةِ» و این جنین معنا کرده‌اند که نکشتن اولاد یعنی بچه‌های زنده را زیر خاک نکنند یا به طریق دیگری نکشند و جنین خود را سقط نکنند (طبرسی، ۱۳۷۲، ج ۵، صص. ۴۴۲ و ۴۴۳؛ نیشابوری، ۱۴۲۲ق، ج ۴، ص. ۶۹؛ طباطبایی، ۱۳۶۷، ج ۱۹، ص. ۲۷۹).

### ۲.۳. تأکید بر زشت‌انگاری و گناهت رفتارهای سوء اخلاقی

پس از تعیین ازدواج سالم در اسلام و نفی آشفتگی‌ها در آن (مانند منع ازدواج با همسر پدر)، لازم بود دیگر رفتارها نیز در محدوده معاشرت زنان و مردان غیرهمسر و غیرخویشاوند تعریف و مرزبندی‌ها مشخص شود. مثال آن در آیه شریفه «وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ

۱. الا ای پیغمبر! هنگامی که زنان مؤمن آیند که با تو بیعت کنند که دیگر هرگز شرک به خدا نیاورند و سرقت و زناکاری نکنند و اولاد خود را به قتل نرسانند و بر کسی افترا و بهتان میان دست‌و‌پای خود نبندند (یعنی فرزندی را که میان دست و پای خود پرورده [اند] و علم به آن از انعقاد نطفه او دارند، به‌دروغ به کسی غیر پدرش نبندند)...

سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا<sup>۱</sup> (نساء، ۲۲) آمده است.

### ۳.۳. حفظ حرمت زنان با اعلان ناپسندی کسب در آمد از روابط جنسی

حدیثی از پیامبر (صلی‌الله‌علیه‌و‌آله) در پاره‌ای از منابع وجود دارد که ایشان برخی از زنان را لعن کرده‌اند (صدوق، ۱۴۰۳ق، ج ۳، ص. ۲۵۰). این دوری از رحمت خدا شامل زنانی است که در امور جنسی خلاف عرف جامعه و نامشروع فعالیت می‌کردند. زنان زناکار و زنان واسطه در زنا که سبب معرفی و به هم رسیدن نامشروع زنان و مردان بودند و زنانی که کنیزکان را می‌آراستند تا آراستگی عاملی در فروش گران‌تر آن‌ها با هدف معرفی و به جلوه گذاشتن آنان برای وسوسه جامعه باشد (بخاری، ۱۴۱۷ق، ج ۷، ص. ۶۴).

در روایتی به نقل از امام صادق (علیه‌السلام) آمده است «سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (علیه‌السلام) يَقُولُ لَعْنُ رَسُولُ اللَّهِ (صلی‌الله‌علیه‌و‌آله) الْوَأَصْلَةَ وَالْمُسْتَوْصِلَةَ يَعْنِي الزَّانِيَةَ وَالْقَوَادَةَ». راوی نقل کرده است که امام صادق (علیه‌السلام) فرمود منظور از واصله و مستوصله زنان زناکار و زنان واسطه در زناست. حدیث دیگری از امام باقر (علیه‌السلام) نقل شده است که پیامبر (صلی‌الله‌علیه‌و‌آله) زنانی را نفرین کرده است که در جوانی خودشان زناکار بودند و در سن پیری واسطه زنا می‌شوند و مردان و زنان زناکار را به یکدیگر معرفی و زمینه زنا را فراهم می‌کنند (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص. ۱۱۹).

به نظر می‌رسد افرادی از مشاغل دیگر به‌عنوان پوششی برای دلالتی فساد و فحشا استفاده می‌کردند که آن نیز مذمت شده است. گفته شده است، مردان عیاش برای اجرای منظور شوم خود، زنی را به دلالتی فساد و انحراف برمی‌گزیدند که صفات و شرایط خاصی داشته باشد از جمله عطار، قابله یا سازنده وسایل عروسی. اگر این مشاغل فحشا باشد، شامل نهی پیامبر (صلی‌الله‌علیه‌و‌آله) بوده‌اند (ابن جوزی، ۱۴۲۳ق، ص. ۲۱۷).

در کنار این موضوع، کسب‌وکار سالم مورد تشویق بود. از جمله فرمودند «به دنبال روزی حلال رفتن، بر هر مرد و زن مسلمان لازم است» (مجلسی، ۱۳۶۲، ج ۱۰۳، ص. ۹) و در حدیثی دیگر فرمودند «عبادت هفتاد بخش است که فضیلت‌مندترین آن کسب حلال است» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۷، ص. ۲۱) و همچنین «کسی که با خستگی به سبب تلاش روزانه برای کسب حلال، شب را

۱. و نکاح مکنید زن پدر را الا آنچه از پیش کرده‌اید؛ زیرا این کاری است زشت و مبعوض (خدا) و بد راه و رسمی است.

به صبح برساند، آمرزیده می‌شود» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۷، ص. ۲۴). زنان زیادی در عصر نبوی (صلی‌الله‌علیه‌وآله) و ائمه اطهار (علیه‌السلام) به فعالیت‌های اقتصادی اشتغال داشتند و پیامبر (صلی‌الله‌علیه‌وآله) آنان را به کار و تلاش تشویق می‌کردند.

آموزگاری (طبرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۴، صص. ۳۱۴-۳۱۶)، پزشکی و امدادسانی به زخمیان و مجروحان نبردها که مثال‌های آن زیاد است؛ لیلا غفاریه (عسقلانی، ۱۴۰۵ق، ج ۸، ص. ۱۸۳) و ربیع بنت معوذ (طبرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۴، ص. ۲۷۶)، رفیده، ام عطا، ام کبشه، حمنه بنت جحش، معاذه، امیمه، ام زیاد، ام عظیمه (طبرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۳، صص. ۱۸۴-۱۸۵)، عطفروشی برای زنان (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص. ۱۵۱)، گوسفندچرانی و دام‌پروری (طبرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۳، ص. ۴۳۸)، صنعتگری که زینب بنت جحش، همسر پیامبر اسلام (صلی‌الله‌علیه‌وآله) و زنانی مانند وی به آن اشتغال داشتند (ایوب، ۱۴۱۷ق، صص. ۲۲۵-۲۲۴) نخ‌ریسی و بافندگی (ابن هشام، بی‌تا، ج ۲، ص. ۲۸۷) و توصیه آداب کسب حلال و درست توسط پیامبر (صلی‌الله‌علیه‌وآله) به زنی بافنده (خطیب بغدادی، ۱۴۱۷ق، ج ۱۳، ص. ۲۵۳) همه از این مصداق‌هاست.

#### ۴.۳. راهبرد رعایت مرزهای گفتار و رفتار با نامحرم

یکی از اساسی‌ترین اقدامات در سلامت اخلاقی جامعه، ترسیم و اعلام دقیق مرزها و خطوط معاشرتی است. این موضوع به‌عنوان جزء اصلی در رفتارهای ایمانی جامعه قرار گرفت تا نشان دهد برای داشتن امکان حضور زنان و مردان در فضای ارتباطی سالم و بدون گناه، ضروری است که مردان و زنان این مرزها را رعایت کنند.

#### ۱.۴.۳. مراقبت از هرزه‌گردی چشم‌ها

در تعریف حدود معاشرت، یکی از مهم‌ترین مواردی که درباره انحرافات جنسی مطرح می‌شود، بحث نگاه آلوده به نامحرم و چشم‌چرانی است که ساده‌ترین راه نفوذ شیطان در انسان است و قرآن هم جزو انحرافات جنسی از آن یاد می‌کند. نکوهش چشم‌چرانی و تأکید بر مراقبت چشم در آموزه‌های وحیانی پیش از مراقبت تن در گناه آمده است.

«وَقُلْ لِّلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَلَا يَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَىٰ جُيُوبِهِنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ أَوْ أَبْنَائِهِنَّ أَوْ إِخْوَانِهِنَّ

أَوْ بَنِي إِخْوَانِهِمْ أَوْ بَنِي أَخَوَاتِهِمْ أَوْ نِسَائِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ أَوَاتَّبَاعِينَ  
غَيْرِ أَوْلِيِّ الْإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ أَوِ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَى عَوْرَاتِ النِّسَاءِ وَلَا  
يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِنْ زِينَتِهِنَّ وَتُوبُوا إِلَى اللَّهِ جَمِيعًا  
أَيُّهَا الْمُؤْمِنُونَ لَعَلَّكُمْ تَفْلَحُونَ<sup>۱</sup> (نور، ۳۱).

در این آیه محدوده محرمیت با محور قرار دادن شوهر زن آغاز می‌شود و لایه‌های بعدی به ترتیب پدران خود و شوهر، پسران خود و شوهر و محدوده نسبی است از برادران زن، برادرزادگان و خواهرزادگان خود زن.

تأکید آیه بر چشم‌پوشی زنان مؤمن از حرام که بر نامحرمان نظر ندوزند و حفظ و پوشاندن پنهان‌های جسم (عورت) خود از بیگانه و نیز آشکار نکردن آراستگی و زینت، سه دستور رفتاری است که راهگشای رستگاری خواهد بود. به نظر می‌رسد آغاز انحرافات جنسی نیز با ترک حجاب، چشم‌چرانی و چشم فرو بستن از نگاه به نامحرم و شهوت‌رانی است. در مقابل، آموزه و حیانی به پاک‌دامنی و عفت دعوت کرده است.

در تفاسیر شیعه و اهل سنت درباره آیه ۳۰ سوره نور، ماجرای شیفتگی و غفلت جوانی مطرح می‌شود که در مدینه زن جوانی را دید که روسری خود را به پشت گردن انداخته و دور گردن و بناگوش او پیدا بود. نقل کرده‌اند که به دنبال زن افتاد و با جسمی برخورد کرد و صورتش زخمی شد. با نقل ماجرا برای پیامبر (صلی‌الله‌علیه‌وآله)، آیات سوره نور در مورد پوشش زنان نازل شد (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص. ۵۲۱).

در کلام پیامبر (صلی‌الله‌علیه‌وآله) عباراتی دال بر ناپسندی چشم‌چرانی و نگاه شهوت‌آمیز به نامحرم آمده است «أَنْظِرُ سَهْمٌ مَسْمُومٌ مِنْ سِهَامِ إِبْلِيسَ...؛ نگاه به نامحرم تیر زهرآلودی از تیرهای شیطانی است» (مجلسی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۰۱، ص. ۳۸) و زنای چشم نگاه کردن است (ابن اثیر، ۱۴۰۹ق، ج ۴، ص. ۸۰). در مقابل، مراقبت از نگاه حرام و به نامحرم تکریم شده است «همه

۱. و به زنان مؤمنه بگو چشم فرو اندازند و عورات خود را حفظ کنند و زینت‌های خود را جز آنچه آشکار است، ظاهر نسازند و باید که مقنعه‌هایشان را به گریبان‌ها کشند و زینت خود را آشکار نکنند جز برای شوهرانشان یا پدران یا پدرشوهران یا پسران یا پسر شوهران یا برادران یا خواهرزادگان یا برادرزادگان یا زنان مؤمن یا بردگانی که مالک شده‌اند یا افراد سفیه که شهوتی به زنان ندارند یا کودکانی که به اسرار زنان آگاهی ندارند و مبادا پای خویش را به زمین بکوبند تا آنچه از زینتشان پنهان است، آشکار شود. ای گروه مؤمنان! همگی به سوی خدا توبه کنید تا شاید رستگار شوید.

چشم‌ها روز قیامت گریان‌اند جز سه چشم؛ چشمی که از ترس خدا بگرید، چشمی که از نامحرم فرو نهاده شود و چشمی که در راه خدا شب‌زنده‌دار باشد» (مجلسی، ۱۳۶۲، ج ۱۰۴، ص ۳۵). همچنین، اشاره دارد اگر نگاه کنترل شود، شیرینی ایمان بر انسان نمایان می‌شود و می‌فرماید «هرکس نگاه به نامحرم را از ترس خدا ترک کند، خداوند چنان ایمانی به او عطا کند که شیرینی‌اش را در دل خویش احساس کند» (مجلسی، ۱۳۶۲، ج ۱۰۴، ص ۳۸) و درهایی بر او باز می‌شود که بتواند شگفتی‌هایی را ببیند که انسان‌هایی که پایبندی ندارند، از آن‌ها غافل هستند و می‌فرماید «چشم‌هایتان را (از نامحرم) بیوشانید تا عجایب و شگفتی‌ها را ببینید» (مجلسی، ۱۳۶۲، ج ۱۰۱، ص ۴۱). در حدیثی آمده است که «کسی که نظر به نامحرم را از خوف خداوند ترک کند، خداوند به او ایمانی عطا می‌کند که شیرینی آن را در قلبش می‌یابد» (طبرانی، ۱۴۰۵، ج ۸، ص ۲۰۸).

### ۲.۴.۳. لزوم پرهیز از فحشا و اشاعه آن

با اعلام ضوابط ازدواج مشروع و تعیین مرزهای آن در آیه ۳۲ سوره نور، فحشای آشکار و پنهان، حرام و نادرست دانسته شد. در تفسیر، «مقصود از فحشای آشکار، همان زنای علنی و نصب پرچم‌هایی است که زن‌های فاجره در دوران جاهلیت برافراشته می‌کردند» (عیاشی، ۱۳۹۸، ج ۲، ص ۷).

در روایتی تاریخی، پس از مهاجرت مسلمانان به مدینه، شماری از آنان در نهایت فقر و تنگدستی بودند. از این رو برخی بر آن شدند تا به رسم جاهلی و برای رهایی از فقر با زنان ثروتمند بدنام (اصحاب‌الرایات) همسر شوند و پس از بی‌نیازی آنان را رها سازند. پس، از پیامبر (صلی‌الله‌علیه‌وآله) اجازه خواستند که آیه «الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرْمٌ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ» (نور، ۳) نازل شد و با بیان اینکه تنها مردان بدکاره با زنان زشت‌کار ازدواج می‌کنند، آنان را از این عمل بازداشت (طبری، ۱۴۲۰، ج ۱۰، ص ۹۴). بنا بر روایتی، این آیه در شأن زنان زناکار مدینه و زنان زناکار مشرک روزگار آغازین اسلام آمده است (طبری، ۱۴۲۰، ج ۱۰، ص ۹۷).

افزون بر آیات فوق، در روایاتی از پیامبر (صلی‌الله‌علیه‌وآله)، محدوده زینت نیز مشخص شده است تا موجبات گناه فراهم نشود. می‌فرمایند «بهترین زنان شما، زنی است که برای شوهرش،

آرایش و خودنمایی کند، اما خود را از نامحرمان ببوشاند» (مجلسی، ۱۳۶۲، ج ۱۰۳، ص. ۲۳۵) یا در روایتی دیگر فرمودند «هر زنی که به خداوند سبحان و روز قیامت ایمان دارد، زینتش را برای غیر شوهرش آشکار نمی‌کند و همچنین، موی سر و مچ [پای] خود را نمایان نمی‌سازد و هر زنی که این کارها را برای غیر شوهرش انجام دهد، دین خود را فاسد و خداوند را نسبت به خود خشمگین کرده است» (نیشابوری، ۱۴۲۲ق، ج ۲، ص. ۵۴۹). پیامبر (صلی‌الله‌علیه و آله) کسانی که پوشش خود را رعایت نمی‌کنند جهمی خوانده‌اند و می‌فرمایند «یکی از گروه‌هایی که وارد جهنم می‌شوند، زنان بدحجابی هستند که برای فتنه و فریب مردان خود را آرایش و زینت می‌کنند». تکمیل‌کننده این بحث روایتی است که می‌فرمایند: «پروردگارا! زنانی که خود را پوشیده نگه می‌دارند، مشمول رحمت و غفران خود بگردان» (صدوق، ۱۴۰۸ق، ج ۳، ص. ۲۴۴).

### ۳.۴.۳. تعریف بایدها و نبایدهای سخن گفتن

افزون بر چشم‌چرانی، گفتار ناروا با نامحرم نیز در تعریف حدود معاشرت مطرح است که چگونگی سخن گفتن زنان زمینه‌ساز گناه و لغزش در خود و فرد مقابل نشود. آیه ۳۲ سوره احزاب بر این امر تأکید می‌کند و می‌فرماید:

«يَا نِسَاءَ النَّبِيِّ لَسْتُنَّ كَأَحَدٍ مِنَ النِّسَاءِ إِنِ اتَّقَيْتُنَّ فَلَا تَخْضَعْنَ بِالْقَوْلِ فَيَطْمَعَ الَّذِي فِي قَلْبِهِ مَرَضٌ وَقُلْنَ قَوْلًا مَعْرُوفًا»<sup>۱</sup>.

دلالت این آیه پرهیز از فریبندگی آهنگ کلام است که موجب شک در مردان بیماردل می‌شود؛ مردانی که ایمان ضعیفی دارند و وسوسه‌ها و اندیشه‌های شیطانی آنان را به طمع و هوس‌های ناروا می‌برد. پس دستور به پسندیده سخن گفتن است «نه سخنی که توأم با لحن خاص و کرشمه باشد» (طباطبایی، ۱۳۶۷، ج ۱۶، ص. ۴۱۱).

دامنه این حرمت بسیار محکم تعریف شده و پیامبر (صلی‌الله‌علیه و آله) در پاسخ «مردی از انصار که پرسید یا رسول‌الله! نظر شما در مورد خویشاوندان شوهر مثل برادر، عمو، پسرعمو و خواهرزاده شوهر چیست؟ فرمود «هلاکت در همین است» (نیشابوری، ۱۴۲۲ق، ج ۲، ص. ۲۵۶). به این ترتیب، پیامبر (صلی‌الله‌علیه و آله) مردم را از هم‌سخن شدن دلربایانه با زنان غیرمحارم نهی

۱. ای زنان پیامبر! شما اگر تقوا داشته باشید، مانند احدی از زنان دیگر نیستید. پس در سخن دلربایی نکنید که شخص بیماردل به طمع می‌افتد و سخن نیکو بگوید.

کرد (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۰، ص. ۱۹۷).

### ۵.۳. بازتعریف مجازات رفتار منافی عفت

در جاهلیت، مجازات خلاف‌کار جنسی، حبس، اذیت یا طرد و استخفاف بود. او در خانه‌اش محبوس و معاش او تأمین می‌شد تا اینکه مرگ سراغ وی بیاید» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۸، ص. ۶۷). برخی نیز بیان داشته‌اند که در دوران جاهلی حد سنگسار بر زنان زناکار اجرا می‌شد. مجازات این عمل به‌ویژه در ارتکاب عامدانه تا پیش از نزول حکم سوره نور، زندانی شدن در خانه‌ها و آزار تا زمان مرگ یا توبه به درگاه خداوند بود (نساء، ۱۵ و ۱۶). به نظر می‌رسد این حکم محدود به زنان اعم از مجرد یا شوهردار می‌شد و مشمول مردان نبود. این حکم بعدها با آیات و سنت حضرت رسول (صلی‌الله‌علیه و آله) تکمیل شد.

سامان‌دهی جدید در مقابله با اعمال خلاف عفت با سوره نور مرتبط است. بررسی مفاد این سوره به‌ویژه ده آیه نخست، از تعریف تازه‌ای در میان جامعه به‌ویژه مسلمانان حکایت دارد. سوره یادشده با «آیات بینات» به تعریف قواعد معاشرتی زنان و مردان پرداخته که اجرای آن لازم است. آیه دوم سوره نور،

«الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلِيَشْهَدَ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ»<sup>۱</sup>

با تقنین حکم زنان و مردان زناکار آغاز می‌شود که حکم هرکدام صد تازیانه بدون دلسوزی و با حضور گروهی از مؤمنان است. آیه بعدی حکم ازدواج آن‌ها را بیان می‌کند که زناکار تنها با زناکار یا مشرک اجازه ازدواج دارد و ازدواج با آنان بر جامعه ایمانی حرام است و روا نیست. طبرسی علت تقدم ذکر زانیة بر زانی را شنيع تر دانستن این عمل از سوی زنان نسبت به مردان دانسته است. (طبرسی، ۱۳۷۲، ج ۵، ص. ۶۷).

گام بعدی، سامان دادن فضای فکری و رفتاری جامعه در مقابله با بهتان‌های اخلاقی است. کسانی که نسبت زنا به زنان شوهردار می‌دهند و نمی‌توانند چهار شاهد برای آن بیاورند، فاسق

۱. باید هریک از زنان و مردان زناکار را به صد تازیانه مجازات و تنبیه کنید و هرگز درباره آنان در دین خدا رأفت و ترحم روا مدارید اگر به خدا و روز قیامت ایمان دارید و باید عذاب آن بدکاران را جمعی از مؤمنان مشاهده کنند.

تلقی می‌شوند و هیچ‌گاه شهادت آن‌ها پذیرفته نمی‌شود و هشتاد ضربه تازیانه می‌خورند؛ البته توبه اصلاح را به همراه دارد. مردانی که به همسران خود بهتان زنا می‌زنند و جز خود گواهی بر آن ندارند، به چهار بار شهادت و بار پنجم گفتن لعنت خدا بر دروغ‌گویان ملزم می‌شوند (نور، ۲-۱۰). روایاتی از پیامبر (صلی‌الله‌علیه و آله) درباره زنا وجود دارد که به تبعید در خانه، حد و حتی سنگسار و تبعید از شهر اشاره دارد. صحیح بخاری در کتاب حدود، باب ۳۴، صفحات ۹۱۳ تا ۹۲۵ احادیثی را نقل می‌کند که مجازات زنا محصنه به‌جای تازیانه، رجم و سنگسار است (بخاری، ۱۴۱۷ق، ج ۸، صص. ۵۶۶، ۹۱۳ و ۹۱۵). بحث درباره اقدام به اجرای مجازات‌های یادشده یا تردید در بخشی از آن به‌ویژه سنگسار، در حیطه مأموریت این مقاله نیست و نوشتاری دیگر می‌طلبد.

روایات درباره شمول حکم آیات سوره نور بر غیرمسلمانان جامعه عصر نبوی دلالت دارد که کلی بودن دامنه اجرای آن را می‌رساند؛ چنان‌که رسول خدا (صلی‌الله‌علیه و آله) زن و مرد یهودی را رجم کردند (طبرسی، ۱۳۷۲، ج ۳، ص. ۲۰۲). تأکید شده است اجرای رجم بر پایه احکام تورات خود یهودیان بوده است (نیشابوری، ۱۴۲۲ق، ص. ۱۱۲). با وجود این حکم کلی، در برخی موارد از لحاظ شرایط زمانی و مکانی خلاف این اصل کلی عمل شده است مانند اینکه در زمان حکومت علی (علیه‌السلام) در مصر، مرد مسلمانی با زن یهودی یا نصرانی زنا کرد. امام (علیه‌السلام) دستور دادند مرد را حد بزنند و زن را به متولیان امور دینی تحویل دهند تا هرگونه که مناسب باشد، درباره او تصمیم بگیرند (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۲، صص. ۴۱۵-۴۱۶). درباره جرم زنا خدمت‌کار در برخی منابع روایی اهل سنت هم به نقل از پیامبر (صلی‌الله‌علیه و آله) آمده است که اگر کنیز تا چهار بار زنا کند، در بار چهارم باید توسط صاحب آن فروخته شود (نیشابوری، ۱۴۲۲ق، ج ۴، ص. ۶۵۶).

در نقل تاریخی آمده است عبد‌الله بن‌سلول، کنیزانی از جمله دو کنیز به نام‌های مُسیکه و أمیمه داشت که آن‌ها را مجبور به زنا می‌کرد. آن دو نزد پیامبر (صلی‌الله‌علیه و آله) شکایت کردند. (واحدی نیشابوری، ۱۴۱۱ق، ص. ۱۷۳). پس نزول این آیه درباره آن‌ها بود «... وَلَا تُكْرِهُوا فَتَيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا لِيَبْتِغُوا عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَمَنْ يُكْرِهِنَّ...» (نور، ۳۳).

۱. ... کنیزانتان را اگر خواهان عفت و پاک‌دامنی هستند، به‌خاطر مال زودگذر دنیا مجبور به زنا نکنید....



صراحت آیه بالا بر پرهیز از وادار کردن به زنا، گویای قصد قرآن بر دوری جامعه از این رفتار زشت است. در ازدواج مؤمنان تنگ‌دست با کنیزان دیگران نیز شرط پاک‌دامنان دور از فحشا و دوست‌گیری‌های پنهانی (غَيْرُ مُسَافِحَاتٍ وَلَا مُتَّخِذَاتِ أَخْدَانٍ) مورد تأکید قرآن است (نساء، ۲۵). در صورت زنا، کنیز، کیفر آنان نصف کیفر زنان آزاد است (نساء، ۲۵). درباره تهمت زنا بر کنیز نیز توصیه‌های زیادی مبنی بر پرهیز از این اتهام‌زنی بود و در صورت زده شدن اتهام، شهادت خواسته می‌شد (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۸، ص. ۱۰۰).

### ۶.۳. راهبرد تعریف و تنظیم حریم‌های معاشرتی زنان و مردان

در این بخش به موضوعاتی توجه می‌شود که در اختلاط زنان و مردان مرزهای اساسی شمرده می‌شوند و نادیده گرفتن آن‌ها امنیت روابط سالم را مورد تهدید قرار می‌دهد.

### ۱.۶.۳. نفی تبرج و اغواگری جنسی

به نظر می‌رسد دستور آیه ۵۹ سوره احزاب به پوشیدگی برای جلوگیری از اذیت و آزار زنان و بیان رویکرد پیشگیرانه است؛ گامی مهم برای تنظیم رفتارهای ارتباطی در جامعه. این رفتار با پرهیز از نمایاندن خود تکمیل می‌شود. همان‌طور که پیش از این گفته شد، تبرج و خودنمایی یکی از ویژگی‌های عصر جاهلی بود. خداوند متعال به شدت عموم زنان مؤمن به‌ویژه همسران پیامبر (صلی‌الله‌علیه‌و‌آله) را از آن برحذر می‌دارد «وَلَا تَبْرَجْنَ تَبْرُجَ الْجَاهِلِيَّةِ الْأُولَى» (احزاب، ۳۳). بنا بر عادت زنان جاهلیت نخستین در میان مردم تبرج و خودنمایی نکنید و زروزیور خود را ظاهر نسازید؛ چنانچه زنان جاهلیت می‌کردند.

تبرج به تبختر و خودنمایی در راه رفتن معنا شده است و اینکه روسری بر سر زن باشد، اما آن را پایین بیندازد و آن را نیندد که گلوبند و گوشواره‌اش که باید پوشیده باشد، دیده شوند. همچنین، آن رفتار غیراخلاقی خانوادگی تعریف شده است که زنی تن خود را میان شوهر و رفیقش قرار دهد؛ پایین‌تنه خود را برای شوهرش قرار دهد (که با او آمیزش و مجامعت کند) و برای رفیقش بالاتنه خود را قرار دهد که او را ببوسد و معانقه کند و در آغوش کشد (طبرسی، ۱۳۷۲، ج ۲۰، ص. ۱۰۸). می‌توان پوشیدگی برای ممانعت از آزار و نیز پرهیز از خودنمایی یا دوری از تعهد به اخلاق در خانواده را مکمل یکدیگر دانست. اشاره شد هدف اساسی در رویکرد سیره نبوی دورسازی و پاک‌سازی صحن عمومی جامعه از اغواگری و تحریک جنسی است و به‌جای آن،

ساحت زناشویی تشویق شده است. در مقابل، حیا مطرح شده است که مثال قرآنی آن دختران شعیب نبی هستند که نه تنها هنگام کار از اختلاط با مردان دور ایستاده بودند، بلکه در مقابل موسی (علیه السلام) نیز با نهایت حیا راه می‌رفتند و سخن می‌گفتند (قصص، ۲۳-۲۶). سخنانی از پیامبر (صلی الله علیه و آله) در زمینه حیا تکمیل‌کننده اندیشه تقابل با تبرج است؛ اگر برادر دینی تو سه خصلت داشت به او امیدوار باش؛ حیا، امانت‌داری و صداقت (نهج الفصاحه، ۱۳۸۳، ج ۱، ص. ۳۹).

### ۲.۶.۳. نهی از اعمال منافی عفت

پیامبر (صلی الله علیه و آله) جرائم منافی عفت و زنا را حرام دانسته و از آن به‌عنوان گناه کبیره یاد کرده و بیان داشته‌اند که خشم خدا نسبت به زناکار بسیار سخت است و در هفت آسمان و هفت زمین و کوه‌ها پیر زناکار را لعنت می‌کنند و تعفن عورت زناکار جهنمیان را اذیت می‌کند (نهج الفصاحه، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۲۸۱). در روایات، زنا مانند کشتن پیامبر و ویران کردن کعبه معرفی شده است (مجلسی، ۱۴۰۳، ج ۷۶، صص. ۱۹-۲۲).

جرم زنا هم‌تراز رباخواری آمده است و وقتی زناکاری و رباخواری در جایی آشکار شود، مردم عذاب خدا را به خود خریده‌اند و مشابه دشمنی خدا تلقی می‌شود که پیامبر می‌فرماید چهار کس را خداوند دشمن دارد؛ فروشنده قسم‌خور، فقیر متکبر، پیرمرد زناکار و پیشوای ستمگر (نیشابوری، ۱۴۲۲، ج ۲، ص. ۴۷۴). همچنین، پیامبر (صلی الله علیه و آله) می‌فرماید چهار چیز است که اگر هریک از آن‌ها در خانه‌ای درآید، خراب شود و به برکت آباد نشود؛ خیانت، دزدی، شراب‌خواری و زنا (نهج الفصاحه، ۱۳۸۳، ج ۱، ص. ۶۲۴).

با توجه به این روایات، اعمال منافی عفت در کنار تمام جرم‌ها آمده است و پیامبر (صلی الله علیه و آله) آن را نهی کرده‌اند. ایشان با افرادی که تن به این کار می‌دهند، برخورد می‌کند (نیشابوری، ۱۴۲۲، ج ۲، ص. ۵۰۶). با وجود این، همیشه راه توبه برای بندگان خدا باز است و هر که زنا کند، ایمانش برود و اگر توبه کند، خدا توبه او را بپذیرد و وقتی بنده‌ای زنا کند، ایمان از او بیرون رود و چون سایه‌ای بر سرش بایستد و هنگامی که از آن دست بردارد، باز می‌گردد (نیشابوری، ۱۴۲۲، ج ۲، ص. ۵۰۷).

پس از فتح مکه، رسول خدا (صلی الله علیه و آله) همه مکیان به‌جز ده نفر، شش مرد و چهار

زن را بخشید. سه کنیز در میان آنان به فساد و خوانندگی و استفاده از آن بر ضد اسلام شناخته شده بودند؛ ساره کنیز بنی‌عبدالمطلب و قریبه و فرتنا دو کنیز ابن‌خطل (یعقوبی، ۱۹۶۹م، ج ۱، ص. ۴۵۱). آن دو و ساره مغنیه (آوازه‌خوان) که در جنگ بدر با خواندن ترانه‌های مهیج و موسیقی‌های طرب‌آور، جنگاوران سپاه شرک را به کشتار مسلمانان تشویق می‌کردند، از عفو همگانی پیامبر بهره‌مند نشدند (واقعی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ۸۲۵؛ ابن‌هشام، بی‌تا، ج ۴، ص. ۵۱). به نظر می‌آید زشتی رفتار این زنان که در تحریک مردان به مخالفت با اسلام از قواعد اخلاقی خارج شده بودند، در برخوردار نشدن از عفو همگانی بی‌اثر نبوده است.

### ۳.۶.۳. رعایت حوزه‌های جنسیتی در تعامل اجتماعی

در سطح اجتماع بازتعریف مشخصی از ارتباط زنان و مردان در سیره نبوی دیده می‌شود. در این حوزه به دلیل لزوم امنیت حضور زنان در جامعه بدون پیش‌زمینه‌ها و احتمال وجود رابطه گناه‌آلود، اجازه اختلاط داده شده است و رعایت عفت و پاک‌دامنی و دور بودن از دوستی‌های زنان و مردان نامحرم، از نظر دور نمانده است. در قرآن به ازدواج با زنان عفیف و پاک‌دامنی که رفیق جنسی پنهانی ندارند، تأکید شده است «...غَيْرُ مُسَافِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ...» (مائده، ۵). با توجه به ذکر مطالب مربوط به اهل کتاب در آیه بالا، از متن آن استنباط می‌شود که دوستی پنهانی زنان و مردان حتی با اهل کتاب نیز از موارد ممنوعه تلقی شده است. این تأکید در جای دیگر قرآن نیز آمده است «... غیر مسافحات و لا متخذات اخدان...» (نساء، ۲۵). می‌توان دریافت که حرمت فوق در مسائل جنسی است و معاشرت مردان و زنان با یکدیگر در فضای شغلی و محیط کار، آموزش و عبادت یا امور دیگر اجتماعی به‌دور از ناپاکی و با رعایت موازین و دور از گناه و مفسده مجاز تلقی است.

### نتیجه‌گیری

بررسی‌ها نشان می‌دهد با وجود دوگانگی در دوران جاهلیت میان تعهد به اخلاقیات یا دور بودن از اخلاق متعهدانه جنسی و نیز متعهد بودن و نبودن افراد به این موضوع، پیامبر اسلام (صلی‌الله علیه و آله و سلم) با هدف اصلاح اندیشه و کز رفتاری‌ها، با تعیین چهار راهبرد اساسی برای سامان دادن رفتار جنسی اقدام کردند؛

۱. راهبردهای تعیین قانون برای امور اخلاقی
۲. رعایت مرزهای گفتاری و رفتاری با نامحرم
۳. لزوم پرهیز از فحشا و اشاعه آن
۴. تعریف و تنظیم حریم‌های معاشرتی.

در هر راهبرد، امور زیرمجموعه‌ای قرار دارد که دقت در تعریف و تعیین قانون را به صورت شفاف و جزئی نشان می‌دهد. این راهبردها و برنامه‌های عملی با هدف آگاه‌سازی و تأکید بر لزوم تعهد و تقید در امور جنسی مشروع، قوانین و رفتارهای این حوزه را با مرزبندی در تقید به اخلاقیات خانوادگی و ازدواج، پرهیز از هرزه‌گری ذهنی و چشمی، التزام به دوری و پرهیز از جلوه‌گری‌های اغواگرانه، به سوی جامعه سالم هدایت کرد. طراحی فوق در سیره نبوی، پیشگیری را از طریق باورمندی افراد به ناپسند و نادرست بودن بی‌قیدی به تعهدات اخلاقی در حوزه مسائل جنسی نشان می‌دهد. با وجود تمایل بسیار این رویکرد به درونی‌سازی ارزش‌ها و دوری از ضد ارزش‌ها، کز رفتاری‌ها نیز از نظر دور نمانده و برای داشتن جامعه سالم، به اقدامات بازدارنده و مجازاتی نیز توجه شده است.

## منابع

- ۱) قرآن کریم.
- ۲) پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله) (۱۳۸۲). نهج الفصاحه. تهران: دنیای دانش.
- ۳) آیین‌وند، صادق (۱۳۸۴). زنان در نخستین سده‌های اسلامی. پژوهش زنان، دوره ۳، شماره ۹.
- ۴) ابن اثیر، عزالدین علی بن محمد (۱۴۰۹ق). اسد الغابة فی معرفة الصحابة (جلد ۴). بیروت: دارالفکر.
- ۵) ابن اثیر، مبارک بن محمد (۱۳۸۳). النهایه فی غریب الحدیث و الاثر. قم: موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
- ۶) ابن جوزی، عبدالرحمن بن علی (۱۴۲۳ق). احکام النساء، (علی بن محمد یوسف، محقق). بیروت: مکتبه العصریه.
- ۷) ابن حبیب بغدادی، محمد (بی تا). المحبر. بیروت: دارالآفاق الجدیده.
- ۸) ابن قتیبه، عبدالله بن مسلم (۱۴۱۸ق). عیون الاخبار. بیروت: دارالکتب العلمیه.
- ۹) ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق). لسان العرب. بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
- ۱۰) ابن هشام، عبدالملک (بی تا). السیره النبویه (مصطفی سقا و شبلی عبدالحفیظ، محققان). (جلدهای ۲ و ۴). بیروت: دارالمعرفه.
- ۱۱) ابوالفرج اصفهانی، علی بن حسین (۱۴۱۵ق). الاغانی (جلدهای ۸، ۹، ۱۶ و ۱۷). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ۱۲) ادریس، عبدالله بن عبدالعزیز (۱۳۸۸). جامعه مدینه در عصر نبوی (شهلا بختیاری، مترجم). تهران: سمت.
- ۱۳) اسفندیاری، مجتبی (۱۳۸۹). بررسی تطبیقی مجازات‌های بدنی در قرآن و عهد قدیم. پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، دوره ۶، شماره ۱۹.
- ۱۴) انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۳۸۸). شرح مکاسب (محمد خراسانی، مترجم). قم: انتشارات انتشارات الامام الحسن بن علی (علیه السلام).
- ۱۵) ایوب، سعید (۱۴۱۷ق). زوجات النبی (صلی الله علیه و آله). بیروت: دارالهادی.
- ۱۶) بخاری، محمد بن اسماعیل (۱۴۱۷ق). صحیح (شماعی و رفاعی، محققان). بیروت: عالم‌الکتب.
- ۱۷) بختیاری، شهلا (۱۳۸۸). ملاحظاتی بر اسلام‌پذیری و بیعت زنان با پیامبر اسلام (صلی الله علیه و آله). زن در فرهنگ و هنر، ۱ (۲).
- ۱۸) ترمانینی، عبدالسلام (۱۹۸۴م). الزواج عند العرب فی الجاهلیة و الاسلام. کویت: عالم‌المعرفه.
- ۱۹) جاحظ، عمرو بن بحر (۱۹۸۸م). البیان و التبیین (جلد ۲). بیروت: دار و مکتبه الهلال.
- ۲۰) حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعه (جلدهای ۱، ۱۷، ۱۸ و ۲۰). قم: مؤسسه آل‌البتیت

(علیهم السلام).

- ۲۱) خراسانی، حسین (بی تا). حقوق زن در اسلام و در جاهلیت. تهران: سازمان تبلیغات اسلامی.
- ۲۲) خزعلی، انسیه (۱۳۸۷). تصویر عصر جاهلی در قرآن. تهران: امیرکبیر.
- ۲۳) خطیب بغدادی، احمد بن علی (۱۴۱۷ق). تاریخ بغداد (مصطفی عبدالقادر عطا، محقق). (جلد ۱۳). بیروت: دارالکتب العلمیه.
- ۲۴) دانش پژوه، وهاب؛ مهریزی، مهدی و محمودی جانکی، فیروز (۱۳۹۵). جرم‌انگاری قرآن و عقلائیّت. مبانی فقهی حقوق اسلامی، دوره ۱۹، شماره ۱.
- ۲۵) دلخوش، احمد و میلانی، علیرضا (۱۳۹۵). بررسی فقهی - حقوقی اکراه در جرایم منافی عفت، پایان‌نامه مقطع کارشناسی ارشد، دانشگاه پیام نور.
- ۲۶) دهقان، حمید (۱۳۷۶). تأثیر زمان و مکان بر قوانین جزایی اسلام. قم: مَدین.
- ۲۷) راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲ق). المفردات فی غریب القرآن (جلد ۱). بیروت: مکتبه نزار مصطفی الباز.
- ۲۸) زمخشری، جارالله محمود بن عمر (۱۴۱۵ق). الکشاف عن حقائق غوامض التنزیل (جلد ۳). قم: القدس.
- ۲۹) سالم، عبدالعزیز (۱۳۸۰). تاریخ عرب قبل از اسلام (باقر صدری‌نیا، مترجم). تهران: علمی و فرهنگی.
- ۳۰) سیوطی، عبدالرحمان بن ابی بکر (۱۴۱۴ق). درالمنثور فی تفسیر بالمأثور (جلد ۶). بیروت: دارالفکر.
- ۳۱) شاه‌سنایی، محمدرضا (۱۳۹۸). اختلاط مردان و زنان در عصر جاهلیت و صدر اسلام. مطالعات قرآن و حدیث، شماره ۶۳، صص. ۸۸-۱۲۵.
- ۳۲) شهرستانی، محمد بن عبدالکریم (۱۴۰۶ق). الملل و النحل. بی‌جا.
- ۳۳) صدوق، محمد بن علی بن بابویه (۱۴۰۳ق). معانی الاخبار (علی اکبر غفاری، مصحح). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ۳۴) صدوق، محمد بن علی بن بابویه (۱۴۰۸ق). من لایحضره الفقیه (جلد ۳). قم: دفتر انتشارات اسلامی وایسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
- ۳۵) طباطبایی، محمدحسین (۱۳۶۷). تفسیر المیزان (محمدباقر موسوی همدانی، مترجم). (جلدهای ۱۶ و ۱۹). انتشارات اسلامی.
- ۳۶) طبرانی، سلیمان بن احمد (۱۴۰۵ق). المعجم الکبیر (جلدهای ۸، ۲۳ و ۲۴). قاهره: مکتبه ابن تیمیة.
- ۳۷) طبرسی، فضل بن حسن (۱۳۷۲). مجمع البیان فی تفسیر القرآن (جلدهای ۲، ۳، ۵، ۲۰ و ۲۴). تهران: ناصر خسرو.
- ۳۸) طبری، محمد بن جریر (۱۴۲۰ق). جامع البیان عن تأویل آی القرآن (تفسیر الطبری) (جلدهای ۲ و ۱۰).

بیروت: دارالکتب العلمیه.

- (۳۹) طوسی، محمدین حسن (۱۴۰۰ق). تهذیب الاحکام (جلد ۴). بیروت: دارالکتب العربی.
- (۴۰) طوسی، محمدین حسن (۱۴۱۳ق). التبیان فی تفسیر القرآن (جلد ۲). بیروت: العالم الاسلامی.
- (۴۱) عسقلانی، احمدین علی بن حجر (۱۴۲۰ق). فتح الباری بشرح صحیح البخاری (جلدهای ۴ و ۸). بیروت: دارالفکر.
- (۴۲) علی، جواد (۱۳۶۷). المفصل فی تاریخ العرب قبل الاسلام (محمد حسین روحانی، مترجم). مازندران: کتابسرای بابل.
- (۴۳) علی، جواد (۱۹۹۳م). المفصل فی تاریخ العرب قبل الاسلام (جلدهای ۳، ۵ و ۱۰). بغداد: المجمع العلمی العراق.
- (۴۴) عیاشی، محمد بن مسعود (۱۳۹۸). تفسیر العیاشی (هاشم رسولی، مصحح). لبنان: مؤسسه الاعلمی للمبوعات.
- (۴۵) غفوری نژاد، محمود و رسول خانی شهنانی، مرضیه (۱۳۸۸). مقایسه تطبیقی مجازات در متون یهود و اسلام. فصلنامه تخصصی فقه و تاریخ تمدن، سال ۶، شماره ۲۲.
- (۴۶) فائز، قاسم (۱۳۹۰). سیمای عرب جاهلی از زبان قرآن و روایات. تهران: علمی و فرهنگی.
- (۴۷) فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۱۰ق). کتاب العین (جلد ۶). قم: هجرت.
- (۴۸) کدیور، جمیله (۱۳۸۷). اجرای سنگسار در زمان حکومت غیر معصوم (با تأکید بر دوران معاصر). فصلنامه فقه و مبانی حقوق، سال ۵، شماره ۱۵.
- (۴۹) کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق). الاصول من الکافی (جلد ۵). تهران: مکتبه الاسلامیه.
- (۵۰) مجلسی، محمدباقر (۱۴۰۳ق). بحار الانوار (جلدهای ۷۶، ۱۰۱، ۱۰۳ و ۱۰۴). تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- (۵۱) مسعودی، علی بن حسین (۱۴۰۹ق). التنبیه والاشراف (عبدالله اسماعیل الصاوی، مصحح). قاهره: دارالصاوی.
- (۵۲) مصطفوی، حسن (۱۴۳۰ق). التحقیق فی کلمات القرآن الکریم (جلد ۱). بیروت: دارالکتب العلمی.
- (۵۳) مهرابی، فریبا (۱۳۹۵). راهکارهای قرآنی پیشگیری از انحرافات اخلاقی زنان و بررسی پیامدهای انحراف اخلاقی آنان، پایان نامه کارشناسی ارشد تفسیر علوم قرآنی، دانشگاه قم.
- (۵۴) نجفی، محمدحسن بن باقر (۱۳۶۲). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام (جلد ۴۱). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- (۵۵) نیشابوری، ابواحمد بن ابراهیم (۱۴۲۲ق). الکشف والبیان عن تفسیر القرآن (جلدهای ۲ و ۴). بیروت:

دار احیاء التراث العربی.

۵۶) هادوی تهرانی، مهدی (۱۳۸۹). بررسی نگرش قرآن کریم به مجازات. پژوهش‌نامه علوم و معارف قرآن کریم، سال ۲، شماره ۷.

۵۷) واحدی نیشابوری، علی بن احمد (۱۴۱۱ق). اسباب النزول، بیروت: دارالکتب العلمیه.

۵۸) واقدی، محمد بن عمر (۱۴۰۹ق). کتاب المغازی (مارسدن جونس، محقق). (جلد ۲). بیروت: مؤسسه الاعلمی.

۵۹) یعقوبی، احمد بن واضح (۱۹۶۹م). تاریخ الیعقوبی (جلد ۱). بیروت: دار صادر.



## References

- 1) The Holy Quran.
- 2) The Holy Prophet Muhammad (PBUH) (1382 SH). Nahj al-Fasāḥa. Tehran: Donyā-ye Dāneš [in Arabic].
- 3) Abū al-Farağ Eṣfahānī, ‘Alī b. Ḥosayn (1415 AH). Al-Aḡānī (Vols. 8, 9, 16, and 17). Beirut: Dār Ehyā’ al-Torāṭ al-‘Arabī [in Arabic].
- 4) Alī, Javād (1367 SH). Al-Mofaṣṣal fi Tārīḵ al-‘Arab Qabl al-Eslām [Detailed History of the Arabs Before Islam]. (Moḥammad Ḥoseyn Rūḥānī, Trans.). Māzandarān: Ketābsarā-ye Bābol [in Persian].
- 5) Alī, Javād (1993). Al-Mofaṣṣal fi Tārīḵ al-‘Arab Qabl al-Eslām (Vols. 3, 5, and 10). Baghdad: al-Maḡma’ al-‘Elmī al-‘Irāqī [in Arabic].
- 6) Anṣārī, Morteżā b. Moḥammad Amīn (1388 SH). Šarḥ-e Makāse. (Moḥammad Ḳorāsānī, Trans.). Qom: Entesārāt al-Imām al-Ḥasan b. ‘Alī (‘alayh al-salām) [in Persian].
- 7) Asqalānī, Aḥmad b. ‘Alī b. Ḥajar (1420 AH). Faṭḥ al-Bārī be-Šarḥ Šaḥīḥ al-Boḳārī (Vols. 4 & 8). Beirut: Dār al-Fikr [in Arabic].
- 8) Āyīnevand, Šādeq (1384 SH). Zanān dar Nokhostīn Sedehā-ye Eslāmī [Women in the Early Centuries of Islam]. Puzheš-e Zanān, 3(9) [in Persian].
- 9) Ayyāšī, Moḥammad b. Mas‘ūd (1398 SH). Tafsīr al-‘Eyāšī [Exegesis of Al-Eyashi]. (Hāšem Rasūlī, Ed.). Lebanon: Mo’assesa al-‘Alamī le al-Maṭbū‘āt [in Arabic].
- 10) Ayyūb, Sa‘īd (1417 AH). Zawjāt al-Nabī (ṣallā llāh ‘alayh wa ālih). Beirut: Dār al-Hādī [in Arabic].
- 11) Baḳtīārī, Šahlā (1388 SH). Molāḥzātī bar Eslām-Pazīrī wa Bī‘at-e Zanān bā Peyḡambar-e Eslām (ṣallā llāh ‘alayh wa ālih) [Considerations on the Acceptance of Islam and Women's Allegiance to the Prophet of Islam]. Zan dar Farhang wa Honar, 1(2) [in Persian].
- 12) Boḳārī, Moḥammad b. Esmā‘il (1417 AH). Šaḥīḥ. (Šamā‘ī wa Rafā‘ī, Eds.). Beirut: ‘Ālam al-Kotob [in Arabic].
- 13) Dānešpazhūh, Vahhāb, Mehrīzī, Mahdī, & Maḥmūdī Jānākī, Fīrūz (1395 SH). Jorm-Engārī-e Qor’ān wa ‘Aqlānīyat [Criminalization in the Quran and Rationality]. Mabānī Feqhī Ḥuqūq-e Eslāmī, 19(1) [in Persian].
- 14) Dehqān, Ḥamīd (1376 SH). Ta’īr-e Zamān wa Makān bar Qavānīn-e Jazā‘ī-e Eslām [The Influence of Time and Place on Islamic Criminal Laws]. Qom: Madyan [in Persian].
- 15) Delḳošk, Aḥmad & Milānī, ‘Alī Rezā (1395 SH). Barrasi-ye Feqhī-Ḥuqūqī-e Ekrāh dar Jarāyem-e Monāfi ‘Iffat [Jurisprudential and Legal Study of Coercion in Crimes Against Decency]. Master’s Thesis, Pāyām-e Nūr University [in Persian].
- 16) Ebn-Atīr, ‘Ezz al-Dīn ‘Alī b. Moḥammad (1409 AH). Asad al-Ġāba fi Ma‘rifat al-Šaḥāba (Vol. 4). Beirut: Dār al-Fikr [in Arabic].
- 17) Ebn-Atīr, Mobārak b. Moḥammad (1383 SH). Al-Nehāya fi Ġarīb al-Ḥadīṭ wa al-Aṭar. Qom: Mo’assesa-ye Maṭbū‘āti-ye Esmā‘īlīān [in Arabic].
- 18) Ebn-Ḥabīb Baḡdādī, Moḥammad (n.d.). Al-Moḥabber. Beirut: Dār al-Āfāq al-

- Jadīda [in Arabic].
- 19) Ebn-Hešām, ‘Abd al-Malek (n.d.). *Al-Sīra al-Nabawīya* (Vols. 2 & 4). (Moṣṭafā Saqā & Šebli ‘Abd al-Ḥafīz, Eds.). Beirut: Dār al-Ma‘refa [in Arabic].
  - 20) Ebn-Jowzī, ‘Abd al-Raḥmān b. ‘Alī (1423 AH). *Aḥkām al-Nisā’*. (‘Alī b. Moḥammad Yūsuf, Ed.). Beirut: Maktabat al-‘Ašriyya [in Arabic].
  - 21) Ebn-Manzūr, Moḥammad b. Makram (1414 AH). *Lesān al-‘Arab*. Beirut: Dār al-Fikr le al-Ṭabā‘a wa al-Našr wa al-Tawzī‘ [in Arabic].
  - 22) Ebn-Qotayba, ‘Abdullāh b. Moslem (1418 AH). *‘Uyūn al-Akḥbār*. Beirut: Dār al-Kotob al-‘Elmiyya [in Arabic].
  - 23) Edrīs, ‘Abdullāh b. ‘Abd al-‘Azīz (1388 SH). *Jāme‘a-ye Madīna dar ‘Ašr-e Nabavī* [The Society of Medina in the Prophetic Era]. (Šahlā Baḳṭiārī, Trans.). Tehran: Samt [in Persian].
  - 24) Esfandiārī, Moḡtabā (1389 SH). *Barrasi-ye Taṭbīqī-ye Moḡzāt-hā-ye Badanī dar Qor’ān wa ‘Ahd-e Qadīm* [Comparative Study of Physical Punishments in the Quran and the Old Testament]. *Puzheš-hā-ye Feqh wa Ḥuqūq-e Eslāmī*, 6(19) [in Persian].
  - 25) Fā‘ez, Qāsem (1390 SH). *Simā-ye ‘Arab-e Jāhīlī az Zabān-e Qor’ān wa Revāyāt* [The Image of the Pre-Islamic Arabs in the Quran and Hadith]. Tehran: ‘Elmī wa Farhangī [in Persian].
  - 26) Farāhīdī, Ḳalīl b. Aḥmad (1410 AH). *Ketāb al-‘Ayn* (Vol. 6). Qom: Heḡrat [in Arabic].
  - 27) Ġafūrī-Nežād, Maḥmūd & Rasūl-Ḳānī Šahnānī, Marziya (1388 SH). *Moḡāyese-ye Taṭbīqī-ye Moḡzāt dar Motūn-e Yahūd wa Eslām* [Comparative Study of Punishments in Jewish and Islamic Texts]. *Fašlnāmeḥ-ye Taḳaššoši-ye Feqh wa Tārīḳ-e Tamaddon*, 6(22) [in Persian].
  - 28) Hādavī Tehrānī, Maḥdī (1389 SH). *Barrasi-ye Negaresh-e Qor’ān-e Karīm be Moḡzāt* [Examining the Quran's Perspective on Punishment]. *Puzhešnāmeḥ-ye ‘Olūm wa Ma‘āref-e Qor’ān-e Karīm*, 2(7) [in Persian].
  - 29) Ḥorr ‘Āmeli, Moḥammad b. Ḥasan (1409 AH). *Wasā’il al-Ši‘a* (Vols. 1, 17, 18, 20). Qom: Mo‘assesa Āl al-Bayt (‘alayhim al-salām) [in Arabic].
  - 30) Jāḥez, ‘Amr b. Baḥr (1988). *Al-Bayān wa al-Tebyīn* (Vol. 2). Beirut: Dār wa Maktabat al-Hilāl [in Arabic].
  - 31) Kadīvar, Jamīla (1387 SH). *Ejrā-ye Sangsār dar Zamān-e Ḥokūmat-e Ġeyr-e Ma‘šūm (bā Ta’kid bar Dowrān-e Mo‘āšer)* [The Implementation of Stoning in the Time of Non-Infallible Rulers (With Emphasis on Contemporary Times)]. *Fašlnāmeḥ-ye Feqh wa Mabānī-e Ḥuqūq*, 5(15) [in Persian].
  - 32) Ḳaṭīb Baḡdādī, Aḥmad b. ‘Alī (1417 AH). *Tārīḳ Baḡdād* (Vol. 13). (Moṣṭafā ‘Abd al-Qāder ‘Aṭā, Ed.). Beirut: Dār al-Kotob al-‘Elmiyya [in Arabic].
  - 33) Ḳaz‘alī, Ansīya (1387 SH). *Tašvīr-e ‘Ašr-e Jāhīlī dar Qor’ān* [The Depiction of the Era of Ignorance in the Quran]. Tehran: Amīr Kabīr [in Persian].
  - 34) Kolaynī, Moḥammad b. Ya‘qūb (1407 AH). *Al-Oṣūl men al-Kāfi* (Vol. 5). Tehran: Maktabat al-Eslāmīya [in Arabic].
  - 35) Ḳorāsānī, Ḥosayn (n.d.). *Ḥuqūq-e Zan dar Eslām wa dar Jāhiliyya*. Tehran: Sāzmān Tabliḡāt Eslāmī [in Arabic].

- 36) Majlesī, Moḥammad Bāqer (1403 AH). *Behār al-Anwār* (Vols. 76, 101, 103, 104). Tehran: Dār al-Kotob al-Eslāmīya [in Arabic].
- 37) Mas'ūdī, 'Alī b. Ḥosayn (1409 AH). *Al-Tanbih wa al-Ešraf*. ('Abd Allāh Esmā'il al-Šawī, Ed.). Cairo: Dār al-Šawī [in Arabic].
- 38) Mehrābī, Farībā (1395 SH). *Rāhkārḥā-ye Qor'ānī-ye Pešgīrī az Enḥerāfāt-e Akhlāqī-ye Zanān wa Barrasī-ye Payāmdahā-ye Enḥerāf-e Akhlāqī-e Ānān* [Quranic Strategies for Preventing Women's Moral Deviations and Examining the Consequences of Their Moral Deviations]. Master's Thesis, Dānešgāh-e Qom [in Persian].
- 39) Mošāfawī, Ḥasan (1430 AH). *Al-Taḥqīq fī Kalimāt al-Qor'ān al-Karīm* (Vol. 1). Beirut: Dār al-Kotob al-'Elmiya [in Arabic].
- 40) Najafī, Moḥammad Ḥasan b. Bāqer (1362 SH). *Jawāher al-Kalām fī Šarḥ Šarā'e al-Eslām* (Vol. 41). Beirut: Dār Eḥyā' al-Torāṭ al-'Arabī [in Arabic].
- 41) Neyšābūrī, Abū Aḥmad b. Ebrāhīm (1422 AH). *Al-Kašf wa al-Bayān 'an Tafsīr al-Qor'ān* (Vols. 2 & 4). Beirut: Dār Eḥyā' al-Torāṭ al-'Arabī [in Arabic].
- 42) Rāḡeb Ešfahānī, Ḥosayn b. Moḥammad (1412 AH). *Al-Mofradāt fī Ġarīb al-Qor'ān* (Vol. 1). Beirut: Maktabat Nezār Mošāfā al-Bāz [in Arabic].
- 43) Šadūq, Moḥammad b. 'Alī b. Bābawayh (1403 AH). *Ma'ānī al-Aḳbār*. ('Alī Akbar Ġaffārī, Ed.). Qom: Daftar-e Entesārāt-e Eslāmī [in Arabic].
- 44) Šadūq, Moḥammad b. 'Alī b. Bābawayh (1408 AH). *Man Lā Yaḥzuruḥu al-Faqīh* (Vol. 3). Qom: Daftar-e Entesārāt-e Eslāmī vābaste be Jāme'a-ye Modarresīn Ḥawza-ye 'Ilmiya [in Arabic].
- 45) Šahrestānī, Moḥammad b. 'Abd al-Karīm (1406 AH). *Al-Melal wa al-Neḥal*. n.p. [in Arabic].
- 46) Šāh-Sanā'ī, Moḥammad Rezā (1398 SH). *Eḳtelāṭ-e Mardān wa Zanān dar 'Ašr-e Jāhiliyya wa Šadr-e Eslām* [The Mixing of Men and Women in the Era of Ignorance and Early Islam]. *Moṭāle'āt-e Qor'ān wa Ḥadīṭ*, 63, 88-125 [in Persian].
- 47) Šālem, 'Abd al-'Azīz (1380 SH). *Tāriḳ-e 'Arab Qabl az Eslām* [History of the Arabs Before Islam]. (Bāqer Šadrī-Niā, Trans.). Tehran: 'Elmī wa Farhangī [in Persian].
- 48) Suyūṭī, 'Abd al-Raḥmān b. Abī Bakr (1414 AH). *Dorr al-Manṭḥūr fī Tafsīr bi al-Ma'tḥūr* (Vol. 6). Beirut: Dār al-Fikr [in Arabic].
- 49) Ṭabarānī, Solaymān b. Aḥmad (1405 AH). *Al-Mo'jam al-Kabīr* (Vols. 8, 23, and 24). Cairo: Maktabat Ebn Teymiya [in Arabic].
- 50) Ṭabarī, Moḥammad b. Jarīr (1420 AH). *Jāme' al-Bayān 'an Ta'wīl Āy al-Qor'ān* (Tafsīr al-Ṭabarī) (Vols. 2 & 10). Beirut: Dār al-Kotob al-'Elmiya [in Arabic].
- 51) Ṭabarsī, Faḏl b. Ḥasan (1372 SH). *Majma' al-Bayān fī Tafsīr al-Qor'ān* (Vols. 2, 3, 5, 20, and 24) [The Collection of Exegesis on the Quran]. Tehran: Nāšer Kosrow [in Arabic].
- 52) Ṭabāṭabā'ī, Moḥammad Ḥosayn (1367 SH). *Tafsīr al-Mizān* [Exegesis of Al-Mizan]. (Moḥammad Bāqer Mūsawī Hamadānī, Trans.). (Vols. 16 & 19). Entesārāt-e Eslāmī [in Persian].
- 53) Termānīnī, 'Abd al-Salām (1984). *Al-Zawāj 'ind al-'Arab fī al-Jāhiliyya wa al-*

- Eslām. Kuwait: ‘Ālam al-Ma‘rifa [in Arabic].
- 54) Ṭūsī, Moḥammad b. Ḥasan (1400 AH). Tahḍīb al-Aḥkām (Vol. 4). Beirut: Dār al-Ketāb al-‘Arabī [in Arabic].
- 55) Ṭūsī, Moḥammad b. Ḥasan (1413 AH). Al-Tebyān fī Tafsīr al-Qor’ān (Vol. 2). Beirut: al-‘Ālam al-Eslāmī [in Arabic].
- 56) Vāḥedī Neyšābūrī, ‘Alī b. Aḥmad (1411 AH). Asbāb al-Nozūl. Beirut: Dār al-Kotob al-‘Elmīya [in Arabic].
- 57) Wāqedī, Moḥammad b. ‘Omar (1409 AH). Ketāb al-Maḡāzī (Vol. 2). (Mārsedan Jons, Ed.). Beirut: Mo’assesa al-A‘lamī [in Arabic].
- 58) Ya‘qūbī, Aḥmad b. Wāzeh (1969). Tārīḡ al-Ya‘qūbī (Vol. 1). Beirut: Dār Ṣāder [in Arabic].
- 59) Zamakhšarī, Jārallāh Maḥmūd b. ‘Omar (1415 AH). Al-Kaššāf ‘an Ḥaqā’eq Ġawāmeẓ al-Tanzīl (Vol. 3). Qom: Al-Qods [in Arabic].

## Examining the Scope of Tax Liabilities under Article 187 of Direct Taxes Act of Iran: A Consideration in Islamic Jurisprudence and the Iranian Law

Mohammad Reza Abbasi · PhD in Private Law, Faculty of Law and Social Sciences, Payame  
Noor University, Tehran, Iran. (Corresponding Author) mra1390@yahoo.com

Mohammad Shokri · Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Law and Social  
Sciences, Payame Noor University, Tehran, Iran. mshokri@pun.ac.ir

### Abstract

#### 1. Introduction

This paper delves into the examination of article 187 of Direct Taxes Act of Islamic Republic of Iran, which mandates the role of Public Notaries in guiding property owners through the tax obligations associated with the transfer of immovable property, as a prerequisite for the formal documentation and registration process. This legislative requirement underscores the critical intersection of legal procedure and fiscal responsibility within the realm of property transactions. By employing a descriptive analytical method, this study navigates through the complexities of tax liabilities as outlined in article 187, with a focus on the practical implications of this statute in the legal and Islamic jurisprudential context of Iran. The research underscores the importance of understanding these tax obligations, not only for property owners but also for legal practitioners and stakeholders in the real estate domain.

#### 2. Research Question

The central inquiry of this study revolves around the scope and extent of tax liability under article 187 of direct taxes act of Iran. Specifically, it investigates how comprehensive this tax liability is and whether the



notion of prioritizing certain debts, as proposed in article 160 of the same law is essential for the issuance of the certificate required under article 187. This question is pivotal in understanding the legislative intent and the practical enforcement of tax obligations in the context of property transactions.

### **3. Research Hypothesis**

The hypothesis posited in this research is twofold. Firstly, it asserts that the principle of indivisibility of debt applies uniformly to the liabilities under article 187, suggesting that tax debts are considered in their entirety without limitation to specific portions. This presumption is based on the absence of legislative specification to the contrary, aligning with broader principles of indivisibility of obligations within Islamic jurisprudence and Iranian law. Secondly, the study hypothesizes that in instances where mortgaged properties are sold, the prioritization of mortgage holders' rights, as articulated in article 160, necessitates that only the tax relevant to the property's transfer be collected, excluding other tax liabilities that might pertain to the property.

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

The methodology adopted for this research is primarily descriptive-analytical, relying on a thorough review of library resources, legal texts, and the examination of prevailing legal practices in Iran concerning the subject matter. This approach enables a detailed exploration of both the theoretical and practical dimensions of tax liabilities under Article 187, within the broader framework of direct taxes act of Iran and Islamic jurisprudence (Fiqh). The study meticulously analyzes legislative texts, judicial interpretations, and administrative practices to unravel the complexities of tax obligations in property transactions.

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

The findings of this research elucidate several key aspects of tax liabilities under article 187. It confirms the hypothesis that tax debts related to the transfer of immovable property are indeed considered indivisible, thereby requiring the settlement of the entire debt amount for the formal transfer process to proceed. This principle is affirmed through the lens of both Iranian law and Islamic jurisprudence, highlighting the comprehensive nature of tax obligations in property transactions.

Moreover, the study sheds light on the specific types of taxes and penalties that fall under the ambit of tax liability related to property

transactions. These include, but are not limited to, inheritance tax, income tax on property rentals, transfer rights, professional tax, incidental income tax, definitive transfer tax on properties, annual property tax, tax on vacant residential properties, and fallow land tax.

Regarding the prioritization of debts, the research validates the hypothesis that, in the case of mortgaged property sales, only the tax directly associated with the transfer should be collected. This finding aligns with Article 160's provisions, emphasizing the precedence of mortgage holders' rights in such scenarios. However, the General Board of the Court of Administrative Justice decision presents a notable exception, mandating the auction winner or property buyer to settle all tax liabilities under article 187, thus presenting a nuanced view on the prioritization of tax debts.

## **6. Conclusion**

The research conclusively establishes that tax liabilities under Article 187 of Iran's Direct Taxation Law encompass a wide range of tax debts and penalties associated with property transactions. The indivisibility of these debts underscores a legislative intent to ensure comprehensive fiscal accountability in the transfer of property ownership. While the law prioritizes the collection of transfer-related taxes in the context of mortgaged property sales, the overarching principle remains the holistic settlement of tax obligations.

This study's findings provide valuable insights for property owners, legal practitioners, and stakeholders in the real estate sector, highlighting the critical importance of understanding and adhering to tax obligations under article 187. It also underscores the need for a nuanced interpretation of these legal provisions, considering both the letter and spirit of the law within the cultural and jurisprudential context of Iran.

In essence, this article contributes to the broader discourse on tax law and property rights, offering a detailed exploration of the fiscal responsibilities that accompany property transactions in Iran. It bridges the gap between legal theory and practice, providing a comprehensive analysis that enhances our understanding of the legal and fiscal landscape governing property transfers.

**Keywords:** Direct Tax, Tax Liability, Indivisibility of Debts, Creditor with Right of Priority.

## واکاوی قلمرو بدهی‌های مالیاتی موضوع ماده ۱۸۷ قانون مالیات‌های مستقیم؛ ملاحظه‌ای در مبانی فقهی اسلام و حقوق ایران

محمدرضا عباسی • دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران.  
mra1390@yahoo.com (نویسنده مسئول)  
محمدشکری • استادیار، گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران.  
mshokri@pun.ac.ir

### چکیده

مطابق با ماده ۱۸۷ قانون مالیات‌های مستقیم، چنانچه انتقال اموال غیرمنقول به موجب اسناد رسمی باشد، دفاتر اسناد رسمی مکلف‌اند پیش از تنظیم و ثبت سند، مؤدی مالیاتی رقبه مورد معامله را به اداره امور مالیاتی دلاله کرده تا ضمن پرداخت بدهی‌های مالیاتی موضوع این ماده، گواهی مربوطه را اخذ کرده و به منظور جری تشریفات انتقال رسمی رقبه به دفتر اسناد رسمی ارائه نماید. پژوهش حاضر با مراجعه به منابع کتابخانه‌ای و رویه حقوقی کشور، با روش توصیفی تحلیلی به این سؤال پرداخته است که قلمرو بدهی مالیاتی موضوع ماده ۱۸۷ قانون مالیات‌های مستقیم تا کجاست؟ و آیا برای صدور گواهی موضوع این ماده، رعایت حق تقدم بدهی‌ها - مطابق با ماده ۱۶۰ قانون مالیات‌های مستقیم - لازم است؟ حاصل پژوهش آن است که در بدهی‌های موضوع ماده ۱۸۷ مذکور، مانند دیگر دیون، اصل بر تجزیه‌ناپذیری باشد؛ چرا که عنوان بدهی مالیاتی، مطلق بوده و اگر منظور قانون‌گذار تنها قسمتی از بدهی بوده، باید آن را ذکر می‌کرد و اصل مذکور را می‌توان از اصل تجزیه‌ناپذیری تعهد و مجموعی بودن عام نیز استنباط نمود. در خصوص سؤال دیگر، چنین حاصل گردید که اگر ملک مورد رهن به فروش برسد، بر اساس ماده ۱۶۰ قانون مالیات‌های مستقیم و به دلیل حق تقدم صاحبان حقوق رهنی، می‌بایست صرفاً مالیات بر نقل و انتقال وصول شود، اگر چه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، در دادنامه شماره ۲۶۶ مورخ ۱۳۹۶/۰۳/۳۰ پرداخت تمامی بدهی‌های مالیاتی موضوع ماده ۱۸۷ فوق‌الذکر را بر عهده برنده مزایده دانسته است.

واژگان کلیدی: مالیات مستقیم، بدهی مالیاتی، تجزیه‌ناپذیری دیون، دائن دارای حق تقدم.





#### مقدمه

بدهی‌های موضوع ماده ۱۸۷ قانون مالیات‌های مستقیم یکی از بحث‌برانگیزترین مباحث در قانون مالیات‌های مستقیم است. این ماده بیان داشته است در مواردی که معاملات موضوع فصل چهارم از باب دوم و همچنین، فصول اول و ششم باب سوم این قانون به موجب اسناد رسمی صورت می‌گیرد، صاحبان دفاتر اسناد رسمی مکلف‌اند قبل از ثبت یا اقاله یا فسخ سند معامله، مراتب را به اداره امور مالیاتی اعلام و پس از کسب گواهی انجام معامله اقدام به ثبت یا اقاله یا فسخ سند معامله کنند. گواهی انجام معامله حداکثر ظرف ده روز از تاریخ اعلام دفترخانه، پس از وصول بدهی‌های مالیاتی مربوط به مورد معامله از مؤدی ذی‌ربط از قبیل مالیات بر درآمد اجاره املاک و همچنین، وصول مالیات حق واگذاری محل، مالیات شغل محل مورد معامله، مالیات درآمد اتفاقی و مالیات نقل و انتقال قطعی املاک حسب مورد صادر خواهد شد.

برای انتقال ملک و تنظیم سند رسمی آن، یکی از گواهی‌هایی که باید دفاتر اسناد رسمی اخذ کنند، گواهی ماده ۱۸۷ است. به استناد ماده ۱۸۷ قانون مالیات‌های مستقیم، پس از وصول بدهی‌های مالیاتی مربوط به مورد معامله از مؤدی ذی‌ربط، گواهی یادشده صادر می‌شود. پرسش‌های متعددی در این باره مطرح است از قبیل قلمرو بدهی مالیاتی موضوع ماده ۱۸۷ چیست و چه مصادیقی از دیون مالیاتی را شامل می‌شود؟ این بدهی نسبت به کدام دیون از حق تقدم برخوردار است؟ آیا این بدهی به نسبت بخشی از ملک که موضوع معامله قرار گرفته، قابل تجزیه است؟ این پژوهش که به روش توصیفی-تحلیلی صورت پذیرفته است، پرسش‌های یادشده را بررسی می‌کند.

#### ۱. قلمرو و انواع بدهی‌های ماده ۱۸۷

قانون مالیات‌ها تعریفی از بدهی مالیاتی ارائه نداده است، ولی از استقرا در مواد مختلف می‌توان گفت منظور از بدهی مالیاتی، جرائم و مالیات‌هایی است که مهلت پرداخت آن رسیده و منظور از آن، بدهی مالیات بر دارایی (سالانه املاک، مستغلات، اراضی بایر، ارث و حق تمیر) و مالیات بر درآمد (مالیات بر درآمد املاک، کشاورزی، حقوق، مشاغل، اشخاص حقوقی و درآمد اتفاقی) و جرائم مربوط است. گواهی موضوع ماده ۱۸۷، گواهی تسویه حساب مالیاتی برای معامله نسبت به اموال غیرمنقول است. اینکه برای اخذ گواهی یادشده کدام یک از بدهی‌های مالیاتی باید پرداخت

شود، قانون مالیات‌ها از برخی بدهی‌ها نام برده و با تعبیر «از قبیل» نسبت به برخی دیگر سکوت کرده است. درباره بدهی‌های احصاشده اختلاف نظر وجود ندارد. از سوی دیگر، عبارت «از قبیل» نشان‌دهنده غیرحصری بودن بدهی‌های یادشده است. از این رو درباره بدهی‌های دیگر اختلاف نظر وجود دارد. قانون تصریح نکرده که برای اخذ گواهی نسبت به قسمتی از ملک، آیا لازم است کل بدهی پرداخت شود یا پرداخت قسمتی از آن کافی است؟ ماهیت بدهی موضوع ماده ۱۸۷ از دو لحاظ مورد بررسی قرار می‌گیرد. الف. از لحاظ رابطه میان بدهی یادشده با ملک مورد انتقال و ب. از لحاظ قطعی و غیرقطعی بودن بدهی.

#### ۱.۱. قلمرو بدهی از حیث ارتباط با ملک مورد انتقال

بر اساس ماده ۱۸۷ قانون مالیات‌های مستقیم، صاحبان دفاتر اسناد رسمی مکلف‌اند پیش از ثبت معامله، گواهی بلامانع بودن معامله از جنبه مالیاتی را دریافت کنند. گواهی انجام معامله هم به شرطی صادر می‌شود که بدهی‌های مالیاتی پرداخت شود. از این رو این پرسش مطرح می‌شود که میان بدهی‌های مالیاتی با ملک مورد انتقال چه رابطه‌ای وجود دارد که بدون پرداخت بدهی یادشده امکان انتقال ملک موجود نیست؟ بر اساس تقسیم‌بندی‌ای، حقوق مالی به دو گروه حق عینی و حق دینی تقسیم می‌شود. حق عینی سلطه‌ای است که شخص نسبت به چیزی دارد و می‌تواند آن را به‌گونه مستقیم و بی‌واسطه اجرا کند (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ص. ۲۵۸). در مقابل حق یادشده، حقی وجود دارد که به آن حق دینی گفته می‌شود. در تعریف این حق گفته شده حقی است که شخص نسبت به دیگری می‌یابد و به موجب آن می‌تواند کاری را از او بخواهد. صاحب حق را دائن یا طلبکار و کسی را که ملزم به انجام دادن کاری است، مدیون یا بدهکار گویند (کاتوزیان، ۱۴۰۰، ص. ۲۴).

با توجه به پیوند میان بدهی مالیاتی موضوع ماده ۱۸۷ قانون مالیات‌ها با ملکی که شخص از آنجا درآمد کسب می‌کند، این پرسش مطرح می‌شود که آیا بدهی یادشده، حق عینی بوده یا حق دینی است؟ حق عینی اصلی اختیار استعمال و انتفاع از مال یادشده را به شخص می‌دهد. از این رو این ادعا مطرح نیست که سازمان امور مالیاتی نسبت به مال یادشده حق عینی اصلی دارد. با وجود این، نمی‌توان انکار کرد که سازمان امور مالیاتی نسبت به ملک مورد انتقال که در آن درآمد حاصل شده، دارای نوعی اقتدار است که پیش از پرداخت دین یادشده، دفاتر اسناد رسمی مجاز به

ثبت سند نسبت به آن نیستند. حدود اقتدار سازمان امور مالیاتی نسبت به املاک یادشده را ماده ۱۸۷ مشخص کرده است. از این رو به نظر می‌رسد که حقوق یادشده از نوع حقوق عینی تبعی یا حقوق شبیه حقوق عینی باشد (مدنی، ۱۳۸۲، ج ۱، ص. ۲۲۳).

گاه در نظام مالیاتی، بنا به دلایلی مشاغل را به دو گروه تقسیم می‌کنند. الف. مشاغل وابسته به مکان و ب. مشاغل وابسته به شخص. برای مثال، سامانه پیشین مالیاتی مشاغلی مانند پزشکی، مهندسی و سردفتری را در زمره مشاغل وابسته به شخص تلقی کرده بود. صاحبان مشاغل نوع اخیر ملزم نیستند برای فعالیت‌هایی که در محل‌های مختلف دارند، اظهارنامه جداگانه تسلیم کنند. اگر مکان فعالیت این افراد تغییر کند، پرونده آن‌ها نیز جابه‌جا می‌شود. برای مثال، اگر پزشکی بخواهد مکان فعالیت خود را از خیابانی به خیابان دیگر منتقل کند، پرونده وی نیز به ابواب جمعی واحد مالیاتی جدید منتقل می‌شود (عباسی، ۱۳۹۰، ص. ۳۷). پرسش مطرح در اینجا این است که آیا برای اخذ گواهی ماده ۱۸۷ قانون مالیات‌های مستقیم، پرداخت مالیات‌های مربوط به مشاغل وابسته به شخص نیز لازم است یا خیر؟ از تقسیم‌بندی مشاغل به دو گروه وابسته به مکان و وابسته به شخص، استنباط می‌شود که برای انتقال املاکی که در آنجا درآمد وابسته به شخص کسب می‌شود، ضرورتی به پرداخت مالیات مشاغل یادشده نباشد.

با وجود این و با توجه به مطلق بودن عبارت «بدهی‌های مالیاتی»، در صورت انتقال اماکنی که در آنجا پزشک، مهندس، سردفتر و... فعالیت دارند، باید بدهی مالیات بر مشاغل یادشده مربوط به مورد معامله از مؤدی ذی‌ربط نیز وصول شود. بنابراین، شاید تقسیم‌بندی تحت عنوان یادشده چندان صحیح نباشد؛ ضمن اینکه تقسیم‌بندی یادشده و رویه سازمان مالیاتی ممکن است آثار منفی نیز داشته باشد. برای مثال، پزشکی مطب خود را به مکان دیگری منتقل کند و در پی آن پرونده شغلی وی نیز از واحد مالیاتی مربوط به واحد دیگری منتقل شود، اگر بعد از چند سال وی مکان یادشده را به دیگری انتقال دهد، مؤدی باید مالیات یادشده را پرداخت کند. این در حالی است که اگر پرونده منتقل شود (پرونده منتقل شده ممکن است کاغذی یا الکترونیکی باشد) بدهی وی معلوم نخواهد شد؛ زیرا پرونده از صلاحیت واحد مالیاتی مربوط خارج می‌شود.

## ۲.۱. قلمرو بدهی از حیث قطعیت آن

پرسش مطرح در اینجا این است که برای اخذ گواهی موضوع ماده ۱۸۷ قانون مالیات‌های مستقیم،

آیا لازم است همه بدهی‌ها پرداخت شود یا تنها باید بدهی قطعی شده وصول شود. با استقرا در مقررات مالیاتی، این قاعده حاصل می‌شود که اصولاً پیش از قطعی شدن مالیات، مؤدیان مالیاتی مجبور به پرداخت آن نیستند. برای مثال، بر اساس ماده ۱۸۶ قانون مالیات‌های مستقیم، صدور و تمدید پروانه کسب منوط به پرداخت یا ترتیب پرداخت بدهی مالیات قطعی شده است. ماده ۲۱۰ قانون مالیات‌ها نیز صدور برگ اجرایی را منوط به ابلاغ برگ قطعی و انقضای ده روز از آن کرده است. تبصره ۲ ماده یادشده این اجازه را داده است که «آن قسمت از مالیات مورد قبول مؤدی مذکور در اظهارنامه یا ترازنامه تسلیمی» از طریق عملیات اجرایی وصول شود، اما در این مورد نیز قانون آن را مالیات «قطعی» تلقی کرده است (عباسی، ۱۴۰۲، ج ۱، ص. ۳۷). با وجود این، تا اصلاحیه سال ۱۳۹۴، باید برای اخذ گواهی ماده ۱۸۷ نه تنها بدهی قطعی، بلکه بدهی غیرقطعی نیز وصول می‌شد. این موضوع از تبصره ۱ ماده یادشده شایان استنباط است. تبصره یادشده بیان داشته است «چنانچه میزان مالیات مشخصه مورد اختلاف باشد، پرونده امر خارج از نوبت در مراجع حل اختلاف مالیاتی موضوع این قانون رسیدگی خواهد شد». به تعبیر دیگر، این ماده متعرض مالیاتی که قطعی نشده نیز است و اگر مؤدی نسبت به آن اعتراض داشته باشد، برای اخذ گواهی ماده ۱۸۷ باید موضوع در کمیسیون مطرح شود و اگر مؤدی بخواهد پیش از قطعی شدن مالیات گواهی یادشده را بگیرد باید تضمین مناسبی بدهد. از این رو حتی این پرسش مطرح می‌شد که اگر شخصی در نیمه سال ملک خود را منتقل کند، آیا مالیاتی را که هنوز سررسید پرداخت آن فرا نرسیده است، باید پرداخت کند؟ عملاً در بسیاری از ادارات مالیاتی، مالیات سال یادشده با توجه به مدت فعالیت و به نسبت مالیات سال پیش از مؤدی وصول می‌شد. در بند ۲ از تبصره ۴ ماده ۱۸۷ بیان شده است «پس از اجرای مفاد این ماده، ثبت نقل و انتقال اموال و دارایی‌های منقول و غیرمنقول که به موجب این قانون برای آن‌ها مالیات وضع شده است، قبل از پرداخت بدهی مالیاتی قطعی مورد انتقال ممنوع است. متخلف در پرداخت مالیات متعلقه مسئولیت تضامنی دارد». آیا عبارت یادشده مفهوم مخالف دارد یا خیر؟ به تعبیر دیگر، آیا پس از اجرای قانون، نیازی به پرداخت بدهی غیرقطعی نیست. به نظر می‌رسد که جمله مفهوم مخالف نداشته باشد؛ زیرا اولاً، مفهوم مخالف ماده یادشده با مفاد ماده ۱۸۷ مغایرت دارد. ثانیاً، در حال حاضر از سامانه برای اخذ گواهی املاکی که صرفاً مالیات نقل و انتقال دارد، استفاده می‌شود. این مالیات نیز به نظر ما با تنظیم سند قطعی

می‌شود. ثالثاً، عدم اخذ مالیات از املاکی که بدهی مالیات شغلی و اجاری املاک و... دارد، در عمل مشکلاتی ایجاد می‌کند.

### ۳.۱. انواع بدهی موضوع ماده ۱۸۷

برای اخذ گواهی ماده ۱۸۷ لازم است چه بدهی‌هایی پرداخت شود و آیا لازم است بدهی مالیات بر ارث، بدهی اشخاص حقوقی و... پرداخت شود؟ در این قسمت ضرورت پرداخت بدهی‌های یادشده مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

#### ۱.۳.۱. بدهی مالیات بر ارث

آیا برای اخذ گواهی ماده ۱۸۷ لازم است بدهی مالیات بر ارث پرداخت شود؟ پیش‌تر لازم است گفته شود که بدهی مالیات بر ارث غیر از بدهی مالیاتی متوفیست. متوفی‌یی که فعالیت اقتصادی دارد، ممکن است هنگام فوت بدهی‌هایی هم داشته باشد.

در پاسخ به پرسش بالا باید میان دو موضوع تفاوت قائل شد. الف. ضرورت اخذ گواهی ماده ۱۸۷ و ب. ضرورت پرداخت مالیات بر ارث. ظاهراً قانون، اخذ گواهی ماده ۱۸۷ را برای انتقال مال متوفی به نام ورثه لازم دانسته و بیان داشته است «در کلیه مواردی که معاملات موضوع فصل چهارم از باب دوم... به موجب اسناد رسمی صورت می‌گیرد، صاحبان دفاتر اسناد رسمی مکلف‌اند... پس از کسب گواهی انجام معامله اقدام به ثبت... نموده...». فصل چهارم از باب دوم، مربوط به مالیات بر ارث است. از این‌رو اگر شخصی بخواهد سندی را از نام مورث خود به نام خود منتقل کند، باید گواهی ماده ۱۸۷ را اخذ کند. این در حالی است که در احصای بدهی‌های مالیاتی که برای اخذ آن باید مالیات ماده ۱۸۷ باید پرداخت شود، نامی از مالیات بر ارث به میان نیامده است.

آیا از ظاهر ماده ۱۸۷ می‌توان نتیجه گرفت که برای انتقال سند از نام مورث به نام وارث، نیازی به پرداخت مالیات بر ارث نیست؟ پاسخ این پرسش را ماده ۳۴ قانون مالیات‌های مستقیم داده و بیان داشته است «اشخاص زیر مجاز نیستند قبل از اخذ گواهی پرداخت مالیات مربوط موضوع این قانون، اموال و دارایی‌های متوفی را به وراثت یا موصی له تسلیم کنند و یا به نام آن‌ها ثبت و یا معاملاتی راجع به اموال و دارایی‌های مزبور انجام دهند». بند ۳ این ماده، دفاتر اسناد رسمی را مکلف کرده است که هنگام تنظیم سند به نام وراثت یا موصی له از آن‌ها گواهی ماده ۳۴

را مطالبه کنند. بنابراین، برای انتقال ملک باید مالیات بر ارث پرداخت شود، اما در راستای این کار، دفاتر اسناد رسمی مکلف هستند که از وراثت گواهی موضوع ماده ۳۴ را اخذ کنند نه گواهی ماده ۱۸۷ را (اسماعیلی، ۱۴۰۱، ص. ۴۲). همان‌طور که پیش‌تر بیان شد، هنگام انتقال سند از نام متوفی به نام غیر، لازم است گواهی ماده ۱۸۷ نیز اخذ شود. از این‌رو پرسشی که مطرح می‌شود این است که با وجود گواهی ماده ۳۴، چه نیازی به اخذ گواهی ماده ۱۸۷ است؟ در پاسخ باید گفت که گواهی ماده ۳۴ تنها نسبت به مالیات بر ارث صادر می‌شود و ماده ۱۸۷ نشان‌دهنده نبود دیگر بدهی‌های مالیاتی است. با وجود این، هنگام صدور گواهی ماده ۱۸۷، مأموران مالیاتی باید توجه کنند که مؤدی، مالیات بر ارث را پرداخته و گواهی موضوع ماده ۳۴ را نیز اخذ کرده باشد.

#### ۲.۳.۱. بدهی مالیات بر اشخاص حقوقی

اگر ملکی که به نام شخص حقوقی است بخواهد منتقل شود، آیا لازم است مالیات بر درآمد شخص حقوقی پرداخت شود یا خیر؟

ماده ۱۸۷ قانون مالیات‌های مستقیم، اسمی از مالیات برآمد اشخاص حقوقی نبرده است، اما آیا بدهی‌های احصاشده در این ماده حصری است یا تمثیلی؟ این ماده بیان داشته است «... گواهی انجام معامله... پس از وصول بدهی‌های مالیاتی مربوط به مورد معامله از مؤدی ذی‌ربط از قبیل مالیات بر درآمد اجاره املاک و همچنین، وصول مالیات حق واگذاری محل، مالیات شغلی محل مورد معامله، مالیات درآمد اتفاقی و مالیات نقل و انتقال قطعی املاک حسب مورد صادر خواهد شد». به نظر می‌رسد که طرز بیان قانون با آوردن واژه «همچنین» جای نقد باشد. در بادی امر این‌گونه به نظر می‌رسد که بدهی‌ها حصری نباشد؛ زیرا عبارت «از قبیل» به کار رفته است. این تعبیر نشان‌دهنده این است که اخذ گواهی ماده ۱۸۷ مستلزم پرداخت بدهی‌های دیگر غیر از موارد یادشده نیز هست، اما واژه «همچنین» بعد از «از قبیل مالیات بر درآمد اجاره املاک» نشان‌دهنده این است که عبارت «از قبیل» تنها مربوط به مالیات بر درآمد اجاره املاک است. مالیات‌های دیگر که عبارت‌اند از مالیات حق واگذاری محل، مالیات شغلی محل و مالیات درآمد اتفاقی و مالیات نقل و انتقال قطعی املاک، حصری و تنها این مالیات‌هاست که باید برای اخذ گواهی ماده ۱۸۷ پرداخت شود. پرسش مطرح در اینجا این است که مالیات‌های شبیه به «اجاره املاک» کدام مالیات‌ها هستند؟ این مالیات‌ها عبارت‌اند از مالیات بر «رهن تصرف»، «اجاره وقف» و «اجاره

حبس» که در ماده ۵۳ قانون مالیات‌های مستقیم بیان شده است. از سوی دیگر، شخص حقوقی ممکن است صدها واحد ملکی داشته باشد. اگر برای انتقال آن‌ها لازم باشد که کل بدهی شخص حقوقی پرداخت شود، در عمل مشکلاتی هم برای سازمان امور مالیاتی و هم برای مؤدی به وجود خواهد آمد. پیش‌تر گفته شد که منظور از بدهی، تنها بدهی قطعی شده نیست و شامل بدهی‌های غیرقطعی نیز می‌شود. بنابراین، اگر لازم باشد برای انتقال واحد ملکی، همه بدهی‌های شخص حقوقی مورد بررسی و محاسبه قرار گیرد، مشکلاتی به وجود خواهد آمد؛ البته دیدگاه دیگر می‌تواند این باشد که در صورت انتقال دفتر مرکزی یا اقامتگاه شخص حقوقی، پرداخت همه بدهی‌ها لازم است، والا لازم نیست؛ زیرا قانون بیان داشته است «... پس از وصول بدهی‌های مالیاتی مربوط به مورد معامله...». منظور از عبارت «مورد معامله»، مورد معامله‌ای است که در آنجا درآمد حاصل می‌شود. تأکید می‌شود گاه شرکت‌هایی مانند اکباتان و آپادانا دارای صدها ملک هستند. اگر اخذ گواهی برای هر واحد موکول به تصفیه همه بدهی شود، موجب سختی و دشواری هم برای واحد مالیاتی و هم مؤدی خواهد شد. درهرحال، قانون در این باره مبهم به نظر می‌رسد.

### ۳.۳.۱. دیگر بدهی‌های مربوط به ماده ۱۸۷

آیا برای اخذ گواهی موصوف، پرداخت بدهی مالیات بر درآمد اتفاقی، حق تمبر و ارزش‌افزوده ضرورت دارد یا خیر؟

در رابطه با بدهی مالیات بر درآمد اتفاقی، قانون به وصول آن تصریح دارد؛ ضمن اینکه اخذ گواهی برای معاملات موضوع فصل ششم از باب سوم که همان درآمد اتفاقی باشد، ضروری تلقی شده است. این موضوع نشان‌دهنده ضرورت وصول مالیات یادشده است، اما باید توجه داشت که بدهی درآمد اتفاقی باید مربوط به مورد معامله باشد. بنابراین، اگر شخصی به‌خاطر داشتن یک حساب غیرتجاری از مؤسسه اعتباری برنده یک دستگاه خودرو شده باشد، آیا لازم است برای اخذ گواهی ماده ۱۸۷ نسبت به ملک مسکونی خود، مالیات بر درآمد اتفاقی پرداخت کند. به نظر می‌رسد که پرداخت آن ضرورت نداشته باشد که البته محل تأمل است.

با توجه به بخش‌نامه شماره ۳۰/۵/۷۸۶/۱۲۶۲۰ مورخ ۱۳۶۹/۰۳/۲۸، برای صدور گواهی ماده ۱۸۷ لازم است مالیات سالانه املاک نیز پرداخت شود. بر همین مبنا، ضروری است که

مالیات مستغلات مسکونی خالی و مالیات بر اراضی بایر نیز تسویه شود.  
مالیات حق تمبر نیز اگر مربوط به مورد معامله باشد، ممکن است پرداخت آن ضرورت داشته باشد والا لازم نیست.

## ۲. حق تقدم بدهی ماده ۱۸۷

قانون مالیات‌های مستقیم در ماده ۱۶۰ بیان داشته است «سازمان امور مالیاتی کشور برای وصول مالیات و جرائم متعلق از مؤدیان و مسئولان پرداخت مالیات نسبت به سایر طلب‌کاران به‌استثنای صاحبان حقوق نسبت به مال مورد وثیقه و مطالبات کارگران و کارمندان ناشی از خدمت، حق تقدم خواهد داشت. حکم قسمت اخیر این ماده مانع وصول مالیات متعلق به انتقال مال مورد وثیقه نخواهد بود». در این باره دو رأی از دو دیوان مهم کشوری صادر شده است که هر دو با ظاهر این ماده در تضاد است.

نخستین رأی را دیوان عالی کشور صادر کرده است. قانون مالیات‌ها در ماده ۱۶۰ بر حق تقدم بدهی مالیاتی تصریح کرده است. پرسشی که باقی می‌ماند این است که آیا حق تقدم یادشده نسبت به ورشکسته نیز جاری است یا حکم ماده ۱۶۰ فقط بر امور حسبی و موارد دیگر غیر از ورشکستگی صدق می‌کند؟ دیوان عالی کشور در رأی شماره ۲۱۲ - ۱۳۵۰ بیان داشته است «قانون تصفیه امور ورشکستگی مصوب ۱۳۱۸، ترتیب خاصی برای پرداخت دیون ورشکسته مقرر داشته و بستانکاران از ورشکسته را به پنج طبقه تقسیم و حق تقدم هر طبقه را بر طبقه دیگر تصریح نموده و ماده ۳۰ قانون مالیات بر درآمد مصوب ۱۳۳۵ راجع به وصول مالیات و جرائم آن از اموال و دارایی عموم مؤدیان ناظر به اشخاص ورشکسته که وضع مالی آن‌ها تابع قانون خاصی می‌باشد، نبوده و آرای شعب پنجم و دهم دیوان عالی کشور که وزارت دارایی را در مورد وصول مالیات و جرائم متعلق به آن از بازرگان ورشکسته در طبقه پنجم و در ردیف سایر بستانکاران عادی شناخته، صحیحاً صادر گردیده و به اکثریت آرا تأیید می‌شود...». دادستان کل کشور وقت مخالف رأی یادشده بود. بر اساس دیدگاه وی، بدهی مالیاتی در صورت در طبقه سوم و بعد از مال مورد وثیقه و مطالبات کارگران و کارمندان قرار دارد. با وجود این، اعضای دیوان عالی کشور، استدلال‌های ایشان را نپذیرفتند و بدهی مالیاتی را درباره دیون ورشکسته در طبقه پنجم تلقی کردند. دادگاه تجدیدنظر بدهی مالیاتی را با ماده ۲۶۹ قانون آیین دادرسی مدنی سابق مقایسه کرده



و با استناد به رأی دیوان عالی کشور در این باره، برای بدهی مالیاتی درباره ورشکستگی حق تقدم قائل نشده بود. به نظر می‌رسد که مقایسه بدهی مالیاتی با ماده ۲۶۹ قانون آئین دادرسی مدنی سابق درست نباشد. ماده ۲۶۹ قانون یادشده بیان داشته است «درخواست‌کننده تأمین در استیفای طلبش از مال مورد تأمین بر دیگر طلب‌کاران حق تقدم دارد». تقدم درخواست‌کننده تأمین، تقدم ذاتی نیست. طلب درخواست‌کننده تأمین، طلب عادی است و هیچ مصلحت ذاتی ایجاب نمی‌کند که بدهی وی در اولویت قرار گیرد. احتمالاً تنها ویژگی طلب یادشده این بوده که طلب‌کار زودتر نسبت به استیفای طلبش اقدام کرده است؛ موضوعی که مغایر اصول تصفیه ورشکستگی است. دیوان عالی کشور قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی را قانون خاص تلقی کرده است، اما این دیدگاه قابل انتقاد است و به نظر می‌رسد که قانون مالیات‌ها حاکم بر قوانین امور حسبی و اداره تصفیه امور ورشکستگی است. احکام مربوط به طلب‌کاران مقدم در هر دو قانون تقریباً یکسان است و به نظر می‌رسد که مقررات قانون مالیات‌ها بر هر دو قانون یادشده حاکم است و هیچ مبنایی وجود ندارد که میان دو قانون یادشده قائل به تفاوت شویم.

مبنای حقوق تجارت و ورشکستگی بر این اصل استوار است که میان طلب‌کارانی که زودتر اقدام کرده و طلب‌کارانی که دیرتر اقدام کرده‌اند و نیز میان آن‌هایی که آگاه‌اند و آن‌هایی که اطلاع ندارند، تفاوتی قائل نشود و از همه به یک اندازه حمایت کند (عرفانی، ۱۳۷۵، ج ۱، ص. ۵)، اما مقررات مالیاتی مانند حقوق اساسی و عمومی و کیفری در زمره مقرراتی است که مبتنی بر نظم عمومی است و تخلف از آن پذیرفتنی نیست (عامری، ۱۴۰۱، ص. ۷۳). بنابراین، درحالی‌که مطالبات پزشکان و داروسازان در زمره دیون ممتاز قرار دارد، مطالبات مالیاتی باید مقدم بر آن قرار گیرد. ترتیب پرداخت بدهی به این شرح است. الف. مالیات نقل و انتقال مال مورد انتقال، ب. حقوق صاحبان وثیقه و مطالبات کارگران و کارمندان ناشی از خدمت و ج. دیگر مالیات‌ها و جرائم مربوط (یوسفی، ۱۳۹۷، ص. ۱۱۸).

رأی دوم مربوط به هیئت عمومی دیوان عدالت اداری است؛ توضیح اینکه، گاهی ملکی که به رهن گذاشته می‌شود به دلیل عدم پرداخت بدهی، به موجب ماده ۳۴ قانون ثبت به فروش می‌رسد. پرسش مطرح در اینجا این است که آیا در این صورت باید کل بدهی‌های مالیاتی (اعم از مالیات بر مشاغل، مستغلات و مالیات حق واگذاری و نقل و انتقال) که در ماده ۱۸۷ گفته شده است، وصول شود یا با توجه به ماده ۱۶۰، تنها مالیات نقل و انتقال وصول شود؟ هیئت عمومی دیوان

عدالت اداری در رأی شماره ۲۶۶ بیان داشته است «... مطابق ماده ۱۸۷ قانون مالیات‌های مستقیم مقرر شده است گواهی انجام معامله پس از وصول بدهی‌های مالیاتی مربوط به مورد معامله از مؤدی ذی‌ربط از قبیل مالیات بر درآمد اجاره املاک و همچنین، وصول مالیات حق واگذاری محل، مالیات شغلی محل مورد معامله، مالیات درآمد اتفاقی و مالیات نقل و انتقال قطعی املاک حسب مورد صادر خواهد شد.

نظر به اینکه در مواردی که ملک در اجرای ماده ۳۴ قانون ثبت اسناد و املاک کشور به فروش می‌رسد؛ خواه به تملک بستانکار مرتهن برسد یا به تملیک دیگران، مطابق حکم ماده ۱۲۱ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا و طرز رسیدگی به شکایات از عملیات اجرایی مصوب سال ۱۳۸۷ مقرر شده که پرداخت کلی بدهی‌های مربوط از جمله بدهی مالیاتی تا تاریخ مزایده به عهده برنده مزایده است و بدهی مالیاتی علی‌الطلاق ذکر شده و مصادیق مختلف مصرح در ماده ۱۸۷ قانون مالیات‌های مستقیم استننا نشده است. بنابراین، پرداخت کلی بدهی‌های مالیاتی باید توسط برنده مزایده پرداخت شود. از طرفی چنانچه بنا بود مطابق حکم ماده ۱۶۰ قانون مالیات‌های مستقیم که ناظر بر بیان حق تقدم سازمان امور مالیاتی بر سایر طلبکاران به استثنای دارندگان وثیقه و مطالبات کارگران و کارمندان ناشی از خدمت است، فقط مالیات متعلقه به انتقال مال مورد وثیقه اخذ شود، مقنن در ماده ۱۸۷ قانون یادشده در صدور گواهی انجام معامله نسبت به وثایق به این امر تصریح می‌کرد...». این رأی در رابطه با صدور اجرائیه نسبت به دارندگان وثیقه جای نقد دارد. این رأی مبتنی بر دو ماده است. الف. ماده ۱۲۱ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا و ب. ماده ۱۸۷ قانون مالیات‌های مستقیم. این در حالی است که حکم مواد یادشده در رابطه با کلیات است و نسبت به چگونگی پرداخت، حکم تفصیلی ندارد. به تعبیر پاره‌ای نویسندگان، فرض ماده ۱۸۷ قانون مالیات‌ها، فرضی است که ملک مورد معامله در رهن نباشد، و الاً موضوع تحت شمول ماده ۱۶۰ خواهد بود (یوسفی، ۱۳۹۷، ص. ۱۲۲). مواد یادشده بیان می‌دارد که بدهی‌ها باید پرداخت شود، ولی این ماده درباره چگونگی پرداخت حکمی ندارد.

از سوی دیگر، ماده ۱۶۰ بیان داشته است «سازمان امور مالیاتی کشور برای وصول مالیات و جرائم متعلق... نسبت به سایر طلبکاران به استثنای... حق تقدم خواهد داشت. حکم قسمت اخیر این ماده مانع وصول مالیات متعلق به انتقال مال مورد وثیقه نخواهد بود». حکم ماده ۱۶۰ به‌طور

خاص در مورد وصول مالیات و یکی از مهم‌ترین مجاری وصول مالیات هنگام صدور گواهی ماده ۱۸۷ است؛ به طوری که ماده اخیر بیان داشته است گواهی پس از وصول بدهی‌های مالیاتی صادر خواهد شد. از این رو این دو ماده از این لحاظ به هم مرتبط هستند. وانگهی، قسمت اخیر ماده ۱۶۰ دقیقاً تأکید بر ماده ۱۸۷ دارد که بیان می‌دارد «قسمت اخیر این ماده مانع وصول مالیات متعلق به انتقال مال مورد وثیقه نخواهد بود». حکم این قسمت از ماده مربوط به انتقال مال مورد وثیقه است. بر اساس ماده ۱۸۷ قانون مالیات‌های مستقیم نیز در مواردی که انتقال به موجب اسناد رسمی صورت می‌گیرد، صاحبان دفاتر اسناد رسمی مکلف‌اند گواهی یادشده را کسب کنند. این قسمت از ماده نشان‌دهنده این است که قانون‌گذار به گواهی ماده ۱۸۷ التفات داشته است. بر اساس تبصره ۱ ماده ۸۰ قانون مالیات‌های مستقیم، مالیات انتقال معاملاتی که به موجب اسناد رسمی انجام می‌شود، در راستای اخذ گواهی ماده ۱۸۷ وصول می‌شود.

به نظر می‌رسد که رأی دیوان عدالت اداری از بعدی دیگر نیز ایراد داشته باشد؛ رأی دیوان عدالت اداری با ماهیت عقد رهن مغایرت دارد؛ زیرا در تعریف «رهن» گفته‌اند «و هو عقد شرع للاستيثاق علی الدین» (خمینی، بی‌تا، ج ۱، ص. ۵۱۷). رهن برای وثوق و خاطر جمعی طلب‌کار بر دینی که بر ذمه بدهکار است، وضع شده است. بنابراین، در اولویت بودن بدهی‌های مالیاتی بر رهن، آن را از وثیقه بودن خارج می‌کند. شخصی که ملکی را به رهن می‌گیرد، اصولاً از حدود ارزش ملک مورد رهن آگاهی دارد و ملک یادشده را رهن می‌گیرد که احیاناً در صورت وصول نشدن بدهی بتواند با فروش آن، دین خود را وصول کند. این در حالی است که گاه مالیات شغلی و مستغلات آن قدر زیاد است که شخص با فروش مال ممکن است حتی نتواند مالیات‌های یادشده را پرداخت کند. فقها نیز فرموده‌اند «مرتهن نسبت به عین مرهونه به سایر طلب‌کاران مقدم است» (عاملی (شهید اول)، بی‌تا، ج ۱، ص. ۲۰۵). گفتنی است که ایراد یادشده درباره مالیات نقل و انتقال و حق واگذاری وارد نیست؛ زیرا مالیات‌های یادشده در زمره هزینه‌های عرفی فروش و انتقال ملک است در حالی که مالیات‌هایی مانند مالیات شغلی و... در زمره هزینه‌های متعارف نیست و پرداخت مالیات‌های شغلی و... ممکن است موجب غرری شدن عقد رهن شود. با اینکه به طور معمول میان ارزش ملک و مالیات نقل و انتقال و حق واگذاری تناسب وجود دارد، اما میان مالیات شغلی و ارزش ملک هیچ‌گونه نسبت مشخصی وجود ندارد و چنان‌که بیان شد، این احتمال وجود دارد که مالیات بیشتر از ارزش ملک باشد.

### ۳. تجزیه‌ناپذیری بدهی

هنگامی که قسمتی از ملکی که انتقال می‌یابد، این پرسش مطرح می‌شود که آیا لازم است بدهی مالیاتی کل ملک پرداخت شود یا پرداخت بدهی به نسبت مورد انتقال کافی است؟ برای مثال، بدهی مالیات بر اجاره املاک یا مشاغل فردی یک میلیارد تومان است و مؤدی فقط یک دانگ از ملک را منتقل می‌کند. آیا وی باید کل یک میلیارد را پرداخت کند یا کافی است یک‌ششم آن را پرداخت کند؟ مبنایی که در اینجا مورد بررسی قرار می‌گیرد، تجزیه‌پذیری دین است. آیا اصل بر این است که دیون تجزیه‌پذیر است یا خیر؟

گفتنی است که این پرسش نسبت به بدهی مالیاتی اجاره املاک، مشاغل و درآمد اتفاقی مطرح است و الاً نسبت به نقل و انتقال و حق واگذاری مطرح نیست؛ زیرا وقتی قسمتی از ملک انتقال می‌یابد، مالیات نقل و انتقال و حق واگذاری محل تنها نسبت به قسمت یادشده محاسبه و مطالبه می‌شود. به تعبیر دیگر، مالیات نسبت به بیش از مورد انتقال در مورد نقل و انتقال و حق واگذاری محل موضوعیت ندارد. برای بررسی جوانب مختلف مسئله، لازم است وجوه مختلف آن مطالعه شود.

#### ۱.۳. پرداخت به وسیله شخص مؤدی

اصولاً خود مؤدی پرداخت‌کننده بدهی است. درباره اخذ گواهی ماده ۱۸۷ نیز غالباً خود انتقال‌دهنده بدهی‌های مالیاتی را پرداخت و گواهی ماده ۱۸۷ را اخذ می‌کند. درباره این پرسش که آیا وی باید کل بدهی شغلی و مستغلات را پرداخت کند یا خیر، اختلاف نظر وجود دارد و دو دیدگاه مطرح است.

الف. انتقال‌دهنده با پرداخت کل مالیات نقل و انتقال و حق واگذاری محل مربوط به مورد انتقال، مالیات شغلی و مستغلات و... را به نسبت مورد انتقال پرداخت و گواهی اخذ کند. ظاهراً این دیدگاه در دفتر حقوقی سازمان امور مالیاتی طرف‌دارانی دارد (دفتر حقوقی سازمان امور مالیاتی کشور، نظریه مشورتی شماره ۷۴۲۳۱ مورخ ۱۳۹۸/۳/۲۵). برای این دیدگاه می‌توان دلایل زیر را ارائه کرد.

یک. با توجه به تعبیر «... پس از وصول بدهی‌های مالیاتی مربوط به مورد معامله از مؤدی ذی‌ربط،...»، در ماده ۱۸۷ موصوف، در اینجا مورد معامله نسبتی از ملک است. بنابراین، باید

با پرداخت نسبتی از آن بتوان گواهی ماده ۱۸۷ را نسبت به مورد معامله اخذ کرد. دو. عدالت اقتضا می‌کند که این گواهی با پرداخت مقداری از بدهی به نسبت مورد انتقال صادر و به مؤدی ارائه شود. این موضوع به‌ویژه در برخی موارد حائز اهمیت است. برای مثال، گاهی انتقال با صدور اجراییه انجام می‌شود و انتقال‌گیرنده از طرف دادگاه یا دفترخانه مأموریت می‌یابد که گواهی را دریافت کند. در این صورت به نظر عادلانه نیست که انتقال‌گیرنده کل بدهی را پرداخت کند.

ب. دیدگاه دیگر بر این است که افزون‌بر وصول بدهی‌های مالیات بر نقل و انتقال و حق واگذاری محل، باید کل مالیات بر درآمد مشاغل و مستغلات و دیگر مالیات‌های مربوط وصول شود. برای این دیدگاه می‌توان دلایل ذیل را ارائه کرد (عباسی، ۱۳۹۰، ص. ۴۷).

یک. عبارت «بدهی‌های مالیاتی» اطلاق در کل بدهی دارد. اینکه قانون بیان داشته است «... بدهی‌های مالیاتی مربوط به مورد معامله» باید پرداخت شود، منظور قانون‌گذار کل بدهی مورد انتقال است نه قسمتی از آن. قانون‌گذار در مقام بیان بوده است و اگر منظورش قسمتی از بدهی بود، باید آن را می‌گفت (عباسی، ۱۳۹۰، ص. ۵۴).

دو. سررسید بدهی‌های یادشده سپری شده و از این رو شایسته است که قانون‌گذار، صدور گواهی را منوط به پرداخت کل بدهی‌های مؤدی کند. با انقضای سررسید پرداخت دلیلی ندارد که به بدهکار فرصتی داده شود. اصولاً یکی از آسان‌ترین روش‌های وصول مالیات، وصول آن هنگام نقل و انتقال است. برعکس، یکی از احساس‌برانگیزترین روش‌های وصول، وصول با عملیات اجرایی است (عباسی، ۱۳۹۰، ص. ۵۱).

سه. تجزیه‌ناپذیری تعهد و دین: از اصولی که مورد قبول فقها و حقوق‌دانان قرار گرفته، تجزیه‌ناپذیری تعهد است. این اصل هم در فقه و هم در نظام حقوقی غربی پذیرفته شده است. امروزه تعهد را در شمار یکی از عناصر دارایی قرار می‌دهند (کاتوزیان، ۱۴۰۰، ص. ۲۲). از این رو اصل بر تجزیه‌ناپذیری آن است مگر اینکه دلیل خاصی موجب تجزیه آن شود. در این موارد اصل یادشده شکسته می‌شود؛ تراضی طرفین بر تقسیط، مهلت قضایی، تهاتر، شرط ضمن عقد، فوت مدیون و انتقال طلب به اشخاص دیگر از جمله استثنائات اصل تجزیه‌ناپذیری تعهد است (فرزانه و چرخ‌کوهگرد، ۱۳۹۸، ص. ۳۵۱).

نویسندگان حقوقی در تفسیر ماده ۲۷۷ قانون مدنی تصریح کرده‌اند که دین تجزیه‌ناپذیر است

و طلبکار می‌تواند چنین پیشنهادی را از جانب مدیون رد کند (اسکینی، ۱۳۷۷، ص. ۱۱). پاره‌ای نویسندگان تجزیه‌ناپذیر بودن پرداخت را نتیجه یگانگی بین طلب و تأدیه دین دانسته‌اند. این حکم، حکمی کلی است و فرق نمی‌کند که چند تن مسئول یک دین باشند یا تمام دین بر عهده یک تن باشد. بنابراین، یکی از مسئولان دین تضامنی نمی‌تواند بخشی از طلب را بدین بهانه که در رابطه میان مسئولان بیش از آن بدهکار نیست، بپردازد و طلبکار را به پذیرش آن اجبار کند (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ج ۴، ص. ۵۵). تجزیه‌ناپذیری دین اصل است؛ البته این اصل نیز مانند دیگر اصول با استثناهایی مواجه است. از جمله استثناهای این اصل برات است؛ اگر مبلغی از برات پرداخت شود، به همان اندازه مسئولان برات بری می‌شوند (ماده ۲۶۸ قانون تجارت).

ماده ۲۷۷ از جمله اصول فرعی حاصل از تجزیه‌ناپذیری تعهد است. این ماده بیان می‌دارد که «متعهد نمی‌تواند متعهد له را مجبور به قبول قسمتی از موضوع تعهد نماید...». این قاعده درباره بدهی مالیاتی مربوط به ماده ۱۸۷ نیز جاری است.

چهار. اتخاذ وحدت ملاک از رهن: هرگاه عقد رهن به‌طور مطلق منعقد شود، تمام مال مرهون وثیقه هر جزئی از اجزای دین قرار می‌گیرد و مادامی‌که تمام دین ساقط نشود، رهن فک نمی‌شود (امامی، ۱۳۷۷، ص. ۴۳۸). مبنای این قاعده چیست؟ در این باره اختلاف نظر وجود دارد. برخی معتقد هستند که مبنای آن استصحاب است. پاره‌ای نیز معتقدند مبنای آن اجماع است. بعضی فقها در این باره فرموده‌اند «و اما اذا ابراه من بعض الدین او قضاة بعضه فان الرهن بحاله لاینفک منه شیء ما بقى من الدین شیء و ان قل لان الرهن وثیقه فی جمیع الدین و فی کل جزء من اجزائه و هو اجماع» (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص. ۲۰۲). برخی دیگر دلالت ظاهر عقد رهن را بر وثیقه بودن تمام مال مرهون در مقابل تمام اجزای دین دانسته‌اند. عده‌ای دیگر نیز هدف از رهن را وصول تمام دین از محل وثیقه دانسته‌اند (عاشوری و همکاران، ۱۴۰۱، ص. ۱۶۸). برخی محققان شیعه گفته‌اند معنی رهن بودن در مقابل ده دینار این است که مال مرهونه حبس می‌شود تا آنکه ده دینار پرداخت شود و پرداخت ده دینار تحقق نمی‌یابد مگر اینکه تمام آن پرداخت شود (همدانی، بی‌تا، ج ۱۴، ص. ۶۲۱). برخی نیز علت این موضوع را عرف تلقی می‌کنند. توجه به این دلایل نشان‌دهنده یکپارچگی دین هست. درحقیقت، دین موضوعی واحد است و در صورت تردید، باید قائل به عدم تجزیه آن بود.

پنج. نظریه عام مجموعی: وقتی مقرره‌ای به طور عام وضع شود یا حکمی به طور عموم صادر شود و معلوم نشود که منظور نویسنده عام مجموعی بوده یا عام استغراقی، نویسندگان با استناد به مواد مختلف قانون مدنی از جمله ماده ۸۵۴ قانون مدنی نتیجه گرفته‌اند که در عام، اصل بر مجموعی بودن آن است و برای امتثال امر باید عموم امر مجموعاً امتثال شود. به نظر می‌رسد از این قاعده نیز می‌توان نتیجه گرفت که دیون تجزیه‌ناپذیر هستند (رفسنجانی مقدم و حسن پور، ۱۳۹۵، ص. ۲۷۳).

نظریه برگزیده: به نظر می‌رسد اگر مؤدی بخواهد قسمتی از ملک خود را منتقل کند، باید کل بدهی مربوط را پرداخت کند.

### ۲.۳. پرداخت به وسیله ورثه متوفی

در اینجا دو پرسش مطرح می‌شود.

الف. مغازه‌داری که سال‌ها در یک مغازه فعالیت داشت، فوت می‌کند و ورثه نیز چند سال، در مغازه یادشده به همان شغل یا شغلی دیگر اشتغال دارند. برای اخذ گواهی ماده ۱۸۷، آیا لازم

است بدهی‌های متوفی نیز پرداخت شود یا پرداخت بدهی‌های ورثه کافی است؟

ب. اگر پاسخ مثبت باشد و یکی از ورثه بخواهد سهم خود را منتقل کند، آیا لازم است وی تمام

بدهی مالک را پرداخت کند یا نه پرداخت قسمتی از بدهی کافی است؟

پرسش نخست از این‌رو مطرح می‌شود که ماده (۱۸۷) بیان داشته است «... پس از وصول بدهی‌های مالیاتی مربوط به مورد معامله از مؤدی ذی‌ربط...»؛ با توجه به اینکه قانون بیان داشته است بدهی مالیاتی مربوط به مؤدی از وی مطالبه می‌شود و با توجه به اینکه مؤدی ورثه متوفیست، این پرسش مطرح می‌شود که آیا لازم است که بدهی متوفی نیز پیش از صدور گواهی وصول شود یا خیر؟ گفتنی است که در این باره رویه ادارات مالیاتی یکسان نیست و میان آن‌ها اختلاف نظر وجود دارد.

با توجه به دلایل زیر و به‌رغم ظاهر ماده ۱۸۷، برای اخذ گواهی موصوف، ورثه باید بدهی

مالیاتی مربوط به مورد معامله متوفی را نیز پرداخت کنند.

یک. پس از فوت متعهد، دیون او به ترکه تعلق می‌گیرد و از همان محل پرداخته می‌شود (ماده

۲۲۵ قانون امور حسبی). از این‌رو نویسندگان حقوقی بیان داشته‌اند که ترکه دارای شخصیت

حقوقی و ادامه شخصیت متوفیست. ترکه پس از تصفیه و پیوستن به دارایی وارثان دارای حقوق و تعهدهای جدا از آنان است و مانند شرکت در حال تصفیه، شخصیت پیشین را ادامه می‌دهد (کاتوزیان، ۱۴۰۰، ص. ۳۸۷). بنابراین، ورثه پیش از فروش و انتقال اموال باید بدهی را پرداخت کنند. گفتنی است دیون مؤجل متوفی بعد از فوت حال می‌شود (ماده ۲۳۱ قانون امور حسبی). ظاهراً درباره حال شدن دین روایات مختلفی وجود دارد. نظر برخی از علمای اهل سنت این است که اگر ورثه موثق باشند، دین حال نمی‌شود (ابن قدامه، بی‌تا، ج ۴، ص. ۵۰۲)، اما علمای شیعه معتقد هستند که دین با مرگ مدیون حال می‌شود و مرگ دائن در آن تأثیر ندارد و فرموده‌اند «موت من علیه‌الدین المؤجل موجب لحلول دینه لا موت الدائن» (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۷، ص. ۲۰۸).

دو. مبنای قائم‌مقامی ورثه: پس از مرگ، دارایی شخص به حکم قانون و به‌طور قهری به وارثان می‌رسد. درحقیقت، وراث قائم‌مقام مورث خود در تمام دیون و حقوق هستند. نتیجه مهم قائم‌مقام شدن وارث این است که طلب‌کاران مورث و دیگر اشخاصی که حقی بر ترکه ادعا دارند، باید حق خود را از او مطالبه کنند (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص. ۱۷۴). پرسش مطرح در اینجا این است که اگر بدهی مالیاتی متوفی بیش از ترکه باشد، آیا وراث مکلف به پرداخت هستند یا خیر؟ اگر ورثه ترکه را قبول کنند، اصولاً باید مالیات را پرداخت کنند. درحقیقت، قبول ترکه اماره بر کافی بودن آن است. باوجوداین، ورثه می‌توانند خلاف این اماره ثابت کنند، اما اگر ورثه ترکه را رد کنند یا آن را مشروط بپذیرند، آنچه از متوفی باقی مانده است، پیش از تصفیه کامل به دارایی ورثه نمی‌پیوندد. دیون و حقوقی که بر عهده متوفیست از ترکه پرداخته می‌شود و مسئولیت وارث در پرداخت دیون محدود می‌شود و وارث بیش از آنچه از ترکه می‌برد، ضمانتی بر عهده نمی‌گیرد و می‌تواند از قائم‌مقام شدن خود از مورث بگریزد (کاتوزیان، ۱۳۹۶، ج ۳، ص. ۲۴۸).

با توجه به مباحث بالا، وراث قائم‌مقام مورث خود هستند و درحقیقت، جانشین متوفی تلقی می‌شوند و بنابراین، باید بدهی مربوط به متوفی را پیش از اخذ گواهی پرداخت کنند. در پاسخ به پرسش دوم (اینکه اگر شخصی فوت کند و یکی از ورثه بخواهد سهم خود را به کسی منتقل کند، آیا همه بدهی مالیاتی مربوط به گواهی ماده ۱۸۷ باید پرداخت شود یا نه؛ وارث



می‌تواند فقط سهم خود را پرداخت کند؟) پیش‌تر گفته شد که دیون تجزیه‌ناپذیر است. نتیجه معمولی اصل یادشده این خواهد بود که بدون پرداخت همه بدهی متوفی، امکان صدور گواهی ماده ۱۸۷ موجود نیست. باوجوداین، اصل تجزیه‌ناپذیری دیون با استثنائاتی مواجه است. یکی از استثنائات این است که مدیون فوت کند و چند وارث داشته باشد که هرکدام به نسبت میراثی که می‌برد مدیون است و می‌تواند سهم خود را جدا از دیگران بپردازد. پولی که از دیدگاه وارث کل بدهی است، از لحاظ طلبکار بخشی از آن است که در نتیجه مرگ بدهکار و تقسیم دارایی او تجزیه می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ج ۴، ص. ۵۶). ماده ۶۰۶ قانون مدنی نیز در این باره بیان داشته است «هرگاه ترکه میت قبل از ادای دیون تقسیم شود یا بعد از تقسیم معلوم شود که بر میت دینی بوده است، طلبکار باید به هریک از وراثت به نسبت سهم او رجوع کند و اگر یک یا چند نفر از وراثت معسر شده باشد، طلبکار می‌تواند برای سهم معسر یا معسرین نیز به وراثت دیگر رجوع کند».

بنابراین، اگر یکی از ورثه بخواهد سهم خود از ملک را منتقل کند، می‌تواند بدهی متوفی را نسبت به سهم خود پرداخت و گواهی ماده ۱۸۷ را اخذ کند (عباسی، ۱۳۹۰، ص. ۴۷).

### ۳.۳. پرداخت به وسیله برنده مزایده

ممکن است نسبت به قسمتی از یک ملک مؤدی، به دلیل داشتن بدهی به دیگران، عملیات اجرایی صادر شده باشد. در این صورت به‌طور معمول پیگیری انتقال سند به نام انتقال‌گیرنده به‌وسیله ایشان صورت می‌پذیرد. پرسش مطرح در اینجا این است که برای صدور گواهی ماده ۱۸۷، چه مالیات‌ها و به چه نسبت از آن‌ها باید پرداخت شود. آیا جز مالیات نقل و انتقال لازم است مالیات‌های دیگر از جمله مالیات مشاغل و مالیات بر اجاره املاک نیز پرداخت شود. اگر پرداخت مالیات‌های یادشده لازم باشد، آیا پرداخت تمام مالیات‌ها ضروری است یا خیر؟

همچنان‌که پیش‌تر بیان شد، اصل بر تجزیه‌ناپذیری بدهی‌هاست. در این مورد نیز به نظر می‌رسد که هیچ مبنایی بر تجزیه‌پذیر بودن دیون موجود نیست. مورد یادشده را نمی‌توان با انتقال قهری که قانون خاص در آن باره موجود است، مقایسه کرد. باوجوداین، دفتر حقوقی سازمان امور مالیاتی کشور به استناد دادنامه شماره ۲۶۶ مورخ ۱۳۹۶/۳/۳۰ و ماده ۱۲۱ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا بر این عقیده است که صدور گواهی موضوع ماده ۱۸۷ منوط به وصول

بدهی‌های مالیاتی موضوع ماده اخیر نسبت به سهم مالیات است (دفتر حقوقی سازمان امور مالیاتی کشور، نظر مشورتی شماره ۲۹۶۰۵/۲۱۲/د مورخ ۱۴۰۱/۵/۱۸). به نظر می‌رسد که این دیدگاه جای تأمل دارد؛ زیرا دادنامه بالا بیان داشته است «... بدهی مالیاتی علی‌الاطلاق ذکر شده است و مصادیق مختلف مصرح در ماده ۱۸۷ قانون مالیات‌های مستقیم استثنا نشده است. بنابراین، پرداخت کلی بدهی‌های مالیاتی بایستی توسط برنده مزایده پرداخت شود». آنچه از دادنامه استنباط می‌شود این است که باید همه بدهی‌های مالیاتی پرداخت شود؛ ضمن اینکه ماده ۱۲۱ یادشده، بدهی مالیاتی را به‌طور مطلق و در ردیف بدهی‌های آب و برق و گاز عنوان داشته است. با توجه به اینکه بدهی آب و برق و گاز تجزیه نمی‌شود، به نظر می‌رسد که بدهی مالیاتی و عوارض شهرداری نیز نباید تجزیه شود.

پرسش مطرح در اینجا این است که اگر عملیات اجرایی و برگزاری مزایده در راستای ماده ۳۴ قانون ثبت و نسبت به مال مورد وثیقه باشد، آیا در اینجا نیز باید همه بدهی‌ها وصول شود یا خیر؟ پیش‌تر بیان شد که سازمان امور مالیاتی در بخش‌نامه‌های ۳۰/۵/۱۸۷/۶۹۷۰ مورخ ۱۳۶۸/۰۲/۱۶ و ۲۳۰/۵۹۸۹/د مورخ ۱۳۹۰/۰۲/۲۸، به دلیل حق تقدم صاحبان حقوق نسبت به مال مورد وثیقه، بر اساس ماده ۱۶۰ قانون مالیات‌های مستقیم، تنها وصول مالیات نقل و انتقال و حق واگذاری محل را ضروری دانسته بود که رأی شماره ۲۶۶ مورخ ۱۳۹۶/۰۳/۳۰ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، بخش‌نامه‌های یادشده را ابطال کرد. این مباحث پیش‌تر مورد بررسی قرار گرفت و به نظر می‌رسد که رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری شایان نقد باشد.

### ۴.۳. انتقال سهم شریک

پرسش مطرح در اینجا این است که اگر شریک ملکی بخواهد سهم خود را از ملک منتقل کند، آیا باید کل بدهی موضوع ماده ۱۸۷ را باید پرداخت کند یا خیر؟ در نظام حقوقی ایران و فقه امامیه، مسئولیت هر یک از شرکا نسبت به بدهی مشارکت تضامنی نیست و تنها نسبت به سهم خودش است (عباسی، ۱۴۰۱، ص. ۵۷۳). از این رو اگر شریکی بخواهد سهم خود را انتقال دهد، نیازی به پرداخت مالیات سهم شریک نیست. بنابراین، انتقال سهم شریک نیز در زمره استثنائات حاکم بر تجزیه‌ناپذیری دین است.

### نتیجه‌گیری

منظور از بدهی مالیاتی، بدهی قطعی شده مالیاتی و جرائم متعلقه است. صدور گواهی ماده ۱۸۷ مستلزم پرداخت بدهی مالیاتی مربوط به مورد معامله نسبت به مالیات بر ارث و مالیات بر درآمد اجاره املاک، حق واگذاری محل، مالیات شغلی محل، مالیات درآمد اتفاقی، مالیات نقل و انتقال قطعی املاک، مالیات سالانه املاک، مسکونی خالی و اراضی بایر است. ترتیب پرداخت بدهی به ترتیب زیر است.

الف. مالیات نقل و انتقال مال مورد انتقال

ب. حقوق صاحبان وثیقه و مطالبات کارگران و کارمندان ناشی از خدمت

ج. دیگر مالیات‌ها و جرائم مربوط

اصل این است که بدهی ماده ۱۸۷ قانون مالیات‌های مستقیم نیز مانند دیگر بدهی‌ها، تجزیه‌ناپذیر باشد؛ زیرا عنوان بدهی مالیاتی مطلق است و اگر منظور قانون‌گذار قسمتی از بدهی بود، باید آن را می‌گفت و اصل یادشده را می‌توان از اصل تجزیه‌ناپذیری تعهد و اصل بر مجموعی بودن عام استنباط کرد. همچنین، با اتخاذ ملاک از احکام رهن نیز می‌توان به این نتیجه رسید. بنابراین، اگر شخصی بخواهد قسمتی از ملک خود را منتقل کند، باید تمام بدهی خود را تسویه کند. اگر شخصی فوت کند و یکی از ورثه بخواهد ملک خود را منتقل کند، با توجه به مقررات موجود، اصل بر تجزیه‌پذیری دیون است. اگر قسمتی از ملک به موجب ماده ۳۴ قانون ثبت و به صورت مزایده به فروش برسد، به نظر می‌رسد اصل تجزیه‌ناپذیری دیون نیز جریان دارد. اگر ملک مورد رهن در راستای اجرای ماده یادشده به فروش برسد، بر اساس ماده ۱۶۰ و به دلیل حق تقدم صاحبان حقوق رهن، تنها مالیات انتقال (مالیات نقل و انتقال و حق واگذاری) باید وصول شود. با وجود این، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی شماره ۲۶۶ مقرر کرده است که باید همه بدهی‌های موضوع ماده ۱۸۷ وصول شود.

## منابع

- ۱) ابن‌قدامه مقدسی، عبدالرحمن بن محمد (بی‌تا). الشرح الکبیر. قاهره: دارالکتب العربی.
- ۲) اسکینی، ربیعا (۱۳۷۷). قواعد حاکم بر تعهد تجاری در حقوق ایران. حقوق دادگستری.
- ۳) اسماعیلی، حسین (۱۴۰۱). بررسی مالیات بر ارث و مالیات بر درآمد مشاغل و حق تمیر از منظر قانون مالیات‌ها. قم: صبح امید دانش.
- ۴) امامی، میرسیدحسن (۱۳۷۷). حقوق مدنی (جلد ۲). تهران: کتاب‌فروشی اسلامی.
- ۵) خمینی، سیدروح‌الله (بی‌تا). تحریرالوسیله (جلد ۱). مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت‌الله علیه).
- ۶) رفسنجانی مقدم، حسین و حسن پور، معصومه (۱۳۹۵). ترمینولوژی تنقیح قوانین. نگاه بین.
- ۷) صالحی، حمیدرضا، عباسی، محمدرضا و احمدی بیاضی، علی (۱۴۰۱). مغایرت موادی از آیین‌نامه اجرایی ماده ۲۱۹ قانون مالیات‌های مستقیم با مبانی فقهی و قواعد حقوقی؛ بررسی مصداقی مشارکت مدنی. پژوهشنامه حقوق اسلامی، صص. ۵۶۵-۵۹۰. doi: 10.30497/law.2023.243874.3329
- ۸) طوسی، محمدبن حسن (۱۳۸۷). المبسوط فی فقه الامامیه (جلد ۲). الکتبه المرتضویه لاحیاء آلائار الجعفریه.
- ۹) عاشوری، مهدی، امینی، مهدی و اکبری، سیدروح‌الله (۱۴۰۱). بازپژوهشی تجزیه رهن در فقه امامیه و عامه و حقوق ایران با تکیه بر ماده ۱۹ قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور مصوب ۱۳۹۴. پژوهش‌نامه حقوق تطبیقی. شماره ۹، صص. ۱۱۶۶-۱۸۵. doi: 10.22080/lps.2022.23358.1328
- ۱۰) عامری، ربیحانه (۱۴۰۱). حکمرانی مطلوب در نظام حقوق مالیاتی ایران. گنج دانش.
- ۱۱) عاملی (شهید اول)، محمدبن جمال‌الدین (بی‌تا). لمعه (جلد ۱). دارالفکر.
- ۱۲) عباسی، محمدرضا (۱۳۹۰). حقوق مالیاتی از منظر حقوق خصوصی. نگاه بین.
- ۱۳) عباسی، محمدرضا (۱۴۰۲). مجموعه مقالات تحلیلی در انتقاد از مقررات، آرا و بخش‌نامه‌های مالیاتی (جلد ۱).
- ۱۴) عرفانی، محمود (۱۳۷۵). حقوق تجارت (جلد ۱). ماجد.
- ۱۵) فرزانه، عبدالحمید و چرخ‌کوهگرد، کوروش (۱۳۹۸). گستره مستثنیات ممنوعیت تجزیه تعهد در حقوق ایران و برخی از نظام‌های حقوقی دیگر. تحقیقات حقوقی، شماره ۸۵، صص. ۳۴۹-۳۷۱.
- ۱۶) کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲). مقدمه علم حقوق. شرکت سهامی انتشار.
- ۱۷) کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳). دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ اعمال حقوقی. شرکت سهامی انتشار.

- ۱۸) کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵). قواعد عمومی قراردادها (جلد ۴). شرکت سهامی انتشار.
- ۱۹) کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۶). قواعد عمومی قراردادها (جلد ۳). شرکت سهامی انتشار.
- ۲۰) کاتوزیان، ناصر (۱۴۰۰). نظریه عمومی تعهدات. میزان.
- ۲۱) مدنی، سیدجلال‌الدین (۱۳۸۲). حقوق مدنی (جلد ۱). پایدار.
- ۲۲) موسوی بجنوردی، سیدحسن (۱۳۷۷). القواعد الفقهیه (جلد ۷). قم: الهادی.
- ۲۳) همدانی، آقارضا (بی‌تا). مصباح‌الفقیه (جلد ۱۴). مؤسسه الجعفریه لاحیاء التراث.
- ۲۴) یوسفی، علی (۱۳۹۷). تأملی در دادنامه شماره ۲۶۶ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری. فصلنامه رأی؛ مطالعات آرای قضایی، شماره ۲۲، صص. ۱۱۸-۱۲۴. doi: 10.22106/jcr.2018.77263.1112

## References

- 1) Abbāsī, Moḥammad Rezā (1390 SH). Ḥuqūq-e Mālīātī az Manẓar-e Ḥuqūq-e Koṣūšī [Tax Law from the Perspective of Private Law]. Negāh-e Bīneh [in Persian].
- 2) Abbāsī, Moḥammad Rezā (1402 SH). Majmū‘a-ye Maqālāt-e Taḥlīlī dar Enteqād az Moqararāt, Ārā wa Baqš-nāmeḥ-hā-ye Mālīātī (Vol. 1) [A Collection of Analytical Articles Critiquing Tax Regulations, Opinions, and Circulars (Vol. 1)] [in Persian].
- 3) Āmelī (Šahīd Awwal), Moḥammad b. Jamāl al-Dīn (n.d.). Al-Lom‘a (Vol. 1). Dār al-Fīkr [in Arabic].
- 4) Āmerī, Reyḥāne (1401 SH). Ḥokmrānī-ye Maṭlūb dar Neẓām-e Ḥuqūq-e Mālīātī-ye Īrān [Good Governance in Iran's Tax Law System]. Ganj-e Dāneš [in Persian].
- 5) Āšūrī, Mahdī, Amīnī, Mahdī & Akbarī, Seyyed Rūḥollāh (1401 SH). Bāzpaẓūhī-ye Tajziyye-ye Rahn dar Feqh-e Emāmīya wa ‘Āmma wa Ḥuqūq-e Īrān bā Takiye bar Mādḍa-ye 19 Qānūn-e Raf‘-e Mawāne‘-e Tolīd-e Reḡābat-Pazīr wa Erteqā-ye Neẓām-e Mālī-e Kešvar Mošawab 1394 [A Reexamination of Mortgage Division in Imamiyya and General Jurisprudence and Iranian Law, with Emphasis on Article 19 of the 2015 Law on Removing Obstacles to Competitive Production and Enhancing the Financial System]. Puzhešnāmeḥ-ye Ḥuqūq-e Taṭbīqī, 9, 1166-185. doi: 10.22080/lps.2022.23358.1328 [in Persian].
- 6) Ebn-Qodāma Maqdesī, ‘Abd al-Raḥmān b. Moḥammad (n.d.). Al-Šarḥ al-Kabīr. Cairo: Dār al-Kotob al-‘Arabī [in Arabic].
- 7) Emāmī, Mīr Seyyed Ḥasan (1377 SH). Ḥuqūq-e Madanī (Vol. 2) [Civil Law (Vol. 2)]. Tehran: Ketābforūšī-e Eslāmī [in Persian].
- 8) Erfānī, Maḥmūd (1375 SH). Ḥuqūq-e Teḡarat (Vol. 1) [Commercial Law (Vol. 1)]. Mājed [in Persian].
- 9) Eskinī, Rabī‘ā (1377 SH). Qavā‘ed-e Ḥākem bar Ta‘ahhod-e Teḡarī dar Ḥuqūq-e Īrān [Governing Rules on Commercial Obligations in Iranian Law]. Ḥuqūq-e Dādgostarī [in Persian].
- 10) Esmā‘īlī, Ḥoseyn (1401 SH). Barrasi-ye Mālīāt bar Erṭ wa Mālīāt bar Daramad-e Mešāḡel wa Ḥāqq-e Tambr az Manẓar-e Qānūn-e Mālīāt-hā [A Study on Inheritance Tax, Business Income Tax, and Stamp Duty from the Perspective of Tax Law]. Qom: Šobḥ-e Omīd-e Dāneš [in Persian].
- 11) Farzāne, ‘Abd al-Ḥamīd & Čarkī Kūhgerd, Kūrūš (1398 SH). Gostare-ye Mostasnīyāt-e Mammū‘īyat-e Tajziyye-ye Ta‘ahhod dar Ḥuqūq-e Īrān wa Barḳī az Neẓām-hā-ye Ḥuqūqī-ye Dīḡar [The Scope of Exemptions from the Prohibition of Obligation Division in Iranian Law and Some Other Legal Systems]. Teḡhīqāt-e Ḥuqūqī, 85, 349-371 [in Persian].
- 12) Hamadānī, Āqā Rezā (n.d.). Mešbāḥ al-Feqhīh (Vol. 14). Mo‘assesa al-Ja‘fariya le Iḥyā‘ al-Torāt [in Arabic].
- 13) Kātūziān, Nāšer (1382 SH). Moqaddame-ye ‘Ilm-e Ḥuqūq [Introduction to the Science of Law]. Šerkat-e Sahāmī Entesār [in Persian].
- 14) Kātūziān, Nāšer (1383 SH). Dūre-ye Moqaddamatī-ye Ḥuqūq-e Madanī; A‘māl-e Ḥuqūqī [Preliminary Course of Civil Law; Legal Acts]. Šerkat-e Sahāmī

- Entešār [in Persian].
- 15) Kātūziān, Nāšer (1395 SH). Qavā'ed-e 'Omūmī-e Qāradādihā (Vol. 4) [General Rules of Contracts (Vol. 4)]. Šerkat-e Sahāmī Entešār [in Persian].
  - 16) Kātūziān, Nāšer (1396 SH). Qavā'ed-e 'Omūmī-e Qāradādihā (Vol. 3) [General Rules of Contracts (Vol. 3)]. Šerkat-e Sahāmī Entešār [in Persian].
  - 17) Kātūziān, Nāšer (1400 SH). Nažariya-ye 'Umūmī-e Ta'ahhodāt [General Theory of Obligations]. Mizān [in Persian].
  - 18) Komeynī, Seyyed Rūhollāh (n.d.). Tahriir al-Wasīla (Vol. 1). Mo'assesa-ye Tanzim wa Našr-e Āṭār-e Emām Komeynī (rahmat Allāh 'alayh) [in Arabic].
  - 19) Madanī, Seyyed Jalāl al-Dīn (1382 SH). Huqūq-e Madanī (Vol. 1) [Civil Law (Vol. 1)]. Pāydār [in Persian].
  - 20) Mūsawī Bejnūrdī, Seyyed Ḥasan (1377 SH). Al-Qawā'ed al-Feqhīya (Vol. 7) [Jurisprudential Rules (Vol. 7)]. Qom: Al-Hādī [in Arabic].
  - 21) Rafsanjānī Moqaddam, Hōseyṅ & Ḥasanpūr, Ma'šūme (1395 SH). Termīnūloḡī-ye Tanqīh-e Qavānīn [Terminology of Legal Refinement]. Negāh-e Bīneh [in Persian].
  - 22) Šāleḡī, Ḥamid Režā, 'Abbāsī, Moḡammad Režā & Aḡmadī Bīāzī, 'Alī (1401 SH). Moḡāyerat-e Mavādī az Ā'in-nāme-ye Eḡrā'i-ye Mādā-ye 219 Qānūn-e Mālīāt-hā-ye Mostaqīm bā Mabānī-ye Feqhī wa Qavā'ed-e Huqūqī; Barrasi-ye Mošdāqī-e Mošārekāt-e Madanī [Pathology of The Executive Regulations of Article 219 of the Law on Direct Taxes in compliance with legal principles and rules]. Pažūheš'nāme-ye Hoqūq-e Islāmī [Journal of Islamic Law Research], 565-590. doi: 10.30497/law.2023.243874.3329 [in Persian].
  - 23) Tūsī, Moḡammad b. Ḥasan (1387 SH). Al-Mabsūṭ fi Feqh al-Emāmīya (Vol. 2). Al-Ketābat al-Mortāzawīya le lḡyā' al-Āṭār al-Ja'fariya [in Arabic].
  - 24) Yūsefi, 'Alī (1397 SH). Ta'molī dar Dādnāmeḡ Šomāre-ye 266 Hey'at-e 'Omūmī-ye Dīvān-e 'Adālat-e Edārī [A Reflection on General Assembly Judgment No. 266 of the Administrative Justice Court]. Fašlnāmeḡ-ye Ra'y; Moṭāle'āt-e Ārā-ye Qazā'i, 22, 118-124. doi: 10.22106/jcr.2018.77263.1112 [in Persian].

## فهرست مقالات

- تبیین نظریه «ذاتی بودن رابطه لفظ و معنا» در اصول فقه امامیه و ارائه آثار حقوقی آن  
| مقاله پژوهشی ..... ۲۳۵  
• سجاد افشار و امین ابراهیمزاده
- جستاری فقهی حقوقی در خصوص دفن اموات در املاک شخصی | مقاله پژوهشی ..... ۲۶۵  
• سعید محبوب و محمدتقی مرادی
- بازشناسی وضعیت و آثار حقوقی «معامله منافی با تعهد ترک فعل حقوقی» | مقاله پژوهشی ..... ۲۹۱  
• سیدعلی اصغر رحیمی و سیدفاضل سیدی
- حل تنافی میان مطلق و مقید ایجابی در فقه و قوانین موضوعه | مقاله پژوهشی ..... ۳۱۷  
• محسن وائقی، محمد مهربار و سیدهفاطمه هاشمی
- امکان‌سنجی تعدیل اجاره‌بها در شرایط شیوع بیماری‌های همه‌گیر؛ با تأکید بر ویروس کرونا  
| مقاله پژوهشی ..... ۳۴۳  
• نصراله جعفری خسروآبادی، حسین عابدینی و امیرحسین حبیب‌اللهی‌یان
- گستره و الزامات حقوقی حسابرسی مالی دیوان محاسبات کشور در پرتو نظرات شورای نگهبان  
| مقاله پژوهشی ..... ۳۷۱  
• مصطفی منصوریان و علیرضا جعفرزاده بهاء‌آبادی
- واکاوی رویکرد سیره نبوی در خصوص جرایم اخلاقی زنان؛ با نگاهی به جرایم اخلاقی پیشا اسلامی  
| مقاله مروری ..... ۴۰۷  
• شهلا بختیاری و مریم ذکاوت
- واکاوی قلمرو بدهی‌های مالیاتی موضوع ماده ۱۸۷ قانون مالیات‌های مستقیم؛ ملاحظه‌ای در مبانی  
فقهی اسلام و حقوق ایران | مقاله ترویجی ..... ۴۳۷  
• محمدرضا عباسی و محمد شگری



• 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   ۲۲۶ صفحه	

بهاء: ۱,۷۵۰,۰۰۰ ریال



# پژوهش‌نامه حقوق اسلامی ۶۴

سال بیست و پنجم • شماره دوم • پایانی ۶۴

تابستان ۱۴۰۳

صاحب امتیاز • دانشگاه امام صادق علیه السلام

مدیر مسئول • سلمان عمرانی | استادیار | حقوق جزا و جرم‌شناسی | دانشگاه امام صادق علیه السلام

سرمدیر • نجادعلی الماسی | استاد | حقوق بین‌الملل خصوصی | دانشگاه تهران

ویراستار انگلیسی • طاهر حبیب‌زاده | استادیار | حقوق فناوری اطلاعات | 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 سیداصفهان‌نی | استاد | حقوق جزا و جرم‌شناسی | دانشگاه مونکتون | کانادا

محمد علوم محمد العقبانی | 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

ژرژ کاولیه | دانشیار | حقوق تطبیقی | دانشگاه لیون «۳» | فرانسه

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

اعتبار نشریه • واجد اعتبار «نشریه علمی»

آغاز انتشار • زمستان ۱۳۷۹

مجوز شماره ۳/۱۹۶۱۹۱ مورخ ۱۳۹۱/۰۹/۲۲

مجوز شماره ۱۷۲۶۰ مورخ ۱۳۷۹/۰۹/۰۷

وزارت علوم، تحقیقات و فناوری

وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

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



دانشگاه امام صادق  
دانشکده معارف اسلامی و حقوق

فصلنامه علمی

# پژوهش‌نامه حقوق اسلامی

سال سیست و پنجم | شماره دوم | پیاپی ۶۴ | تابستان ۱۴۰۳

۶۴

تبیین نظریه «ذاتی بودن رابطه لفظ و معنا» در اصول فقه امامیه  
و ارائه آثار حقوقی آن  
سجاد افشار | امین ابراهیمزاده

جستاری فقهی حقوقی در خصوص دفن اموات در املاک شخصی  
سعید محبوب | محمدتقی مرادی

بازشناسی وضعیت و آثار حقوقی «معامله منافی با تعهد ترک فعل حقوقی»  
سیدعلی اصغر رحیمی | سیدفاضل سیدی

حل تنافی میان مطلق و مقید ایجابی در فقه و قوانین موضوعه  
محسن واتقی | محمد مهریار | سیدهفاطمه هاشمی

امکان سنجی تعدیل اجاره‌بها در شرایط شیوع بیماری‌های همه‌گیر؛  
با تأکید بر ویروس کرونا  
نصراله جعفری خسروآبادی | حسین عابدینی | امیرحسین حبیب‌اللهی‌یان

گستره و الزامات حقوقی حسابرسی مالی دیوان محاسبات کشور  
در پرتو نظرات شورای نگهبان  
مصطفی منصوریان | علیرضا جعفرزاده بهاء‌آبادی

واکاوی رویکرد سیره نبوی در خصوص جرایم اخلاقی زنان؛  
با نگاهی به جرایم اخلاقی پیشا اسلامی  
شهلا بختیاری | مریم ذکاوت

واکاوی قلمرو بدهی‌های مالیاتی موضوع ماده ۱۸۷ قانون مالیات‌های مستقیم؛  
ملاحظه‌ای در مبانی فقهی اسلام و حقوق ایران  
محمدرضا عباسی | محمد شکری

شاپا الکترونیکی | ۶۶۷۳ - ۲۵۸۸

شاپا چاپی | ۹۸۵۸ - ۲۲۵۱



DOAJ

ISC

HEINONLINE